

Opomba:

Besedilo je sestavljeno iz dveh sklopov: v prvem je prikazan *obseg plagiranega besedila* v recenziji Andraža Terška, objavljeni o delu *David, Grasmann: Uvod v velike pravne sisteme – druga knjiga*, Teorija in praksa 39 (2002) 2, str. 282-287, v drugem pa *primerjava* plagiranega besedila z izvirnikom (David, Grasmann: *Uvod v velike pravne sisteme – druga knjiga*, prev. Vera Lamut, Cankarjeva založba, Ljubljana 1999).



Andraž TERŠEK

Uvod v velike sodobne pravne sisteme - druga knjiga

Cankarjeva založba, Zbirka Pravna obzorja, Ljubljana 1999, 300 str. (ISBN 961-231-150-1)

Slovenska pravna kultura in pravna zavest se bosta lahko razvijali na ustrezen način in

v doglednem času dosegli potrebni kvalitativni preskok samo ob hkratni izpoljenosti pogoja, ki ga je mogoče prepoznati v obstoju zadovoljive količine strokovne literature, ki zadeva predvsem vprašanja pravne teorije, filozofije prava in sociologije prava. Tovrstno vrzel, ki zeva na področju slovenske pravne znanosti, pomembno zapolnjujejo izdaje strokovnih knjižnih del s področja prava, ki jih izdaja Cankarjeva založba, v okviru zbirke Pravna obzorja. V tem trenutku je v slovenskih knjigarnah že sedemnajsto knjižno delo iz omenjene zbirke, ki ji urednikuje prof. dr. Marijan Pavčnik. Napoved urednika, da gre v kratkem pričakovati izid novih knjižnih del z nekaterih temeljnih področij prava, je seveda še posebej razveseljiva, saj bo slovenski prostor na ta način obogaten s tisto osnovno oziroma temeljno pravno literaturo, ki pogojuje spoznavanje in razvijanje raznovrstnih področij pravne znanosti ter s tem tudi utrjevanje in razvijanje obče pravne zavesti in pravne kulture Slovencev.

Knjiga z naslovom Uvod v velike sodobne pravne sisteme-druga knjiga "je klasično delo s področja primerjalnega prava. Slovenski prevod temelji na drugi nemški izdaji, ki se opira na osmo izdajo 'Les grands systemes de droit contemporains' avtorjev Reneja Davida in Camille Jauffret-Spinosi. Iz Grasmannovega predgovora k nemški izdaji je jasno razvidno, da je izvorni utemeljitelj dela Rene David, ki je "Velike sodobne pravne sisteme" prvič izdal že leta 1964" (urednikovo pojasnilo-*op. A.T.*). Gre za nadaljevanje prve knjige, v kateri je šlo za strnjen, nazoren in izčrpen prikaz očrta primerjalnega prava in rimsko-germanske pravne družine. Druga knjiga na 300 straneh "odpira neevropska pravna obzorja". Gre za razumljiv in slikovit prikaz pravnega sistema *common-law*a, ki determinira predvsem angleško pravo in pravo Združenih držav Amerike. Drugi del knjige zajema prikaz pravnega reda Ljudske republike Kitajske, japonskega prava, indijskega prava, islamskega prava ter pravnega reda Afrike in Madagaskarja. Ta del knjige je še posebej zanimiv tudi iz razloga, ker bralca opozarja na tradicionalna filozofska, moralna, etična in vrednotna izhodišča najstarejših civilizacij,

do katerih je načelna in pozitivistična struktura zahodnoevropskih pravnih in družbenih sistemov vse pogosteje ravnodušna. V urednikovem pojasnilu je med drugim zapisano, da "je iz prevoda izpuščen tretji del prve knjige, to je del o socialističnih pravnih redih". Urednik pravi, da prevod poglavij o socialističnih pravnih redih sicer ne bi bil odveč, da pa je v slovenskem prostoru o tem dovolj ustrezne literature iz nekdanjega pravnega obdobja. "V morebitni novi izdaji tega dela kaže razmisliti o tem, da bi mu dodali posebno enoto o 'tranzicijskih' pravnih redih" (urednikovo pojasnilo).

Analičen pregled omenjenih velikih sodobnih pravnih sistemov zajema prikaze zgodovinskega razvoja omenjenih pravnih sistemov, njihove zgradbe, specifičnosti, vplivanja na druge pravne sisteme oziroma pogojenosti z vplivom drugih pravnih sistemov, pravnih virov, kjer gre posebno mesto razmerju med vplivom zakona in sodne prakse na pravni sistem kot celoto ter sistemskega položaja in pomena pravne stroke in pravne znanosti.

V Sloveniji so se, predvsem v obdobju preteklih dveh let, na zainteresirani javnosti razpoznaven, konstruktiven in intenziven način odvijale strokovne razprave in javne polemike na temo razmerja med parlamentom in ustavnim sodiščem, ki so jih vzrokovali predvsem (institucionalni) dogodki v zvezi z referendumom o volilnem sistemu in zadevno odločba Ustavnega sodišča RS. Razmišljanja v zvezi s tem delom pravne znanosti ostajajo aktualna tudi danes. Zatišje je zgolj navidezno, saj v okviru sodobne teorije t.i. novega konstitucionalizma v Zahodni Evropi ta vprašanja ostajajo v središču zanimanja in znanstvenega raziskovanja pravnih teoretikov, politologov, filozofov in drugih razmišljujočih ljudi. Analična in kritična razmišljanja na to temo, izpostavljena s strani slovenskih pravnikov, so črpala svojo vsebino predvsem iz poznavanja in interpretacij strukture pravnega sistema, pojmovanj načela delitve oblasti in pomena sodne prakse za pravni in politični sistem kot celoto v Nemčiji, Angliji in v ZDA. V sklopu teh analitičnih in kritičnih strokovnih razmišljanj je bilo mogoče pri različnih avtorjih razbrati pomembne razlike v razumeva-

nju temeljnih postulatov posameznih pravnih sistemov, predvsem ameriškega sistema. Analitična pravniška razmišljanja o pravnem sistemu common-law in njegovi primerjavi z zahodnoevropskim kontinentalnim pravnim sistemom so se izpostavila tudi kot odgovor na predlog mag. Matevža Krivica, kako reformirati slovensko ustavno sodstvo. Ob tem velja poudariti, da je pri interpretacijah značilnosti angleškega in ameriškega pravnega sistema potrebna previdnost, pri predlogih za njihovo morebitno aplikacijo na slovenski pravno-civilizacijski prostor pa zadržanost. Oris pravnega sistema v ZDA in v Angliji, ki ga slovenskim bralcem ponuja knjiga Uvod v velike sodobne pravne sisteme-druga knjiga, predstavlja pomembno stokovno čtivo tudi kar zadeva omenjena ustavnopravna vprašanja, ki še vedno razvidno sovplivajo na valovanje površja slovenske ustavnopravne znanosti. Tudi ob upoštevanju navedenih dejstev sem se odločil v nadaljevanju na kratko povzeti nekatere temeljne značilnosti angleškega in ameriškega pravnega sistema, ki jih ponuja omenjena knjiga, in zadevajo predvsem pomen sodne prakse in zakonov v ZDA in v Angliji.

Pravo ZDA se danes bistveno razlikuje od angleškega prava. Angleško pravo se je razvijalo popolnoma samostojno in stiki s celinsko Evropo niso pustili skoraj nobenih sledi. Common law predstavlja pravo, ki, v nasprotju s krajevnimi običaji, enotno velja za vso Anglijo. Medtem ko so se pravniki v celinski Evropi pretežno ukvarjali s pravicami in dolžnostmi strank, torej z materialnim pravom, so angleški pravniki svojo pozornost posvečali predvsem postopku. Common law tako ni bil sistem, ki si v prvi vrsti prizadeva za pravičnost, pač pa bolj zbirka načinov postopka, ki zagotavljajo rešitev v vedno večjem številu spornih primerov. Ker se je common law razvil v popolni odvisnosti od postopkovnih formalitet, se je poleg njega izoblikoval drugi sistem, ki je z njim tekmoval, namreč sistem equityja (pravičnost, primernost), ki je tudi sam sčasoma prerasel v common law. Sistem equityja je tako dopolnil izvorni common law v tistih primerih in v tistem delu, kjer se je zaradi svoje stroge vezanosti na formalna

proceduralna pravila common law preveč oddaljil od načel pravičnosti in primernosti v konkretnem obravnavanem primeru.

V Angliji se pravo ni ustvarjalo v smeri velikih zakonodajnih projektov zakonodajnega organa, torej v obliki izdajanja obsežnih in sistematičnih zakonikov, pač pa se je pravo razvijalo in izpopolnjevalo predvsem skozi prakso angleških sodišč. V angleškem pravu, ki temelji na primerih (cases) in so ga razvili sodniki, legal rule pomeni nekaj drugega kot pri nas, v kontinentalni Evropi, pravno pravilo, ki ga je sistematizirala pravna teorija ali postavil zakonodajalec. Legal rule je oblikovan manj splošno kot naše pravno pravilo, tako da manjka naše temeljno razlikovanje med kogentnim in dispozitivnim pravom in si kodifikacije, kot jo poznamo pri nas, v Angliji skoraj ne moremo predstavljati. Angleško pravo temelji na primerih (case law). Njegova pravila najdemo predvsem v ratii decidendi sodb višjih sodišč. Od ratia decidendi je treba strogo ločiti obiter dicta, tj. tista sodnikova izvajanja, ki za razsodbo v pravi niso nujno potrebna in zato tudi ne ustvarjajo pravil; v kasnejšem postopku je torej čisto mogoče spet podvomiti o njih. Angleški legal rule ni abstraktno pravno pravilo; v celoti se navezuje na konkreten primer, ob priliki katerega in za rešitev katerega so ga poiskali in formulirali. Kdor bi jih hotel abstrahirati, bi popolnoma popačil bistvo angleškega prava in iz sodniškega prava naredil pravo učenjakov. Pravila, ki jih izda zakonodajalec, pravzaprav sprejmejo šele potem, ko jih razloži sodnik; nato sodnikova verzija pravila pravzaprav nadomesti zakonodajalčevo prvo verzijo. Angleško pravo je odprt sistem, ki nima pripravljene primerne stvarne (materialnopravne) norme za vsako obliko primera; razpolaga pa s postopkom in z gotovostjo, da lahko s tem reši vsak možen primer. Angleški sodniki ne uporabljajo tehnike razlage pravnih pravil, temveč izhajajo iz obstoječih legal rulov, da bi našli - morda nov - legal rule za odločitev v posameznem primeru. Po angleškem pojmovanju nova situacija primera zahteva novo pravno pravilo. Sodnik naj sodi. Njegova naloga ni, da bi formuliral splošna pravila, ki segajo prek pravde, v kateri teče postopek. Delo sodni-

kov ni, da razlagajo, temveč, da razlikujejo (distinguishing). Pravo, ki ga ustvarja zakonodajalec (statute law) je za angleškega pravnik izjemen pojav. Zakonski predpisi so šele tedaj včlenjeni v angleški pravni sistem, ko so jih sodišča v normalnem postopku oblikovanja prava sprejela in potrdila - včasih tudi nekoliko preoblikovala. Sodišča so pravzaprav edina polklicana, da povedo, kaj je 'pravo'. Maneverski prostor angleškega sodnika za presojo se zelo razlikuje od manevrskega prostora za presojo, ki ga imajo sodniki na področju rimsko-germanskega prava. Zakonski predpis, ki omogoča presojo, postane v očeh angleškega pravnik veljaven šele tedaj, ko večje število sodniških legal rulov natančno določi, kako naj sodnik uporablja svojo presojo.

Osnovna značilnost ureditve angleškega sodstva je tudi zapoved vezanosti na predhodne odločitve (rule of precedent); v skladu z njimi je potrebno odločati tudi v primerih, ki se pojavijo kasneje in so bistveno podobni že rešenim primerom. V Angliji imajo sodniki posebno moč. Izstopajoči položaj sodnikov na višjih sodiščih je izraz sodne oblasti, ki po pomenu in časti ne zaostaja za zakonodajno in izvršno oblastjo. Moč teh sodišč se kaže v zagotavljanju in uveljavljanju državljanjskih pravic in svobostin. V Angliji ni napisane ustave in tudi ne kataloga temeljnih pravic. To, kar Angleži imenujejo constitution, je skupek vseh pravil včasih zakonodajnega in največkrat sodniškega izvora (poleg tega tudi parlamentarne običajno pravo in ustavni sporazumi), ki v svojem součinkovanju zagotavljajo posameznikove temeljne pravice in omejujejo državno samovoljo. Tako je zagotovljeno načelo pravne države - rule of law. Parlament sam, v svoji polnosti moči, je samo pod nadzorom javnega mnenja dežele, v kateri sta izročilo in duh demokracije živa ustavna resničnost. Parlament ima teoretično neomejeno in neomejljivo pravico urejanja, tudi kadar gre za temeljne pravice. Vendar kaže politična in socialna resničnost, da temeljne pravice tu ne uživajo nič manj varstva kot v državah, ki so jih slovesno zasidrle. V Angliji je prostor posameznikove svobode označen s celokupnostjo tradicionalnih predstav o vrednotah in vedenj-

skih pravilih. S tem je omejena tudi suverenost parlamenta. Višje sodstvo pomeni danes v Angliji potrebno protiutež zvezi med vlado in parlamentom. Dejstvo, da lahko superior court-i preverijo vsako odločitev pravnega spora, ima veljavo običajno-pravno priznanega ustavnega načela. V Angliji velja, da se je potrebno pravnih pravil, formuliranih v sodnih odločitvah, na vsak način držati, ker bi drugače uničili vsako pravno varnost in postavili na kocko nadaljnji obstoj samega common lawa. Dolžnost, da se držijo pravil, ki so jih postavili sodniki (stare decisis, dopolni: et non quieta movere), da torej spoštujejo precedense, je sestavni del logike prava sodne prakse. Danes je v Angliji vendarle že mogoče zaznati težnjo po dopustitvi večjega števila izjem ali zoženju pogojev za uporabo pravil. Do leta 1966 se je imela House of Lords za strogo vezano na lastne sodbe. Tega leta pa je lord kancler Gardiner slovesno in neodvisno od kakšnega določenega postopka razglasil, da se bo House of Lords v prihodnosti oddaljila od tega načela, če bo to nujno potrebno iz razlogov pravičnosti. Doslej so to možnost uporabili izredno poredko. Potrebno je poudariti, da so zavezujoče samo sodbe višjih sodišč, torej tiste, ki jih izdeta Supreme Court of Judicature in House of Lords. Prosta presoja angleški sodnikov torej pomeni, da sodnik svojo (prosto) presojo izvaja tako, kot predpisujejo številni precedensi.

Za angleške sodnike velja, da njihova utemeljitev izrečene sodbe ni potrebna. Sodniki 'odredijo' in ni jim potrebno upravičiti zakaj. Vendar angleški sodnik, zlasti na višjih sodiščih, običajno obrazloži razloge za svojo odločitev. Tega ne naredi zato, da bi prepričal stranke v postopku, temveč predvsem zaradi poučevanja študentov prava, ki se po tradiciji učijo prava ob ukvarjanju s praktičnimi primeri pri sodišču. Sodnik z veliko pripravljenostjo in izčrpno - kot v drugih deželah univerzitetni profesor - razlaga merodajna pravila in pravna načela in se pri tem pogosto ne omejuje na neobhodno potrebno. Vezanost na odločitve - precedense - v praksi pomeni, da mora pravnik natančno analizirati ta sodniška razpravljajna. Pri tem je ratio decidendi sodniškoprav-

no pravilo, ki se ga bo v prihodnje treba držati. Obiter dictum nimajo take avtoritete; njihova vrednost je odvisna od njihove prepričevalne moči (persuasive authority) glede na ugled sodnika, ostrino njegovega razmišljanja in številne druge dejavnike, povezane s primeri. Praktično v Angliji ni obveznega precedensa za razlago materialnega pravila novih zakonov. Tu torej ne gre za uporabo rule of precedent kot pri sodbah višjih sodišč.

Pravo je tudi za Američane v prvi vrsti pravo, ki ga določa sodna praksa. Funkcija zakonov je predvsem v urejanju posameznih pravnih problemov, ne pa v bistvenem spreminjanju common lawa. Zakoni so šele takrat zares inkorporirani v ameriški pravni sistem, ko jih sodišča razložijo in uporabijo in se ni več potrebno sklicevati na zakone same, temveč se lahko uporabijo pravne odločitve na osnovi zakonov. Če ni precedensov, ameriški pravnik reče: "There is no law on the point", celo če očitno obstaja zakonski predpis, ki poizkuša urediti položaj. Pravo predstavljajo sodne odločitve in iz njih izhajajoča načela.

Kljub različnim pristojnostim med zvezo in posameznimi državami in na različno zakonsko urejanje in sodno prakso posameznih držav, v ZDA obstaja temeljna enotnost prava. Ta je predvsem plod ustrezne duhovne drže ameriškega ljudstva in njegovih pravnikov. Ob tem imajo zvezna sodišča predvsem nalogo, da varujejo pravice in svoboščine državljanov na eni strani pred zvezo in na drugi strani pred močjo posameznih držav. Razlago ustave ZDA daje ameriško Vrhovno sodišče (Supreme Court). Za enotnost ameriškega prava je, poleg institucionalnih dejavnikov, posebej pomembna duhovna drža pravnikov, ki priznavajo različnost v zakonih posameznih držav, niso pa pripravljene dopuščati različne razlage common lawa. Zvezna sodišča sicer nimajo pravice do oblikovanja lastnega common lawa in če ne obstaja zapisan zvezni zakon, morajo vedno uporabiti pravo neke posamezne države. Temeljna enotnost prava ZDA se dosega z omejitvijo zakonodaje posameznih držav. Zbirke sodne prakse in enciklopedije, priročniki in pravniške revije obravnavajo pravo ZDA kot

enoto, in sicer tudi na področjih, za katera se teoretično zdi, da obstajajo le v okviru posameznih držav. Zakonodajni organi posameznih držav in sodišča se pravzaprav samoomejujejo. Odločitve druge države pomenijo več kot le najrazumnejšo rešitev problema; pokažejo, kako je treba odločiti neki pravni spor, razen če je odklon v posameznem primeru upravičen. Raziskovanje nekega primera na ameriški Law School se tako opira na sodbe iz vseh posameznih držav. Problem je v iskanju skupnih osnov in meril za razlikovanje. Če sta dve sodbi podobnega primera nezdržljivi, tega protislovja ne rešijo tako, da vidijo v tem znamenje za različnost common lawa ene ali druge države, pač pa preprosto priznajo - na sodiščih manj kot na univerzah - da je ena izmed teh odločitev dobra, druga pa slaba (bad law) in jo je v prihodnosti potrebno zavreči, in sicer ne le v drugih državah, temveč tudi v državi, v kateri trenutno velja kot pozitivno pravo. Čeprav ni zveznega common lawa, velja sodna praksa v državah, četudi je teoretično lahko še tako različna, za enotno.

Tudi v ZDA so samo pravila, ki jih razvije sodna praksa na osnovi konkretnega posameznega primera, resnična pravna pravila. Za ZDA velja, da je vezanost na precedense Supreme courtov posameznih držav in U.S. Supreme Courta manjša, kot to velja za angleška Court of Appeal in House of Lords. V federativni državi, kot so ZDA, načelo stare decisis ne more veljati brez zapletov. Zaželeno je pravna varnost, ki jo zagotavlja vezanost na precedense. Vendar se je potrebno tudi izogniti temu, da bi se med uporabljenim pravom različnih držav izoblikovale in utrdile razlike. Zato je zaželeno prožnost. Ti dve načeli, vezanost na precedense (pravna varnost) in prožnost, sta v medsebojnemu konfliktu. Načelo stare decisis ima zato v ZDA pomembno omejitve. U.S. Supreme Court in višja sodišča posameznih držav niso zavezana, da sledijo svojim lastnim precedensom, in tako lahko izvedejo spremembo sodne prakse. Poleg tega so federalne enote v razmerju druga do druge suverene. Načelo stare decisis učinkuje samo znotraj lastne sodne hierarhije posamezne države in pri zadevah, ki tudi

spadajo v njeno pristojnost. Tudi zvezna sodišča so, ko morajo uporabiti pravo določene federalne enote (od odločitve v primeru Erie Railroad Company v. Tompkins dalje), vezana le na sodno prakso države, katere pravo morajo uporabiti. V sodni praksi U.S. Supreme Courta niso spremembe nobena redkost. Temeljijo predvsem na široki razlagi ustave. Spremembe sodne prakse višjih sodišče posameznih držav je nedvomno mogoče večinoma razložiti s prizadevanjem, da bi pravo neke države uskladili s splošno pravno usmerjenostjo v drugih državah. To prispeva k ustvarjanju enotnosti common lawa. V tem je pomen možnosti Supreme Courta, da spremeni svojo sodno prakso. S tem je lahko svojo razlago ustave prilagodil vsakokratnim duhovnim tokovom in gospodarskim zahtevam modernega sveta. Stabilnost političnih institucij je zagotovljena s tem, da so spremembe ustave dopuščene le zelo restriktivno.

Višja sodišča posameznih držav v interesu pravne varnosti le v zelo ozkih mejah dopuščajo spremembe sodne prakse. Neomejeno načelo stare decisis pa vendarle ni absolutno potrebno za common law. Razlika med pravnimi priznavanjem tega načela in prostovoljnimi upoštevanjem prejšnjih odločitev iz razlogov razuma je na koncu lahko zelo majhna. Gre bolj za vprašanje pravniške psihologije kot prava. Namesto de iure vezanosti na precedense tako stopa v ospredje de facto vezanost, ki jo ustvarja univerzalni konsenz, pravna kultura in pravna tradicija ter racionalna pravniška psihologija. Navedene kategorije so usmerjene predvsem v poenotenje prava v ZDA. V končni fazi je najpomembnejše dejstvo, ali sodniki uporabljajo metodo distinguishinga in se čutijo vezane s preživetimi načeli, ali pa, nasprotno, izhajajo iz potrebe po pravnem razvoju. Gre torej za vprašanje ali jih bolj vodijo konservativne (pravna varnost, stroga vezanost na precedense) ali reformatorske (razvoj prava in poenotenje) ideje. Danes velja, da se je v ZDA ustalilo ravnotežje med nasprotujočimi si zahtevami pravne varnosti in nadaljnega pravnega razvoja.

Matjaž URŠIČ

Marjan Hočevar
Novi urbani trendi. Prizorišča v mestih - omrežja med mesti.

Znanstvena knjižnica, Fakulteta za družbene vede, Ljubljana 2000, 304 str., 2700 SIT (ISBN: 961-235-052-3)

Znameniti španski avtor in guru urbane sociologije Manuel Castells je s pomenljivi besedami, da "prostori tokov izpodrinjajo prostor krajev", pospremil bliskovito uvajanje novih tehnologij v vsakdanje življenje prebivalcev velikih in razvitih mest. Nasploh se zdi, da so spremembe v transportu in telekomunikacijah popolnoma spremenile današnje dojemanje prostora in časa ter pripomogle k navideznemu zmanjševanju pomembnosti fizičnega prostora kot stičišča družbenih interakcij. Prostor mesta zaradi vplivov novih virtualnih in "neprotorskih" tehnologij nima več enakih funkcij kot jih je imel v preteklosti, vendar ostaja pomemben in vpliven faktor v vsakdanjem življenju posameznikov ter družbenih skupin. Novi urbani trendi, ki se pojavljajo, so zato prilagoditev mesta in njegovih lokalnih posebnosti na spremenjene pogoje globalnega povezovanja in hitrega kroženja akterjev, informacij, dobrin ter kapitala.

Dialektika istočasnega nasprotovanja in prežemanja globalnih urbanih tokov "med mesti" z lokalizacijo teh globalnih tokov "znotraj mest", predstavlja temeljni način pojasnjevanja sodobne preobrazbe mest in osnovno metodo, prek katere avtor preverja teze o oblikovanju nove mestne "prizoriščnosti". Mesta se kot prizorišča raznovrstnih aktivnosti (prebivanje, delo, preživljanje prostega časa, sproščanje itd.) pod vplivi razširjene prostorske-časovne dostopnosti dobrin, akterjev in storitev nenehno spreminjajo ter prilagajajo na nove pogoje, ki imajo svoje osnove v dveh temeljnih procesih deterritorializacije. Tako lahko deterritorializacijo opišemo kot zmanjševanje razlik med mesti. Večina razvitih mest zaradi poenostavitve delovanja v pogojih globalnega kroženja - izmenjave dobrin in storitev, zmanjšujejo specifičnost svoje družbeno-prostorske organiziranosti in na nek način

TEORIJA N PRAKSA

2/2002



PRAVNA OBZORJA



René
DAVID

Günther
GRASMANN

UVOD V VELIKE SODOBNE PRAVNE SISTEME

Druga knjiga

11

nju temeljnih postulatov posameznih pravnih sistemov, predvsem ameriškega sistema. Analitična pravniška razmišljanja o pravnem sistemu common-law in njegovi primerjavi z zahodnoevropskim kontinentalnim pravnim sistemom so se izpostavila tudi kot odgovor na predlog mag. Matevža Krivica, kako reformirati slovensko ustavno sodstvo. Ob tem velja poudariti, da je pri interpretacijah značilnosti angleškega in ameriškega pravnega sistema potrebna previdnost, pri predlogih za njihovo morebitno aplikacijo na slovenski pravno-civilizacijski prostor pa zadržanost. Oris pravnega sistema v ZDA in v Angliji, ki ga slovenskim bralcem ponuja knjiga Uvod v velike sodobne pravne sisteme-druga knjiga, predstavlja pomembno stokovno čtivo tudi kar zadeva omenjena ustavnopravna vprašanja, ki še vedno razvidno sovplivajo na valovanje površja slovenske ustavnopravne znanosti. Tudi ob upoštevanju navedenih dejstev sem se odločil v nadaljevanju na kratko povzeti nekatere temeljne značilnosti angleškega in ameriškega pravnega sistema, ki jih ponuja omenjena knjiga, in zadevajo predvsem pomen sodne prakse in zakonov v ZDA in v Angliji.

Pravo ZDA se danes bistveno razlikuje od angleškega prava. Angleško pravo se je razvijalo popolnoma samostojno in stiki s celinsko Evropo niso pustili skoraj nobenih sledi. Common law predstavlja pravo, ki, v nasprotju s krajevnimi običaji, enotno velja za vso Anglijo. Medtem ko so se pravniki v celinski Evropi pretežno ukvarjali s pravicami in dolžnostmi strank, torej z materialnim pravom, so angleški pravniki svojo pozornost posvečali predvsem postopku. Common law tako ni bil sistem, ki si v prvi vrsti prizadeva za pravičnost, pač pa bolj zbirka načinov postopka, ki zagotavljajo rešitev v vedno večjem številu spornih primerov. Ker se je common law razvil v popolni odvisnosti od postopkovnih formalitet, se je poleg njega izoblikoval drugi sistem, ki je z njim tekmoval, namreč sistem equityja (pravičnost, primernost), ki je tudi sam sčasoma prerasel v common law. Sistem equityja je tako dopolnil izvorni common law v tistih primerih in v tistem delu, kjer se je zaradi svoje stroge vezanosti na formalna

284. Angleško pravo je oblikovala zgodovina. Še bolj kot 284 pri celinskoevropskih pravih zahteva ukvarjanje z angleškim pravom, da poznamo njegovo zgodovino. V angleškem pravu ni bilo dveh prenovitvenih dejavnikov, ki sta tako značilna za rimsko-germansko pravno družino, namreč rimskega prava in kodifikacije. Razvijalo se je popolnoma samostojno in stiki s celinsko Evropo niso pustili skoraj nobenih sledi. Angleški

* Rokopis točk 283–368 je bil zaključen jeseni 1984.

Comune ley ali *common law* je v nasprotju s krajevnimi običajnimi pravi pravo, ki enotno velja za vso Anglijo. Takega prava leta 1066 še ni bilo. Skupščina svobodnih, imenovana *county court* ali *hundred court*,⁸ je sodila po krajevnem običajnem pravu, namreč, odločala le o tem, katera izmed strank v sporu se mora podvreči ne ravno racionalnemu dokaznemu postopku in tako podkrepiti pravilnost svojih trditev. Sicer je ta sodišča, ki so načelno tudi po osvojitvi še ostala pristojna, polagoma nadomeščala nova vrsta patrimonialnega sodstva (*court baron, court leet, manorial court*); toda tudi to sodstvo se je spet v veliki meri opiralo na običajno pravo. Cerkevna sodišča, ki so jih uredili po letu 1066, so uporabljala kanonsko pravo, ki velja enako za ves krščanski svet. Tako je ostalo oblikovanje *comune leya* izključno delo kraljevih sodišč, ki so se od 13. stoletja dalje po svojem sedežu imenovala *Westminster courts*.

Treba je torej vedeti, kakšen velik pomen so imela vprašanja postopka. Medtem ko so se pravniki v celinski Evropi pretežno ukvarjali s pravicami in dolžnostmi strank, torej z materialnim pravom, so angleški pravniki posvečali pozornost zlasti postopku.

¹⁴ Prim. *Peter*, str. 35–43.

¹⁵ *Maitland*, *The Forms of Action at Common Law*, str. 52.

nju temeljnih postulatov posameznih pravnih sistemov, predvsem ameriškega sistema. Analitična pravniška razmišljanja o pravnem sistemu *common-law* in njegovi primerjavi z zahodnoevropskim kontinentalnim pravnim sistemom so se izpostavila tudi kot odgovor na predlog mag. Matevža Krivica, kako reformirati slovensko ustavno sodstvo. Ob tem velja poudariti, da je pri interpretacijah značilnosti angleškega in ameriškega pravnega sistema potrebna previdnost, pri predlogih za njihovo morebitno aplikacijo na slovenski pravno-civilizacijski prostor pa zadržanost. Oris pravnega sistema v ZDA in v Angliji, ki ga slovenskim bralcem ponuja knjiga Uvod v velike sodobne pravne sisteme-druga knjiga, predstavlja pomembno stokovno čtivo tudi kar zadeva omenjena ustavnopravna vprašanja, ki še vedno razvidno sovplivajo na valovanje površja slovenske ustavnopravne znanosti. Tudi ob upoštevanju navedenih dejstev sem se odločil v nadaljevanju na kratko povzeti nekatere temeljne značilnosti angleškega in ameriškega pravnega sistema, ki jih ponuja omenjena knjiga, in zadevajo predvsem pomen sodne prakse in zakonov v ZDA in v Angliji.

Pravo ZDA se danes bistveno razlikuje od angleškega prava. Angleško pravo se je razvijalo popolnoma samostojno in stiki s celinsko Evropo niso pustili skoraj nobenih sledi. *Common law* predstavlja pravo, ki, v nasprotju s krajevnimi običaji, enotno velja za vso Anglijo. Medtem ko so se pravniki v celinski Evropi pretežno ukvarjali s pravicami in dolžnostmi strank, torej z materialnim pravom, so angleški pravniki svojo pozornost posvečali predvsem postopku. *Common law* tako ni bil sistem, ki si v prvi vrsti prizadeva za pravičnost, pač pa bolj zbirka načinov postopka, ki zagotavljajo rešitev v vedno večjem številu spornih primerov. Ker se je *common law* razvil v popolni odvisnosti od postopkovnih formalitet, se je poleg njega izoblikoval drugi sistem, ki je z njim tekmoval, namreč sistem *equityja* (pravičnost, primernost), ki je tudi sam sčasoma prerasel v *common law*. Sistem *equityja* je tako dopolnil izvorni *common law* v tistih primerih in v tistem delu, kjer se je zaradi svoje stroge vezanosti na formalna

299. Okamnelost *common lawa*. Ker se je *common law* razvil v popolni odvisnosti od postopkovnih formalitet, je bil izpostavljen dvema nevarnostma: po eni strani nevarnosti, da se ne bo mogel dovolj svobodno razvijati, da bi držal korak s potrebami časa; po drugi strani pa nevarnosti, da bi zaradi negibnosti pravnikov okamnel v svojih tradicionalnih oblikah. Kljub razširitvi sistema *writov* ni ušel nobeni od teh dveh nevarnosti.²⁴ Poleg *common lawa* se je izoblikoval drugi sistem, ki je z njim tekmoval, namreč sistem *equityja* (= pravičnosti, primernosti).

²³ Hecker, str. 27, 34.

²⁴ Sicer so pri uporabi sistema *writov* vsekakor razmišljali tudi o pravičnosti. Vendar ta razmišljanja niso bila pravo, ki bi se odcepilo od sistema *common lawa*. Prim. Goldschmidt/Heyman, str. 107.

Kot je nekoč pretorsko pravo preraslo antično rimsko civilno pravo, tako je *equity* sčasoma prerasel *common law*.

Omejitev pristojnosti kraljevih sodišč je bila znosna tako dolgo, dokler so obstajali še drugi pravosodni organi za primere, kjer sistem *common lawa* ni mogel pomagati. Propad in prenehanje teh drugih sodišč pa sta privedla do tega, da je bil nujno potreben ventil za pomanjkljivosti kraljevega *common lawa*.

proceduralna pravila common law preveč oddaljal od načel pravičnosti in primernosti v konkretnem obravnavanem primeru.

V Angliji se pravo ni ustvarjalo v smeri velikih zakonodajnih projektov zakonodajnega organa, torej v obliki izdajanja obsežnih in sistematičnih zakonikov, pač pa se je pravo razvijalo in izpopolnjevalo predvsem skozi prakso angleških sodišč. V angleškem pravu, ki temelji na primerih (cases) in so ga razvili sodniki, legal rule pomeni nekaj drugega kot pri nas, v kontinentalni Evropi, pravno pravilo, ki ga je sistematizirala pravna teorija ali postavil zakonodajalec. Legal rule je oblikovan manj splošno kot naše pravno pravilo, tako da manjka naše temeljno razlikovanje med kogentnim in dispozitivnim pravom in si kodifikacije, kot jo poznamo pri nas, v Angliji skoraj ne moremo predstavljati. Angleško pravo temelji na primerih (case law). Njegova pravila najdemo predvsem v ratiu decidendi sodb višjih sodišč. Od ratiu decidendi je treba strogo ločiti obiter dicta, tj. tista sodnikova izvajanja, ki za razsodbo v pravdi niso nujno potrebna in zato tudi ne ustvarjajo pravil; v kakšnem kasnejšem postopku je torej čisto mogoče spet podvomiti o njih. Angleški legal rule ni abstraktno pravno pravilo; v celoti se navezuje na konkreten primer, ob priliki katerega in za rešitev katerega so ga poiskali in formulirali. Kdor bi jih hotel abstrahirati, bi popolnoma popačil bistvo angleškega prava in iz sodniškega prava naredil pravo učenjakov. Pravila, ki jih izda zakonodajalec, pravzaprav sprejmejo šele potem, ko jih razloži sodnik; nato sodnikova verzija pravila pravzaprav nadomesti zakonodajalčevo prvo verzijo. Angleško pravo je odprt sistem, ki nima pripravljene primerne stvarne (materialnopravne) norme za vsako obliko primera; razpolaga pa s postopkom in z gotovostjo, da lahko s tem reši vsak možen primer. Angleški sodniki ne uporabljajo tehnike razlage pravnih pravil, temveč izhajajo iz obstoječih legal rulov, da bi našli - morda nov - legal rule za odločitev v posameznem primeru. Po angleškem pojmovanju nova situacija primera zahteva novo pravno pravilo. Sodnik naj sodi. Njegova naloga ni, da bi formuliral splošna pravila, ki segajo prek pravde, v kateri teče postopek. Delo sodni-

rija ali postavil zakonodajalec. *Legal rule* je oblikovan manj splošno kot naše pravno pravilo, tako da manjka naše temeljno razlikovanje med kogentnim in dispozitivnim pravom in si kodifikacije, kot jo poznamo pri nas, v Angliji skoraj ne moremo predstavljati.

326

335 335. *Legal rule* kot sodniška stvaritev. Med pravi rimsko-germanske pravne družine in *common lawom* se pokaže še nadaljnja strukturna razlika, če primerjamo naš pojem pravnega pravila (*règle de droit*) z angleškim pojmom *legal rule*.

Ta temeljna razlika med celinskoevropskimi pravnimi redi in angleškim pravom bo postala še jasnejša, ko bomo v naslednjem poglavju, o virih angleškega prava, prišli do vloge sodne prakse in zakonodaje. Angleško pravo je izšlo iz vrst postopka *common lawa* in je zato po svoji naravi pravo, ki temelji na primerih (*case law*); njegova pravila najdemo predvsem v *ratiu decidendi* sodb višjih sodišč. Od *ratiu decidendi* je treba strogo ločiti *obiter dicta*, tj. tista sodnikova izvajanja, ki za razsodbo v pravdi niso nujno potrebna in zato tudi ne ustvarjajo pravil; v

⁶⁸ »Justice before Truth« kot vodilo angleškega prava: tako lord kancler vikont *Kilmuir*, str. 43.

344

Will

kakem kasnejšem postopku je torej čisto mogoče spet podvomiti o njih. Angleški *legal rule* ni abstraktno pravno pravilo; popolnoma je obešen na konkreten primer, ob priliki katerega in za katerega rešitev so ga poiskali in formulirali. Kdor bi jih hotel abstrahirati, bi popolnoma popačil bistvo angleškega prava in iz sodniškega prava naredil pravo učenjakov. Temu so se Angleži vedno upirali; in značilno je, da pravila, ki jih izda zakonodajalec, pravzaprav sprejmejo šele potem, ko jih razloži neki sodnik; nato sodnikova verzija pravila pravzaprav nadomesti zakonodajalčevo prvo verzijo.

345

proceduralna pravila common law preveč oddaljen od načel pravičnosti in primernosti v konkretnem obravnavanem primeru.

V Angliji se pravo ni ustvarjalo v smeri velikih zakonodajnih projektov zakonodajnega organa, torej v obliki izdajanja obsežnih in sistematičnih zakonikov, pač pa se je pravo razvijalo in izpopolnjevalo predvsem skozi prakso angleških sodišč. V angleškem pravu, ki temelji na primerih (cases) in so ga razvili sodniki, legal rule pomeni nekaj drugega kot pri nas, v kontinentalni Evropi, pravno pravilo, ki ga je sistematisirala pravna teorija ali postavil zakonodajalec. Legal rule je oblikovan manj splošno kot naše pravno pravilo, tako da manjka naše temeljno razlikovanje med kogentnim in dispozitivnim pravom in si kodifikacije, kot jo poznamo pri nas, v Angliji skoraj ne moremo predstavljati. Angleško pravo temelji na primerih (case law). Njegova pravila najdemo predvsem v ratiu decidendi sodb višjih sodišč. Ocl ratia decidendi je treba strogo ločiti obiter dicta, tj. tista sodnikova izvajanja, ki za razsodbo v pravdi niso nujno potrebna in zato tudi ne ustvarjajo pravil; v kakšnem kasnejšem postopku je torej čisto mogoče spet podvomiti o njih. Angleški legal rule ni abstraktno pravno pravilo; v celoti se navezuje na konkreten primer, ob priliki katerega in za rešitev katerega so ga poiskali in formulirali. Kdor bi jih hotel abstrahirati, bi popolnoma popačil bistvo angleškega prava in iz sodniškega prava naredil pravo učenjakov. Pravila, ki jih izda zakonodajalec, pravzaprav sprejmejo šele potem, ko jih razloži sodnik; nato sodnikova verzija pravila pravzaprav nadomesti zakonodajalčevo prvo verzijo. Angleško pravo je odprt sistem, ki nima pripravljene primerne stvarne (materialnopravne) norme za vsako obliko primera; razpolaga pa s postopkom in z gotovostjo, da lahko s tem reši vsak možen primer. Angleški sodniki ne uporabljajo tehnike razlage pravnih pravil, temveč izhajajo iz obstoječih legal rulov, da bi našli - morda nov - legal rule za odločitev v posameznem primeru. Po angleškem pojmovanju nova situacija primera zahteva novo pravno pravilo. Sodnik naj sodi. Njegova naloga ni, da bi formuliral splošna pravila, ki segajo prek pravde, v kateri teče postopek. Delo sodni-

337. Odprt in zaprt sistem. Kar smo pravkar povedali, je temeljnega pomena, če hočemo razumeti angleško pravo in njegove metode. Vsak pravni red rimsko-germanske pravne družine je povezana celota, »zaprt sistem«, v katerem je vsa vprašanja mogoče – vsaj teoretično – rešiti z razlago obstoječih pravnih pravil. Nasprotno pa je angleško pravo »odprt sistem«. ⁶⁹ Nima pripravljene primerne stvarne (materialnopravne – op. ur.) norme za vsako obliko primera; razpolaga pa s postopkom in z gotovostjo, da lahko s tem reši vsak možen primer. Angleški sodniki ne uporabljajo tehnike razlage pravnih

⁶⁹ Oznaka »odprt« in »zaprt« sistem izvira od Fritza *Schultza*, *Prinzipien des römischen Rechts*, 1934; prim. tudi v nadaljevanju tč. 367 in *Esser*, str. 44, 141 sl. O kritiki obeh pojmov *Fikentscher*, zvezek II: *Anglo-amerikanischer Rechtskreis*, str. 69: »Sistem, ki se imenuje zaprt, ni tak, ker se ne more soočiti s časom... Sistematičnega mišljenja ni mogoče ločiti od razvojnega mišljenja«; nadalje zvezek IV: *Dogmatischer Teil*, str. 112 sl.

pravil, temveč izhajajo iz obstoječih *legal rulov*, da bi našli – morda nov – *legal rule* za odločitev v posameznem primeru. Pri tem izredno skrbno proučujejo okoliščine vsakega posameznega primera, da bi ugotovili, kakšni razlogi bi lahko obstajali za razlikovanje novega dejanskega stanu od dejanskih stanov prejšnjih primerov. Po angleškem pojmovanju nova situacija primera zahteva novo pravno pravilo. Sodnik naj sodi. Njegova naloga ni, da bi formuliral splošna pravila, ki segajo prek pravde, v kateri teče postopek. Angleški pojem *legal rule*, ki je dosti ožji od našega pojma pravnega pravila, torej zgodovinsko spada k razvoju *common lawa*; delo sodnikov, ki ne razlagajo, temveč razlikujejo. Ta tipična tehnika *distinguishinga* je do danes ostala metoda angleškega prava.

kov ni, da razlagajo, temveč, da razlikujejo (distinguishing). Pravo, ki ga ustvarja zakonodajalec (statute law) je za angleškega pravnika izjemen pojav. Zakonski predpisi so šele tedaj včlenjeni v angleški pravni sistem, ko so jih sodišča v normalnem postopku oblikovanja prava sprejela in potrdila - včasih tudi nekoliko preoblikovala. Sodišča so pravzaprav edina poklicana, da povedo, kaj je 'pravo'. Maneverski prostor angleškega sodnika za presojo se zelo razlikuje od manevskega prostora za presojo, ki ga imajo sodniki na področju rimsko-germanskega prava. Zakonski predpis, ki omogoča presojo, postane v očeh angleškega pravnika veljaven šele tedaj, ko večje število sodniških legal rulow natančno določi, kako naj sodnik uporablja svojo presojo.

Osnovna značilnost ureditve angleškega sodstva je tudi zapoved vezanosti na predhodne odločitve (rule of precedent); v skladu z njimi je potrebno odločati tudi v primerih, ki se pojavijo kasneje in so bistveno podobni že rešenim primerom. V Angliji imajo sodniki posebno moč. Izstopajoči položaj sodnikov na višjih sodiščih je izraz sodne oblasti, ki po pomenu in časti ne zaostaja za zakonodajno in izvršno oblastjo. Moč teh sodišč se kaže v zagotavljanju in uveljavljanju državljanjskih pravic in svoboščin. V Angliji ni napisane ustave in tudi ne kataloga temeljnih pravic. To, kar Angleži imenujejo constitution, je skupek vseh pravil včasih zakonodajnega in največkrat sodniškega izvora (poleg tega tudi parlamentarno običajno pravo in ustavni sporazumi), ki v svojem součinkovanju zagotavljajo posameznikove temeljne pravice in omejujejo državno samovoljo. Tako je zagotovljeno načelo pravne države - rule of law. Parlament sam, v svoji polnosti moči, je samo pod nadzorom javnega mnenja dežele, v kateri sta izročilo in duh demokracije živa ustavna resničnost. Parlament ima teoretično neomejeno in neomejljivo pravico urejanja, tudi kadar gre za temeljne pravice. Vendar kaže politična in socialna resničnost, da temeljne pravice tu ne uživajo nič manj varstva kot v državah, ki so jih slovesno zasidrle. V Angliji je prostor posameznikove svobode označen s celokupnostjo tradicionalnih predstav o vrednotah in vedenj-

pravil, temveč izhajajo iz obstoječih *legal rulov*, da bi našli - morda nov - *legal rule* za odločitev v posameznem primeru. Pri tem izredno skrbno proučujejo okoliščine vsakega posameznega primera, da bi ugotovili, kakšni razlogi bi lahko obstajali za razlikovanje novega dejanskega stanu od dejanskih stanov prejšnjih primerov. Po angleškem pojmovanju nova situacija primera zahteva novo pravno pravilo. Sodnik naj sodi. Njegova naloga ni, da bi formuliral splošna pravila, ki segajo prek pravde, v kateri teče postopek. Angleški pojem *legal rule*, ki je dosti ožji od našega pojma pravnega pravila, torej zgodovinsko spada k razvoju *common law*; delo sodnikov, ki ne razlagajo, temveč razlikujejo. Ta tipična tehnika *distinguishing* je do danes ostala metoda angleškega prava.

347

338. Zakonske norme kot izjema. Razlika med *legal rulom* v Angliji in pravnim pravilom v celinski Evropi ima še druge posledice, od katerih bi tri bežno opisali. Tako npr. vidi angleški pravnik pravo, ki ga ustvarja zakonodajalec (*statute law*), kot izjemen pojav. Naj si angleški zakonodajalec pri formulaciji zakonov še tako prizadeva, da deluje konkretno in čim bolj kazuistično, pa vendar ni sodnik (razen če bi hotel popraviti razvojno stranpot sodne prakse, nekako navesti tiskarsko pomoto v *common lawu*). Zakonski predpisi so šele tedaj včlenjeni v angleški pravni sistem, ko so jih sodišča v normalnem postopku oblikovanja prava sprejela in potrdila - včasih tudi nekoliko preoblikovala. To pomembno opažanje kaže, da kodifikacija v celinskoevropskem smislu sicer ni teoretično nemogoča, praktično pa je. Zato tudi kodifikacije v različnih državah izročila *common law*, npr. v ZDA ali Indiji, niso uspele dobiti iste teže kot naši zakoniki.

Tradicionalno pojmovanje *legal rula* je ustvarilo težavne probleme, brž ko so zakon in upravni predpisi postali orodje družbenih sprememb. Zakon in upravni predpisi so pogosto lahko definirali le vodilno misel, določili vedenjske vzorce; upravnim in nadzornim organom pa so pustili precej prostora za presojo. V tem položaju so angleška sodišča dopuščala, da se upravni predpisi in zakoni razlagajo drugače, kot je bilo v navadi doslej, namreč na način, ki je končno precej podoben našemu. Namesto da bi razvili novo pojmovanje *legal rula*, ki bi zahtevalo

kov ni, da razlagajo, temveč, da razlikujejo (distinguishing). Pravo, ki ga ustvarja zakonodajalec (statute law) je za angleškega pravnika izjemen pojav. Zakonski predpisi so šele tedaj včlenjeni v angleški pravni sistem, ko so jih sodišča v normalnem postopku oblikovanja prava sprejela in potrdila - včasih tudi nekoliko preoblikovala. Sodišča so pravzaprav edina poklicana, da povedo, kaj je 'pravo'. Manevrski prostor angleškega sodnika za presojo se zelo razlikuje od maneverskega prostora za presojo, ki ga imajo sodniki na področju rimsko-germanskega prava. Zakonski predpis, ki omogoča presojo, postane v očeh angleškega pravni-ka veljaven šele tedaj, ko večje število sodniških legal rulow natančno določi, kako naj sodnik uporablja svojo presojo.

Osnovna značilnost ureditve angleškega sodstva je tudi zapoved vezanosti na predhodne odločitve (rule of precedent); v skladu z njimi je potrebno odločati tudi v primerih, ki se pojavijo kasneje in so bistveno podobni že rešenim primerom. V Angliji imajo sodniki posebno moč. Izstopajoči položaj sodnikov na višjih sodiščih je izraz sodne oblasti, ki po pomenu in časti ne zaostaja za zakonodajno in izvršno oblastjo. Moč teh sodišč se kaže v zagotavljanju in uveljavljanju državljanjskih pravic in svoboščin. V Angliji ni napisane ustave in tudi ne kataloga temeljnih pravic. To, kar Angleži imenujejo constitution, je skupek vseh pravil včasih zakonodajnega in največkrat sodniškega izvora (poleg tega tudi parlamentarno običajno pravo in ustavni sporazumi), ki v svojem součinkovanju zagotavljajo posameznikove temeljne pravice in omejujejo državno samovoljo. Tako je zagotovljeno načelo pravne države - rule of law. Parlament sam, v svoji polnosti moči, je samo pod nadzorom javnega mnenja dežele, v kateri sta izročilo in duh demokracije živa ustavna resničnost. Parlament ima teoretično neomejeno in neomejljivo pravico urejanja, tudi kadar gre za temeljne pravice. Vendar kaže politična in socialna resničnost, da temeljne pravice tu ne uživajo nič manj varstva kot v državah, ki so jih slovesno zasidrle. V Angliji je prostor posameznikove svobode označen s celokupnostjo tradicionalnih predstav o vrednotah in vedenj-

Zakon morda sodniku sem in tja priznava maneverski prostor za presojo. Ta pa se zelo razlikuje od maneverskega prostora za presojo, ki ga imajo sodniki na področju rimsko-germanskega prava. Zakonski predpis, ki omogoča presojo, postane v očeh angleškega pravnika veljaven šele tedaj, ko večje število sodniških legal rulov natančno določi, kako naj sodnik uporablja svojo presojo. Tako npr. *Rules of the Supreme Court* le na kratko določajo, da sodniki tega sodišča lahko po prostem preudarku odločajo o sodnih stroških.⁷² To kratko in jedrnatu določilo je zalil val sodnih odločb, ki so natančneje določile, kako je treba izvrševati to presojo v skladu s pravom; leta 1959 je določilo nadomestil cel pravilnik s 35 pravili, ki vključno z dodatki obsegajo kar 148 strani v t. i. *White Book* Vrhovnega sodišča.⁷³

348

enaki meri; dejansko se je zapoved vezanosti na predhodne odločitve (rule of precedent) z vso strogostjo razvila šele v začetku 19. stoletja. Pred tem so si sicer prizadevali, da bi preprečevali protislovja v sodni praksi, in pri reševanju primerov so vedno pogosteje upoštevali prejšnje sodbe, toda nihče ni zahteval stroge vezanosti na precedense. Tovrstna zapoved se je pojavila šele v teku legalističnih teženj 19. stoletja. K temu so prispevali tudi *Judicature Acts* s svojo jasno preureditvijo strukture sodišč ter izboljšana kakovost sodnega poročanja.

349

349. Posebna moč sodnikov. Izstopajoči položaj sodnikov na višjih sodiščih je izraz sodne oblasti, ki po pomenu in časti ne zaostaja za zakonodajno in izvršno oblastjo.

Moč višjih sodišč temelji najprej na njihovem zgodovinskem dosežku, da so oblikovala *common law* in *equity* - temelj angleškega prava. Sicer se je medtem položaj nekoliko spremenil, ker delež zakonskega prava narašča; toda ni nobene skupne kodifikacije, ki bi dovoljevala sklep, da je sedaj zakon glavni vir angleškega prava.

Poleg tega se moč teh sodišč še vedno kaže v tem, da uveljavljajo in zagotavljajo državljanjske pravice in svoboščine. V Angliji ni napisane ustave in tudi ne kataloga temeljnih pravic, kot jih vsebuje nemški Temeljni zakon iz leta 1949. Parlament

357

kov ni, da razlagajo, temveč, da razlikujejo (distinguishing). Pravo, ki ga ustvarja zakonodajalec (statute law) je za angleškega pravnika izjemen pojav. Zakonski predpisi so šele tedaj včlenjeni v angleški pravni sistem, ko so jih sodišča v normalnem postopku oblikovanja prava sprejela in potrdila - včasih tudi nekoliko preoblikovala. Sodišča so pravzaprav edina poklicana, da povedo, kaj je 'pravo'. Maneverski prostor angleškega sodnika za presojo se zelo razlikuje od manevrskega prostora za presojo, ki ga imajo sodniki na področju rimsko-germanskega prava. Zakonski predpis, ki omogoča presojo, postane v očeh angleškega pravnika veljaven šele tedaj, ko večje število sodniških legal rulow natančno določi, kako naj sodnik uporablja svojo presojo.

Osnovna značilnost ureditve angleškega sodstva je tudi zapoved vezanosti na predhodne odločitve (rule of precedent); v skladu z njimi je potrebno odločati tudi v primerih, ki se pojavijo kasneje in so bistveno podobni že rešenim primerom. V Angliji imajo sodniki posebno moč. Izstopajoči položaj sodnikov na višjih sodiščih je izraz sodne oblasti, ki po pomenu in časti ne zaostaja za zakonodajno in izvršno oblastjo. Moč teh sodišč se kaže v zagotavljanju in uveljavljanju državljanjskih pravic in svoboščin. V Angliji ni napisane ustave in tudi ne kataloga temeljnih pravic. To, kar Angleži imenujejo *constitution*, je skupek vseh pravil včasih zakonodajnega in največkrat sodniškega izvora (poleg tega tudi parlamentarno običajno pravo in ustavni sporazumi), ki v svojem součinkovanju zagotavljajo posameznikove temeljne pravice in omejujejo državno samovoljo. Tako je zagotovljeno načelo pravne države - *rule of law*. Parlament sam, v svoji polnosti moči, je samo pod nadzorom javnega mnenja dežele, v kateri sta izročilo in duh demokracije živa ustavna resničnost. Parlament ima teoretično neomejeno in neomejljivo pravico urejanja, tudi kadar gre za temeljne pravice. Vendar kaže politična in socialna resničnost, da temeljne pravice tu ne uživajo nič manj varstva kot v državah, ki so jih slovesno zasidrle. V Angliji je prostor posameznikove svobode označen s celokupnostjo tradicionalnih predstav o vrednotah in vedenj-

zakonodaja ali subsidiarna zakonodaja.²⁴ Kot je bilo že rečeno, v Angliji ni zapisane ustave; kar Angleži imenujejo *constitution*, je skupek vseh pravil včasih zakonodajnega in največkrat sodniškega izvora (poleg tega parlamentarno običajno pravo in ustavni sporazumi), ki v svojem součinkovanju zagotavljajo posameznikove temeljne pravice in omejujejo državno samovoljo.²⁵ Tako je zagotovljeno načelo pravne države, angleško izraženo z *rule of law*.²⁶ Parlament sam v svoji polnosti moči²⁷ je samo pod nadzorom javnega mnenja dežele, v kateri sta izročilo in duh demokracije živa ustavna resničnost.

Načelo *Sovereignty of Parliament* ima tudi posledice za pravo Evropske skupnosti: ker parlament ni vezan na svoje lastne prejšnje zakone (tudi ne ustavnopravno) in nobena druga oblast ne more preverjati njegovih zakonov, je bil potreben *European Community Act, 1972*. Namen tega zakona je, da na področju Združenega kraljestva zagotovi učinkovitost prava Skupnosti. Pravo Skupnosti se ne obravnava kot navadno zakonsko pravo. Zato ostaja vprašljivo, kako se bodo sodišča vedla v sporu med pravom Skupnosti in pravom, ki bi ga naknadno postavil parlament.²⁸

360. Klasični nauk. Klasični nauk vidi v zakonu (*lato sensu*) drugovrsten pravni vir. Zakon le dodaja dopolnitve in popravke k dejanskemu fondu, pravu sodne prakse. V zakonu

360

²⁴ Pregled različnih pojavnih oblik zakonskega prava pri *Blumenwitzu*, str. 42.

²⁵ Nemški prevod britanskih ustavnih besedil pri *Mayer-Tasch/Contiades*, *Die Verfassungen der nichtkommunistischen Staaten Europas*, 1975, str. 223 sl. O ustavnem pravu *Yardley*, *Introduction to British Constitutional Law*, 1978 z navedki. *Kimmel*, *Die Verfassungen der EG-Mitgliedstaaten*, Beck-Texte pri dtv, št. 5554, 1987, str. 402 sl.

²⁶ *Löwenstein*, str. 74: »*Rule of Law* v britanskem krogu lahko enačimo s splošno potrebo po zakonitosti, ki enako zavezuje in prežema nosilce moči in naslovnike moči.« Klasično *Dicey*, str. 188/202, 193, 195/196: Prepoved samovoljnega izvajanja oblasti – načelo, da je vsakdo podvržen zakonom in rednim sodiščem – načelo, da svoboščine posameznika sledijo iz prava, ki ga uporabljajo in razlagajo sodišča. To menda velja še danes, čeprav se je drugo načelo zamajalo prav zaradi nastanka različnih upravnopravnih sodnih organov; *James*, str. 146 sl.

²⁷ O suverenosti parlamenta *Trautwein*, str. 27 sl.

²⁸ O tem *Constantinesco*, str. 780 sl. Nadalje *Lasok/Bridge*, pogl. 12.

skih pravilih. S tem je omejena tudi suverenost parlamenta. Višje sodstvo pomeni danes v Angliji potrebno protiutež zvezi med vlado in parlamentom. Dejstvo, da lahko superior court-i preverijo vsako odločitev pravnega spora, ima veljavo običajno-pravno priznanega ustavnega načela. V Angliji velja, da se je potrebno pravnih pravil, formuliranih v sodnih odločitvah, na vsak način držati, ker bi drugače uničili vsako pravno varnost in postavili na kocko nadaljnji obstoj samega common lawa. Dolžnost, da se držijo pravil, ki so jih postavili sodniki (stare decisis, dopolni: et non quieta movere), da torej spoštujejo precedense, je sestavni del logike prava sodne prakse. Danes je v Angliji vendarle že mogoče zaznati težnjo po dopustitvi večjega števila izjem ali zoženju pogojev za uporabo pravil. Do leta 1966 se je imela House of Lords za strogo vezano na lastne sodbe. Tega leta pa je lord kancler Gardiner slovesno in neodvisno od kakšnega določenega postopka razglasil, da se bo House of Lords v prihodnosti oddaljila od tega načela, če bo to nujno potrebno iz razlogov pravičnosti. Doslje so to možnost uporabili izredno poredko. Potrebno je poudariti, da so zavezujoče samo sodbe višjih sodišč, torej tiste, ki jih izdala Supreme Court of Judicature in House of Lords. Prosta presoja angleški sodnikov torej pomeni, da sodnik svojo (prosto) presojo izvaja tako, kot predpisujejo številni precedensi.

Za angleške sodnike velja, da njihova utemeljitev izrečene sodbe ni potrebna. Sodniki 'odredijo' in ni jim potrebno upravičiti zakaj. Vendar angleški sodnik, zlasti na višjih sodiščih, običajno obrazloži razloge za svojo odločitev. Tega ne naredi zato, da bi prepričal stranke v postopku, temveč predvsem zaradi poučevanja študentov prava, ki se po tradiciji učijo prava ob ukvarjanju s praktičnimi primeri pri sodišču. Sodnik z veliko pripravljenostjo in izčrpno - kot v drugih deželah univerzitetni profesor - razlaga merodajna pravila in pravna načela in se pri tem pogosto ne omejuje na neobhodno potrebno. Vezanost na odločitve - precedense - v praksi pomeni, da mora pravnik natančno analizirati ta sodniška razpravljajnja. Pri tem je ratio decidendi sodniškoprav-

285

zbiranja in združevanja.¹⁴ Tako prevladuje prepričanje, da ima višje sodstvo še vedno svojo tradicionalno vlogo in da danes celo pomeni potrebno protiutež proti zvezi med vlado in parlamentom. Dejstvo, da lahko superior court-i preverijo vsako odločitev pravnega spora, ima veljavo običajno-pravno priznanega ustavnega načela. Do tega imajo sodniki nekakšno inherentno pravico. Popolnoma neodvisen in visoko spoštovan sodniški stan očitno zagotavlja delovanje angleških institucij, pri katerih oblikovanju in utrjevanju je v teku stoletij sodeloval. 352

stojanje samega parlamenta.

Dolžnost, da se držijo pravil, ki so jih postavili sodniki (stare decisis, dopolni: et non quieta movere), da torej spoštujejo precedense, je sestavni del logike prava sodne prakse. Seveda potrebe po predvidljivosti in varnosti prava niso vedno čutili v

¹⁷ Med skoraj nepregledno literaturo ostaja klasično delo *Cross, Precedent in English Law*, 1977.

O tehniki doktrine *stare decisis* glej primere v delu *Lucas David*, str. 14 sl.

360

Will

Danes se začenja naznanjati težnja, ki hoče - ne da bi spodkopavala načelo - dopustiti večje število izjem ali zožiti pogoje za uporabo pravil. Do leta 1966 se je imela House of Lords za strogo vezano na lastne sodbe. Tega leta pa je lord kancler Gardiner slovesno in neodvisno od kakšnega določenega postopka razglasil, da se bo House of Lords v prihodnosti oddaljila od tega načela, če bo to nujno potrebno iz razlogov pravičnosti.¹⁸ Doslje so to možnost uporabili izredno poredko.¹⁹ Na toliko manj razumevanja je naletel Court of Appeal, ker se večkrat ni ravnal po skrbno utemeljenih sodbah House of Lords, češ da so bile izdane per incuriam.²⁰ 361

skih pravilih. S tem je omejena tudi suverenost parlamenta. Višje sodstvo pomeni danes v Angliji potrebno protiutež zvezi med vlado in parlamentom. Dejstvo, da lahko superior court-i preverijo vsako odločitev pravnega spora, ima veljavo običajno-pravno priznanega ustavnega načela. V Angliji velja, da se je potrebno pravnih pravil, formuliranih v sodnih odločitvah, na vsak način držati, ker bi drugače uničili vsako pravno varnost in postavili na kocko nadaljnji obstoj samega common lawa. Dolžnost, da se držijo pravil, ki so jih postavili sodniki (stare decisis, dopolni: et non quicquid movere), da torej spoštujejo precedense, je sestavni del logike prava sodne prakse. Danes je v Angliji vendarle že mogoče zaznati težnjo po dopustitvi večjega števila izjem ali zoženju pogojev za uporabo pravil. Do leta 1966 se je imela House of Lords za strogo vezano na lastne sodbe. Tega leta pa je lord kancler Gardiner slovesno in neodvisno od kakšnega določenega postopka razglasil, da se bo House of Lords v prihodnosti oddaljila od tega načela, če bo to nujno potrebno iz razlogov pravičnosti. Doslje so to možnost uporabili izredno poredko. Potrebno je poudariti, da so zavezujoče samo sodbe višjih sodišč, torej tiste, ki jih izdala Supreme Court of Judicature in House of Lords. Prosta presoja angleški sodnikov torej pomeni, da sodnik svojo (prosto) presojo izvaja tako, kot predpisujejo številni precedensi.

Za angleške sodnike velja, da njihova utemeljitev izrečene sodbe ni potrebna. Sodniki 'odredijo' in ni jim potrebno upravičiti zakaj. Vendar angleški sodnik, zlasti na višjih sodiščih, običajno obrazloži razloge za svojo odločitev. Tega ne naredi zato, da bi prepričal stranke v postopku, temveč predvsem zaradi poučevanja študentov prava, ki se po tradiciji učijo prava ob ukvarjanju s praktičnimi primeri pri sodišču. Sodnik z veliko pripravljenostjo in izčrpno - kot v drugih deželah univerzitetni profesor - razlaga merodajna pravila in pravna načela in se pri tem pogosto ne omejuje na neobhodno potrebno. Vezanost na odločitve - precedense - v praksi pomeni, da mora pravnik natančno analizirati ta sodniška razpravljajnja. Pri tem je ratio decidendi sodniškoprav-

285

lahko sicer z močjo svojih argumentov (*persuasive authority*) prispevajo k oblikovanju pravil, niso pa obvezni precedensi.

354 **354. Oblika sodb.** Kaj pomeni vezanost na precedense? Če hočemo razumeti to pravilo, moramo vedeti, kakšne so videti sodbe v Angliji. Po obliki se bistveno razlikujejo od nemških ali francoskih sodb.

Angleška sodba je v strogem pomenu omejena na preprost ténor, ki vsebuje sodniško rešitev spora: X mora plačati Y določen znesek, pogodba med X in Y se razveljavi, zapuščina X se prenese na določeno osebo. Utemeljitev ni potrebna. Morda bi sodniki občutili tako obveznost kot škodljivo za njihovo dostojanstvo. **Odredijo in ni jim treba upravičiti, zakaj.**

Vendar angleški sodnik, zlasti na višjih sodiščih, navadno obrazloži razloge za svojo odločitev. Tega ne naredi zato, da bi prepričal stranke v postopku, temveč predvsem zaradi poučevanja študentov prava - bodočih *barristerjev* - ki se po tradiciji učijo prava ob ukvarjanju s praktičnimi primeri pri sodišču. Sodnik z veliko pripravljenostjo in izčrpno - kot v drugih deželah univerzitetni profesor - razlaga merodajna pravila in pravna načela in se pri tem pogosto ne omejuje na neobhodno potrebno. Rezultat se zelo razlikuje od skupih in strogo razčlenjenih utemeljitev (*motifs*) npr. francoskih sodb. Okoliščina, da angleški sodnik v svojem manj formalnem diskurzu seže toliko dlje, kot je potrebno za odločitev o konkretnem spornem primeru, vodi do značilne tehnike *distinguishinga*.²¹

355 **355. Ratio decidendi in obiter dictum.** V praksi pomeni vezanost na precedense, da mora angleški pravnik natančno analizirati ta sodniška razpravljajnja. V *reasonih*, ki jih navajajo sodniki, mora razlikovati med *ration decidendi* in *obiter dicti*. *Ratio decidendi* obsega tisto, na čemer temelji odločitev kot taka, *obiter dictum* pa to, kar je lahko še povedano zraven, ne da bi bila odločitev od tega odvisna. *Ratio decidendi* je sodniškopravno pravilo, ki se ga bo v prihodnje treba držati. *Obiter dicta* nimajo take avtoritete; njihova vrednost je odvisna od

²¹ O treh oblikah, namreč čisti *distinguishing*, izbirni *distinguishing* in razvijajoči *distinguishing*, glej *Fikentscher*, zv. II, str. 98 sl. O ugotavljanju *ratio decidendi* z razdelavo *issues* *Machel*, str. 18 sl.

no pravilo, ki se ga bo v prihodnje treba držati. *Obiter dictum* nimajo take avtoritete, njihova vrednost je odvisna od njihove prepričevalne moči (*persuasive authority*) glede na ugled sodnika, ostrino njegovega razmišljanja in številne druge dejavnike, povezane s primeri. Praktično v Angliji ni obveznega precedensa za razlago materialnega pravila novih zakonov. Tu torej ne gre za uporabo *rule of precedent* kot pri sodbah višjih sodišč.

Pravo je tudi za Američane v prvi vrsti pravo, ki ga določa sodna praksa. Funkcija zakonov je predvsem v urejanju posameznih pravnih problemov, ne pa v bistvenem spreminjanju *common lawa*. Zakoni so šele takrat zares inkorporirani v ameriški pravni sistem, ko jih sodišča razložijo in uporabijo in se ni več potrebno sklicevati na zakone same, temveč se lahko uporabijo pravne odločitve na osnovi zakonov. Če ni precedensov, ameriški pravnik reče: "There is no law on the point", celo če očitno obstaja zakonski predpis, ki poizkuša urediti položaj. Pravo predstavljajo sodne odločitve in iz njih izhajajoča načela.

Kljub različnim pristojnostim med zvezo in posameznimi državami in na različno zakonsko urejanje in sodno prakso posameznih držav, v ZDA obstaja temeljna enotnost prava. Ta je predvsem plod ustreznih duhovne države ameriškega ljudstva in njegovih pravnikov. Ob tem imajo zvezna sodišča predvsem nalogo, da varujejo pravice in svoboščine državljanov na eni strani pred zvezo in na drugi strani pred močjo posameznih držav. Razlago ustave ZDA daje ameriško Vrhovno sodišče (*Supreme Court*). Za enotnost ameriškega prava je, poleg institucionalnih dejavnikov, posebej pomembna duhovna država pravnikov, ki priznavajo različnost v zakonih posameznih držav, niso pa pripravljeni dopuščati različne razlage *common lawa*. Zvezna sodišča sicer nimajo pravice do oblikovanja lastnega *common lawa* in če ne obstaja zapisan zvezni zakon, morajo vedno uporabiti pravo neke posamezne države. Temeljna enotnost prava ZDA se dosega z omejitvijo zakonodaje posameznih držav. Zbirke sodne prakse in enciklopedije, priročniki in pravniške revije obravnavajo pravo ZDA kot

njihove prepričevalne moči (*persuasive authority*) glede na ugled sodnika, ostrino njegovega razmišljanja in številne druge dejavnike, povezane s primeri.

363

se omejuje na preverjanje postopka, uporabljenega v upravnem sporu. Tako praktično ni obveznega precedensa za razlago materialnega pravila takih novih zakonov. Tudi še ni jasno,

²² O preoblikovanju zakonskega prava v pravo, ki temelji na primerih, *Fikentscher*, zv. II, str. 113 sl.

²³ Po tem določilu veljajo upravni predpisi po zakonskem pooblastilu kot del zakona samega.

Will

363

kakšen pomen upravni organi pripisujejo svojim lastnim predhodnim odločitvam; verjetno je podobno kot v Franciji ali Nemčiji. Vsekakor tu gotovo ne gre za primer uporabe *rule of precedent* kot pri sodbah višjih sodišč.

364

no pravilo, ki se ga bo v prihodnje treba držati. Obiter dictum nimajo take avtoritete; njihova vrednost je odvisna od njihove prepričevalne moči (persuasive authority) glede na ugled sodnika, ostrino njegovega razmišljanja in številne druge dejavnike, povezane s primeri. Praktično v Angliji ni obveznega precedensa za razlago materialnega pravila novih zakonov. Tu torej ne gre za uporabo rule of precedent kot pri sodbah višjih sodišč.

Pravo je tudi za Američane v prvi vrsti pravo, ki ga določa sodna praksa. Funkcija zakonov je predvsem v urejanju posameznih pravnih problemov, ne pa v bistvenem spreminjanju common lawa. Zakoni so šele takrat zares inkorporirani v ameriški pravni sistem, ko jih sodišča razložijo in uporabijo in se ni več potrebno sklicevati na zakone same, temveč se lahko uporabijo pravne odločitve na osnovi zakonov. Če ni precedensov, ameriški pravnik reče: "There is no law on the point", celo če očitno obstaja zakonski predpis, ki poizkuša urediti položaj. Pravo predstavljajo sodne odločitve in iz njih izhajajoča načela.

Kljub različnim pristojnostim med zvezo in posameznimi državami in na različno zakonsko urejanje in sodno prakso posameznih držav, v ZDA obstaja temeljna enotnost prava. Ta je predvsem plod ustrezne duhovne države ameriškega ljudstva in njegovih pravnikov. Ob tem imajo zvezna sodišča predvsem nalogo, da varujejo pravice in svoboščine državljanov na eni strani pred zvezo in na drugi strani pred močjo posameznih držav. Razlago ustave ZDA daje ameriško Vrhovno sodišče (Supreme Court). Za enotnost ameriškega prava je, poleg institucionalnih dejavnikov, posebej pomembna duhovna drža pravnikov, ki priznavajo različnost v zakonih posameznih držav, niso pa pripravljene dopuščati različne razlage common lawa. Zvezna sodišča sicer nimajo pravice do oblikovanja lastnega common lawa in če ne obstaja zapisan zvezni zakon, morajo vedno uporabiti pravo neke posamezne države. Temeljna enotnost prava ZDA se dosega z omejitvijo zakonodaje posameznih držav. Zbirke sodne prakse in enciklopedije, priručniki in pravniške revije obravnavajo pravo ZDA kot

2. poglavje

Zgradba prava Združenih držav Amerike

378. Pravo Združenih držav Amerike in angleško pravo. 378
Pravo Združenih držav Amerike spada po svoji zgradbi k pravni družini *common lawa*. V Angliji in v ZDA vlada isto splošno pojmovanje prava in njegove naloge. V ZDA je načelno ista razdelitev prava kot v Angliji, uporabljajo iste pojme in enako dojemajo pojem pravnega pravila. Razlikovanje med civilnim pravom in trgovinskim pravom ter nasprotje med kogentnim in dispozitivnim pravom sta pravnikom v ZDA prav tako tuja kot angleškim pravnikom. Pravo je tako za ameriške kot za angleške pravnike po tradiciji v prvi vrsti pravo, ki ga določa sodna praksa. Funkcijo zakonodaje vidijo samo v tem, da ureja posamezne pravne probleme, ne pa da bistveno spreminja *common law*. Tako so zakoni šele takrat zares včlenjeni v ameriški pravni sistem, ko so jih sodišča razložila in uporabila in se ni več treba sklicevati na zakone same, temveč se lahko uporabijo pravne odločitve na osnovi zakonov. Razlage zakonov so pri tem pogosto dokaj ozke.¹ Če ni precedensov, ameriški pravnik rad reče: »*There is no law on the point*« (o tem vprašanju ni prava), celo če očitno obstaja zakonski predpis, ki skuša urediti položaj.

no pravilo, ki se ga bo v prihodnje treba držati. Obiter dictum nimajo take avtoritete; njihova vrednost je odvisna od njihove prepričevalne moči (persuasive authority) glede na ugled sodnika, ostrino njegovega razmišljanja in številne druge dejavnike, povezane s primeri. Praktično v Angliji ni obveznega precedensa za razlago materialnega pravila novih zakonov. Tu torej ne gre za uporabo rule of precedent kot pri sodbah višjih sodišč.

Pravo je tudi za Američane v prvi vrsti pravo, ki ga določa sodna praksa. Funkcija zakonov je predvsem v urejanju posameznih pravnih problemov, ne pa v bistvenem spreminjanju common lawa. Zakoni so šele takrat zares inkorporirani v ameriški pravni sistem, ko jih sodišča razložijo in uporabijo in se ni več potrebno sklicevati na zakone same, temveč se lahko uporabijo pravne odločitve na osnovi zakonov. Če ni precedensov, ameriški pravnik reče: "There is no law on the point", celo če očitno obstaja zakonski predpis, ki poizkuša urediti položaj. Pravo predstavljajo sodne odločitve in iz njih izhajajoča načela.

Kljub različnim pristojnostim med zvezo in posameznimi državami in na različno zakonsko urejanje in sodno prakso posameznih držav, v ZDA obstaja temeljna enotnost prava. Ta je predvsem plod ustrezne duhovne države ameriškega ljudstva in njegovih pravnih. Ob tem imajo zvezna sodišča predvsem nalogo, da varujejo pravice in svoboščine državljanov na eni strani pred zvezo in na drugi strani pred močjo posameznih držav. Razlago ustave ZDA daje ameriško Vrhovno sodišče (Supreme Court). Za enotnost ameriškega prava je, poleg institucionalnih dejavnikov, posebej pomembna duhovna država pravnih, ki priznavajo različnost v zakonih posameznih držav, niso pa pripravljene dopuščati različne razlage common lawa. Zvezna sodišča sicer nimajo pravice do oblikovanja lastnega common lawa in če ne obstaja zapisan zvezni zakon, morajo vedno uporabiti pravo neke posamezne države. Temeljna enotnost prava ZDA se dosega z omejitvijo zakonodaje posameznih držav. Zbirke sodne prakse in enciklopedije, priročniki in pravniške revije obravnavajo pravo ZDA kot

389. Temeljna enotnost prava Združenih držav. Pri vseh možnih razlikah pa je vendar treba vedno imeti pred očmi temeljno enotnost prava Združenih držav. Ta enotnost sicer lahko temelji na institucionalnih razlogih, vendar je predvsem plod ustrezne duhovne države ameriškega ljudstva in njegovih pravnih.

390. Institucionalni dejavniki za enotnost ameriškega prava. Različni institucionalni dejavniki so preprečevali, da bi se razvile temeljne razlike med pravi posameznih držav.

Najprej je treba opozoriti na možnost posega zveznega prava. Vendar je razdelitev pristojnosti iz ustave iz leta 1787 doživela zelo malo sprememb. Bilo je samo 28 novel, t. i. *Amendmentov*, od katerih je tu zanimivih samo prvih deset (*Bill of Rights*) iz leta 1789 ter XIII., XIV. in XVII. novela po secesijski vojni. Te novele so zveznim sodiščem dodelile nalogo, da varujejo pravice in svoboščine državljanov, *civil rights*, po eni strani pred močjo zveze (*Amendments I-X*), po drugi strani pred močjo posameznih držav (*Amendments XIII, XIV in XV*).

Poleg teh sprememb ustave je razdelitev pristojnosti med zvezo in posameznimi državami doživela korenite spremembe s široko razlago ustave, kot jo daje *U.S. Supreme Court*. Po tej

391. Duhovna država pravnih. Za enotnost ameriškega prava pa je še pomembnejša od teh institucionalnih dejavnikov duhovna država njegovih pravnih.

Ti seveda sprejemajo pod določenimi pogoji, da so zakoni (*statutes*) v različnih posameznih državah zveze različni. Niso pa pripravljene dopuščati različnih razlag *common lawa*. Ni zveznega *common lawa* – ta obrazec preprosto pomeni, da zvezna sodišča nimajo pravice do oblikovanja lastnega pravnega sistema. Če ne obstaja zapisan zvezni zakon, morajo vedno uporabiti pravo neke posamezne države. To pa ne pomeni, da so prava posameznih držav popolnoma neodvisna drugo od drugega in različna. Raziskovanje vsakega pravnega problema temelji na postulatu temeljne enotnosti prava Združenih držav, ki jo je mogoče doseči le z omejitvijo zakonodaje posameznih držav. Ta država pravnih prihaja do izraza na različne načine.

enoto, in sicer tudi na področjih, za katera se teoretično zdi, da obstajajo le v okviru posameznih držav. Zakonodajni organi posameznih držav in sodišča se pravzaprav samoomejujejo. Odločitve druge države pomenijo več kot le najrazumnejšo rešitev problema; pokažejo, kako je treba odločiti neki pravni spor, razen če je odklon v posameznem primeru upravičen. Raziskovanje nekega primera na ameriški Law School se tako opira na sodbe iz vseh posameznih držav. Problem je v iskanju skupnih osnov in meril za razlikovanje. Če sta dve sodbi podobnega primera nezdružljivi, tega protislovja ne rešijo tako, da vidijo v tem znamenje za različnost *common lawa* ene ali druge države, pač pa preprosto priznajo - na sodiščih manj kot na univerzah - da je ena izmed teh odločitev dobra, druga pa slaba (*bad law*) in jo je v prihodnosti potrebno zavreči, in sicer ne le v drugih državah, temveč tudi v državi, v kateri trenutno velja kot pozitivno pravo. Čeprav ni zveznega *common lawa*, velja sodna praksa v državah, četudi je teoretično lahko še tako različna, za enotno.

Tudi v ZDA so samo pravila, ki jih razvije sodna praksa na osnovi konkretnega posameznega primera, resnična pravna pravila. Za ZDA velja, da je vezanost na *precedense* Supreme courtov posameznih držav in U.S. Supreme Courta manjša, kot to velja za angleška Court of Appeal in House of Lords. V federativni državi, kot so ZDA, načelo *stare decisis* ne more veljati brez zapletov. Zaščena je pravna varnost, ki jo zagotavlja vezanost na *precedense*. Vendar se je potrebno tudi izogniti temu, da bi se med uporabljenim pravom različnih držav izoblikovale in utrdile razlike. Zato je zaželeno prožnost. Ti dve načeli, vezanost na *precedense* (pravna varnost) in prožnost, sta v medsebojnemu konfliktu. Načelo *stare decisis* ima zato v ZDA pomembno omejitve. U.S. Supreme Court in višja sodišča posameznih držav niso zavezana, da sledijo svojim lastnim *precedensom*, in tako lahko izvedejo spremembo sodne prakse. Poleg tega so federalne enote v razmerju druga do druge suverene. Načelo *stare decisis* učinkuje samo znotraj lastne sodne hierarhije posamezne države in pri zadevah, ki tudi

pravo posamezne države glede nekega določenega problema nezadostno ali sploh ni določeno. Pravniki tedaj nekako samoumevno raziščejo pravni položaj v drugih državah. Odločitve druge države pomenijo več kot najrazumnejšo rešitev problema; pokažejo, kako je *treba* odločiti neki pravni spor, razen če je odklon v posameznem primeru upravičen.

Raziskovanje nekega pravnega vprašanja na ameriški Law School se tako opira na sodbe iz vseh posameznih držav. Problem je v tem, da se najdejo njihova skupna osnova in merila za razlikovanje. Nikoli ni za zadostno veljala ugotovitev, da mora npr. eden uporabiti *common law* države New York, drugi pa *common law* države Ohio. Oba pravna sistema se lahko

Will

389

razlikujeta v teoriji in glede ustave, na kateri temeljita. Če pa sta dve sodbi nezdružljivi, tega protislovja ne rešijo tako, da vidijo v tem znamenje za različnost *common lawa* ene ali druge države. Nasprotno, preprosto priznajo - na sodiščih manj kot na univerzah - da je ena izmed teh odločitev dobra, druga pa slaba (*bad law*) in jo je v prihodnosti treba zavreči, in sicer ne le v drugih državah, temveč tudi v državi, v kateri trenutno velja kot pozitivno pravo.

390

392 392. Povzetek. Če povzamemo, lahko rečemo, da v Združenih državah ni zveznega *common lawa*, da pa velja sodna praksa v 50 državah, čeprav je teoretično lahko še tako različna, za enotno. Ta enotnost sicer ni pripeljala do koncepta zveznega prava, v bistvu pa vendar ni velike razlike med 50 pravi, ki jih obravnavajo kot enotne, in enim samim pravom, ki je na osnovi svojega področja uporabe zvezni zakon.⁹

390

enoto, in sicer tudi na področjih, za katera se teoretično zdi, da obstajajo le v okviru posameznih držav. Zakonodajni organi posameznih držav in sodišča se pravzaprav samooomejujejo. Odločitve druge države pomenijo več kot le najrazumnejšo rešitev problema; pokažejo, kako je treba odločiti neki pravni spor, razen če je odklon v posameznem primeru upravičen. Raziskovanje nekega primera na ameriški Law School se tako opira na sodbe iz vseh posameznih držav. Problem je v iskanju skupnih osnov in meril za razlikovanje. Če sta dve sodbi podobnega primera nezdružljivi, tega protislovja ne rešijo tako, da vidijo v tem znamenje za različnost common lawa ene ali druge države, pač pa preprosto priznajo - na sodiščih manj kot na univerzah - da je ena izmed teh odločitev dobra, druga pa slaba (bad law) in jo je v prihodnosti potrebno zavreči, in sicer ne le v drugih državah, temveč tudi v državi, v kateri trenutno velja kot pozitivno pravo. Čeprav ni zveznega common lawa, velja sodna praksa v državah, četudi je teoretično lahko še tako različna, za enotno.

Tudi v ZDA so samo pravila, ki jih razvije sodna praksa na osnovi konkretnega posameznega primera, resnična pravna pravila. Za ZDA velja, da je vezanost na precedense Supreme courtov posameznih držav in U.S. Supreme Courta manjša, kot to velja za angleška Court of Appeal in House of Lords. V federativni državi, kot so ZDA, načelo stare decisis ne more veljati brez zapletov. Zaželena je pravna varnost, ki jo zagotavlja vezanost na precedense. Vendar se je potrebno tudi izogniti temu, da bi se med uporabljenim pravom različnih držav izoblikovale in utrdile razlike. Zato je zaželena prožnost. Ti dve načeli, vezanost na precedense (pravna varnost) in prožnost, sta v medsebojnemu konfliktu. Načelo stare decisis ima zato v ZDA pomembno omejitvev. U.S. Supreme Court in višja sodišča posameznih držav niso zavezana, da sledijo svojim lastnim precedensom, in tako lahko izvedejo spremembo sodne prakse. Poleg tega so federalne enote v razmerju druga do druge suverene. Načelo stare decisis učinkuje samo znotraj lastne sodne hierarhije posamezne države in pri zadevah, ki tudi

osebni, ki uživajo v javnosti veliko spoštovanje in ki jim priznavajo neodvisnost, poštenost in sposobnost.

§ 3. Pravilo *stare decisis*

- 410 **410. *Stare decisis* in federativna zgradba Združenih držav Amerike.** V Angliji velja od 19. stoletja načelo *stare decisis*, ki sodnika – pod določenimi pogoji – obvezuje, da uporabi pravna pravila, ki so jih razvili drugi sodniki v precedenčnih primerih.¹⁶ V Združenih državah obstaja podobno pravilo, ki pa ni istovetno z angleškim in je predvsem manj strogo.¹⁷

V federativni državi, kot so ZDA, načelo *stare decisis* ne more veljati brez zapletov. Pravna varnost je gotovo zaželena in s tem tudi stroga vezanost na precedense. Vendar se je treba tudi izogniti temu, da bi se med uporabljenim pravom različnih držav izoblikovale in utrdile razlike. V tem oziru je zaželena prožnost. V zvezi s tem konfliktom ni jasnega stališča. Glede na okoliščine se zato bolj poudarja bodisi načelo *stare decisis* ali pa potrebna prožnost prava sodne prakse.

- 411 **411. Možnost spremembe sodne prakse.** Z gotovostjo lahko rečemo o načelu *stare decisis* v Združenih državah, da ima pomembno omejitev. U.S. Supreme Court in višja sodišča posameznih držav niso zavezana, da sledijo svojim lastnim precedensom, in tako lahko izvedejo spremembo sodne prakse. Poleg tega so seveda posamezne federalne enote v razmerju druga do druge suverene. Načelo *stare decisis* učinkuje samo znotraj lastne sodne hierarhije posamezne države in pri zadevah, ki tudi spadajo v njeno pristojnost. Tudi zvezna sodišča so, kadar morajo uporabiti pravo določene federalne enote, odločitve *Erie Railroad Company v. Tompkins* dalje vezana le na sodno prakso države, katere pravo morajo uporabiti.

V sodni praksi U.S. Supreme Courta niso spremembe nobena redkost. Temeljijo predvsem na široki razlagi ustave. Spremembe sodne prakse višjih sodišč posameznih držav je ne-

¹⁶ Prim. spredaj točko 353.

¹⁷ *Goodhart*, Essays in Jurisprudence and the Common Law, 1931 (nov natis 1972); prim. zlasti Chapter III: Case Law in England and the United States, str. 50–74.

spadajo v njeno pristojnost. Tudi zvezna sodišča so, ko morajo uporabiti pravo določene federalne enote (od odločitve v primeru *Erie Railroad Company v. Tompkins* dalje), vezana le na sodno prakso države, katere pravo morajo uporabiti. V sodni praksi U.S. Supreme Courta niso spremembe nobena redkost. Temeljijo predvsem na široki razlagi ustave. Spremembe sodne prakse višjih sodišče posameznih držav je nedvomno mogoče večinoma razložiti s prizadevanjem, da bi pravo neke države uskladili s splošno pravno usmerjenostjo v drugih državah. To prispeva k ustvarjanju enotnosti *common lawa*. V tem je pomen možnosti Supreme Courta, da spremeni svojo sodno prakso. S tem je lahko svojo razlago ustave prilagodil vsakokratnim duhovnim tokovom in gospodarskim zahtevam modernega sveta. Stabilnost političnih institucij je zagotovljena s tem, da so spremembe ustave dopuščene le zelo restriktivno.

Višja sodišča posameznih držav v interesu pravne varnosti le v zelo ozkih mejah dopuščajo spremembe sodne prakse. Neomejeno načelo *stare decisis* pa vendarle ni absolutno potrebno za *common law*. Razlika med praviškim priznavanjem tega načela in prostovoljnim upoštevanjem prejšnjih odločitev iz razlogov razuma je na koncu lahko zelo majhna. Gre bolj za vprašanje praviške psihologije kot prava. Namesto *de iure* vezanosti na *precedense* tako stopa v ospredje *de facto* vezanost, ki jo ustvarja univerzalni konsenz, pravna kultura in pravna tradicija ter racionalna praviška psihologija. Navedene kategorije so usmerjene predvsem v poenotenje prava v ZDA. V končni fazi je najpomembnejše dejstvo, ali sodniki uporabljajo metodo *distinguishinga* in se čutijo vezane s preživetimi načeli, ali pa, nasprotno, izhajajo iz potrebe po pravnem razvoju. Gre torej za vprašanje ali jih bolj vodijo konservativne (pravna varnost, stroga vezanost na *precedense*) ali reformatorske (razvoj prava in poenotenje) ideje. Danes velja, da se je v ZDA ustalilo ravnotežje med nasprotujočimi si zahtevami pravne varnosti in nadaljnega pravnega razvoja.

411. Možnost spremembe sodne prakse. Z gotovostjo lahko rečemo o načelu *stare decisis* v Združenih državah, da ima pomembno omejitvev. U.S. Supreme Court in višja sodišča posameznih držav niso zavezana, da sledijo svojim lastnim *precedensom*, in tako lahko izvedejo spremembo sodne prakse. Poleg tega so seveda posamezne federalne enote v razmerju druga do druge suverene. Načelo *stare decisis* učinkuje samo znotraj lastne sodne hierarhije posamezne države in pri zadevah, ki tudi spadajo v njeno pristojnost. Tudi zvezna sodišča so, kadar morajo uporabiti pravo določene federalne enote, od odločitve *Erie Railroad Company v. Tompkins* dalje vezana le na sodno prakso države, katere pravo morajo uporabiti.

V sodni praksi U.S. Supreme Courta niso spremembe nobena redkost. Temeljijo predvsem na široki razlagi ustave. Spremembe sodne prakse višjih sodišč posameznih držav je ne-

¹⁶ Prim. spredaj točko 353.

¹⁷ Goodhart, *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, 1931 (nov natis 1972); prim. zlasti Chapter III: *Case Law in England and the United States*, str. 50–74.

dvomno mogoče večinoma razložiti s prizadevanjem, da bi pravo neke države uskladili s splošno pravno usmerjenostjo v drugih državah. Ti dejavniki prispevajo k ustvarjanju enotnosti *common lawa*.

V tem je pomen možnosti Supreme Courta, da spremeni svojo sodno prakso. S tem je lahko svojo razlago ustave prilagodil vsakokratnim duhovnim tokovom in gospodarskim zahtevam modernega sveta. Stabilnost političnih institucij je zagotovljena s tem, da so spremembe ustave dopuščene le zelo restriktivno. Zaradi svojih pooblastil je lahko Supreme Court odbil sovražne težnje, ki so mu v dobi *judicially self-restrained courtov* pred letom 1936 nasprotovale zaradi njegove konservativne držbe.¹⁸ Mlajši *activist courti* pa same sebe razumejo kot politični dejavnik in tako lahko zavzamejo naprednejšo držo v državi.¹⁹

spadajo v njeno pristojnost. Tudi zvezna sodišča so, ko morajo uporabiti pravo določene federalne enote (od odločitve v primeru Erie Railroad Company v. Tompkins dalje), vezana le na sodno prakso države, katere pravo morajo uporabiti. V sodni praksi U.S. Supreme Courta niso spremembe nobena redkost. Temeljijo predvsem na široki razlagi ustave. Spremembe sodne prakse višjih sodišče posameznih držav je nedvomno mogoče večinoma razložiti s prizadevanjem, da bi pravo neke države uskladili s splošno pravno usmerjenostjo v drugih državah. To prispeva k ustvarjanju enotnosti common lawa. V tem je pomen možnosti Supreme Courta, da spremeni svojo sodno prakso. S tem je lahko svojo razlago ustave prilagodil vsakokratnim duhovnim tokovom in gospodarskim zahtevam modernega sveta. Stabilnost političnih institucij je zagotovljena s tem, da so spremembe ustave dopuščene le zelo restriktivno.

Višja sodišča posameznih držav v interesu pravne varnosti le v zelo ozkih mejah dopuščajo spremembe sodne prakse. Neomejeno načelo stare *decisis* pa vendarle ni absolutno potrebno za common law. Razlika med pravniki priznavanjem tega načela in prostovoljnim upoštevanjem prejšnjih odločitev iz razlogov razuma je na koncu lahko zelo majhna. Gre bolj za vprašanje pravniške psihologije kot prava. Namesto de iure vezanosti na precedense takoj stopa v ospredje de facto vezanost, ki jo ustvarja univerzalni konsenz, pravna kultura in pravna tradicija ter racionalna pravniška psihologija. Navedene kategorije so usmerjene predvsem v poenotenje prava v ZDA. V končni fazi je najpomembnejše dejstvo, ali sodniki uporabljajo metodo *distinguishinga* in se čutijo vezane s preživetimi načeli, ali pa, nasprotno, izhajajo iz potrebe po pravnem razvoju. Gre torej za vprašanje ali jih bolj vodijo konservativne (pravna varnost, stroga vezanost na precedense) ali reformatorske (razvoj prava in poenotenje) ideje. Danes velja, da se je v ZDA ustalilo ravnotežje med nasprotujočimi si zahtevami pravne varnosti in nadaljnega pravnega razvoja.

412. Dejanske posledice načela *stare decisis*. Ne glede na pravkar pojasnjene omejitve načela *stare decisis* pa višja sodišča posameznih držav v interesu pravne varnosti le v zelo ozkih mejah dopuščajo spremembe sodne prakse. Njihova drža ustreza drži angleških sodišč pred 19. stoletjem, ko namreč stroga vezanost na precedense še ni bila splošno priznana. Neomejeno načelo *stare decisis* ni absolutno potrebno za *common law*. Razlika med pravniki priznavanjem takega načela in prostovoljnim upoštevanjem prejšnjih odločitev iz razlogov razuma je na koncu lahko zelo majhna. Vse je tu v bistvu bolj vprašanje pravniške psihologije kot prava. Zato so lahko ameriški avtorji v prizadevanju, da bi pospešili pravni razvoj,

¹⁸ Leta 1857, v začetku secesijske vojne, je U.S. Supreme Court v slavni zadevi *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857), odločil, da kongres ni pristojen, da bi posameznim državam prepovedal suženjstvo. Leta 1905 je v zadevi *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), razglasil protiustavnost zakona države New York, ki je omejeval tedenski delovni čas delavcev v pekarnah na 60 ur. Sodnik *Holmes* pa je v tej zvezi izjavil v svojem *dissenting opinionu*, da ustava ni hotela zastopati določenih gospodarskih interesov. Leta 1918 je U.S. Supreme Court v zadevi *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918), imel za protiustaven zvezni zakon, ki je prepovedal za otroke med 14. in 16. letom nočno delo in tedenski delovni čas več kot 40 ur.

¹⁹ Najslavnejši primer v tej zvezi je razlaga *equal protection clause* iz *Amendmenta XIV* glede na enako obravnavanje ras. Prim. točko 420.

Will

403

postavili načelo, da *stare decisis* v splošnem ameriškem pravu ni nujen, medtem ko drugi avtorji, ki so glede takih sprememb bolj zadržani, zastopajo mnenje, da je *stare decisis* bistven sestavni del sedanjega pravnega sistema.

Pomembnejše kot te teorije je, ali sodniki uporabljajo metodo *distinguishinga* in se čutijo vezane s preživetimi načeli ali pa, nasprotno, izhajajo iz potrebe po pravnem razvoju, torej, ali jih bolj vodijo konservativne ali reformatorske ideje. Poleg tega obstaja znatno in stalno naraščajoče število zbirk sodne prakse, v katerih lahko najdemo precedenčne primere za vsako, še tako nenavadno rešitev. V ZDA, državi z množico pravnikov, ki so le malo povezani, so odtenki in nasprotja pri posameznih stališčih dosti pogostejši kot v Angliji. V praksi pa v tej točki ni razlike med obema deželama. Končno se je ustalilo ravnotežje med nasprotujočimi si zahtevami pravne varnosti in nadaljnega razvoja prava.