



NOVA
UNIVERZA

DIGNITAS

Revija za človekove pravice

Slovenian journal of human rights

ISSN 1408-9653

Ideološki pozitivizem kot metoda ustvarjanja objektivnosti v pravu
Petja Mihelič

Article information:

To cite this document:

Mihelič, P. (2017). Ideološki pozitivizem kot metoda ustvarjanja objektivnosti v pravu, Dignitas, št. 73/74, str. 45-62.

Permanent link to this document:

<https://doi.org/10.31601/dgnt/73/74-3>

Created on: 16. 06. 2019

To copy this document: publishing@nova-uni.si

For Authors:

Please visit <http://revije.nova-uni.si/> or contact Editors-in-Chief on publishing@nova-uni.si for more information.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



© Nova univerza, 2018



NOVA
UNIVERZA

FAKULTETA ZA SLOVENSKE
IN MEDNARODNE ŠTUDIJE



NOVA
UNIVERZA

EVROPSKA PRAVNA
FAKULTETA



NOVA
UNIVERZA

FAKULTETA ZA DRŽAVNE
IN EVROPSKE ŠTUDIJE

Ideološki pozitivizem kot metoda ustvarjanja objektivnosti v pravu¹

Petja Mihelič

POVZETEK

Zdi se, da je Hans Kelsen v svoji Čisti teoriji prava (Reine Recht-slehre) končno našel odgovor na vprašanje, iz kje pravo črpa svojo moč, kje je resnični izvor prava. Za Kelsna je to temeljna norma (Grundnorm), počelo vseh drugih pravnih norm, ki iz nje izhajajo. Če vzamemo temeljno normo za podstat vseh ostalih, potem seveda obstanemo na področju človeškega normiranja, ni nam potrebno iskati tam, kjer se stvari izmikajo človeškemu nadzoru. Kelsnova teorija, sicer ne zanika obstoja etike in metafizike, a ju vendarle hoče izključiti iz svojega - pravnega področja. Kot bi hotel reči: naj obstajajo še druge norme, vendar naj ne skušajo urejati mojega področja. Temeljna norma je priročen pojem, ki je dovolj abstrakten, da je neoprijemljiv in mu lahko pripišemo poljubno vsebino. Kar pa izdaja njegovo resnično bistvo je njegova normativna moč. Bistvena funkcija temeljne norme je namreč funkcija vrhovnega zakonodajalca. Temeljna norma je v resnici drevo spoznanja dobrega in hudega, kar pa ni nič drugega kot človeški razum. Človek je samega sebe postavil na mesto, ki v resnici pripada Bogu. Prvi pogoj za doseg tega cilja pa je bila ločitev biti (Sein) in najstva (Sollen). S tem ko je bivajoče, torej že postavljeno naravno pravo (Sein) odrezal od pravnega normiranja (Sollen), je tako onemogočil vsakršen vpliv naravnega prava na pozitivno (časno, sekularno) pravo. Na ta način, je Hans Kelsen, vsaj na pravnem področju, človeka očistil ali osvobodil ali odrešil stika z Bogom. Človeštvo si sedaj lahko ustvari povsem svoj svetovni etos in svoje zakone.

Ključne besede: pozitivizem, objektivnost, ideologija

¹ Prispevek je bil pripravljen v okviru doktorske naloge z naslovom Univerzalna temeljna norma prava.

Ideologic positivism as a method of creating objectivity in law

ABSTRACT

It seemed that Hans Kelsen, in his Pure Theory of Law (Reine Rechtslehre), finally found the answer to the question, where originates the Power of the Law. For him the answer is to be found in Basic Norm (Grundnorm), which is primary source of all other norms. If Basic Norm is in fact what Kelsen says it is, we need no more to search for any other source of law, and most certainly not in the realm of metaphysics, which evades human control. Pure Theory of Law doesn't deny the existence of metaphysics, what it does, is that it cuts it off from the realm of the positive law. As if trying to say, there may well be other realms, and other laws, they should just not interfere with human positive law. Basic norm is a handy concept, abstract enough, not to be fully graspable and to which any content can be attributed. Its true essence comes to light when we look at its function. Its function is namely one of a supreme lawmaker. The Basic Norm is the Tree of knowledge of good and evil, which at the end is human reason. Man took what is God's prerogative, namely deciding what is good and what is evil, what is allowed and what is forbidden. The severance of Is [Sein] and Ought [Sollen] is the severance of preexisting natural law from the positive law. Hans Kelsen thus succeeded to liberate man's law from God's law, thus allowing men to forge their own world ethos and their own laws.

Keywords: positivism, objectivity, ideology

1. Uvod

Sodniki v pluralistični družbi izhajajo iz različnih družinskih in družbenih okoliščin, kar pomeni, da v sodniško funkcijo prinašajo najrazličnejše poglede na stvarnost. Od njih zato ni razumno pričakovati, da se v vlogi sodnika ločijo od pridobljenih življenjskih izkušenj. Razumnega človeka ne bi smeli motiti različni pogledi, ampak bi jih moral vzeti kot doprinos k nepristranskosti v pravo. Objektivna nepristranskost je po drugi strani uporabno merilo s katerim se ugotavlja, ali sodnik izpolnjuje pogoje, ki odstra-

njujejo kakršenkoli legitimen dvom v izvajanje njegove funkcije. Objektivni kriteriji, objektivna utemeljitev in vključenost v pravni sistem, predstavljajo zunanje pogoje za nepristransko, neodvisno in objektivno presojo. Načelo zakonitosti izhaja iz predpostavke objektivnega obstoja pravnih norm, ki se uspešno upirajo subjektivistični razlagi in zlorabi. Če objektivnega obstoja in odpornosti pravnih norm proti subjektivizmom v pravu ne bi bilo, bi se celotna vladavina prava izvedla na manipuliranje z besedami in ukinitvev pravnih jamstev.² Potrebna je objektivna in razumna razlaga ter uporaba pravnih norm, toda še prej je potreben njihov objektivni obstoj. V nadaljevanju bomo pokazali na ustvarjanje objektivnosti v pravu, kot si jo je zamislila pozitivistična ideologija.

Pravo po svojem bistvu ni mrtev sistem, zaprt v samega sebe, marveč živi v bistveni povezanosti s človekom in njegovo resničnostjo. Šolski sistem, ki študente vzgaja za poklic pravnika, je dostikrat preveč nečloveški in premalo povezan z (globljo) resničnostjo sveta. Pravne fakultete zahtevajo preveč učenja na pamet in veliko premalo ustvarjalnosti. Tak sistem ne oblikuje razmišljujočih in ustvarjalnih ljudi, ampak birokrate in formaliste, ljudi, ki niso sposobni doumeti (intelligere) sveta, ki jih obdaja, v vsej globini in širini. Strogi formalizem ne gre skupaj s široko razgledanostjo posameznika, kjer so pomembna tudi druga znanja s področja filozofije, teologije, zgodovine in gospodarstva. Tu ne gre samo za površno poznavanje tematike, ampak mora vsak, po svoji zmožnosti in talentih, imeti poleg pozitivnega prava še poglobljeno poznavanje vsaj še kakšne druge znanstvene panoge. Intelektualna globina in širina nas namreč povezujeta z resničnostjo sveta, ki nikakor ni črno-bela, kot so to strani učbenikov in raznih predpisov. Pravniki, ki inteligentno pravno razmišljajo, so pravniki v polnem pomenu besede, za razliko od nečloveških formalistov in birokratov. Družbenih sprememb na bolje ne moremo pričakovati od slednjih, temveč od prvih, ki pa so v izraziti manjšini. In ko že govorimo o spremembah, moramo dojeti, da posledic takega sistema več ne moremo spremeniti, lahko pa za boljši jutri spremenimo sistem danes.

Benedikt XVI. meni, da demokracija ne sme temeljiti na volji ljudstva, ampak na logosu, ki je navzoč v celotnem stvarstvu. Za kar pa je ponovno potrebna sinteza talentov grške in hebrejske kulture – torej razuma in vere. To dvoje ločiti bi bil neke vrste kul-

² Boštjan M. Zupančič, v: Komentar Ustave RS, 2010, 28. člen (načelo zakonitosti v kazenskem pravu).

turni samomor. Kajti 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 veljavno, ker da je edino znanstveno, torej empirično preverljivo, religijo in moralo nujno dodeli v območje subjektivnega in iracionalnega. Sistemska pozitivna zakonodaja je nujna in dobra; problem, ki nastane, je vsebinske narave. Kakšna je zakonodaja po vsebini in od kod črpa svojo legitimnost (*lex intimus* – vsebinska pravnost)? Se s tekom časa in spremembo družbenih navad spreminja tudi bistvena narava človeka? Ali v naravi sveta in človeka že obstajajo od Boga postavljene kogentne norme, ali pa vse kogentne norme določimo ljudje sami, katere potem preoblikujemo (formaliziramo) v družbeno pogodbo? Zgodovinsko gledano so vsi režimi, ki so hoteli ustvariti umetni red, kar je nasilje nad že obstoječim naravnim redom, končali v množičnem kršenju človekovih pravic. Stališče krščanskega ontološkega realizma, ki izhaja iz kreacionističnega svetovnega nazora je, da obstaja naravni red, katerega del je tudi človek. Ta naravni red, ki je bil ustvarjen dober, je pokvarjen zaradi izvirnega greha.³ Zato ni možna idealna (utopična) družba temelječa na umetni temeljni normi, katero so ustvarili idealistični teoretiki in jo hoteli nasilno uveljaviti. Nenehno teženje človeštva proti utopični družbi je posledica genetskega spomina⁴ na družbo, ki je na začetku sveta obstajala, bil dobra⁵, a je bila porušena⁶.

Optimalno raven pravičnosti, pravne varnosti in zaupanja v pravo moremo doseči, če prava ne ločimo od morale in ga ne prepustimo arbitrarnosti družbenih in zgodovinskih dejavnikov, pa tudi čisto običajnih značajskih lastnosti posameznika. Pravna učinkovitost zahteva zaupanje ljudi v pravno državo; ker pa morala izhaja iz ljudi⁷, kjer je v pravu odsotna čez mero, tam pravo izgubi legitimnost in učinkovitost. Ker nam sam pomen besede

³ »Skušán od Hudiča je človek pustil umreti v svojem srcu zaupanje do svojega Stvarnika in je ob zlorabi svoje svobode bil nepokoren Božji zapovedi. V tem obstaja prvi človekov greh. Vsak nadaljnji greh je od tedaj nepokorščina do Boga in pomanjkanje zaupanja v njegovo dobroto.« KKC, oš. 397.

⁴ Genetski spomin (*Genetic Memory*), ki ga nekateri, npr. scientološka Cerkev, uporabljajo kot dokaz za obstoj prejšnjih življenj človeka, so v resnici duhovne, duševne in telesne lastnosti naših prednikov, katere smo podedovali. Vse misli, besede in dejanja v našem življenju vplivajo na naš genetski zapis, katerega potem prenašamo na svoje potomce.

⁵ »Bog je videl vse, kar je naredil, in glej, bilo je zelo dobro.« SP, 1 Mz 1,31.

⁶ Id, 1 Mz 3. Krščanska teologija govori o padli naravi, ki je učinek izvirnega greha Adama in Eve. Naravna nagnjenja človeka (zaradi pokvarjenosti človeške narave) niso vsa dobra in v dobrobit človeškega naravnega cilja.

⁷ Beseda morala je latinska (*mos, mores*) in pomeni običaj; grški ustreznik je *ethos*. V pričujočem prispevku so samostalniki: morala, etos in nrvnost uporabljeni kot sopomenke. Enako pridevniki: moralno, etično, nrvno.

pravo nakazuje na vrednostno opredelitev, namreč delati prav, lahko upravičeno ugotovimo, da imajo načela, vrednote in pravila v pravu moralno vsebino. Tako kot obstaja pravilno in pravno, lahko razumno sklepamo tudi, da obstaja nepravilno in nepravno. Za pravnika, ki hoče z etičnimi merili presoјati dogajanja na političnem parketu, na področju pravosodja ali v družbi nasploh, predstavlja zelo veliko težavo najti trdno osnovo, na kateri graditi. Na koncu dejansko obstajata samo dva možna temelja, in sicer skrajno pozitivistični ali pa naravnopravni. Bodisi se sklicujemo na izključno človeške pozitivne pravne norme ali pa se sklicujemo na naravno pravo kot pravni red, ki človeka presega. Če se odločimo za prvo možnost, si seveda ne smemo dopustiti, da bi v svojo pravno terminologijo vnašali pojme, kot so morala, vest, neodtujljive človekove pravice ali dolžnosti, pravičnost, krivičnost ipd. Hans Kelsen⁸ sam pravi, da naj se s tem ukvarjajo tisti, ki so za to poklicani, nikakor pa ne pravniki, ki morajo biti odvezani od vsakršnih moralnih in ideoloških pomislekov – nemoralno pozitivno pravo je zanj protislovna trditev. Če izhajamo iz druge možnosti, torej naravnopravnega stališča, pa smo po logiki primorani vse našteto upoštevati kot dejansko obstoječe. Potemtakem se celotno pravno vrednotenje v osnovi izvede na vprašanje ločenosti ali povezave med pravom in moralo. Joseph Raz pravi, da je vprašanje o nujnosti povezave med moralo in pravom kot lakmusov papir. Pravni teoretiki, pri katerih je izid negativen, so pravni pozitivisti: John Austin, Jeremy Bentham, Hans Kelsen in H.L.A. Hart; pri katerih pa pokaže pozitivno, so naravnopravniki: Tomaž Akvinski, Michael Moore, Philip Soper in Ronald Dworkin.⁹

V nadaljevanju bomo osvetlili nauk Hansa Kelsna, vplivnega teoretika pozitivizma, še posebej v delu, ki govori o dualnosti biti in najstva ter izvoru prava v pravnosti v temeljni normi. Njegovo znanstveno pot lahko v ideološkem smislu primerjamo s potjo Gustava Radbrucha, v filozofiji pa s potjo velikih teoretikov ateizma Voltaira in Sartra. Vsem naštetim moramo priznati genialnost duha in mero ponižnosti v iskrenem iskanju Resnice – in zato so se ji na koncu tudi zelo približali. Dve značajski lastnosti sta nujno potrebni pri kakršnem koli znanstvenem delu, tudi na področju pravne dogmatike in pravne teorije: ponižnost in zdrava pamet –

⁸ Hans Kelsen (1881-1973); 1930-1933 profesor v Kölnu, 1933-1940 profesor v Genfu, 1936-1938 profesor v Pragi, 1945-1952 profesor na Berkeleyu (University of California).

⁹ Joseph Raz, *Between authority and interpretation*, 2009, str. 167.

oboje temelji na resničnosti. Gledano v celoti, uspeh, bogastvo in slava nimajo večjega pomena, velja tisto, kar ostane za večnost.¹⁰

2. Čista teorija prava – ločitev biti in najstva

Za Hansa Kelsna, velikega teoretika pozitivizma, je pravičnost sicer lastnost – ne pa nujna lastnost družbenega reda. Družbeni red sicer more biti pravičen, ni pa dolžan biti pravičen. Človeško obnašanje je pravično, ko je v sozvočju z redom, za katerega velja, da je pravičen. Nasprotno pa je dejanje nepravično, ko nasprotuje normi družbenega reda, ki to dejanje prepoveduje. Drugače vprašanja pravičnosti niti ne moremo rešiti, kajti gre za vrednostni spor, le ti pa se rešujejo na čustveni ravni.¹¹ Tu pa je možen le subjektiven odgovor, ki izključuje absolutno vrednostno sodbo. Sploh je za Kelsna pojem pravičnosti preveč zvezan z naravnim pravom in ideologijo, naloga Čiste teorije prava pa je ravno v ločitvi od tovrstnih primesi, kot tudi popolna zavrnitev pozitivnega pravnega reda, ki bi temeljil na ideologiji naravnega prava.¹²

Vrednostni in nravnostni sistemi so za Kelsna vedno povezani z naravo družbenih skupin, kjer le-ti nastajajo ob stalnem medsebojnem vplivanju in zgodovinskem spreminjanju. Število posameznikov, ki se strinjajo z neko vrednostno sodbo, v ničemer ne govori o njeni objektivni veljavnosti. Vprašanje morale je zanj podvrženo neprestani spremembi. Kelsen tako pokaže na docela subjektiven značaj vrednostnih sodb in z njim povezano nezmožnost objektivno-racionalne določitve (Bestimmung) neke najvišje, absolutne vrednote. V pravu tako moralnega imperativa ne more biti, kajti tudi morala je najstvo, vendar pa so njene norme od prava povsem ločene: pravo in morala sta ločena. Pravičnost pa vseeno zahteva, da se koristi enega ali drugega medsebojno uveljavljajo, četudi sta samostojna in neodvisna od drugega. Pravniki se ne sprašuje o pravičnosti, o pravem pravu (richtiges Recht) – vsi zakoni pozitivnega prava so pravi (richtig). Pravniki si samo prizadeva dojeti bistvo pozitivnega prava in razumeti njegovo zgradbo s pomočjo analize. Vse ostalo je politika ali ideologija, ki v pravu

¹⁰ Leta 202 je rimski cesar Septimius Severus (193-211) prvi uveljavil zakon, ki je v celotnem rimskem cesarstvu prepovedoval spreobračanje v krščanstvo. Znan je po tem svojem zakonu in po svojih besedah na smrtni postelji: »Bil sem vse in vse je nič.« Septimius Severus, *Famous Last Words*, 2017.

¹¹ »Končno je naš občutek (Gefühl), naša volja, in ne naš razum (Verstand), čustvena in ne razumska prvina naše zavesti, ki ta spor razreši.« Hans Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, 1953, str. 7.

¹² Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2008, str. 49.

nimata kaj iskati. Po Kelsnu teorije o pravičnosti razdelimo v dve vrsti: metafizično-religiozne in (pseudo) racionalistične.¹³

Za Kelsna je hrepenenje po pravičnosti¹⁴ tako globoko zakoreninjeno v človeških srcih, da ustreza hrepenenju po sreči.¹⁵ Človeški red je pravičen takrat, ko pod njim vsi posamezniki najdejo srečo. Ker pa je sreča skrajno subjektiven občutek, namreč karkoli slehernik pod tem razume, je družbeni red, ki bi jamčil za tako skrajno individualistično pojmovanje sreče, nepredstavljaliv. Zato je potrebno pojem sreče, da bi jo lahko zagotovili vsem različnim članom skupnosti, spraviti iz polja subjektivnega v polje objektivnega. To pa pomeni, da pod pojmom sreče ne smemo več razumeti zadovoljevanja vseh posameznikovih potreb, marveč samo tistih, katere je država pripoznala kot vredne zadovoljitve. Tako razumljen pojem sreče moramo sedaj preimenoovati v »srečo pravičnosti« (Glück der Gerechtigkeit) in ta sreča pravičnosti naj se preobrazi (Metamorphose unterziehen) v družbeni red, ki bo ščitil tiste koristi, katere je večina teh, ki so se temu redu podvrgli, razglasila za vredne ščitenja. Vendarle pa smo že prej ugotovili, da večinsko soglasje ni vedno pravo merilo za pravičnost odločitve, kajti večina lahko da pravu poljubno vsebino, ali kot pravi Kelsen: »...je lahko vsaka poljubna vsebina pravo.«¹⁶ Zatorej naj se pravo ne sprašuje, kaj je prav in kaj ni, kaj je dobro in kaj hudo,¹⁷ kaj krepostno in kaj ne, temveč izključno, kaj je dovoljeno in kaj ni, kaj je legalno in kaj ni legalno – torej, kaj je strogo pozitivno, zakonsko postavljeno od človeške oblasti. Hans Kelsen pravilno ugotavlja, da je naloga ustave postaviti izvršilni oblasti pravne omejitve; ustava naj predstavlja tisto jamstvo, da te pravne omejitve ne bodo prekoračene.¹⁸ Ko se sprašuje, kdo naj bo varuh te ustave, zapiše: »Nad nobenim drugim pravno tehničnim načelom si nismo tako enotni kot nad tem, da nihče ne bi smel biti sodnik v lastni zadevi.«¹⁹

¹³ Hans Kelsen, Was ist Gerechtigkeit?, 1953, str. 18.

¹⁴ Kelsen sicer prizna obstoj absolutne pravičnosti, a ker jo s Čisto teorijo prava ne more ne potrditi in ne ovreči, jo od pozitivnega prava povsem oddeli in jo dodeli polju metafizičnega. Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2008, str. 26.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ »Anders die Normen des Rechts. Diese Gelten nicht kraft ihres Inhalts. Jeder beliebige Inhalt kann Recht sein, es gibt kein menschliches Verhalten, das als solches, kraft seines Gehalts, ausgeschlossen wäre, zum Inhalt einer Rechtsnorm zu werden.« Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2008, str. 74.

¹⁷ Kajti, kot pravi, kaj je dobro in kaj hudo, ni samoumevno: pri različnih rodovih in v različnih obdobjih je zelo različno. Hans Kelsen, Was ist Gerechtigkeit?, 1953, str. 24.

¹⁸ Hans Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, 2008, str. 58.

¹⁹ Id, str. 59.

Kelsen seveda pripozna pomembnosti tudi morali, oziroma, razume potrebo, da se jo preučuje, pravi le, da naj to dela etika na svojem znanstvenem področju, kamor se pravna znanost ne bo mešala. Zanj vrednotenje norm nikakor ne more temeljiti na nravni pravilnosti niti ne more biti od nje odvisno.²⁰ Pravičnosti, kot zvrsti kreposti, tudi ne moremo izpeljati iz narave, vsaj ne narave, kot jo pojmuje Aristotel – narava kot sosledje dogodkov. Iz narave namreč lahko ravnamo pravično ali krivično, saj nam je oboje v naravi. Po Kelsnu dela državljan pravične šele zakonodajalec, in sicer tako, da jih usmerja in navaja k pravičnosti.²¹ Kako bo torej pravi pozitivist, ki zanika vrednostno razsežnost prava, našel rešitev za svoje čisto teoretske težave, katerih ni sposoben rešiti v svojih zakonskih okvirih. Ali ne pomeni sodniška diskrecija, kamor se zatekajo sodniki po neuspešnem iskanju nečesa, česar v zakonu ni, tudi zatekanje k vrednostnim sodbam na podlagi sodniške presoje?²² Kelsnova kritika se nanaša tudi na teorije, ki na ločitev prava od morale sklepajo na podlagi notranjosti (morala) in zunanosti (pravo), saj pravo včasih ureja notranja dejanja, včasih pa zunanja, tako kot je to pri morali. Pozitivnemu zakonu vedno lahko oporeka kakšna zapoved pravičnosti, pa to še ne pomeni, da zato preneha biti veljaven. Pozitivni zakon je torej pravo, postavljeno (positum) od zakonodajalca, kateremu veljavnost podeli sprejetje po ustaljenem postopku, ki pripada določenemu pravnemu sistemu in kot tako ne potrebuje ničesar izven svoje juridične vrednosti. Pravni red je veljaven, četudi nasprotuje nravnim zakonom, kajti teorija čistega prava ni v ničemer moralni pojav. Pravo, ki bi bilo nemoralno, ne obstoja. Kelsen hoče pravno znanost rešiti skrbi, kaj je pravično in kaj je nepravilno. Tudi zato, ker med narodi, civilizacijami in teoretiki pojem pravičnosti ni enotno določen. Premišljevat o etiki je torej za Kelsna naloga etike, znanosti, ki preučuje npravne in ne pravnih zakonov. Kljub temu pa Kelsna zanima pojem pravičnosti in celo išče način, kako ga določiti.²³ Kelsnov skrajni pozitivizem nikakor ne pripozna kakšnega višjega prava, ki bi bilo nad pozitivnim, še posebno pa ne naravnega prava.

²⁰ »Deren Geltung kann dadurch nicht in Frage gestellt werden, daß ihr Inhalt einem irgendwie vorausgesetzten materiellen Wert, etwa Moral, nicht entspricht.« Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2008, str. 74.

²¹ Hans Kelsen, v: Franz-Martin Schmölz, *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, 1963, str. 10-11.

²² Rok Svetličič, *Izbrana poglavja iz politične morale*, 2010, str. 24.

²³ Izven njegovega dela *Reine Rechtslehre* (Čista teorija prava) so njegove raziskave na področju pravičnosti zelo obširne, npr. njegova platonična teorija pravičnosti.

Temeljna teza v njegovi Čisti teoriji prava (Reine Rechtslehre) je, da pravo stoji kot red najstva (Sollens-Ordnung), sicer ne brez odnosov, a popolnoma samostojno poleg biti (Sein) in njenim redom. Bit je zgolj tvar najstva (Materie des Sollens), pravo ne izhaja iz resničnosti (Wirklichkeit); stavek ex facto oritur ius ne velja in neka skupna normativna moč dejanskega ne obstaja.²⁴ Pravo kot najstvo more biti izvedeno samo iz nekega drugega, prejšnjega, višjega najstva. Osrednja pravna kategorija je pravni stavek (Rechtssatz), ki povezuje pravni pogoj ñ dejanski stan (Tatbestand) ñ s pravno posledico (Rechtsfolge). V svetu biti ta kavzalnost deluje: ker je A, je tudi B; v pravu pa: ko nastopi A (dejanski stan), mora B (pravna posledica) slediti. Vsak pravni stavek je pogojno rečeno že sodba. Pravna norma ne obstoja, za razliko od biti, v naravnem prostoru in danem času, pač pa si sama določa vrednostni čas in prostor. Pravna znanost je torej čista normativna znanost in nima nič skupnega s pravno sociologijo, ki samo sledi vzporednim pojavom prava v družbi. Politična volja tudi ne more biti izvir prava, zato se pravo nima za kaj k njej obračati, biti do nje odprt. Pravo ni odprto za resničnost in njeno spremenljivo naravo; pravo je nadpolitično in táko je hotel Kelsen avstrijsko ustavo iz leta 1920. Odstraniti vsakršni politični pomen prava, vsakršno spreminjanje prava (Rechtswandel), ki bi izhajalo iz resničnosti. Vsakršna ideologija korenini v hotenju (Wollen), v takšnih ali drugačnih interesih in ne v spoznanju (Erkennen).²⁵

Hans Kelsen trdi, da iz tega, da nekaj je, ne more izhajati, da nekaj mora biti, in iz tega, da nekaj mora biti, ne more izhajati, da nekaj je. Ulrich Klug v podporo Kelsnovi teoriji pravi, da iz narave kot nečesa bivajočega – človeška narava ali narava stvari – ne more biti izvedena nobena norma za človekovo obnašanje. Vedno lahko norme izhajajo samo iz drugih norm.²⁶ Iz še tako obširne količine premis (v naravi), ki ne vsebujejo nobenega normativnega stavka (Sollensatz), namreč ne more biti nikoli izpeljan normativni stavek, saj bi sicer sklep lahko vseboval neko lastnost – pravno posledico nečesa – ki je ni v premisah.²⁷ Nasprotno pa se Wolfgang

²⁴ Ko vrednotenje in učinkovitost prava ne sovpadeta, Georg Jellinek (1851-1911) vpelje vprašanje normativne moči dejanskega (normative Kraft des Faktischen), kjer postavi dve podvprašanji: 1. Ali velja obstoječe pravilo, katerega nihče ne spoštuje? in 2. Ali lahko določena večina z določenim obnašanjem ustvari za vse veljavno pravilo?.

²⁵ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2008, str. 30.

²⁶ Ulrich Klug, v: Wolfgang Waldstein, *Ins Herz geschrieben. Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft*, 2010, str. 16.

²⁷ *Ibidem*.

Waldstein²⁸ ob Kelsnovi trditvi, da »lahko norme izhajajo samo iz drugih norm«, vprašuje, kakšne so pravzaprav te norme, iz katerih je potem spet moč izpeljati druge norme. Ali norme obstajajo, in če dejansko so nekaj bivajočega, ali so to biti z normativno vsebino? In če ne spadajo k biti in potemtakem ipso facto ne obstajajo, kako lahko iz njih nastanejo spet druge norme? Ali lahko iz nič sploh kaj nastane? Norme, ločene od biti, same na sebi sploh ne obstajajo. V tem primeru niti norme pozitivnega prava ne bi mogle obstajati. Človek ne bi mogel imeti nobenih pravic, saj se pravic, ki že v začetku ne obstajajo, ne more od nikoder izpeljati. Pravna resničnost in zgodovina prava pa je, da je moč pravice imeti, pridobiti, pa tudi izgubiti.²⁹

Od kod pravo črpa svojo moč? Hans Kelsen je v svoji Čisti teoriji prava, zdi se, našel kamen modrosti ali drevo spoznanja dobrega in hudega³⁰. Zdi se, da mu je uspelo najti tisto, kar so iskali mnogi, namreč izvor prava, izvor spoznanja dobrega in hudega. Človek bo končno sposoben določiti, kaj je prav in kaj ni, saj takšno pravo svojo veljavo črpa iz človeka in ne iz Boga. Človekovo spoznanje je izvor prava, človek je tisti, ki razpozna, človek postavlja zakone, človek je kakor Bog.³¹ Za Hansa Kelsna je drevo spoznanja dobrega in hudega temeljna norma (Grundnorm), pramati vseh norm in izvor prava. Kot že mnogi pred njim in za njim je zaobšel voljo Stvarnika;³² napuh, ki je v katoliški dogmatiki prvi izmed naglavnih grehov, je temeljni vzrok človekovega padca od začetka.³³ Čeprav za Kelsna celoten nauk naravnega prava stoji na temeljih nedokazljivih vrednot in ga zato zavrača, pa zavrača tudi tradicionalno pozitivistično teorijo³⁴, za katero pravne norme niso nič drugega kot družbena dejstva. Tako normativne avtonomije in veljavnosti prava ne moremo črpati niti iz vrednot (naravno pravo), niti iz dejstev (tradicionalni pozitivizem), ampak iz temeljne norme (Grundnorm). Za to predpostavljeno normativno podstat je

²⁸ Wolfgang Waldstein (1928) je avstrijski pravni teoretik in strokovnjak za rimsko pravo. Profesor na univerzah v Innsbrucku, Salzburgu, Lateranski univerzi v Rimu, član Papeške akademije za življenje.

²⁹ Wolfgang Waldstein, *Ins Herz geschrieben. Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft*, 2010, str. 17.

³⁰ »Gospod Bog je dal, da je iz zemlje pognalo vsakovrstno drevje, prijetno za pogled in dobro za jed, tudi drevo življenja sredi vrta in drevo spoznanja dobrega in hudega.« SP, 1 Mz 2,9.

³¹ »V resnici Bog ve, da bi se vama tisti dan, ko bi jedla z njega, odprle oči in bi postala kakor Bog.« Id, 1 Mz 3,5.

³² Gospod Bog je človeku zapovedal in rekel: »Z vseh dreves v vrtu smeš jesti, le z drevesa spoznanja dobrega in hudega nikar ne jej!...« Id, 1 Mz 2,16-17.

³³ »Pred razsulom hodi napuh, pred padcem ošabnost duha.« Id, Prg 16,18. Za tovrstna spoznanja sicer ne potrebujemo svetih spisov, zadostuje zdrava pamet ali modrost.

³⁴ Predstavnik sta Ernst Rudolf Bierling (1843-1919) in Karl Bergbohm (1849-1927).

veljaven tisti pravni sistem, ki je učinkovit, katerega za legitimnega sprejema dovolj veliko število ljudi. V Čisti teoriji prava³⁵ je na primeru revolucije – ki pomeni nelegalno spremembo pravnega sistema – prikazan pomen temeljne norme. Ob prevratu se namreč bistvo prava in po njem ustrojena družba najbolj razkrije, saj njen sam obstoj stoji pod vprašajem. Če prevrat uspe in se na mestu starega vzpostavi novi red, začnejo novi akti veljati za pravne akte (Rechtsakt), odpravljene akti pa za nepravne (Unrecht). Tako se vzpostavi nova temeljna norma, ki je drugačna od predrevolucionarne, ki ne proizvaja več pravnih učinkov in postane zato neveljavna. Na njeno mesto pa stopi nova temeljna norma, katere pravni učinki se začno kazati in zato postane veljavna (legalna).

3. Sklep

Pozitivizem v Čisti teoriji prava pomeni popolno ločitev biti in najstva. S tem da je temeljna norma tudi temeljno najstvo ali Najstvo – ultimativni normodajalec. Kdo pa se v resnici skriva za abstraktnim pojmom temeljne norme? To je človek, oz. bolj natančno njegov razum, ki razsoja in določa, kaj je dobro in kaj je zlo, človek postavi temeljno normo in vse ostale norme, ki iz nje izhajajo. Človek je svoj razum pobožanstvil, ga naredil za malika.³⁶ Razsvetljenstvo XVIII. stoletja, ki je doživelo svoj vrhunec v francoski revoluciji, je na oltar stolnice Notre Dame v Parizu dobesedno postavilo Razum v podobi ženskega kipa (Déesse de la Raison).³⁷ Toda razum človeka ni namenjen temu, da bi deloval neodvisno od naravnega reda. Za Tomaža Akvinskega je pravnost – npravna pravilnost stvari: ipsa res, stvar sama, objektivna realnost stvari, ki pa nikakor ni mišljena samo ekstrinzično, kot tvar, ki mora biti oblikovana z razumom, ampak kot neki red, poln smisla in vrednot, ki morajo biti upoštrevane. Če bit in najstvo nista ločena, potem se

³⁵ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2008, str. 78.

³⁶ »V tem grehu je človek dal prednost sam sebi pred Bogom in s tem zaničeval Boga: izbral je samega sebe zoper Boga, zoper zahteve narave svojega stanja ustvarjenega bitja in s tem tudi zoper svoj lastni blagor. V stanju svetosti ustvarjeni človek je bil določen za to, da bi ga Bog v polnosti pobožanstvil v slavi. Po zapeljevanju Hudiča je človek hotel biti kakor Bog, brez Boga, mimo Boga in proti Bogu.« KKC, oš. 398.

³⁷ Thomas Paine (1737-1809), anglo-ameriški revolucionar in deist, eden od ustanovnih očetov ZDA (njegovo delo: *Common Sense*), žirondinec v francoski revoluciji (njegovo delo: *Rights of Man*), član vlade prve francoske republike in velik nasprotnik krščanstva (njegovo delo: *The Age of Reason*), je, po pričevanju prič, na smrtni postelji dejal: »I would give worlds if I had them, that the Age of Reason had never been published. Oh, God, save me; for I am at the edge of hell alone.«, »My God, my God, why has thou forsaken me?«. Solomon B. Shaw, *Dying testimonies of saved and unsaved*, oš. 91.

najstvo razpozna v biti, v objektivno stoječi stvarnosti. Benedikt XVI. je v svojem nagovoru v nemškem zveznem parlamentu pokazal na ekološko gibanje, ki skuša prisluhniti naravi in se ravnati po njenih napotilih. Narava namreč ni zgolj tvar, temveč ima svoje dostojanstvo in svoje skrito bistvo, kateremu moramo slediti.³⁸

Splošne in abstraktne pravne norme je potrebno razlagati z upoštevanjem objektivnega reda, tudi konkretnih človekovih življenj in življenjskih položajev, in ne ozko, po črki zakona, saj potem kmalu, z razvojem tehnike, ne bomo več potrebovali pravnikov, ker jih bodo nadomestili roboti.³⁹ V že omenjenem nagovoru nemškemu parlamentarcem Benedikt XVI. primerja goli pozitivistični razum, ki ga mnogi razumejo kot edino skupno osnovo za oblikovanje prava in ki ni sposoben zaznati ničesar drugega izven sebe, z betonsko zgradbo brez oken, v kateri si sami urejamo ozračje in svetlobo, namesto da bi oboje sprejemali iz sveta, ki nas obdaja. Samoumevno je, da takoj, ko se tako zapremo, ostanemo brez svetlobe, kmalu pa tudi brez zraka, kar neogibno vodi v smrt.⁴⁰ Papež predlaga na široko odpreti okna in naučiti se gledati in videti prostranost in raznolikost sveta in vse to pravilno uporabljati.⁴¹

Pravnik z izkušnjami in časom zori za pravi pravni občutek, še posebej pa to velja, če se da voditi biti, pravu v naravi, ki ga obdaja. Pravnik, prav tako kot znanstvenik v naravoslovju, dejansko ničesar ne izumlja, on samo odkriva zakone, ki so že položeni v naravi. In če norme v naravi so, potem, kot pravi Hans Kelsen, se mi sicer lahko pregovarjamo ali so norme sad človeškega razuma ali Božjega razuma in volje, nikakor pa ne moremo pristati na to, da obstajajo norme, katere sploh ne bi izhajale iz volje nekoga.⁴² Bistveno istovetnost pravnika najvišje ovrednotimo na način, da ga ne odrežemo od resničnega izvora prava; pravi pravnik je predstavnik in branitelj najvišjega prava, absolutnega, večnega in nespremenljivega. Vprašanje za slehernega pravnika je, ali bodo zanj zadnje merilo norme, katere je postavil heglovski duh časa

³⁸ Benedikt XVI., Besuch von Papst Benedikt XVI. im Deutschen Bundestag, Deutscher Bundestag, 2011, str. 14.

³⁹ Analogni položaj obstaja v politiki, ko na oblasti izvoljene predstavnike naroda nadomestijo tehnokrati ali drugi birokrati, ki sledijo črki zakona, ne pa narodu, kar je bistvo demokracije kot vladavine ljudstva.

⁴⁰ »...Le z drevesa spoznanja dobrega in hudega nikar ne jej! Kajti na dan, ko bi jedel z njega, boš gotovo umrl.« SP, 1 Mz 2,17.

⁴¹ Benedikt XVI., Besuch von Papst Benedikt XVI. im Deutschen Bundestag, Deutscher Bundestag, 2011, str. 14.

⁴² Hans Kelsen, v: Franz-Martin Schmölz, Das Naturrecht in der politischen Theorie, 1963, str. 5.

(Zeitgeist) v časni pravni sistem, ali pa bodo zadnje merilo norme, ki so večne in so nad časnimi (sekularnimi).⁴³ Resnično pravo je pravno tudi v svojem bistvu in temelji na biti. Tega pa nikakor ne moremo trditi za pravo, ki temelji na temeljni normi in je zgolj plod človeškega razuma, ki je v najboljšem primeru skrajno omejen. Norme moramo razbirati iz resničnega izvora spoznanja, kjer bit in najstvo nista ločena, ampak eno.⁴⁴

Sekularizirano pravno vrednotenje je lahko le pozitivistično in nikoli postavljeno na trdnem temelju, temveč se vedno vrti v krogu. Vedno pridemo na koncu do temeljne norme, ki je v resnici človek kot zadnje merilo vsega.⁴⁵ Vse, kar ne temelji na absolutnem, se da zrelativizirati, dejanje je lahko legitimno in legalno ali pa ne, odnosno na nekaj, karkoli že. Pri sekularnem, pozitivističnem pravnem vrednotenju se vrtimo v krogu relativizma, vsaka norma je relativna na drugo ad nauseam. Hans Kelsen v Čisti teoriji prava jasno pove, da je določeno dejanje lahko dobro glede na eno normo in slabo glede na drugo in nadaljuje, da imajo norme, katere je postavila avtoriteta človeškega in ne božjega izvora, lahko le relativno vsebino. Pozitivistično pravno vrednotenje se vedno začne na iracionalni ravni subjektivnega občutka, katerega se potem skuša razumsko utemeljiti (racionalizirati). Pozitivist se omeji na subjektivni svet, kjer je zanj vsako vrednotenje objektivno. Resnica pa vendarle ni v lasti posameznika, niti ni v lasti celotnega človeštva, marveč stoji sama zase, človeka presega, obenem pa je v njem tudi na skrivnosten način prisotna.⁴⁶ Absolutne norme niso vezane na trenutnega zakonodajalca, marveč so nad njim, kolikor je njihov Zakonodajalec nad človeškim zakonodajalcem. Pravno vrednotenje, ki temelji na naravnem pravu, je edino, ki stoji na trdem temelju. Če ima norma svoj izvor v naravnem zakonu, se z njo lahko ne strinjamo, jo kršimo, a to ne spremeni dejstva, da

⁴³ Sekularen izhaja iz latinske besede saeculum, stoletje, ki pomeni časovni okvir ene generacije. Resnici na ljubo, veliko pravnih norm ne zdrži niti toliko časa.

⁴⁴ Parmenides, ki je prvi med grškimi filozofi govoril o bitju, je tako bitje označil za eno, nedeljivo, neskončno, nespremenljivo, večno in negibno. Tako bitje prav gotovo vsebuje tudi najstvo kot del svoje bistvene vsebine. Parmenides tudi izenačuje bitje in mišljenje. Janko Kos, *Temelji filozofije*, 1979, str. 34-25.

⁴⁵ Med grškimi filozofi sofist je bil Protagoras (480-410), ki je učil, da je človek merilo vseh stvari. Vsaka stvar je relativna glede stališče posameznika (subjektivna dialektika). Id, str. 43. V novem veku so za Kanta, predstavnika iluminizma, svet fizičnih pojavov in čutne zaznave človeka edino merilo resnice in oblikovalec zunanjega sveta. Id, str. 139-150.

⁴⁶ Bog je v svetu ne samo transcendenten, temveč tudi imanenten. Resnična prisotnost Boga v svetu nikakor ne zanikuje njegove presežnosti. Hans Kelsen, v: Franz-Martin Schmölz, *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, 1963, str. 7.

ta norma spada v zgornjo premiso, sklep pa vsebuje sodbo, pa tudi sankcijo.⁴⁷

V pravniških krogih je slabo poznano dejstvo, da se je Hans Kelsen odrekal ločitvi biti in najstva, torej dualizmu med tem, kar je (Sein), in tem, kar bi moralo biti, oz. storiti (Sollen). V Salzburgu, poleti leta 1962, je v ožjem krogu s sedmimi ostalimi profesorji, v svojem znanstvenem nagovoru na več mestih naredil revizijo svojega nauka:

»V svojih prejšnjih pisanjih sem govoril o normah, ki ne izhajajo iz volje. Moj celoten nauk o temeljni normi (Grundnorm) sem prikazal kot normo, ki ne izhaja iz volje, ampak je predpostavljena v mišljenju. Sedaj pa Vam moram žal priznati, moji gospodje, da tega nauka ne morem več obdržati, da sem se mu moral odreči. Lahko mi verjamete, da se mi nikakor ni lahko odreči nauku, ki sem ga desetletja zagovarjal. Odpovedal sem se mu zaradi spoznanja, da mora biti najstvo (Sollen) soodnosno z voljo. Moja temeljna norma je izmišljena norma, ki predpostavlja fiktivno dejanje volje, ki to normo postavi. Ni res, da nekakšna avtoriteta hoče, da je tako. Upravičeno mi očitajte, da govorim proti lastnemu nauku, ki sem ga sam zagovarjal. Točno tako je: moral sem spremeniti svoj nauk v tem, kako temeljno normo predstaviti. Ni možno, da bi obstajale zgolj zamišljene norme, torej norme, ki bi bile samo plod zamisli, ne pa tudi dejanja volje. Temeljno normo dojemamo kot fiktivno dejanje volje, ki v resnici ne obstaja.«⁴⁸

Nadalje Hans Kelsen v svojem referatu o osnovah naravnopravne teorije govori o tem, da je sicer mogoče, da nekatere norme

⁴⁷ Primer, do kakšnih razsežnosti lahko privede slepa vera v moč človeškega razuma, je Titanic, največja ladja tistega časa, ki se je v noči iz 14. na 15. april 1912 potopila na dno Atlantskega oceana. Pri njeni splavitvi (31. 5. 1911) je eden od odgovornih pri ladijski družbi White Star Line izjavil, da te ladje niti Bog ne more potopiti (»Not even God himself could sink this ship«). National Archives and Records Administration, 2017. Uslužbenec se očitno ni zavedal resničnosti in učinkovitosti naravnih zakonov: »Ne slepite se: Bog se ne pusti zasmehovati. Kar bo človek sejal, bo tudi žel.« SP, Gal 6,7.

⁴⁸ »Ich habe in meinen früheren Schriften von Normen gesprochen, die nicht der Sinn von Willensakten sind. Meine ganze Lehre von der Grundnorm habe ich dargestellt als eine Norm, die nicht der Sinn eines Willensaktes ist, sondern die im Denken vorausgesetzt wird. Nun muss ich Ihnen leider gestehen, meine Herren, daß ich diese Lehre nicht mehr aufrechterhalten kann, daß ich diese Lehre aufgeben musste. Sie können mir glauben, daß es mir durchaus nicht leicht war, eine Lehre aufzugeben, die ich durch Jahrzehnte vertreten habe. Ich habe sie aufgegeben in der Erkenntnis, daß ein Sollen das Korrelat eines Willens sein muss. Meine Grundnorm ist eine fiktive Norm, die einen fiktiven Willensakt voraussetzt, der diese Norm setzt. Es ist die Fiktion, dass irgendeine Autorität will, dass dies sein soll. Sie werfen mir mit Recht vor, dass ich gegen eine eigene, von mir selbst vertretene Lehre spreche. Das ist vollkommen richtig: Ich musste meine Lehre von der Grundnorm in ihrer Darstellung modifizieren. Es kann nicht bloß gedachte Normen geben, d. h. Normen, die der Sinn eines Denkaktes, nicht der Sinn eines Willensaktes sind. Was man sich bei der Grundnorm denkt, ist die Fiktion eines Willensaktes, der realiter nicht besteht.« Hans Kelsen, v: Franz-Martin Schmölz, Das Naturrecht in der politischen Theorie, 1963, str. 119-120.

ne izhajajo iz človeške volje, nikakor pa ni možno, da bi obstajale norme, ki ne bi bile plod dejanja volje sploh. Narava, ki norme vsebuje, mora prav tako vsebovati voljo, ki je te norme postavila. Ta volja pa je lahko samo animistično praznoverje ali pa volja Boga.⁴⁹ »Narava bi norme mogla vsebovati samo, če bi neka volja te norme vanjo položila. To pa bi predpostavljalo Boga Stvarnika, čigar volja bi hkrati vstopila v naravo.«⁵⁰ Kar kaže na objektivni naravni red, predpostavljeno pravo, katerega obstoj je neodvisen od človeka. Razumno je zaključiti, da je Zakonodajalec, ki je ta red postavil, dal tudi načine, kako to pravo spoznavati ter svetne zadeve urejati glede na postavljeni Red.

Gustav Radbruch⁵¹ je tako kot Kelsen pravno filozofsko izšel iz novokantovstva, ki predpostavlja vrzel med bitjo in najstvom. In prav tako kot Kelsen, se je tudi Radbruch temu učenju odpovedal. Uporaba pozitivističnega načela: pravo kot pravo (Gesetz als Gesetz), se je z dejanji nacionalsocialističnega prava izkazala za zgrešeno. V svoji razpravi Zakonsko nepravo in nadzakonsko pravo pravi: »Pozitivizem je v resnici s svojim prepričanjem ›pravo je pravo‹ pravni položaj naredil nemočen proti zakonom samovoljne in zločinske vsebine. Pri tem pozitivizem nikakor ni sposoben utemeljiti zakonsko veljavnost. Verjame namreč, da je veljavnost zakonov dokazal že s tem, ko je zakon postal pravnomočen. Ampak na moči lahko pogojno utemeljimo moranje (Müssen), nikoli pa najstvo (Sollen) in vrednotenje (Gelten). Slednje lahko veliko bolj utemeljimo na vrednoti, ki se nahaja v zakonu. Seveda: neko vrednoto ima že vsak pozitiven zakon, brez upoštevanja njegove vsebine: še vedno je to veliko boljše kot brezzakonje, saj vsaj ustvarja pravno varnost. Ampak pravna varnost ni edina in ni odločilna vrednota, ki jo mora pravo uresničiti. Poleg pravne varnosti sta veliko bolj pomembni dve drugi vrednoti: smotrnost (Zweckmäßigkeit) in pravičnost (Gerechtigkeit). V vrstnem redu teh vrednot je smotrnost prava za skupni blagor (Gemeinwohl) na zadnjem mestu. Nikakor pravo ni vse to ›kar narodu koristi, saj narodu na koncu koncev koristi samo

⁴⁹ Hans Kelsen, v: id, str. 5.

⁵⁰ »Die Natur könnte folglich Normen nur enthalten, wenn ein Wille diese Normen in sie hineingelegt hätte. Dies wiederum, würde einen Schöpfergott voraussetzen, dessen Wille in die Natur mit eingegangen ist.« Hans Kelsen, v: Wolfgang Waldstein, Ins Herz geschrieben. Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft, 2010, str. 19.

⁵¹ Gustav Radbruch (1878-1949), nemški pravni teoretik in politik; minister za pravosodje v weimarski vladi (1919-1933) in eden najvplivnejših pravnih teoretikov 20. stoletja.

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. Zahteva pravičnosti je, da se pravu zagotovi gotovost, da ne bo danes in tu tako, jutri in tam pa drugače postavljeno (ausgelegt) in uporabljeno (angewandt). Kjer se pojavi spor (Widerstreit) med pravno varnostjo in pravičnostjo, med vsebinsko izpodbijanem (anfechtbar), četudi pozitivnim zakonom, in med 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!«⁵², a po drugi strani zapoveduje, da je treba »Boga bolj poslušati kot ljudi.«⁵³ ⁵⁴

Ko smo že na začetku omenili dva velika uma ateizma, Voltaira in Sartra, sedaj še zaključimo z njima. Prav tako, kot je slabo poznana Kelsnova zavrnitev dualizma biti in najstva ter njegovo priznanje norm v naravi, ki morejo izhajati le iz volje Stvarnika, je slabo poznana tudi Voltairova in Sartrova zavrnitev ateizma. Sartre je to storil v nizu pogovorov s svojim judovskim tajnikom Benny Lévy-jem, katere je v treh ötevilkah objavila revija *Le Nouvel Observateur* pod naslovom *L'Espoir maintenant* leta 1980.⁵⁵ Čeprav je Sartra na zadnjo pot v Parizu prišlo pospremit preko petdeset tisoč oboževalcev, so nekateri posthumno skušali njegovo spre-

⁵² »Vsak naj se podreja oblastem, ki so nad njim. Ni je namreč oblasti, ki ne bi bila od Boga. In te, ki so, so postavljene od Boga. Kdor se torej upira oblasti, se upira Božjemu redu. Tisti, ki se upirajo, pa si bodo nakopali obsodbo. Oblastnikov se namreč ni treba bati, kadar delamo dobro, ampak kadar delamo húdo. Hočeš, da ne bi imel strahu pred oblastjo? Delaj dobro, pa boš imel od nje priznanje. Oblast je namreč Božja služabnica tebi v dobro. Če pa delaš húdo, se boji! Ne nòsi namreč meča zastonj; Božja služabnica je, ki se maščuje zavoljo jeze nad tistim, ki počenja húdo.« SP, Rim 13,1-4. Vsa oblast je od Boga, človek sam po sebi nima nobene oblasti, zato nikakor ni avtonomen v stvareh kogentnega naravnega prava.

⁵³ »Jezus je pristopil in jim spregovoril: »Dana mi je vsa oblast v nebesih in na zemlji.« Id, Mt 28,18. »Jezus pa mu je dejal: »Blagor ti, Simon, Jonov sin, kajti tega ti nista razodela meso in kri, ampak moj Oče, ki je v nebesih. Jaz pa ti povem: Ti si Peter in na tej skali bom sezidal svojo Cerkev in vrata podzemlja je ne bodo premagala. Dal ti bom ključe nebeškega kraljestva; in kar koli boš zavezal na zemlji, bo zavezano v nebesih; in kar koli boš razvezal na zemlji, bo razvezano v nebesih.« Id, Mt 16,17-19. Poverilo ključev označuje položaj varuha hiše, oz. namestništvo; pooblastilo zavezovanja označuje zakonodajno oblast.

⁵⁴ Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*, v: *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, št. 5, str. 105-108.

⁵⁵ Sartre je zadnjega pol leta pred smrtjo glasno izpovedoval svojo vero v Boga (»Nikakor nisem predmet naključja, ampak od vekov zamišljen od Boga«), kar je večina medijev, tudi verskih, v celoti zamolčala.

obrnitev razvrednotiti z vplivom Sartrovega judovskega tajnika ali pa z razglasitvijo za neprištevnega.⁵⁶

Voltaireova zavrnitev ateizma je najlepše izražena v naslednjem njegovem pismu: »Moj dragi Markiz, nič dobrega ni v ateizmu. Ta sistem je pokvarjen v znanosti in morali. Pošten človek je lahko upravičeno jezen na praznoverje in fanatizem; lahko se mu gnusijo nepravilna in okrutna preganjanja drugače mislečih; ko razširja načela strpnosti, stori človeštvu uslugo. Ampak, kakšno uslugo pa mu stori, ko razširja ateizem? Ali bi bili ljudje bolj krepostni, ko ne bi več priznavali Boga, ki je krepost zapovedal? Brez dvoma ne. Hočem, da knezi in njihovi ministri priznajo takega (Boga), pa tudi takega, ki kaznuje in odpušča. Brez teh vajeti bi na njih gledal kot na divjo žival, ki me sicer ne bi požrla, ko bi vstala od dolge malice in bi na počivališču krotko prebavljala, ki pa bi me zagotovo požrla, ko bi bila spet lačna, če bi se znašel na dosegu njenih krempljev. In potem, ko bi me pospravila, ne bi niti enkrat pomislila, da je storila nekaj slabega. Da, ko bi našla novo žrtev, se sploh ne bi več spomnila, da me je imela med zobmi.«⁵⁷ »O obstoju Boga, ki nagrajuje in kaznuje, ne bom mogel prepričati pokvarjenega sodnika, okrutneža, katerega žeja po človeški krvi, katerega vrednota bi bila samega sebe pokončati pod rabljevo roko, kateri sam služi. Vendarle pa bom o tem (obstoju Boga) prepričal krepostne duše; in če jo to zmota, potem je to najlepša od vseh zmot.«⁵⁸

⁵⁶ Bernard Lallement, *Sartre l'improbable salaud*, 2005, str. 156.

⁵⁷ Iz pisma Voltaira prijatelju markizu de Villeveilleu (Ferneu, 26. avgust 1768), v: Fritz von Hippel, *Die Perversion von Rechtsordnungen*, 1955, str. 87-88. Voltaire na sledeč način označi delo filozofa Paul Henri Thiry Holbach-a *Système de la nature: ou Des loix du monde physique et du monde moral*, v katerem avtor izrecno zanika obstoj Boga in kjer svet vodijo deterministični zakoni, svobodna volja pa je privid: »Človeški hudič, navdahnjen od Belcebuba, je izdal knjigo, kjer hoče na vsaki strani dokazati, da Boga ni. Ta knjiga je strašna. Polna je dolgovezenja, ponavljanj in netočnosti.« François-Marie Arouet Voltaire, v: *Mélanges de philosophie, d'histoire, de morale et de littérature*, 1810, str. 346.

⁵⁸ Ibidem.

LITERATURA IN VIRI

- Benedikt XVI., Besuch von Papst Benedikt XVI. im Deutschen Bundestag, Deutscher Bundestag, Berlin, 22. 9. 2011.
- Hippel Fritz von, Die Perversion von Rechtsordnungen, Mohr Siebeck, Tübingen, 1955.
- Katekizem katoliške Cerkev (KKC), Slovenska ökofovska konferenca, Ljubljana, 1993.
- Kelsen Hans, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Verlag Rolf Heise, Charlottenburg, 1928.
- Kelsen Hans, Reine Rechtslehre, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- Kelsen Hans, Reine Rechtslehre, Verlag Franz Deuticke, Dunaj, 1960.
- Kelsen Hans, Was ist Gerechtigkeit?, Verlag Franz Deuticke, Dunaj, 1953.
- Kelsen Hans, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- Kos Janko, Temelji filozofije, Državna založba Slovenije, Ljubljana, 1979.
- Lallement Bernard, Sartre l'improbable salaud, Le cherche midi, Paris, 2005.
- National Archives and Records Administration, https://www.archives.gov/exhibits/american_originals/titanic.html 29.4.2017
- Radbruch Gustav, Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, v: Süddeutsche Juristenzeitung, öf. 5, Mohr Siebeck, Tübingen, 1946. http://www.servat.unibe.ch/rphil/t/10.1_Radbruch_Formel_1945.pdf 28.4.2017
- Raz Joseph, Between authority and interpretation, Oxford University Press, New York, 2009.
- Schmölz Franz-Martin, Das Naturrecht in der politischen Theorie, Springer, Dunaj, 1963.
- Septimius Severus, Famous Last Words, <http://www.lookandlearn.com/blog/2226/famous-last-words-septimius-severus/>; Ancient History Encyclopedia, http://www.ancient.eu/Septimius_Severus/, 28.4.2017.
- Shaw Solomon B., Dying testimonies of saved and unsaved, <http://www.insightsofgod.com/downloads/dyingtestimoniesofsavedandunsaved.pdf> 27.4.2017.
- Svetličič Rok, Izbrana poglavja iz politične morale, Založba Univerze na Primorskem, Koper, 2010.
- Sveto pismo (SP), Svetopisemska družba Slovenije, Ljubljana, 2002.
- Voltaire François-Marie Arouet, Mélanges de philosophie, d'histoire, de morale et de littérature, Le Clère, Paris, 1810.
- Waldstein Wolfgang, Ins Herz geschrieben. Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft, Sankt Ulrich Verlag, Augsburg, 2010.
- Zupančič Boštjan M., v: Komentar Ustave RS, 2010, 28. člen (načelo zakonitosti v kazenskem pravu), Fakulteta za državne in evropske študije, Kranj, 2010.
- Zur Kritik an Kelsens Theorie von der hypothetischen Grundnorm, v: »Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion« - Referate und Diskussion auf dem zu Ehren des 100. Geburtstages von Hans Kelsen vom 22. bis 27. September 1981 abgehaltenen Internationalen Symposium, Dunaj, 1982, str. 47-57.