

# Kdor ne išče, redko najde

## O iskanju poštene družbe



Vane Kos

---

CIP - Kataložni zapis o publikaciji  
Narodna in univerzitetna knjižnica, Ljubljana

340.1(0.034.2)  
342(0.034.2)

KOS, Vane

Kdor ne išče, redko najde [Elektronski vir] : o iskanju poštene družbe / Vane Kos. - 1. izd. - El. knjiga. - Maribor : Inštitut za pravne rešitve informacijske družbe, 2011

Način dostopa (URL): <http://ijz.iprid.si/index.php/zalozba>

ISBN 978-961-93112-0-2 (pdf)

256714240

---



### »priznanje avtorstva« - »nekomercialno« - «brez predelav» 2.5.

KORPORACIJA CREATIVE COMMONS NI ODVETNIŠKA PISARNA IN NE PONUJA PRAVNIH STORITEV. RAZŠIRJANJE TE LICENCE NE USTVARJA RAZMERJA ODVETNIK – STRANKA. CREATIVE COMMONS DAJE NA RAZPOLAGO TE INFORMACIJE "TAKE KOT SO". CREATIVE COMMONS NE DAJE NIKAKRŠNIH JAMSTEV GLEDE TEH INFORMACIJ IN NE ODGOVARJA ZA ŠKODO, KI BI NASTALA ZARADI NJIHOVE UPORABE.

Licenca

DELO (KOT JE OPREDELJENO SPODAJ) SE DAJE NA RAZPOLAGO POD POGOJI TE JAVNE LICENCE CREATIVE COMMONS (»CCPL« ALI »LICENCA«). DELO JE VAROVANO Z ZAKONOM O AVTORSKI IN SORODNIH PRAVICAH IN/ALI Z DRUGIM MERODAJNIM PRAVOM. VSAKRŠNA UPORABA DELA, KI NI DOVOLJENA S TO LICENCO, JE PREPOVEDANA.

Z IZKORIŠČANJEM KATEREKOLI OD PRAVIC V ZVEZI Z DELOM, PONUJENIM POD POGOJI TE LICENCE, UPORABNIK (KOT JE OPREDELJEN SPODAJ) SPREJME DOLOČBE TE LICENCE IN SOGLAŠA, DA GA ZAVEZUJEJO. DAJALEC LICENCE MU PODELJUJE TU DOLOČENE PRAVICE NA PODLAGI UPORABNIKOVEGA SPREJEMA LICENČNIH DOLOČB IN POGOJEV.

#### 1. Definicije

- a. »Dajalec licence« je fizična ali pravna oseba, ki ponuja delo pod pogoji te licence.
- b. »Uporabnik« je fizična ali pravna oseba, ki izkorišča pravice iz te licence in ki predhodno ni kršila določb in pogojev te licence za to delo, oz. je prejela izrecno dovoljenje od dajalca licence za izkoriščanje pravic iz te licence kljub predhodnim kršitvam.
- c. »Izvirni avtor« je fizična oseba, ki je ustvarila delo.
- d. »Delo« je individualna intelektualna stvaritev s področja književnosti, znanosti in umetnosti, ki je na kakršenkoli način izražena in ponujena pod pogoji te licence, ali drugo delo, varovano v skladu z Zakonom o avtorski in sorodnih pravicah in ponujeno pod pogoji te licence.
- e. »Predelava dela« je prevod, aranžma, sprememba ali druga predelava prvotnega dela.
- f. »Zbirka« je zbirka del ali drugega gradiva, kot so enciklopedije, antologije, zbirke dokumentov ipd., ki so po izbiri, uskladitvi ali razporeditvi vsebine individualne intelektualne stvaritve. Sem štejejo tudi baze podatkov, ki so zbirke neodvisnih del, podatkov ali drugega gradiva v kakršnikoli obliki, ki je sistematično ali metodično urejeno in posamično dostopno z elektronskimi ali drugimi sredstvi. Sem ne štejejo računalniški programi, uporabljeni za izdelavo ali delovanje elektronskih baz podatkov. Za namene te licence se delo, ki je del zbirke, ne šteje za predelavo dela (kot je opredeljena zgoraj).

2. Izjeme in omejitve. Ta licenca ne izključuje ali zmanjšuje izjem od izključnih pravic, načela izčrpanja pravic ali drugih omejitev izključnih pravic, določenih z Zakonom o avtorski in sorodnih pravicah ali z drugim merodajnim pravom.

3. Podelitev licence. Dajalec licence v skladu z določili in pogoji te licence podeljuje uporabniku brezplačno, neizključno in teritorialno ter časovno neomejeno (za čas trajanja pravice, določen z Zakonom o avtorski in sorodnih pravicah) licenco za izkoriščanje naslednjih pravic na delu:

- a. da reproducira delo, da vključi delo v eno ali več zbirk in da reproducira delo, vključeno v zbirke;

- b. da distribuira ali da v najem primerke ali zvočne posnetke dela in jih priobči javnosti, tudi če so sestavni del zbirke;

Izkoriščanje navedenih pravic se nanaša samo na znane oblike uporabe dela. Navedene pravice vključujejo pravico do sprememb, ki so tehnično nujne za izkoriščanje pravic z drugimi sredstvi in v drugih oblikah, vendar uporabnik nima pravice ustvariti predelav dela. Vse pravice, katerih dajalec licence izrecno ne podeljuje, so pridržane.

4. Omejitve. Licenca, podeljena v 3. členu, je izrecno omejena z naslednjimi omejitvami:

- a. Delo sme uporabnik distribuirati, dati v najem ali priobčiti javnosti le pod pogoji te licence. Vsakemu izvodu dela, ki ga distribuira, da v najem, reproducira ali priobči javnosti, mora priložiti izvod te licence oz. njen naslov na internetu (Uniform Resource Identifier). Za to delo ne sme ponuditi ali zahtevati pogojev, ki spreminjajo ali omejujejo določbe te licence oz. zmožnost izkoriščanja pravic, ki jih podeljuje ta licenca. Uporabnik ne sme podeliti podlicence na tem delu. Vsa obvestila, ki se nanašajo na to licenco, in izjave o jamstvih, mora pustiti nespremenjene. Dela ne sme distribuirati, dati v najem ali priobčiti javnosti skupaj s kakršnimikoli tehničnimi ukrepi, ki omogočajo nadzor nad dostopom in/ali uporabo dela na način, neskladen s pogoji te licence. Navedeno velja tudi za delo, vključeno v zbirko, vendar to ne pomeni, da mora biti zbirka, razen tega dela, licencirana pod istimi pogoji. Če uporabnik ustvari zbirko, mora na zahtevo kateregakoli dajalca licence, v mejah možnega, odstraniti vse navedbe, ki jih določa 4. (c) člen te licence.
- b. Nobene od pravic, podeljenih v 3. členu, ne sme uporabnik izkoriščati na način, ki je primarno namenjen doseganju komercialnih koristi ali zasebnega dobička. Menjava tega dela za druga dela, varovana v skladu z Zakonom o avtorski in sorodnih pravicah, z digitalno izmenjavo datotek ali na katerikoli drug način se ne šteje za komercialno rabo, če ni bilo izvršeno plačilo ali kakršnokoli nadomestilo v zvezi z izmenjavo del, varovanih v skladu z Zakonom o avtorski in sorodnih pravicah.
- c. Če uporabnik delo ali zbirko distribuira, da v najem ali priobči javnosti, mora pustiti nedotaknjena vsa obstoječa obvestila o pravicah na delu in na način, ustrezen nosilcu oz. načinu uživanja dela, navesti: (i) ime izvirnega avtorja (ali njegov psevdonim, če ga je uporabil); oziroma (ii) če izvirni avtor ali dajalec licence v obvestilu o pravicah, v pogojih poslovanja ali na drug ustrezen način zahteva navedbo druge stranke ali strank (npr. sponzorske institucije, založnika, revijo), se navaja ime te stranke ali strank; naslov dela, če je znan; internetni naslov (Uniform Resource Identifier), ki ga dajalec licence povezuje z delom, razen če se ta internetni naslov ne nanaša na obvestila o pravicah na delu ali na podatke o licenci. Ti podatki so lahko navedeni na kakršenkoli primeren način, vendar se morajo v primeru zbirke pojavljati na mestih, kjer so navedene primerljive navedbe avtorjev, najmanj enako poudarjeno kot druge primerljive navedbe avtorjev.

5. Zagotovila in jamstva.

RAZEN V PRIMERU PISNEGA DOGOVORA MED OBEMA STRANKAMA LICENCE ALI ČE TO IZHAJA IZ MERODAJNEGA PRAVA, DAJALEC LICENCE PONUJA DELO TAKŠNO, KOT JE, IN IZKLJUČUJE KAKRŠNAKOLI ZAGOTOVILA IN JAMSTVA V ZVEZI Z DELOM.

6. Izjava o omejitvi odgovornosti.

DAJALEC LICENCE NE ODGOVARJA UPORABNIKU ZA NOBENO OBLIKO ŠKODE, KI IZVIRA IZ TE LICENCE ALI IZ UPORABE DELA, RAZEN V PRIMERIH, KO IZKLJUČITEV ODGOVORNOSTI NI DOPUSTNA PO ZAKONU.

7. Prenehanje veljavnosti.

- a. Ta licenca in z njo podeljene pravice samodejno prenehajo veljati, če uporabnik prekrši katerokoli določbo te licence. Za fizične in pravne osebe, ki so od uporabnika prejele zbirko po tej licenci, določbe licence ne prenehajo veljati, razen če so te osebe same kršile določbe licence. Določbe 1., 2., 5., 6., 7. in 8. člena ostanejo v veljavi ne glede na kršitve licence.
- b. Ta licenca je veljavna za čas trajanja pravice na tem delu v skladu z določbami Zakona o avtorski in sorodnih pravicah. Ne glede na to si dajalec licence pridržuje pravico, da kadarkoli objavi delo pod drugačnimi pogoji oz. ga preneha distribuirati ali dajati v najem, pod pogojem, da s tako odločitvijo ne preneha veljati ta licenca (in druge licence na njeni podlagi) in da ta licenca v celoti velja naprej do morebitnega prenehanja veljavnosti po prejšnjem odstavku.

8. Končne določbe



- a. Vsakič, ko uporabnik distribuira, da v najem, reproducira ali priobči javnosti delo ali zbirko, dajalec licence ponuja prejemnikom dela licenco za delo pod istimi pogoji, pod katerimi jih ponuja uporabniku s to licenco.
- b. Če je katerakoli določba te licence po merodajnem pravu neveljavna ali neizvršljiva, to ne vpliva na veljavnost in izvršljivost ostalih določb te licence. Takšne določbe se brez nadaljnjih dejanj strank štejejo za spremenjene le toliko, kolikor je nujno, da postanejo veljavne in izvršljive.
- c. Odpoved katerikoli določbi ali kateremukoli pogoju te licence ali soglasje h kršitvam katerekoli določbe ali kateregakoli pogoja sta veljavna samo, če ju je prizadeta stranka dala v pisni obliki in podpisala.
- d. Ta licenca predstavlja celoten dogovor med strankama glede licenciranega dela in nadomešča vse morebitne predhodne ustne ali pisne dogovore v zvezi z delom, ki niso navedeni tukaj. Ta licenca se lahko spremeni le s pisnim soglasjem obeh strank.

Creative Commons ni stranka te licence in ne daje nikakršnih jamstev glede dela. Creative Commons uporabniku ali komurkoli drugemu ne odgovarja za kakršnokoli škodo, ki izvira iz te licence. Če se Creative Commons izrecno opredeli kot dajalec licence na podlagi te licence, potem ne glede na določbe predhodnega odstavka sprejema vse pravice in obveznosti dajalca licence.

Razen za namene obveščanja javnosti, da je delo licencirano pod pogoji CCPL, nobena od strank ne sme uporabljati varovanega znaka »Creative Commons« ali kateregakoli varovanega znaka ali logotipa Creative Commons brez vnaprejšnjega pisnega soglasja Creative Commons. Vsaka dovoljena raba mora biti v skladu s takrat veljavnimi navodili Creative Commons za uporabo varovanih znakov, kot so občasno objavljena na spletni strani oz. posredovana na zahtevo.

Creative Commons najdete na <http://creativecommons.org>.

VSA AVDIOVIZUALNA DELA UPORABLJENA V PRIČUJOČEM DELU SO BILA IZDANA POD POGOJI *CREATIVE COMMONS* LICENCE TER SE LAHKO UPORABLJAJO V SKLADU Z DOLOČILI *CREATIVE COMMONS* LICENCE.

---

*Zahvaljujem se Nini za pomoč pri prevodu.*

*Zahvaljujem se Marku za pomoč pri obdelavi zvoka.*

---

---

*Ljudje začnemo z napakami, šele potem se lahko izboljšujemo.*

Meng Li, kitajski filozof

---

---

## Kazalo vsebine

UVOD.....	9
Država kot vzgojitelj.....	13
Čemu pravo ali - kako razumeti pravno znanost.....	16
O avtoritarnem razumevanju države.....	42
Ali lahko pospešimo učenje o vrednotah.....	48
LITERATURA.....	62

---

## UVOD

Po dvajsetih letih samostojnosti smo se Slovenci znašli pred problemi, ki se jih z ustaljenimi vzorci ne da rešiti. Smo v stiski, in išče se rešitelj – posameznik ali svet modrecev, ki bi rešil probleme, ki pestijo naša življenja. Pri tem pa je spregledano, da so današnji problemi prav posledica *ustaljenega* načina njihovega reševanja. Kopičenje problemov in nezmožnost reševanja resnih problemov pa kaže tudi na krizo demokratičnega samoupravljanja kot sistema družbenega upravljanja.

Skozi zgodovino so se ljudje na različne načine spopadali s problemi in si prizadevali izboljšati življenjske razmere, da bi si olajšali življenje. Tako so npr. s plesom poskušali vplivati na bogove, z zažiganjem ljudi (čarovnic) pregnati hudiča ali z molitvijo priklicati dež. Enega pomembnejših dogodkov v zgodovini človeštva, če ne najpomembnejšega, predstavlja sprememba načina reševanja problemov, nastop razuma, razumevanja kot sredstva za njihovo reševanje. Ta premik je bil mogoč zaradi spremembe svetovnega nazora, miselnega okvira, skozi katerega posameznik zunanji svet tolmači in z njim sodeluje. Brez predstave o tem, kako svet, ki nas obdaja, deluje, ljudje ne moremo usmerjati svojega življenja, ne moremo sprejemati odločitev. Vsakdo ima svetovni nazor, če se tega zaveda ali ne. Svet, v katerem vladajo mistične sile, zahteva drugačne strategije reševanja problemov kot svet, v katerem vladajo večni naravni zakoni, ali svet, ki je v stalnem nastajanju. Danes rešujemo probleme s pomočjo razuma; namesto da bi molili, plesali ali žrtvovali, si prizadevamo za *razumevanje*, iščemo vzroke, posledice in medsebojne povezave, saj se je ta način do sedaj izkazal za veliko uspešnejšega. V evforiji (začetnega) uspeha razuma smo vero v mistične sile nadomestili z vero v vsemogočnost razuma, ki jo zaznamuje predstava, da lahko človeški razum prodre v od nas ločeno objektivno stvarnost in spozna objektivne resnice. Ta predstava še vedno prevladuje in določa naše pristopanje k reševanju družbenih problemov. Tako H. Albert piše: „Reševanje problemov pri znanstvenem raziskovanju, filozofskem razmišljanju in



drugih oblikah družbene prakse, kot jo predstavljajo pravo, človekove pravice, gospodarstvo, politika, ima z vidika metodologije skupni imenovalec, tj. način reševanja problemov. Način reševanja problemov, način spoznanja, je odvisen od razumevanja človeškega razuma, od nazora o možnostih človeškega razuma. Prepričanje o obstoju dokončnih virov spoznanja, o obstoju dokončnih spoznanj, o nezmotljivosti določenih metod, o nezmotljivosti določenih družbenih instanc, privede do drugačnih predlogov za reševanje problemov kot temu nasprotno prepričanje, po katerem dokončna spoznanja, nezmotljive metode in instance niso mogoči. To velja tako na področju znanosti kot tudi na drugih področjih družbenega življenja. *Predstava zmožnosti razuma zaznamuje naše mišljenje*, razmišljanje v celoti. Klasično razumevanje razuma je le temu pripisovalo sposobnost, možnost dokončnega, neizpodbitnega spoznanja in ni razločevalo resnice in dokončnosti. Takšno razumevanje predpostavlja obstoj nezmotljivih virov in nosilcev spoznanja in vodi do dogmatičnih racionalizacij, do imunizacij rešitev problemov proti kakršni koli vrsti kritike. Dokončnost – neizpodbitnost, na kateri temelji *znanstveni pozitivizem*, ni mogoča. To velja tudi za raziskave naravoslovnih znanosti, vendar lahko tam z uporabo ustreznih postopkov ustvarimo iluzijo dokončnosti in neizpodbitnosti. Neizpodbitnost neke teorije, rešitve problema, lahko vsaj v obsegu, ki zadovoljuje njene zagovornike, vedno ustvarimo z ustreznimi imunizacijskimi ukrepi in strategijami. Takšno početje, lahko ga imenujemo *dogmatizacija*, ni omejeno na določena področja, temveč predstavlja možnost splošne družbene prakse” (Albert 1976: 43).

V kontekstu problemov, ki pestijo Slovenijo, se izpostavljata kriza vrednot in kriza pravosodnega sistema. Laičnemu razumevanju, ki povezuje pravo z vrednotami, stoji nasproti pravna praksa „*stroke*”, ki pod plaščem *avtoritete znanosti* prava ignorira vrednote in se samozadostno ukvarja s pravnimi formalizmi. V družbi, v kateri se nihče sistematično ne ukvarja z vrednotami, s smislom vrednot in učinki, ki jih vrednote v njej ustvarjajo, in se sistematično izvaja *dogmatizacija*, ko gre za probleme, povezane s

človeškimi vrednotami, z etiko, začeniši z lastno zgodovino, kriza vrednot ni nobeno presenečenje.

V prizadevanju pravo utemeljiti kot znanost so bile v času, ko je znanstveni pozitivizem veljal za sinonim znanosti in razumnosti, vrednote iz prava izgnane. Medtem ko se naravoslovne znanosti na podlagi novih spoznaj osvobajajo poenostavljenih predstav *znanstvenega pozitivizma* z začetka prejšnjega stoletja, se zdi, da se je v pravu čas ustavil. Naš pravni sistem še vedno temelji na predpostavkah, ki so veljale na začetku 20. stoletja, je proizvod takratnega svetovnega nazora – proizvod mehanske racionalnosti, ki je danes teoretično presežena, praktično pa še ni preživeta. Izhodišče, s katerega nastopa pravo in na katerem je pravo utemeljeno kot znanost, se je izkazalo kot zgrešeno, iz te zmote pa izhajajo številni problemi, s katerimi se srečuje družba. Zgrešeno razumevanje znanosti, vzrokov uspešnosti znanstvene metode pri reševanju problemov, je privedlo do prepada med *znanostjo* in *filozofijo*, ki ga Immanuel Wallerstein<sup>1</sup> lepo opisuje kot razkorak med iskanjem *resnice* in iskanjem *dobrega*. Ta razkorak je še posebej viden v znanosti prava, ki usmerja vso pozornost v spoznanje *resnične* volje trenutnih oblastnikov, medtem ko se s (sistematičnim)

---

<sup>1</sup>Immanuel Wallerstein, *The Structures of Knowledge*, [http://www.youtube.com/watch?v=THR\\_Yks7YkU](http://www.youtube.com/watch?v=THR_Yks7YkU), maj 2011



---

iskanjem *dobrega* in *zla* sploh ne ukvarja. Za nameček se s sistematičnim iskanjem *dobrega* poklicno ne ukvarja tudi nihče drug v družbi. Rezultat tega je, da se je *slabo - zlo* - v družbi razcvetelo do te stopnje, da že ogroža obstoj številnih posameznikov in družbenih skupin in končno celotne družbe.

Prav zato bi bilo pametno, da bi se s problemom razmejitve *dobrega* od *zla* začeli sistematično ukvarjati, in sicer v okviru znanosti, ki je v praksi najbolj povezana s področjem *dobrega* in *zla*, tj. prava.

Danes imamo znanje, ki omogoča, da pravo ponovno prilagodimo sodobnemu razumevanju znanosti, da vzpostavimo sklenjen, neprotisloven pravni sistem, da izboljšamo reševanje problemov, povezanih s spoznanjem in odpravljanjem (družbenega) zla in pravo (ponovno) počlovečimo. Potrebna je „samo“ še volja.

---

## ***Država kot vzgojitelj***

Veliki mislec in humanist Erich Fromm je zapisal, da sta pogoj za duševno zdravje in preživetje civilizacije ponovna oživitev duha razsvetljenstva – brezkompromisno kritičnega, resnicoljubnega duha, ki pa je osvobojen pretirano optimističnih in racionalističnih predsodkov o zmožnostih razuma, in oživitev humanističnih vrednot, ki niso zgolj deklarativne, temveč se uresničujejo tako v zasebnem kot družbenem življenju<sup>2</sup>. Danes, v času, ko ugotavljamo, da brezmejni egoizem dolgoročno ne ustvarja splošne blaginje, in se rešitev družbenih problemov išče v različnih iracionalizmih in preživelih utopičnih konceptih, kot je npr. marksizem, so Frommove misli bolj aktualne kot kdaj prej. Prizadevanje za državo, družbo, v kateri je vsakomur omogočeno dostojno življenje in lahko ljudje svobodno sledijo lastnim predstavam o sreči, povezuje Fromma s še enim velikim mislecem in borcem za človečnost in razum, Karlom Raimundom Popperjem.

Za Popperja ni prvenstvena naloga politike, države povečanje splošne blaginje – utilitarizem<sup>3</sup>, temveč zmanjševanje (družbenega) zla – negativni utilitarizem<sup>4</sup>. Popper namreč ugotavlja, da vedno občutimo kot problem stanja, kot so odsotnost svobode, pomanjkanje poštenosti, nezadostna ekonomska varnost, in ne tem nasprotna pozitivna stanja. Po njegovem prepričanju pomeni človeško trpljenje poziv na pomoč, medtem ko

---

2 Erich Fromm: „Voraussetzungen für seelische Gesundheit und das Überleben der Zivilisation sind eine Wiederbelebung des Geistes der Aufklärung, eines rücksichtslos kritischen und wirklichkeitsnahen, jedoch von seinen überschwänglich optimistischen und rationalistischen Vorurteilen befreiten Geistes, und zugleich die Wiederbelebung humanistischer Werte, die nicht gepredigt, sondern im persönlichen und gesellschaftlichen Leben realisiert werden.“  
(<http://www.humanistische-aktion.homepage.t-online.de/utopie.htm>; julij 2006)

3 Utilitarizem je filozofsko stališče, ki zagovarja prizadevanje za največjo možno srečo največjega števila ljudi. Povečanje posameznikove sreče je izenačeno s povečanjem sreče skupnosti, skupna korist pa ima večjo veljavo kot pravična porazdelitev.

4 Negativni utilitarizem predstavlja moralno, normativno načelo, v ospredju katerega je zmanjševanje, odpravljanje zla namesto povečevanja sreče.

ni nobene moralne zahteve, da bi povečali blaginjo nekoga, ki mu tako ali tako že gre dobro (Popper OG I: 289–290).

Fromm v svojem prispevku k psihologiji kazenskega prava, z naslovom Država kot vzgojitelj (Fromm 1989:), ugotavlja podobnosti med odnosom posameznika do države in otroka do očeta. Odnos posameznika do države ima svoj vzor v odnosu otroka do očeta – tako oče kot država imata fizično premoč, ki omogoča uveljavljanje njune volje in določen red. Država na simbolni ravni opravlja, nadaljuje vlogo očeta, tj. zagotavlja (določen) red (Fromm 1989: 7–10). Podobno kot je lahko oče dober ali slab vzgojitelj, je lahko tudi država dober ali slab vzgojitelj, odvisno od tega, kako in čemu uporablja oblast – fizično premoč. Na ravni države se oblast odraža skozi pravo. Celotna družbena stvarnost, vsa družbena razmerja so opredeljena (determinirana) s pravom, bodisi ker jih pravo zapoveduje ali ker ne ponuja pravne pomoči, ki bi lahko razmerja spremenila. Pravo zavzema v družbi ključno vlogo, in usoda vseh nas je odvisna od ljudi, ki oblikujejo pravna besedila, in ljudi, ki ta besedila berejo, tolmačijo in izvršujejo.

Vsa živa bitja si prizadevajo izboljšati svoje življenjske razmere – to je gibalno evolucije in človek pri tem ne predstavlja izjeme. Izboljšanje človekovega življenja v družbi je povezano s pravom ali bolje rečeno z vsebino pravnih besedil in odločitev. Za razvoj posameznika je ključno, v kakšne namene, čemu vzgojitelj (oče) uporablja oblast, kakšna pravila postavlja. Enako velja na ravni družbe – tudi razvoj in blagostanje družbe sta odvisna od tega, v kakšne namene se uporablja oblast. Oblast se uresničuje skozi pravo, in v interesu vseh nas je, da imamo takšna pravila, ki nam ne preprečujejo osebnega razvoja in sledenja osebni sreči. Dobro pravo je v interesu nas vseh, zato bom v nadaljevanju poskušal prikazati, kako doseči boljše, bolj človeško in predvsem bolj smiselno izvrševanje oblasti.

Popper uči, da vsak intelektualec uživa privilegij, da lahko študira, v zameno za ta privilegij pa družbi in soljudem dolguje, da rezultate študija predstavi kar se da pošteno, jasno in preprosto. Najhuje, kar lahko intelektualci naredijo, je, da se soljudem



---

prikazujejo kot veliki profeti in poskušajo nanje narediti vtis z zapleteno govorico. Kdor ne zna govoriti preprosto in jasno, naj vadi in dela dalje, dokler se tega ne nauči (Popper 1994: 80).

Ker sem enakega mnenja kot Popper, sem si prizadeval biti čim bolj jassen, čeprav je na nekaterih mestih zaradi tega morda prišlo do poenostavitve posameznih problemov. Zastopajoč stališče, da naj strokovna terminologija služi lažjemu razumevanju in ne izključevanju javnosti, sem se izogibal tujkam in pravniški latovščini, ker to dvoje ne olajša razumevanja.

## **Čemu pravo ali – kako razumeti pravno znanost**

„Ideja prava je ideja človeka kot osebe ali pa je sploh ni,“ je zapisal Arthur Kaufmann (Kaufmann 1998: 191). Pravo namreč ni zgolj volja vsakokratnih oblastnikov, pa naj gre za diktatorja ali demokratično večino, temveč pomeni prizadevanje za človečnost, poštenost ter ustvarjanje in varovanje razmer za svobodno življenje. Država – oblast – ne potrebuje prava, saj lahko oblastniki izvršujejo voljo s silo, s fizično premočjo. Pravo je potrebno zato, da se oblast omeji, in predstavlja nasprotje nasilja.

Država je institucionalni odgovor na vzgojne potrebe družbe – velike družine, v kateri (en) oče ne zmore več zagotavljati reda. In tako kot v družini oče je lahko tudi država dober ali slab vzgojitelj, ki lahko svojim otrokom koristi ali škoduje, lahko jim posreduje poštenost, odgovornost in sočutje ali pa nasilje, egoizem in pohlep. Enako kot v družini gre tudi pri državi za *vzgajanje* s postavljanjem in uresničevanjem pravil. Pravila izhajajo iz vrednot, in dobrobit (kvaliteta življenja) družine in družbe je odvisna od vrednot, ki jih gojita. Vrednote so temelj našega delovanja, in zahodni, demokratični svet danes (vsaj deklarativno) zastopa razsvetljensko etiko, po kateri je človek sam sebi namen, ne pa sredstvo za doseg nekaterih višjih ciljev. Ljudje smo (si) enaki, zato hočemo biti enakopravni tudi v pravicah in obveznostih.

Življenje ne uspeva v poljubnih razmerah, zato človek tudi potrebuje ustrezne razmere za razvoj. Poleg materialnega – hrane, obleke, bivališča – potrebujemo ljudje tudi določene duhovne razmere, da rastemo in se razvijamo. Kakšne razmere so zagotovljene, je odvisno od družine in družbe, posameznikovo življenje pa je običajno odločilno zaznamovano s tem, v kakšnih materialnih in duhovnih razmerah je odraščal.

Človek je v svojem ravnanju svoboden – njegovo vodilo so lahko ljubezen, poštenost, svoboda in resnica ali pa sovraštvo, sadizem, narcizem in destruktivnost (Fromm 1977: 163). Vrednote vodijo življenje posameznikov in odločilno vplivajo na njihovo osebno srečo in tudi na družbeno uspešnost reševanja problemov. Človek je družbeno bitje,

naša eksistenca je odvisna od življenja v skupnosti, tako v materialnem kot duhovnem smislu. Težko si predstavljamo življenje brez (družbene) delitve dela in socialnih stikov. Življenje posameznika, njegove življenjske razmere so odvisne od soljudi, od odnosov med ljudmi, ti pa izhajajo iz vrednot, ki so jim posamezniki zapisani.

In tu nastopi pravo, kajti pravo skozi pravila, pod grožnjo prisile, ureja odnose med ljudmi in tako vzpostavlja in varuje (določene) vrednote. Odločilno mesto v pravu zasedajo temeljne človekove pravice in svoboščine, upravičenja, brez katerih ljudje ne moremo razviti človeških vrlin, uma, razuma in vesti in zadovoljevati materialnih in duhovnih potreb. Človekove pravice pomenijo stično točko prava s stvarnostjo, saj stvarnost zavrača zgrešeno pojmovanje človekovih pravic in tudi zgrešeno pojmovanje razmer, ki omogočajo preživetje, napredek in razvoj. O tem nas preverljivo uči zgodovinska izkušnja. Človekove temeljne pravice in svoboščine postavljajo vsebinske meje političnemu zapovedovanju in tako omejujejo oblast. Temeljne pravice in svoboščine tvorijo del prava, tisti del, ki ni plod političnih odločitev, ni utemeljen z oblastjo, temveč z razumom, z (zgodovinskim) spoznanjem, da je (osebna) svoboda nujen pogoj za (osebni) razvoj posameznika in za uspešno skupno življenje, uspešno družbo. Zato tudi vsaka razumna politika sledi istemu cilju, v prvi vrsti je to boj zoper vse oblike nasilja in ne-prava, in bi bilo neumno, če pri tem ne bi uporabila vseh razpoložljivih sredstev.

Pred pravom sem študiral ekonomijo, ki pa ni povsem pritegnila mojega zanimanja, saj se mi je zdelo, da je vprašanje blagovne proizvodnje človek (že) rešil. Veliko bolj zanimivo se mi je zdelo vprašanje, zakaj je v družbi izobilja mnogo ljudi izpostavljeno pomanjkanju in nasilju, zakaj v družbi ne vlada *fair play*, poštenost, tako da bi lahko vsi dostojno živeli. Predvideval sem, da se odgovor skriva v znanosti prava, saj pravo monopolizira oblast in na prisilen način ureja odnose med ljudmi.

Besed „poštenost“ ter „dobro“ in „zlo“ vsi moji sodržavljeni ne razumejo enako kot jaz, sicer bi vsi ravnali tako, kot jaz mislim, da je prav. Če torej drugi razumejo

poštenost drugače kot jaz, potem po pravilih logike ne moremo imeti oboji prav, in pojavi se vprašanje, kdo ima prav – vprašanje objektivnosti resnice o poštenosti.

Pomen, ki ga danes pripisujemo objektivni resnici – objektivnosti, je neločljivo povezan z nastankom sodobne znanosti. Leta 1686 je sir Isaac Newton predstavil svoje delo *Principia*, ki med drugim razlaga osnovne zakonitosti gibanja in univerzalni gravitacijski zakon. To njegovo novo znanje je omogočilo prevlado človeka nad naravo, saj predstavlja mogočno orodje, s pomočjo katerega lahko človek izkorišča naravne sile. Njegovo delo je odločilno vplivalo na razvoj in razumevanje znanosti in (znanstvene) objektivnosti in ustvarilo še danes razširjeno predstavo o svetu in vesolju.

Objektivnost temelji na *znanstveni objektivnosti* in je danes (še vedno) razumljena kot stvarnost, kakršna je sama na sebi, kot dokončna resnica, ki obstaja neodvisno od človekove zavesti, mišljenja<sup>5</sup>. Objektivnost je razumljena kot posledica objektivnega pristopa tistega, ki spozna, in pomeni vrednostno nevtralnost ali neopredeljenost. Objektivno znanstveno spoznanje se tako začne z opazovanjem, merjenjem, na podlagi rezultatov posameznih opazovanj pa nato sklepamo od posamičnega k splošnemu – to je indukcija<sup>6</sup>. Indukcija, lahko jo imenujemo tudi posploševanje, temelji na domnevi, da bo trditev, ki se je izkazala za pravilno v nizu poskusov, v enakih razmerah potrjena tudi pri vseh nadaljnjih poskusih. Odločilen moment v znanosti predstavlja verifikacija – dokazovanje pravilnosti teorij na podlagi z meritvami pridobljenih empiričnih podatkov. S tem postopkom pridobimo gotovo, nehipotetično znanje – objektivno resnico. Če torej hočemo objektivno resnico, potrebujemo meritve, empirične podatke, podatke, ki jih zaznamo s čutili<sup>7</sup>. Kaj pomeni to za vprašanje o možnosti spoznanja objektivne resnice, poštenosti, dobrega in zla?

5 objektivnost – kar je, obstaja neodvisno od človekove zavesti, mišljenja (SSKJ)

6 Indukcija ali logična indukcija je način logičnega sklepanja od posameznega k splošnemu in je v tem pogledu nasprotje dedukcije. Pri indukciji se domneva, da bo trditev, ki se je izkazala za pravilno v nizu poskusov, v enakih razmerah potrjena tudi pri vseh nadaljnjih poskusih.

7 Alles was messbar ist, messen, alles was nicht messbar ist, messbar machen. – Vse kar je merljivo, izmeriti, vse, kar ni merljivo, je treba narediti merljivo.

Ko govorimo o poštenosti, dobrem in zlu, gre za vrednotne sodbe, ki se jih ne da izmeriti. V naravoslovnih znanostih se ukvarjamo z empiričnimi, čutno zaznavnimi dejstvi, proučujemo vzročne povezave med naravnimi pojavi. Pri vrednotah pa gre za duhovne tvorbe in ne za empirična dejstva, ne da se jih izmeriti, zato tudi ni mogoče spoznati objektivne resnice o poštenosti, o dobrem in zlu.

Pravo kot znanstvena disciplina in naš celotni kontinentalni pravni sistem temeljita danes na tej predpostavki, namreč da na področju normativnega, na področju vrednot, ni objektivnih resnic, posledično pa tudi ni zgrešenih pravnih vsebin, saj je to, kar velja za pošteno, dobro in zlo, vedno relativno in nikoli objektivno res ali ne-res.

Odgovor na vprašanje, ali moji sodržavljeni pravilno razumejo *poštenost*, *dobro* in *zlo* ali to jaz bolje razumem, se glasi, da pravilno, objektivno resnično razumevanje, kaj je pošteno, dobro ali zlo, (sploh) ne obstaja. *Dobro* in *zlo*, *pošteno* in *nepošteno* je stvar dogovora (konsenza), gre za relativno, poljubno kategorijo. Ta odgovor pa nasprotuje moji življenjski izkušnji, da dobro in zlo ne moreta biti poljubni kategoriji. Čemu verjeti, osebni izkušnji ali splošno sprejeti znanstveni teoriji? Odločil sem se, da bom vzel „*znanstveno*“ teorijo še enkrat pod drobnogled, saj doživetega, lastne izkušnje, ne moreš tako zlahka negirati, ne da bi postavil pod vprašaj obstoj samega sebe.

V sodobni družbi zavzema znanost osrednje mesto, če pa hočemo razumeti njene razsežnosti in njen vpliv na človeka, se moramo ozreti v zgodovino, v srednji vek.

V začetku 4. stoletja je cesar Konstantin Veliki priznal krščanstvo, in kmalu je krščanstvo postalo državna religija. Krščanski monoteizem, krščanski nauk o božjem kraljestvu, je krepil idejo monarhije in pospeševal njen razvoj (Fenske, Mertens, Reinhard, Rosen 1996: 135) ter privedel do združitve, zlitja politike in vere (Kelly 1997: 123–126, Fenske, Mertens, Reinhard, Rosen 1996: 163). Vera je imela v srednjem veku osrednjo vlogo in življenje ljudi je bilo prežeto s slepim verovanjem v razglasitve avtoritet, cerkvenih in posvetnih. Krščansko razumevanje oblasti, kot jo je razlagala



katoliška cerkev, je temeljilo na ideologiji<sup>8</sup>, na prepričanju, da izhaja vsa oblast od boga – bog je razumljen kot izvor oblasti in bog podeli oblast kralju, ki je njegova verna podoba in njegov namestnik na zemlji (Strong 1963: 24, Fenske, Mertens, Reinhard, Rosen 1996: 179). Svobodno antično razmišljanje – filozofiranje, ki je temeljilo na uvidevnosti, modrosti in razumu – je v srednjem veku nadomestilo ideološko utemeljevanje, po katerem je človek nemočen in je v celoti odvisen od božje milosti, božje volje. Božja volja pa se izmika razumnemu spoznanju in temelji na razodetju, tako da človeku ne preostane nič drugega, kot da se ponižno pokori božji volji in upa na božjo milost (Zippelius 1971: 43).

Srednjeveški ljudje se niso nikoli šteli za svobodne državljane, ki lahko po svoji volji prihajajo in odhajajo in si krojijo usodo po svojih sposobnostih, energiji in sreči. Nasprotno, veljali so za del splošnega načrta, ki je vseboval cesarje in tlačane, papeže in krivoverce, junake in prepirljivce, bogataše in reveže, berače in tatove. Tlačan je bil tlačan in njegov položaj se ni nikoli spremenil. Toda dobri srednjeveški bog, ki je dopustil, da tlačan vse življenje služi kot suženj, je tudi temu tlačanu podaril neumrljivo dušo, in tako je imel pravico, da živi in umre kot dober kristjan. Ljudje so priznavali ta božji red in se niso nič spraševali, cerkev pa je na vse pretege poskušala preprečiti, da bi ljudje postavljali vprašanja, ki bi vzbujala dvome in nevero. Moškemu in ženski trinajstega stoletja sta onostranski svet – nebesa s svojo blaženostjo in trpljenja polni pekel – pomenila več kot prazne besede in nedoločene teološke fraze. Onostranski svet je bil dejstvo in srednjeveški meščani in vitezi so se večino življenja pripravljali nanj. Ljudje so trdno verjeli, da je življenje le priprava za resnično bivanje na onem svetu (Van Loon: 200). Vse znanje so črpali iz ene same knjige – biblije. Že od dvanajstega stoletja

---

<sup>8</sup> Pod ideologijo razumemo duhovne tvorbe, ki razlagajo in tolmačijo družbo, družbeno ureditev, možnosti in nujnosti njenega razvoja. Za razliko od teorije, katere namen je razlaga, je ideologija usmerjena v zamegljevanje in prekrivanje, katerega namen je upravičevanje prisile, oblasti, oblike vladavine (Neumann 1998: 32).

naprej je bila dodana še ena knjiga – *Velika enciklopedija koristnega znanja*, ki jo je v 4. st. napisal Aristotel, nikoli pa niso kakšne stvari dejansko opazovali (Van Loon: 198).

Srednjeveški svet, ki je temeljil na verovanju, je bil poln pomanjkanja in trpljenja, in ljudje so se zavestno odvrčali od tega sveta, polnega krivičnosti in zlobe. Trdno so verjeli, da na tem svetu le gostujejo in da se pripravljajo na lepše in pomembnejše življenje.

Slepemu verovanju, na katerem sta bila utemeljena srednjeveški družbeni red in cerkvena in posvetna oblast, pa sta počasi začela konkurirati racionalizem in empirizem. Ko je Isaac Newton leta 1686 predstavi svoje delo *Principia*, je to pomenilo dokončno zmago (empirične) racionalnosti nad slepim verovanjem. Newton je ustvaril orodje, s pomočjo katerega lahko človek izkorišča naravne sile. To je omogočilo skokovito povečanje blagovne proizvodnje in nesluteno izboljšalo materialne razmere. Ta napredek je imel za človeka tako velik pomen, da je to njegovo delo odločilno vplivalo na nastanek nove predstave o svetu in vesolju in predvsem na razvoj in razumevanje (metode) znanosti. Newtonovi univerzalni naravni zakoni so se odrazili na skoraj vseh področjih človekovega življenja, tako tudi na področju etike in politike<sup>9</sup> (Prigogine/Stengers 1980: 9, 33–34).

Newtonov uspeh pa ni le potrdil znanstvene metode razumevanja – vzročnosti, temveč je tudi razbil monopol cerkve pri razlaganju stvarnosti<sup>10</sup>. Novoveška (sodobna)

9 Nov naravni red je tako med drugim služil tudi kot argument v prid konstitucionalni monarhiji, saj je v njej kraljeva oblast omejena, tako kot je omejena oblast – moč sonca (Prigogine/Stengers 1980: 9, 33–34).

10 The secularization of society, which has been a continuing feature of the development of the modern world-system, expressed itself in the world of knowledge as a two-step process. The first step was the rejection of theology as the exclusive, or even the dominant, mode of knowing. Philosophy replaced theology; that is, humans replaced God as the source of knowledge. In practice, this meant a shift of locus of the authorities who could proclaim the validity of knowledge. In place of priests who had some special access to the word of God, we honored rational men who had some special insight into natural law, or natural laws. This shift was not enough for some persons, who argued that philosophy was merely a variant of theology: both proclaimed knowledge as being ordained by authority, in the one case of priests, in the other of philosophers. These critics insisted on the necessity of evidence drawn

znanost je pomenila upor zoper versko resnico – dogmo<sup>11</sup> in srednjeveško cerkveno avtoriteto, zato so bili njeni začetki v širšem intelektualnem smislu povezani s humanizmom, z razsvetljenstvom in renesanso (Mali 2002: 24). Srednji vek je temeljil na dogmah in brezpogojni pokorščini avtoritetam. Dogmatično mišljenje in vera v nezmotljivost oblastnih in cerkvenih avtoritet pa sta botrovali neuspešnosti reševanja človekovih vsakdanjih težav. Zoper cerkveni dogmatizem je nastopilo *razsvetljenje*, ki je ustvarilo idejo o svobodnem, razumnem, samostojnem posamezniku. Razsvetljski misleci so namesto brezpogojne pokorščine avtoritetam od človeka zahtevali, naj poskuša svet, ki ga obdaja, razumeti<sup>12</sup>.

Uspeh Newtonovih naravnih zakonov, uspeh naravoslovnih znanosti, pa ni privedel do absolutne zmage razuma, temveč je slepo verovanje v resnice, ki jih je razglašala cerkev, nadomestil s slepim verovanjem v empirično racionalnost. Človek ni bil več razumljen kot del narave, ni bil več podrejen mističnim silam, ki naravi vladajo, temveč je s pomočjo razuma on zavladal naravi, postal je gospodar narave, vsaj zdelo se je tako. Razum se je izkazal kot neprimerno boljše sredstvo za reševanje problemov – izboljšanje življenja – kot (slepa) vera. Racionalistična filozofija razsvetljenstva in umskost nasploh sta odtlej, vse do današnjih dni, prevladujoči (filozofski) orientaciji, in

---

from the study of empirical reality. Such evidence, they said, was the basis of another form of knowledge they called "science." By the eighteenth century, these protagonists of "science" were openly rejecting "philosophy" as merely deductive speculation, and proclaiming that their form of knowledge was the only rational form.

On the one hand, this rejection of philosophy seemed to argue a rejection of authorities. It was in that sense "democratic." The scientists seemed to be saying that anyone could establish knowledge, provided he (or she) used the right "methods." And the validity of any knowledge that any scientists asserted could be tested by anyone else, simply by replicating the empirical observations and manipulation of data. Since this method of asserting knowledge seemed to be capable of generating practical inventions as well, it laid claim to being a particularly powerful mode of knowing. It was not long therefore before "science" achieved a dominant place in the hierarchy of knowledge production (*"The Structures of Knowledge, or How Many Ways May We Know?", Immanuel Wallerstein*).

11 dogma – trditev, načelo, prepričanje, ki temelji na avtoriteti, ne na izkušnji – empiričnih dokazih

12 Sapere aude/tvegaj razumeti je glasilo razsvetljenstva.

---

globoko zaznamujeta zahodno kulturo. Najprej kot podlaga znanstveni paradigmi<sup>13</sup> (ki je na podlagi Newtonove mehanike postala prevladujoča znanstvena paradigma, tako v naravoslovnih kot v družboslovnih znanostih) in potem kot podlaga prevladujočemu kulturnemu vzorcu vere v napredek, ki je temeljna orientacija zahodne civilizacije (Senko Pličanič, Človek ali narava?, Novoveško pravo narave: „Antthropeiomi nomos“ ali „Nomos theios“, Zbornik znanstvenih razprav, letnik LIX, 1999: 17).

Od nastopa Newtonove fizike, ki pomeni začetek klasične znanosti, je naravoslovje težilo k spoznanju enotnih struktur sveta (mehanično gibanje, kemijske povezave, magnetno učinkovanje), znotraj katerih je posameznost podrejena celoti. Četudi naj bi se te enotne strukture, izražene z modeli, teorijami, aksiomatskimi sistemi, medsebojno razlikovale, pa naj bi bilo le z njimi mogoče enotno dojeti posamezne izseke naravnega sveta, po možnosti do končne idealne enotnosti narave kot take (Mali 2002: 23). Klasične znanosti so temeljile na prepričanju, da je vsebina in namen znanosti v mikroskopskem razstavljanju, razčlenjevanju, in da je „mikroskopsko“ enostavno in je zato podvrženo enostavnim matematičnim zakonitostim. Ustvarile so mehansko predstavo stvarnosti, po kateri svet, ki nas obdaja, deluje kot ura ali stroj.

---

<sup>13</sup> paradigma – Najpogosteje pomeni vzorec delovanja v znanstvenem ali drugem raziskovanju; kaj veda izbira kot predmet raziskave, kako tolmači rezultate raziskav, kakšna vprašanja si zastavlja o predmetu raziskave, kako so ta vprašanja zastavljena.

Nadaljnji razvoj naravoslovnih znanosti pa je privedel do presenetljivih novih spoznanj, ki zavračajo klasično koncepcijo in širijo razumevanje stvarnosti in znanstvene objektivnosti<sup>14</sup>. V tem stoletju je nastopila temeljita sprememba v naši predstavi o naravi, ki je pokazala meje prostora in časa. Danes vemo, da popolno, objektivno spoznavanje procesov v naravi ni možno. Stara delitev sveta na objektivne procese v prostoru in času na eni strani in dušo, v kateri se ta proces odraža, na drugi strani, ni več primerna kot izhodišče za razumevanje sodobnega naravoslovja (Lüst<sup>15</sup>, v Hribar 1991: 96–97). Naravoslovje danes potrjuje drzno Kantovo tezo, da Newton naravnih zakonov ni odkril, temveč jih je ustvaril, izumil. Naravni zakoni, podani v matematičnem jeziku, niso nastali tako, da bi Newtonovi možgani – njegov duh – prodrli v objektivno stvarnost (ki obstaja ločeno od nas), temveč so izum njegovega kreativnega duha, njegove ustvarjalnosti.

---

<sup>14</sup> Ironija je, da je k temu bistveno pripomogel prav pravnik.\*



„A Universe From Nothing' by Lawrence Krauss“, <http://www.youtube.com/watch?v=7ImvIS8PLIo>, maj 2011

<sup>15</sup> Dieter Lüst je direktor Inštituta Max-Planck za fiziko in nosilec predmeta matematična fizika na LMU (Ludwig-Maximilians-Universität) München.



V znanosti danes ne moremo več govoriti o objektivnih, pozitivnih (naravnih) zakonih, govorimo lahko kvečjemu o pravilnosti teorij v danem trenutku, pri čemer pa ne moremo izključiti novih odkritij in novih teorij, ki bolje opisujejo stvarnost. V naravoslovnih znanostih, npr. v fiziki, danes zelo dobro poznamo enostavne fizikalne procese z majhnim številom udeleženih delcev. To pa ne velja za sisteme z mnogimi delci, kjer ni več možno napovedovati stanja posameznega delca, temveč lahko to opisujemo samo še s pomočjo verjetnostnih računov in statističnih povprečij. Fizika je sicer s pomočjo modelov danes sposobna razložiti (fizikalno) stvarnost s kar 99,99-odstotno zanesljivostjo, hkrati pa obstaja zavedanje, da gotovih, končnih resnic, ki bi pojasnile absolutno vse, nikoli ne bo dosegla. Ta samokritičnost znanosti, ki se zaveda lastnih meja, je relativno nova, je proizvod 20. stoletja (Reichel, Prat de la Riba: 70), je posledica nastopa kvantne mehanike v fiziki, ki je pokazala omejenost dometa vzročnih povezav. Na ravni elementarnih delcev – atomov – je fizika naletela na pojem nedoločenosti, na nedeterminizem, ki onemogoča enostavna vzročna napovedovanja.

V razumevanju stvarnosti ima ključno vlogo prav fizika; predmet njenega raziskovanja so namreč tudi elementarni delci, iz katerih sestoji vse snovno, in tako neposredno na njej temeljita tudi kemija in biologija in s tem tudi samo življenje. Spoznanja fizike zato odločilno vplivajo na razumevanje sveta, ki nas obdaja, in na človekov svetovni nazor. Svetovni nazor je najširše pojmovan pogled na svet, miselni okvir, skozi katerega posameznik zunanji svet tolmači in z njim sodeluje. Vsakdo ima svetovni nazor, če se tega zaveda ali ne.

Ob koncu 19. stoletja je v fiziki prevladovala mehanska podoba sveta in fiziki so si prizadevali dokazati obstoj etra, substance, ki bi v klasični, mehanski teoriji morala biti nosilec svetlobnih valov, če je ta teorija hotela obveljati. Ko so številni premeteni poskusi dokazovanja spodleteli, je do tedaj nepoznan uradnik Albert Einstein postavil hipotezo, da je hitrost svetlobe konstantna in da je koncept etra zgrešen. Kasnejša spoznanja mož, kot so Bohr, Heisenberg, Schödinger in predvsem Max Born, so privedla

do ugotovitve, da klasična, mehanska predstava o svetu na področju elementarnih delcev odpove. Natančne, eksperimentalno preverljive napovedi za posamezni delec tu niso več mogoče, napovedi se nanašajo samo še na verjetnost, da se bo določen proces zgodil ali ne. To pa ni opredeljeno s pomanjkanjem znanja o dejanskih procesih, tako kot v zapletenih klasičnih sistemih, temveč je posledica nedeterminizma. Nobenega razloga ni npr. za to, da v radioaktivni snovi določen atom v določenem trenutku razpade. Teoretična napoved se lahko nanaša samo na statistično povprečje razpolovne dobe (Reichel, Prat de la Riba: 75). Svet, ki ga naravoslovna znanost danes odkriva, ni inteligibilen, v celoti razumljiv<sup>16</sup>, predvidljiv, kot ga je ustvarila klasična znanost, znanstveni pozitivizem<sup>17</sup>, svet ni mrtev, pasiven avtomat, ki, ko je enkrat „programiran“, za vekomaj sledi zapisanim pravilom. Danes vemo, da je takšno poenostavljanje zgrešeno in ne ustreza stvarnosti<sup>18</sup>, s tem pa je preživet tudi znanstveni pozitivizem.

---

16 Zakaj je tako, pojasnjuje teorija evolucije – sposobnosti človeških možganov imajo namreč svoje meje. Tako Riedl ugotavlja: „Vse poskusne osebe, dobre in slabe, so imele določene težave pri ukvarjanju s kompleksnimi sistemi. Le-te izvirajo iz mej, ki so postavljene človeškemu razumu: ker se je človeški razum skozi evolucijo razvijal pod pogoji, ki so od njega sicer marsikaj zahtevali, niso pa zahtevali ukvarjanja z mrežami tesno povezanih dinamičnih sistemov /.../ Nadalje človekovo kavzalno razmišljanje prednostno poteka v linijah in ne v mrežah /.../ to, da ima vsak ukrep povratne učinke in nepričakovane stranske učinke in da slednji lahko postavijo pod vprašaj cilj – namen ukrepa, da ga lahko celo izničijo, to človek le s težavo dojame“ (Rupert Riedl, *Evolution und Erkenntnis*, str.191).

17 Izhodišče znanstvenega pozitivizma je prepričanje, da obstaja dokončno, pozitivno, nehipotetično znanje, da lahko posameznik objektivno spoznava stvarnost in da (naravoslovne) znanosti odkrivajo objektivne – dokončne resnice.

18 Več o sodobnem razumevanju vesolja v „[A Universe From Nothing' by Lawrence Krauss](#)“



„A Universe From Nothing“ by Lawrence Krauss, <http://www.youtube.com/watch?v=7ImvIS8PLIo>, maj 2011

Popper je (znanstvenemu) pozitivizmu od vsega začetka oporekal. Po njem se znanstveno spoznanje ne začneja z opazovanjem, saj je navodilo „opazuj!“ prazno in nima nobenega smisla. Odgovor na navodilo „opazuj!“ je vendar vprašanje „kaj naj opazujem?“ Popper poudarja, da imamo, preden začnemo opazovati, že določeno idejo o tem, kaj bomo opazovali, imamo določena pričakovanja o tem, kaj bomo opazili. Znanstveno spoznanje se zato ne začneja šele z opazovanjem, temveč z zaznavanjem problemov, in sicer tako praktičnih kot tudi teoretičnih problemov, temu pa sledi najprej poskus njihove rešitve, nato pa poskus zavrnitve – falzifikacije<sup>19</sup> hipotetične rešitve. Če hipotetične rešitve – hipotetičnega znanja – ni mogoče zavrniti, velja za objektivno resnično. Postopek dokazovanja napačnosti pa poteka znotraj znanstvene skupnosti in

---

<sup>19</sup> Falzifikacija se nanaša na postopek zavrnitve trditve. Falzificiranje pomeni postopek uresničenja falzifikabilnosti, medtem ko se falzifikabilnost izjavlja o možnosti empirične zavrnitve kakega stavka. Falzifikabilnost predstavlja razmejitveni kriterij empiričnih znanosti, možno eksistenco opazovanj, ki bi lahko določeno teorijo zavrnili. K. Popper: "Pod falzifikabilnostjo kake teorije razumem eksistenco opazovalnih stavkov, katerih resnica bi to teorijo zavrnili. Pomembno pri tem je, da naj bi kak sistem znanstveno spoznali (kot empiričnega) šele tedaj, če bi iz njega izhajale tudi izjave, ki lahko pridejo v spor z izkušnjo."

še ta zagotavlja objektivnost, ki pomeni *intersubjektivnost* – strinjanje znanstvene skupnosti o tem, da predmetne izjave ali teorije v danem trenutku ni mogoče zavrniti kot napačno. Objektivnost je po Popperju nekaj, kar med ljudmi še nastane, je okoliščina, da pride več različnih subjektov glede določenega vprašanja ali problema do enakih ugotovitev. Objektivna resnica pa še ne pomeni dokončnosti, kajti nikoli ne moremo biti gotovi, da nismo naredili kakšne napake. Znanstveno udejstvovanje pomeni iskanje intersubjektivne, medčloveške resnice in ne dokončnosti. Znanje je vedno hipotetično in metoda znanstvenega spoznanja je metoda kritičnega preverjanja. Razumevanje objektivnosti kot objektivnosti znanstvenika je zgrešeno in je povezano z zmotnim razumevanjem objektivnega spoznanja (Popper 1984: 80).

Znanstveni pozitivizem – prepričanje, da obstajata dokončno, nehipotetično znanje in od nas ločena objektivna resnica – je danes presežen in ga ni več mogoče razumno zagovarjati. Objektivna resnica pomeni danes (zgolj) to, da določene izjave, teorije v danem trenutku ne moremo intersubjektivno zavrniti, ne pomeni pa dokončnosti.

Temeljni pogoj intersubjektivnosti je, da imajo (vsi) opazovalci (subjekti) enaka zaznavna orodja in primerljiva predznanja. Tako npr. opazovalec, ki je slep, ne zmore drugim posredovati (svoje) izkušnje gledanja (kaj je videl) in tudi ne zmore preveriti tega, kar so drugi povedali, da so videli (lahko samo verjame). Prav tako pa znanstveni diskurz – interpretacija zaznanega – ni mogoč brez primerljivih predznanj. Tako npr. morski biolog in astronom različno doumeta pomen opazovanega pojava v vesolju, saj imata različna predznanja. Brez problemov ni napredka znanja, s poglobljanjem razumevanja pa narašča tudi zaznavanje problemov<sup>20</sup>.

Izhodišče, predpostavka, da na področju vrednot ni objektivnih resnic in posledično tudi ni zgrešenih pravnih vsebin, se ob sodobnem razumevanju objektivnosti kot

---

<sup>20</sup> Ni znanja, če ni problemov, ampak ravno tako ni (ne vidimo) problemov tam, kjer ni znanja (Popper 1984: 80).

intersubjektivnosti glasi, da na področju normativnega – vrednot – ni intersubjektivnih resnic.

Intersubjektivnost je odvisna od zaznavnih orodij, in če na področju vrednot obstajajo intersubjektivne resnice, mora obstajati tudi ustrezno zaznavno orodje. Na področju vrednot je zaznavno orodje *čut za pravičnost* ali bolje *smisel za pravičnost*<sup>21</sup>. Čeprav govorimo o čutu, pa ne gre za čutilo, organ, ki nam je dan ob rojstvu, tako kot npr. nos, oči ali ušesa, temveč za duhovno tvorbo, ki si jo lahko predstavljamo kot programsko opremo. Ta „program“ – smisel za razlikovanje med prav in narobe – se razvije med odraščanjem, med človekovim osebostnim razvojem, pri čemer pa obstaja več ravni take programske opreme, od zelo preproste različice do sofisticirane. Govorimo o kognitivnem<sup>22</sup> (umskem) razvoju človeka.

Na temelju raziskave, ki je v časovnem obdobju 12 let (trajanje raziskave) proučevala skupino 75 dečkov, je Lawrence Kohlberg (Power, Higin & Kohlberg, 1989) razvil model moralnega razmišljanja, ki se je izkazal za zelo koristnega pri razumevanju zaporednih stopenj v moralnem razvoju in proučevanju moralnega mišljenja. Pri tem je izhajal iz Piagetove<sup>23</sup> teorije kognitivnega razvoja in iz teorij socialnega mišljenja. Sestavil je več zgodb z moralnimi dilemami, v katerih si nasprotujeta zakon oz. družbeno pravilo in posameznikova osebna potreba. Otroke in mladostnike je spraševal, kakšna razrešitev dileme je po njihovem mnenju najboljša in zakaj. Pri odgovorih sta bila pomembna način moralnega presojanja (miselna struktura) in utemeljevanje odgovorov, ne pa vsebina razmišljanja ali posameznikova odločitev (npr. „da“ ali „ne“). Kohlberg je prepoznal naslednje stopnje razvoja moralnosti:

*1. Predmoralni (predkonvencionalni) nivo – predšolski otroci*

---

21 prevedeno iz nemškega izraza „Gerechtigkeitssinn“

22 kognitivni razvoj – vsebuje prepoznavanje moralnih problemov, moralne sodbe in vrednote ter razumevanje pravil (Piaget, Kohlberg)

23 <http://sl.wikipedia.org/wiki/Piaget>

V tem obdobju otroci upoštevajo socialna pravila zato, ker je to zanje koristno. Ravnanje je dobro, pravilno, ker so, ko so pohvaljeni ali nagrajeni, deležni odobravanja in ljubezni, ravnanje je slabo zato, ker so kaznovani.

- Orientacija k uboganju in izogibanju kazni

Otrokom na tej stopnji ni mar za interese drugih ljudi in še niso sposobni dojeti, da se ti lahko razlikujejo od njihovih. Menijo, da je pravilno tisto vedenje, ki je nagrajeno, in napačno tisto, ki jih avtoritete kaznujejo. Upoštevajo predvsem posledice vedenja, ne pa namena (intence) tistega, ki je nekaj storil.

- Instrumentalno relativistična orientacija (naivni hedonizem)

Za to stopnjo razvoja je značilno individualistično stališče, čeprav se otrok že zaveda, da imajo tudi drugi svoje potrebe. Otroci na tej stopnji moralnega razvoja upoštevajo pravila z namenom, da bi bili nagrajeni oziroma da bi zadovoljili svoje osebne potrebe. Menijo, da je pravilno tisto ravnanje, ki zadovoljuje njihove potrebe (koristoljubnost) oziroma, vendar redkeje, ki zadovoljuje potrebe drugih. Za ta stadij je značilna recipročnost v smislu „ti meni, jaz tebi“ (npr. če si ti udaril mene, bom tudi jaz tebe). Delno so otroci že sposobni upoštevati namene, prepričani so tudi o nezmotljivosti odraslih. Ne razumejo pa univerzalnosti in vzajemnosti moralnih načel.

### *II. Konvencionalni (dogovorni) nivo – šolarji*

Predpogoj za to stopnjo razvoja je otrokova sposobnost, da stvari dojema iz perspektive drugega (Piaget), oziroma njegova zmožnost prevzemati vloge. Posameznik na tej stopnji razvoja stremi k spoštovanju pravil predvsem zato, da bi bil deležen nagrade ali priznanja pomembnih odraslih in socialne skupine (družine, vrstnikov ...), ki ji pripada.

- „Priden otrok“ – otrok do 12., 13. leta

Za to stopnjo razvoja je značilna usmerjenost k medsebojnemu ujemanju. Otrok se zaveda, da imajo bližnji in avtoritete določena moralna pričakovanja, in jim skuša ustreči. Hkrati pa pričakuje recipročnost – da bodo tudi drugi ustregli njegovim

moralnim pričakovanjem. Otrok te starosti že upošteva namen dejanja oziroma vedênja, in tako reče npr., da „ni mislil nič slabega“. Njegov kriterij pa je, da je prav to, kar ugaja pomembnim odraslim oziroma kar ti odobravajo, in slabo tisto, česar ti ne odobravajo.

- Orientacija k redu, zakonom in avtoriteti – adolescenti

Predpogoj za moralno razsojanje na tej stopnji je zmožnost abstraktnega mišljenja. Za to stopnjo je značilno absolutno spoštovanje avtoritet, družbenih pravil, norm, zakonov. Bistveno je podrejanje zahtevam socialnega reda, o njihovem smislu pa se posameznik še ne sprašuje.

### *III. Postkonvencionalni (avtonomni) stadij – nekateri odrasli*

Zadnji dve razvojni stopnji dosežejo po Kohlbergovih ugotovitvah le nekateri odrasli, približno 10 odstotkov, in sicer pretežno tisti z višjo izobrazbo. Ti razvijejo lastne avtonomne etične principe, izhajajoče iz univerzalnih etičnih načel, vendar zanje velja, da so neodvisni od avtoritet in zakonov. Posameznik na tej razvojni stopnji je sposoben odgovornega svobodnega kritičnega moralnega razsojanja, ki spoštuje pravice drugega.

- Socialni dogovor

Posamezniki, ki dosežejo to razvojno stopnjo, se zavedajo, da lahko pravila in zakone s socialnim dogovorom tudi spreminjamo (zavedanje fleksibilnosti pravil), pri čemer pa je potrebno demokratično dogovarjanje in upoštevanje individualnih pravic. V utemeljevanju odgovora vprašanja z moralno dilemo poudarjajo relativnost vsake odločitve in splošno družbeno koristnost.

- Univerzalni etični princip

Pri utemeljitvah v tem stadiju je poudarjena odločitev po svoji vesti. V ospredju niso niti lastne koristi niti zakoni, ampak upoštevanje višjih, univerzalnih etičnih principov, ki zadevajo spoštovanje pravic in individualne integritete posameznika. Če pride do nasprotja med zakonom in lastnimi načeli, upošteva posameznik svoja načela.

Medtem ko višja stopnja moralnega razvoja omogoča razumevanje nižjih stopenj, pa je za človeka na nižji stopnji moralnega razvoja nerazumljiva že naslednja višja stopnja

oz. zanj sploh ne obstaja<sup>24</sup>. Intersubjektivnost na področju morale pa se ne razlikuje od intersubjektivnosti na drugih področjih človeške izkušnje, določena je z enakim zaznavnim orodjem udeležencev. Tudi na področju etike, vsaj na najvišji stopnji moralnega razvoja, kjer je morala utemeljena z razumom, obstajajo intersubjektivne resnice o tem, kaj ne more veljati za dobro in pošteno.

Spremenjeno razumevanje znanstvene objektivnosti kot intersubjektivnosti močno vpliva na naš pravni sistem in razmišljanja o pravu. Izhodišče, na podlagi katerega se pravo danes poučuje kot znanost, sodobnim spoznanjem ne ustreza več. Pravni red – sistem, kakršnega smo prevzeli tudi v Sloveniji – je nastal na začetku 20. stoletja. Njegov utemeljitelj, avstrijski pravnik Hans Kelsen, je pod vtisom uspeha (naravoslovnih) znanosti in neuspeha teorije naravnega prava hotel ustvariti tak pravni sistem, ki bi zadostil kriterijem znanstvenosti. Kelsnovo razumevanje znanosti pa je, skladno s svetovnim nazorom tistega časa, povezano z vzročnostjo in določenostjo (Koja 1988: 41). Za Kelsna sta kavzalnost in determinizem sinonim znanstvenosti, in se jima skuša približati tudi v pravu. Kelsen ugotavlja, da se v naravoslovnih znanostih ukvarjamo z (empiričnimi) dejstvi, proučujemo vzročne povezave med naravnimi pojavi, pravne norme – vsebine pravnih norm – pa zanj niso (empirična) dejstva; pravnih norm ni mogoče verificirati, in zato vsebine pravnih norm za Kelsna ne omogočajo znanstvenega pristopa – ukvarjanja v smislu znanstvenega pozitivizma (Koja 1988: 41). Če hoče biti pravo znanstveno, so lahko – po Kelsnu – predmet prava kot znanosti zgolj njegove formalne, logične sestavine, rezultat na teh predpostavkah temelječih prizadevanj v pravu pa je njegova *Čista teorija prava*. Čista teorija prava, ki jo je Kelsen sam označil za „pravo teorijo pravnega pozitivizma“<sup>25</sup> (Kaufmann 1998: 217), se trudi doseči

---

24 <http://faculty.plts.edu/gpence/html/kohlberg.htm>

25 *Pravni pozitivizem* (ali *pravni legalizem*) predstavlja razumevanje prava, po katerem so pravo izključno veljavni zakoni in norme, ki predstavljajo t. i. *pozitivno pravo*, ki ga je mogoče empirično preveriti. Temelj pravnega pozitivizma predstavlja strogo ločevanje prava od morale ali kakršnega koli vsebinskega merila pravnosti (Pavčnik 2006: 461,462).



objektivnost naravoslovnih znanosti (Koja 1988: 41). Največji postulat te teorije je metodična čistost, pravno znanost pa je po tej teoriji treba osvoboditi vseh prvin, ki so pravu tuje. Kot take navaja psihologijo, sociologijo, etiko in politično teorijo (Kaufmann 1998: 163,164).

V Čisti teoriji prava posamezna norma (navodilo) ni utemeljena z vrednotami ali dejstvi, temveč črpa svojo veljavnost, pozitivnost iz druge, njej hierarhično nadrejene norme<sup>26</sup> (M. Pavčnik, citirano po Pitamic 2005: 17). Norma velja, ker tako določa druga, višja norma. Tako pridemo do temeljne norme – ustave, hierarhično najvišje pravne norme neke države, iz katere so končno izpeljane vse druge norme.

S Čisto teorijo prava dobi pravo znanstvene temelje v smislu znanstvenega pozitivizma (Koja 1988: 42). Čista teorija prava je odraz in rezultat specifičnega, tj. pozitivističnega razumevanja znanosti in znanstvene metode. Na začetku 20. stoletja dejansko ni obstajala nobena „razumna“ alternativa pozitivističnemu razumevanju znanosti in znanstvenega spoznanja. Omejenost in zgrešenost znanstvenega pozitivizma je s sredstvi, ki jih znanstveni pozitivizem priznava, pokazal šele nastop kvantne mehanike v fiziki, ta pa je odprl možnosti za drugačno razumevanje znanosti in znanstvenega spoznanja, v katerem kavzalnost in determinizem ne pomenita več sinonima znanstvenosti.

Kelsnova Čista teorija prava hoče biti sklenjen, hierarhičen sistem veljavnih norm. Kelsen se zaveda, da lahko v postopku nastajanja prava prihaja do napak, vendar v čisti teoriji prava, ki hoče biti sklenjen sistem izključno veljavnih pravnih norm, pomanjkljiv (splošni) pravni akt ne sme obstajati, zato mu on odreka pravno veljavnost. Norma, pravni akt, ki ni sprejet v skladu z višjo normo, ki ureja nastajanje predmetnega pravnega akta, norma, ki ni sprejeta v skladu s *pozitivnimi* predpisi, za Kelsna ne more biti veljavno pravo, tak pravni akt je ničn (Koja 1988: 50). Kelsen tu potrebuje

---

<sup>26</sup> Stopnjevost pravnih norm je sicer delo, zasluga Adolfa Merkla (Adolf Julius Merkl, 1890–1970). Kelsen je imel njegov prispevek stopnjevosti pravnih norm za tako pomembnega, da je Kelsna označil za soustanovitelja *Čiste teorije* prava (Koja 1988: 51).

instanco, ki bi ugotavljala in odpravljala pomanjkljive, zmotne pravne akte, in to nalogo poveri posebnemu sodišču – ustavnemu sodišču, ki je edino pristojno prepoznavati in razveljavljati pomanjkljive pravne akte (Koja 1988: 131). Kelsen je videl nalogo ustavnega sodišča v tem, da bi še pred začetkom veljavnosti zakona odločilo o njegovi skladnosti oz. neskladnosti z ustavo, tako da bi bili sprejeti zakoni brezpogojno in nepreklicno veljavni (Louis Favoreu, *Constitutional Review in Europe*: v Henkin, Rosenthal, *Constitutionalism and Rights*: 40).

Kelsen, ki si prizadeva za ideal znanstvenosti (Kelsen 1931: 56), kot ga razume znanstveni pozitivizem, izloči kot neznanstvene vse probleme, ki ne omogočajo znanstvenega pristopa s stališča znanstvenega pozitivizma. Ker nihče (noben posameznik) ne (z)more objektivno odkriti pravega, večnega pomena vrednot, kot so pravičnost, enakost in svoboda, te ne morejo biti predmet pravne znanosti in tudi ne ustavnega sodstva. Pri tem predstavlja znanost, pozitivistično znanstveno spoznanje, miselni kalup, v katerega je pravo stlačeno – pravo je prilagojeno kriterijem znanosti, spoznanj, kot jih postavlja znanstveni pozitivizem.

Kelsen se zaveda, da pomeni uporabljanje prava postopek konkretizacije prava – interpretacije abstraktnega besedila zakona – in da gre v primerih, ko iz besedila ni mogoče enopomensko spoznati norme, za postopek sodniškega ustvarjanja prava. Zaveda se tudi, da zgolj z jezikovno, logično in sistematično razlago ni mogoče opredeliti edino možnega (pravičnega) pomena zakonskega besedila (norme), tako kot je to trdila šola pojmovne jurisprudenc (Kelsen 1931: 21). A problem izbire možnih pomenov po njegovem mnenju ne sodi v pravno znanost, saj gre v tem primeru za sodnikovo ustvarjanje norm, to pa presega znanost, zmožnosti objektivnega znanstvenega spoznanja (Koja 1988: 54–57).

S Čisto teorijo prava je Kelsen utemeljil pravo kot samostojno znanost z lastnim predmetom proučevanja, vendar je njegova *pravna znanost* dogmatična znanost<sup>27</sup>, ki

---

27 Gre za protislovje, saj predstavlja dogma nasprotje znanosti.

nima nobene povezave s stvarnostjo, z reševanjem dejanskih problemov skupnega življenja ljudi v družbi. Že njegov učenec, Leonid Pitamic, je vsebinsko izvotljeno Kelsnovo Čisto teorijo prava kritiziral. Menil je, da pravo ne more biti zgolj socialna tehnika, temveč da mora biti predvsem socialno, če hoče biti pravo (Pavčnik 2005: 28; izvirno Leonid Pitamic, Čista pravna teorija: 188).

Pravo se danes poučuje kot znanost – prepričanje o pravu kot znanosti je razširjeno med (kontinentalnimi) pravniki. Pod vplivom pravnega legalizma<sup>28</sup> se ti pri zagovarjanju pravnih odločitev, ki z vidika življenja sicer niso smiselne, radi samozavestno sklicujejo na znanstvenost prava in strokovnost pravnih odločitev. Zdi se, da je nerazumevanje (nesmiselnih) pravnih odločitev *laikov* in njihovo nasprotovanje pravnim odločitvam pač posledica njihovega nepoznavanja znanosti prava oz. posledica znanstvenosti prava. Pravo je prekrito s plaščem avtoritete znanosti, ki še vedno predstavlja nekakšno čarobno palico, s pomočjo katere se lahko odčarajo skrivnosti narave in se tudi vlada, naravi in ljudem. Zdi se, da še vedno vlada scientistično, avtoritarno – dogmatično pojmovanje znanosti, ki verjame, da znanost odkriva objektivne, dokončne resnice, in znanost posledično razume kot oblast, ki se ji je treba podrejati. Danes je takšno razumevanje znanosti zastarelo, je relikt prejšnjega stoletja, in ne ustreza novim znanstvenim spoznanjem in napredku sodobnih znanosti. Pomanjkljivosti Čiste teorije prava je najočitneje pokazala zgodovinska izkušnja nacizma (empirični preizkus), ko je pravo zapovedovalo in prikrivalo grozote in zločine. Po drugi svetovni vojni so številne države zato uvedle ustavna sodišča, pristojna tudi za vsebinsko presojo ustavnosti, Čista teorija prava pa se je obdržala v veljavi, in tako v kontinentalnem pravu še danes prevladuje *formalizem*, medtem ko so pravne vsebine – vrednotne, moralne razsežnosti prava – izgnane na obrobje pravne prakse, in sicer na ustavno sodišče. Pri izobraževanju

---

28 Luc J. Wintgens: "Legalism indeed makes us hold the position that law consists of legal rules considered from an internal point of view that can not be questioned any more" (To follow a rule as a legislation – some observations from a jurisprudential perspective, *Rechtstheorie*, 1999, št. 1, str. 17).

pravnikov tako še danes prevladuje prepričanje, da pravnik – sodnik – ne potrebuje nobenih védenj in spoznanj s področja etike in da je vseeno, kakšno raven moralnega razvoja je dosegel, da lahko smiselno uporablja pravna besedila.

Današnji pravni sistem je teoretično protisloven, saj imamo na eni strani pravno znanost, kot jo je utemeljil Kelsen – pravni pozitivizem, na drugi strani pa imamo ustavno sodišče, katerega naloga je prav izločanje vsebinsko zgrešenih zakonov in pravnih odločitev, ki v tej znanosti (pravnem pozitivizmu) sploh ne morejo obstajati. Pravne vsebine – odločanje ustavnega sodišča o pravnih vsebinah – predstavljajo v znanosti prava protislovje, ki ga s preživelim pozitivističnim razumevanjem znanosti, znanstvenega spoznanja in objektivnosti ni mogoče odpraviti.

V pravni znanosti danes ne more več biti dvoma o tem, da obstajajo zgrešene pravne vsebine, ki ne morejo veljati za pravo, kljub temu pa k njihovem odkrivanju in odpravljanju ne pristopamo sistematično, kot da si ne-prava ne bi želeli odpraviti.

Ob sodobnem razumevanju znanstvene objektivnosti kot intersubjektivnosti pravne vsebine ne predstavljajo problema. O pravnih vsebinah, o etiki je možno razumno, argumentirano razpravljati in priti do intersubjektivnih spoznanj, zato ni nobene potrebe po njihovi izločitvi. Razpravo omejuje le dejstvo, da je zanjo potrebna visoka raven moralnega razvoja, a saj ni v drugih znanostih nič drugače – tako se npr. z zapletenimi matematičnimi in fizikalnimi problemi tudi ni sposoben ukvarjati vsakdo, temveč zahteva to nadpovprečne intelektualne sposobnosti.

Kriterij veljavnosti prava ni zgolj formalen – oblika, ki jo ob predznanju branja prepoznamo z očmi –, temveč tudi vsebinski. Prepoznavanje vsebinskih problemov pa je odvisno od stopnje moralnega razvoja. Višja raven moralnega razvoja, tj. boljša programska oprema, omogoča, da iz istega besedila in istega dejanskega stanja pridobimo informacije, ki so opazovalcu na nižji stopnji skrite, nevidne in posledično o njih ne more razumno razpravljati. In prav to se dogaja tudi pri branju večine zakonskih besedil.

---

Zakoni so napisani abstraktno, da lahko zajemajo čim več življenjskih primerov. Preden lahko pravniki zakon sploh uporabimo, ga moramo razumeti. Postopek razumevanja zahteva, da si ustvarimo podobo, sliko o tem, katerim ciljem zakon sledi, kaj hoče doseči in kaj preprečiti, torej kakšen je namen oz. smisel zakona. Razumevanje namena in smisla zakona pa je odvisno od razumevanja smisla in namena ustave, saj postavlja ustava vsebinske kriterije, ki jim mora zakon zadostiti. Povezava med abstraktno zapisanimi normami in stvarnostjo nastane tako, da si na podlagi (izmišljenih) posamičnih primerov ustvarimo konkretno predstavo o tem, kaj je namen zakona. Šele ko si ustvarimo predstavo o stvarnosti, predvsem o posledicah, ki jih določeno razumevanje zakonskega besedila povzroča v življenju ljudi, imamo vtis, da zakonsko besedilo razumemo in da lahko na podlagi zakona sprejmemo smiselno odločitev. Čeprav je zakon ustvaril zakonodajalec in zakonsko besedilo vpliva na poskus razumevanja, je predstava o tem, kaj hoče zakon doseči, naša, je uporabnikov proizvod, stvaritev njegovih možganov. Uporabnik zakona je tisti, ki bere zakonsko besedilo, ustavo (in pri tem morebiti spregleda bistvene odseke), prav tako je uporabnik zakona tisti, ki (morebiti) bere komentarje zakona in ustave in na zakon navezuje se sodbe, in tako obdelava tudi razmišljanja drugih o zakonu. Tako si ustvarimo lastno predstavo o pomenu in namenu zakona, tako rekoč sami ustvarjamo voljo zakonodajalca (von Mettenheim 1984: 10). Dejansko torej naša predznanja o vsebini ustave, opredeljena z znanjem in stopnjo doseženega moralnega razvoja, odločajo o tem, kako razumemo pravna besedila. To, kako razumemo v ustavi vsebovane pojme, kot so „svoboda“,

---

„dostojanstvo“, „poštenost“, pa odločilno vpliva na interpretacijo pravnih besedil<sup>29</sup> in na prepoznavanje etičnih problemov.

Na spoznanje smiselnih pravnih vsebin lahko danes gledamo kot na (časovno odvisen) proces, v katerem ima odločilno vlogo falzifikacija. Tega, kar je prav, ne spoznamo vsega naenkrat in za vekomaj<sup>30</sup>, temveč postopoma, tako da nam izkušnje povedo, kaj ni prav.

Pozitivna utemeljitev, verifikacija v smislu, da je neka izjava dokončno in neovrgljivo dokazana, po kritičnem racionalizmu ni možna. Tudi naravni zakoni, ki jih formulira naravoslovje, niso sposobni verifikacije, ker lahko za preverjanje izvedemo le končno število opazovanj (celo če milijonkrat opazimo samo črne krokarje, se ne da izključiti, da ne obstajajo tudi beli). Nasprotno pa je v širokem obsegu vedno možno dokazati napačnost izjav in spodbijati teorije, s tem da jih pustimo propasti ob dejstvih. Kadar pa dolgoročno ne moremo dokazati napačnosti neke izjave, hipoteze, teorije, upravičeno predpostavljamo, da je resnična (Kaufmann 1998: 186). Dokazovanje napačnosti je tako gonilo napredka in je nepogrešljivo orodje znanosti, še posebej v pravu – v etiki. V pravu ne moremo vnaprej reči, kaj je nasploh pravilno pravo, kakšno ravnanje je etično, temveč samo, kaj ne more biti pravo in katero dejanje je neetično (Kaufmann 1998: 186).

<sup>29</sup> Cilj prava je, da dovoljuje, zapoveduje in prepoveduje tisto, kar je v skladu z vrednotami in dobrinami, in te s tem pravno zavaruje. Na ravni razumevanja (razlage) normativnih pravnih aktov (npr. zakonov) ima pomembno vlogo teleološka (namenska) razlaga, ki ima vseskozi vrednostni naboj. Vrednotenju se ni mogoče izogniti tudi tedaj, ko gre za uporabljanje zakonov ali drugih normativnih pravnih aktov v konkretnih primerih. Vprašanja, katera dejstva so pravno relevantna, kaj zakon pomeni in kako naj pravno relevantna dejstva povežemo z enim ali več pravnimi pravili, so vselej vrednotne narave. V teh postopkih imajo pomembno vlogo tudi pravna načela kot raztegljiva vrednotna merila (npr. načelo pravne države ali vestnosti in poštenja v civilnem pravu) o tem, kako njim podrejena pravila oblikujemo in (ali) jih razumemo (Pavčnik, Cerar, Novak, 2006: 33).

<sup>30</sup> Oeser piše: „Thus the „above-law” legal-ethical principles are no more considered to be eternal and unalterable truths but rather dynamic principles revealing their real value in the process of argumentation of each particular case” (E. Oeser, *Evolution and Constitution*, Kluwer Academic Publishers, 2003, str. VII)

Okoliščina, da različno razumemo etične probleme, zahteva prav svobodno konfrontacijo mnenj, pogledov in argumentov, torej racionalen diskurz in izločevanje zgrešenih razumevanj, ne pa preprečitve teh diskurzov. Diskurz pa lahko poteka, tako kot v naravoslovnih znanostih, samo v obliki dejansko obstoječih argumentacijskih skupnosti, pri katerih se izmenjujejo resnična izkustva in prepričanja o stvareh. Empirični temelj tega diskurza je človeška izkušnja. Kaufmann piše: „Tudi filozofija in teorija prava sta navezani na izkustvo in eksperiment, če nočeta ostati v špekulativnem. Eksperiment filozofije je njen nastop v zgodovini in ta eksperiment ima veliko prednost, da ni samo umišljen. Načelo pravičnosti – suum cuique, zapoved strpnosti itd. – so dejansko prazni obrazci (nimajo pomena – ne moremo jih razumeti), če o njih razmišljamo onkraj vsakega zgodovinskega izkustva” (Kaufmann 1998: 250).

Za razliko od naravoslovnih znanosti, ki se ukvarjajo z dejstvi, se v pravu ukvarjamo s smislom norm in vrednot, ki se odražajo skozi empirična dejstva. Merilo resničnosti, objektivnosti pa je enako kot v naravoslovnih znanostih, namreč intersubjektivni konsenz (vzajemno strinjanje), pridobljen v racionalnem diskurzu o konkretni zadevi, konkretnem življenjskem dogodku. Iz načela uma (da se mora um v vseh svojih dejanjih podvreči kritiki) izhajajo trije nosilni stebri racionalnega diskurza: načelo argumentacije, načelo konsenza in konvergence ter načelo zmotljivosti. Po načelu argumentacije sestavlja racionalni diskurz svobodna argumentacijska skupnost, v kateri so dopuščeni vsi argumenti. Cilj je izdelava intersubjektivnosti prek konsenza. Načelo argumentacije dopolnjuje načelo konsenza in konvergence, ki pravi, da ni merilo resničnosti, pravilnosti neke izjave zgolj (goli) konsenz, temveč okoliščina, da pride več medsebojno neodvisnih subjektov glede istega predmeta do stvarno konvergirajočih, neprotislovnih spoznanj. Načelo zmotljivosti pa pravi, da noben konsenz ni dokončen, nasprotno, da je vsaka izjava, vsak sklep, vsak argument načeloma zmotljiv, torej načelno popravljiv, z eno izjemo: samo načelo zmotljivosti konsenza, načelo, da noben konsenz ni dokončen, ni zmotljivo (Kaufmann 1998: 185).

Pravnih vsebin ne moremo spoznati vnaprej, lahko pa, ko pride do sodnega spora, o njihovi smiselnosti sodimo na podlagi izkušnje<sup>31</sup>. V pravu lahko ustvarimo razmere, ki otežujejo dokazovanje napačnosti in onemogočajo identifikacijo neprava in neetičnih ravnanj, tako da onemogočimo racionalni diskurz o pravnih vsebinah, o etiki in ideologiji, o smislu pravnega urejanja, za kar zadostuje neizpolnitev samo enega izmed načel racionalnega diskurza, npr. preprečitev nastanka svobodne argumentacijske skupnosti ali omejevanje dovoljenih argumentov.

Naš „sodobni“ pravni sistem pristopa k pravnim vsebinam izrazito neznanstveno in dogmatično, saj monopol ustavnega sodišča nad pravnimi vsebinami krši temeljna načela racionalnega diskurza. Pravne vsebine in pravna načela so izločeni iz pravnega diskurza, s tem pa so izločeni tudi kriteriji, na podlagi katerih se odločamo o smiselnosti pravnih odločitev.

Za pridobitev novih spoznanj, za učenje, potrebujemo soljudi, ki nam s svojimi razmišljanji in videnji pomagajo odkrivati naše napake in pomanjkljivosti. To spoznanje odraža tudi slovenski pregovor „več glav več ve“, zato so zaželeni čim širše argumentacijske skupnosti in čim več različnih, konkurirajočih si argumentov. Kontinentalna pravna znanost je, kar zadeva pravne vsebine, v očitnem nasprotju s sodobnimi stvarnimi znanostmi, ki so usmerjene v pridobivanje novih spoznanj in sistematično razlaganje. Kritičnemu razmišljanju so v njej postavljene meje, tako da lahko govorimo o pravu kot dogmatični znanosti, ki je primerljiva s katoliško teologijo. In dejansko obstajajo med pravom in teologijo tesne povezave in strukturne podobnosti. Temeljna skupna značilnost teološkega in pozitivističnega dogmatičnega pravnega načina razmišljanja je model spoznanja, ki temelji na razodetju, v katerem je možno razbrati resnico iz razglasitev avtoritarnih instanc, o katerih nezmotljivosti ni dvoma. Posledično se pojavljata samo problem identifikacije razglasitev, pri čemer gre

---

<sup>31</sup> Zato je pogoj za izvolitev sodnika tudi starost, s katero se povezujejo zadostne življenjske izkušnje. V Sloveniji je spodnja starostna meja za sodnike 30 let (8. člen Zakona o sodniški službi/ZSS).



---

za izbor veljavnih virov, in problem interpretacije, pri čemer pa gre za njihovo pravilno tolmačenje. Tako v pravu kot v religiji se zahteva brezpogojno priznanje, izvrševanje zapovedi, zahtev neke merodajne instance. V upravičenost instance za postavljanje zahtev pa se lahko le veruje, zato gre v obeh primerih za „versko poslušnost“ (H. Albert, 1978: 66).

Ustavno sodišča lahko na podlagi vsebinskih meril pravnosti – etike, iz katere izhaja in na kateri temelji ustava – razveljavlja zakone in tako posega v zakonodajno vejo oblasti, v demokratično izraženo voljo ljudstva. Govorimo o sodni presoji ustavnosti, pri čemer sodišče presoja, ali zakon oz. sodna odločitev posega v pravice in svoboščine, zapisane v ustavi. Sodna presoja ustavnosti posega v globoko zakoreninjeno dogmo o delitvi oblasti na zakonodajno (parlament), izvršilno (vlada) in sodno (sodišča) in je neposredno povezana z razumevanjem demokracije in države.

---

## ***O avtoritarnem razumevanju države***

Demokracija je običajno razumljena kot oblika vladavine, v kateri je nosilec oblasti ljudstvo. Tako tretji člen Ustave Republike Slovenije določa: „V Sloveniji ima oblast ljudstvo. Državljanke in državljani jo izvršujejo neposredno in z volitvami, po načelu delitve oblasti na zakonodajno, izvršilno in sodno.”

Politična oblast – oblast ljudi nad ljudmi – ni predpostavljena, ampak potrebuje za svoj obstoj in delovanje pravno legitimacijo, te pa ne more utemeljiti nobena druga instanca (ne bog in nobena ideologija) razen ljudstva samega (Šturm 2002: 46). Ljudje sami sebi vladajo, in sicer neposredno z referendummi in posredno z volitvami, v obeh primerih se izraža večinska volja. Demokracija pomeni tako vladavino večine (nad manjšino) in večinska volja svobodnih ljudi legitimira oblast. Ustavno sodišče je v odločbi Up-301/96 (odločba z dne 15. 1. 1998, Ur. l. RS, št. 13/98) v točkah 12 in 13 opredelilo pojem svobodne demokratične družbe: „Svobodna demokratična družba je ustavna ureditev, ki ob izključitvi vsakršnega nasilja in samovolje predstavlja družbeni red pravne države na podlagi samoodločbe ljudstva glede na voljo večine ter svobodo in enakost. K temeljnim načelom takega reda je treba šteti vsaj še naslednje ključne predpostavke: spoštovanje človekovih pravic, določenih v Ustavi, pravico posameznika do življenja, nedotakljivost osebnostnih pravic, suverenost ljudstva, delitev oblasti, odgovornost vlade in zakonitost delovanja izvršilne oblasti, neodvisnost sodišč, večstrankarski politični sistem in enake možnosti za vse politične stranke, s pravico do oblikovanja opozicije in delovanja v njej v skladu z Ustavo. Da svobodna demokratična ureditev lahko deluje, je zagotovljeno s sistemom pravno določenih pravil ravnanja, ki so nastala na podlagi prikazanih načel v dolgem zgodovinskem razvoju v skladu z demokratičnim izročilom evropske pravne civilizacije. Na različne načine zagotovljena politična svoboda mnenja, izražanja in oblikovanja politične volje in združevanja vodi k večstrankarskemu sistemu in k organizirani politični opoziciji. Svobodne volitve, ki si

sledijo v relativno kratkih presledkih, zagotavljajo ljudstvu nadzor nad uporabo oblasti politične večine. Vlada je odgovorna parlamentu. Uresničevanje načela delitve oblasti na različne, med seboj nadzirajoče in omejujoče se nosilce, preprečuje preveliko koncentracijo oblasti na enem mestu v državi. Državljanu je zagotovljena sfera svobodnega ravnanja s priznanjem temeljnih človekovih pravic in z zelo obsežno zaščito, ki jo zagotavljajo neodvisna sodišča.”

Razumevanje demokracije kot *oblasti ljudstva*, kot vladavine večine, ustreza v teoriji države tradicionalnemu vprašanju o izvoru oblasti. Išče se odgovor na vprašanje, *kdo naj vlada, kdo naj ima politično oblast*, izvor politične oblasti pa služi tudi za njeno legitimacijo. Po Popperjevem mnenju ustreza vprašanje, *kdo naj vlada, kdo naj ima politično oblast*, vprašanju, *kaj je zadnji izvor našega spoznanja*. Vprašanje izvora spoznanja, vprašanje o izvoru nasploh, pa je avtoritarno vprašanje, saj predpostavlja, da se spoznanje lahko legitimira na podlagi nekega rodovnika avtoritet. Razumevanje demokracije kot *vladavine ljudstva* temelji na prepričanju, da je ravnanje razumno, pravilno, dobro, predvsem pa upravičeno, torej legitimno, če se z njim strinja večina. To je tudi temelj participatornih, udeležbenih teorij demokracije, v katerih predstavlja udeležba samostojno normativno vrednoto (Brunnhuber 1999: 377). Demokracija kot vladavina večine pomeni pravzaprav tiranijo večine, v kateri služi volja večine za legitimacijo oblasti. H. Albert piše o *demokratični ideologiji*, v kateri se družbena ureditev in politični ukrepi legitimirajo na podlagi avtoritarne instance, ki ne dopušča dvoma o njihovi upravičenosti (Albert 1991: 164).

Popper ugotavlja, da je táko razumevanje demokracije, ki vidi v politični udeležbi konstitutiven in odločilen element demokracije, protislovno. Obstaja namreč možnost, da se člani družbe odločijo za tiranijo. To lahko pomeni konec razpravno–argumentativnih oblik interakcije in samoukinitve udeležbe. Sporazumu o udeležbi namreč manjka cilj, ki naj se mu sledi (Popper OG I: 173).

M. Ostrogorski je dokazal, da lahko volilni sistem bistveno vpliva na izid volitev (Brunnhuber 1991: 381). To pomeni, da lahko sam postopek – ali gre za večinski ali proporcionalni volilni sistem – odloča o izidu političnega procesa. S to ugotovitvijo večina izgubi značaj absolutnega in se izkaže za relativno kategorijo. Pravilo večine predstavlja sicer racionalno in pošteno metodo, a lahko privede do različnih rezultatov, ki nikakor niso identični z večinsko voljo ljudstva, z voljo večine.

F. W. Scharpf ugotavlja, da obstajata dve različni razumevanji demokracije, ki ju lahko imenujemo *input* in *output* demokracija (Brunnhuber 1991: 377, izvirno F. W. Scharpf, *Demokratisierung zwischen Utopie und Anpassung*, Konstanz 1970).

V *input* demokracijah je temeljno vprašanje, kako se lahko posamezni interesi, politične preference, upodobijo v svoji raznolikosti, po možnosti nepopačeni. Po takšnem razumevanju je politično ukrepanje razumno, če se v demokratičnem postopku kar se da nepopačeno povzamejo interesi posameznih skupin. V *input* demokraciji se torej vprašujemo, kako se lahko volja volivcev politično uprizori. *Input* demokracija je tako sama sebi namen in ne odgovarja na vprašanje, koliko politična udeležba, upodobitev posameznih interesov posameznih skupin, prispeva k razumnemu in učinkovitemu reševanju (skupnih) problemov.

V *output* demokracijah se vprašujemo, kako organizirati politične institucije, da se na podlagi konkurence, kritične izmenjave mnenj oz. kritične javnosti doseže vrhunec strokovnega razumevanja in znanja, da se problem razhajanja interesov posameznih skupin najbolje reši; osredotoči se na politične rezultate in ne na stopnjo sodelovanja. Zmogljivost, učinkovitost se presoja po tem, v kakšnem obsegu so na razpolago socialne pravice, pravna varnost oz. do katere stopnje je zagotovljena možnost svobodnega življenja posameznika. Stopnja demokracije se presoja po rezultatih, ki jih ustvari politični sistem (Brunnhuber 1999: 377). V konstitucionalni, demokratični državi je merilo demokratičnosti, kako uspešno ali neuspešno se uresničujejo v ustavi deklarirani politični cilji. Temeljna naloga politike v konstitucionalni državi je

zasledovanje in uresničevanje v ustavi deklariranih političnih ciljev. Izpolnjevanje ustave pomeni ustvarjanje in zagotavljanje možnosti svobodnega življenja slehernega posameznika<sup>32</sup>.

Po Popperju zato prvenstvena naloga politike v praksi ne bi smelo biti povečanje splošne blaginje ali iskanje in udejanjanje dobrega, temveč je njena prvinska naloga prav zagotavljanje temeljnih človekovih pravic in svoboščin, tj. zmanjševanje (družbenega) zla, preprečevanje revščine in pomanjkanja, preprečevanje vseh oblik nasilja.

Odločilni element demokracije ni suverenost ljudstva ali njegova večinska volja, temveč okoliščina, da je demokracija edina oblika vladavine, v kateri lahko ljudje odstavijo vladarje brez revolucije, kjer lahko pride do sprememb brez prelivanja krvi, kjer se lahko nesposobni oblastniki enostavno zamenjajo. Demokracija pomeni politično ureditev, ki omogoča spreminjanje politike, spreminjanje načina reševanja družbenih problemov, in to brez nasilja. Razlogi, ki govorijo v prid demokracije nasproti drugim oblikam vladavine, so podobni tistim, ki utemeljujejo širjenje in izboljševanje znanja v znanosti. Tako kot v znanosti ne moremo imeti privilegiranih virov znanja, tudi v politiki ne moremo imeti privilegiranih virov znanja. Vsaka teorija, vsak človek lahko tako v politiki kot v znanosti pripelje do zmot, ne glede na svoj sloves o vpogledu, resnicoljubnosti in zanesljivosti. Nasprotno pa je lahko vsak predlog, pa naj ga predstavi najpreprostejši, najbolj neveden državljan, ravno prava rešitev neke dolgo neobvladljive politične dileme. Lahko se zgodi, da eksperiment ali kritika kakega novinca sesuje teorijo na določenem področju najbolj priznanega znanstvenika. Ravno tako se lahko

---

32 „Zato je v zgodovinsko poslanstvo slovenske ustave vgrajen tudi njen temeljni cilj preprečiti vsakršen poskus ponovne vzpostavitve totalitarnega sistema, medtem ko ostaja njen najpomembnejši neposredni cilj varovanje temeljnih človekovih pravic in svoboščin vsakogar danes in tukaj“ (stališče Ustavnega sodišča iz odločbe U-I-158/94, z dne 9. 3. 1995, Ur. l. RS, št. 18/95; Lovro Šturm, Svobodna demokratična družba, demokratična pravna država in civilna družba: ustavnopravna in sociološka analiza treh ključnih pojmovnih sintagem; Dignitas, št.1: str. 53).

zgori, da predlog ali kritika najpreprostejšega ali najbolj nevednega državljana razkrijeta pred tem neopažene pomanjkljivosti cenjenega voditelja ali splošno sprejete politike. Ker lahko dobre ideje prispevajo celo preprosti in nevedni ljudje, jim je treba prisluhniti. In ker je lahko vsaka politika napačna, ne glede na to, kdo jo je oblikoval, je pomembno, da celo v preprostih in nevednih državljanih prepoznamo potencialne vire dragocene kritike politike (Fred Eidlin, Popper in teorija demokracije, Časopis za kritiko znanosti, 1997/ 186–187).

Demokracija sama po sebi še ne zagotavlja uspešnega reševanja problemov. Njena uspešnost je odvisna v prvi vrsti od zrelosti udeležencev, od sposobnosti in volje udeležencev do učenja, od doveznosti za kritiko, odvisna je od politične ozaveščenosti in kulture. Razlog za relativno uspešnost demokracije v razmerju do drugih oblik vladavine torej ni v tem, da lahko vsakdo izrazi svoje mnenje in pri tem (trmasto) vztraja, temveč v kritičnem soočenju mnenj in pogledov, v vzajemnem negiranju argumentov, v preseganju lastnih omejenih predstav s pomočjo kritike drugih. Uspešnost demokracije pri reševanju družbenih problemov, v primerjavi z drugimi oblikami vladavine, ne temelji na suverenosti ljudske volje – na nezmotljivosti večine, temveč na omogočanju spreminjanja politik na podlagi možnosti kritike, na podlagi argumentov in ne nazadnje na podlagi izkušnje. Demokracija predstavlja zgolj formalni okvir, ki ga je treba šele napolniti z vsebino, ta pa je vedno odvisna od ljudi, posameznikov, ki sestavljajo družbo<sup>33</sup>.

Razumevanje demokracije, po katerem je za demokracijo odločilna večinska volja ljudstva, sploh ne ustreza stvarnosti. Velike demokracije dejansko pravzaprav niso demokratične, ker je možnost vplivanja širokih množic na politiko v njih zelo omejena. Stvarnost je drugačna, kot jo predstavlja teorija. O bodočnosti odločajo politične elite,

---

<sup>33</sup> Šturm v tej zvezi piše o sociokulturnih, duhovnih in etičnih predpogojih, ki pomenijo *conditio sine qua non* demokracije (Lovro Šturm, Svobodna demokratična družba, demokratična pravna država in civilna družba: ustavnopravna in sociološka analiza treh ključnih pojmovnih sintagem; Dignitas, št.1: str 53).

torej manjšine in ne široke množice (Wright 1956: 64). Torej ni večinska demokratična odločitev tista, ki ustvarja skupno politično voljo, temveč ustvarja, prireja politično voljo večine vladajoča oblastna elita. V vseh družbah – od najbolj primitivnih na začetku civilizacije pa do najbolj naprednih in mogočnih – obstajata dva dela, tisti, ki vlada, in tisti, ki se mu vlada. Prvi je vedno manj številen, zaseda pa vse politične funkcije, monopolizira oblast in uživa njene prednosti, medtem ko je drugi, številnejši, obvladovan, oblast mu ukazuje, ga usmerja in vodi (Brunnhuber, 1999: 385). Politična moč, oblast, je na vrhu družbe in tisti, ki so na vrhu, jo uživajo in izvršujejo, skratka imajo oblast. Velika večina prebivalstva, ljudi, ni sposobna bistveno vplivati na politične odločitve, bodisi ker je preveč iracionalna, nezadostno informirana ali samo nezainteresirana (Brunnhuber 1999: 385). Tudi če bi si resnično želeli bazično-demokratične demokracije, te ne morejo obstajati, ker so takšne družbene strukture vedno nagnjene k oligarhiji. Zakon oligarhije R. Michelsa pravi: „Z naraščajočo organizacijo demokracija upada. Vsa oblast izvira iz organizacije, organizacija predstavlja temelj oblasti, temelj vladavine izvoljenih nad tistimi, ki jih volijo” (R. Michels, Zur Soziologie des Parteiwesens in der Demokratie: Untersuchungen über die oligarchischen Tendenzen des Gruppenlebens, Klinkhard, Leipzig 1911).

Oligarhične strukture so del družbenega življenja, družbene stvarnosti. V politiki ne srečujemo reprezentativne volje ljudstva, pač pa vedno naletimo na elite. Zato so potrebni mehanizmi, ki omejujejo, zmanjšujejo immanentne nevarnosti demokracije in omogočajo posamezniku svobodo, tudi proti volji vsakokratnih političnih elit. Za to so potrebne institucije, v okviru katerih obstaja možnost ustvariti spremembe in odpraviti neupravičene omejitve na podlagi razuma, na podlagi dobrih argumentov, in tako ljudem in družbi omogočiti napredek in razvoj.

## ***Ali lahko pospešimo učenje o vrednotah***

Vrhunskost, mojstrstvo, je povezano z izvirnostjo, nadarjenostjo in vadbo, in sicer na vseh področjih človekovega udejstvovanja, pa naj gre za šport, umetnost ali znanost. Pravo ne predstavlja pri tem nobene izjeme, zato je kakovost prava (dodana vrednost, ki jo pravo ustvarja) odvisna od ljudi, ki se z njim poklicno ukvarjajo. Za ponazoritev lahko vzamemo primer ligaških tekmovanj v nogometu, kjer je vsakomur jasno, da je kakovost tekmovanja odvisna od kvalitete igralcev, ki v njem nastopajo. In tako je, čeprav gre za isti šport, igra v angleški ligi videti precej drugače kot igra v slovenski ligi.

V okviru metodičnega individualizma vlada prepričanje, da je treba socialne entitete, dogodke razlagati na podlagi posameznih drž, zaznav in interesov. Socialna dejstva, kot so država, birokracija, oblast, sodstvo, se lahko razlagajo na podlagi posameznikovega vedênja in doživetja. To prepričanje temelji na dejstvu, da je človek tisti, ki povzroča socialne dogodke, spremembe, torej se lahko ti dogodki razlagajo na podlagi človeka, na podlagi okoliščin, v katerih ta v tistem trenutku je. S pomočjo metodičnega individualizma lahko kolektivne fenomene razumemo kot posledico akcij, ciljev, predstav in osebnostnih značilnosti posameznih akterjev in kot rezultat tradicij, ki jih posamezniki ustvarjajo in ohranjajo. Krizo, v kateri je slovensko sodstvo (in je tudi družba), lahko tako razumemo predvsem kot posledico akcij, ciljev, predstav, vrednot in osebnostnih značilnosti posameznih akterjev in kot rezultat kontinentalne pravne tradicije. In tako je, čeprav predstavljajo za posameznika stvarnost družbeni dogodki, izhodišče za razumevanje družbenega reda prav posameznik. Skupine ali institucije ne morejo imeti ciljev – samo posamezniki, ljudje lahko imamo cilje in interese, in jih uresničujemo znotraj institucij, te pa spet povratno vplivajo na posameznike (Watkins 1992).

Zupančič v kontekstu prava piše takole: „Danes je iz več razlogov že popolnoma očitno, da je preživetje Republike Slovenije (kot države) in tudi nacionalno preživetje



Slovencev (kot naroda) odvisno od tega, ali in v kolikšni meri bomo sposobni vzpostaviti pravnost svoje nove države. To, kaj sploh je pravna država, si ljudje, politične stranke, inteligenca in angažirani posamezniki – tako dobronamerni kot tisti, ki s tem pojmom manipulirajo – vsak po svoje predstavljajo ... Vendar se bodo morali prav vsi strinjati v naslednjem izhodišču: vladavina prava v državi je predvsem odvisna od tega, kakšni so ljudje, ki to vladavino udejanjajo. Ti ljudje so seveda pravniki kot posamezniki in slovenska pravna profesija kot celota. Če potemtakem o tem ne more biti dvoma, je logično, da sta pravnost slovenske države in vladavina prava v njej odvisna od tega, kaj počne matična inštitucija, ki pravnike vzgaja, torej pravna fakulteta. Po petindvajsetih letih študija in pravnovzgojnega dela na pravnih fakultetah po vsem svetu (Ljubljana, Zagreb, Montreal, Harvard, New York, Iowa, Peking itd.) si upam z gotovostjo trditi še nekaj bolj temeljnega. *Pravnost države in vladavina prava v njej sta na dolgi rok odvisna predvsem od tega, kakšen je intelektualni in osebnostni profil mladih ljudi, ki jih pravne fakultete vpisujejo v svoje prve letnike.* To vhodno merilo že na srednji rok določa devetdeset odstotkov kvalitete pravne profesije v določeni državi in s tem tudi, kakšna bo vladavina prava v tej državi. To je substanca, s katero pravne fakultete delajo in jo pretvarjajo v nosilce prava (in oblasti!) v državi” (Zupančič, Avtonomija in kakovost slovenskega pravnega študija, Dignitas, št. 1: 48–49). Okoliščino, da brez talenta ni mogoče doseči vrhunskosti, ponazarja rek „Iz osla ne narediš jahalnega konja, pa če ga še tako dresiraš.“

Pravo ima velik razpon del, od administrativnih opravil (kot je izdajanje osebnih izkaznic) do kreativnih pravnih argumentiranj, sodb ..., ki zahtevajo različne sposobnosti in nadarjenosti. Izobraževanje na pravnih fakultetah pa je enotno in je skoraj izključno osredotočeno na pomnjenje trenutno veljavnih pravnih besedil. To izobraževanje je prilagojeno pravni praksi, ki poteka pred sodišči, tj. vsebinsko votlemu pravnemu formalizmu, ki daje navzven pod plaščem avtoritete znanosti in z uporabo kodiranega jezika – pravniške latovščine – videz strokovnosti, velika večina udeležencev

pa ne ve, kaj počne. Čeprav govorimo o študiju prava, gre pri izobraževanju pravnikov dejansko za šolanje, nadaljevanje srednje šole, kjer dobimo na koncu šolanja – po študiju na fakulteti, sodniškem pripravništvu in državnem pravniškem izpitu – poznavalce (trenutno) veljavnih pravnih besedil, pravne obrtnike, namesto da bi izobraževali *pravne znanstvenike*, ki bi imeli širše pravno znanje in razumevanje<sup>34</sup>.

Predmet pravnega izobraževanja pri nas ni uporaba prava – branje, razumevanje in osmišljanje pravnih besedil –, čeprav je prav to jedro in smisel pravnega dela in je od teh dejavnikov odvisen *output* pravnih odločitev. Skromen uspeh, *output* slovenskega pravosodja z vidika uresničevanja ustave in ustavnih vrednot zato ne preseneča.

Predstavljajmo si, da bi izobraževanje poklicnih nogometašev potekalo tako, da bi bil kriterij izbora zgolj okoliščina, da kandidat zna tekati (v pravu – da si znamo zapomniti zakonsko besedilo), ne potrebuje pa občutka, smisla za žogo in razumevanja igre (v pravu občutek, smisel za prav in razumevanje družbenih razsežnosti prava). Bi se potem

<sup>34</sup> Jan Jeram, podiplomski študent na New York University (NYU) o razliki med študijem prava na Ljubljanski pravni fakulteti in New York University (NYU):

*Kako bi ocenil znanje, ki si ga pridobil v Ljubljani, glede na znanje svojih sošolcev v New Yorku?*

„Tako imam občutek, da imam pri temeljnih, pogosto teoretičnih pravnih vprašanjih dobro tradicionalno podlago globoko vsajeno v sebi. Po drugi strani čutim v primerjavi s sošolci (še posebej ameriškimi študenti) pomanjkanje določene širine razmišljanja, kritičnosti in ustvarjalnosti, ki so jim bile/ priučene in ki jih ameriški univerzitetni sistem zahteva, spodbuja in razvija. Te veščine pridejo prav, ko se soočamo z novimi in neznanimi okoliščinami in so izjemno pomembne tako v profesionalnem/ življenju kot tudi pri trudu, ki ga posameznik želi nameniti spreminjanju prava in družbe.

*Lahko kritično primerjaš študij v Ljubljani in New Yorku?*

Težko najdem kakšno podobnost. Pomembna razlika je predvsem, da študij tu (v New Yorku) zahteva veliko več truda in zavzetosti. Na vsako uro predavanj se pripravljam od dve do pet ur – če tega ne naredim, na predavanje raje ne grem, saj večine ne bi razumel. Pogosto moramo pred predavanjem obravnavano temo tudi pisno kritično obdelati na nekaj straneh. Prav tako tudi ne mine ura v predavalnici, ko mi ne bi bilo treba povedati svojega mnenja ali kritizirati mnenja sošolca ali profesorja. Zaradi vsega tega je seveda popolnoma različna tudi vsebina – medtem ko sem se v Ljubljani učil besedilo zakonov, se tu spoznavam z njihovo vsebino in pomenom, s strategijami in tehnikami pravedanja, z umetnostjo oblikovanja zmagovalnih argumentov in razmišljam o prihodnosti in smislu prava. Nekaj tega bi moral poznati vsak pravnik“ (Mladi Slovenci v tujini: Pravnik v Velikem jabolku, [http://www.finance.si/307160/Mladi\\_Slovenci\\_v\\_tujini\\_Pravnik\\_v\\_Velikem\\_jabolku](http://www.finance.si/307160/Mladi_Slovenci_v_tujini_Pravnik_v_Velikem_jabolku), april 2011).

lahko čudili, če bi igra potekala tako, da bi 22 nadarjenih tekačev brez kakršnega koli občutka za žogo in igro tekalo po igrišču, po naključju pa bi tu in tam padel kak gol?

Sojenje, razsojanje je za razliko od nogometa resno opravilo, ki usodno vpliva na življenje posameznikov in družbe kot celote (kroji usode), zato bi bilo modro za to opravilo izbrati najbolj nadarjene posameznike, z najboljšimi sposobnostmi.

V Sloveniji je treba zato ustanoviti akademijo za sodnike – v športnem jeziku bi lahko rekli olimpijski center, kjer bi najbolj nadarjenim omogočili trening, ki ga zahtevata vrhunskost in mojstrstvo. Primernost kandidatov za sprejem bi se lahko presojala s testom, kakršnega se pri izbiranju študentov že dolgo (od leta 1948) poslužujejo ameriške in kanadske pravne fakultete – LSAT<sup>35</sup> (Law School Admission Test). S pomočjo tega testa se preizkušajo sposobnosti razumevanja besedil (vsebin), logičnega sklepanja in analitičnega razmišljanja. Sposobnosti pomnjenja besedil se tam, za razliko od slovenskega „sistema izobraževanja“ pravnikov, ne posveča pozornosti, saj je ta sposobnost v kontekstu uporabe prava – osmišljanja pravnih besedil – nepomembna in nepotrebna.

Sojenje ali bolje rečeno razsojanje, ki zasleduje humanistične vrednote, je kreativno opravilo, prav sodniški kreativnosti pa gre zahvala za izum sodne presoje ustavnosti, ki nas varuje pred neomejenim nasiljem oblasti.

Ustavnemu sodstvu, kot ga razumemo danes, je utrlo pot Vrhovno sodišče ZDA, ki je v zadevi *Marbury vs. Madison*<sup>36</sup>, leta 1803, ugotovilo, da je ustava temeljno in najvišje pravo države in da zakon, ki ni skladen z ustavo, ne more biti veljaven. Sodišče je tako v obrazložitvi zapisalo, da je naloga sodne veje oblasti, da v sporu pove, kaj je pravo, preden pa lahko sodnik pravno pravilo uporabi na posamičnem primeru, ga mora

35 <http://www.lsac.org/JD/LSAT/about-the-LSAT.asp>

36 „*Marbury vs. Madison*“ sicer ni prvi primer, kjer ameriško sodišče ni uporabilo zakona, za katerega je menilo, da ni v skladu z ustavo (William Michael Treanor, Dean, *Judicial Review before Marbury*,

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=722443#PaperDownload](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=722443#PaperDownload), november 2007, tudi *Stanford Law Review*, 1 november 2005).

razložiti . V primeru, da si dva zakona nasprotujeta, mora sodišče odločiti, kateri zakon velja, v primeru, da si nasprotujeta ustava in zakon, pa mora sodišče pri odločanju uporabiti ustavo, saj je ta najvišji zakon države – v nasprotnem primeru ustava izgubi smisel, saj lahko zakonodajalec poljubno prestopa meje, ki mu jih postavlja ustava (Mavčič 2002: 89–90).

Na tem primeru se še enkrat vidi, kako je razumevanje zakonov in drugih predpisov odvisno od razumevanja vsebine ustave – hierarhično najvišjega pravnega akta –, in kako pomembna je sodniška kreativnost<sup>37</sup> pri uresničevanju ustavnih vrednot.

Naloga vsakega sodnika je prvenstveno varovanje ustave, tako kot jo pač sam razume, in ne slepo izvrševanje oblasti, zato sodnik ne sme biti uradnik, temveč razsodnik. Sodnik mora imeti možnost svobodne argumentacije, pri tem pa se ne sme sklicevati samo na zakone, temveč tudi na ustavne vrednote in etična načela. To pomeni zahtevo po odprtju sedaj zaprtega pravnega sistema in odpravo koncentrirane sodne presoje ustavnosti, kjer so sodniki, z izjemo devetih ustavnih sodnikov, zgolj izvrševalci prava, namesto da bi bili kritični aktivni soustvarjalci poštenih družbenih odnosov. Moramo se namreč vprašati, kako lahko pravna znanost (pravo) pripomore k izboljšanju družbe. Pravni sistem je lahko zgolj instrument izvrševanja politične volje večine, lahko

---

<sup>37</sup> Zupančič: „Če torej izhajamo iz trditve, da je v tem smislu pravo empirična veda, potem je dejanskost prava v empirizmu vgrajena v spore, ki jih na vseh ravneh svoje dejavnosti pravo pravzaprav razrešuje. Če je na eni strani za naravoslovca eksperimentu podvržena dejanskost nekaj, kar „objektivno“ obstaja, potem je za aktivnega pravnega misleca empirična dejanskost sporov skoraj nič manj objektivni problem, ki se ga pravo loteva ne samo s svojim artikuliranim pojmovnim aparatom, ampak tudi s tisto, naravoslovni podobno inovativnostjo, ki je na eni strani vezana na preteklo raven razumevanja stvari, po drugi strani pa jo, v nekakšni dialektiki prebija in poskuša zakoličiti nov horizont prav z zavračanjem pojmovanja, iz katerega je pravkar izšla. Očitno torej govorimo o sistemski pravni ustvarjalnosti, ki se ne more sproščati v kabinetnih abstrakcijah univerzitetnih profesorjev, temveč lahko izhaja predvsem iz konkretnih dejstev, konkretnih kontroverz pred konkretnimi sodniki, skratka iz položajev, ki niso obremenjeni ali pa vsaj ne povsem ujeti v selektivno percepcijo bistvenega in nebistvenega, ki brez feedbacka objektivne realnosti sporov ostaja zgolj komodna, tako rekoč foteljska, abstraktna miselna gimnastika brez kontinuiranega stika z realnostjo (Boštjan M. Zupančič, Ustavni okvir enakosti kot novi vir prava, Zbornik znanstvenih razprav, Letnik LII, 1992, str. 5).

---

pa je tudi orodje, ki ustvarja nova spoznanja ter spreminja in odpravlja nepoštena družbena razmerja. Sodnik je lahko brezčutni birokrat ali borec za človekove pravice in mi, državljani moramo odločiti, kdo in kako naj odloča o naših pravicah in svoboščinah, birokrati ali ljudje.

Vsaka pravna (sodna) odločitev je tudi voljno, aktivno dejanje uporabnika prava. Zadnja trditev se zdi nenavadna, še posebej sodnikom, ki vidijo najvišjo poklicno dolžnost morebiti prav v tem, da ravnajo brez lastne volje in razumejo sami sebe samo kot „usta zakona“, kot je to izrazil Montesquieu (von Mettenheim 1984: 11). Vendar se mora vsak pravnik, ne glede na poklic, ki ga opravlja, glede zakona odločiti za ali proti. Te odločitve ne sprejme samo, ko se odloča za poklic, ki ga bo opravljal, temveč vedno, ko uporablja zakon. Vedno imamo namreč možnost (pravniki), da zakona, za katerega smo prepričani, da ni pravilen in ne služi blaginji človeka in družbe, ne bomo uporabili. Uporaba zakona pomeni voljno dejanje uporabnika, ne temelji pa zgolj na prepričanju o etični pravilnosti zakona, temveč je lahko odločitev za uporabo zakona motivirana tudi z drugimi razlogi, npr. finančnimi ali s socialnim statusom. Prav takšni osebni motivi ponazarjajo, da je v ozadju vsake pravne odločitve – sodbe – voljno dejanje uporabnika zakona, to pa je po Kantovi trditvi o moralni avtonomiji človeka le ena izmed posledic (von Mettenheim 1984: 11).

Znanost se je izkazala za najboljše sredstvo za ustvarjanje novih spoznanj in odkrivanje in reševanje novih problemov. Zato bi bilo tudi v pravu smiselno slediti znanstvenemu idealu, tako kot si je to prizadeval Hans Kelsen. Za razliko od časa, v katerem je ustvarjal Kelsen, razpolagamo danes s spoznanji in razumevanjem, ki nam omogočajo več svobode pri snovanju znanstvenih rešitev na področju norm in vrednot.

Če hočemo pravo prilagoditi sodobnemu razumevanju znanosti in odpraviti zdajšnje teoretično protislovje, je treba pravni sistem *odpreti* za pravne vsebine, vrednote. Namesto prepovedi vsebinskih razprav je treba uporabnike spodbujati k razpravam o pravnih vsebinah v vseh njihovih razsežnostih. To pa pomeni odpravo monopola

---

---

ustavnega sodišča nad pravnimi vsebinami – odpravo koncentrirane sodne presoje ustavnosti in korenito spremembo (razumevanja) sodniškega dela. Hkrati pa je treba začeti sistematično iskati in usposabljeni kadre, ki bodo sposobni ukvarjati se s pravnimi vsebinami in snovati izvirne rešitve etičnih problemov (pravnih problemov).

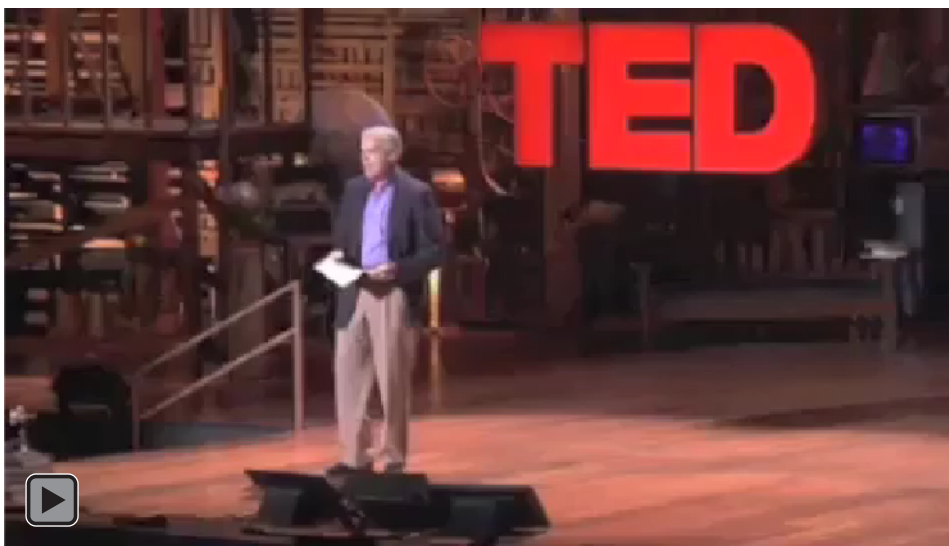
Sodnika, sodniško delo je treba razbremeniti administrativnih opravil (državlani ne plačujemo sodnikov za to, da bi opravljali dela tajnice) in s pomočjo informacijske tehnologije zagotoviti učinkovito pridobivanje pravnih informacij. V pravu je le redkokdaj potrebno odkrivanje novega, večinoma se pred sodiščem pojavljajo identični ali podobni življenjski primeri, kjer ni treba ugotavljati in ustvarjati prava – ni potrebe, da bi abstraktno besedilo prevajali na konkreten življenjski primer, temveč je treba zgolj poiskati sodbo, ki pokriva enak primer (in se je izkazala za smiselno). Pred sodišči naj se pojavljajo samo novi spori in spori o dejstvih, v vseh drugih primerih pa ne bi smel biti potreben spor, da bi se ugotovilo, kaj je pravo. Da lahko govorimo o pravni varnosti, morajo biti družbena pravila jasna in predvidljiva.

---

Smisel prava kot sistema veljavnih norm je v tem, da naj bi omogočalo jasno (dokončno) spoznanje o naših pravicah in obveznostih, o tem, kaj je veljavno pravo – kako moramo v življenjskih situacijah ravnati, da nas ne doletijo kakršne koli negativne pravne posledice (bodisi kazensko– ali civilnopravne)<sup>38</sup>.

S tem ko pravo postavlja razpoznavne meje, ustvarja področja svobodnega delovanja državljanov, poznavanje meja pa preprečuje nastanek sporov. Za tem stoji domneva, da se ljudje ne bodo spuščali v (sodni) spor, če se ve, kaj je veljavno pravo. Če bi se ljudje spuščali v sodne spore, ko vnaprej vedo, da se bodo ti zanje končali (finančno) neugodno, bi bilo namreč v nasprotju z ekonomsko logiko. Menim, da množičnost sporov bodisi zavrača teorijo pravnega pozitivizma, po kateri naj bi bile sodne odločitve zaradi sistema veljavnih abstraktnih zakonov predvidljive, ali pa zavrača predpostavko, da se bo malokdo spustil v sodni spor, za katerega vnaprej ve, da ga bo izgubil. Že hipertrofija<sup>39</sup> predpisov – nenehno kopičenje predpisov –, izvirajoča iz težnje zakonodajalca po natančni splošni regulaciji družbenega življenja, pa povzroča prav nasprotje pravne varnosti, tj. pravno nejasnost in posredno pravne spore. Von

38 Howard, Philip K., *Four ways to fix a broken legal system*, <http://www.youtube.com/watch?v=7ImvIS8PLIo>, maj 2011



39 hipertrofija – pretirano povečanje česa

Mettenheim piše: „Danes pravnikom splošno gre dobro (imajo dosti dela), ker neumoren zakonodajalec v nezmotljivem prizadevanju po uresničitvi „pravičnosti“ na zemlji vidi svoje poslanstvo v tem, da vedno bolj natančno ureja življenje in ga s tem s pravnega stališča dela vedno bolj zapletenega ter nepredvidljivega. Tako nikoli ni pomanjkanja pravnega dela in ne zdi se več daleč čas, ko bo v naši deželi (ZRN) končno polovica prebivalstva lahko žvela od problemov, ki jih ustvarja drugi polovici prebivalstva. Vsaj pravniki bi morali pravzaprav biti zadovoljni.“<sup>40</sup> Ameriški pravoznanstvenik Ph. Howard ugotavlja, da postane pravni sistem zaradi hipertrofije normativnega pravnega urejanja nepregleden, da se posamezniki ne morejo več orientirati in da prihaja do zelo razširjene prakse kršenja predpisov. Lahko bi rekli, da postaja že sama nepreglednost, zapletenost pravnega sistema, dejstvo, da se posamezniki ne morejo več zavedati vseh primerov pravnih norm, ki jim morajo zadostiti, pomemben izvor pravne anomalije (Sergej Flere, Dve kočljivi vprašanji sociologije prava: družbena učinkovitost in družbena ne/pristranskost prava, Pravniki, št. 54/1998, str. 85–93, izvirno Ph. Howard, *The Death of Common Sense. How Law is Suffocating America*, New York (Random House) 1995). Že neprestano naraščanje števila predpisov in s tem stopnjujoča se zapletenost pravnega sistema privedeta do tega, da se s pravnim pozitivizmom ne da zagotoviti predvidljivosti sodnih odločitev. Nadalje je tu še okoliščina, ki jo navaja že Kelsen, da zakoni, splošne, abstraktne pravne norme, ne zmorejo natančno, vzročno–logično povedati, kaj je pravo v konkretnem primeru, saj abstraktne norme običajno ponujajo več možnih interpretacij, ki so vse v mejah besedila zakona. Sistem pozitivnih abstraktnih norm – zakonov – še ne zagotavlja predvidljivosti

---

<sup>40</sup> Den Juristen geht es im allgemeinen gut, weil ein nimmermüder Gesetzgeber in unbeirrbarem Streben nach Verwirklichung der Gerechtigkeit auf Erden seine wichtigste Bestimmung darin sieht, das Leben immer genauer zu regulieren und dadurch in rechtlicher Hinsicht immer komplizierter und unüberschaubarer zu machen. So mangelt es nie an juristischer Arbeit und die Zeit scheint nicht mehr fern, da in unserem Land endlich die Hälfte der Bevölkerung von den Schwierigkeiten leben kann, die sie der anderen Hälfte bereitet. Wenigstens die Juristen sollten also eigentlich zufrieden sein (Christoph von Mettenheim, *Albert Einstein oder Der Irrtum eines Jahrhunderts*, str 170).



sodnih odločitev in s tem pravne varnosti. Pravno predvidljivost in posledično pravno varnost ustvarja šele pravna praksa – individualne sodne odločitve. Samo poznavanje črke zakona, besedila zakona, ima z vidika spoznanja pozitivnega prava omejeno vrednost. Če hočem npr. kot odvetnik strankam povedati, kaj je veljavno pravo, na kaj se lahko zanesejo, lahko to storim samo na podlagi pravne prakse določenega sodišča in ne na podlagi abstraktnih pravnih norm, saj ni nobenega zagotovila, da bo sodnik te razumel enako, kot jih razumem jaz. Veljavno pravo je končno to, kar izvajajo in priznavajo sodišča, to, kar sodišča ustvarijo iz abstraktnih pravnih norm. Čeprav sodbe v kontinentalnem pravnem sistemu niso formalni pravni vir – sodbe iz preteklosti sodnika ne zavezujejo, da v aktualnem primeru odloči enako –, pa samo te zagotavljajo pravno predvidljivost in pravno varnost. Konkretne sodbe so v konkretnih sporih dejansko edino res pozitivno pravo in imajo z vidika ugotavljanja veljavnega prava večjo spoznavno vrednost kot zakoni. Pravni (zakonski) pozitivizem ne odpravlja problema (ne)predvidljivosti prava, nepredvidljivosti pravnih odločitev, kajti ta nepredvidljivost je posledica abstraktnosti zakonskega besedila in medsebojne prepletenosti predpisov. Pravo kot sistem veljavnih zakonov pove samo, da zakonsko besedilo velja, ne zmore nam pa povedati, kaj točno velja, razen seveda kadar gre za enopomenske norme.

Sodbe – prevodi abstraktnega besedila na konkretne primere – imajo veliko razlagalno in spoznavno vrednost, zato je nujno, da so sodbe vseh sodišč javno dostopne, predvsem pa mora biti omogočeno učinkovito iskanje. Še posebej pomembne so odločbe (sodbe) Ustavnega sodišča, saj te ne omogočajo več skrivanja za avtoriteto prisilnega predpisa – zakona, temveč silijo k izjavam o razumevanju vrednotnih razsežnosti Ustave in izjavam o stvarnosti.

Pravo kot znanost zasleduje dva cilja, in sicer „predvidljivost“ in „poštenost“. Pravni sistem naj omogoča, da bo lahko posameznik brez stroškov izvedel, kaj je pravo, kakšne pravice in obveznosti ima v določeni življenjski situaciji, in da sodnik ne bo po

nepotrebnem zapravljal časa z zadevami, o kakršnih je že bilo odločeno (in se je odločitev v življenju izkazala za smiselno).

Dober pravnoinformacijski sistem in primerna informacijska tehnologija lahko olajšata in nadomestita rutinska in administrativna opravila, ljudem pa naj ostane več časa za opravila, ki jih računalnik ne zmore, tj. za ukvarjanje s smislom vrednot. Končni namen v pravu ni veljavnost besedil zakonov, predpisov, temveč veljavnost humanističnih razsvetljenskih vrednot, ki izboljšujejo življenje v skupnosti.

Uspešno varstvo vrednot, tako kvalitativno kot kvantitativno, je možno samo, če pravo že od vsega začetka (že na prvi stopnji sojenja) zavestno obravnavamo tudi od zunaj (external point of view), z vidika konstitucionalnih ciljev in vrednot, kajti znotraj prava ne obstajajo nikakršni kriteriji, ki bi omogočali spoznanje kršitve ustavnih vrednot<sup>41</sup>. Pravni pozitivizem pa ostaja vedno samo znotraj prava (internal point of view), kot norme, in tako ne dopušča kritičnega soočenja z normo/ (Luc J. Wintgens; To follow a rule as a legislation – some observations from a jurisprudential perspective, *Rechtstheorie*, 1999, št. 1, str. 17). Pravna dogmatika je sicer ustrezno sredstvo za ohranjanje prava kot sistema pozitivnih zakonov, za ohranjanje znanstvenosti prava v smislu znanstvenega pozitivizma, z vidika varovanja razmer za uspešno življenje v skupnosti pa je neuporabna, ker nima stika s stvarnostjo. Pravna dogmatika ostaja znotraj „pravne resničnosti“, ki jo predstavljajo veljavna besedila zakona, ukvarja se s „pravnimi“ problemi, s papirji in ne s stvarnimi problemi ljudi, z vrednotami, z etiko, in zato ni ustrezno sredstvo za zagotavljanje stvarne pravne varnosti. Teršek piše: „Sredstvo legitimacije ustavnosodnih odločitev, ki predvsem varujejo pravice in svoboščine posameznika in skupin v razmerju do države in ki se ne morejo izogniti ustavnopravno nujnemu in logičnemu ustavnosodnemu aktivizmu, je vselej

41 Avstrijski matematik Kurt Gödel je dokazal nezmožnost obstoja zaprtega, samozadostnega (aksiomatskega) sistema, ki bi na podlagi lastnih (internih) aksiomov dokazal svojo pravilnost – neprotislovnost (Marcic 1968: 54; Hans-Christian Reichel, *Mathematik und Weltbild seit Kurt Gödel*, str. 9–27, v Hans-Christian Reichel/ Enrique Prat de la Riba, *Naturwissenschaft und Weltbild*).

ustavnosodna argumentacija, ki mora biti razumna. Ustavno sodišče pri tem ostaja znotraj paradigmatičnega ustavnega okvira, a je ob nujnem preseganju gole logične subsumcije vselej postavljeno v položaj iskanja nove, modificirane paradigme, ki ustreza posebnostim obravnavanega problema. Gre za ustavnosodno ustvarjanje prava, za ustavnosodno normodajno dejavnost, ki ji v povezavi z ustavnosodnim varstvom temeljnih človekovih pravic in svoboščin načelno ni mogoče odrekati legitimnosti, vsaj ne brez hkratnega zanikanja samega konstitucionalizma. Potrebno se je namreč zavedati, da ustava in konstitucionalizem nista sopomenki in da konstitucionalizem, ki ga vsebinsko opredeljujejo nekatere temeljne, zgodovinsko izklesane vrednote in načela, presega „kelsianski“, formalno–tehnični vidik ustave. Tudi če nekaj „po črki zakona“ ali „črki ustave“ v formalnem aktu ni izrecno zapisano, je z vidika obstoječega ustavnega reda, vrednotnih temeljev ustave in ustave kot celote vendarle lahko povsem logično, da „je“ (mag. Andraž Teršek, Ustava ne prenese črkobralskega formalizma, Pravna praksa, št. 8–9, 2004, GV, Revije d. o. o., Ljubljana: 35). Sodno ustvarjanje prava ne predstavlja nasprotja pravne varnosti. Sodno ustvarjanje prava posega v pravno varnost posameznika samo pod pogojem, da postavlja sodnikovo razumevanje vsebine Ustave posameznika v slabši položaj, kot če bi sodnik sodil izključno na podlagi vseh možnih interpretacij zakonskega besedila<sup>42</sup>. Slednje je mogoče z ustrezno institucionalno ureditvijo – zakonodajo – preprečiti, tako da posameznik v nobenem primeru ne more utrpeti škode. Problemi, s katerimi se danes srečuje slovensko, vendar ne samo slovensko sodstvo, npr. množičnost sporov in počasnost sodnih postopkov, predstavljajo pravzaprav nasprotje (stvarne) pravne varnosti in jo ogrožajo veliko bolj, kot jo lahko kakršna koli individualna sodniška neposlušnost do zakona – sodniški aktivizem. Med pravniki razširjeno prepričanje, da zagotavlja pravni pozitivizem – sistem veljavnih zakonov – pravno varnost, ne ustreza stvarnosti in pomeni grobo

---

42 Dejansko abstraktni pravni predpisi – zakoni – ne zagotavljajo pravne varnosti, prvič zaradi številnosti in prepletenosti pravnih predpisov in drugič zaradi abstraktnosti – pomenske odprtosti norm.

poenostavitvev. Zupančič piše: „*Pravno centralno* planiranje pravičnosti s pomočjo predpisov je togo, strogo formalno–logično in pogosto vodi do protislovja“ (Zupančič 1995: 29). Če hočemo pravno varnost ustavnih obljub, če hočemo družbo enakih možnosti, če želimo ustvariti možnosti trajnega razvoja posameznika in družbe, potem nujno potrebujemo mehanizem, ki protislovja hitro odkriva in jih učinkovito odpravlja.

Najuspešnejši mehanizem predstavlja po mojem mnenju decentraliziran sistem svobodnih, aktivnih in s tem odgovornih sodnikov, ki si prizadevajo za človečnost in poštenost, za uresničevanje ustavnih vrednot in obljub, pa čeprav o slednjih nimajo v celoti enakih predstav in pogledov<sup>43</sup>. Zupančič piše: „V kontekstu pravnosti pomeni to premik poudarka od abstraktnih formulacij pravic na sam proces konkretne presoje. V njem prevzame ključno vlogo *spoudaios*, se pravi sodnik, ki spričo moralne zrelosti udejanja tisto dobronamerno in praktično razsodnost, ki je edina, če sploh je, sposobna zadostiti vsem posamičnostim pravne kontroverze. Za primer človekovih pravic to pomeni, da ne more biti govor o abstraktnih formulacijah naravno–pravnih kategorij, ki so brez vsake vsebine in stoje kot kulise na odru pravičnosti, na katerem je sama

43 **Howard, K. Philip**, *Four ways to fix a broken legal system* <http://www.youtube.com/watch?v=7ImvIS8PLIo>, maj 2011

## Four Propositions

1. Judge law mainly by its effect on society, not individual situations.
2. Trust in law is an essential condition of freedom. Distrust skews behavior towards failure.
3. Law must set boundaries protecting an open field of freedom, not intercede in all disputes.
4. To rebuild boundaries of freedom, two changes are essential:



falzifikacija realnosti spričo abstraktnosti zamenjana z dejanskostjo. Preveriti je treba celotno držo kartezijanskega posploševanja in urediti pravni sistem tako, da bodo imele abstraktne opredelitve, tudi človekovih pravic, zgolj napotilen smisel, medtem ko bo meritorna (vsebinska – pripisal Vane Kos) presoja, spričo neujemljivosti meril dobrega v abstrakcije<sup>44</sup>, prepuščena ustavnim sodiščem” (Boštjan M. Zupančič, O naravnem pravu, Zbornik znanstvenih razprav, Letnik L, Ljubljana 1990: 10).

Kljub zavedanju, da nikoli ne bomo dosegli in spoznali absolutne pravičnosti, mora biti prizadevanje za pravičnost, poštenost in človečnost temeljno vodilo pravne kulture in prava nasploh. V pravu tozadevno položaj ni drugačen kot v naravoslovnih znanostih, kjer je resnicoljubnost – objektivnost – osnovno vodilo, kljub dejstvu, da dokončnih resnic nikoli ne bomo dosegli. Upam si trditi, da sta dobrobit slovenske družbe in bodočnost naših otrok odvisni od vzpostavitve razsvetljenskih, humanističnih vrednot v družbi, zato predlagam, da uporabimo pravni sistem kot sredstvo za učenje o vrednotah, ki omogočajo boljše življenje v skupnosti (družbi), in ne zgolj kot sredstvo za izvrševanje oblasti. Naravoslovna znanost nam danes posreduje sliko sveta, ki je v stalnem nastajanju, pri čemer igra ključno vlogo čas, in to za razliko od statične, mehanske predstave o svetu z začetka prejšnjega stoletja. To pa pomeni, da v danem trenutku ni najpomembnejše to, koliko vemo in znamo, temveč je pomembnejše, kako hitro se učimo.

---

44 "Dobro" (pošteno, pravično) ne razberemo iz abstraktnih besedil, definicij, temveč nasprotno abstraktnemu besedilu dajemo pomen, ki temelji na osebnem prepričanju, zavedanju o dobrem.

"Dobro" (pošteno, pravično) je dinamična, časovno odvisna kategorija, ki temelji na izkušnjah, zato "spoznanje" dobrega nikoli ne more biti dokončno.

---

---

## LITERATURA

1. **Albert**, Hans, Traktat über rationale Praxis, Mohr Verlag, Tübingen 1978
  2. **Albert**, Hans, Traktat über kritische Vernunft, Mohr Verlag, Tübingen 1991
  3. **Bele**, Ivan, Nova ustavna ureditev Slovenije: Zbornik razprav, Pravna fakulteta v Ljubljani in društvo za Ustavno pravo Slovenije, Ljubljana, Uradni list Republike Slovenije, 1992
  4. **Brunnhuber**, Stefan, Die Ordnung der Freiheit: das Modell der Offenen Gesellschaft bei K. Popper in der Soziologie der Gegenwart, Leske & Budrich, Opladen 1999
  5. **Dahrendorf**, R., Fragmente eines neuen Liberalismus, Dt. Verlagsanstalt GmbH, Stuttgart 1987
  6. **Dworkin**, Ronald, Laws Empire, Harvard University Press, Cambridge, 1992
  7. **Dworkin**, Ronald, Taking Rights Seriously, Harvard University Press, Cambridge, 1978
  8. **Fenske**, Hans/ **Mertens**, Dieter/ **Reinhard**, Wolfgang/ **Rosen**, Klaus, Geschichte der politischen Ideen, Fischer Taschenbuch Verlag GmbH, Frankfurt a. Main, 1996
  9. **Flere**, Segej, Dve kočljivi vprašanji sociologije prava: družbena učinkovitost in družbena ne/pristranskost prava, Pravniki št. 54/1998
  10. **Fromm**, Erich, Anatomie der menschlichen Destruktivität, Rowohlt Taschenbuchverlag GmbH, Hamburg 1977
  11. **Fromm**, Erich, Država kot vzgojitelj, Erich Fromm: Gesamtausgabe, Band I, Analytische Sozialpsychologie, Kapitel II – Der Staat als Erzieher, Zur Psychologie der Strafjustiz DTV München 1989
  12. **Henkin**, Louis/ **Rosenthal**, Albert, Constitutionalism and Rights, Columbia University Press, New York, 1990
  13. **Hribar**, Tine, Teorija znanosti in organizacija raziskovanja, Fakulteta za sociologijo, politične vede in novinarstvo, Ljubljana 1991
  14. **Jambreč** Peter, Ustavna demokracija, Državna založba Slovenije, 1992
  15. **Kaufmann**, Arthur, Uvod v filozofijo prava, Cankarjeva Založba 1998
-

- 
16. **Kelly**, John Maurice, A Short History of Western Legal Theory, Oxford University Press, 1997
  17. **Kelsen**, Hans, Wer soll der Hüter der Verfassung sein? W. Rothschild, 1931
  18. **Koja**, Friedrich, Hans Kelsen oder die Reinheit der Rechtslehre, Böhlau, 1988
  19. **Larry**, Alexander, Constitutionalism: philosophical foundations, Cambridge University Press, 1998
  20. **Mali**, Franc, Razvoj moderne znanosti, Fakulteta za družbene vede, Ljubljana 2002
  21. **Marčič**, Rene, Rechtsphilosophie, Verlag Rombach & Co GmbH, Freiburg im Breigau 1969
  22. **Mavčič**, Arne Marjan, Primerjalno ustavno pravo, Pasadena 2002
  23. **Von Mettenheim**, Christoph, Recht und Rationalität, J.C.B. Mohr Tübingen 1984
  24. **Neumann**, Franz, ur. Handbuch Politische Theorien und Ideologien, UTB für Wissenschaft, Leske + Buderich, Opladen 1998
  25. **Oeser**, Erhard, Evolution and Constitution – The evolutionary selfconstruction of law, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht 2003
  26. **Pavčnik**, Marijan, Argumentacija v pravu, Cankarjeva založba, 1998
  27. **Pavčnik**, Marijan/ Cerar, Miro/ Novak, Aleš, Uvod v pravoznanstvo, Uradni list Republike Slovenije d.o.o., Ljubljana 2006
  28. **Pitamic**, Leonid, Na robovih čiste teorije prava, (uredil in uvodna študija Marijan Pavčnik), Pravna fakulteta v Ljubljani in Slovenska akademija znanosti, Ljubljana 2005
  29. **Pličanič**, Senko, Človek ali narava?, Novoveško pravo narave: »ANTHROPEIOI NOMOS« ALI »NOMOS THEIOS«, Zbornik znanstvenih razprav – LIX. letnik, 1999
  30. **Popper**, Karl R., Die offene Gesellschaft und ihre Feinde I, UTB für Wissenschaft, Tübingen: Mohr 1992 (okrajšava: OG I)
  31. **Popper**, Karl Raimund, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde II, UTB für Wissenschaft, Tübingen: Mohr 1992 (okrajšava: OG II)
-

- 
32. **Popper**, Karl Raimund, In Search of a Better World: Lectures and Essays from Thirty Years, Routledge, London 1994
  33. **Power**, F.C., **Higgins**, A., & **Kohlberg**, L., Lawrence Kohlberg's approach to moral education. New York: Columbia University Press, 1989
  34. **Prigogine**, Ilya/ **Stengers**, Isabelle, Dialog mit der Natur – Neue Wege naturwissenschaftlichen Denkens, Piper 1990
  35. **Reichel**, Hans-Christian/ **Prat de la Riba**, Enrique, Naturwissenschaft und Weltbild; Mathematik und Quantenphysik in unserem Denk- und Wertesystem, Verlag Holder-Pichler-Tempsky, Wien 1992
  36. **Riedl**, Rupert, Evolution und Erkenntnis, R. Piper&Co. Verlag, München 1982
  37. **Strong** C. F., A History of Modern Political Constitutions, G.P. Putnam's Sons, New York 1963
  38. **Šturm**, Lovro, Komentar ustave Republike Slovenije, FPDEŠ 2002
  39. **Teršek**, Andraž, Ustava ne prenese črkobralskega formalizma, Pravna praksa št. 8–9, 2004, GV revije d.o.o., Ljubljana
  40. **Treneska**, Renata, Constitutionalism, Constitutions and Human Rights, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta 2002
  41. **Tribe**, Laurence H., American constitutional law, The Foundation Press, inc., 1988
  42. **Watkins**, John, Methodological Individualism and Social Tendencies, The Philosophy of Science, Massachusetts Institute of Technology 1992
  43. **Wintgens**, Luc J, To Follow a Rule as a Legislation, Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik und juristische Methodenlehre, Rechtsinformatik, Kommunikationsforschung, Normen und Handlungstheorie, Soziologie und Philosophie des Rechts; Begründet von Karl Engisch, H. L. A. Hart, Hans Kelsen, Ulrich Klug, Sir Karl R. Popper, Duncker & Humblot, Berlin 1989–1999, št. 1/1999
  44. **Wright**, C. Mills, The Power Elite, Oxford University Press, Inc., 1956
  45. **Zippelius**, Reinhold, Geschichte der Staatsideen, C. H. Beck, München 1971
-



- 
46. **Zupančič**, Boštjan M., Prvine pravne kulture, FDV, Ljubljana 1995
  47. **Zupančič**, Boštjan M., Avtonomija in kakovost slovenskega pravnega študija, Dignitas št.1
  48. **Zupančič**, Boštjan M., O naravnem pravu, Zbornik znanstvenih razprav – L letnik, Ljubljana 1990
  49. **Zupančič**, Boštjan M., Ustavni okvir enakosti kot novi vir prava, Zbornik znanstvenih razprav – LII. letnik, 1992
  50. **Krauss**, Lawrence, A Universe From Nothing,  
[http://www.ted.com/talks/lang/eng/philip\\_howard.html](http://www.ted.com/talks/lang/eng/philip_howard.html), maj 2011
  51. **Howard**, Philip K., Four ways to fix a broken legal system  
<http://www.youtube.com/watch?v=7ImvIS8PLIo>, maj 2011
  52. **Wallerstein**, Immanuel, The Structures of Knowledge,  
[http://www.youtube.com/watch?v=THR\\_Yks7YkU](http://www.youtube.com/watch?v=THR_Yks7YkU), maj 2011 , maj 2011
-

---

**Kdor ne išče, redko najde**

Avtor: mag. Vane Kos

Lektorica: Darja Tasič

Založba: Inštitut za pravne rešitve informacijske družbe Maribor (IPRID), Gorkega 51,  
2000 Maribor, e-pošta [info@iprid.si](mailto:info@iprid.si), splet <http://www.ijz.iprid.si/>, Maribor, oktober 2011

---