

Argumentacija v pravu

(Od življenjskega primera do pravne odločitve)

Normativna konkretizacija namesto »uporabljanja prava«

Za ideologijo »uporabljanja prava« je pravno odločanje v konkretnih primerih prenos vsebine zakona na konkretni primer, prenos, ki deducira vsebino pravne odločitve iz prava kot dogmatično izoblikovanega sistema. Odločilno je prav to, da gre za sklepanje iz vsebinsko osamosvojenega in samozadostnega pravnega sistema. Sama pravnodogmatična obdelava zakona, razčlenitev njegove vsebine in na to pojmovno analizo oprti znanstveni sistem (npr. civilnega prava kot celote ali njegovih sestavnih delov) ponujajo pojmovno (normativno) preglednost in usmerjevalnost, ki se ji »uporabljanje prava« ne more izogniti. Celo več: šele na tej osnovi je mogoče doseči pojmovni okvir, v katerega umestimo pravno odločitev. V tem razsežju je pojmovna eksegeza nujna spremljevalka odločanja v konkretnih primerih. Njena vloga postane problematična in sprevržena šele tedaj, ko se »kult logičnega« osamosvoji in postanejo pravni pojmi, kot pronicljivo ugotavlja Wieacker, »neposredna resničnost«. ¹ Šibko mesto pojmovne jurisprudence potemtakem ni v njenem pojmovnem filigranstvu, marveč je preprosto v tem, da je kot pravna znanost odtujena družbeni, politični in moralni resničnosti prava. In v tem je tudi njena »ontološka ideološkost«, ko vzbuja vtis, kot da je pravna odločitev mehanična reprodukcija »pojmovne resničnosti«.

Usedline čistega »uporabljanja prava« so še vedno dejavne. Vzdržuje jih tista pravna dogmatika, ki se zapira v pojmovni labirint, ne da bi upoštevala normativno moč dejanskega, iz katere ti pojmi rastejo in se k njej produktivno vračajo. V tej zasnovi se ideologija »uporabljanja prava« ujema z ideologijo tistih političnih organov, ki si laste »ustvarjalnost« in pravodajni monopol. »Uporabnik prava« je v tem primeru le sredstvo in zvesti (nekritični) izvajalec, ki prenaša »pravo« z abstraktno-regulativne ravni v konkretna družbena razmerja; »uporabljanje prava« je tu zgolj pravnotehnično dejanje, zanj »uporabnik« na videz ne odgovarja in ga utemelji že s tem, da navede pravno določilo, ki ga je uporabil kot »vir« prava. K tej ideologiji težijo totalitarni politični sistemi, v katerih je dejanski nosilec »ustvarjalnosti« in »resnice« hierarhično najvišji politični (partijski) organ, za katerega je državna organizacija le sredstvo, preko katere uresničuje svojo politično voljo.

Za organe, ki »pravo« uporabljajo, to pomeni, da je njihova ustvarjalnost zožena zgolj na to, da ugotovijo, kateremu zakonskemu dejanskemu stanu s pravno posledico je treba podrediti življenjski primer. V družbeni resničnosti lahko

* Dr. Marijan Pavčnik, profesor za teorijo prava in države na Pravni fakulteti v Ljubljani.

Objavljeni prispevek je sklepno poglavje (za natis v »Teoriji in praksi« je nekoliko skrajšano) v knjigi »Argumentacija v pravu. Od življenjskega primera do pravne odločitve«, ki bo septembra 1991 izšla pri Cankarjevi založbi v Ljubljani. Večina nemških virov, na katere se monografija opira, mi je bila na voljo v času enoletnega študijskega bivanja (1986, 1990) na Inštitutu za pravno filozofijo in pravno informatiko Univerze v Münchnu. Na tem inštitutu sem bil kot štipendist Alexander von Humboldtove ustanove. Obema ustanovama se iskreno zahvaljujem za prijazno pomoč, ki sta mi jo nudili.

¹ Franz Wieacker: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*,² Göttingen 1967, str. 433.

takšen sistem deluje le na »ideološki ravni«. Brž ko pa je tako, organ, ki »pravo« uporabljaja, ni več organ, ki pravo tudi soustvarja: njegova dejanska ustvarjalnost je skrita za »enopomensko« številko pravnega paragrafa, ki ga uporablja in na katerega se sklicuje v obrazložitvi pravne odločitve. Za to »ideološko tančico« je problem dejanske ustvarjalnosti, ki je toliko bolj vezana na vladajoči »ideološki kliše«, kolikor bolj je pravna odločitev politično občutljiva in pomembna. Glede na to je razumljivo, da je pravno odločanje v civilnopравnih zadevah načelno strokovno bolj avtonomno kot pa v kazenskopравnih zadevah, v katerih je »ideološki kliše« mnogo bolj izrazit. A tudi tu je mogoče razločevati med klasičnim in »družbeno« posebej nevarnim »kriminalom«, ki je zlasti kot »politični kriminal« lahko v celoti instrumentaliziran.

Teorija normativne konkretizacije zakona zavrača tako ideologijo »uporabljanja prava« kot tudi vsebinsko izvotljeno konkretizacijo prava (npr. zakona), s katero se zadovoljuje čista teorija prava. Teorija normativne konkretizacije osmišlja postopek »uporabljanja prava« (beri: pravnega odločanja v konkretnih primerih) kot zgodovinski dogodek, ki ima povsem določene časovne in prostorske koordinate. Razmerje med normativnim izhodiščem (beri: formalnimi pravnimi viri) in življenjskimi primeri je vseskozi obojestransko vsebinsko pogojevano: formalnih pravnih virov (določneje: jezikovnih znakov, v katerih so ti viri vsebovani) ni mogoče razlagati samih za sebe, ampak le v odnosu na družbena razmerja, ki so jim namenjeni, tako kot so življenjski primeri le groba tvarina (Larenz: »neizoblikovano dejansko stanje«)², ki jo je mogoče opredeliti šele glede na normativno izhodišče, ki te primere ureja. Normativna konkretizacija pomeni, da je zakon (v nadaljevanju ga navajam kot prototip za formalne pravne vire) zdaj bolj in zdaj manj ohlapen (vezan) okvir, ki ga je potrebno vsebinsko napolniti in mu s tem omogočiti, da pravno ovrednoti življenjski primer, ki terja pravno rešitev.

Tako abstraktni (zakonski) kot konkretni (življenjski) dejanski stan nista dana vnaprej – vnaprej so dani samo pravni predpisi oziroma pravna določila, kakor so zapisana v zakonih, in življenjski primer, ki je predmet pravnega odločanja. Kot taka je pravna odločitev vedno *vrednostna sinteza*, ko iz normativnega gradiva ustvari abstraktni (zakonski) dejanski stan in ko na temelju dejanskega izhodišča odločanja oblikuje konkretni dejanski stan, ki se ujema z abstraktnim (zakonskim). Njena ustvarjalnost je odvisna od tega, v kolikšni meri sta normativno izhodišče in življenjski primer večpomenska: v tem razponu ima pravna odločitev možnost, da je ustvarjalna, pa tudi narobe: da je zaviralna in neustvarjalna, kolikor oblikuje zakonski in (ali) konkretni dejanski stan, ki sta netipična in v nasprotju z izoblikovanimi tipi in standardi ravnanja.

V luči normativne konkretizacije je pravna odločitev vedno produktivno dejanje – dejanje, ki ne temelji na vnaprej izoblikovanem pravu, temveč dejanje, ki pravo vselej tudi soustvarja, ko se opira na formalne pravne vire, ki mu to možnost ponujajo, hkrati pa izhaja iz življenjskega primera, ki ima pravno relevantne sestavine. Produktivno dejanje terja odgovor na vprašanje, kako sklepamo med normativnim in dejanskim, terja torej pojasnilo, kako smo oblikovali abstraktni (zakonski) in konkretni dejanski stan, terja utemeljitev, kako in zakaj smo ju povezali.

V ta »produktivni« prostor vstopa teorija argumentacije v pravu – teorija, ki odklanja tako pravni decizionizem kot tudi pravni determinizem: prvega zato, ker spregleduje zakon in absolutizira pomen življenjskega primera (pravna odločitev mu je čisti voljni akt), drugega pa zato, ker absolutizira pomen zakona in zanemar-

² Karl Larenz: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*,² Berlin–Heidelberg–New York–Tokyo 1983, str. 267.

ja pomen življenjskega primera kot dejanskega izhodišča odločanja (edino prava pravna odločitev zanj je že vnaprej v celoti dana v zakonu). Teorija argumentacije sprejema »vmesno« stališče: pravna odločitev ni niti čista »uporaba« zakona niti uporabnikova (npr. sodnikova) samovolja, temveč gre za odločitev, ki jo je mogoče kljub – zdaj večji zdaj manjši – vsebinski odprtosti zakona in življenjskega primera racionalno utemeljevati.³ Skratka: pravno odločanje v konkretnih primerih ni več »mehanično« dejanje ali pa čisti voljni akt, ki je predmet preučevanja šele *ex post facto*, ampak je odgovorno intelektualno opravilo, ki ga je treba prepričljivo utemeljiti v obrazložitvi pravne odločitve in ga kot takšnega tudi teoretično osmišljati.

Prvine normativne konkretizacije zakona

Pravna odločitev je mogoča tedaj, ko na temelju zakona oblikujemo abstraktni (zakonski) dejanski stan, ko iz življenjskega primera izluščimo konkretni ali življenjski dejanski stan in ko ugotovimo, da je konkretni dejanski stan primer zakonskega dejanskega stanu, na katerega se navezuje določena pravna posledica (ki jo je prav tako potrebno konkretizirati).

Odmik med zakonskim in konkretnim dejanskim stanom je vselej tolikšen, da med njima ni vsebinske enakosti. Zgolj za ujemanje pa gre zaradi tega, ker sta tako normativno izhodišče (npr. pojem razžalitve s pravno posledico) kot življenjski primer vsebinsko odprta. Pomensko ju ne določamo le iz njiju samih: povezava med njima temelji na pravnem vrednotenju, ki zapolnjuje pomensko odprti prostor (npr. prostor, kaj je razžalitev, in katera konkretna dejstva so razžalitev), prostor, ki izvira iz tega, da je materialna enakost vselej samo podobnost, medtem ko je formalna enakost mogoča le na področju matematičnih števil in znakov.⁴ V sami naravi pravnega pojava je, da to vrednotenje temelji na analogiji – na podobnosti med konkretnim in zakonskim dejanskim stanom: tako kot tipski znaki zakonskega dejanskega stanu izhajajo iz življenjskih primerov, ki so si med seboj le podobni, tako tudi podreditev konkretnega dejanskega stanu zakonskemu ne more biti drugega kot ugotovitev, da se sestavine konkretnega stanu ujemajo s tipskimi znaki zakonskega. Šele od tu dalje je mogoče pravno odločanje »prevajati« v formalnologične znake – v zgornjo in spodnjo premiso silogističnega sklepanja.

Ugotovitev, kaj je konkretni dejanski stan in katere sestavine ima, ne izhaja iz življenjskega primera kot takega. Življenjski primer je zgolj izsek (del) družbene resničnosti, se pravi, da je to primer, ki je nastal v določenem času in prostoru. Katera dejstva so pravno relevantna in kot taka sestavina konkretnega dejanskega stanu, nam pove šele primerjava med ugotovljenimi dejstvi, ki sodijo v sklop življenjskega primera, in ustreznim zakonskim dejanskim stanom. Še drugače povedano: do konkretnega dejanskega stanu se dokoplujemo preko ovrednotenja dejstev, ki sestavljajo življenjski primer: konkretni dejanski stan so tista dejstva, ki so na ravni konkretnosti primer (nasprotek, pendant) sestavin zakonskega dejanskega stanu.

³ Prim. Neil MacCormick: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, str. 265 in nasl. ter Ulfried Neumann: *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt 1986, str. 2–3.

⁴ Glej Arthur Kaufmann: *Analogie und »Natur der Sache«*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*,² Heidelberg 1982, str. 40.

Predmet posebne obravnave so seveda vprašanja dejstev v pravu, dokazov in sploh dokaznega prava. Vprašanje »dokazovanja dejstev« presega domet, ki ga ima ta monografija. Ne glede na to pa ni mogoče mimo tega, da je dejansko izhodišče, znotraj katerega oblikujemo (prepoznamo) konkretni dejanski stan, življenjski primer kot zgodovinski dogodek. Pravnost dokazovanja terja, da imata obe stranki, ki sta v življenjski primer »vpleteni« in ki sta kot takšni zainteresirani, da se sporno vprašanje razreši, enake možnosti, do dokazujeta, kaj in kako se je nekaj zgodilo. Brž ko je ena od strank privilegirana ali celo v položaju, ko nima možnosti, da izpelje dokaze, ki naj »potrdijo« njeno videnje življenjskega primera in da ovržejo, spremenijo ali dopolnijo nasprotnikovega, ne gre za dokazovanje, ki bi se ujemalo z načelom pravne enakosti.

Zakonski dejanski stan s pravno posledico je tisti del splošne in abstraktne pravne norme, ki ga označujemo ali kot primarno hipotezo, ki je predpostavka (primarne) dispozicije, ali pa kot sekundarno hipotezo (pravno kršitev), ki je predpostavka sankcije. V prvem primeru se zakonski dejanski stan ujema s primarno hipotezo (predpostavko). Primarna hipoteza normativno in vnaprej opredeljuje dejanski stan (dejanske okoliščine), v katerih naj bo pravni subjekt nosilec pravice (v pomenu temeljnega upravičenja) ali pa pravne dolžnosti (v pomenu obveznosti, ki je njena osrednja sestavina). Temeljno upravičenje in obveznost sta torej pravni posledici, ki se navezujeta na vnaprej opredeljeni dejanski stan (dejanske okoliščine), ki naj mu sledita.

Glede tega je bistvena razlika med pravico in pravno dolžnostjo. Nastanek pravice (konkretne pravice) ni avtomatičen, ker je šele od volje prizadetega subjekta odvisno, ali bo abstraktno (zakonsko) upravičenje sploh konkretiziral in udejanil. V primeru, ko gre za pravno dolžnost, prizadeti pravni subjekt te možnosti (tega upravičenja) nima: brž ko nastopijo dejanske okoliščine, ki so primer vnaprej določenega dejanskega stanu (kot primarne hipoteze), nastane tudi obveznost, ki je za prizadeti pravni subjekt tudi zavezujoča. Od tu dalje mora pravni subjekt obveznost konkretizirati in udejaniti: če ravna drugače ali ostane pasiven, gre že za pravno kršitev, ki naj ji sledi ustrezna sankcija.

Pravna kršitev s pravno posledico je drugi primer zakonskega dejanskega stanu s pravno posledico: če nastopijo dejanske okoliščine, ki so normativno vnaprej določene kot znaki ali sestavine pravne kršitve (sekundarna hipoteza), naj bo aktivirana sankcija (pravna posledica). V tem primeru je pravna kršitev opredelitev tistega vedenja in ravnanja, ki nasprotuje primarni dispoziciji (kot pglavitni sestavini pravnega pravila).

Za pravno odločanje v konkretnih primerih je pglavitno to, da zakonski dejanski stan s pravno posledico ni v celoti podan že vnaprej. Zakonski dejanski stan je šele rezultat razumevanja zakona, ki je razlagalcu dostopen kot skupek jezikovnih znakov, iz katerih je načeloma sestavljen. V tem kontekstu je zakonski dejanski stan vse prej kot istoveten s posameznim pravnim določilom (predpisom, členom, paragrafom). Celo tedaj, ko se z njim delno ali v celoti prekriva, gre le za navidezno vsebinsko ujemanje: najmanj kar mora razlagalec (ki odloča v konkretnem primeru) storiti, je, da jezikovne znake identificira (razume) kot zakonski dejanski stan in da izključi, da bi bila katerakoli druga možnost bolj primerna, utemeljena, ustrezna.

Teorija argumentacije lahko bistveno prispeva h kakovosti pravnega odločanja v konkretnih primerih. Zmotno bi bilo seveda pričakovati, da lahko ponudi rešitve, ki jih je treba le še uporabiti. Teorija, ki bi k tej popolnosti težila in jo skušala doseči, bi bila zgolj nova različica pojmovne jurisprudence – tokrat na področju

teorije argumentacije. Argumentacijska pravila⁵ seveda prispevajo k reševanju problemov, ko nizajo argumente in oblike, na katere se je mogoče opreti in ko neizprosno terjajo, da je treba vselej navesti razloge, ki odločitev utemeljujejo. Ključno vprašanje, kdaj sta konkretni in zakonski dejanski stan izoblikovana oziroma kdaj se ujemata in je mogoče iz njiju izpeljati pravno posledico, pa je vprašanje, ki ga lahko reši le nosilec (avtor) pravne odločitve. In le ta je tisti, ki mora najti razloge in odločitev utemeljiti – utemeljiti tako, da jo avditorij lahko sprejme kot pravno utemeljeno in v mejah veljavnega pravnega sistema tudi kot pravično.

Vrednostna sinteza je od primera do primera drugačna: uokvirjajo jo veljavni pravni sistem, njegova načela in vrednote, ki ga prežemajo, ne da bi se lahko oprla na hierarhično lestvico argumentov, »skupnih mest«, sredstev razlage ipd. Ali ima prednost *argumentum a similitudine* oziroma *argumentum a contrario*, načelo delitve po delu oziroma načelo solidarnosti, zgodovinska razlaga oziroma sistematična razlaga... so vprašanja, ki jih je mogoče dokončno rešiti le na konkretnem primeru. Vnaprej je mogoče opredeliti le smernice, napotila... ali tipične primere, ki se s stvarnimi situacijami ne morejo nikoli v celoti ujemati. Pomensko odprti prostor zapolnjuje pristojni nosilec pravne odločitve, ki išče vrednostno oporo v načelih, vrednotah, merilih, ki so v pravnem sistemu normativno opredeljena ali pa so v njem splošno sprejeta. V sami naravi pravnega pojava je, da mora biti ta rešitev družbeno tipična, normalna, povprečna – tipična v pomenu izoblikovanih vrst vedenja in ravnanja oziroma v pomenu zamišljenih tipov te vrste, kolikor so tipi ravnanj nestabilni ali pa so šele v fazi nastajanja. Tipi morajo ustrezati avditoriju, ki mu je zakon namenjen, ne pa le avditoriju, ki naj ga pravna odločitev neposredno prepriča. Še določeneje: avditorij zakona terja, da mora biti merilo odločitve takšno, kakršnega bi postavil zakonodajalec, ki bi imel pred očmi nedoločeno število istovrstnih primerov.

Razlaga kot (re)konstrukcija pravne norme

Friedrich Karl von Savigny (1779–1861), utemeljitelj moderne teorije razlage in vrednotenja v pravu, je zagovarjal stališče, da je razlaga »rekonstrukcija misli (to je pravnega pravila – op. M. P.), ki je v zakonu«. Savigny razločuje med gramatično, logično, zgodovinsko, sistematično in teleološko sestavino razlage. Gre za tako imenovana standardna, klasična sredstva razlage. Ta sredstva je moderna pravna hermenevtika recipirala, jih nadrobneje razčlenila in jim dodala še kopico novih vodil razlage. Savigny jih je sprejemal le kot sestavine razlage, to je kot različne dejavnosti, ki morejo učinkovati le združeno, če naj razlaga sploh uspe.⁷ Še jasneje povedano: vsi vidiki razlage so enakopravni, prav vsi morajo biti upoštevani in šele njihovo skladno ovrednotenje omogoča, da pridemo do prave rešitve. Gre za stališče, ki v celoti ustreza izhodiščem splošne hermenevtike: nobena vidika ne smemo zanemariti, rezultat razlage pa je toliko bolj zanesljiv, kolikor bolj se njegovi posamični vidiki ujemajo in vodijo k isti rešitvi.

V sami naravi pravnega odločanja v konkretnih primerih pa je, da je treba od tega ideala odstopiti brž, ko posamezni vidiki razlage peljejo do različnih ali celo do nasprotujočih si rezultatov. Odstopanje od tega načela je nakazal že Savigny,

⁵ Prim. Robert Alexy: *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main 1983, str. 361–367.

⁶ Friedrich Karl von Savigny: *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin 1840, str. 213.

⁷ *Ibidem*, str. 215.

ko je dal določeno prednost teleološki razlagi in s tem omajal lastno trditev, da sestavine razlage učinkujejo le združeno, ko »rekonstruiramo misel, ki je v zakonu«. Kakor vemo, je to vprašanje še posebej pereče pri praktični (operativni) razlagi, ko se moramo vselej dokopati do kolikor toliko določnega zakonskega dejanskega stanju, ki dopušča enopomensko odločitev v primeru, ko je predmet pravne odločitve.⁸

Stvar konvencije je, ali vsako razumevanje zakona označimo kot njegovo razlago ali pa ta pojem uporabljamo le tedaj, ko pomen jezikovnega znaka oziroma jezikovnih znakov določamo v posebnem razlagalnem postopku. Bolj pomembno je, ali je razlaga zakona le rekonstrukcija misli, ki je v njem, rekonstrukcija, ki jo nato uporabimo v konkretnem primeru. V postopku normativne konkretizacije določamo tip ravnanja glede na že obstoječi življenjski primer, ki je kot tak enkraten in zgodovinsko neponovljiv. Enkratnost in neponovljivost (individualnost) življenjskega primera se sooča s tipi, kalupi, modeli ravnanj, ki jih prek zakona sporoča zakonodajalec. Jezikovni opis tipa ravnanja je tokrat hoteno vsebinsko odprt. Pomenska odprtost zdaj ni le posledica jezika, ki se ne more izogniti večpomenskosti, ampak je položena v samo bistvo sodobnega prava, ki je na ravni zakona vselej splošno in abstraktno. Zakon izenačuje s tipskimi znaki vnaprej zamišljene primere in predvideva kot enako (npr. kot razžalitev) vse tisto, kar se v dejanskosti pojavlja kot neponovljivo dejanje.

Nasproti si stoječa pola terjata pravno odločitev (sintezo), vendar pri tem nista opredeljiva iz njiju samih, kot se na drugi strani ne moreta v celoti opirati drug na drugega, ker sta oba vsaj v določenem obsegu pomensko odprta. Razlaga zakona je s tem tudi vrednostna konstrukcija, je dokončno oblikovanje »misli«,⁹ ki se mora izteči v pravno odločitev. Zdaj razlaga ni več ugotavljanje vsebine, smisla in pomena (namena) pravne norme, ki je že v celoti in vnaprej vsebovana v zakonu. Zdaj je pravna norma šele rezultat razlage, to je sad razumevanja zakona in razlagalnega postopka, v katerem (re)konstruiramo pravno normo, ki jo sporoča zakonodajalec.

V postopku normativne konkretizacije zakona imajo pomembno vlogo pravna načela, kot tudi jezikovna, logična, sistematična, zgodovinska in teleološka metoda razlage. Razlagalna pravila, ki jih te metode posredujejo, razlago zakona uokvirjajo in jo vsebinsko strukturirajo, ne da bi jo lahko tudi vsebinsko izčrpale. Rezultat razlage ni v celoti ulovljiv na vseh treh mestih normativne konkretizacije zakona: 1. na ravni življenjskih primerov, ki jih problemsko ni mogoče v celoti predvideti; 2. na ravni zakonskega besedila, ki ni vnaprej določljiv v tolikšni meri, da bi dopuščal deduktivno interpretiranje, in 3. na ravni razmerij med življenjskim primerom in zakonskim besedilom, ki so prav tako šele predmet medsebojnega ovrednotenja.¹⁰ V tem so pglavitni razlogi, ki potrjujejo, da je poskus postavljanja kakršnegakoli zanesljivega vrstnega reda med posameznimi metodami razlage neuresničljiv in kot tak že vnaprej obsojen na neuspeh.

Teorija argumentacije ne more posredovati nobenega zanesljivega obrazca, kako naj poteka razlagalčev miselni proces, katerega rezultat je pravna odločitev. V ta proces lahko »poseže« le toliko, da razčlenjuje naravo pravnega odločanja in argumente, glede na katere je odločitev mogoče preverjati, osmišljati in jo končno

⁸ Podrobneje o tem glej Marijan Pavčnik: *Auslegung als (Re)konstruktion »des dem Gesetze inwohnenden Gedankens«*, v: *Rechtstheorie – Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts*, 21 (1990) 4 – v tisku.

⁹ Prim. Gustav Radbruch: *Einführung in die Rechtswissenschaft*,⁹ Stuttgart 1958, str. 243.

¹⁰ Prim. Martin Kriele: *Theorie der Rechtsgewinnung*,² Berlin 1976, str. 85 in nasl.

na njih tudi opreti v obrazložitvi pravne odločitve. Argument namena, ki ga pravno pravilo ima (teleološka razlaga), igra tu vsekakor zelo pomembno vlogo. V luči teorije argumentacije ta argument ne more biti osamljen ali kar vnaprej privilegiran; je le eden med argumenti, ki ima odločujoč vpliv, ko izbiramo med dvema ali več možnimi rešitvami in ko pomensko določamo vsebinsko prazne in raztegljive jezikovne znake. V tem je naravna prednost namenske razlage, ki sama zase sicer ni meta-pravilo v razmerju do drugih metod razlage, je pa kot merilo, ki utemeljuje izbiro, temu »pravilu« vendarle zelo podobna. Vsekakor gre le za podobnost, saj končnega meta-pravila ni: njegov končni nosilec je vselej tisti, ki odloča v konkretnem primeru.

In prav zato je še kako pomembno, da teleološka razlaga ni osamosvojena kot »svetal cilj«, s katerim je mogoče poljubno manipulirati. V pravni naravi teleološke razlage je, da je – kljub njeni večpomenskosti in različnim rešitvam – oprta tudi na druge prvine, ki so vgrajene v pravni sistem. Koliko več je teh prvin, ki jo pomensko določajo, in kolikor bolj se te prvine medsebojno dopolnjujejo oziroma kolikor manj se izključujejo ali si celo nasprotujejo, toliko bolj je namenska razlaga koherentna. Razlagalčeva naloga je, da ta merila izlušči, jih medsebojno poveže, ovrednoti in utemelji rešitev, ki jo sprejema kot najbolj tehtno in razumno.

Skratka: v kontekstu normativne konkretizacije zakona le-ta ni sinonim za pravo, ki ga je mogoče ponoviti glede na konkretni primer. V tem kontekstu je vselej šele razlagalec tisti, ki (1) »rekonstruira« možnosti, ki so v zakonu, ki (2) te možnosti vsebinsko precizira (če so v zakonu nedoločene) in ki (3) izbere tisto kombinacijo, ki se najtesneje ujema s pravno relevantnimi značilnostmi življenjskega primera. Razlagalčeva produktivnost je potemtakem najmanj v tem, da sklop pravnih določil oziroma pravno določilo spozna kot tip ravnanja (npr. kot prehitro vožnjo skozi naselje, za katero je zagrožena denarna kazen). Ko ga kot takšnega odbere in oceni, pomeni, da ga je kot vsebinsko najbolj ustreznega povezal z značilnostmi konkretnega življenjskega primera: da se je zanj odločil in s tem izključil možnost, da gre za kakšno drugo pravno rešitev (npr. za prehitro vožnjo v silobranu ali zaradi skrajne sile).

Med normativnim in dejanskim, dejanskim in normativnim

Za teorijo normativne konkretizacije zakona sta zakonski (abstraktni) in konkretni dejanski stan sinteze obojestranskega ovrednotenja – normativnega glede na dejansko in dejanskega glede na normativno. Ključno vprašanje pa je prav v tem, kako je mogoče to pot preveriti in osmisliti. Ali gre za izenačevanje med normativnim in dejanskim izhodiščem odločanja; gre za sklepanje prek tipične norme (primera), ki obe ravni povezuje; gre za predznanje, ki omogoča spoj; gre za naravo stvari, ki kot *tertium comparationis* pove, kdaj in kje se normativno in dejansko ujemata; gre za prvino »svobodnega prava« ali celo za pravni občutek, ki napolni pomensko odprti premisi; gre za vrednostno sintezo, ki je neogibna spremljevalka pravnega odločanja...? Ta vprašanja se vsaj do neke določene mere prekrivajo; bolj od naglasa kot od vsebine je včasih odvisno, v čem so razlike – razlike v odtentkih, vendar v odtentkih, ki niso nepomembni: od njih in od odgovora nanje je v končni posledici odvisno, ali imamo opraviti s pravno odločitvijo, ki je sad »uporabljanja prava«, ali pa s pravno odločitvijo, ki jo je oblikoval odgovorni in ozavešeni pravnik.

Rezultat sinteze sta konkretni in zakonski dejanski stan, ki se najtesneje uje-

mata. Njuna povezava ni izenačitev;¹¹ izenačitev je mogoča šele tedaj, ko je odločitev *de facto* že dosežena in gre le še za to, da jo prevedemo v subsumpcijski obrazec, v sklep, ki je logično nujen, prisilen, neizogiben. Povezava med dejanskim in normativnim ne more biti zgolj »odskakovanje« med obema ravnema; povezava mora biti vsebinsko vodena, temeljiti mora na vodilu, ki se prilega pravnemu pojavu in je njegov sestavni del.

Dvostopenjsko »potovanje pogleda sem in tja«¹² vstopa v »krogotok« odločanja prek povezovalnega člena – prek normativne hipoteze, ki je v neposredni zvezi le z življenjskimi primeri in šele potem, ko je že postavljena, še s pravnimi predpisi, ki naj jo potrdijo oziroma ovržejo. Vsebinsko prazno odskakovanje med dejanskim in normativnim je s tem presekano, ne da bi bila pola odločanja tudi neposredno odprta drug proti drugemu: ob takšnem izhodišču preti nevarnost, da normativna hipoteza preceni pomen dejanskega ali pa vlogo, ki naj jo ima pojmovno razčlenjeni normativni sistem. Odklona pomenita, da se v postopek normativne konkretizacije vrivajo prvine »svobodnega prava« (tako je v primeru, ko pravna odločitev raste zlasti iz dejanskega) oziroma »pojmovne jurisprudence«, kolikor gre za vsebinsko samozadostnost normativnega sistema.

Tipična norma in tipični primer se v teoriji tej nevarnosti izogibata; opirata se na tisto, kar je tipično – na tip (*typus*), ki povezuje normativno in dejansko v novo enoto: v dejansko normativnost oziroma v normativno dejanskost. Teorija »norme za konkretni primer«¹³ se utemeljeno opira na to izročilo, hkrati pa spregleduje, da norma kot merilo za konkretne primere ne more biti izčrpana. Tipična norma in tipični primer sta kljub »normativni dejanskosti« nad enkratnostjo in neponovljivostjo življenjskih primerov; ti so vselej pestrejši in bogatejši kot tip, ki jih izraža na ravni dejanske normativnosti. Razmik med normativnim in dejanskim je očitno vselej tolikšen, da ga lahko nadomesti šele človekov produktivni akt, človekova vrednostna sinteza, ki mora biti oprta na ustrezni *tertium comparationis*.

Sklep je jasen in zavezujoč: povezava med zakonskim in konkretnim dejanskim stanom je sad človekove odločitve, ki jo omogoča šele vrednostno gibanje med normativnim in dejanskim, dejanskim in normativnim. To soočenje lahko vodi prek »narave stvari«, ki se Kaufmannu razpira kot objektivno dano merilo. Merilo je res dano objektivno, vendar to še ne pomeni, da je tudi družbeno (pravno) zanesljivo: tipi, ki označujejo »naravo stvari«, so lahko nestabilni, posebej dandanes, ko živimo v »časovnem obratu«.¹⁴ A četudi bi bili ali če so tipi, ki jih zajema »narava stvari«, stabilni, je njihovo ugotavljanje in razpoznavanje stvar človekove presoje: to, kar je dano objektivno, zaznava posameznik kot subjekt, ki vstopa v ris razumevanja z ustreznim predznanjem, kot pripadnik določene civilizacije in ne nazadnje kot pravni subjekt ali celo kot pristojni državni organ, ki mora odločiti v konkretnem primeru. Glede na to je produktivno, da pravna teorija, pravna dogmatika in pravna (npr. sodna) praksa operacionalizirajo »tipično vedenje in ravnanje« in »tipične primere«, ki so vez med obema izhodiščema odločanja. S tem dobiva posameznikovo spoznanje »objektivno danih meril« kolikor toliko trdno osnovo, ki je pogoj za predvidljivo in enako obravnavanje pravnih primerov. Vendar tudi to ni dovolj: naj bo »narava stvari« še tako razčlenjena, gre vendarle za tipičnost, ki je zdaj bolj in zdaj manj nad neponovljivo individualnostjo življenj-

¹¹ Karl Engisch: *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*,³ Heidelberg 1963, str. 14 in nasl.

¹² Kriele, nav. delo (op. 10), str. 197 in nasl.

¹³ Wolfgang Fikentscher: *Methoden des Rechts. Band IV. Dogmatischer Teil*, Tübingen 1977, str. 202 in nasl. Glej tudi str. 129 in nasl.

¹⁴ Kaufmann, nav. delo (op. 4), str. 49.

skega primera. V tem je razlog, da moramo vselej navesti argumente, ki utemeljujejo, zakaj in s katerim tipom (vedenja in ravnanja) se življenjski primer najbolj tesno ujema. V nasprotnem primeru preti nevarnost, da postane »narava stvari« ali njej podobno »objektivno izhodišče« za nikogar zavezujoče merilo, ki ga je mogoče zlorabljati in z njim poljubno manipulirati.

Vprašanje »pravnega silogizma«

Vprašanje o pomenu, ki ga ima tako imenovani pravni silogizem v postopku pravnega odločanja v konkretnih primerih, samo za sebe ni problematično: ko sta obe premisi izoblikovani, gre le še za to, da izrečemo sklep – pravno posledico. Sklep (*conclusio*) izpeljemo iz dveh drugih sodb (*terminus maior* in *terminus minor*), ki sta medsebojno povezani s srednjim terminom (*terminus medius*). Zgornja premisa (*terminus maior*, zgornji stavek) vsebuje abstraktni (npr. zakonski) dejanski stan s pravno posledico. Pod zakonski dejanski stan podredimo spodnjo premiso (*terminus minor*, spodnji stavek), ki je istovetna s konkretnim dejanskim stanom – s pravno relevantnimi dejstvi, ki so na ravni konkretnosti primer (*terminus medius*) zakonskega dejanskega stanu. Ko to zvezo najdemo, izvedemo sklep, ki s formalnologično nujnostjo izhaja iz obeh premis.

Zakonski in konkretni dejanski stan imata isti »*terminus medius*« le na ravni formalnologičnih znakov. O popolni identiteti je mogoče govoriti od tedaj dalje, ko že izoblikovano spodnjo in zgornjo premiso »prevedemo« v eno izmed figur silogističnega sklepanja. Razžalitev kot zakonski dejanski stan in žaljivi zamah z roko kot del resničnega dogodka sta, denimo, popolnoma istovetna šele tedaj, ko ugotovimo, da je »žaljiv zamah z roko« (konkretni dejanski stan) primer pomensko določene »razžalitve« (zakonski dejanski stan): da je primer, pomeni, da imata konkretni in zakonski dejanski stan isti »*terminus medius*«.

Še drugače: do te formalnologične istovetnosti se dokopljemo prek spoznanja, da se konkretni dejanski stan najtesneje ujema z določenim zakonskim (tipskim) dejanskim stanom. Zgolj za ujemanje gre zaradi tega, ker sodi zakonski dejanski stan v svet normativnega, ki ga sporočamo in spoznavamo prek pravnih aktov (ki so, če odmislimo matematične znake, sestavljeni iz jezikovnih znakov), medtem ko je življenjski primer del družbene resničnosti, ki jo jezikovno opišemo in je šele prek jezika predmet komunikacije. To pa hkrati pomeni, da zveza med konkretnim in zakonskim dejanskim stanom (beri: med konkretnim dejstvom in tipskim znakom) ne temelji na njuni formalnologični istovetnosti, ampak ta istovetnost (»srednji termin«) ustvari človekova odločitev (Peczenik bi rekel »skok«, »transformacija znotraj prava«),¹⁵ da ima konkretno dejstvo (npr. stekel pes) lastnost, ki ustreza določenemu tipskemu znaku (npr. splošno nevarni stvari).

V tej luči dobiva »pravni silogizem« drugačen sijaj in zven. Teorija argumentacije ostro loči med izhodišči odločanja, med oblikovanjem obeh premis silogističnega sklepanja, med samim silogističnim sklepom in med utemeljitvijo, ki navaja prepričljive razloge za odločitev v konkretnem primeru. Brž ko je tako, je »pravni silogizem« samo še stopnja v procesu odločanja v konkretnih primerih: člen, ki je sicer pomemben okvir (za racionalno pravno odločanje), a vendar samo člen, ki ne more nadomestiti vsebinske prepričljivosti in utemeljenosti pravne odločitve.

¹⁵ Aleksander Peczenik: *On Law and Reason*, Dordrecht–Boston–London 1989, str. 114 in nasl. ter str. 130 in nasl.

Večinsko stališče je, da je odločitev vsaj formalno v pravnem okviru tedaj, ko je oblikovana znotraj obeh izhodišč, ki jo uokvirjata – znotraj življenjskega primera, ki je predmet odločanja, in znotraj formalnih pravnih virov, ki so normativno izhodišče odločanja. Znotraj življenjskega primera se gibljemo tako, da opredeljujemo konkretni dejanski stan v mejah tega, kar se je zgodilo. Ko gre za sodno odločanje, je posebna težava v tem, da je treba šele ugotoviti, kakšno je dejansko stanje (v pomenu življenjskega primera) in v čem so njegove sestavine. Vprašanje zase je, kako vplivajo na ugotavljanje dejanskega stanja procesnopravna pravila, kako ga usmerjajo ter v kolikšnem obsegu in na kakšen način dopuščajo, da je življenjski primer predmet dokazovanja. Meje življenjskega primera prekoračimo, ko mu pripisujemo sestavine, ki nimajo opore v dejanskosti, ali pa če ugotavljamo njegov obseg le v tistem delu, ki ustreza »pričakovanemu« konkretnemu dejanskemu stanju.

Druga plat predmeta, v katerem odločamo, so jezikovni znaki, iz katerih sestojijo formalni pravni viri (v našem primeru zakon). V dosegu tega normativnega okvira smo, dokler določamo prvine zakonskega dejanskega stanja s pravno posledico znotraj enega izmed možnih jezikovnih znakov. Kolikor so jezikovni znaki večpomenski, je jezikovni okvir nujno gibljiv, porozen in vsaj relativno pomensko odprt. Ko ugotavljamo to »mejo«, smo že pri vsebinski plati pravnega odločanja: iz življenjskega primera moramo izluščiti pravno relevantna dejstva in jih opredeliti kot konkretni dejanski stan, kot moramo na drugi strani na ravni normativnega okvira oblikovati zakonski dejanski stan s pravno posledico tako, da dopuščata enopomensko odločitev v primeru, ki je predmet odločitve (glej tudi tč. 2.4.).

Argumenti, s katerimi v mejah pravnega okvira vsebinsko utemeljujemo pravne odločitve, so raznoliki in mnogovrstni. Če gremo po sledi sestavin pravnega odločanja v konkretnih primerih, so tu najprej argumenti, s katerimi utemeljujemo ugotavljanje in (ne)obstoje dejstev, ki so predmet odločanja. Sodobni pravni sistemi sprejemajo načelo proste presoje dokazov: sodni organ ni vezan zgolj na pravne predpise niti glede vrste niti glede vrednosti (teže) dokazov, marveč na podlagi pravil logičnega mišljenja in splošne življenjske izkušnje sam presoja, katera dejstva so podana in katera ne.

V zvezi s pravnimi normami, na katere se odločitev opira, so argumenti, s katerimi formalne pravne vire razlagamo in sámo razlago utemeljujemo, kot tudi argumenti, s katerimi ustvarjamo nove pravne norme. Klasični razlagalni (interpretacijski) argumenti so zlasti jezikovna, logična, sistematična, zgodovinska in namenska metoda (sredstvo) razlage.¹⁶ Argumenti, s katerimi pravne norme ustvarjamo, določamo, razširjamo ali ožimo njihov pomen ter razrešujemo nasprotja med njimi, so zlasti *argumentum a contrario*, *argumentum a simili ad simile*, argument teleološke redukcije, *argumentum a fortiori* (*argumentum a minori ad maius*, *argumentum a maiore ad minus*), *argumentum a completudine* in *argumentum a cohaerentia*.

Posebej pomembni so tudi argumenti, s katerimi ugotavljamo povezavo med normativnim in dejanskim in s katerimi premoščamo »praznino«, ki je med njima oziroma ki je v vsaj relativni odprtosti tako dejanskega kot normativnega izhodišča odločanja. Med te argumente sodi sklepanje (utemeljevanje) na temelju »narave stvari«, argument *precedensa* (primera), ki se opira na sodno in sploh pravne

¹⁶ Glej Pavčnik, nav. delo (op. 8).

precedense oziroma na ustaljeno pravno prakso, in ne nazadnje vsi tisti argumenti, ki imajo tipologično naravo. Za tipologične argumente je vzorec tisto vedenje in ravnanje, ki se je izoblikovalo kot tipično v nekem določenem družbenem okolju. V pravo so integrirani tako, da so prevzeti v formalne pravne vire (lahko pa tudi s tem, da se ti viri nanje le sklicujejo), ali pa tako, da jih kot interpretacijske argumente upošteva pravna, še posebej pa sodna praksa (glej tudi tč. 2.4.).

Teorija argumentacije je smiselna samo ob predpostavki, da je tudi sama predmet nenehnega preverjanja. V tem kontekstu je lahko produktivna le tedaj, če se zaveda zgodovinskosti pravnega odločanja, njegove vsajenosti v nek določen kulturni prostor in pomenske odprtosti, ki označuje obe izhodišči pravnega odločanja. Teorija, ki se teh omejitev ne zaveda, spregleduje, da je vsaka pravna rešitev tudi že *odločitev*: kot odločitev pomeni vselej izbiro med dvema ali več možnostmi, izpeljavami, pomenskimi odenki. In v tej kakovosti odločitev tudi ne more biti le še izvršitev ali ugotovitev rešitve, ki kot celota že obstaja. Tisti, ki trdi, da to sposobnost in znanje ima, nam vsiljuje vrednostni sistem, ki temelji na absolutni ideji.¹⁷ Zgodovinska izkušnja potrjuje, da takšni vrednostni sistemi nimajo kaj prida opraviti s človekovimi pravicami in sploh s človekovim dostojanstvom.

Cilj, ki si ga zastavlja teorija argumentacije, ne more biti tako »visok«. Njena naloga ni, da izpopolnjuje ali celo ustvarja vrednostni sistem, ki omogoča enopomensko odločanje. Nasprotno: teorija argumentacije osmišlja pravno odločanje kot zgodovinski pojav, kot tu in zdaj potekajoči proces dogajanja – kot odločanje, ki ima, kot smo že rekli, povsem določne časovne in prostorske koordinate. V ta prostor lahko vnaša le vedenje o naravi in strukturiranosti pravnega odločanja, o sestavnih delih, iz katerih je pravna odločitev zgrajena, o vezeh, ki so med njimi... in o možnih argumentih, ki ga pomensko določajo. Ni v njeni moči, da daje odgovore na vprašanja (beri: za življenjske primere), ki bodo šele nastala, vé pa povedati, da bo pravna odločitev toliko bolj prepričljiva, kolikor bolj koherentna bo povezava med argumenti, ki jo utemeljujejo. Možno je celo, da niti ne bo šlo za usklajen niz argumentov, ker gre za nek mejni primer, v katerem se je treba *odločiti* med dvema ali več nasprotujočimi se rešitvami. V tem primeru je težišče na tako imenovanem odločilnem argumentu, ki bo, denimo, utemeljil odškodnino za novo vrsto nepremoženjske škode. Če je ta odločitev dobra, ker je znotraj pravnega okvira, ki odločitev omogoča, in ker je hkrati v skladu z vrednostnim sistemom, ki ga družba sprejema, bo njena prepričljivost bistveno večja, kot pa bi bila v primeru, ko bi temeljila na vnaprej in natančno izdelanem vrednostnem sistemu (ki bi bil kot tak nujno fiktiven in bi lahko omogočal tudi samovoljno pravno odločanje).

Prispevek teorije argumentacije¹⁸ je ravno v tem, da se zaveda zgodovinskosti in celovitosti pravnega odločanja, da ga razčlenjuje in osvetljuje. Že dejstvo, da je

¹⁷ Prim. Aulis Aarnio: *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht–Boston–Lancaster–Tokyo 1987, str. 165.

¹⁸ V povojnem vračanju k teoriji argumentacije v pravo velja v okviru evropsko-kontinentalne teorije prava kot osrednje uzreti Viehwegovo topično jurisprudenco (glej Theodor Viehweg: *Topik und Jurisprudenz*,⁵ München 1974), Perelmanovo novo retoriko (glej Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca: *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*,³ Paris 1976 in Ch. Perelman: *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*,³ Paris 1976), Alexyjevo racionalno pravno razpravljanje (glej Alexy, nav. delo, op. 5) in Aarnijev pravnocivilizacijski racionalizem (glej Aarnio, nav. delo, op. 17). Gre za smeri, ki so si glede na izhodišča sicer različne, a vendar za smeri, ki se prej dopolnjujejo kot izključujejo, ko vsaka s svojega zornega kota osvetljuje pot, ki mora preteči od življenjskega primera do pravne odločitve. Kot izrazito realistična izzveni Aarnijeva teorija, ki se zaveda ambivalentnosti prava in meje, ki jo odločanju postavlja dominantni »vrednostni zakonik« (value code). Podrobneje glej Marijan Pavčnik: *Argumentacija v pravo. Od življenjskega primera do pravne odločitve*, Ljubljana 1991, pog. VII – v tisku).

utemeljitev pravne odločitve sestavina njene pravnosti, razkriva, da so onkraj pravnega vsi tisti »pravni« predpisi, ki argumentacije ne potrebujejo, kot tudi tista praksa, ki argumente enostransko uporablja in razlaga ter uporablja zakon v postopku, ki pravno argumentiranje kar *a priori* blokira. In v tem je tudi razlog, da je utemeljitev rezultata pravne odločitve vsaj minimalno poroštvo za njeno kakovost – posebej tedaj, ko so zagotovljeni splošno uveljavljeni pogoji zgodovinsko že doseženega razumnega pravne dialoga: da imajo na primer njegovi udeleženci enake pravne možnosti, da so dopustni vsi pravni argumenti, do katerih je treba v dialogu zavzeti stališče, in da je treba ravnati v skladu z ustaljeno prakso, kolikor za odstop od nje ni novih tehtnejših argumentov.

Zdaj se pravno odločanje ne more več »skriti« za formalni pravni vir (npr. za zakon), ki da ga »neprizivno«, »nespodbitno« in »vsestransko« utemeljuje, ko se avtor pravne odločitve sklicuje na »enopomensko« številko pravnega predpisa. Zdaj je pravna odločitev produktivno dejanje – dejanje, ki terja odgovor na vprašanje, kako sklepamo med normativnim in dejanskim; terja pojasnilo, kako smo oblikovali zakonski in konkretni dejanski stan, terja utemeljitev, zakaj smo ju povezali. Naj bo dejansko izhodišče za odločanje ali normativni temelj za razsojanje takšno ali drugačno – povezava med njima je vselej človekovo odgovorno dejanje. V pravem pomenu besede je šele to dejanje tisto, ki ustvarja pravo.