

## Nekaj misli o načelu zakonitosti

Boštjan M. Zupančič\*

Na prvi pogled bi se zdelo, da je načelo zakonitosti odveč. Pravniku je znano, da načelo zakonitosti pravzaprav ne ukazuje nič drugega kakor le to, naj se pri konkretizaciji abstraktne pravne norme drži navodil, ukaza te norme. Nič bolj jasnega kot to! Če pa je zadeva tako jasna, zakaj je potem maksima o zakonitosti sploh potrebna? Tistega, kar je, kakršno je po naravi stvari, ni treba posebej ukazovati. Če se vendarle ukazuje, je to nepotrebno ponavljanje.

Načelo zakonitosti torej že s svojim obstojem dokazuje, da sta kvalifikacija pravnega primera (prehod od splošnega k posebnemu) in subsumpcija pravnega primera pod abstraktno pravno normo (prehod od posebnega k splošnemu) nekaj več kakor le vnaprej popolnoma določen in predvidljiv postopek. Da je treba sodnikom pa tudi drugim pravnikom v nekaterih primerih še posebej ukazati — to velja zlasti v kazenskem pravu — naj se zakona strogo drže, najbrž pomeni, da obstaja nevarnost, da bi sicer odstopali od zakona.

Postavlja se torej vprašanje, zakaj do takih odstopanj pride; še več — postavlja se vprašanje, kakšen smisel sploh ima norma, na katero vsaj po pozitivistični teoriji gledamo kot na ukaz, če pa se tega ukaza pravzaprav ni nujno držati. Ne nazadnje, pa se postavlja vprašanje, koliko je abstraktni sistem pravnih norm zaživel življenje, ki je po svoji naravi ne le neodvisno od tistega, iz katerega je ta sistem izšel in v katerega naj bi se vračal, temveč je njegovo življenje in delovanje postalo tudi drugačno, morda celo namenom, volji, interesom, filozofiji, nazorom itd. ljudi in družbe odtujeno.

V pričujočem prispevku si bomo najprej ogledali nekaj pravno-filozofskega ozadja tega vprašanja. Poskusili bomo potegniti vzporednico med tem izrazito pravnim vprašanjem zakonitosti na eni ter splošnim filozofskim vprašanjem razmerja med pojmom (konceptom) ter dejanskostjo na drugi strani.

Prvo vprašanje, ki se tu postavlja vsakemu filozofsko usmerjenemu pravniku, mora zadevati razmerje med konkretnim in abstraktnim, med posebnim in splošnim. Dispozicija kaznivega dejanja (*corpus delicti*) je na primer abstrakcija. Opisi konstitutivnih prvin kaznivih dejanj uboja, ropu, posilstva, tatvine itd. so abstrakcije

zato, ker so te prvine v resnici skupni imenovalec vseh teh vrst ravnanja. Kar je od posameznega dejanja, pri katerem kdo koga ustrelil, oropal, mu naredil silo itd., abstrahirano (lat. **abstrahere**, odtrgati, odvleči), so **nebistvene** lastnosti posameznih primerov.

Kadar pravimo, da je kak pravnik ali pravni sistem kazuističen, mislimo, da se preveč ukvarja z nepomembnimi, nebistvenimi, pravno neodločilnimi podatki o posameznih primerih: da je imel na primer storilec kaznivega dejanja ob času storitve za vratom rdečo kravato. Razločevanje med bistvenim in nebistvenim je pri tem osrednjega pomena: večina pravnih filozofov, kakor bomo videli, navsezadnje govori o »dejstvih«. Dejstev pa ni, če se dejanskosti ne lotimo z **določenimi** merili o tem, kaj je bistveno in kaj ne. Profesor Bayer na primer poudarja pojem pravno odločilnih dejstev<sup>1</sup> in pri tem seveda misli na tista dejstva, ki jih dela bistvene sam opis kaznivega dejanja. Prav lahko bi na primer imeli kvalificirano obliko »uboja z rdečo kravato«; potem tistemu, ki bi to kravato omenjal, ne bi mogli več očitati, da je kazuističen. Postavlja se torej povsem preprosto vprašanje, zakaj rdeča kravata ni konstitutivna prvina takega kaznivega dejanja.

Pravni teoretik **Ph. I. André-Vincent** se v svojem sestavku *L'abstrait et le concret dans l'interprétation*<sup>2</sup> loteva podobnih vprašanj. Po njegovem obstaja nevarnost, da bi se pravni sistem prelomil na dvoje, češ da nekateri pravni teoretiki abstrakcijo zakona oddaljujejo od resnične konkretnosti prava, ki živi svoje vsakdanje življenje v sodbah sodnikov, odločbah upravnih organov, navadah ljudi, ki predpis upoštevajo itd. Pravo po njem ne po Iheringu ne sprejema življenja in sile od abstraktnega, marveč jo nasprotno, temu abstraktnemu šele daje.<sup>3</sup> **André-Vincent** stoji na stališču, da je vprašanje preloma med abstrakcijo in dejanskostjo že od Descartesa eno bistvenih vprašanj pravnega mišljenja. Za Descartesa je abstrakcija stvaritev duha, ki se ne konča v dejanskosti, marveč v ideji.<sup>4</sup> Celo sam pomen besede **abstrakcija** se je od predekar-

<sup>1</sup> Glej Vladimir Bayer, *Krivično procesno pravo*, II. del, str. 15–25.

<sup>2</sup> *Archives de Philosophie de Droit*, No. 17, str. 135 do 149. Za napotek za to delo se zahvaljujem doc. dr. A. Pereniču.

<sup>3</sup> *Ibid.*, str. 136.

<sup>4</sup> *Id.*

\* Diplomirani pravnik, magister pravnih znanosti, 61000 Ljubljana, Zrinjskega 7.

tistične filozofije bistveno spremenil: ne gre več za proces (operacijo od posameznega k splošnemu), temveč za svojstven pojav, neodvisen od dejanskosti. Tako je podekartiistična abstrakcija nasprotje Aristotelove abstrakcije. Ker se je stik misli z dejanskostjo pretrgal, pravi **André-Vincent**, je tudi stik abstraktnega s konkretnim postal dvomljiv. Ali je torej v zakonu formulirano abstraktno pravo drugačno kakor tisto konkretno pravo, ki ga oklicuje sodnik? Sta to dve heterogeni dejanskosti?

Ta teoretik se boji, da bi se zaradi takega prepada med abstraktnim zakonom in dejanskostjo konkretne pravne norme postavilo vprašanje celotnega delovanja pravnega sistema. Ta bi postal shizofren in bi izgubil stik z dejanskostjo. Ker **načelo zakonitosti** ukazuje prav nasprotno, naj bo namreč posamična sodba o posamičnem storilcu kaznivenga dejanja neposreden odsev abstraktnih norme in naj ji suženjsko sledi, bi ta pravna shizofrenija, če temu lahko tako rečemo, pomenila konec načela zakonitosti. Kolikor bolj se namreč uporaba norme prek pravne razlage odtuji, ukazom splošno izražene zakonodajne volje, toliko bolj postaja načelo zakonitosti čista fikcija.

**André-Vincent** poudarja, da je pravni razlagi že po naravi zadeva dana delna neodvisnost.

Razlaga, pa naj bo ne le v tej plati najznačilnejša — teleološka, temveč tudi, če je slovnična, sistematična, zgodovinska ali kako drugače formalno-logična, vendarle pomeni prehod od splošnega pojma k posamičnemu pravnemu položaju. Celo za **Kelesena**, poudarja **André-Vincent**, je konkretna pravna norma za konkretni pravni primer »stvaritev norme«.

Znani nemški teoretik **Engisch** (*Die Idee der Konkretisierung Inn Recht und Rechtswissenschaft Unserer Zeit*), na katerega se **André-Vincent** opira v citirani razpravi, imenuje to izkazovanje splošne pravne norme v posameznemu otipljivemu življenjskemu primeru »konkretizacija«.

**André-Vincent** se dobro zaveda, da abstraktnost pravne norme ni iz trte zvita. Abstraktnost, na katero se opira zakonodajalec, da z njo izrazi svojo voljo za vse in za **prihodnost**, vendarle prihaja do abstraktnih formulacij o prepovedanosti in zapovedanosti nekaterih dejanj na podlagi **preteklega** (izkustva) opazovanja tistih potez kakkega ravnanja, ki se kot skupni imenovalci kažejo v vseh dejanjih.

Abstrakcija torej ni nujno samovoljna in poljubna. Abstrakcija torej ni prav nič drugega kakor poskus zgostitve bistvenih in izhlapevanje nebistvenih sestavin ravnanja, ki ga je zavoljo zakonodajne politike na primer v kazenskem pravu treba natančno, splošno in abstraktno opisati.

Res pa je tudi, da ta merila bistvenosti in nebistvenosti vendarle izhajajo iz temeljne naravnosti celotnega kazenskega prava. Tej naravnosti sicer učeno pravimo »kaznovalna naravnost« (»punitive functionality«). Gre kratko in malo za to, da so za kazenskega sodnika v pravnem primeru bistvenega pomena druge posameznosti kakor npr. za lečečega psihiatra. Ta je naravnan ne na kaznovanje, temveč na zdravljenje. Funkcionalno neujemanje med dvema vedama, značilno je prav to med medicino in pravom, povzroča spore med protagonisti. Ti spori so v bistvu nesporazumi, izhajajo pa vendarle iz temeljnih razlik. Psihoanalitično usmerjenemu psihiatru na primer je rdeča kravata lahko bolezenski znak, medtem ko jo pravnik navadno upošteva le kot sredstvo za ugotavljanje istovetnosti. Hočemo le poudariti, da dejstva niso »bistvena« samo ob sebi, temveč le v perspektivi kakkega imena, vloge itd.

Kakor smo poudarili že prej, je jasno, da pri ločevanju bistvenega in nebistvenega ne gre za samovoljnost in poljubnost; s primerjalnopravnega stališča je prav lahko dokazati, da so celo občutljive pravne institucije, ki določajo tako neoprijemljive pojme, kakor na primer prištevnost, podvržene isti zakonitosti. Prav prištevnost kot institut materialnega kazenskega prava je značilen primer v Model Penal Code (M. P. C.), ki je zdaj pravzaprav v resnici model ameriški zvezni in državni zakonodaji. Kljub vsem zapletljajem v zvezi s primerom **McNaghten**<sup>5</sup> pa tudi v zvezi s t. im. produktnim pravilom primera **Durham**<sup>6</sup> večina zakonodaj sledi tisti določitvi neprištevnosti, ki jo je M. P. C. dobesedno prevzel iz švicarskega kazenskega zakona.

<sup>5</sup> Znani primer **McNaghten**, 8. Eng. Rep. 718, 10 cl. and Fin. 200 (1843), ki je pravzaprav prva obsežnejša določitev pojma neprištevnosti v anglosaškem sistemu.

<sup>6</sup> **Durham v. United States**, 214, F. 2d 862 (D. C. Cir. 1953). Po tej doktrini velja za storjeno v neprištevnosti tisto dejanje, ki je »posledica duševne bolezni«. Posledica takega pravila je, da o neprištevnosti dejansko odloča psihiater, ki kot izvedenec razsodi o vzročni zvezi med duševno boleznijo ter kaznivim dejanjem.

nika<sup>6a</sup> Smo torej na stališču da je s primerjalno-pravno razčlenbo mogoče dokazati, da določitve iz splošnega dela kazenskega zakonika ali pa tudi določitve posameznih kaznivih dejanj niso samovoljne, temveč so sad izkušenj in opazovanj življenja samega — skozi prizmo kazenske odgovornosti.

Ta določenost fenomenologije v kazenskem pravu pa ne rešuje našega vprašanja. **André-Vincent** dopušča ne le to, da je razlaganje v pravu vprašanje določene stopnje neodvisnosti, temveč (skupaj s Jheringom) celo to, da je edino resnično, dejansko bivanje prava tisto konkretno vsakdanje pravo, ki ga izrekajo sodniki in upravni organi in po katerem se ljudje ravna pri opravljanju svojih zadev ali pri opustitvah prepovedanih dejanj. Vendar vprašanje dejanskosti prava tukaj ni osrednji problem. Razpravljanje o tem, ali obstaja ideja trikotnika prej kot kak posamezni trikotnik ali pa je dejanskost v konkretnih trikotnikih ali v ideji trikotnika — to za nas tu niti ni pomembno.

Za nas pa je pomembno, v koliko bo — metaforično govorjeno — ideja trikotnika določala lastnosti vsakega posameznega trikotnika. Že Descartes je v svojih »Meditacijah« povedal, da je zmožen dvomiti prav o vsem, razen o dveh stvareh. Najprej, po tem je Descartes znan, ne dvomi o tem, da razmišlja; za nas je pomembnejše, da Descartes ne dvomi o tistih stvaritvah človeškega duha, kakor npr. matematika, filozofija itd., ki so spoznavno samozadostne prav zato, ker so kot modeli dejanskosti ustvarjene od človeka. V takih modelih bo ideja do popolnosti določala vse odseve te ideje, saj Pitagorov izrek velja za prav vse katete in hipotenuze prav vseh trikotnikov...

Treba je poudariti, da tudi do takih zakonov prihajamo po poti, ki je podobna oni, po kateri

<sup>6a</sup> Primerjaj Art. 10 Švicarskega kazenskega zakonika, ki se glasi: »N'est pas punissable celui qui, étant atteint d'une maladie mentale, de faiblesse d'esprit ou d'un grave alteration de la conscience, ne possédait pas, au moment d'agir, la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation. «Prim še Art. 4, Sec. 4. ol **Model Penal Code**, ki se glasi: »A person is not responsible for criminal conduct if at the time of such conduct as a result of mental disease or defect he lacks substantial capacity either to appreciate the criminality of the conduct or to conform his conduct to the requirements of the law«. Pri tem je morda še treba pripomniti, da glagol »apprécier« v francoščini pomeni nekaj drugega kakor glagol »to appreciate« v angleščini: prvi je bolj razumske barve, drugi bolj čustvene.

zakonodajalec prihaja do občih in abstraktnih formulacij kaznivih dejanj. To je izkušnjska pot. Vendar pa je med znanostjo in pravom velika razlika, ko je treba od splošnega nazaj h posebnemu: v znanosti je posamezen trikotnik veliko bolj »determiniran od splošnih načel« kakor v pravu. Drugače povedano — zakaj pravne norme ni mogoče formulirati tako, da bi vsi konkretni primeri avtomatično, po poti mehaničnega silogizma, sledili abstraktnemu zakonu?

Mogoče je reči, da je namen znanosti pedagoški. Znanost na splošen način **pojasnjuje** tiste razmere med dogodki in stvarmi v življenju, ki se dosledno ali vsaj praviloma kažejo v dejanskosti. Formulacije teh občih zakonitosti v znanosti omogočajo, da se to znanje nabira, pa tudi, da na podlagi tega znanja prihajamo do novih splošnih zakonitosti.

Vendar pa znanstvenemu raziskovanju stoji ob strani neusmiljeni sodnik poskus. Po občih pravilih znanstvene metodologije mora na primer znanstvenik vsako dognanje opisati ne le v končni dokazni fazi, temveč predvsem v tistem delu eksperimentiranja in tako natančno, da bi bil kateri koli drug znanstvenik zmožen tak poskus po opisu ponoviti. Ta ponovitev ni nič drugega, kakor novo potrjevanje, da je konkretni primer v resnici določen z abstraktno opisano zakonitostjo.

V pravu pa poskusa nimamo. Nimamo možnosti, da bi objektivno preverili zvezo med konkretnim pravnim primerom in abstraktno pravno normo. V pravu ni načina, s katerim bi objektivno, od človeka ter njegove presoje neodvisno preverili, ali na primer kak dejanski stan v resnici spada pod pravno določitev umora. Sodišča v procesu sojenja simulirajo tako poskus, vendar — v to se v pričujočem sestavku žal ne moremo spuščati — je sojenje celo v najbolj kontradiktornem postopku vedno obarvano z začetno hipotezo.

Znanost je opisna (deskriptivna), pravo pa je predpisno (preskriptivno). Znanost opisuje tista razmerja v naravi, ki objektivno obstajajo. Pri tem sicer nočemo reči, da v znanosti ni določene stopnje antropocentrizma: navsezadnje je ugotavljanje vseh znanstvenih zakonitosti smiselno vendarle samo toliko, kolikor služi praktičnim namenom človeške vrste. V pravu pa nasprotno pravila sploh ne bi bila potrebna, če bi samo opisovala to, kar že je: Bila bi odveč, saj tistega, kar vsi počnemo — na primer, da dihamo — ni treba posebej ukazovati. Ukaz ali predpis postaneta potrebna šele takrat, ko je

vsaj verjetno, najbrž na podlagi preteklih izkušenj, da bo ta ukaz kršen. Zato tudi pravi naš profesor Štempihar,<sup>7</sup> da je dispozicija brez sankcije navadno priporočilo.

Da je pravo predpisano in da že po naravi obstaja **deontološka napetost** med normo in dejanskostjo, pa nam ne preprečuje, da vprašanja ne bi določili epistemološko. Še vedno nimamo odgovora na vprašanje, kako da je v predmetni stvarnosti mogoče najti zakonitosti, ki v celoti določajo oziroma odsevajo posamezne primere, v pravni znanosti pa ni mogoče najti tako natančnih določitev, da bi shajali brez pravne razlage.

Nekateri pravni teoretiki, med drugimi profesor Berman,<sup>8</sup> celo trdijo, da pravni način razmišljanja in odločanja nista v celoti podvržena zakonitostim formalne logike. Nasprotno na primer trdi ta teoretik, da silogizem v pravu sploh ni mogoč, češ da niti zgornje niti spodnje premise tega logizma si niso dane. Svoje stališče podpira z naslednjim primerom: v kazenskem pravu skoraj nikoli ne govorimo samo o uboju, temveč vedno v vprašanju uboja »v zvezi« z vprašanji prištevnosti, silobrana, skrajne sile itd. Skratka, **zgornja** premisa izreka ni sestavljena le iz prvin kaznivega dejanja npr. uboja, temveč iz nečesa, kar ni vnaprej dano: ni namreč vnaprej dano in natanko določeno, katera povezava določb kazenskega zakonika bo v danem primeru kvalificirala pravni primer. Berman tudi pravilno poudarja, da je od tega vprašanja odvisno, kakšna bo spodnja premisa danega pravnega primera, to je, katera bodo **bistvena dejstva**, ki naj se subsumirajo pod zgornjo premiso. V primeru kaznivega dejanja uboja na primer ne bomo obravnavali institucije **dolus eventualis**, zavedne ali nezavedne malomarnosti, če bi prejudicialno vprašanje prištevnosti vplivalo na drugačno formulacijo zgornje premise. V takem primeru bi namesto o tem, ali je storilec mogel in moral vedeti, kakšna posledica lahko sledi iz njegovega dejanja, raje govorili o tem, ali je bil zmožen razumeti naravo tega dejanja in obvladovati svoje ravnanje.

Hkrati pa smo po Bermanovi teoriji postavljeni v položaj dveh nasproti si postavljenih zrcal, katerih podoba se odbija od enega zrcala k drugemu **ad infinitum**. Po taki teoriji seveda velja,

da prav zato, ker zgornja premisa pravnega izreka v celoti določa spodnjo (saj določa, katera zunanja dejstva so sploh pomembna), pa tudi spodnja premisa (to je »bistvena« dejstva v pravnem primeru) vpliva na ta, kakšna bo zgornja premisa v resnici niti prva niti druga sploh ni določena. Z drugo besedo — zaradi preobilja določenosti dobimo nedoločenost. Zato pa Berman ne govori o načelu zakonitosti, temveč o pravni retoriki ter o pravniškem načinu razmišljanja.

Bermanova formulacija vprašanj — recimo temu zrcalna formulacija, je v bistvu samo odsev tistega zrcaljenja, kakršno opisuje tudi **André-Vincent**. Po njegovem zveze med zakonom ter konkretno pravno normo ni mogoče gledati ločeno od tiste zveze, po kateri je abstraktna norma (zakon) sploh nastala: abstraktna norma navsezadnje ni nastala zgolj naključno, temveč je tudi odsev določenih statistično dojetih konkretnih dejstev vsakdanjega življenja. **André-Vincent** skupaj z **Engischem** zagovarja stališče, da prava ne sestavljajo abstraktne pravne norme, temveč le konkretna pravna dejanja udeležencev v pravnem sistemu.

Tukaj bi lahko potegnili novo vzporednico med pravom in znanostjo. Tudi v znanosti se gotovo postavlja vprašanje razmerja med abstraktno formulacijo kake znanstvene zakonitosti, na primer Ohmovega zakona, ter vsemi posameznimi izrazi te zakonitosti, npr. pri prenosu električne energije. Spraševati se pa, ali Ohmov zakon obstaja neodvisno od kake objektivne dejanskosti, na primer same elektrike, je nesmiselno. Saj zato pa znanost ločujemo od same dejanskosti kot razlago in izpoved o njej. Vendar je v znanosti mogoče reči, da so njene zakonitosti čisti opisi, v katerih ni uveljavljanja človekove volje, temveč nasprotno le absolutno podrejanje volji narave, le-to znanost le razlaga in z njeno razlago skuša koristiti človeški vrsti.

Nasprotno pa v pravu do formulacije občega pravila sploh ne pride, če naj bi bilo to pravilo čisto opisano. Pravno pravilo, da mora vsak član človeške družbe dihati, ne bi bilo pravno pravilno, čeprav bi bila za kršenje te dispozicije zagrožena smrtna kazen. Vsako pravno pravilo mora vsebovati določeno stopnjo deontološke napetosti, to mu daje vsaj določeno stopnjo prepisne narave. Kolikor pravno pravilo ni hkrati le opis naravnega stanja stvari, temveč tudi poskus vplivati na objektivno dejanskost s človeško voljo toliko je tako pravno pravilo kratko malo nepotrebno in odveč. Gre torej za to, da so v znanosti abstraktne norme formulirane zato, ker

<sup>7</sup> Jurij Štempihar, »Avtorsko pravo«, Gospodarski vestnik, Ljubljana, 1960.

<sup>8</sup> Berman, Harold J. International Encyclopedia of Social Sciences« The Macmillan Publishing Co. London, 1968, Vol. 9, s. v. »Legal Reasoning«.

dejanskost je taka, kakršna je, v pravu pa so abstraktne pravne norme postavljene zato in samo zato, ker dejanskost ni taka, kakršna bi po oceni zakonodajalca morala biti. V tem zasledimo morda globljo modrost tistega francoskega pregovora, ki pravi, da so pravila ustvarjena zato, da jih kršimo. Če jih ne bi kršili, tedaj ne bi bila potrebna.

V tem pa se skriva tudi vsaj del ozadja tako imenovane teleološke razlage. S tem vprašanjem se ukvarja zelo znana polemika med profesorjem Fullerjem in M.L.A. Hartom.<sup>9</sup> Teleološka razlaga je v tem sklopu zanimiva zato, ker pri njej dobesedna formulacija abstraktne pravne norme izgubi svojo formalno logično moč. To moč izgubi preprosto zato, ker se razlagalec na formulacijo same norme ne ozira več, temveč regredira nazaj do hipotetičnega namena zakonodajalca.

Znan je Pufendorfov primer, v katerem je z abstraktno normo zagroženo kaznovanje tistemu, ki bi prelil kri na uličnem tlaku. Potem pa nekdo dobi srčni napad in mu kirurg na ulici odpre prsni koš, da bi mu rešil življenje. Pri tem seveda razlije njegovo kri po uličnem tlaku. Ali bomo takega kirurga kaznovali, čeprav je verjetno, da je bil namen zakonodajalca, ko je prepovedal prelivati človeško kri po uličnem tlaku, ohranjati življenje? V pričujočem primeru je torej teleološko razlaganje v čistem nasprotju s formalnologičnim. V znanosti kaj takega seveda ni mogoče.

Za ta del profesor Unger razločuje tri vrste pravil.<sup>10</sup> Prva so tista pravila, ki jih Unger imenuje **konstitutivna**; pri njih do določenega dogajanja, na primer do šahovske igre, brez pravil sploh ne more priti. Če se ta pravila spremenijo, tedaj je tudi narava celotnega dogajanja spremenjena, to je, ne igramo več šaha, temveč nekaj drugega. Pri takih pravilih je teleološko razlaganje seveda nemogoče.

Drugo vrsto pravil Unger imenuje **predpisna**. Predpisna pravila tudi niso podvržena teleološkemu razlaganju, ker že sama nakazujejo tisti motiv, ki je podlaga za teleološko razlaganje. Ustava na primer lahko velja za matico pravnega reda le toliko, kolikor pravzaprav sama opisuje

in določa namen nekega družbeno-političnega reda in je torej s tem sama s svojim duhom podlaga za vsa teleološka razlaganja v tem pravnem redu. Mogoče pa je imeti predpisna pravila tudi na nižji ravni v pravnem redu, če so ta pravila avtomatična v tem smislu, da je vnaprej znano, da se bodo avtomatično in brez pridržkov uporabljala. V ameriškem kazenskem postopku je lep zgled takega predpisnega pravila znani primer **Miranda v. Arizona** (Vrhovno sodišče ZDA, 1966, 384 U.S. 436). Po tem zgledu je treba v ameriškem kazenskem postopku vsako obtoženčevo priznanje izločiti iz dokaznega postopka, če obtožencu ni bilo pred policijskim zaslišanjem pojasnjeno, da mu ni treba odgovarjati na vprašanja, da lahko dobi odvetnika, da tega odvetnika plača tudi država, če ga on sam ni zmožen plačati itd. Namen tega pravila, tako izhaja že iz samega mnenja Vrhovnega sodišča, je preprečiti, da bi obdolženci postali dokazno sredstvo zoper samega sebe. Treba je torej preprečiti policijsko prevaro ali izsiljenje. Po opisanem primeru obstaja **presumptio juris et de jure**, da je bilo priznanje izsiljeno, če pred zaslišanjem ni bilo dano opisno opozorilo. To pravilo je predpisano v tem smislu, da sodišče, kadar pride do vprašanja, ali bo priznanje izločeno ali ne, ne ugotavlja, ali je bilo izsiljeno, in tudi ne, ali obstaja vzročna zveza med morebitnim priznanjem ter policijskim ravnanjem. Sodnik **avtomatično** sklepa, da je bilo priznanje izsiljeno. V ameriškem pravu se taka pravna pravila imenujejo **pravila per se**. Kot zanimivost lahko omenimo, da je tako stališče formuliralo Vrhovno sodišče ZDA leta 1966, da pa je trenutna Nixonova večina na Vrhovnem sodišču to **predpisano pravilo z reducirala** na instrumentalno pravilo.

**Instrumentalno pravilo** je po Ungerju tisto, pri katerem je teleološko, namensko razlaganje v celoti dovoljeno. Za namig, da je kako pravilo instrumentalno, obstaja več pravnih tehnik. Prva so blanketne norme ali normativne definicije, druga pa dodatki splošnih klavzul z ilustrativnim naštevanjem. O omenjenem Pufendorfovem primeru je jasno, da je bil zakonodajalev namen ohranjati življenje, da je torej pravilo »prelivati kri po uličnem tlaku je prepovedano« instrumentalno pravilo z namenom ohranjanja življenja. Zato pa je kirurga treba ne kaznovati, temveč nagraditi.

Že sam obstoj teleološkega razlaganja je dokaz za to, da je abstraktnost pravne norme navsezadnje samo sredstvo za prenos zakonodajalčeve volje. Pravniki večinoma domnevamo, da je

<sup>9</sup> H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals* Harvard Law Review, Vol. 91, str. 593—629, 1958. — Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law* — Harvard Law Review, Vol. 71, str. 1, 1958, str. 630—672.

<sup>10</sup> Unger, Roberto, *Knowledge and Politics*, Free Press, New York 1976, in akademska predavanja Harvard Law School 1972/73 in 1973/74.

v abstraktni pravni normi obsežena določena vrsta pravičnosti, pri tem pa pozabljamo, da — filozofsko rečeno — zakonodajalec izreka prav tako arbitralne vrednostne sodbe, le da te dobivajo zakonitost toliko, kolikor zakonodajalec v resnici zastopa ljudske koristi na določeni stopnji zgodovinskega razvoja. Tu bi morali preiti v politologijo, vendar naj omenimo le, da država po marksistični teoriji sama nikakor ne zastopa nujno najresničnejših koristi svoje celotne družbe; nasprotno, država je že kot ustanova največkrat ostanek preteklosti, torej zastarele oblike družbene zavesti. Spričo tega njene norme ter volja njenega zakonodajalca navadno ne pomenijo samo najboljših in edino pravih ter mogočih koristi tiste družbe.

Bilo pa bi napak, če bi zdaj kar preprosto in linearno sklepali, da je torej idealen tisti položaj v katerem bi zakonodajalec popolnoma uveljavil svojo voljo.

Lahko si na primer predstavljamo položaj, v katerem se vsako pravno vprašanje po računalniškem postopku pokaže pred samim zakonodajalcem. Ta ga tudi takoj razsodi. V takem primeru bi abstraktna in konkretna pravna norma postali eno, volja zakonodajalca pa bi se v vsakem konkretnem primeru popolnoma uveljavila. V moderni teoriji pa se poudarja, da je taka v resnici geneza rimskega prava: iz posamičnih odločitev v konkretnih in otipljivih pravnih primerih je pravzaprav nastal korpus implicit-nih pravnih določb in načel, ki so jih šele glosatorji in postglosatorji uredili v koherenten sestav. Vendar je treba omeniti, da je vsak poskus sistematizacije in kodifikacije hkrati tudi utrditev določenega stanja.

Predstava o zakonodajalcu kot hipotetičnem sodniku v vseh zadevah nam nakazuje naslednje vprašanje: Ali je splošnost pravne norme potrebna le zato, da bi se zakonodajalec rešil dolžnosti, da odloči v vseh primerih? Če je odgovor tu pozitiven, potem abstraktnost pravne norme ni nič drugega kot mehanizem za prenos volje zakonodajalca, ker ta praktično ne more odločati o vseh primerih. Po taki hipotezi bi ideal pravnega sistema postal navadno kolesje dobro namazanih silogizmov, v katerem zakonodajalec prispeva zgornje premise, dejanskost sama spodnje premise (dejstva), medtem ko sodnik ali kak upravni organ v bistvu le povezuje ta dva pola. Tako je popreproščeno pojmovanje te reči, seveda pa obstajajo tudi teorije o relativni neodvisnosti prava, teorije, ki zanikajo, da ne bi bilo

pravo nič drugega kakor politično sredstvo.<sup>11</sup> Večina teoretikov, ki se ukvarja s tem vprašanjem, mora vsaj deloma priznati, da nikakor ni mogoče doseči, da bi abstraktna pravna norma v celoti določala razsojanje v posamičnih primerih. Nasprotno pa je v kazenskem pravu ravno taka rešitev ideal, saj celo v sicer zelo neodvisnem (zaradi načela o delitvi oblasti) pravnem sistemu Združenih držav Amerike obstaja načelo »striktne razlage kazenskopravnih predpisov«. Načelo zakonitosti v kazenskem pravu postavlja kot ideal prav to, da bi ne bilo relativne neodvisnosti prava, kolikor pa je ta neizogibna, da bi se pravna pravila vedno razlagala *in dubio pro reo* — v dvomu za obtoženca.

Če se vrnemo k našemu hipotetičnemu računalniškemu zakonodajalcu, ugotovimo, da bi bila pravna varnost v opisanem kazenskopravnem smislu (načelo zakonitosti) veliko manjša, če bi odpadel prenosni mehanizem, kakršen je pričujoči problem prehoda od splošnega k posebnemu. Ravno ta prenosni mehanizem namreč zagotavlja ne le abstraktnost norme, temveč *eo ipso* tudi splošnost in izenačujočo naravo zakona. Prav vprašanje prenosa volje zakonodajalca, ki je svojo funkcijo izpričevanja ljudske volje prisiljen deliti s pravnim poklicem, zagotavlja določeno stopnjo tiste doslednosti, ki smo jo navajeni imenovati »pravičnost«: podobni primeri naj se razsojajo podobno.

Tako pojmovanje morda nakazuje, da je pravni sistem sicer v svoji genezi morda politični instrument, da pa kot sistem začne živeti svoje življenje in pri tem dobi določeno neodvisnost. Ta neodvisnost pa ni, kakor bi si morda kdo razlagal, v nasprotju z zakonodajalčevo voljo temveč zadosti tisti funkciji, ki smo jo prej opisali kot pravičnost. Torej navsezadnje vendarle ne gre le za to, kako bi se zakonodajalčeva volja v celoti in v vsaki potankosti izpolnila do popolnosti.

Kolikor je pravni sistem v opisanem smislu dejansko neodvisen, je mogoče vprašanje razmerja med abstraktnim in konkretnim pravnim aktom opisati kot epistemološko vprašanje. Toliko je tudi primerjava z znanostjo primerna, pri tem pa je treba upoštevati opisane pridržke, ki sledijo iz razlike med predpisno naravo pravne norme ter opisno naravo znanstvene zakonitosti.

<sup>11</sup> Schultz, Fritz, *Principles of Roman Law*, Oxford Press, 1956, str. 239–252.

Dejali smo že, da je pravna norma, ki ne vsebuje deontološke napetosti, v resnici odveč. Bralec bo morda ugovarjal, češ da je v naravi vsake pravne norme, da ji ljudje delno slede, delno pa ne. Iz tega bi morda sledilo, da je v naravi pravne norme, da je vsaj delno odvečna. Na tak ugovor je mogoče odgovoriti, da je pravni ukaz prav zaradi svoje predpisnosti in deontološke napetosti poskus zanikanja sedanjosti. Bolj ko je norma predpisna, bolj jo je mogoče opisati kot zanikanje sedanjosti. Ta poskus zanikanja sedanjosti, to velja za vsako človeško dejanje, je pravzaprav jedro normativnosti. Za integracijo norme, to je za možnost prevoda te norme v sprejeto obliko družbene zavesti, je neujemanje med tistim, kar je, in tistim, kar naj bi bilo, odločilnega pomena. Če je to neujemanje preveliko, če je predpisnost norme premočna, tedaj je v vsakdanjem življenju ni mogoče uresničiti. Kolikor pa normo uspešno vpnemo v določeno družbeno okolje, je v retrospektivi mogoče reči, da je tisto, kar je bilo v preteklosti predpisno, kasneje postane opisno. Če gledamo skozi časovni presek, je vsaj pri družbeno naprednih normah mogoče reči, da so opisi prihodnosti.

To vprašanje pa je mogoče pojmovati tudi statistično. Gotovo je na primer opustitev ubijanja »normalna« za večino ljudi, ne pa za tisti levi del zvončaste (Gaussove) krivulje, ki ne dosega »normalne« družbene integracije. Tako je torej mogoče reči, da je norma o neubijanju za večino opisna, predpisna pa le za tiste, ki to normo ali dejansko kršijo ali pa bi jo kršili, če bi ne bila tu.

Na normo, normalnost ter normativnost je torej mogoče gledati ali skozi časovni ali pa skozi prostorski presek. V prvem in drugem primeru ugotavljamo neko podobnost med slovnico in pravom. Slovnicična pravila, na primer o ločilih, so hkrati opisna in predpisna. Mogoče je reči, da so predpisna toliko, kolikor odstopajo od statistično navadne rabe ločil, lahko pa postanejo čisto opisna, kolikor je njihova predpisana vloga uspešno uresničena na primer v vzgojnem procesu. Tako pridemo do sklepa, da se predpisnost in opisnost prepletata, prehajata druga v drugo in sta dopolnjujoči se sestavini vsake zakonitosti. Tudi v moderni znanosti se ne govori več o idealu »eksaktnosti«.

Tudi tam čedalje bolj prevladuje mnenje, da na naravne zakonitosti gledamo statično, da torej ne govorimo o suženjskih vzročnih zvezah — že sam pojem vzročne zveze ni več sprejemljiv — temveč o statističnih sorazmerjih. Bistvena raz-

lika med pojmom vzročne zveze in sorazmerja pa je ravno v tem, da pojem vzročne zveze dosledno postavlja neizogibno posledico vsakemu vzroku, medtem ko pojem sorazmerja zlahka dopusti, da »posledica« v nekaterih primerih sledi »vzroku«, v nekaterih pa ne. Tudi tam bi torej lahko govorili, da imajo zakonitosti predpisno naravo, v kolikor se dejanskost ravna drugače, kakor je opisano v tej zakonitosti.

Gre torej za to, da se rešimo tistih pojmovanj determinističnega razmerja med abstraktnim in konkretnim pravnim aktom, ki verjetno izhaja iz »eksaktnih« pojmovanj znanosti devetnajstega stoletja.

V pričujočem zapisu ne moremo širše dokazovati tega, da je pravni sistem mogoče opisati kot sistem, ki deluje po zakonitostih formalne logike. Bermanovi trditvi, češ da v pravu niti zgornja niti spodnja premisa nista dani, je mogoče odgovoriti, da to velja tudi za znanost, pa s tem še ni rečeno, da jo je mogoče zreducirati na »retoriko«. Bertrand Russell je nekoč zapisal, da bi bila znanost mesečina, če bi se vedelo, od kod prihajajo ideje. Po opisani »zrcalni teoriji« je sicer mogoče reči, da je navsezadnje podana tako zgornja kakor spodnja premisa logičnega izreka, mogoče je tudi reči, da ne bo prihajalo do prevelikih odstopanj zaradi relativne nedeterminiranosti, ker poneverbe in uboja navsezadnje ni mogoče zamenjati. Po drugi strani pa bo meja med krivdo in nedolžnostjo vse prepogosto začrtana odvisno od tega, kdo je prvi postavil hipotezo o tem, da je kako dejanje kvalificirano kot določeno kaznivo dejanje, od tega, na kom je dokazno breme, da je mogoče določen dejanski stan v resnici subsumirati pod določeno abstraktno normo kazenskega prava itd.

## SKLEP

Načelo zakonitosti že zaradi svojega obstoja kaže na možnost, da bi konkretna sodba, konkretni pravni akt odstopal od splošne norme. Dejstvo, da je bilo tako načelo sploh treba postaviti kot ideal in postulat, priča o tem, da je dejanskost drugačna. Vendar tudi ideal, po katerem bi se zakonodajalčeva volja v vsakem primeru do potankosti in popolnoma uresničila, v resnici ni tako idealen. Pri vprašanju zakonitosti gre za razmerje podrejanja konkretnega pravnega akta abstraktni pravni normi, vendar pri tem prenosu prihaja do sorazmerne neodvisnosti prava. Na to neodvisnost pa ni mogoče

gledati kot na odstopanje, ker je že sam ideal popolne determiniranosti, kakršno opisuje načelo zakonitosti, v resnici nezaželena funkcija.

Ta ideal je fiktiven toliko, kolikor nikjer, niti v znanosti ni mogoče doseči popolne subsumpcije posebnega pod splošno. Res je, da v pravu sploh, pa tudi v kazenskem pravu niti zgornja niti spodnja premisa formalnogičnega izreka nista popolnoma dani. Odstopanje od te danosti so odstopanja toliko, kolikor percepcija in apercepcija zunanjega dogodka navsezadnje lahko rezultira v različnih pravnih kvalifikacijah in kolikor te pravne kvalifikacije v povratni zvezi dejansko spreminjajo samo razlaganje preteklega dogodka, v kazenskem pravu očitane preteklega kaznivega dejanja.

Ta spremenljivi del kazenskega prava ni nikjer dokumentiran, saj morajo biti kazenskopravni primeri dokončno odločeni, to je dostikrat pomembnejše od same vsebine odločitve.

V kazenskem pravu je treba še posebej poudariti tisto funkcijo načela zakonitosti, ki državlja-

na varuje pred zlorabo oblasti, ki ima na svoji strani fizično moč in pred katero posameznika varuje le splošna, pa čeprav zapisana pravna norma. Del te pravne varnosti lahko zagotovi samo načelo zakonitosti, in sicer toliko, kolikor je v kazenskem pravu sploh mogoče govoriti o formalnogični določenosti konkretnega pravne- ga akta s strani abstraktne pravne norme.

Naj je faktor, ki izhaja iz načela zakonitosti, še tako močan, mora pomnožen biti z drugim faktorjem, ki je bolj procesne ali celo kulturne narave. Od stopnje civiliziranosti določene družbe je odvisno, koliko bo sicer idealna abstraktna pravna norma dajala mišljeno pravno varnost. Znani nemški romanist profesor **Schulz** pravi, da je pravno varnost v kakem sistemu mogoče zagotoviti na dva načina. Prvi način — mi bi mu dejali način zakonitosti — je ta, da družba dobi popolne predpise. Drugi način pa je, da ima družba sodnike, ki so ne le popolnoma pošteni, temveč tudi »popolnoma inteligentni«. Ker niti prvo niti drugo ni mogoče samo po sebi, je torej nujno, da si prizadevamo za oboje.

UDC 340.111

## Some Thoughts on the Principle of Legality

Zupančič, Boštjan, Research assistant, Faculty of Law, Ljubljana

The author discusses the validity of this principle in the light of the following observations. First, the very existence of this principle testifies to the possibility of not following the law as strictly as the principle would demand otherwise it would not be necessary to emphasize this command of legality. Second, the major premise and the minor premise in legal syllogisms do to some extent determine each another, because the facts are not relevant without first being seen through a legal hypothesis and because the legal norm does reflect statistical averages in terms of facts in past cases. But there still remain large lacunae of indetermi-

nacy. These lacunae stem from the general philosophical problem of the relationship between the abstract and the concrete, between the general and the specific. In science nowadays such subordination of the concrete to the abstract is no longer postulated. Neither should it be in law. Insofar as that is true, the principle of legality is fictitious, because it leaves the judge free to decide on his own. The author concludes that legal formalism, although the generator of legal autonomy and justice, cannot satisfy our need for security. Culture and civilization are perhaps more important.