

Andraž Teršek

Morala kot temelj in kriterij (vladavine) prava

Problema razmerja med pravom in moralo je trajno prisoten v pravni znanosti. O njem je bilo spisanih več teorij. Med nekaterimi obstajajo večje razlike, druge pa se razlikujejo predvsem po odtenkih. Avtor članka vztraja pri takšnem razumevanju in preučevanju prava, ki ohranja utemeljenost prava z moralo in njuno trajno povezanost. Pri tem se opira predvsem na razpravno teorijo prava in demokracije ter na proceduralno teorijo legitimnosti, kot ju je razvil Jürgen Habermas. Poseben pomen pri evropskem razumevanju razmerja med pravom in moralo pripiše pravni filozofiji Gustava Radbrucha. Tudi on je vztrajal na trajni povezanosti prava in morale. Utemeljil je razliko med zakonskim nepravom in nadzakonskim pravom. Iz tega je izšla t.im. *Radbruchova formula*, ki ima dva vidika. *Formula nevzdržnosti* ugotavlja, ali je zakon vsebinsko nepravilen do nevzdržne mere. *Formula zanikanja* pa ugotavlja, ali zakon ne pomeni več »prava« zaradi zavestnega zanikanja pravičnosti.

Ključne besede: Jürgen Habermas, Gustav Radbruch, temelj in kriterij prava, nadzakonsko pravo, zakonsko nepravo, morala, etika, temeljne človekove pravice

1 MORALNO IZHODIŠČE IN UPRAVIČENJE PRAVA

Vprašanje, pravzaprav problema razmerja med pravom in moralo je trajno prisoten v pravni znanosti. In ne samo v pravni znanosti. Na splošno se družboslovci in humanisti, ne samo pravni teoretiki in ustavni pravniki, stalno in veliko ukvarjajo s tem problemom. Različnih pogledov na to razmerje res ni toliko, kolikor je tistih, ki so se s tem vprašanjem neposredno ukvarjali, oziroma to počnejo še vedno. Kljub temu pa obstaja veliko teoretičnih in konceptualnih videnj razmerja med pravom in moralo. Še več je takšnih, ki se razlikujejo zgolj po odtenkih, podrobnostih.¹

¹ Glej npr. Roger Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2003. Za kratek pregled glej: <http://en.wikipedia.org/wiki/Jurisprudence>.

Pri tem pa je treba poudariti, da tudi tisti teoretiki, ki vnašanju moralnih pogledov v znanstveno ukvarjanje s pravom niso bili naklonjeni (npr. znameniti Hans Kelsen),² vendarle niso menili, da je pravo moralno izpraznjeni kozmos. Ali da ni dolžno ohranjati povezave z moralno presojo o tem, kaj je dobro, pravilno, upravičeno, pravično ipd. Nasprotno, pritrjevali so prepričanju, da vsebina uzakonjenega prava ne sme biti moralno nevzdržna in nesprejemljiva. Vendarle pa se jim ni zdeli primerno, če se tisti, ki se s pravom kot družbeno vedo tudi znanstveno ukvarjajo, hkrati ukvarjajo tudi z moralno presojo postavljenega, uzakonjenega prava. In da ob tem, ko takšno pravo opisujejo in analizirajo, hkrati poskušajo moralno pogojevati tisto, kar opisujejo in analizirajo in to tudi moralno presojati. V tem smislu so tisto, kar naj bi bilo »legalno« (zakonito), razlikovali od tistega, kar naj bi bilo tudi po vsebini »legitimno« (upravičeno, sprejemljivo).³

Pravo in dejstva Pravo in morala	Normativna teza (ločljivost prava in dejstev)	Reduktivna teza (neločljivost prava in dejstev)
Teza o moralnosti (neločljivost prava in morale)	Naravnopravna teorija	?
Ločitvena teza (ločljivost prava in morale)	(Kelsnova) čista teorija prava	Empirično-pozitivistična teorija prava

Tabela ponazarja različne konceptualno-raziskovalne pristope k utemeljitvi prava in njegovega odnosa do morale. Glej Stanley L. Paulson, *Introduction to the problems of legal theory: Translation of the first edition of the Reine Rechtslehre or Pure theory of law* (Hans Kelsen), Oxford University Press, 1997.

2 OBČA VELJAVNOST TEMELJNIH (MORALNIH) NAČEL

Pri svojih študijskih in analitičnih pristopih k pravu, problemu razmerja med pravom in moralo, in nenazadnje k razmerju med legalnostjo in legitimnostjo,⁴

- 2 Glej dela Hansa Kelsna: *Opšta teorija prava i države*, Beograd, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1951; *Introduction to the problems of legal theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992; *Čista teorija prava*, Ljubljana, Cankarjeva založba, 2005. Za vpogled v teorijo pravnega pozitivizma glej tudi H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961 (v slovenskem prevodu H. L. A. Hart, *Koncept prava*, Krt (Prevodi), Ljubljana, 1994); Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979. Za neposredno vez prava in morale glej npr. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 2000; John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.
- 3 O tem podrobno v Andraž Teršek, *Legitimnost kot prvina političnih in pravnih konceptov sodobne ustavne demokracije*, doktorska disertacija, Pravna fakulteta v Ljubljani, 2008.
- 4 Predvsem v delu Teršek 2008 (op. 3). O tem sem pisal tudi že v Andraž Teršek, Spis o kriznih momentih demokratične legitimnosti, *Javna uprava* 43 (2007) 3/4, 125–162, in pa v Teorija legitimnosti: koncept (eksekutivne) legitimnosti v razmerju do civilne neposlušnosti in nekaterih drugih oblik izražanja protesta zoper državno oblast, *Pravnik* 56 (2001) 1–3, 79–109.

sem v precejšnji meri sledil teoretičnim izhodiščem in konceptualnim utemeljitvam znamenitega nemškega teoretika Jürgena Habermasa.

Ustava je najvišji pravni akt v nacionalnih pravnih sistemih. Zatorej pomeni vrh hierarhije pravnih aktov.⁵ Po mnenju Habermasa mora biti ustava napisana tako, da je njeno vsebino mogoče upravičiti z načeli, ki imajo trajno veljavnost. Oziroma, z načeli, katerih veljavnost ne sme biti odvisna od tega, ali je v nekem trenutku tudi pozitivno, uzakonjeno pravo z njimi skladno ali ne. Značilnost teh načel zato je, da so veljavna sama po sebi (lat. *per se*).⁶ Habermas je prepričan, da lahko moderna ustavna država pričakuje od svojih državljanov poslušnost zakonom le v primeru, če je poslušnost utemeljena z načeli, ki so sama po sebi vredna, da jih ljudje priznavajo. Ta načela so podlaga za to, da se potem to, kar je legalno (zakonito), lahko upraviči kot legitimno (upravičeno) ali zavrne kot nelegitimno (neupravičeno). Celo več kot to: »Politično pozitivno pravo se mora, če naj bo legitimno, vsaj ujemati z moralnimi načeli, katerih obča veljavnost presega konkretno pravno skupnost.«⁷ Odločitve, ki so normativno zavezujoče, zato svojo moč (hkrati pa tudi prepričljivost in upravičenost) črpajo iz dejstva, da izpolnjujejo tudi kriterije moralne kakovosti. Če so usklajene z načeli, ki so trajna, jih je potem mogoče splošiti (univerzalizirati) kot »enako dobre za vse«. To pa je eden od temeljnih ciljev Habermasove teorije.

Pozitivno pravo in (postkonvencionalna) morala se dopolnjujeta in prekrivata:

Če privzamete normativno gledišče, potem ni težko dojeti dejstva, da so upravičene moralne norme v sebi nepopolne. Pogoj za splošno sprejemljivost vsake norme, ki opravi test univerzalizacije je, da normo dejansko vsakdo upošteva. Natanko tega pogoja pa postkonvencionalna morala sama ne more jamčiti. Znotraj same premise vsakega resnejšega postkonvencionalnega načina upravičevanja nastane problem, ki je v tem, da lahko od vsakogar pričakujemo, da bo upošteval veljavno normo le takrat, če je prepričan, da normo upoštevajo tudi vsi drugi. Kant je sam na ta način upravičil prehod od morale k pravu, ki ga sankcionira država. In Kant je tudi prepoznal problem, ki ga poraja izvajanje oblasti. Politična oblast ni 'prazna esenca', kot medij ima svoje lastne značilnosti; uporabo in organizacijo te oblasti je treba zatorej podvreči moralni omejitvi. Ideja o 'vladavini zakona' je klasičen odgovor na ta izziv.⁸

Problem legitimnosti je mogoče po Habermasu analizirati samo v primeru, če izhajamo iz tega, da torej moderna ustavna država hkrati premore in tudi zmore moralno legitimnost oziroma upravičenost.

5 O tem sem podrobneje pisal že v Andraž Teršek, *Ustavna demokracija in vladavina prava: ustavnopravni eseji*, Koper, UP FAMNIT, 2009. Za učbeniški prikaz te teme glej npr. Niclas Berggren in drugi (ur.), *Why Constitutions Matter*, New Brunswick, London, Transaction Publisher, 2002.

6 Podobno razmišljanje najdemo na primer v Dworkinovi teoriji. Glej Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

7 Jürgen Habermas, Trije normativni modeli demokracije, v Jelica Šumič Riha (ur.), *Pravo in politika*, Ljubljana, Liberalna akademija, 2001, 82.

8 Jürgen Habermas, Morala, družba in etika, intervju, *Časopis za kritiko znanosti*, Ljubljana, 1990, 38.

Habermas pa s tem ne enači legitimnosti prava z moralo. Zahteva pravnih norm, da so tudi legitime, se namreč opira na različne razloge za to legitimnost, in pa na razvejano mrežo razprav in pogajanj, ne le na moralne diskurze.⁹ Morala je nekaj, kar velja med posamezniki kot osebami, pravo pa je tisto, kar velja med t.im. abstraktnimi subjekti. Pravo je po Habermasu na primer ožje od morale v tem smislu, da pravo ureja le zunanje vedenje. Po drugi strani pa je od nje tudi širše, saj ureja medsebojne odnose, politične cilje in programe. Na ta način pravo deluje moralno v normativnem (kar je zavezujoče za vse) in pragmatičnem (kaj se nekomu zdi dobro v danem trenutku) smislu.¹⁰

Habermas pripisuje pravu posebno značilnost, po kateri pravo lahko moralo ponese tja, kamor sama ne more. Pravo v tem smislu Habermas razume kot funkcionalno dopolnilo morale.

Pozitivno veljavno, legitimno postavljeno in iztočljivo pravo lahko namreč osebe, ki moralno razsojajo in delujejo, odreši precejšnjega bremena kognitivnih, motivacijskih in organizacijskih zahtev morale, ki se je v celoti preusmerila na subjektivno vest. Pravo lahko kompenzira slabosti zahtevne morale, ki proizvaja ... samo rezultate, ki so kognitivno nedoločni in motivacijsko negotovi. Zaradi tega seveda ni treba zakonodajalcu in pravosodju nič manj skrbeti za to, da se pravo ujema z moralno. Toda pravne regulacije so preveč konkretne, da bi jih bilo mogoče legitimirati edino s tem, da niso v nasprotju z moralnimi načeli.¹¹

Morala po Habermasu racionalno utemeljuje in omogoča konsenz o tem, katere (naravne) dolžnosti ima človek. Pravo pa naj potemtakem razumsko motivira konsenz o tem, katere obveznosti bi ljudje morali prevzeti. Pravo mora po Habermasu ostati vezano na moralno. A ne zgolj na moralno. Pravo, ki naj bo legitimno, mora zagotavljati svobodo (pozitivno – vse tisto, kar ljudje smejo početi, kakor tudi negativno – vse tisto, v kar se nihče, niti država, ne sme vtikati) in avtonomijo: javno – ko posameznik deluje v javni sferi, se ukvarja z javnimi zadevami, politično opredeljuje ipd., in zasebno – izven dosega oči javnosti.¹²

Avtonomija je pri morali enotna. V pravu pa je razcepljena na javno in zasebno.¹³ Vendarle pa med obema avtonomijama obstaja odnos vzajemnosti. Javna in zasebna avtonomija namreč predpostavljata in omogočata druga drugo. Subjektivne pravice in svoboščine, priznane zasebnemu subjektu in javna avtonomija državljana se po Habermasu vzajemno omogočajo. Brez zasebne avtonomije posameznik ne more svobodno javno delovati, biti pri tem opolnomočen in uresničevati svojih teženj. Hkrati pa mu avtonomno javno delova-

9 Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1998, 84, 90, 108–111 idr.

10 Habermas 1990 (op. 8), 38, 57–58, 61.

11 Habermas 2001 (op. 7), 92–93.

12 Habermas 1998 (op. 9), 120, 396–399.

13 Habermas 1998 (op. 9), 8. poglavje.

nje omogoča zagotavljanje, zaščito in uresničevanje te iste zasebne avtonomije, predvsem individualnih pravic in svoboščin. Te zato lahko občuti kot svoje in kot nekaj, kar je rezultat njegove lastne, avtonomne odločitve.

Habermas hkrati poudarja, da pravni subjekti normativnih zahtev ne bodo občutili kot zunanjo prisilo, torej kot nasilje, ki prihaja od zunaj, le v primeru, če sicer prisilno normativno zahtevo sprejmejo in občutijo kot moralno. Če jo torej na nek način spremenijo v lastne motive. Med moralno avtoriteto norm in posameznikovim samonadzorom naj bi vladalo simetrično razmerje. Institucionalizirana morala bi morala biti sorazmerna notranji morali, oziroma ponotranjenim vrednotam, ki jih utelešajo norme.¹⁴ Institucionalizirana morala naj bi se ponotranjila. Posledica tega ponotranjenja naj bi končno bila *kombinacija sile (tudi prisile ali represije) in avtoritete posameznikove vesti*.¹⁵

Habermas posebej poudari, da prava ne smemo podrežati ali prilagajati morali. In da ga ne smemo razumeti kot nekaj, kar je samo po sebi, po naravi moralno. Pravo je oblika dovršitve morale.

Kljub temu pa se z vpeljavo *politike* vpeljejo v ta proces odločanja in upravljanja drugačni faktorji. V prvi vrsti se je treba zavedati, da

niso vse zadeve, katerih pravna rešitev je potrebna in mogoča, moralnega značaja. Tudi, če bi se zakonodaja približala idealnim pogojem za razpravno oblikovanje volje, odločitev zakonodajalca ne bi mogla temeljiti zgolj na moralni podlagi – še zlasti ne v primeru zakonodaje v državi blagostanja. Tukaj vselej igrajo pomembno vlogo pragmatični razlogi za bolj ali manj pošteno uravnoteženje interesov, katerih generalizacija ni mogoča. Nadalje, v skupini, v kateri se združujejo različne tradicije, od katerih vsaka oblikuje različne identitete in zato potrebuje uskladitev, obstajajo etični temelji za sprejemljivost določenega samorazumevanja in za preferenčno obliko življenja. To je razlog, da se zahteva po legitimnosti pozitivnega prava, četudi bi temeljila na racionalnem oblikovanju volje, ne more zvesti zgolj na njeno zahtevo po moralni veljavi. Z vpeljavo pragmatičnih in subjektivnih etičnih razlogov vstopijo v igro drugi faktorji, ki zadevajo bolj vprašanje legitimnosti prava: gre bolj za vidike te legitimnosti, kot pa za normativno veljavnost moralnih norm.¹⁶

Ob tem, ko Habermas poudarja, da se meja med pravom in moralo ne sme izbrisati, moralne norme pa so, naslanjajoč se na Kanta, same sebi namen, so po drugi strani pravne norme lahko uporabljene tudi kot sredstvo za doseg določenih političnih ciljev. Pravne norme namreč ne služijo zgolj nepristranskemu razreševanju konfliktov, ki nastajajo pri delovanju, temveč tudi omogočajo realizacijo političnih programov. Posebnega pomena pri tem je dejstvo, da kolektivni cilji in stopnje implementiranja politike dolgujejo svojo obvezujočo moč pravni formi. V tem smislu se pravo nahaja med moralo in politiko. Zato v

¹⁴ Habermas 1998 (op. 9), 80, 113–114, 180.

¹⁵ Habermas 2001 (op. 7), 93.

¹⁶ Habermas 1990 (op. 8), 38–39.

sistemu pravne države morala ne lebdi več nad pravom, temveč vstopa v pozitivno pravo, ne da bi se v njem izčrpavala.¹⁷

Bistvene elemente upravičenosti (legitimnosti) prava pri Habermasu predstavljajo temeljna načela, ki so hkrati racionalna in moralno utemeljena, potem vrednote (subjektivno etično vrednotenje) in nazadnje politična javnost, tudi javno mnenje. Po Habermasu ustavna država izhaja iz načel, po katerih legitimno pravo nastane v javno dostopni in racionalni razpravi. Oziroma, in z drugimi besedami, vznika iz takšne »komunikativne moči«. Slednja omogoča konsenz glede zavezujočih norm.¹⁸ Habermasov ključ do legitimnost se kaže v vlogi posameznika (vlogi, ki jo pravo, država in politika omogočajo, opredeljujejo in varujejo), ki pri uresničevanju svojih pravic deluje kot avtor prav tistih pravic, ki se jim mora hkrati pokoriti.¹⁹ Pri prerezu Habermasovih pogojev legitimnosti zato lahko navedemo tri temeljne postavke legitimnosti: *demokratični postopek* kot izvor legitimnosti, *moralna* vsebina sprejetih odločitev kot kriterij in predpogoj legitimnosti ter njihova hkratna *politična in pragmatična modrost*, ki odraža različne *vidike* legitimnosti. Slednja pa se uresničuje v praktični javni razpravi, na temelju razpravne etike in etičnega pragmatizma.²⁰

3 NELOČLJIVOST MORALE IN PRAVA PO GUSTAVU RADBRUCHU

Neločljivost morale in prava je utemeljeval tudi drugi znameniti nemški pravni teoretik in filozof Gustav Radbruch. Je avtor ene od bolj prepoznavnih teoretičnih utemeljitev razmerja med pravom in moralo v Evropi. Njegova *Filozofija prava*²¹ je za študente prava na ljubljanski pravni fakulteti določena kot temeljno študijsko gradivo. Radbruch je trajno vez med pravom in moralo, tudi pogojenost prava z njegovo moralno upravičenostjo, utemeljil odločno in jasno. Zato se zdi primerno izbrati prav njegova razmišljanja za predstavitev tega problema pravniški in širši javnosti, ki do moralne kakovosti prava ni ravnodušna.

17 Jürgen Habermas, Kako je moguća legitimnost putem legalnosti, v Mirjana Kasapović, Nenad Zakošek (ur.), *Legitimnost demokratske vlasti*, Zagreb, Naprijed, 1996, 137–139.

18 Temeljna (ustavno-demokratična) načela so po Habermasu predvsem *načelo ljudske suverenosti, načelo posredne demokracije, sodno varstvo, sodna kontrola oblasti, obstoj civilne družbe, načelo ustavnosti in zakonitosti, načelo večine* in iz njega izhajajoče *načelo moči argumenta, načelo delitve oblasti* itd. Habermas 1998 (op. 9), 168–176.

19 Habermas 2001 (op. 7), 93.

20 Habermas 1990 (op. 8), 34–37, 41–42, 61.

21 Gustav Radbruch, *Filozofija prava*, Ljubljana, Cankarjeva založba in Pravna fakulteta v Ljubljani, 2001.

Pravo je za Radbrucha samo po sebi sestavljeno tudi iz kategoričnih imperativov:

Pravo ne služi morali s pravnimi dolžnostmi, ki jih nalaga, temveč s pravicami, ki jih podeljuje ... Moja pravica je pravzaprav pravica, da storim svojo moralno dolžnost, in nasprotno, moja dolžnost je, da varujem svojo pravico. S svojo pravico se človek bori za svojo dolžnost, za svojo moralno osebnost.²²

Če na posameznike gledamo predvsem kot na *moralne osebe* (in takšen pristop se zdi na mestu), se pokaže še toliko bolj očitno, da je med človekovimi pravicami na eni strani in dolžnostmi na drugi strani neposredna vez. Da so komplementarne. Poudarjanje pravic ne sme pozabiti na dolžnosti in potrebo po samoomejevanju pri uresničevanju pravic. Gre predvsem za moralno samoomejevanje, v Radbruchovem smislu *pravice do uresničevanja moralne dolžnosti in moralna dolžnost za zagotavljanje, zaščito in uresničevanje pravic*. Kjer ni ustrezne (objektivno moralne in subjektivno etične) zavesti o dolžnostih in odgovornostih, se tudi pravice lahko izrodijo v svoje nasprotje.²³

Temeljne človekove pravice in svoboščine je tudi Radbruch razumel kot racionalno spoznana in moralno utemeljena, nadzakonska (nekaj, kar je nad običajnim, formalnim zakonom) in suprapozitivna (nekaj, kar je nad izrecno zapisanimi besedami v formalnih pravnih aktih) načela. Tudi kot odraz »človečnosti«, utemeljene z vestjo posameznika kot »moralne osebe«.²⁴ Gre, po Radbruchu, za idejo, za jedro prava. Popkovine med moralno utemeljeno idejo prava in normativno strukturo pravnega sistema zato ni mogoče pretrgati. Tudi takrat ne, kadar gre za vprašanje vsebinske legitimnosti prava, ki presega postopkovna pravila za ustvarjanje prava in formalne zakonske kriterije legalnosti. Pravo vendarle ne more obstajati, delovati in se razvijati brez tistih lastnosti, ki jih v svet prava vnašata morala in racionalnost. Človečnost in moralna vrednost posameznika kot »osebe« sta nepogrešljiva elementa ideje Prava. Po Radbruchu nam ne sme iti toliko za to, da bi drugi razumeli naše pravice, kot nam mora iti za to, da bi sami bolje razumeli in uresničevali svoje dolžnosti.

3.1 Nadzakonsko pravo

Radbruch, ki je izhajal iz t.im. *neokantovstva*²⁵ velja za osrednjega predstavnika tiste smeri v pravni teoriji, ki išče temelj prava »onkraj« naravnega

22 Radbruch 2001 (op. 21), 78.

23 V končni fazi lahko pride tudi do razvrednotenja temeljnih vrednot, za pogubno pomanjkanje samospoštovanja, ki je nujni pogoj za pristno (čustvovalno, ne čustveno) spoštovanje drugih ljudi, končno pa zavezujočih pravil in institucij. Glej Boštjan M. Zupančič, *O spoštovanju. Pismo iz Strasbourga*, Ljubljana, GV Založba (Pravna praksa 4), 2006.

24 O tem nazorno in prepričljivo Jacques Maritain, *Človek in država*, Ljubljana, Claritas, 2002.

25 Ralf Dreier, Stanley L. Paulson, Uvod v Radbruchovo filozofijo prava, v Gustav Radbruch, *Filozofija prava*, Ljubljana, Pravna fakulteta v Ljubljani in Cankarjeva založba, 2001, 299.

prava in pravnega pozitivizma.²⁶ Arthur Kaufmann je Radbrucha označil za enega izmed najpomembnejših pravnikov in pravnih filozofov 20. stoletja, ker »se zelo redko zgodi, da bi pravni znanstvenik še 50 let po smrti tako močno oblikoval pravno stvarnost.«²⁷ Radbruch je enkratno in vešče opredelil pomen *človekovih pravic* kot kriterija za presojo sprejemljivega - legitimnega - prava. Govoril je o t.im. zakonskem nepravu in nadzakonskem pravu. Upravičenost oziroma legitimnost pravnega reda je utemeljeval z vsebinskimi kriteriji. Podvrgel jo je strogi vrednostni oceni, ki ostaja zavestna in racionalna.²⁸ Za izhodišče si je postavil tezo, da brezpogojna veljavnost postavljenega prava lahko temelji zgolj na neprepoznavnosti pravilnega prava, na izenačitvi med materialnim in formalnim vidikom prava, česar pa ta pravni filozof ni želel sprejeti.²⁹ Radbruch je bil prepričan, da pravna znanost z »metodološko nujnostjo dojema vsebino prava kot nekaj veljavnega, kot nekaj, kar naj bi bilo, kot nekaj zavezujočega.«³⁰ Ohranil je neokantovski dualizem, po katerem iz tega, da nekaj je (Sein), ne moremo izpeljati tega, da naj bi to bilo (Sollen).³¹ V skladu z njegovim »vrednostnim relativizmom« so vrednote in vrednostne sodbe zgodovinsko in družbeno pogojene, in jih je mogoče »priznati«, četudi morda ne »spoznati«.³²

3.2 Neznosnost očitne nepravičnosti

Radbruch pojasnjuje, da je mogoče pravičnost samo po sebi (*per se*) ob sprememu določenega zakona zanikati bodisi zavestno ali nezavedno. Kadar zakon-

- 26 Prim. Marijan Pavčnik, *Teorija prava*, Ljubljana, Cankarjeva založba, 2001, 523. Na str. 527 pa: »Radbruch ni niti naravnopravnik, ker ne pristaja na večno in nespremenljivo pravno vrednoto in ker tudi vsebinsko pravilno pravo ni absolutno, niti ni pravni pozitivist, ker dopušča možnost, da so zakoni v tolikšni meri nepravilni in splošno škodljivi, da jim moramo odreči veljavo, pa celo naravo prava.« Pravna teorija prvo obdobje Radbruchovega publiciranja opredeljuje kot obdobje pozitivizma. Glej Dreier, Paulson 2001 (op. 25), 307–308.
- 27 Arthur Kaufmann, Pismo vnuku Sinnu Baumannu o Gustavu Radbruchu in Radbruchovi formuli, v Gustav Radbruch, *Uvod v filozofijo prava*, Ljubljana, Cankarjeva založba in Pravna fakulteta v Ljubljani, 2001, 8.
- 28 Za Radbrucha je ideja vselej snovno določena, ker je ideja namenjena za neko snov. Radbruch 2001 (op. 21), 40.
- 29 Radbruch 2001 (op. 21), 49.
- 30 Radbruch 2001 (op. 21), 112.
- 31 Dreier, Paulson 2001 (op. 25), 300.
- 32 Prim. Pavčnik 2001 (op. 26), 524. V tem delu je Radbruch pod Webrovim vplivom. Sicer pa je v metodološkem smislu Radbruch znanosti, ki se ukvarjajo s pravom, vpel v trializem. Filozofija prava preučuje pravo, kakršno naj bi bilo v skladu z njeno idejo. Pravna sociologija proučuje pravo v njegovi empirični resničnosti. Pravna dogmatika zavzema vmesni položaj. Predmetno se nanaša na pozitivno pravo, metodološko pa na objektivno »najstveni« (kot izpeljanka iz sintagme Sein/Sollen) smisel prava, kakršen se pogledu, ki se nanaša na vrednote, kaže na podlagi interpretacije. Tisti del filozofije prava, ki je namenjen analizi temeljnih pravnih pojmov, lahko imenujemo tudi teorija prava in jo kot analitično disciplino razlikujemo od filozofije prava kot normativnega nauka o vrednotah. Dreier, Paulson 2001 (op. 25), 301.

ska ureditev sploh ne teži k pravičnosti, takšna zakonska ureditev po njegovem mnenju pravičnost že zavestno zanika. V tem primeru Radbruch pravni normi odreka naravo »prava«. Kadar pa pravičnost v zakonu ni zanikana zavestno, se odpira vprašanje kriterijev, ki razmejujejo (zgolj) *nepravičen zakon* od (že) t.i.m. *zakonskega neprava*. Konfliktnost zakonskega besedila s pravičnostjo mora biti po Radbruchu v tolikšnem obsegu »neznosna«, da se mora zakon kot »nepravilno pravo« umakniti pred pravičnostjo.

Vsaka »stopnja« nepravičnosti pa vendarle še ne utemeljuje zahteve po odrekanju veljavnosti pravni normi. Sprenger na primer opozarja na Radbruchovo uporabo besede »znosnost«: »*Znosno je prirojeno človeku in pomeni to, kar ta lahko prenese, to pa pomeni toliko, kot lahko ali kar lahko pričakujemo, da bo prenesel. Očitno imamo opravka s človeškim merilom.*«³³ Radbruch pravi, da bi bilo potrebno merila za razmejevanje med nepravičnim zakonom in zakonskim nepravom iskati v sferi človeških zmožnosti. Prepričan je, da obstajajo pravna načela, ki so močnejša od vsakršne pravne določbe. Imenuje jih *načela naravnega prava* oziroma naravno ali *umno pravo*. Priznava, da se glede posameznih načel oziroma glede njihovih posameznih vidikov lahko pojavlja dvom, vendar pa so se v stoletjih kljub vsemu utrdila in postala trajno obstojna. Pravi, da so se ta načela strnila v t. i. deklaracije pravic človeka in občana, in sicer s tako daljnosežnim soglasjem, da lahko dvom glede nekaterih med njimi ohranja le še hotena skepsa.³⁴

3.3 Človekove pravice kot »nadpravo«

Radbruch začrta mejo med nepravičnim zakonom in zakonskim nepravom s pomočjo pozitivnopravnih norm, ki jih vsebujejo *mednarodne konvencije o človekovih pravicah*.³⁵ Tem normam pripiše Radbruch lastnost *nadprava*. Opredelitev temeljnih pravic in svoboščin kot nadprava po mnenju Radbrucha zadosti tako vsebinskim (tj. vrednostna primernost), kakor tudi formalnim kriterijem (tj. določenost in predvidljivost). Vsebinsko gre pri tem po Radbruchovem mnenju za splošno sprejete vrednote, o katerih obstaja širok konsenz na nekem kulturno-pravnem področju. Na temelju tega širokega (mednarodnega) konsenza o vrednostni primernosti vsebine mednarodnih konvencij o človekovih pravicah, ki se je izoblikoval v daljšem časovnem obdobju, Radbruch sklene, da vsebinsko

33 Gerhard Sprenger, Petdeset let Radbruchove formule ali: o jezikovni stiski pravnikov, *Pravnik* 11–12 (1998), 53.

34 Marijan Pavčnik, Anton Perenič, *Praktikum za uvod v pravoznanstvo*, Ljubljana, Časopisni zavod Uradni list Republike Slovenije, 1991, 16.

35 Radbruch 2001 (op. 21), 234 in nasl. Tudi Radbruch pravi, da je pravni red po svojem bistvu univerzalen, zato je vsaki državi namenjeno, da potone v bodočo univerzalno državo (234–235). Zato je tudi suverenost zgolj dogma (236). »Država ni mednarodnopravni subjekt, ker je suverena, temveč je suverena, ker je mednarodnopravni subjekt.«

ustrezajo pojmu »vrednostno primernega« in »pravega«. Njegovim razmišljanjem je teorija nadela ime *Radbruchova formula*.³⁶

Osnovno izhodišče teh razmišljanj je pravzaprav Radbruchovo prepričanje in hkratno opozorilo na pravna načela, ki so močnejša kot sleherna pravna določba. Zato zakon, ki jim nasprotuje, izgubi veljavo. Ta načela nosijo oznako »naravno« ali »umno pravo«. Na ta način je Radbruch v pravu začrtal novo pot pri iskanju vrednostnih, etičnih in moralnih temeljev prava, ki naj pomenijo ravnovesje med formalnim pravnim pozitivizmom in nadpozitivnimi vsebinami prava, pisanega z veliko začetnico (kot Pravo).³⁷

Odgovor na vprašanje, kakšen je odnos med pojmom pravičnosti, človekovimi pravicami, naravnim pravom in nadpravom pri Radbruchu ponuja na primer Sprenger:³⁸ »Ob natančnem branju spoznamo, da se naravno pravo (ali umno pravo) pojavlja le še v jeziku in predstavlja nekakšen okvir, 'prazno posodo', ki jo je treba vsebinsko napolniti.« Kot pozitivnopravne norme mednarodno opredeljene človekove pravice po Radbruchu zadostijo tudi formalnemu kriteriju, saj zagotavljajo zadovoljivo stopnjo pravne varnosti. Radbruch to trditev argumentira s prepričanjem, da te lastnosti nimajo nobeni drugi vrednostni sistemi, ki bi se lahko pojavljali kot kriterij vrednostne primernosti prava. Nenazadnje tudi morala ne.

Radbruchova formula, pri kateri gre za »razmerje med pravno varnostjo in pravičnostjo (ki jo razumemo kot pravno enakost in socialno pravičnost)«, določi kriterij razlikovanja med nepravičnim zakonom in zakonskim nepravom. »Odločilno vprašanje se glasi: ali ima pri navzkrižju med pravno varnostjo in pravičnostjo vselej prednost pravna varnost, ali pa obstajajo izjeme?«³⁹ Zaradi »neznosne« krivičnosti nepravičen se zakon sprevrže v zakonsko nepravo (ki je najnevarnejša oblika neprava, šele takrat, ko tak nepravičen zakon vsebinsko ne ustreza normam mednarodnih pravnih dokumentov o človekovih pravicah).⁴⁰

36 Za utemeljitev Radbruchove formule s sodobnega ustavnopravnega vidika prim. Jiri Přibáň, Constitutional Justice and Retroactivity of Laws in Postcommunist Central Europe, v Jiri Přibáň in drugi (ur.), *Systems of Justice in Transition. central European Experience since 1989*, Burlington, Ashgate, 2003, 43–46; Pavel Holländer, The Judge Today: A Barrier to Postmodern Deconstruction or An Industrial Factory for Decision-Making?, v Jiri Přibáň in drugi (ur.), *Systems of Justice in Transition. central European Experience since 1989*, Burlington, Ashgate, 2003, 81–82; Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, London, Duke University Press, 1997, 90–93, 112–113.

37 Med nemškimi pravnimi teoretiki je politične in etične koncepcije prava, katerih namen je omogočiti pristno omejitev politične moči, izpostavljala Heller. Glej David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 2.

38 Sprenger 1998 (op. 33), 633.

39 Kaufmann 2001 (op. 27), 10.

40 Radbruch 2001 (op. 21), 250. Takšen primer so nacionalsocialistični rasni zakoni, očitne kršitve temeljnih človekovih pravic, ukaz za streljanje z berlinskega zidu ipd.

Na ta način človekove pravice vendarle predstavljajo pozitivno pravo. Do te stopnje je po Radbruchu potrebno neznosnost tolerirati v imenu pravne varnosti. Kakor hitro pa nek zakon krši elementarne pravice slehernega posameznika, mu lahko v skladu z Radbruchovo formulo ne samo očitamo nelegitimnost, temveč tudi pripišemo status neprava.⁴¹

Radbruch je sam poudaril, da se zaveda nevarnosti priznavanja prava, ki obstaja nad zakonom in ki je vendarle pripeljalo do pravnega pozitivizma kot nasprotnika nadzakonskega prava. Radbruch pravi, da bo praviloma tudi v prihodnosti moral imeti zadnjo besedo pravni pozitivizem, torej priznavanje zakona ne glede na vrednotenje njegove vsebine.⁴² A ne vselej in za vsako ceno! Pravo po Radbruchu služi ideji pravičnosti kot vrednoti, zato je tudi načelo pravne varnosti v končni fazi vendarle določeno »vsebinsko«. Za Radbrucha je pravo (in samo pravo) v celoti sestavljeno iz kategoričnih imperativov.⁴³ Zanj je pravo kulturni pojav, ki je usmerjen k vrednotam. Pravo je zanj resničnost, katere smisel je, da služi pravni vrednoti, oziroma pravni ideji, to pa je ideja pravičnosti.⁴⁴ Velja ponoviti, da k pojmu prava po Radbruchu sodi prav toliko, da je pozitivno, kot je naloga pozitivnega prava, da je vsebinsko pravilno.⁴⁵

41 Radbruch 2001 (op. 21), 276–277. Tudi Radbruch je bil torej (predvsem) nasprotnik absolutnosti. Tako kot čisti pravni pozitivizem tipa Karla Bergbohma zatrjuje, da je treba kot zavezujoče priznavati tudi najnižkotnejše zakonsko pravo, če je le formalno korektno ustvarjeno (nav. po Kaufmann, 2001, str. 10), tudi čisto naravno pravo operira le z nekaj splošnimi načeli, ki delujejo v prid samovolje. Radbruchu je bilo jasno, da morajo obstajati in da obstajajo »izjeme«.

42 Jasno je namreč, da »kdor seje norme, ne more žeti gole pravičnosti«. Kaufmann 2001 (op. 27), 11.

43 Radbruch 2001 (op. 21), 218. Prim. Dreier, Paulson 2001 (op. 25), 302–303.

44 Radbruch 2001 (op. 21), 63–64, 66, 67, 70 idr. Prim. Dreier, Paulson 2001 (op. 25), 304; Pavčnik 2001 (op. 26), 524. Radbruch pri tem pravičnost šteje za absolutno vrednoto, ki je ni mogoče izpeljati iz nobene druge vrednote. Opredeli jo kot osebno prepričanje, ki teži k objektivni pravičnosti. »Pravičnost v objektivnem smislu se lahko pojavlja le v odnosu med ljudmi. Ideal naravno dobrega pooseblja idealni človek, ideal pravičnosti pa idealna družbena ureditev. Pravično lahko imenujemo uporabo ali upoštevanje nekega zakona ali zakon sam. Prvo vrsto pravičnosti, še posebej pravičnost sodnika, ki je zvest zakonu, bi lahko poimenovali pravnost. Vendar tu ne govorimo o pravičnosti, ki se meri s pozitivnim pravom, temveč o pravičnosti, s katero se meri pozitivno pravo. Pravičnost v tem smislu pomeni enakost ... Enakost je vselej le abstrakcija dane neenakosti iz določenega zornega kota. Pravičnost je treba... dopolniti z drugimi temeljnimi pravili. Pravičnost ni izčrpani – je pa vendarle specifični pravni princip, tisti, ki je merodajen za pojmovno opredelitev prava... Primernost je pravičnost posameznega primera... Pravičnost pomeni pravilnost prav v odnosu do prava in po zaslugi snovne določenosti ideje lahko na podlagi ideje same sklepamo o snovi, ki ji velja» Radbruch 2001 (op. 21), 64–67. In če je bistvo pravičnosti enakost, je bistvo pravnega predpisa težnja k enakosti, težnja k pravičnosti. Radbruch 2001 (op. 21), 68.

45 Radbruch 2001 (op. 21), 107, 61. Radbruchova teza je bila, da je prevladujoči pravni pozitivizem pripomogel k vzponu nacizma. Glej na primer Stanley L. Paulson, Lon. L. Fuller, Gustav Radbruch, and the 'Positivist' Theses, *Law and Philosophy*, 13 (1994) 3.

Filozofija prava bi bila potemtakem tisti pogled na pravo, ki vrednoti, 'nauk o pravilnem pravu' (Stammler) ... Kantova filozofija nas je poučila, da iz tega, kar je, ni mogoče razbrati, kaj ima vrednost, kaj je pravilno, kaj naj bi bilo. Neka stvar nikdar ni pravilna že zgolj zato, ker je, ali ker je bila – ali tudi, ker hoče biti. Od tod izhaja odklanjanje pozitivizma.⁴⁶

Radbruchovo formulo je spretno interpretiral Kaufmann:

Spor med pravičnostjo in pravno varnostjo bi lahko rešili v smislu, da ima pozitivno pravo ... prednost tudi, kadar je vsebinsko nepravilno in nesmotrno, razen kadar nasprotje med pozitivnim zakonom in pravičnostjo doseže tako nevzdržno mero, da se mora zakon kot 'nepravilno pravo' umakniti pravičnosti. Nemogoče je potegniti ostrejšo ločnico med primeri zakonskega neprava in kljub nepravilni vsebini vendarle veljavnimi zakoni, vendar pa lahko z vso ostrino začrtamo neko drugo mejo: kjer si zakon niti ne prizadeva za pravičnost, kjer je pri postavljanju pozitivnega prava zavestno zanikana enakost, ki tvori jedro pravičnosti, tam zakon ni, denimo, le »nepravilno pravo«, temveč sploh nima narave prava. Kajti prava, tudi pozitivnega prava, sploh ne moremo opredeliti drugače kot red in uzakonitev, ki je po svojem smislu namenjena temu, da služi pravičnosti. Če merimo s takšnim merilom, potem celi sklopi nacionalsocialističnega prava nikdar niso dosegli časti veljavnega prava.⁴⁷

Zato lahko govorimo o dveh Radbruchovih formulah. *Formula nevzdržnosti*⁴⁸ ugotavlja, da je zakon vsebinsko nepravilčen do nevzdržne mere. *Formula zanikanja*⁴⁹ pa ugotavlja, da je zakon ne-pravo zaradi zavestnega zanikanja pravičnosti v zakonu, ali z zakonom. Objektivna opredelitev sicer problematične formule zanikanja po Kaufmannu pravi, da je na primer

nepravni značaj nacionalsocialističnih rasnih zakonov tako očiten, da jim zmotnost lahko razberemo že s čela, tako da se zakonodajalec, sodnik ali kdorkoli ne more samovoljno izogniti uvidu, da gre za zločinske zakone ... {D}vom bi lahko ohranjala le namerna skepsa – namerna skepsa pa ... ni resničen dvom.⁵⁰

46 Radbruch 2001 (op. 21), 39. Radbruch zagovarja stališče, da moramo v povezavi s pravom vrednotiti, postavljati zahteve in postavljati merila (67–68). Iz Radbruchovih razmišljanj bi lahko sestavili naslednjo formulo: Pravo ima veljavnost ne glede na (državno) smotrnost. Veljavnost procesnega prava je dana ne glede na uresničevanje smotra. Procesno pravo je kot tako v pomoč materialnemu pravu. Veljavnost in pravnomočnost sodbe je dana ne glede na materialno in procesno pravilnost. Tudi zaradi pravne varnosti, ki je najprej pravnomočnost, je primarno veljavna, šele potem pa nas zanima njena veljavnost kot izjema v smislu materialne in procesne pravilnosti, saj odstop od njiju ne sme biti nevzdržen. Na ta način dosegamo pravilno pravo. Pravna varnost je v končni fazi zato vendarle določena vsebinsko, saj je pravo v celoti sestavljeno iz kategoričnih imperativov. Pravo kot takšno torej služi vrednoti, ideji pravičnosti.

47 Kaufmann 2001 (op. 27), 12.

48 Ta sodi v njegov nauk o pravni veljavnosti.

49 Ta sodi v njegov nauk o pojmu prava.

50 Kaufmann 2001 (op. 27), 12. Prim. Dreier, Paulson 2001 (op. 25), 309–310; Pavčnik 2001 (op. 26), 525–526.

3.4 Pravo in morala – sredstvo in smoter

Radbruch sledi Kantovi tradiciji in uporablja ožji pojem morale. Dejansko vse njegove zahteve glede prava, ki izhajajo iz njegovega nauka o ideji prava, sodijo k morali. Pravo in morala sta nujno povezana.⁵¹ Za Radbrucha je morala odraz ideje nravnosti, pravo pa ideje pravičnosti, ki v pravu kot kulturnem pojavu postaja kulturna resničnost. Nравnost je po drugi strani vrednostni pojem. Primerljivi kategoriji sta zato bodisi pravičnost in nravnost bodisi pravo in morala. Tudi Radbruch kot izhodišče jemlje splošno tezo, da zunanost pripada pravu, notranost pa morali.⁵² Pravo in moralo razlikuje glede na štiri kriterije: *substrat* (razlikovanje zunanje, notranje vedenje in občutenje), *smotrni subjekti* (razmerje do drugih, do družbe ali pač »samo po sebi«, v smislu Kantovega kategoričnega imperativa morale), *načini zavezovanja* (vzgibi, vedenje) in *vir veljavnosti* (heteronomno, avtonomno).⁵³

Zanj imajo pravne norme v prvobitni podobi *naravo meril za sobivanje posameznikov*, ne pa narave ukazov.⁵⁴ Pravo je v prvobitnem značaju sestavljeno iz *norm, ki vrednotijo*, ne iz *norm, ki določajo*. Seveda pa želi pravo človeško vedenje ne le *presojeti*, ampak tudi *voditi*. Pravna merila se zato spremenijo v *imperative*, torej prepovedi in zapovedi, ki določajo človeško hotenje, ne pa v delujoče norme, ki vrednotijo človeško voljo. Pravni stavki so *imperativi*, če so norma in če delujejo kot norma, če nekaj pomenijo in če veljajo, če uveljavljajo neko hotenje. Po drugi strani so *norma*, če podajajo neko obveznost. Norma je neresničnost, ki želi biti uresničena, imperativ pa resničnost, ki želi delovati. Norma želi biti *smoter*, imperativ pa *sredstvo*. »Norma zahteva moralnost, imperativ legalnost.« Bistvo imperativa ni v tem, da zavezuje, ampak v tem, da opredeljuje. Tudi ne v tem, da velja, ampak v tem, da deluje.⁵⁵

Pravo in morala se po Radbruchovem prepričanju po vsebini pokrivata delno in naključno. Morala je po eni strani smoter prava, po drugi strani pa osnova za njegovo zavezujočo veljavnost.⁵⁶ Zavezujočo moč prava lahko utemeljuje le morala. Iz pravnih pravil kot imperativov ali izrazov volje morda lahko izpeljemo neko »moranje«, nikdar pa »najstva«. Podobno hotenje, če ga spremlja oblast, sicer lahko izzove moranje, toda nikdar najstva.⁵⁷

51 Dreier, Paulson 2001 (op. 25), 308.

52 Radbruch 2001 (op. 21), 70–71,

53 Radbruch 2001 (op. 21), 70–79.

54 Radbruch 2001 (op. 21), 74.

55 Radbruch 2001 (op. 21), 75. Prim. Dreier, Paulson 2001 (op. 25), 305.

56 Radbruch 2001 (op. 21), 77.

57 Radbruch 2001 (op. 21), 112.

O pravnih normah, pravnem najstvu, pravni veljavnosti in pravnih dolžnostih lahko govorimo šele, ko posameznikova vest podeli pravnemu imperativu moralno zavezujočo moč. Naturalizacija pravne dolžnosti v kraljestvu morale se kaže kot odevanje istega materiala v dvojno vrednost.⁵⁸

Logična vrednota postane objekt (etičnega) vrednotenja, ali moralna dobrina, povzdignjena v predmet krepostne dolžnosti. Kulturne dolžnosti potem ustvarjajo nalogo moralnega ravnanja in se pogosto kažejo kot dolžnosti socialne etike. Tako kot pravičnost, pravna pravilnost in končno *pravnost*, v kateri je zaobseženo pozitivno *pravo kot moralna vrednota*. Pravno področje ohrani vse svoje zakonitosti, čeprav ga pridružimo morali.

Radbruch pritrdi Kantu, da

vse dolžnosti že zgolj zato, ker so dolžnosti, sodijo k etiki, toda njihova zakonodaja zato ni vselej vsebovana v etiki, temveč so mnoge izmed teh dolžnosti izven nje. Morala se tako podreja neki zunanji zakonodaji in z *bianco* akceptom podpisuje vsebino dolžnosti, ki jo je mogoče ugotoviti šele na nekem drugem normativnem področju. Pravo in pravičnost ožigosa kot moralni nalogi, ugotavljanje njune vsebine pa prepušča zunaj moralni zakonodaji.⁵⁹

Radbruch posebej poudari, da pravo ne služi morali s pravnimi dolžnostmi, ki jih nalaga, temveč s *pravnicami*, ki jih podeljuje.

Posameznikom podeljuje pravice zato, da bi ti lahko kar najboljše zadostili svojim moralnim dolžnostim ... Moja pravica je pravzaprav pravica, da storim svojo moralno dolžnost. In nasprotno, moja dolžnost je, da varujem svojo pravico. S svojo pravico se človek bori za svojo moralno dolžnost, za svojo osebnost.⁶⁰

Pravo je le zato možnost morale in zato tudi možnost nemorale. Pravo lahko moralo le omogoča, ne more pa je izsiliti, ker je moralno dejanje v skladu s svojim pojmom nujno le dejanje *svobode*. Ker pa moralo le omogoča, mora po Radbruchu nujno omogočati tudi nemoralo. Razmerje med pravom in moralo je zato napet odnos. Pravo je sprva morali tuje, kot sredstvo do smotra. Naknadno, kot sredstvo za uresničevanje moralnih vrednot, pa je udeleženo pri spajanju morale kot svojega smotra z vrednoto in je tako s pridržkom lastnih zakonitosti vključeno v moralo.⁶¹ Končno je morala resničnost, katere smisel je, da predstavlja idejo dobrega. Pravo pa je resničnost, katere smisel je, da služi pravičnosti.⁶²

58 Radbruch 2001 (op. 21), 77.

59 Radbruch 2001 (op. 21), 77–78.

60 Radbruch 2001 (op. 21), 78–79. Radbruch, navezujoč se na staro-kitajsko filozofijo in Lao Ce-ja, pravi, da človek postane »osebnost« šele, ko se predaja neki stvari in ob tem pozabi nase (91).

61 Radbruch 2001 (op. 21), 79.

62 Radbruch 2001 (op. 21), 80. Prim. Dreier, Paulson 2001 (op. 25), 311.

Ob tem velja opozoriti na nadvse pomemben Radbruchov dodatek k mozaiku razmerja med pravičnostjo in pravom, in pa moralnih razsežnosti prava. Ideja prava pri Radbruchu sega celo čez pravičnost, saj naj bi pravičnost določala le *obliko* pravičnega. Za določitev vsebine prava je po njegovem mnenju treba vključiti še *smotrnost*. Na tej točki stopa v ospredje *država*. Ker je pravo v veliki meri državna volja, država pa bistveni del pravnega reda, sta vprašanji pravnega in državnega smotra neločljivo povezani. Gre za »nadempirično« idejo smotra. Radbruch se sprašuje, kateri vrednoti, ki sicer ni pravičnost, je pa absolutna, naj služi pravo glede na svoj namen in primernost. Poslanstvo prava je, da služi le eni vrednosti, to pa je *etična vrednota dobrega*. Ta zajema tudi absolutno logično vrednoto resničnega in absolutno estetsko vrednoto lepega.⁶³ Etični nauk o dobrinah in etični nauk o dolžnostih sta si pri tem vzajemno odvisna. Iz npravnega izpolnjevanja dolžnosti na eni strani samodejno izhaja npravna dobrina – moralna osebnost. Po drugi strani pa npravne dobrine, kot je resnica, pogojujejo zahteve po npravnih dolžnostih.⁶⁴ Ob vsem tem naj pravo služi individuumu. Pravo naj omogoča individualno npravnost in naj privede do individualne svobode.⁶⁵

Radbruch je poudaril, da »*filozofija prava nima moči, da bi sama utemeljevala idejo pravne dolžnosti, zato pravo v normativni obliki pozna le kot merilo, kot imperativ pa le v povsem faktični podobi*.«⁶⁶ Tisto, kar je pravno zapovedano, torej postane dolžnost šele, ko je povzdignjeno v npravno dolžnost, na področje etike! Pravna dolžnost je na ta način utemeljena kot npravna dolžnost in ne kot pravna dolžnost.⁶⁷ Prave pravne dolžnosti po mnenju Radbrucha obstajajo le za sodno prakso, ki se ukvarja s smiselnostjo pravnih zapovedi. Gre za smiselnost, ki jo, ločeno od dejstva hotenosti, lahko pojmujeemo le kot najstvo, ki ga določa

63 Radbruch 2001 (op. 21), 84–85.

64 Radbruch razpravlja tudi o vrstah vrednot (individualne, kolektivne, vrednote dela, individualistične, nadindividualistične, transpersonalne). Radbruch 2001 (op. 21), 85–89. Poslednji cilji teh vrednot so zanj svoboda, narod in kultura.

65 Radbruch 2001 (op. 21), 96. Radbruch ob interpretaciji Kelsnove teorije pravi naslednje: »V skladu s pojmovanjem, ki enači državo in pravo, bi bila država vedno znotraj prava, država, ki bi izvajala nepravo, pa ne bi bila več država. Problem, kako je država zavezana s strani svojega neprava, s tem sicer ne bi bil rešen, bi pa izginil, kajti v ugotovitvi, da je država vedno znotraj prava, ne smemo videti pristanka na policijsko državo, kakor v trditvi, da država, ki izvaja nepravo, ni več država, ne smemo videti opredelitve za pravno državo – razen v smislu, da je vsaka država pravna država. Nauk o identiteti ima zgolj opredeljevalno-analitični pomen, toda nikakršne pravnofilozofske in politične vsebine« (222). Ob tem poudari, da je Kelsen pač gledal na državo in pravo le »pravno« in pri tem zanemaril dejstvo, da ima država tudi resničnosti pojem ter da obstajajo pristni pojmi države, v katerih je povzeta vsebina pravnih norm in pravno relevantni pojmi, ki jih vsebujejo samo pravne norme. Država ni le pojem pravnega bistva, ampak tudi pojem pravne vsebine (223). Resničnostni pojem države sega v pravni svet kot pravno relevantni pojem. Tudi ideja prava in ideja države nista identični (224).

66 Radbruch 2001 (op. 21), 73.

67 Radbruch 2001 (op. 21), 77.

dolžnost.⁶⁸ Zato Radbruch meni, da nikdar ne moremo prikazati veljavnosti najvišjih pravnih pravil ali temeljnih zakonov, tudi ne veljavnosti pravnega reda kot celote. Lahko prikažemo veljavnost le nekega pravnega pravila v odnosu do drugih pravnih pravil.

Pravna znanost lahko veljavnost nekega pravnega reda meri le v skladu s svojo zahtevo po lastni veljavnosti, nikdar pa ne more nepristransko odločati o zahtevi po veljavnosti enega izmed teh pravnih redov v odnosu do drugih.⁶⁹

Lahko nastopa kot *zastopnik*, ki *enostransko pojasnjuje*, nikdar pa ne more biti objektivni razsodnik. Vselej z vidika enega pravnega reda kritizira veljavnost drugega.⁷⁰ Radbruch torej na problem veljavnosti in legitimnosti gleda kot na vrednotenje (oceno) »našega« pravnega sistema z uporabo »naših« kriterijev, ali meril njegove veljavnosti in upravičenosti. To vrednotenje in ocenjevanje pa vselej lahko dobi primerjalno razsežnost. Ko govori o »našem«, misli na civilizacijsko-kulturni prostor, v katerem živimo.

3.5 (Ne)legitimnost (gole) prisile

Radbruch zavrača teorijo moči, po kateri pravo velja že zato, ker ga zapoveduje oblast, ki ga je zmožna uveljaviti. Ukaz in oblast zanj pomenita le hotenje in zmožnost, ki lahko izzoveta le neko moranje, ne pa najstva. Ali le poslušnost, ne pa dolžnosti biti poslušen. Zanj zapovedi ne dosežejo veljavnosti pri tistem, ki je vanje prisiljen, kajti »*če pravo velja le, ker je za njim oblast, potem ne more veljati, če ta oblast odpove*«. ⁷¹ Meni, da meje moči niso določene z oblastjo, ker »*je moč duh*«, vsa moč pa je konec koncev nad dušami: »*Ukazujočega naredi velikega le ubogajoči. In pravo je največja moč*«. ⁷²

Ko Radbruch razmišlja o teoriji priznavanja, ki veljavnost prava opira na soglasje ljudi, poudari, da priznavanje ni funkcija volje, ampak *občutka* in zato pripada področju duševne pasivnosti, ne duševne spontanosti.⁷³ Ni stvar naše poljubne volje, ampak pravnega občutka, vezanega na neko normo.⁷⁴ Teorija

68 Radbruch 2001 (op. 21), 112, op. 2.

69 Tudi Radbruch 2001 (op. 21), 114, tako kot Kelsen in drugi teoretiki, veljavnost povezuje z dejansko učinkovitostjo oziroma z uveljavitvijo v povprečju primerov

70 Radbruch 2001 (op. 21), 113.

71 Radbruch 2001 (op. 21), 114.

72 Radbruch 2001 (op. 21), 115.

73 Glej Radbruch 2001 (op. 21), 134. Pravni občutek pravnika merimo s tem, kako shaja z nepravilnostjo predpisanega prava, pravni občutek laika pa s tem, ali v interesu pravne varnosti sploh lahko sprejme nepravilnost predpisanega prava. Zato je »pravičnost polarna vrednota, ki potrebuje upor, da lahko uveljavi svoje bistvo.« Pri tem pa se pravni občutek pomembno razlikuje od vesti! Pogosto sta si v nasprotju. Pravni občutek povezuje nasprotujoči si sili: vrednostno zavest in nagon (136–137, 140, 141–144).

74 Radbruch 2001 (op. 21), 115.

priznavanja se zato ne omejuje na psihološko dejanskost priznavanja, temveč predpostavlja, da »je posredno priznано tudi nekaj, česar človek dosledno logično ne more priznavati.«⁷⁵ Radbruch zato preide na filozofski nauk o priznavanju, ki izhaja iz tega, da veljavnost prava temelji na resničnem interesu pravo podvrženih ljudi, da bi pravo veljalo. Zaradi relativizma uma in znanosti je treba poudarek nameniti volji in moči. Če namreč nihče ne more ugotoviti, kaj je pravično, mora nekdo določiti, kaj naj bo pravno. Potrebna sta avtoriteta in sposobnost uveljavljanja prava. Legitimiranje je potemtakem utemeljeno z zmožnostjo ohranjanja reda in miru. To tudi po Radbruchu lahko označimo za »temeljno normo«.⁷⁶ Vendarle pa gre pri tem za določanje, kaj je prav, in ne, kaj je pravilno. Pravo, ki ga postavlja oblast, je podlaga pravnega reda, ne da pa se ga proglasiti za splošno veljavno pravno resnico. Boj za moč ni hkrati boj za prevlado med različnimi mnenji in pravnimi pogledi. Moč kot oblast mora pustiti prosto pot mnenjskemu boju, tudi boju med pravnimi nazori. Potrebni sta legalnost vedenja in svoboda kritike.⁷⁷ Zato pravo ne velja, ker se je zmožno učinkovito uveljaviti, temveč velja, če se je zmožno učinkovito uveljaviti, ker le v tem primeru more zagotavljati pravno varnost. Veljavnost pozitivnega prava je tako utemeljena s pravno varnostjo. In če je prva velika naloga prava zagotovitev pravne varnosti, reda in miru, je potem druga velika in nujna naloga prava pravičnost.⁷⁸ Pri tem je pravičnost odločilna v dveh pomenih: »kot idealna pravičnost in kot pozitivna pravičnost, t.j. kot pravna varnost.«⁷⁹ Kot rečeno, pravna varnost, smotrnost in pravičnost so enakovredne ideje prava, v sporu med njimi pa mora odločati posameznikova vest. »Sramotnim« zakonom mora vest odreči pokorščino,⁸⁰ ker ne morejo uživati legitimnosti in ker prisila, ki stoji za njimi, ne zadošča za veljavnost in pokorščino.⁸¹

3.6 (Racionalna) negativna definicija (»falsificiranje«)

Radbruch v svojih razmišljanjih o preddržavnih človekovih pravicah ne pojasni, kaj te pravice so. Nasprotno, predvsem pojasnjuje, kaj te pravice niso, oziroma kdaj določen akt predstavlja njihovo zanikanje. Strukturiranje Radbruchovih razmišljanja na prvo stopnjo postavlja *nadpozitivno*, tudi naravno pravo, na

⁷⁵ Radbruch 2001 (op. 21), 116.

⁷⁶ Prim. Dreier, Paulson 2001 (op. 25), 306. Oba, Radbruch in Kelsen, uvajata temeljno normo. Obe temeljni normi se razlikujeta predvsem po statusu. Radbruchova je pravnoetična, je naravnopravno etično načelo. Pri tem ne gre za naravnopravna načela v tradicionalnem smislu, ampak za pravnoetične zahteve, naslovljene na pravo.

⁷⁷ Radbruch 2001 (op. 21), 117.

⁷⁸ Radbruch 2001 (op. 21), 118.

⁷⁹ Radbruch 2001 (op. 21), 133.

⁸⁰ Radbruch 2001 (op. 21), 119.

⁸¹ T. i. »klavzula izjeme sramotnih zakonov«. Glej Dreier, Paulson 2001 (op. 25), 308.

drugo stopnjo pa *nadzakonsko pravo*, ki ga tvorijo običaji⁸² in sodna praksa. Z njimi pa je pretežno določena vsebina človekovih pravic.⁸³ Pravilno pravo Radbruch opredeli kot »tradicijo« pravilnega prava, tudi kot »vero« v pravilno pravo:

Pravno pravilo ... moramo v prvi vrsti črpati iz ohranjenega nauka in tradicije, t.j. iz temeljnih pravnih načel, ki jih pojmujejo kot splošno veljavna, ki so se izoblikovala na področju naravnega prava in ki niti potem, ko je naravno pravo iz absolutne nujnosti uma postalo veličastno zgodovinsko dejstvo, niso prenehala obvladovati ljudi ter so torej postala pozitivno mednarodno pravo ... {Z}a posameznim, na ta način ustvarjalno sprejetim pravnim pravilom je državna in naddržavna kolektivna volja, ki nosi celotni državni kakor tudi naddržavni pravni red: kakor med posamezniki, tako mora tudi med državami obstajati pravo, kolektivna volja do prava pa vključuje težnjo k univerzalni sklenjenosti, ki ne trpi nikakršnih vrzeli ali celo prostorov brez prava...⁸⁴

Nadpravo pri Radbruchu torej ni skupek moralnih načel, s katerimi bi se površno opredeljevali do pozitivnih pravnih norm. Je skrajno sredstvo, po katerem naj se poseže, če obstajajo tehtni razlogi za takšno početje; če se pravne norme prepletajo z očitnimi kršitvami vrednostnih standardov določenega civilizacijskega prostora. Radbruch se opredeljuje do vrednostnih dimenzij prava le v smislu *negativnih definicij*: Radbruch pove predvsem to, kaj je »očitno nepravilno« in čemu ni več mogoče priznavati značaja »prava«, ne pa morebiti to, kaj bi bilo v smislu nekatere algoritemske definicije »pravičnost«, »pravično«, ali »pravo« *per se*. Radbruch zato ne »verificira«, temveč zgolj »falsificira«.⁸⁵ Radbruch je poizkušal dokazati, da gre ljudem priznavati določene pravice, ki so po svojem značaju preddržavne in jih zato država ljudem ne podeljuje, pač pa jih mora priznavati, zagotavljati, omogočati njihovo uresničevanje in jih varovati.

Radbruch ponuja izhodišče, po katerem »še ... posameznikova vest podeli pravnemu imperativu moralno zavezujočo moč«.⁸⁶ Tri temeljne plati ideje prava; pravna varnost, pravičnost in smotrnost⁸⁷ je Radbruch razumel kot medsebojno

82 Radbruch 2001 (op. 21), 80–83.

83 Radbruch 2001 (op. 21), 221–226.

84 Radbruch 2001 (op. 21), 240–241.

85 Prim. Kaufmann 2001 (op. 27), 12.

86 Radbruch 2001 (op. 21), 77. Če je na primer Kelsen opredelil temeljno normo kot hipotezo, ki je del zavesti, je Radbruch podobno zapisal: »Ljudi in stvari doživljamo prežete z vrednostjo ali nevrednostjo in niti najmanj se ne zavedamo, da ta vrednost ali nevrednost izvira iz nas, opazujočih, in ne iz stvari in ljudi samih«. Duh se v vedenju, ki zavestno vrednoti, zave meril tega vrednotenja, zave se norm in njihovega konteksta, ki se postavlja nsproti naravi kot kraljestvo vrednot (33).

87 Radbruch 2001 (op. 21), 106, 272, 276. Radbruch poudari, da obstaja apriorni pojem prava, ki predvideva organ ustvarjanja prava in odnos nad- in pod-rejenosti ter apriorna ideja prava, ki se odraža v pravičnosti (162).

enakovredne, zato v primeru spora med njimi ne more odločati nihče drug kakor *posameznikova vest*.⁸⁸ Popolne veljavnosti celotnega pozitivnega prava torej ni mogoče izkazovati v odnosu do vsakega posameznika.⁸⁹ »*Bil bi tudi čudež,*« pravi Radbruch, »*ko bi neka resničnost imela brezmejno vrednost in veljavo*«. ⁹⁰ Posameznikova vest bo in sme kršitev pozitivnega prava večinoma oceniti kot bolj zaskrbljujočo od žrtvovanja lastnega pravnega prepričanja, lahko pa obstajajo »sramotni zakoni«, ki jim *vest* odreka pokorščino.⁹¹

V poenostavljeni različici treh elementov (načel) ideje prava Radbruch pravi, da naj bi bila pravičnost merilo, po katerem se presoja, ali neko pravilo sploh ima obliko prava in ga je sploh mogoče podrežati pojmu prava. Smotrnost odloča o tem, ali je pravo po vsebini pravilno. Pravna varnost, ki zagotavlja smotrnost, končno odloča o tem ali lahko pravu priznamo veljavnost.

Pravzaprav odločamo le v skladu s pravičnostjo, h kateri nek predpis teži, ali sploh ima naravo prava, ali ustreza pojmu prava. Toda vsebino prava določajo vsa tri načela. Poglavitno maso vsebine prava sicer obvladuje smotrnost, toda tudi te pravne vsebine modificira pravičnost ... Ti trije vidiki prava skupaj obvladujejo pravo v vseh njegovih vidikih, pa čeprav lahko med seboj stopajo v hudo protislovje ... Mnogostranost ideje prava je polna protislovij ... Ta protislovja je mogoče prikazati, ne da bi jih mogli rešiti. V tem ne vidimo pomanjkljivosti sistema ... In kako odveč bi bilo bivanje, če ne bi bil svet konec koncev protislovje in življenje odločitev!⁹²

Radbruch se torej ne ukvarja toliko z vprašanjem, kaj je pravično, temveč predvsem z vprašanjem, kaj *očitno ni* pravično.⁹³ Prepričan je v sposobnost ljudi

88 Kaufmann pojmu prava, podobno kot Radbruch, pripisuje štiri bistvene značilnosti: socialnost, ki zadeva medčloveške odnose in sledi držbeni pravičnosti ali splošni dobrobiti; enakost, ki se odraža v načelu prepovedi samovolje; normativnost, ki stremi k udejanjanju pravičnosti; pravna varnost (tudi pravni mir), ki se dosega prek pozitivnosti prava. Kaufmann 2001 (op. 27), 8–10.

89 Prim. Radbruch 2001 (op. 21), 95 in njegovo razmišljanje o individuumu (v državi).

90 Radbruch 2001 (op. 21), 119.

91 Radbruch 2001 (op. 21), 119. Podobno kot Radbruch je na primer Habermas prepričan, da človeku na koncu ostane le še moralna vest. Habermas 2001 (op. 7), 95. Radbruch je zapisal, da se mora posameznik v vlogi sodnika zoperstaviti očitni in zavestni krivici, kakršno je predstavljal nacizem, tudi za ceno lastnega življenja, Radbruch 2001 (op. 21), 257, 280. Pri Radbruchu vest odloča, jaz vplivam nanjo, upravičenost pa botruje temu, da težim k pravičnosti (270).

92 Radbruch 2001 (op. 21), 109–111. O razmerju med pravno varnostjo in pravičnostjo Radbruch (201–206).

93 To je Radbruch počel predvsem s pomočjo analize nacionalsocialističnega gibanja in nacistične zakonodaje. Glej Radbruch 2001 (op. 21), 252–261. Zločini proti človeštvu so pri Radbruchu posebej izpostavljeni kot huda oblika neprava, v skladu z nadzакonskim pravom, ki se ga zaveda vsak človek (260, 271 in nasl.).

za prepoznavanje očitno nepravilnih ravnanj, pravil in odločitev.⁹⁴ Na vrh hierarhične lestvice je Radbruch postavil nadpozitivno pravo.⁹⁵ Prvo načelo tega (naravnega) prava (in prvo načelo temeljne norme) je, da *ima oblastnik pravico postavljati pravo*. Drugo načelo tega prava (temeljne norme) je, da je *tudi oblastnik sam zavezan s tem pravom*. Ti dve načeli skupaj zagotavljata *pravno varnost*.⁹⁶ Z drugimi besedami, če je moč ukazovanja nosilca oblasti utemeljena s tem, da je le on sposoben avtoritativno odločati v sporu med pravnimi nazori in da lahko svoji odločitvi zagotovi veljavnost, če le on lahko zagotavlja pravno varnost, potem ta pravna varnost pomeni osnovo za zagotovitev pravice državne oblasti, da ustvarja pravo. Zato mora biti to tudi njena meja. Država ima zakonodajno pravico le zato, da zagotovi veljavnost svojih zakonov. Ista ideja pravne varnosti, ki državo poziva k zakonodaji (jo legitimira), zahteva tudi njeno lastno vezanost z zakoni. Vezanost na zakone je pogoj njene zakonodaje. S prevzemom oblasti prevzame dolžnost pravne države. Državo na njeno pozitivno pravo veže nadpozitivno (naravno) pravo, tj. isto naravnopravno načelo, na katerem edinole lahko utemeljimo veljavnost samega pozitivnega prava.⁹⁷ To najnižjo zavezanost države pravu, ki ga je sama postavila, Radbruch imenuje »*pozitivistična izvorlitev ideje pravne države*.«

Ideja pravne države (tudi kot nasprotje »policijske države«) je v izvorni podobi pomenila tudi vezanost države na preddržavne človekove pravice.⁹⁸ To vodi v uporabo ideje prava in ne le pravnega pojma, četudi ja ta nadvse pomemben, saj je pravo le tisto, kar teži k temu, da bi bilo pravično.⁹⁹ Tretje

94 Radbruchu je jasno povedal, da znanost ni identična z vrednoto kognitivno spoznavne resnice (kar je bilo na primer izhodišče za Kelsna) in da kultura, katere del je znanost, išče pomen in smisel v udejanjanju vrednot. Zato pravnik ne more spregledati povezanosti normativne pravne znanosti, ki se zanaša na vrednote, ker je pravo kulturno dejstvo, filozofije prava, ki vrednoti, ker je pravo kulturna vrednota in verske filozofije prava, katere pogledi presegajo vrednote in iščejo »bistvo«. Radbruch 2001 (op. 21), 34, 38. Posebej o pravilnem pravu in vrednotah, ki so višje od prava, razmišlja v poglavju »o milosti« (213, 215–216).

95 Prim. Hart 1994 (op. 2), 74.

96 »Pravna varnost zahteva pravno pozitivnost: če ne moremo ugotoviti, kaj je pravično, moramo uzakoniti, kaj naj bo pravno, in sicer s strani organa, ki je sposoben tisto, kar uzakonja, tudi uveljaviti. Pozitivnost prava s tem na nadvse neobičajen način sama postane predpogoj za njegovo pravilnost.« Radbruch 2001 (op. 21), 107. Za Radbrucha sta pravičnost in pravna varnost splošno veljavna elementa ideje prava, smotrnost pa je relativna (108–111). Pravičnost si je s smotnostjo v nasprotju, saj je pravičnost kot enakost splošna, smotrnost pa mora biti individualizirana. Pravna varnost terja pozitivnost, ki želi veljati ne glede na smotrnost in pravičnost. Predpostavlja oblast in ima zahteve glede veljavnosti, uveljavljanja in vsebine, saj mora biti pravo uporabno in izvedljivo.

97 Radbruch 2001 (op. 21), 225.

98 Glej Radbruch 2001 (op. 21), 268. Prim. Pavčnik 2001 (op. 26), 526.

99 Radbruch 2001 (op. 21), 226. »Pravo je vselej instrument, ki ga pravnik, ki se zaveda svoje odgovornosti, uporablja, da bi prišel do pravno vzdržne sodbe« (274).

načelo (temeljne norme) tako tvorijo (*preddržavne, tradicionalno, zgodovinsko izoblikovane in - formalno - utrjene*) *človekove pravice*, utemeljene v mednarodnem pravu.¹⁰⁰ Pri čemer za Radbrucha ni primarnega pomena odgovor na vprašanje, kaj te pravice so, temveč odgovor na vprašanje, kaj te pravice (očitno) niso (več).¹⁰¹ Tretje načelo v povezavi s prvima dvema načeloma zagotavlja pravičnost in enakost. Nadzakonsko pravo nadalje sestavljajo *običajno pravo in sodna praksa*, ki določata vsebino človekovih pravic.¹⁰² Slednje Radbruch opredeli tudi s pojmom »*nauk in tradicija pravičnega prava*« in »*vera v pravilno pravo*«. ¹⁰³ Liberalizem tako pomeni pravno-etično potrebno modifikacijo vsakršnega pojmovanja države, tudi avtoritarnega. Popolno zanikanje človekovih pravic je po Radbruchu absolutno nepravilno pravo.¹⁰⁴ Kajti pravo je, kot kulturni pojav in na vrednote vezano dejstvo, pravo samo v primeru, da ima namen biti pravično.¹⁰⁵ Ob tem, ko si moramo torej hkrati prizadevati za pravičnost in upoštevati pravno varnost, ker je ona del pravičnosti, je po Radbruchu »*najboljše pri demokraciji prav to, da je le ona primer-na, da zagotavlja pravno državo*«. ¹⁰⁶

V okence, ki je v zgornji tabeli ostalo prazno, lahko vpišemo tako Habermasovo razpravno teorijo prava in demokracije, kot tudi Radbruchovo teorijo zakonskega neprava in nadzakonskega prava. Obe teoriji (prepričljivo) vztrajata pri neločljivosti prava in morale.

100 Radbruch 2001 (op. 21), 225–226, 240, 275, 278. Ker je država suverena zato, ker je subjekt mednarodnega prava, je za Radbrucha njena naloga ustvarjati vrednote človeštva (240). Kolektivna volja do prava vključuje težnjo k univerzalni sklenjenosti.

101 Prim. Dreier, Paulson 2001 (op. 25), 310. Na ta način je Radbruch *modificiral vrednostni relativizem*, saj lahko le »hotena« ali »zavestna skepsa« odreka priznanje temeljnim pravnoetičnim načelom, ki jih je zbralo delo stoletij, posebej v deklaracijah človekovih pravic. Gre torej za priznanje obstoja določenih absolutnih temeljnih etičnopravnih načel. Vsaka poljubna vsebina zato ne more biti pravo (kot bi trdil pozitivizem), hkrati pa demokratični zakonodajalec ne more kot pravo ukoniti vsake poljubne vsebine. Demokracije ni mogoče demokratično samoopustiti, ker je vrednota (312).

102 Prim. Kaufmann 2001 (op. 27), 13.

103 Radbruch 2001 (op. 21), 240. To so »temeljna pravna načela, ki jih pojmuje kot splošno veljavna, ki so se izoblikovala na področju naravnega prava in ki niti po tem, ko je naravno pravo iz absolutne nujnosti uma postalo veličastno zgodovinsko dejstvo, niso prenehala obvladovati ljudi ter so torej postala pozitivno mednarodno pravo.«

104 Dreier, Paulson 2001 (op. 25), 311.

105 Radbruch 2001 (op. 21), 37.

106 Radbruch 2001 (op. 21), 281. Radbruchova filozofija prava vključuje filozofijo države. »Če je bil v središču izziva za filozofijo prava pravni pozitivizem, potem je v središču izziva za filozofijo države teorija demokracije.« Dreier, Paulson 2001 (op. 25), 311. Radbruch, ki se je zavedal paradoksa demokracije in strpnosti oziroma možnosti, da ukineta sami sebe, je zastopal idejo »bojevite demokracije« (uresničena je bila v nemškem Grundgesetz), ki se ves čas upira proceduralno (formalno) demokratični samoukinitvi demokracije s strani večine. Zanj je bila povezava med demokracijo, pravno državo in socialno državo nujna.

Pravo in dejstva Pravo in morala	Normativna teza (ločljivost prava in dejstev)	Reduktivna teza (neločljivost prava in dejstev)
Teza o moralnosti (neločljivost prava in morale)	Naravnopravna teorija	– Teorija o zakonskem nepravu in nadzakonskem pravu (Radbruch) – Proceduralna teorija materialne legitimnosti, razpravna teorija prava in demokracije (Habermas)
Ločitvena teza (ločljivost prava in morale)	(Kelsnova) čista teorija prava	Empirično-pozitivistična teorija prava

Predstavitev avtorja

Doc. Dr. Andraž Teršek je diplomiral, magistriral in doktoriral na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani. V letih 1999–2008 je bil zaposlen kot asistent na Katedri za teorijo in sociologijo prava Pravne fakultete Univerze v Ljubljani. Prejel je nagrado Zveze društev pravnikov Slovenije mladi pravnik. Je nekdanji pomočnik urednika revije *Dignitas* – slovenske revije za človekove pravice, urednik zbornikov Pravna vprašanja o začetku in koncu življenja: abortus in evtanazija (*Dignitas*) in Človekovo dostojanstvo in duševno zdravje (*Revus*), avtor številnih člankov, razprav in analiz, večinoma o ustavnem pravu, ustavni demokraciji in ustavništvu, človekovih pravicah in svoboščinah, legalnosti in legitimnosti ter sodnem pravotvorju ESČP in Ustavnega sodišča RS. Spisal je nekaj uspešnih in odmevnih pobud za ustavnosodno presojo. Je tudi avtor knjig *Svoboda izražanja* (2007), *Ustavna demokracija in vladavina prava* (2009) in soavtor knjige *Preludij demokracije – civilna družba in svoboda javnega komuniciranja* (2005). Je član upravnega odbora Društva za ustavno pravo, pobudnik, soustanovitelj in sourednik revije *Revus* in soustanovitelj Kluba *Revus* – Centra za raziskovanje evropske ustavnosti in demokracije. Kot predavatelj in raziskovalec je zaposlen na Univerzi na Primorskem, kjer predava o pravu, medijskem pravu in svobodi izražanja, etiki in človekovih pravicah. Je predstojnik Centra za povezano znanost in razvoj in prvi predsednik Kolokvija Univerze na Primorskem.

Synopsis

Andraž Teršek

Morality as the Foundation and Criterion of the Rule of Law

Key Words: Jürgen Habermas, Gustav Radbruch, foundations and criteria of the rule of law, suprastatutory law, statutory unlawfulness, morality, ethics, fundamental human rights

Summary: 1. Moral Foundations and Legitimation of the Law. – 2. General Validity of the Fundamental (Moral) Principles. – 3. Unseparability of the Law and Morality by Gustav Radbruch. – 3.1. *Suprastatutory Law*. – 3.2. *Unbearability of the Obvious Unjustness*. – 3.3. *Human Rights as the Supralaw*. – 3.4. *Law and Morality – Means and Purpose*. – 3.5. *Illegitimacy of the (Pure) Force*. – 3.6. *Rational Negative Definition (»Falsification«)*.

The relationship between law and morality is, within the legal science, a permanently present issue. Several theories have been written about it. Larger discrepancies exist between some of them, others differ only in nuances. The author of this article insists on such an understanding and study of law that maintains moral foundations of law and a permanent connection between the two. He founds his understanding on deliberative theory of law and democracy and procedural theory of legitimacy as developed by Jürgen Habermas.

Habermas believes that the constitution must be written in a way that justifies its content with principles having permanent validity *per se*. The modern constitutional state may only expect for its laws to be obeyed by its citizens if this obedience is founded on principles that by themselves are worth being recognized. Political positive law must at minimum be in line with moral principles whose general validity transcends a specific legal community. Normatively binding decisions therefore draw their power from being in accord with the criteria of moral quality. Positive law and postconventional morality are therefore complimentary and overlapping. With that, Habermas does not equate law and morality. He attributes specific features to law that enable it to carry morality where itself cannot venture. In this sense, he understands law as a functional supplement of morality. It should not be subordinated or adjusted to morality nor understood as being moral by itself. It must remain bound to morality. Law is a form of completing morality. It should, above all, reasonably motivate a consensus on what obligations individuals should undertake.

A specific meaning within the European understanding of the relation between law and morality is attributed to Gustav Radbruch's philosophy of law. He too insisted on a permanent correlation between law and morality. Law does not only serve morality with legal obligations that it imposes, but with rights that it confers. An individual's right is in fact one's right to perform one's moral duty. And *vice versa*, one's duty is to protect one's right. With it, the individual fights for his duty, his moral self. Radbruch understood basic human rights and freedoms as rationally recognizable and morally justified suprastatutory and suprapositive principles. As well as a reflection of humanity, based on the consciousness of the individual as a moral person. That is the idea, the essence of law. The umbilical cord between morally founded idea of law and the normative structure of the legal system therefore can not be severed. Law after all can not exist, function and develop without those features that morality and rationality introduce into the legal world. Radbruch conceptualized the difference between statutory unlawfulness and suprastatutory law. Whenever a legal regulation does not strive towards justice, it consciously denies it. By that, it denies a provision of its nature as the Law. But when fairness is not consciously denied from law a question of criteria is raised, distinguishing between an (merely) unfair statute and statutory unlawfulness. The conflict between the letter of the statute and fairness must be so unbearable that the statute as irregular law must give way to fairness. The so-called Radbruch's formula, consisting of two parts, emerges henceforth. The *formula of unbearableness* determines whether the content of a statute is unjust to the point of being unbearable. The *formula of denial* determines whether the statute no longer constitutes law because of conscious denial of fairness.

References

- Niclas BERGGREN, Nils KARLSON, Joakim NERGELIUS (eds.), 2002: *Why Constitutions Matter*. New Brunswick, London: Transaction Publisher.
- Roger COTTERRELL, 2003: *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.
- Ralf DREIER, Stanley L. PAULSON, 2001: Uvod v Radbruchovo filozofijo prava. *Filozofija prava*. Gustav Radbruch. Ljubljana: Pravna fakulteta v Ljubljani in Cankarjeva založba.
- Ronald DWORKIN, 2000: *Law's Empire*. Oxford: Hart Publishing.
- David DYZENHAUS, 1999: *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press.
- Jürgen HABERMAS, 2001: Trije normativni modeli demokracije. *Pravo in politika*. Ed. Jelica Šumič Riha. Ljubljana: Liberalna akademija.
- 1990: Morala, družba in etika, Intervju. *Časopis za kritiko znanosti*.
 - 1996: Kako je mogoča legitimnost putem legalnosti. *Legitimnost demokratske vlasti*. Eds. Mirjana Kasapović, Nenad Zakošek. Zagreb: Naprijed.
 - 1998: *Between Facts and Norms*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.
- Herbert L. A. HART, 1994: *Koncept prava*. Ljubljana: Krt (Prevodi). English trans., 1961: *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Pavel HOLLÄNDER, 2003: The Judge Today: A Barrier to Postmodern Deconstruction or An Industrial Factory for Decision-Making? *Systems of Justice in Transition. Central European Experience since 1989*. Eds. Jiri Přibáň, Pauline Roberts, James Young. Burlington: Ashgate.
- Jurisprudence. <http://en.wikipedia.org/wiki/Jurisprudence>.
- Arthur KAUFMAN, 2001: Pismo vnuku Sinnu Baumannu o Gustavu Radbruchu in Radbruchovi formuli. *Uvod v filozofijo prava*. Gustav Radbruch. Ljubljana: Cankarjeva založba in Pravna fakulteta.
- 1994: *Uvod v filozofijo prava*. Ljubljana: Cankarjeva založba
- Hans Kelsen, 2005: *Čista teorija prava*. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- 1992: *Introduction to the problems of legal theory*. Oxford: Clarendon Press.
 - 1951: *Opšta teorija prava i države*. Beograd: Arhiv za pravne i društvene nauke.
- Donald P. KOMMERS, 1997: *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London: Duke University Press.
- Jacques MARITAIN, 2002: *Človek in država*. Ljubljana: Claritas.
- Stanley L. PAULSON, 1994: Lon. L. Fuller, Gustav Radbruch, and the 'Positivist' Theses. *Law and Philosophy* 13 (1994) 3.
- 1997: *Introduction to the problems of legal theory: A Translation of the first edition of the Reine Rechtslehre or Pure theory of law*. Hans Kelsen. USA: Oxford University Press.
- Marijan PAVČNIK, Anton PERENIČ, 1992: *Praktikum za uvod v pravoznanstvo*. Ljubljana: Časopisni zavod Uradni list Republike Slovenije.
- 2001: *Teorija prava*. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Jiri PRIBÁŇ, 2003: Constitutional Justice and Retroactivity of Laws in Postcommunist Central Europe. *Systems of Justice in Transition. central European Experience since 1989*. Eds. Jiri Přibáň, Pauline Roberts, James Young. Burlington: Ashgate.
- Gustav RADBRUCH, 2001: *Filozofija prava*. Ljubljana: Cankarjeva založba in Pravna fakulteta v Ljubljani.
- John RAWLS, 1999: *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Joseph RAZ, 1979: *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Gerhard SPRENGER, 1998: Petdeset let Radbruchove formule ali: o jezikovni stiski pravnikov. *Pravnik* (1998) 11-12.
- Andraž TERŠEK, 2008: *Legitimnost kot prvina političnih in pravnih konceptov sodobne ustavne demokracije*. Doctorate dissertation. Faculty of Law in Ljubljana, Slovenia.
- 2009: *Ustavna demokracija in vladavina prava: ustavnopravni eseji*. Koper: UP FAMNIT.
- Boštjan M. ZUPANČIČ, 2006: *O spoštovanju. Pismo iz Strasbourga*. Ljubljana: Zbirka Pravna praksa 4.

Author's short biography

Diploma in Law from the Faculty of Law, University of Ljubljana (Faculty Award for Excellent Final Paper on Legitimacy). Master of Legal Science (Theory of Law and State and Sociology of Law) from the Faculty of Law, University of Ljubljana. Doctorate from Faculty of Law, University of Ljubljana (Constitutional Law). Assistant professor at the Chair of Theory and Sociology of Law at the Faculty of Law, University of Ljubljana (1999-2008). Former assistant editor of Dignitas – The Slovenian Journal of Human Rights. Editor of collection of Papers Legal Questions about the Beginning and End of Life. Abortion and Euthanasia and Human Dignity and Mental Health. Author of numerous articles, essays and research papers, mostly written about constitutional law, constitutionalism and constitutional democracy, human rights, legality and legitimacy. Author of successful and notable initiatives for constitutional adjudication of the Slovenian Constitutional court. Author of the monograph Freedom of Expression (2007) in Constitutional Democracy and the Rule of Law (2009). Co-author of the monograph Preludium of democracy – civil society and the freedom of public communication. Member of the Slovenian Constitutional Law Association's managing board. Initiator, co-founder and co-editor of Revus – European Constitutionality Review. Co-founder of the Club Revus – Centre for Studies on Democracy and European Constitutionality. He is a Researcher and Scholar at the University of Primorska, lecturing about law, freedom of expression, ethics and human rights. He is the of the Centre for Single Science and Development and the first president of the Colloquium of the University of Primorska.