

Marijan Pavčnik (ur.)

Zakonsko (ne)pravo

LEXPERA®

GV
ZALOŽBA



Urednikovo pojasnilo

Nastanek drugega zvezka v malem formatu v zbirki Pravna obzorja je spodbudil tudi mag. Martin Jančar, sodnik na Okrožnem sodišču v Ljubljani, ki je ocenil prvi zvezek malega formata. Oceno Kelsnovega dela *Kaj je pravičnost?* je sklenil takole:

»Delo je izšlo v priročnem formatu žepne knjige s trdimi platnicami, ki se prilega malo večjemu žepu. V žepu me spremlja že vrsto mesecev in mi omogoča, da jo lahko odprem ob vsaki priložnosti in se soočim z jasnostjo argumentacije ter obravnave določene plati pravičnosti – v spodbudo lastnemu razmišljanju.¹ Tako upam, da bo številki 1 kmalu sledilo še kaj podobnih del – Radbruchov oziroma von Hipplov *Mali pravni brevir* ali kaj podobnega.«²

Jančarjev nasvet je zadel žebljico na glavico. Pomembno vlogo imajo tudi kratka besedila, ki se ob pravem trenutku odzivajo na probleme časa. Več izostrenih stavkov in miselno poglobljenih strani ima bistveno večjo težo kot debele knjige, skozi katere se je težko prebiti, ker niso dovolj notranje napete in podrejene vsebinsko sklenjeni zasnovi. Potrebujemo, se razume, oboje: dognane monografije in sistematična dela na eni ter kratka

¹ Na tem mestu je op. 15, ki jo izpuščam.

² Martin Jančar: *Kaj je pravičnost?* *Pravna praksa*, 36 (2017) 44, str. 37.

dela in znanstvene črtice, ki brž zarežejo in se zaiskrijo, na drugi strani.

Šolski primer kratkega besedila, ki se je dvignilo v višave in je sporočilno preživelo svojega avtorja Gustava Radbrucha, je članek *Zakonsko nepravo in nadzakonsko pravo* iz leta 1946.³ Članek sporoča tisto, kar je danes znano kot *Radbruchova formula*. O njej in njenem pomenu govori tudi pismo, ki ga je o Radbruchu in njegovi formuli leta 1999 ali 2000 napisal Arthur Kaufmann (1923–2001).⁴ Življenje je hotelo, da profesor Kaufmann izida slovenskega prevoda ni dočakal.⁵ Iz Münchna je prišlo sporočilo, da se je 11. aprila 2001 poslovil in da od takrat, kot bi rekel sam, ne biva več na našem planetu.

Ob Radbruchovem članku in Kaufmannovem pismu je v knjigo uvrščena še urednikova razprava *Zakonsko (ne)pravo*, ki je prvič izšla leta 2013 v zborniku *Liber amicorum* za Alenko Šelih ob njenem okroglem jubile-

³ Glej Gustav Radbruch: *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946). Mit einer Einführung von Winfried Hassemer. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.

⁴ O Arthurju Kaufmannu glej kratek urednikov zapis v: Arthur Kaufmann: *Uvod v filozofijo prava*. 2. izd. Dodatek: Aleš Novak, Marijan Pavčnik. Ljubljana: GV Založba, 2013, str. 355–358.

⁵ Arthur Kaufmann: Pismo vnuku Finnu Baumannu o Gustavu Radbruchu in Radbruchovi formuli, v: Gustav Radbruch: *Filozofija prava*. Študijska izdaja. Izdala: Ralf Dreier, Stanley L. Paulson. Prevod: Amalija Maček. Ljubljana: Pravna fakulteta, Cankarjeva založba, 2001 (ponatis: 2007), str. 7–14.

ju.⁶ Intelektualna poštenost zahteva, da zainteresiranega bralca napotim tudi na razpravo Gerharda Sprengerja, ki je nastala ob petdeseti obletnici Radbruchove formule.⁷ Moč te razprave je simbolna. V njej se profesor Sprenger zavzema za to, da bi bilo pravo kar najbolj znosno.⁸

Marijan Pavčnik

⁶ Marijan Pavčnik: Zakonsko (ne)pravo, v: *Zbornik za Alenko Šelih*. Ur. Matjaž Ambrož, Katja Filipčič, Aleš Završnik. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Slovenska akademija znanosti in umetnosti, 2013, str. 43–58.

⁷ Gerhard Sprenger: 50 Jahre Radbruchsche Formel oder: Von der Sprachnot der Juristen. *Neue Justiz*, (1997) 1, str. 3–7. Glej tudi slovenski prevod: Petdeset let Radbruchove formule ali: o jezikovni stiski pravnikov. Prevod: Amalija Maček. *Pravnik*, 53 (1998) 11–12, str. 633–644.

⁸ Prim. Marijan Pavčnik: Smisel pravne misli (Sprengerjeva re-interpretacija Radbruchove formule, v: *Izbrani vidiki ustavnega, civilnega in gospodarskega prava. Liber amicorum Lojze Ude*. Ur. Viktorija Žnidaršič Skubic, Matija Damjan, Boštjan Koritnik. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Inštitut za primerjalno pravo, 2016, str. 27–41. Ponatis v: Marijan Pavčnik: *Iskanje opornih mest*. Ljubljana: IUS Software, GV Založba, 2017, str. 13–31.

Vsebina

Urednikovo pojasnilo	5
1. Zakonsko nepravo in nadzakonsko pravo	11
<i>(Gustav Radbruch)</i>	
2. Pismo vnuku Finnu Baumannu o Gustavu Radbruchu in Radbruchovi formuli	29
<i>(Arthur Kaufmann)</i>	
3. Zakonsko (ne)pravo	41
<i>(Marijan Pavčnik)</i>	
1. Vprašanje pravnega pozitivizma	41
2. Radbruch in njegova formula	45
3. Pitamičev pogled	51
4. Odzivi v slovenski ustavnosodni praksi	54
5. Nekatera odprta vprašanja	58
Literatura	67
Seznam prvih objav	73
Imensko kazalo	75
Stvarno kazalo	79

1. Zakonsko nepravo in nadzakonsko pravo*

Gustav Radbruch

I.

Nacionalsocializmu je s pomočjo dveh temeljnih načel uspevalo trajno navezovati nase svoje pristaše, na eni strani vojake in na drugi pravnike: »ukaz je ukaz« in »zakon je zakon«. Načelo »ukaz je ukaz« ni nikdar obstajalo brez omejitev. Dolžnost pokorščine se je končala pri ukazih, ki so služili zločinskim namenom ukazujočega (MStrGB § 47). Načelo »zakon je zakon« pa, nasprotno, ni poznalo nobene omejitve. Bilo je izraz pozitivističnega pravnega mišljenja, ki je številna desetletja skorajda nesporno prevladovalo med nemškimi pravniki. Zakonsko nepravo je tako kakor nadzakonsko pravo pomenilo protislovje v sebi. Praksa se v današnjem času vse večkrat sooča z obema problemoma. Tako so na primer v SJZ (str. 36) objavili in komentirali neko odločitev Okrožnega sodišča v Wiesbadnu – v skladu s katero so »zakoni, ki so proglašali premoženje Judov za pripadajoče državi, v

* Gustav Radbruch: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, v: *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1 (1946), str. 105–108. Prevod: Zakonsko nepravo in nadzakonsko pravo, v: Gustav Radbruch: *Filozofija prava*. Študijska izdaja. Izdala: Ralf Dreier, Stanley L. Paulson. Prevod: Amalija Maček. Ljubljana: Pravna fakulteta, Cankarjeva založba, 2001 (ponatis: 2007), str. 271–281.

nasprotju z naravnim pravom in so bili že v času sprejetja nični«.

II.

Na področju kazenskega prava so isti problem izpostavile predvsem razprave in odločitve znotraj ruske cone.

1. V osrednji obravnavi pred Thürinškim porotnim sodiščem v Nordhausnu so sodnega uslužbenca Puttfarkna, ki je z ovadbo povzročil obsodbo in usmrtitev trgovca Göttiga, obsodili na dosmrtno ječo. Puttfarken je Göttiga ovadil zaradi letaka, ki ga je ta pustil na nekem stranišču: »Hitler je množični morilec in kriv za to vojno.« Obsodba ni temeljila le na letaku, temveč so ga obtožili tudi poslušanja tujih oddajnikov. Tisk je izčrpno objavil pledoaje thürinškega generalnega tožilca *dr. Kuschnitzkija* (»Thüringer Volk«, Sonneberg, 10. maja 1946). Generalni tožilec najprej obravnava vprašanje: je bilo dejanje protipravno? »Če obtoženi pojasnjuje, da je ovadbo podal iz nacionalsocialističnega prepričanja, je to pravno nepomembno. Pravna dolžnost ovajanja ne obstaja, niti iz političnega prepričanja. Te pravne dolžnosti ni bilo niti v Hitlerjevem času. Odločilnega pomena je, ali je ravnal v službi pravosodja. Kar pa predpostavlja, da je sodstvo sposobno, da pravično izreka pravo. *Sodstvo terja zakonitost, stremljenje po pravičnosti in pravno varnost.* V političnem kazenskem sodstvu Hitlerjevega časa ni izpolnjen nobeden izmed teh treh predpogojev.«

»Kdor je v teh letih koga ovadil, je moral računati s tem – in to tudi je – da obtoženca ni izpostavil zakonitemu sodnemu postopku s pravnimi zagotovili za ugotavljanje resnice in za pravično sodbo, temveč samovolji.«

»Zato se v celoti pridružujem pravni oceni, ki jo je glede tega vprašanja podal dekan Pravne fakultete Univerze v Jeni, gospod profesor *dr. Lange*. Razmere v tretjem rajhu so bile vsem poznane, tako da je človek natančno vedel: če so v tretjem letu vojne koga sodno preganjali zaradi letaka »Hitler je množični morilec in kriv za to vojno«, potem ta človek ne bo mogel ostati pri življenju. *Kako* bo sodstvo zlorabilo pravo, tega človek, kakršen je bil Puttfarken, gotovo ni mogel predvideti, toda lahko se je zanesel na to, *da* mu bo to že kako uspelo.«

»Prav tako ni obstajala nikakršna pravna dolžnost za ovadbo, ki bi izhajala iz § 139 StGB. Sicer so v tem določilu s kaznijo grozili tistemu, ki prejme verodostojno sporočilo o načrtovanju veleizdaje in tega pravočasno ne prijavi uradu; sicer je gotovo, da je Vrhovno deželno sodišče v Kasslu Göttiga obsodilo na smrt zaradi *priljubljenosti veleizdaje*, toda v pravnem smislu nikakor ni bila podana nikakršna priprava veleizdaje. Stavek, ki ga je *Göttig* pogumno oznanil: »Hitler je množični morilec in kriv za to vojno«, je bil na vsak način le gola resnica. Kdor jo je razširjal in oznanjal, ni ogrožal niti rajha niti njegove varnosti. Poizkušal je le prispevati k boju proti tistemu, ki je rajh pogubljal, in je potemtakem hotel rajh rešiti, kar je nasprotje veleizdaje. Zavrnuti moramo vsakršno