

## **Avtorji**

dr. Matej Accetto,  
*docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

dr. Miro Cerar,  
*redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

dr. Mile Dolenc,  
*vrhovni sodnik svetnik, Vrhovno sodišče RS*

dr. Albin Igličar,  
*redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

dr. Aleš Novak,  
*docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

dr. Barbara Novak,  
*redna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

dr. Marijan Pavčnik,  
*redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani,*  
*redni član SAZU*

dr. Ada Polajnar Pavčnik,  
*zaslužna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

dr. Grega Strban,  
*izredni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

dr. Mirjam Škrk,  
*redna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani,*  
*bivša sodnica Ustavnega sodišča RS*

dr. Tilen Štajnpihler,  
*univerzitetni asistent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

dr. Dragica Wedam Lukić,  
*zaslužna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani,*  
*bivša sodnica Ustavnega sodišča RS*

Jan Zobec,  
*sodnik Ustavnega sodišča RS, bivši vrhovni sodnik,*  
*Vrhovno sodišče RS*

## Urednikovo pojasnilo

Ena bistvenih težav (ustavno)sodnega odločanja je, da pravo kot normativni sistem načel in pravil nima trdnega (nerazpoložljivega) izhodišča, ki bi ga bilo mogoče nezmotljivo ugotavljati in ga nato tudi konkretizirati. V naravi pravnega odločanja je, da smo nazadnje sami in da moramo sami povedati, kaj pomenijo načela in pravila, na katera se opiramo. O problemu (ne)razpoložljivega razpravlja tudi profesor Sprenger, ki neizprosno ugotavlja:

Človek, ki »v svojem stremljenju po 'objektivni resnici' spozna, da te resnice ne bo dosegel, je prepuščen svoji subjektivnosti, ki mora sama poskrbeti zase. Človek se mora naučiti, da se dojema kot nekdo, ki je tudi sam vključen v utemeljevanje te 'resnice': prav on inscenira višjo raven, kateri se nato spet podreja.«<sup>1</sup>

Nenehno iskanje »pravih« odgovorov je tudi pot tveganja in dvomov, vzponov in padcev. Iskanje ni le reprodukcija že veljavnega prava, iskanje je tudi produkcija novih odločitev. Področje, na katerem smo lahko ustvarjalni, je vse prej kot poljubno. Argumenti, s katerimi odkrivamo pomenske možnosti, osmišljanje, s katerim te možnosti pomensko (so)določamo, in razlogi, s katerimi povemo, zakaj smo se odločili tako, in ne drugače, so, gledano vsebinsko, tudi naše delo. Gustav Radbruch

---

<sup>1</sup> Gerhard Sprenger: Petdeset let Radbruchove formule ali: o jezikovni stiski pravnikov, v: Pravniki, 53 (1998) 11-12, str. 640.

bi rekel, da sta iskanje in utemeljevanje izhodišča za odločitev vselej tudi akta priznanja.

Brž ko je tako, smo potisnjeni na *čistino*, kjer mora vsakdo prevzeti odgovornost za svoje odločitve. In prav v tem je smisel »insceniranja višje ravni«. Insceniramo jo prav zato, da dobimo kolikor toliko trdna tla, na katerih edino lahko stojimo in sprejemamo pravne odločitve. Sprenger ima prav, da so ta tla tudi subjektivna. V tem kontekstu dobijo tudi prazne abstraktne formulacije, kot so »svoboda«, »enakost« in »solidarnost«, novo etično-nravno razsežnost. Svoboda je »odgovorna svoboda«, enakost je »ustrezna enakost« in solidarnost je »solidarnost, ki jo je mogoče pričakovati«. <sup>2</sup> *Mutatis mutandis* je treba reči tudi za (ustavno)sodno odločanje, ki ni mehanično odločanje, ampak je (so)odgovorno sprejemanje odločitev.

S temi vprašanji se ukvarjajo splošna teorija in posebne teorije argumentacije v pravu (tudi metodologije pravnega vrednotenja). Tem vprašanjem se na svoj način posveča tudi to delo. Knjiga je sad raziskave, ki jo je financirala Javna agencija za raziskovalno dejavnost in so jo v letih od 2010 do 2013 opravili raziskovalci Pravne fakultete Univerze v Ljubljani. Člani raziskovalne skupine so bili *doc. Matej Accetto, prof. Miro Cerar, prof. Albin Igličar, doc. Aleš Novak, prof. Barbara Novak, prof. Marijan Pavčnik, prof. Ada Polajnar Pavčnik, prof. Vladimir Simič, prof. Grega Strban, prof. Mirjam Škrk, univ. asist. Tilen Štajnpihler* in *prof. Dragica Wedam Lukić*.

Članom raziskovalne skupine sta se pridružila *Jan Zobec*, sodnik Ustavnega sodišča RS, in *Mile Dolenc*, sodnik Vrhovnega sodišča RS. Svojevrsten privilegij obeh kolegov je, da sta – prosto po Ivanu Cankarju – v areni sodne prakse in da imata oba velik posluh tudi za teoretična vprašanja.

Raziskovalni prispevki so razvrščeni v tri dele. **Prvi del** je *splošno teoretičen* in zajema prispevke o družbenem dojemanju

---

<sup>2</sup> Sprenger, nav. delo, str. 642.

(ustavno)sodnega odločanja, o ustavnoskladni razlagi (zakona), o načelu sorazmernosti, o sodni praksi in o etičnih temeljih sodniškega poklica.

**Drugi del** se sprijema z več *odprtimi vprašanji na področju civilnega, družinskega in socialnega prava*. Beseda je o načelu vestnosti in poštenja v civilnem pravu, o novih težnjah v slovenskem odškodninskem pravu, o ustavnosodnih vidikih določanja starševstva in o pravici do socialne varnosti v (ustavno)sodnem odločanju. Drugi del je, pogojno rečeno, prototip problemskega pristopa, ki je značilen za posamezna pozitivno-pravna področja.

**Tretji del** združuje prispevek, ki je *postopkovne narave*, in prispevke, ki nas popeljejo tudi *onkraj državnega prava*: k naddržavnemu pravu Evropske unije, k pravu Sveta Evrope in h klasičnemu mednarodnemu pravu. Gre za prispevke o pravnem interesu kot procesni predpostavki, o odločbah ustavnih sodišč o naravi in mejah prava EU, o vplivu odločitev Evropskega sodišča za človekove pravice na odločanje Ustavnega sodišča RS in o splošnih načelih mednarodnega prava kot merilu (ustavno)sodne presoje.

Prednost kolektivnih del je, da več avtorjev več vidi in da so med njimi lahko tudi razhajanja o posameznih pravnih vprašanjih (npr. o naravi in pomenu pravnih načel). Razlike načeloma niso slabosti utemeljevanja, ampak so mesta, na katera je treba biti pri (ustavno)sodnem odločanju še posebej pozoren. S tem sem že prestopil točko, o kateri lahko govorim kot eden od soavtorjev. S tem smo že pri točkah, o katerih bodo – upajmo – spregovorili bralci.

Ljubljana, januarja 2013

*Marijan Pavčnik*

# Kazalo

## PRVI DEL

<b>I. Družbeno dojetanje (ustavno)sodnega odločanja . . .</b>	<b>21</b>
<i>(Albin Igličar)</i>	
1. Sodstvo kot socialni sistem . . . . .	21
1.1. Sodno odločanje in sodni postopki z vidika sistemske teorije družbe . . . . .	21
1.2. Družbene funkcije sodstva . . . . .	27
2. Dojetanje sodnega odločanja v slovenski javnosti . . . . .	32
2.1. Javnost in javno mnenje . . . . .	32
2.2. Okoliščine, ki vplivajo na družbeno dojetanje sodstva . . . . .	38
2.3. Javnomnenjsko zaupanje v sodstvo . . . . .	45
3. Vloga in odločitve Sodnega sveta . . . . .	52
3.1. Vpliv Sodnega sveta na podobo sodstva v javnosti	52
3.2. Pravna narava in družbeni pomen odločitev Sodnega sveta . . . . .	54
4. Pogled naprej . . . . .	58
Literatura . . . . .	62
<b>II. Ustavnoskladna razlaga (zakona) . . . . .</b>	<b>65</b>
<i>(Marijan Pavčnik)</i>	
1. Uvodno pojasnilo . . . . .	65

2. Problemsko polje .....	67
3. Posebnosti ustavnega besedila kot predmeta razlage ....	70
4. Ustavnoskladna razlaga zakona .....	73
4.1. Za čigavo obveznost gre? .....	73
4.2. Razpon razlagalnih možnosti .....	75
4.3. Težavna ločnica: razlagati in (ali) ustvarjati pravno pravilo .....	78
5. Pomen pravnih načel .....	81
5.1. Dvojna narava ustavnoskladne razlage zakona. ....	81
5.2. Obrazi pravnih načel. ....	82
5.3. Konflikt dveh ali več pravic .....	87
5.4. Relativnost razločevanja med pravnimi pravili in pravnimi načeli .....	90
6. Razveljavitveno-razlagalne odločitve .....	91
7. Iskanje »najboljše« odločitve. ....	95
Literatura .....	97

### **III. Predpostavke načela sorazmernosti v ustavnosodnem odločanju. ....**

*(Aleš Novak)*

I. Odločanje brez tehtanja: je tehtanje neizogibna sestavina ustavnosodnega odločanja? .....	103
II. Tri pojavnne oblike načela sorazmernosti .....	106
III. Načelo sorazmernosti v ustavnosodnem odločanju ...	109
1. Predzgodovina uporabe načela sorazmernosti v sodnem odločanju .....	109
2. Sorazmernost v ustavnosodnem odločanju. ....	117
3. Načelo sorazmernosti v praksi slovenskega ustavnega sodišča .....	119

3.1. Stvaritev in umestitev načela sorazmernosti v slovenskem ustavnem redu. . . . .	119
3.2. Vsebina načela sorazmernosti v ustavnosodni presoji. . . . .	125
IV. (Pravnoteoretične) predpostavke načela sorazmernosti .	127
1. Uvod . . . . .	127
2. Pravnoteoretične predpostavke uporabe načela sorazmernosti v ustavnosodnem odločanju . . . . .	129
3. Pregled posameznih predpostavk . . . . .	131
3.1. Pravice niso absolutne . . . . .	131
3.1.1. Absolutnost in neomejenost pravic . . . . .	132
3.1.2. Pravice kot aduti?. . . . .	133
3.1.3. Relativizacija pravic . . . . .	135
3.1.4. Iskanje srednje poti . . . . .	138
3.2. Primerljivost različnih predmetov tehtanja . .	140
3.2.1. Kaj tehta ustavno sodišče?. . . . .	141
3.2.2. Iskanje skupnega imenovalca. . . . .	144
3.2.3. Primerljivost neizmerljivega. . . . .	146
3.2.4. Je tehtanje lahko racionalno?. . . . .	148
3.3. Hierarhija pravic ne obstaja in ne more obstajati . . .	151
3.4. Možnost delne uresničitve ustavne pravice. . . . .	156
3.4.1. Obet pravnih načel . . . . .	157
3.4.2. Logična vez med načelom sorazmernosti in tehtanjem? . . . . .	160
3.4.3. Concord(ant)ia discordantium principiorum ...	163
3.4.4. ... ali »ustavna tragedija«? . . . . .	166
V. Paradoksi in obeti načela sorazmernosti [v (ustavno)sodnem odločanju] . . . . .	168
Literatura in drugi viri . . . . .	173

<b>IV. Sodna praksa kot dejavnik pri sodnem odločanju . . .</b>	183
<i>(Tilen Štajnpihler)</i>	
1. Izhodišče: (navidezno) protislovje . . . . .	183
2. Empirična študija sklicevanja na sodno prakso . . . . .	185
2.1. Izbrani pristop in izhodiščna (hipo)teza . . . . .	185
2.2. Pojemovni aparat in parametri analize . . . . .	188
2.3. Okvir raziskave: empirično gradivo in vzorec . . . . .	192
2.4. Predstavitev rezultatov . . . . .	193
3. Sklep: sodna praksa kot nepogrešljiv del podobe sodnega odločanja . . . . .	216
Literatura in viri . . . . .	220
<b>V. Etični temelji sodniškega poklica . . . . .</b>	225
<i>(Miro Cerar)</i>	
1. Uvod . . . . .	225
2. O (sodnikovi) morali in etiki . . . . .	230
3. Etični temelji sodniškega odločanja . . . . .	239
4. Spoštovanje sodniškega poklica . . . . .	245
5. Sodnik in etična prizadevnost . . . . .	249
Literatura . . . . .	252

## DRUGI DEL

<b>I. Načelo vestnosti in poštenja v civilnem pravu . . . . .</b>	257
<i>(Mile Dolenc)</i>	
1. Uvod . . . . .	257
2. Slovenska literatura . . . . .	258
3. Nemško pravo . . . . .	261
4. Ameriško pravo . . . . .	263



5. Slovenska sodna praksa .....	266
6. Sklep.....	270
Literatura .....	272
<b>II. Nove težnje v (slovenskem) odškodninskem pravu ...</b>	<b>273</b>
<i>(Ada Polajnar Pavčnik)</i>	
1. Uvod .....	273
2. Kaznovalna odškodnina .....	274
3. Širjenje pripisljivosti prek teorij o vzročnosti .....	283
4. Sklep.....	288
Literatura .....	289
<b>III. Ustavosodni vidiki določanja starševstva .....</b>	<b>293</b>
<i>(Barbara Novak)</i>	
1. Uvod .....	293
2. Povod za razmislek o pravni ureditvi.....	294
3. Domneva starševstva .....	297
3.1. Opredelitev domneve starševstva.....	297
3.2. Rahljanje domneve starševstva v času zakonske zveze .....	298
3.3. »Mešanje krvi« .....	299
4. Izpodbijanje domneve starševstva .....	300
4.1. Izpodbijanje domneve očetovstva .....	300
4.2. Izpodbijanje materinstva .....	312
5. Pripoznanje starševstva.....	315
5.1. Pripoznanje očetovstva.....	315
5.2. Pripoznanje materinstva .....	320
6. Sodno ugotavljanje starševstva.....	321
6.1. Sodno ugotavljanje očetovstva.....	321

6.2. Sodno ugotavljanje materinstva .....	333
7. Določanje starševstva v postopku oploditve z biomedicinsko pomočjo .....	334
7.1. Splošno .....	334
7.2. Določanje očetovstva .....	334
7.3. Določanje materinstva .....	335
8. Sklep .....	336
Literatura .....	339
<b>IV. Pravica do socialne varnosti</b>	
<b>v (ustavno)sodnem odločanju</b> .....	341
<i>(Grega Strban)</i>	
1. Uvodne misli .....	341
2. Solidarnost kot bistveni element pravice do socialne varnosti .....	343
2.1. Opredelitev solidarnosti in odločitve Ustavnega sodišča .....	343
2.2. Solidarnost v pravu EU .....	348
3. Razmejitev med socialnim in zasebnim tveganjem .....	351
3.1. Socialno tveganje bolezni .....	352
3.2. Socialno tveganje starosti .....	357
4. Uporaba argumenta pravne države .....	360
4.1. Prilagajanje prava spremenjenim razmerjem v družbi .....	361
4.2. Varovanje pridobljenih in pričakovanih pravic .....	361
4.3. Sorazmernost zakonodajalčevih posegov .....	365
4.4. Jasnost in določnost pravnih predpisov .....	366
5. Enako obravnavanje različnih skupin upravičencev .....	367
5.1. (Ne)enako obravnavanje zaposlenih in samozaposlenih zavarovancev .....	368

5.2. (Ne)enako obravnavanje na podlagi invalidnosti . . .	370
5.3. (Ne)enako obravnavanje na podlagi starosti . . . . .	371
5.4. (Ne)enako obravnavanje na podlagi spola . . . . .	372
6. Zagotavljanje lastninskopravnega varstva . . . . .	375
6.1. Dvojno ustavno varstvo pravice do pokojnine . . . . .	376
6.2. (Ne)dopustnost odpisovanja prispevkov za socialno varnost. . . . .	378
6.2.1. Pokojninsko in invalidsko zavarovanje . . . . .	379
6.2.2. Obvezno dodatno pokojninsko zavarovanje . .	381
6.2.3. Obvezno zdravstveno zavarovanje in druga socialna zavarovanja. . . . .	382
6.3. (Ne)dopustnost ponovne odmere pokojnine . . . . .	382
6.4. Široka razlaga varstva lastnine ESČP. . . . .	385
7. Sklepne ugotovitve . . . . .	387
Literatura . . . . .	389

## TRETJI DEL

<b>I. Pravni interes kot procesna predpostavka (drugi odstavek 162. člena Ustave) . . . . .</b>	<b>395</b>
<i>(Jan Zobec)</i>	
1. Uvod . . . . .	395
2. Vloga pravnega interesa . . . . .	396
3. Zaostritev neposrednosti pravnega interesa . . . . .	400
3.1. Nadaljnje zaostrovanje . . . . .	402
3.2. Neposredni učinek kaznovalnih norm . . . . .	405
3.3. Dve skupini primerov neposrednega učinka v praksi Ustavnega sodišča. . . . .	408
3.4. »Konstrukcijska napaka«. . . . .	413
4. Sklepna razmišljanja. . . . .	416
Literatura . . . . .	418

<b>II. Odločbe ustavnih sodišč o naravi in mejah prava EU</b> . . . . .	419
<i>(Matej Accetto)</i>	
1. Uvod: pravo EU kot sodno pravo. . . . .	419
2. Problem sodnega varstva v pravu EU . . . . .	422
3. Ustavna sodišča držav članic o razmerju med pravom EU in domačim pravom . . . . .	426
3.1. »Spregled« prava EU oziroma izvzetje ustavnih sodišč. . . . .	427
3.2. »Gospodarjenje« nad Pogodbami oziroma vprašanje razmerja med evropskim in nacionalnim pravom . .	431
3.3. »Pristojnost o pristojnosti« oziroma določanje meja med evropskim in nacionalnim pravnim redom. . . .	444
4. Slovensko ustavno sodišče, ustavni red in pravo EU . . . .	451
Literatura . . . . .	462
<b>III. Vpliv odločitev Evropskega sodišča za človekove pravice na odločanje Ustavnega sodišča Republike Slovenije</b> . . . . .	469
<i>(Dragica Wedam Lukić)</i>	
1. Uvod . . . . .	469
2. Pravica do sodnega varstva in pravica do enakega varstva pravic v civilnih sodnih postopkih . . . . .	473
2.1. Pravica do enakega varstva pravic. . . . .	473
2.2. Pravica do sodnega varstva. . . . .	474
2.3. Pravica do nepristranskega sodnika. . . . .	478
3. Temeljna procesna jamstva v kazenskem postopku. . . . .	480
4. Pravica do osebne svobode . . . . .	482
5. Svoboda izražanja in umetniškega ustvarjanja. . . . .	485
6. Pravica do učinkovitega varstva človekovih pravic . . . . .	490

7. Sklep . . . . .	493
Literatura . . . . .	497
<b>IV. Splošna načela mednarodnega prava kot merilo (ustavno)sodne presoje . . . . .</b>	<b>499</b>
<i>(Mirjam Škrk)</i>	
1. Uvod . . . . .	499
2. Splošna načela mednarodnega prava . . . . .	501
2.1. Opredelitev in pomen . . . . .	501
2.2. Položaj splošnih načel mednarodnega prava v slovenskem pravu . . . . .	504
2.3. Splošna načela mednarodnega prava <i>stricto sensu</i> . . . . .	505
2.3. Splošna pravna načela . . . . .	510
2.4. Relativnost razločevanja med splošnimi načeli mednarodnega prava in splošnimi pravnimi načeli . . . . .	516
2.5. Relativnost razločevanja med mednarodnopravnimi načeli in pravili . . . . .	520
3. (Splošna) načela mednarodnega kazenskega prava . . . . .	524
4. Sklep . . . . .	528
Literatura . . . . .	530
<b>Summary</b>	
Adjudication (before Constitutional and Regular Courts) . . . . .	533
<b>Imensko kazalo (Mojca Zadavec) . . . . .</b>	<b>545</b>
<b>Stvarno kazalo (Mojca Zadavec) . . . . .</b>	<b>553</b>