

UDK : 340.114:340.13
1.03 kratki znanstveni prispevek

Petja Mihelič

docent za ustavno in mednarodno pravo
(Katoliški inštitut, Fakulteta za pravo in poslovne vede)
(Ljubljana)

Smoter in pravičnost pozitivnega prava

Izveček: Pravo je mogoče zlorabiti tudi v demokratično urejenih državah. Diktatorski režimi po svetu imajo praviloma urejeno pravno zaledje, njihova oblast je legalna, prav tako njihovo teptanje človekovih pravic – toda, ali je to tudi pravično? Skrajni pozitivizem, ki pomeni popolno ločitev prava od morale, se tako obrne proti človeku. Demokracija sama po sebi ne poraja pravičnosti in lahko sprejema tudi inherentno zle odločitve (dejanja *mala in se*), pri čemer se lahko sklicuje na (domnevno) voljo ljudstva. Demokracija, v kateri vsak služi svojim sebičnim željam, neizogibno vodi v tiranijo, ko naposled vsi služijo željam tirana. Zrelo demokracijo prepoznamo tudi po tem, da ljudje glasujejo za tiste, ki razmišljajo samostojno ter delujejo po svoji vesti in poštenju. V zrelih demokracijah ljudje ne obsojajo tistih, ki zaradi svojega prepričanja sprejemajo nepriljubljene odločitve. Da bi to lahko dosegli, mora biti vest ljudi pravilno oblikovana v skladu z zakoni naravnega prava.

Ključne besede: demokracija, pozitivno pravo, naravno pravo, pravičnost

The Rationality and Justice of Positive Law

Law can be abused even in democratic states. Dictatorial regimes around the world act according to their legislation. Thus, their use and abuse of power is technically legal – however, is this also just? Radical positivism, meaning complete separation of law and morals, can turn against man. Democracy is not *ipso facto* just and can produce inherently evil acts (*mala in se*) masked by the will of the people. When people in democracy serve their selfish interests, this arguably leads to tyranny – where people eventually serve the will of the tyrant. In mature democracy, people vote for men who think independently and act according to their conscience and justice. Similarly, in mature democracy, people do not condemn those who, following their conscience, adopt unpopular decisions. Consequently, conscience must be properly formed according to the precepts of the natural law.

Key words: democracy, positive law, natural law, justice

Hierarhija in pravna varnost

Hierarhija je za vsak sistem, ki naj usklajeno in gladko deluje, *conditio sine qua non*; še toliko bolj to velja za pravni sistem, ki je normativni sistem in kjer mora biti razporeditev vsebine in nalog pravnih aktov natančno določena. Znano je, kaj ureja en akt in kaj ureja drugi, navpična in vodoravna skladnost pravnih aktov pomeni, da se za posamični akt ve, ali mu je drugi akt nadrejen, podrejen ali je z njim v priredju. V tem pogledu velja tudi, da se mora nižji pravni akt gibati v mejah, ki mu jih vsebinsko zarisuje višji pravni akt. Tudi načelo zakonitosti v ožjem smislu pomeni skladnost pravnih

norm nižje veljave z normami, ki so izražene v zakonu, in skladnost pravnih aktov nižje veljave z zakoni. (Šturm 2010)

Pravna varnost je eno od temeljnih načel in vrednot pravne države. Pravna varnost za svoje uresničenje med drugim zahteva hierarhično urejenost in skladnost pravnih aktov. Zahteva tudi nespremenljivost pravnomočnosti posamičnih pravnih aktov zaradi same ohranitve zaupanja v pravo s strani pravnih subjektov. Pravna varnost tudi ne trpi nedoločnosti in nedokazljivosti, kar bi lahko privedlo do spora med državo in posameznikom. (URS, 28. čl) Stremeti je treba k temu, da imajo državljani kar največje zaupanje v pravo, na kar vpliva tudi stabilnost pravnih vrednot in pravnih načel. Zato morajo obstajati nekatere vrednote, ki niso podvržene niti časovnemu niti človeškemu dejavniku. Velja opozoriti tudi na pomembno dejstvo, da država kot nosilka monopola na področju fizičnega prisiljevanja lahko na določenem ozemlju s sistemom državnih pravovarstvenih organov in njihovih pravovarstvenih postopkov za zagotavljanje učinkovitosti pravne varnosti uporablja tudi kogentna sredstva. Državne pravovarstvene organe in njihove pooblaščenca spoštujemo tudi zato, ker se, če je treba, celotna moč države, vključno s policijo in vojsko, uporabi za to, da se njihova odločitev izvrši. (Holmes 2009, 1) Pravna varnost mora biti na tak ali drugačen način zagotovljena, legitimna pravna pravila morajo biti spoštovana in izpolnjena, sicer družba kot taka ne more (optimalno ali sploh) delovati. Opazujemo lahko, da analogen red obstaja tudi v naravi in nravi. Znanstveniki ničesar ne izumljajo sami iz sebe, temveč zgolj odkrivajo nekaj, kar je že poprej obstajalo. Ko opazujemo ali raziskujemo naravo in zakone v njej, je najboljši odnos, ki ga lahko zavzamemo, čudenje (gr. *thaumazein*), ki med drugim lahko označuje prisotnost božjega, pa tudi človeško udeležbo v božjem.

Pravni viri

Med primarnimi pravnimi viri je ustava najvišji pravni vir v Republiki Sloveniji, sledijo ji zakoni, katerim sledijo podzakonski predpisi in predpisi lokalnih skupnosti. Med sekundarne pravne vire štejemo sodno prakso – presoje ustavnega sodišča, vrhovnega in višjih sodišč – ter uzance in običaje. Vsi splošni pravni akti morajo biti v skladu z ustavo, ta pa mora biti v službi človeka. To pomeni, da si mora prizadevati preseči zgodovinsko izpričana nasprotja (moralni upor proti nasilju države), ki se lahko zgodijo med praktično oblastjo in ljudmi, če ustava ni v tesnem odnosu z vrednotami, ki niso le pravne narave, kot denimo izročila, običaji, npravna pravila. (Jambrek 1992, 340) Ustava mora biti tudi v tesnem odnosu s kulturno dediščino Evrope, ki je nastala iz srečanja med Jeruzalemom, Atenami in Rimom, nastala je iz srečanja med Izraelovo vero v Boga, grškim filozofskim razumom in rimskim pravnim mišljenjem, kar sestavlja notranjo istovetnost Evrope. (Benedikt XVI. 2011)

Primarna zakonodaja Evropske unije, kamor spadajo ustanovitvene pogodbe, in uredbe kot sekundarni pravni viri so za državo članico obvezujoči in neposredno uporabljivi. Vsi nacionalni zakoni morajo biti z uredbo v skladu, sicer izgubijo veljavo. Direktiva za razliko od uredbe ni zavezujoča in ni neposredno uporabljiva, ima pa namen približevanja zakonodaje države članice zakonodaji Evropske unije. (Novak 2010, 198) Čeprav v razmerju med Evropsko unijo in državo članico velja načelo subsidiarnosti in sorazmernosti, obenem veljata načeli primarnosti in neposredne veljavnosti prava EU ter načelo lojalne razlage pravnih aktov EU. Za enotnost razlage in uporabe prava EU skrbi Sodišče evropskih skupnosti (SES). Na Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) pa lahko

stranka vložiti pritožbo, če meni, da ji je bila kršena katera od človekovih pravic iz Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP), vendar šele potem, ko je vlagatelj že izčrpal vsa pravna sredstva v matični državi. Odločbe ESČP imajo učinke *inter partes* – za obsojeno državo so zavezujoče in dokončne, brez možnosti pritožbe. (Novak 2010, 286–287) V letih po drugi svetovni vojni se večja moč naddržavnih institucij, kot so Združeni narodi, Evropska unija in NATO, nakazuje pa se jih še več. Tudi Slovenija je prenesla del svoje suverenosti na te organizacije; tu prihaja do kolizije med pravom RS in pravom EU, pri čemer je naddržavno evropsko pravo nad državnim slovenskim, celo nad ustavnim pravom RS.

Smoter prava in problem pozitivnih zakonov

Ko smo si tako ogledali nekatera najpomembnejša pravna načela, pravne vire, njihovo hierarhično urejenost in skladnost, smo prišli do zaključka, da je pravo dosleden in v sebi povezan sistem. Seveda pa iz samega dejstva, da so družbena pravila normativno urejena, še ne moremo izpeljati logičnega zaključka, da so tudi vsebinsko pravilno oz. pravično urejena. Ko oblast ne deluje po načelu pravne države, ko krši človekove pravice, ko skuša nasilno zatreti legitimne težnje naroda po svobodi in samoodločbi ali ko celo načrtuje vojaški udar proti lastnemu narodu (Jambrek 1992, 88), takrat lahko državljani tudi odklonijo pokorščino oblastem. Obstaja pa, vsaj s stališča katoliškega družbenega nauka, še drug razlog, ko si ljudje lahko vzamejo to legitimno pravico, to je ko predpisi državnih oblasti nasprotujejo zapovedim naravnega prava. (KKC 1993, čl. 2242) Oblast si mora namreč prizadevati za skupno dobro, katerega bistveni sestavini sta pravičnost in nravna pravilnost prava. Tako je

slaba vsaka politika, ki škodi skupnosti in nepravo vsako pravo, ki ni pravično. (Maritain 1945, 16) Samo poimenovanje (denominacija) akta kot pravnega še ne pomeni vsebinskega oz. bistvenega enačaja z dejanskim stanjem pravnosti.

Kot smo opozorili na smotrnost pozitivnega prava, postavljenega od človeka in za človeka, lahko ugotovimo, da je človek zmotljiv in da je lahko zmotljiva celo večina, ki se nameni razpravljati in odločati o neki zadevi. Dovolj je, da nastopi prepričljiv politik – Atenci so politika imenovali orator (govorec), njegova zavetnica pa je bila boginja Peitho (prepričevanje). Na političnem prizorišču (ali za njim) se lahko pojavi tudi skupina zarotnikov, ki se nameni prevzeti oblast in to tudi stori z legalnimi sredstvi. Njihovim namenom v prid deluje položaj v družbi, kjer je vladavina prava ogrožena, bodisi zaradi vojaške zasedbe s strani tuje države ali hude gospodarske krize. »Vse pod nebom je skrajno kaotično – položaj je izvrsten,« je izjavil Mao Tsetung. Prevratniki in teroristi vnašajo nered v postavljeni red, da bi vzpostavili svoj red. To je uporaba heglovske dialektike v praksi: teza + antiteza = sinteza ali *ordo ab chao* – red iz nereda. V slovenskem prostoru je kaotične razmere tuje zasedbe med drugo svetovno vojno za nasilni vzpon na oblast izkoristila komunistična stranka s pomočjo vojaških in polvojaških oddelkov ter izdatno tujo pomočjo (zavezniki in Sovjeti). Ko se zarotniki polastijo oblasti, dobijo nadzor nad vsemi tremi vejami oblasti (zakonodajno, izvršilno in sodno), kar jim omogoča delovanje v formalnopravnih okvirih, ne glede na moralna merila.

Vladavina prava tako postane vladavina neprava. Lahko bi trdili, da demokracija prenese vse, samo dvomov vase ne. Tudi v demokratičnih Atenah je bila večina prebivalstva

sužnjev, Atene pa so v imenu demokracije vodile nasilno imperialistično politiko (zoperstavi se jim Šparta). Tudi danes se mnogi vojaški konflikti začnejo pod krinko širjenja demokracije. V demokraciji, kjer vsak služi samo svojim lastnim željam, neizogibno vodi v tiranijo – kjer vsi naposled služijo željam tirana. Sokrat je dvomil v pravičnost vladanja množic, povezal se je z aristokrati in nastopil proti demokraciji. Zrelo demokracijo prepoznamo tudi po tem, da ljudje izvolijo tiste, »ki mislijo s svojo glavo in delujejo po svoji vesti in poštenju«. (Jambrek 1992, 342) Zrela demokracija je tudi takšna, kjer »ljudje ne obsojajo tistih, ki zaradi svojega prepričanja sprejemajo nepopularne odločitve«. (342) Da bi to lahko dosegli, mora biti vest najprej pravilno oblikovana, in sicer skladno z zakoni naravnega prava.

Gustav Radbruch v svojem znanstvenem prispevku »Zakonsko nepravo in nadzakonsko pravo« (1946, 105–108) osvetljuje prav ta problem. Po njegovem je pozitivizem v resnici s svojim prepričanjem »pravo je pravo« pravni položaj naredil nemočen proti zakonom samovoljne in zločinske vsebine. Pri tem pozitivizem nikakor ni v položaju utemeljiti zakonsko veljavnost. Verjame namreč, da je veljavnost zakonov dokazal že s tem, ko je zakon postal pravnomočen. Toda na moči lahko potencialno utemeljimo moranje (*Müssen*), nikoli pa najstva (*Sollen*), prav tako ne vrednotenja (*Gelten*). Slednje lahko veliko bolj utemeljimo na vrednoti, ki je v zakonu. Določeno vrednoto ima vsekakor že vsak pozitiven zakon, tudi brez upoštevanja njegove vsebine; to je še vedno bolje od brezzakonja, saj vsaj ustvarja videz pravne varnosti. Toda pravna varnost ni edina in odločilna vrednota, ki jo mora pravo uresničiti. Poleg pravne varnosti veliko bolj veljata drugi dve vrednoti: smotrnost (*Zweckmäßigkeit*) in pravičnost (*Gerechtigkeit*). V vrstnem redu teh vrednot po-

stavimo smotrnost prava za skupni blagor (*Gemeinwohl*) na prvo mesto. Nikakor pravo ni vse, »kar ljudstvu koristi«, saj ljudstvu navsezadnje koristi samo to, kar pravo je, kar pravna varnost ustvari in za kar si pravičnost prizadeva. Pravna varnost, ki je značilnost vsakega pozitivnega zakona, že samo zato, ker je pozitiven, zavzame nenavaden sredinski položaj med smotrnostjo in pravičnostjo – po eni strani jo zahteva skupni blagor, po drugi strani pa tudi pravičnost.

Da je pravo zanesljivo, da torej danes ne bo veljalo nekaj, jutri pa kaj drugega, je prav tako zahteva pravičnosti. Kjer se pojavi navzkrižje (*Widerstreit*) med pravno varnostjo in pravičnostjo, med vsebinsko izpodbijanim (*anfechtbar*) pozitivnega zakona in pravičnim, čeprav ne v pravno obliko prelitim (*gegossenen*) pravom, je to v resnici spor (*Konflikt*) pravičnosti same s sabo, spor med navidezno in resnično pravičnostjo. Ta spor je zelo jasno izražen v evangeliju, ki po eni strani veleva: »Bodite podvrženi oblasti, ki je nad vami.« (Rim 13, 1-4) Po drugi strani pa zapoveduje: »Boga je treba bolj poslušati kot ljudi.« (Mt 16,17-19; 28,18)

Pravo, pravičnost in krščansko izročilo

Benedikt XVI. meni, da mora demokracija temeljiti ne na volji ljudstva, temveč na Logosu, ki je inherenten celotnemu stvarstvu. Zato je ponovno potrebna združitev talentov grške in hebrejske kulture, torej razuma in vere. Ločevanje tega dvojega bi bil neke vrste kulturni samomor. Če bi se to dvoje do konca ločilo, bi nastala bistvena sprememba v pojmovanju narave in dostojanstva človeka. Strogo pozitivistično pojmovanje, ki ima sebe za edino veljavnega, ker da je edino znanstveno, torej empirično preverljivo, religijo in

etos nujno potiska v območje subjektivnega in iracionalnega. Pozitivna zakonodaja kot sistem je vsekakor potrebna, problem, ki pri tem nastane, pa je vsebinske narave. Kakšna je zakonodaja po vsebini in od kod črpa svojo legitimnost (*lex intimus* – vsebinska pravnost)? Se skozi čas in spreminjanje družbenih navad spreminja tudi bistvena narava človeka? Ali že obstaja od Boga postavljeni red v naravi ali pa red ustvarjamo zgolj ljudje z družbeno pogodbo (ustavo)?

Ustvarjanje umetnega reda je osnova za vznik totalitarnih sistemov. Tovrstni nauki so sorodni darvinizmu, ki z naravno selekcijo zagotavlja preživetje močnejšega, bolj prilagodljivega; sorodni so tudi Nietzschejevi volji do moči, ki predvideva izginotje šibkejšega in vzpon nadčloveka. Če ni Boga, je res vse dovoljeno, kot pravi Dostojevski, zato so vsi režimi, ki so hoteli ustvariti umetni red, kar je nasilje nad že obstoječim naravnim redom, končali v množičnem kršenju človekovih pravic. Premislimo samo prevratniška načela svobode, enakosti in bratstva ter njihovo uveljavitev med komunistično revolucijo v Jugoslaviji od leta 1941 naprej. »Svoboda, osvoboditev«: ali so bili res vsi Slovenci osvobojeni, so do leta 1991 živeli v svobodni državi ali v državi ki »ne deluje kot pravno urejena država in se v njej hudo kršijo človekove pravice«, kakor navaja Temeljna ustavna listina o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije. (1991) »Enakost«: pravičnost mora biti tako vsebinska kot tudi formalna, zato ni dovolj da so bili vsi pred zakonom enaki, če pred istim zakonom vsi niso bili enako obravnavani, drugi pa sploh niso bili obravnavani oz. so bili obravnavani izvensodno. »Bratstvo«: »Gospod je rekel Kajnu: "Kje je tvoj brat Abel?" Odvrnil je: "Ne vem. Sem mar jaz varuh svojega brata?" In Gospod je rekel: "Kaj si storil? Glas krvi tvojega brata vpije iz zemlje k meni. Bodi torej preklet z zemlje, ki je

odprla svoja usta in iz tvojih rok sprejela kri tvojega brata!"«
(1 Mz 4,9-11)

Stališče krščanskega ontološkega realizma, ki izhaja iz svetovnega nazora o stvarjenju sveta, je, da obstaja naravni red, katerega del je tudi človek. Ta naravni red pa je ustvarjen kot dober, a tudi ranjen z izvirnim grehom, kar pomeni, da idealna (utopična) družba, kakor so si jo predstavljali mnogi idealistični teoretiki in jo hoteli uresničiti tudi s silo, ni mogoča. Nenehno težnje človeštva k idealni družbi je samo posledica stremljenja na temelju nekakšnega genetskega spomina na družbo oz. red, ki je na začetku sveta obstajal in bil dober (»Bog je videl vse, kar je naredil, in glej, bilo je zelo dobro.« (1 Mz 1,31)), a je bil porušen (1 Mz 3). Krščanska teologija govori o padli naravi, ki je učinek izvirnega greha Adama in Eve. Zaradi ranjenosti človeške narave človekova nagnjenja niso vsa dobra in v dobrobit človekovega smotra.

Zaključek

Pravičnost, pravno varnost in zaupanje v pravo lahko dosežemo, če prava ne ločujemo od morale in ga ne prepuščamo arbitrarnosti družbenih in zgodovinskih dejavnikov, pa tudi čisto običajnih značajskih lastnosti posameznika. Pravna učinkovitost zahteva zaupanje ljudi v pravno državo. Kjer je v pravu morala odsotna čez mero, tam pravo izgubi legitimnost in učinkovitost, saj tako pravo kot tudi morala predpostavljata ljudi in sta ljudem namenjena. Ker nam sam pomen besede pravo nakazuje na vrednostno opredelitev, to je delati prav, lahko upravičeno ugotovimo, da imajo pravna načela, vrednote in pravila moralno vsebino. Tako kot obstaja pravilno oz. pravno, lahko razumno sklepamo

tudi, da obstaja nepravilno in nepravno. Joseph Raz pravi (2009, 167), da je vprašanje o nujnosti povezave med moralo in pravom kot lakmusov papir. Pravni teoretiki, pri katerih je tak izid negativen, so zakonski pozitivisti, kot denimo John Austin, Jeremy Bentham, Hans Kelsen in H. L. A. Hart. Pravni teoretiki, pri katerih je izid omenjenega preizkusa pozitiven, pa so naravnopravniki (*natural lawyers*), kot denimo Tomaž Akvinski, Michael Moore, Philip Soper in Ronald Dworkin. Lahko se ne strinjamo z nekaterimi njihovimi nauki, moramo pa jim priznati genialnost duha in pravo mero ponižnosti v iskrenem iskanju resnice.

Reference

Benedikt XVI. 2011. Besuch von Papst Benedikt XVI. im Deutschen Bundestag. Berlin: Deutscher Bundestag, Referat Öffentlichkeitsarbeit.

Holmes. Oliver W. 2009. The Path of the Law and the Common Law. New York: Kaplan Publishing.

Jambrek, Peter. 1992. Ustavna demokracija. Ljubljana: Državna založba Slovenije.

KKC – Katekizem Katoliške Cerkve. 1993. Prev. Anton Štrukelj. Ljubljana: Slovenska škofovska konferenca.

Maritain, Jacques. 1945. Les droits de l'homme et la loi naturelle. Pariz: Paul Hartmann.

Novak, Marko. 2010. Uvod v pravo. Nova Gorica: Evropska pravna fakulteta v Novi Gorici.

Radbruch, Gustav. 1946. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. Tübingen: Mohr Siebeck.

Raz, Joseph. 2009. Between Authority and Interpretation. New York: Oxford University Press.

SP – Sveto pismo. 2002. Študijska izdaja. Ljubljana: Svetopi-semska družba Slovenije.

Šturm, Lovro. 2010. Ustavnost in zakonitost: usklajenost pravnih aktov. V: Komentar Ustave Republike Slovenije, 1005–1024. Ur. Lovro Šturm. Kranj: Fakulteta za državne in evropske študije.

Ustava Republike Slovenije. Uradni list Republike Slovenije, št. 33/91-I. [Http://pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=USTA1](http://pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=USTA1) (pridobljeno 12. 4. 2019).

Temeljna ustavna listina o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije. Uradni list Republike Slovenije, št. 1/91-I. [Http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=DRUG74](http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=DRUG74) (pridobljeno 15. 4. 2019).