

# eudaimonia

Revija za pravnu, političku i  
socijalnu teoriju i filozofiju

Br. 4 • 2020.

Izdavač

IVR **S**RBIJA

Srpsko udruženje za pravnu  
i socijalnu filozofiju

---

## KRITIČKA DOPUNA RADBRUHOVE TEORIJE O MORALNOJ ODGOVORNOSTI SUDSTVA

**Sava Vojnović**

Strane: 53–73



Sava Vojnović\*

## KRITIČKA DOPUNA RADBRUHOVE TEORIJE O MORALNOJ ODGOVORNOSTI SUDSTVA

*Pod uticajem političko-istorijskog konteksta u periodu neposredno pre i tokom II svetskog rata – Gustav Radbruch je nakon rata postulirao formulu nepodnošljivosti i formulu poricanja. Kroz formule Radbruch je predočio svoju tezu da sudija ne bi trebalo da primeni pravo koje je izrazito moralno nepodnošljivo, što znači da krši načelo jednakosti, koje je ujedno srž pravde. Problem sa takvim ovlašćenjem sudije se neumitno nameće kroz pitanje subjektivnosti pojedinačne procene, jer se pravda procenjuje u odnosu na neke vrednosti, što je čini relativnom. Taj zahtev pravde nam ne govori koga treba smatrati jednakim. U ovom radu biće pokušano da se pronađe rešenje kojim bi se pravna sigurnost najmanje ugrozila moralnim relativizmom i to polazeći od Kelzenovog i Rolsovog razmatranja pravde, kao i od pretpostavke da je cilj prava da služi pojedincima zajednice koju reguliše. Biće preispitano da li je konzistentnije modifikovati Radbruchovu ideju i demokratski utemeljiti jedno nezavisno telo sa nadzakonskim ovlašćenjem.*

Ključne reči: *Radbruch, formula nepodnošljivosti, pravda, relativizam, konsenzus*

### 1. UVOD

Pod uticajem političko-istorijskog konteksta u periodu neposredno pre i tokom II svetskog rata – Gustav Radbruch je nakon rata postulirao formulu nepodnošljivosti i formulu poricanja. Kroz formule Radbruch je predočio svoju tezu da sudija ne bi trebalo da primeni pravo koje je izrazito moralno nepodnošljivo, što znači da krši načelo jednakosti, tačnije da se može smatrati odgovornim ukoliko ga primeni. U ovom radu biće pokušano da se pitanje jednakosti izvede do kraja, tačnije da se preispita odnos jednakosti i pravde, pošto je Radbruch isticao da je prvo srž drugog. Da bi se to uradilo, neophodno je prethodno izložiti Radbruchovu teoriju pre pomenutog istorijskog trenutka, s obzirom na to da

---

\* Student četvrte godine Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, elektronska pošta: [sava.vojnovich@gmail.com](mailto:sava.vojnovich@gmail.com)

je ona konzistentna i da predstavlja dobar korektiv i osnovu za analizu kasnije teorije. Pitanje pravde je tesno povezano sa samim shvatanjem prava, što svakako ukazuje na važnost Radbruchove iscrpne teorije o pravu i o bliskim pitanjima. Najvažnije od bliskih pitanja jeste pitanje moralnosti – spora oko vrednosti, kao relativnih ili objektivnih pojmova, jer su pravo i njegovi elementi neraskidivo zavisni od njega. Tom putanjom je poželjno kretati se prilikom sagledavanja jednakosti kao vrednosti i merila pravde, iako relevantnost problema jednakosti jenjava u svetlu Radbruchove kasnije dopune, koja se odnosi na kategoriju ljudskog dostojanstva. U izloženom kontekstu, biće pokušano da se pronađe rešenje kojim bi se uskladili različiti zahtevi vrednosti (elementi) u okviru samog prava, a polazeći od pretpostavke moralnog relativizma i stava da je cilj prava da služi pojedincima zajednice koju reguliše. Oslanjajući se pre svega na Hans Kelzenovo i Džon Rolsovo razmatranje pravde, u ovom radu će biti ponuđena jedna modifikacija i dopuna Radbruchove ideje.

## 2. RADBRUHOVA PRAVNA FILOZOFIJA PRE 1945.GODINE

Iz navedenih razloga u uvodnom delu teksta, neophodno je prethodno izložiti makar temelje Radbruchovog filozofskog, pa time i pravnog sistema – koji su uspostavljeni u njegovom kapitalnom delu „Filozofija prava“ iz 1932. godine. Bavljenje Radbruchovom filozofskom osnovom će biti od značaja i za kritičku dopunu, koja će se u velikoj meri bazirati na sličnim pretpostavkama i razmišljanjima.

### 2.1. Metodski dualizam i relativizam

Prva značajna polazna premisa u Radbruchovoj teoriji jeste razdvajanje sveta *Sein* (Biti) i *Sollen* (Trebati), što predstavlja srž *metodskog dualizma* (1980, 18). Nadovezujući se na Imanuela Kanta, Radbruch zaključuje da je „nemoguće iz onoga što jeste dokučiti šta ima vrednost – šta je ispravno (šta treba da bude)“, zbog čega odbacuje pozitivizam, istorizam i evolucionizam, kao filozofska polazišta koja ne smatraju da postoji takva prepreka. Dalje, objašnjava Radbruch, vrednosni sudovi se mogu zasnivati samo deduktivno, na stavovima iste vrste, a nikako induktivno – na stavovima o biću. Odgovarajući na čest pravnički zahtev da se ispravno regulisanje izvede iz datog konteksta

– on ističe da iz perspektive metodskog dualizma, određenost ideje samom građom koju ona treba da oblikuje može biti samo srećan slučaj intuicije, a nikako metod saznanja (Radbruch 1980, 19). Međutim, to ne znači da ne postoji kauzalitet između vrednosti, odnosno vrednovanja s jedne strane, i bića s druge strane – već samo to da ne postoji mogućnost objašnjenja i opravdanja vrednosti iz bića (Radbruch 1980, 19). Upravo zbog značaja Kantovih zaključaka, koji se tiču iskustva kao nužne inicijalne tačke u celokupnom ljudskom epistemološkom putu – jasno je da se ne može iskustvo, to jest u ovom slučaju *Sein*, odstraniti kao element bez uticaja.<sup>1</sup> Ali, krajnji vrednosni stavovi nisu podložni dokazivanju, već se smatraju aksiomatskim, odnosno podobnim samo za verovanje<sup>2</sup> (Radbruch 1980, 20). Posledica toga jeste zaključak da se naučno posmatranje vrednosti (na temeljima logike<sup>3</sup>) ograničava samo na htenje, a ne i na moranje. Ipak, kaže Radbruch, nije zadatak pravne filozofije da takve sudove promatra samo deduktivno, već i indkutivno – od pojedinačnog ka krajnjim pretpostavkama (1980, 20). To traži doslednost u okviru samog moralnog sistema pojedinca, što bi na primeru filozofa prava značilo da prilikom odmeravanja nekog normativnog cilja mora prihvatiti i sredstva u nužnoj vezi sa tim ciljem, kao i opštija vrednovanja, logički povezana. Zadatak prikazanog metoda nije da odredi cilj, već da ga razjasni i potencijalno ispravi – u odnosu na rastojanje između mišljenog i realnog. To se naziva *relativizmom*, jer „sebi postavlja zadatak da utvrdi ispravnost vrednosnog suda ... samo u okviru određenog pogleda na vrednost i svet“ (Radbruch 1980, 23).

Sam Radbruch ne definiše pojam vrednosti, te bi bilo svrsishodno to učiniti pre dalje analize. Iako razmatranje aksiologije nije fokus ovog rada, važno je makar letimično ga izložiti, jer će to biti težište kasnije argumentacije. Polazeći od Dragomir Pantićeve definicije<sup>4</sup> – vrednosti

<sup>1</sup> Čoveka, kao kulturno biće, nesumnjivo oblikuju mnogi uticaji socijalne sredine. Relevantan aspekt Kantove teorije za temu ovog rada se tiče početnog elementa našeg saznanja – opažaja. Čak i bez zalaženja u distinkciju između noumena i fenomena, dovoljno je istaći da je dodir sa svetom izvan subjekta preduslov razumne obrade utisaka (sinteze), koji se zatim formiraju u pojmove, iako postoji i određeno apriorno saznanje, koje se prevashodno odnosi na formu mišljenja. Takođe, nakon razuma, u umu se vrši sinteza pojmova iz razuma – usled čega se formiraju ideje. (Kant 1976; 51, 83–95, 188–201, 222–241).

<sup>2</sup> Za primer jednog od drugačijih mišljenja – videti Alexy 2015.

<sup>3</sup> Prim. aut.

<sup>4</sup> „Vrednosti su relativno stabilne, opšte i hijerarhijski organizovane karakteristike pojedinaca i grupa, formirane delovanjem istorijskih, aktuelnosocijalnih i individualnih činilaca, koje zbog tako pripisane poželjnosti, usmeravaju ponašanje svojih nosilaca ka određenim ciljevima“ (Pantić 1997, 277).

bi se mogle odrediti kao jedan subjektivni odnos pojedinca prema stvarnosti, što znači da za svoje formiranje zahtevaju slobodnu volju kao preduslov, čija je srž poželjnost, odnosno usmeravanje ponašanja ka određenim ciljevima. „Individualni činioci“, kao element definicije iz fusnote, su veoma značajni za način organizovanja vrednosti u šire sisteme, intenzitet i vezu vrednosnih elemenata – svi socijalni faktori se prelamaju kroz prizmu konkretnog pojedinca (Pantić 1997, 279). Posledica takvog stava je pomenuti moralni relativizam, kao nemogućnost objektivizacije vrednosti, jer postavlja svakog pojedinca u jednako afirmativan položaj prema vrednosnom sistemu. Značaj tih zaključaka se ogleda u uticaju koji oni mogu imati na debatu o pravnom pozitivizmu, odnosno vezi između prava i morala, što je fundamentalni element Radbruchovih formula nakon Drugog svetskog rata. Zbog ograničenosti kapaciteta rada – ovde će biti samo spomenuta tvrdnja da moralni relativizam čini osnovu pravnog pozitivizma. Posmatrano kroz poređenje Kelzenovog i Herbert Hartovog pravnog stanovišta – to predstavlja jedan od zaključaka istraživanja zasnovanom na iscrpnom članku Miodraga Jovanovića (2013b), na koji čitalac ujedno biva upućen radi detaljnijeg uvida.

## 2.2. Pravo i njegovi sastavni delovi

Centralno mesto u Radbruchovom teorijskom okviru svakako zauzima, pored relativizma, sama *definicija prava*, zajedno sa elementima koji ga čine. Na početku je značajno naglasiti da, po njegovom mišljenju, pravo predstavlja jedan kulturni pojam – „pojam jedne stvarnosti povezan sa vrednošću ... čiji je smisao da služi nekoj vrednosti“ (Radbruch 1980, 44). To znači da pravo, nezavisno od toga da li postoje prirodna ili univerzalna prava, uvek štiti, odnosno zastupa neke vrednosti. „Pravo je ona stvarnost čiji je smisao da služi pravnoj vrednosti, ideji prava. Pojam prava je dakle usmeren na *ideju prava*. Ideja prava, pak, ne može biti ništa drugo nego pravda“ (Radbruch 1980, 45). Da li će se te vrednosti odrediti kao „istinite“ ili ne, ne utiče da činjeničnu vezu prava i morala<sup>5</sup>. Upravo zato se čini neispravnim Kelzenov stav, da se pravna norma kao imperativ („trebanje“) može shvatiti samo kao formalan, hipotetički sud koji izražava specifičnu povezanost nekog uslovljavajućeg činjeničnog stanja sa nekom posledicom (2007, 23). Pravna norma nesumnjivo to jeste, ali je ujedno i vrednosni sud. Tvrdnja, koju Kelzen takođe iznosi, da

<sup>5</sup> Prim. aut.

na temelju moralnog relativizma možemo vrednosno izjednačiti pravni poredak Sovjetske republike sa fašističkom Italijom (2007, 25) – sasvim je različita od ideje da je pravo lišeno vrednovanja.

Dalje, pravdu možemo shvatiti kao oblik moralnog dobra, ukoliko je učinimo vrlinom po sebi, odnosno odredimo kao duhovnu nastrojenost. Međutim, takva pravda je subjektivna i prosto usmerena ka objektivnoj pravdi, o kojoj je ovde reč. Ta objektivna pravda se tiče međuljudskih odnosa i njen ideal se odražava u idealu društvenog poretka. Osim toga, pravda se može odrediti još dvojako: kao zakonitost – pravedna primena zakona, ili kao pravedan zakon (Radbruch 1980, 46). U tom smislu, Radbruch pravdu vidi kao jednakost, iako odmah nakon te konstatacije ističe mogućnost raznolikog tumačenja jednakosti. Ne samo što se može ticati dobara ili ljudi, već se, oslanjajući se na Aristotelovu podelu na distributivnu i komutativnu pravdu – može postaviti pitanje koga treba tretirati kao jednakog, a koga kao nejednakog? Distributivna pravda uspostavlja jednakost između nejednakih – dovodi ih u jednake pozicije (dok komutativna dejstvuje u odnosu na jednake<sup>6</sup>), što ukazuje na to da je distributivna pravda prvobitni oblik, u kojoj se nalazi ideja pravde na koju pravo treba da se orijentuje. Ali, time Radbruch ne tvrdi da se pravo može izvesti u potpunosti iz pravde, upravo zato što je jedan takav zahtev samo formalan. Pomenuto pitanje merila jednakosti se ne da prevazići, jer „jednakost nije nikakva datost ... jednakost je uvek samo apstrahovanje od date nejednakosti sa jednog određenog gledišta“ (Radbruch 1980, 47). Materijalno (vrednosno) dopunjavanje formalnog zahteva za jednakošću direktno upućuje na određena načela izvan same pravde. Ovo mesto će biti ključno za razumevanje kasnijeg preokreta u pogledu odnosa između pravne sigurnosti i pravde.

Potom, elaborira Radbruch, neophodno je saznati vrstu stvarnosti koja bi trebalo da služi pravdi, jer je pravda zapravo ispravnost u usmerenosti ka pravu (1980, 49). Novi pojam koji biva uveden, kao vid jedne posebne stvarnosti koji odgovara ideji prava – jeste nalog. „Nalog ima sa pravdom zajednički predmet na koji se odnosi: međusobni odnos ljudi. ... u suštinu pravnog naloga spada da po svom smislu bude usmeren na jednakost, da u sebi nosi karakter opštosti“ – na osnovu čega dolazi do definicije *pojma prava* kao skupa naloga za zajednički život ljudi (Radbruch 1980, 50).

---

<sup>6</sup> Naslanjajući se na Aristotelovu podelu, Radbruch u distributivnoj pravdi vidi raspodelu sprovedenu uz učešće trećeg lica, odnosno zahteva više od dva učesnika pri raspodeli – dok je za komutativnu pravdu dovoljno dvoje, jer ona predstavlja jednakost dobara (štete i naknade, rada i nagrade...).

Osim pravde, kao fundamentalnog principa prava, još su dva konstitutivna pojma: svrsishodnost i pravna sigurnost. Pojam svrhe prava Radbruch uvodi kao sadržinski korektiv formalnom zahtevu pravde, naglašavajući da je reč o nadempirijskoj ideji svrhe – čiju suštinu moramo odrediti kroz apsolutne vrednosti (1980, 71). On te aksiomske vrednosti pronalazi u tri (iskustveno) najčešća predmeta: ljudska dela, pojedinačne i kolektivne ličnosti, čiji su pandani vrednosti dela, individue i kolektiva. Moglo bi se reći da je to pokušaj razlikovanja i sagledavanja tri bazična pogleda na svet, u okviru kojih svaki polazi od drugačijih vrednosti. Da bi se odredila svrha prava – između njih mora jedno da se odabere. Time nam već ukazuje na sukob unutar svrsishodnosti kao jednog elementa, što će biti od uticaja i na antinomiju nje same sa pravdom i pravnom sigurnošću. Ukoliko se prednost da slobodi kao vrednosti, onda će biti reč o individualističkom shvatanju; dok nacija upućuje na nadindividualističko, a kultura na transpersonalističko shvatanje (Radbruch 1980, 75). Odlika sva tri svetozora je osobenost kao vrlina, kao težnja svakog od tri. Time nam Radbruch već stavlja do znanja da pravda, kao opšti princip jednakosti, dolazi u koliziju sa svrsishodnošću – zbog njenog relativističkog temelja, koji ne želi jednakost. S druge strane, „pravo kao poredak zajedničkog života ne može ostati prepušteno razlikama u shvatanjima pojedinaca“ (Radbruch 1980, 95). To nesumnjivo govori o novom potencijalnom sukobu – ovog puta između pravne sigurnosti i ostala dva elementa, jer i tri pogleda na svet i pravda ciljaju ka vrednostima koje se nalaze iznad važećeg prava. Za razliku od toga, pravna sigurnost traži pozitivnost prava i time na neki način sebi pridaje legitimnost, odnosno ispravnost, te kada već nije moguće odrediti šta je pravedno – onda se mora makar propisati šta je po pravu. Važnije je postojanje sigurnosti, oličeno u pravnom poretku, nego pravde i svrsishodnosti (Radbruch 1980, 95). Ovakav zaključak je *prima facie* opravdan, međutim, interesantno je ukazati na jednu kontradiktornu činjenicu da, sa aspekta relativizma – pravnoj sigurnosti, kao vrednosti, možemo suprotstaviti stav da ona nije vrednost, koji će onda biti podjednako istinit (Spaak 2008, 271).

### 2.3. Važenje prava i odgovornost sudije

Poglavlje o važenju prava predstavlja, za potrebe ovog rada, poslednje značajno pitanje u okvirima pomenutog dela iz 1932. godine. Koherentnost dosadašnjih ideja se krajnje oblikuje kroz stav da se stvaranje pravnog poretka ne sme prepustiti pojedinačnim pravnim



gledištima, već da ga mora regulisati jedan nadindividualni organ (Radbruch 1980, 107). Opravdanje sile ima svoje korene u nemogućnosti uma i nauke da pronađu ispravno pravo. „Onaj pravni poredak će važiti koji je u stanju da sebi pribavi faktičku delotvornost“ (Radbruch 1980, 103), pri čemu se ne traži delotvornost u svakom konkretnom slučaju, već u proseku slučajeva. Radbruch nam time predočava osnov za opravdanje i povezivanje prava sa silom, jer „ne važi pravo zato što može da se uspešno sprovede, nego kad može ... a zato što samo tada može da pruži pravnu sigurnost“ (1980, 109). Dakle, pozitivno pravo legitimiše i nepravdu i nesvrshodnost, što prouzrokuje nužnost sudijskog obavezivanja propisanom pravu, čak i uprkos tome što iz njegove perspektive određeni propis nije u skladu sa pravdom. „Sudija ne treba da zna ni za koju pravnu teoriju važenja do za onu koja smisao važenja zakona ... izjednačuje sa stvarnim važenjem. ... samo da pita šta je po pravu i nikada da li je to pravedno“ (Radbruch 1980, 110). Najzad, u slučaju kada je optuženi prekršio, iz svoje perspektive – nepravedan propis, sudija je dužan da ga kazni. Za optuženog, prekršaj je bio moralna dužnost, jer za njega pravo može imati moć prinude (moranje), ali ne i važenje (trebanje). Time je zaokružena pravno-filozofska celina, koja dobija svoj zaokret u kasnijim člancima, o čemu će biti u reči u narednom poglavlju.

### 3. PROMENJENA TEORIJA NAKON 1945. GODINE I KRITIČKA DOPUNA

Pod uticajem zastrašujućeg konteksta Hitlerove vladavine i pozitivnog prava koje se tada primenjivalo, Radbruchova izložena koncepcija dobija jednu novu perspektivu i u određenoj meri drugačije ruho. Nationalsocijalistički pogled na svet i vrednosti koje je takav režim zastupao su danas dovoljno poznate, a ovde će biti uzgred sagledano nekoliko najvažnijih pravno-političkih činjenica iz tog perioda. 1934. godine u Berlinu je formiran Narodni sud, kojem je dodeljena uloga procesuiranja slučajeva veleizdaje, kao najviša sudska instanca za političke slučajeve. Roland Frajsler, sudija tog suda, je za dve i po godine osudio 2 500 ljudi na smrtnu kaznu (Volić-Hellbusch 2012, 39). Takođe, novim „Zakonom o ukidanju nevolje naroda i države“<sup>7</sup> – vlada je dobila ovlašćenje da donosi protivustavne zakone, bez upliva parla-

---

<sup>7</sup> Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich, 1933.

menta, kao i sve zaštite protiv policijskih mera. Ideologija je zahtevala sudijsku fleksibilnost, u smislu poštovanja i ostalih vrednosti izvan zakona – poput zloupotrebene pravde, koja se tumačila kroz pojam „zdravog narodnog razuma“, što se svodilo na neprikosnovenu Hitlerovu volju i procenu (Volić-Hellbusch 2012, 44).

### 3.1. Pet minuta filozofije prava<sup>8</sup>

Prvu značajnu promenu Radbruch ističe kroz problem bespomoćnosti pravnik i naroda usled prethodno izložene teorije važenja, koja opravdava samovoljne i zločinačke zakone. Zamisao da je pravo „ono što koristi narodu“ bi značila da svaka čud despota, kazne i presude izvan zakona čine pravo (Radbruch 1980, 265–266). „Kada se slavi ubijanje političkih protivnika, kad se naređuje ubijanje ljudi neke druge rase ... onda to nije ni pravda ni pravo. ... Postoje, dakle, pravna načela koja su jača od svakog pravnog propisa, tako da je zakon, koji je suprotan njima, bez važenja“ (Radbruch 1980, 266–267). On ta načela naziva čak i prirodnim pravom, smatrajući da uprkos nedoumicama oko samog preciziranja tog pojma – on ipak ima dovoljnu i zasluženu čvrstinu.

Očigledno je da već u ovom članku nailazimo na drugačiji pristup u odnosu na sistem pre 1933. – pravna sigurnost počinje da gubi svoj apsolutni primat.

### 3.2. Zakonsko nepravo i nadzakonsko pravo<sup>9</sup>

Nadovezujući se na prethodni članak, Radbruch dodaje da se na sili može zasnivati neko moranje, ali nikako neko vađenje ili trebanje – jer svet *Sollen* traži vrednost u odnosu na koju bi se zakon opravdao. Pošto će norma svakako da brani neku vrednost, onda je svaki propis bolji od nikakvog, ali pravna sigurnost nije presudna ideja koju bi pravo trebalo da ostvari (Radbruch 1980, 287). Zapravo, pravna sigurnost „zauzima neko čudno srednje mesto između svrsishodnosti i pravde“, dok je s druge strane zahtev i same pravde – da se pravo ne primenjuje ili tumači u jednom trenutku ili prostoru na jedan način, a onda na sasvim drugačiji način u drugom (Radbruch 1980, 288). Iz toga Radbruch dolazi do zaključka da u slučaju sukoba između pravne sigurnosti i

---

<sup>8</sup> Radbruchov članak iz 1945. godine.

<sup>9</sup> Radbruchov članak iz 1946. godine.

pravde, u suštini postoji sukob pravde sa samom sobom, što dalje vodi do krucijalnih predloga: „Sukob ... bi se mogao rešiti tako da pozitivno pravo ... ima prednost i onda kada je sadržinski nepravedno i nesvrshodno, osim u slučaju kada pozitivni zakon u toliko nepodnošljivoj meri protivreči pravdi, da ... mora odstupiti pred pravdom“ (1980, 288). To se u teoriji naziva *formulom nepodnošljivosti*. Ona je dopunjena *formulom poricanja*, koja ne samo što nepravednim pravnim propisima daje epitet neispravnog, već im u potpunosti odriče pravnu prirodu. Shodno tome, za Radbruha nema sumnje da se Hitlerovom poretku ne može priznati pravnost – jer je „nacionalsocijalističko „pravo“ imalo suštinski zahtev da izbegne pravdu“ (1980, 289). Kao primer za to, on navodi izraženu Hitlerovu empatiju prema ubistvu Potempe, kao i paroli da nisu sva ubistva ista, naravno u ovom slučaju – u zavisnosti od političkih ciljeva. Formula nepodnošljivosti se, zajedno sa formulom poricanja, može protumačiti kao pokušaj pomirenja teze odvajanja i moralne teze<sup>10</sup> (Leawoods 2000, 500), jer kompromisno daje prostora i jednom i drugom.

Ne zalazeći u to da li je reč o preobraćaju, daljem razvoju ili preokretu u Radbruhovoj misli (u odnosu pozitivnog i prirodno-pravnog stanovišta), o čemu svakako postoji debata, nesporno postoji promena. Upravo zbog povezanosti celovite konstrukcije Radbruhovog sistema sa formulama, priklonio bih se mišljenju da se nova teorija prevashodno tiče pitanja prirode prava, a ne praktičnog delanja sudstva.<sup>11</sup> Iako se, naravno, teorija implicitno odnosi i na sudsku praksu, teško se može odbraniti stav da je centralna dilema ponašanje sudija, a ne određenje pojma, odnosno ideje prava. Zato što se uloga sudije ne može razumeti bez prethodne debate o tome šta je pravo, čini se da je Brajan Biksova argumentacija neosnovana – brkaju se uzrok i posledica (Bix 2011, 52).

Centralna tačka u Radbruhovoj misli jeste granica nepodnošljivosti, odnosno granica prava, koju on precizira na sledeći način: „kada se jednakost, koja čini jezgro pravde, prilikom donošenja propisa sve-sno osporava“ (1980, 288). Međutim, neobično je da, iako je svestan problema koji se tiču pravde kao isključivo formalnog zahteva za jednakošću – on nudi da se sudiji dozvoli da prenebregne pozitivno pravo

---

<sup>10</sup> Teza odvajanja (the separability thesis) je stav u osnovi pravnog pozitivizma, koji tvrdi da pravo zasniva svoje važenje nezavisno od morala; dok je moralna teza (the morality thesis) suprotna (Leawoods 2000, 490).

<sup>11</sup> Uporediti: s jedne strane – Jovanovic (2013a, 156–157), a s druge – Bix (2011, 52).

u takvom slučaju. Naime, i dalje smo suočeni sa osnovnim tezama metodskog dualizma i relativizma: Nijedan vrednosni zahtev se ne može naučno obrazložiti, već se izvodi iz aksiomatskih polaznih pretpostavki. Gde je onda osnov za ovakvo oslanjanje na sudijsku procenu? Upravo zato što nam pravda kao jednakost ništa ne govori o tome koje slučajeve treba tretirati kao jednake, a koje kao nejednake – stojimo bespomoćno pred subjektivnim izborom pojedinca da odredi svrhu prava u odnosu na svoj pogled na svet i izvede pravdu kroz lični moralni sistem. S tim u vezi, ističe Torben Spak, pozicija meta-etičkog relativizma ne može biti kompatibilna sa formulom, a za onoga ko smatra da postoji konceptualna veza između prava i morala – možemo očekivati da veruje u objektivnost morala, makar kada se radi o ekstremnim slučajevima (Spaak 2008, 281). Jasno je da su ljudi međusobno različiti, a da ih onda društveni poredak, kroz davanje prava i nametanje obaveza pokušava učiniti ravnopravnim, ali neminovno uvek ostavljajući neke razlike netaknutim (Келзен 1998, 147). Zato se čini netačnom tvrdnja da je predstavljena granica univerzalna i jasno povučena (Leawoods 2000, 513). Primera radi – ateista, odnosno religiozno indiferentna osoba bi verovatno različite religije posmatrala kao jednake (jer je nevažno o kakvom bogu je reč, kada u njega ni ne veruje), dok bi ih teista posmatrao kao nejednake (Келзен 1998, 147). To su posledice unutar ranijeg Radbruchovog filozofskog sistema, koji se u ovom radu uzima kao validan. Sami instituti savremenog krivičnog prava, poput: nužne odbrane, krajnje nužde, stvarne i pravne zablude – dovoljno govore u prilog tome da postoji veoma širok dijapazon mogućnosti pri zakonodavnoj regulativi i tumačenju, naizgled istih, krivičnih dela.

Shodno rečenom, deluje da bi Radbruchovo rešenje (u formi kakvu on nudi) bilo suviše kompromitujuće u odnosu na pravnu sigurnost i nedovoljno opravdano sa aspekta izložene filozofije. Uprkos tome što i on sam naglašava da bi ovlašćenje odricanja od primene pravnog propisa mogao imati samo viši sud ili zakonodavac – ne menja se suština kritike. I dalje bi određenje moralne granice, kao i interpretacija zakona bili prepušteni subjektivnoj proceni jednog čoveka ili grupe ljudi. Čak i kada bismo pretpostavili da postoji mogućnost nekakve objektivne procene i kada bismo uveli nešto poput Brantovog pojma „vrednosti koje su neophodne za ljudski opstanak“, opet bi ostalo otvoreno pitanje različitih oblika tih vrednosti (Spaak 2008, 287). Ovo postaje pogotovo značajno u kontekstu posledica Radbruchovog stava, koje su dalekosežne, a vidljive kroz uspostavljanje krivične odgo-

vornosti sudija koji su primenjivali nacionalsocijalističke zakone, kao i samu ideju odbijanja primene pozitivnog prava. „Presuda nezavisnog sudije može biti predmet kažnjavanja samo onda kad bi on povredio upravo to načelo kome nezavisnost treba da služi – potčinjenost pravu. Ako se pomoću načela koje smo mi razvili može utvrditi da primenjeni zakon nije bio pravo ... objektivno postoji izvrtanje smisla zakona.“ (Radbruch 1980, 292). To znači da bi bilo legitimno (retroaktivno ili ne) kažnjavati lica koja su, postupajući po pozitivnom pravu, kršila pravdu, shvaćenu iz jedne subjektivne perspektive. Tačnije, pitanje je da li bi Radbruch to uopšte video kao retroaktivnost, jer nije ni reč o pravu (Bongiovanni, Valentini, Sarto 2014, 751). Takav pristup je ujedno primenjivan i u nemačkoj sudskoj praksi nakon rata. O tome svedoči slučaj dvojice policajaca, Strelec i Kesler, koji su osuđeni po tadašnjem krivičnom pravu, zbog pucanja na dvojicu mladića, koji su preskakali Berlinski zid, 1989. godine.<sup>12</sup> Jedan od mladića je i ubijen, a policajci su se pozivali na drugo materijalno pravo, koje je važno u to vreme u Istočnoj Nemačkoj – „Zakon o granici“<sup>13</sup>, jer im je on formalno davao mogućnost da koriste vatreno oružje u cilju sprečavanja prekršaja (preskakanja zida), ako bi taj prekršaj mogao da dovede do izvršenja teškog krivičnog dela protiv Demokratske republike Nemačke. Slučaj je kasnije dospelo do Saveznog ustavnog suda Nemačke 1996. godine, koji je našao da su prekršena ljudska prava zajemčena međunarodnim pravom, pozivajući se i na objektivnu pravdu i na vrednosti koje je štiti krivično pravo (ECHR, app. no. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, 10–14). Sud je istakao da se ne sme vrednost života podrediti zabrani prelaska granice, odnosno da se na ovaj slučaj može primeniti i Radbruchova formula – jer predstavlja izuzetne okolnosti, u kojima se krše zagarantovana načela, iako ujedno postoji i osnov za takvu radnju u jednom važećem zakonu (slučaj je došao i pred Evropski sud za ljudska prava<sup>14</sup>). Sem toga, primeri retroaktivnog postupanja su i dva usvojena zakona: „Zakon o ispravljanju nacionalsocijalističkog neprava u krivičnom pravosuđu“ i „Zakon o kažnjavanju nacionalsocijalističkih krivičnih dela“ (Radbruch 1980, 290).

---

<sup>12</sup> European Court of Human Rights, Streletz, Kessler and Krenz v. Germany, app. no. 34044/96, 35532/97 and 44801/98: 2001.

<sup>13</sup> Gesetz über die Staatsgrenze der Deutschen Demokratischen Republik (Grenzgesetz), 25. März 1982.

<sup>14</sup> ESLJP je takodje odbio uloženu predstavku (pravni lek) osuđenih, koji su se pozivali na diskriminaciju (ECHR, app. no. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, 38).

U tom kontekstu, Hart navodi slučaj žene, iz 1944, koja je potkazala svog muža za govor protiv Hitlera i njegovog režima u cilju da ga se otarasi, iako nije imala dužnost da to učini (Hart 1958, 618–619). Žena je, 1949. godine pred sudom, osuđena za ilegalno lišavanje slobode, jer je njen muž usled denuncijacije bio uhapšen. Viši sud je na kraju odlučio da je žena kriva, iako je sud koji je osudio muža tada samo postupao po pozitivnom pravu, jer je to pravo bilo lišeno savesti i osećaja za pravdu. Potom Hart ističe da, uprkos tome što bismo možda podržali kažnjavanje nemoralnog akta, ipak nam zapravo stoje na raspolaganju samo dve opcije: ili da ne bude kažnjena (što bi bilo pogrešno – kaže Hart), ili da se uvede zakon sa retroaktivnim važenjem (Hart 1958, 619). Koliko god da je neprijatno retroaktivno kažnjavanje, moramo se odlučiti za manje od dva zla (Hart 1958, 619). Hart ovde nudi rešenje suštinski iste prirode, kao Radbruchovo, samo u drugačijem obliku – čega je i on sam svestan. Ali, po njegovom mišljenju – iskrenost, otvorenost (*candour*) nije mali deo moralnosti, odnosno prava, a ono se izražava u transparentnoj žrtvi principa zarad određenih vrednosti. „Ako smo iskreni ... rekli bismo da pravo može biti pravo, ali suviše nemoralno da bi se poštovalo“ (Hart 1958, 620). Takva konstatacija može biti značajna u odnosu na debatu o prirodi prava, ali zaključak u vezi sa kritikom subjektivne procene se ne menja – u istoj meri i na sličan način se podriva pravna sigurnost. Osim toga, Hart dobro zapaža da i kroz misaoni eksperiment u kojem bismo odbacili moralni relativizam i rekli da se vrednosti mogu razumno opravdati kao istinite, i dalje bismo se našli pred zakonima koji važe, uprkos tome što su dokazivo nemoralni (Hart 1958, 626). Kao odgovor na to, Lon Fuller, na bazi vere u usmerenost ljudskih odluka ka pojmu dobrog, kao i uz odbacivanje Hartovog stava da i zle namere mogu imati svoju unutrašnju logiku – postulira implicitnu moralnost (moralnost reda), naglašavajući da pravo ne može da se gradi na sebi samom (Fuller 1958, 636, 645). On, opravdano, smatra da Hartovo rešenje nije u skladu sa „težom odvajanja“, jer je nužna implikacija retroaktivnosti upravo odsustvo važenja tih zakona po kojima je muž osuđen, što premešta težište fokusa sa pitanja pravne prirode – na pitanje da li bi prljavi posao trebalo da obavi sud ili zakonodavstvo (Fuller 1958, 649). Ako se dilema postavi tako da se mora birati između manjeg od dva zla – s jedne strane, nemoralnog prava, a s druge strane, lične moralne dužnosti da učinimo šta mislimo da je ispravno – dilema ni ne postoji. Odvojenost prava i morala negira postojanje veze između obaveze da

se poštuje pravo i ostalih moralnih obaveza (Fuller 1958, 656). Time što bi se Radbruchova formula poricanja zamenila tvrdnjom da je zapravo reč o pravu, koje ne treba da se primeni zbog moralne nepodnošljivosti – ništa se ne bi promenilo. „Moralna zbuđenost bi dostigla svoj vrhunac kada bi sud odbio da primeni nešto što priznaje za pravo, a profesor Hart ne predlaže takvo „suočavanje sa istinom“ za sudove“ (Fuller 1958, 655). Interesantno je da, s obzirom na svoj teorijski okvir u čijem je centru sudija, Hart bira retroaktivnost. Da je sudije stavio pred pomenutu dilemu, morao bi da odgovori da li se razlikovanje između važenja i odbijanja primene prava iz moralnih razloga odnosi i na sudije (Jovanovic 2013a, 158). Pred kraj, zaključuje Fuller, nije zapanjujuće da diktatura ogrnuta u pozitivno pravo, koja je otuđena od „moralnosti reda“ i „unutrašnje moralnosti prava“ – prestaje da bude pravni sistem<sup>15</sup>. Kao konkretno rešenje za pomenuti slučaj, on bi takođe odabrao retroaktivnost, ali samo zato što bi se time napravilo oštro raskidanje sa prošlošću, što bi omogućilo sistemu da se brže oporavi (Fuller 1958, 660–661).

### 3.3. Hans Kelzen i Džon Rols

Osim toga, definisanje pravde kao jednakosti na Radbruchov način je samo jedna perspektiva. Kao alternativa tome – Kelzenova i Rolsova analiza pravde (u ograničenom okviru) će ukratko biti uzete u obzir. U oba slučaja postoji saglasnost sa Radbruchom oko toga se pravda tiče međuljudskih odnosa (iako Rols ne smatra da se ona svodi samo na to), pri čemu Kelzen pravedni poredak određuje kao poredak koji zadovoljava svakoga u okviru njega, određujući pravdu, čini se – pomalo neprecizno, kao društvenu sreću (1998, 137). To se može pojasniti kroz stav da princip pravde svoj materijalni supstrat dobija tek kada se odredi kroz neku moralnu perspektivu, što dalje dovodi do toga da u slučaju ostvarenja tih vrednosti – pojedinac ili društvo biva ju zadovoljni/srećni. Suština Kelzenovog razmatranja je u tome da se, polazeći od istih premisa kao i Radbruch, ne može odrediti objektivnost pravde; pojam sreće je podjednako subjektivan, koliko i sama pravda, čak iako se uvede Bentamova ideja sreće najvećeg broja ljudi (1998, 138). Zato, ideja sreće mora da doživi metamorfozu – mora postati socijalna kategorija, odnosno usmeriti se ka zadovoljavanju društveno

---

<sup>15</sup> Ovde se navodi da se tom pozitivističkom pristupu mora usprotiviti princip „višeg prava“, koji se odnosi na prirodno pravo (Fuller 1958, 660).

priznatih potreba<sup>16</sup> (Келзен 1998, 139). Isto tako, društveni poredak će važiti kao pravedan – ako garantuje individualnu slobodu, a pošto je negativna sloboda, od prinude i od vlasti (u hipotetičkom, apsolutnom vidu<sup>17</sup>), nespojiva sa idejom društvenog poretka, onda ovde mora biti reč o drugačijoj slobodi – slobodi kao vlasti većine. Na taj način dolazimo do samoodređenja demokratije, kroz koju se ideja pravde pretvara u „društveni poredak koji štiti određene interese, one, naime, koje većina potčinjenih tom poretku priznaje kao vredne zaštite“ (Келзен 1998, 139). U svojoj daljoj analizi, Kelzen kritikuje i uobičajeno poimanje pravde kao jednakosti pred zakonom – ističući da to ne znači ništa drugo nego „da organi koji primenjuju pravo ne treba da prave razlike koje ne pravi samo pravo koje treba primeniti“ (1998, 148). Takvo tumačenje se čini tačnim, jer ako zakon odredi da se politička prava ili religijske slobode daju, recimo, samo jednom polu – onda bi se pravednim smatralo prosto isključivanje drugog pola iz datih sloboda. Ali, pita se Kelzen na kraju, koji je onda moralni princip pravde? Iz relativizma se jedino može izvući princip tolerancije, ali samo u okviru jednog pravnog poretka koji je regulisao mir, odnosno zabranio bilo kakvu formu nasilja (Келзен 1998, 154–156).

Sličnu liniju razmišljanja prati i Rols, utemeljujući pravdu na nepristrasnosti – iako na samom početku svog izlaganja naglašava da se zahtev pravde ne može poravnati time što će se na uštrb pojedinaca obezbediti većini da učestvuje u „dobru“<sup>18</sup>. Ostvarenje vrednosti većine nije ispunjenje pravde u potpunosti, ali se možda može prihvatiti, u nedostatku boljeg rešenja (Rols 1998, 22). Polazeći od toga da, zbog različitih moralnih perspektiva, u svakom društvu postoji sukob pojedinačnih interesa – Rols pravdu gradi na principu izvorne saglasnosti. On se bavi posebnim vidom pravde, oličeni u principima koji bi trebalo da postavljaju okvire za bilo kakav pravni ili moralni sistem. Slobodni pojedinci te principe vide kao unapređenje svojih interesa, ako bi se prihvatili u početnom položaju jednakosti (Rols 1998, 28). Takođe, ti isti principi bi trebalo da uredi sve dalje sporazume, saradnje i oblike vlasti. Kao što svaka ličnost, kaže Rols, treba da promisli šta za njega predstavlja pojam dobrog, tako i grupa osoba (društvo<sup>19</sup>) mora

<sup>16</sup> Iako se ni tada ne menja ontološka osnova sreće, odnosno u krajnjem ishodu nas vraća na Bentamovo rešenje. Tačnije, takvo određenje ne prevazilazi subjektivnost, ali joj kroz saglasnost i kolektivnu vrednost daje legitimnost.

<sup>17</sup> Prim. aut.

<sup>18</sup> U vrednostima koje se poklapaju sa njihovim moralnim sistemom.

<sup>19</sup> Prim. aut.



da odluči šta se smatra pravednim (1998, 28). Taj prvobitni položaj jednakosti odgovara hipotetičkom prirodnom stanju kod društvenog ugovora, što znači da nisu određeni klasni položaji ili društveni statusi, kao ni raspodela dobara – niko nije u boljem ili lošijem položaju zbog prirodnih mogućnosti ili društvenih slučajnosti. Naravno, ne uzima se pomenuto stanje u bukvalnom smislu, niti se očekuje utopijsko stvaranje takvog društva, već se prosto zaključuje da treba težiti ka pravdi u vidu nepristrasnosti – ka „društvu kao voljnoj shemi“ (Rols 1998, 30). Pojam pravde je određen ulogama tih principa, što se izražava kroz zapažanje da ispravnost prethodi dobrom. Treba još naglasiti da Rols pravdu ne izjednačava sa nepristrasnošću i u preispitivanju principa na kojima bi društvo moglo da počiva, dolazi do sledećeg predloga: prvi princip je da svaka osoba treba da ima jednako pravo na najširu shemu jednakih osnovnih sloboda, dok drugi princip kaže da društvene i ekonomske nejednakosti treba da se urede tako da je istovremeno razumno očekivati da budu svakome od koristi, i da su povezane sa položajima koji su otvoreni za sve. Time odbacuje prvobitnu pretpostavku principa korisnosti (zadovoljenje pojedinca kroz algebarski zbir dobiti), jer takav princip ne vodi računa o tome na koji način se zbir zadovoljstava raspodeljuje na pojedince (Rols 1998, 40, 70). Značajno je napomenuti da su za njega uloga intuicije i zdravog razuma ključne pri određivanju pomenutih okvira, kao i da nije porekao mogućnost da društvo izabere korisnost kao princip (Rols 1998, 39, 43, 47, 56–60). Ipak, pojmovi osnovnih sloboda, intuicije i razumnog očekivanja koristi za sve – se čine poprilično nepreciznim, te Rolsovi principi neće biti uzeti u ovom radu kao poželjno rešenje.

Posle svega navedenog – bilo bi najdoslednije poći od neke vrste utilitarističkog shvatanja da je slobodan odabir većine pojedinaca u određenom društvu jedini opravdan, sa svešću o neophodnosti moralnog pluraliteta, kao i nemogućnosti praktične primene potpune saglasnosti jednog društva.

### 3.4. Predlog rešenja

Pre iznošenja predloga, neophodno je prvenstveno ukazati na jednu važnu dopunu pitanja granice nepodnošljivosti, koje se krajnje određuje pojmom ljudskih prava, a za koju saznajemo iz Radbruhog posthumno objavljenog rada. Naime, kroz učenje o „prirodi stvari“, koja bi trebalo da bude rukovodna ideja za zakonodavca, Radbruh olakšava oštrinu metodskog dualizma – ukazujući na to da je ta „stvar“

materija koju pravo treba da oblikuje, što zapravo čine zajednički život ljudi, ukupnosti okolnosti i životnih poredaka u okviru društva (1990, 220), dok je „priroda“ objektivni smisao te materije, koji treba izvući iz samog sklopa životnih odnosa (1990, 222). Problem se, nesumnjivo, nameće kroz već spomenutu subjektivnosti odabira jedne od tri grupe vrednosti, jer se ciljevi prava razlikuju u zavisnosti od osećaja za pravdu (ispravnost), shvatanja države i partijskog opredeljenja, religije ili pogleda na svet (Radbruch 1965, 28). Etički osećaj za obavezu (trebanje) je nužno odluka slobode i zato ne može pravo da nametne moral, već ono može samo da ga omogući – pravo je mera bez koje se unutrašnja sloboda moralnih odluka ne može ostvariti. Upravo zato je, smatra Radbruch, neophodno garantovati *ljudska prava*, nezavisno od različitih vrednosti i uređenja, jer su ona „*absoluter Natur*“ (apsolutna priroda) svakog pravnog sistema (Radbruch 1965, 29). Vrednosni odnos između individualizma, nadindividualizma i transpersonalizma određuje distributivna pravda, ali ukoliko dođe do potpune negacije ljudskih prava – radiće se o potpuno neispravnom pravu. Na ovaj način biva uveden moralni minimum prava, koji bi najpre trebalo okarakterisati kao „prirodno pravo sa promenljivom sadržinom“, jer se ono razlikuje od klasične doktrine prirodnog prava, koje zahteva univerzalno važnije nekih vrednosti, nezavisno od mesta i vremena (Jovanovic 2013a, 160). Međutim, postavlja se pitanje o kojim pravima je reč? Pred kraj, Radbruch i na to daje odgovor, uvodeći pojam „humanosti“, kao i „ljudskog dostojanstva“, predstavljajući istovremeno jedan koncizan osvrt na istoriju razvoja tih pojmova (Radbruch 1965, 97–98). Zatim precizira na koje načine bi pravo trebalo da ostvari ljudsko dostojanstvo: kroz garanciju spoljašnje slobode, inkriminisanje zločina protiv čovečnosti (odnosno čovečanstva), kao i zaštitu pojedinaca od arbitrarnog kažnjavanja – naglašavajući Listovu<sup>20</sup> ideju da krivično pravo ne bi trebalo svoju svrhu da pronalazi samo u zaštiti društva od kriminalaca (Radbruch 1965, 99). To je kasnije, u sličnom obliku, usvojeno u okviru jedne od najvažnijih međunarodnih deklaracija – „Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima“<sup>21</sup> (Jovanovic 2013a, 161). Povrh toga, zanimljivo je istaći da se Robert Aleksi u potpunosti slaže sa ovakvim stavom (Alexy 2012, 9–14), kao i ukazati na donekle blisko razmišljanje Harta, kada je reč o određenoj granici koje nijedan pravni poredak

<sup>20</sup> Franz von Liszt (1851–1919) – nemački pravnik, kriminolog.

<sup>21</sup> Universal Declaration of Human Rights, UN General Assembly, 10/12/1948, 217 A (III). <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3712c.html>, last visited May 21, 2020.

ne bi smeo da prenebregne. Naime, on naziva „prirodnom nužnošću“ određene osnovne potrebe društva, a to su: zabrana ubistava, nasilja i krađe (Hart 1958, 623).

Ipak, uprkos tome što se sa uvođenjem pojma ljudskog dostojanstva u popriličnoj meri precizira granica i što bi se većina ljudi intuitivno složila sa njom – sledeća modifikacija izgleda kao prikladija i utemeljenija: dati takvo ovlašćenje jednom posebnom, nezavisnom telu – demokratski utemeljenom.

Upravo da bi se zaobišli problemi moralnog relativizma i sukoba različitih pogleda na svet pojedinaca – neophodno je da se formira posebno telo, koje bi imalo isključivo pomenutu funkciju. Prateći izloženi trag Kelzenovog i Rolsovog poimanja pravde, kao i pretpostavke, u skladu sa tim, da pravo kao takvo postoji zarad pojedinaca u zajednici koju pravo treba da uredi – čini se najkonzistentnijim da se demokratski odabrano veće pravnika ovlasti da naredi sudijama da ne primene neki pozitivno-pravni propis, ali isključivo uzimajući u obzir vrednosti, odnosno prava koja bi narod izglasao kao granicu nepodnošljivosti. Možda bi najbolje bilo takvo ispitivanje sprovesti putem referenduma, u okviru kojeg bi glasačima bila ponuđena veoma široka lista prava, koje bi mogli da izglasaju kao „osnovna“, nakon čega bi se po određenoj formuli uzeo presek kao rezultat (uz uslov da je nezavisno od izlaznosti više od polovine građana glasalo za taj krug prava, koji će biti uzet kao relevantan, kao i povremenu obnovu referenduma – kako bi se dala šansa novim generacijama). Time bi se ostvario uslov konsenzualnosti i čini se – mogućnost relativizacije svela na minimum. Danas, sa razvijenim ustavnim sudstvom i međunarodnim pravom, koje formalno obezbeđuje granicu ljudskog dostojanstva – ova tema svakako donekle gubi na značaju. Međutim, institucija Ustavnog suda ima suptilno drugačiju ulogu od ovog potencijalnog tela, jer Ustavni sud procenjuje međusobnu usklađenost pozitivnog prava, dok bi u našem slučaju bila reč o usklađenosti celokupnog pravnog poretka sa nekom vrstom nadzakonskih prava<sup>22</sup>. Takođe, u vezi sa međunarodnim pravom, može se istaći da uvek može biti upitna efikasna primena istog (kao što je bila u pomenutom slučaju sa Berlinskim zidom<sup>23</sup>), kao i da uvek postoji dinamika u borbi za vrednosti – koja bi se izrazila kroz različite oda-

---

<sup>22</sup> Između ostalog, u Hitlerovom poretku je pomenuti zakon „O ukidanju nevolje naroda i države“ suspendovao sva ustavom zagarantovana prava, što ukazuje na potencijalni značaj ovog instituta koji bi trebalo da prethodi ovakvim situacijama.

<sup>23</sup> Vid. str. 12.

bire, to jest izglasavanje raznovrsnih vrednosti. Aktuelna pitanja poput eutanazije, abortusa i ostalih pitanja iz bioetike, kao i veštačke inteligencije i homoseksualnosti su jednostavan primer trenutnih razilaženja (iako se, zbog metoda glasanja – taj krug može proširiti). Recimo, pitanje privatne svojine može biti jedno od tačaka sporenja, kao što se kroz istorijsko iskustvo pokazalo, kao i sloboda govora ili udruživanja. Zato je ovakav predlog potencijalno širi od kruga koji bi pojam ljudskog dostojanstva obuhvatio, što ga čini uvek aktuelnim. Naravno, problem sa ovakvim predlogom se tiče, ponovo, nepremostivog ličnog tumačenja propisa (iako bi merilo tumačenja bilo demokratski određeno), kao i eventualne ekstremne amoralnosti društva, posmatrano u odnosu na uobičajena osnovna ljudska prava koja se danas garantuju. Međutim, i u tom slučaju je važno reći da je jedan od zaključaka rada – da je na samim građanima da kroje sopstvenu sudbinu, pa bi načelno svaki odabir vrednosti bio opravdan.

#### 4. ZAKLJUČAK

Rabruhovi predlozi o pravdi kao vrednosti, koja se u krajnjoj instanci mora učiniti snažnijom od pozitivnog prava, shvataju se kao jedan neverovatan i izuzetno originalan poduhvat, koji se mora ceniti. Nije od značaja da li će pravda prevagnuti putem sudijske neprave nemoralnog prava, uvođenja zakona sa retroaktivnim važenjem, ili pak samog kažnjavanja lica uprkos tome što su njihova dela saglasna sa postojećim pravnim propisima – važno je da određene vrednosti nikada ne budu povređene. Ipak, čini se da bi u slučaju odbacivanja izloženog *reformisanog rešenja* – odricanje od bilo kakvog iznad-pozitivnog prava bila razumna alternativa. Čak i kada bismo uzeli u obzir Radbruhovu formulu sa kasnije uspostavljenom granicom ljudskog dostojanstva, zbog izložene filozofije i praktične nepotrebnosti danas, deluje da bi bilo bolje osloniti se na pravnu sigurnost, a ostatak prepustiti međunarodnom (pozitivnom) pravu. Pravno-filozofska i politička analiza bi trebalo prevashodno da se usredsređuje na poluge za sprečavanje arbitranog zakonodavstva i vlasti u celini (poput pitanja koja se tiču rešavanja problema predstavničke demokratije, izbornog sistema i efikasne primene zagarantovanih prava), koje bi morale imati preventivnu ulogu, što nas ujedno upućuje i na glavni uslov – demokratsku svest građana. Mišljenja sam da je koren datog problema uvek dublji

nego što bi jedan nadzakonski institut mogao da dopre, iako pod određenim okolnostima verujem da bi mogao da pomogne. Pri tom, trebati uvek imati u vidu da je Radbruch pisao u jednom specifičnom kontekstu i da je značaj njegovog rada i mišljenja ostavio snažan utisak čak i na sudsku praksu<sup>24</sup> (Leawoods, 2000, 513–514), što dovoljno govori u prilog njegovoj teoriji. Svaki novi pokušaj da se teorija modifikuje povezan je sa promenjenim okolnostima i problemima sa kojima se savremeni svet susreće, što svedoči o drugačijim dometima i ciljevima ka kojima bi se jedna ovakva ideja mogla kretati. Pomenuti predlog demokratskog tela se naravno odnosi na društvo koje je dovoljno stabilno da bi se predlog uopšte mogao razmatrati, što nije bila situacija u Trećem Rajhu. Ipak, koristeći tuđa iskustva, težimo da doprinesemo poboljšanju uređenja budućih društava, kao i da možda stvorimo jedan novi okvir koji bi bio iznad svakog pravnog poretka, u nadi da bi se na taj način određene vrednosti zaista mogle zaštititi kroz efikasnu primenu navedenog metoda.

## LITERATURA

1. Alexy, Robert. 2012. Law, Morality, and the Existence of Human Rights. *Ratio Juris*. Vol. 25 No. 1: 2–14.
2. Alexy, Robert. 2015. Legal Certainty and Correctness. *Ratio Juris*. Vol. 28 No. 4: 441–451.
3. Bongiovanni Giorgio, Valentini Chiara, Sartor Giovanni. 2014. Philosophy of Law and International Criminal Law: Between Peace and Morality. *International criminal law review*, 2014: 738–767.
4. Bix, Brian. 2011. *Radbruch's Formula and Conceptual Analysis*, 56 Am. J. Juris. 45.
5. Volić-Hellbusch, Jelena. 2012. Sudstvo u trećem rajhu. *Pravni zapisi*, god. III, br. 1: 36–53.
6. Jovanovic, Miodrag. 2013a. Legal Validity and Human Dignity – On Radbruch's Formula. *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Beihefte 137, 2013: 145–167.
7. Jovanovic, Miodrag. 2013b. Is Legal Positivism Tenable Beyond Moral Relativism? *Problema – Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 9, 2015: 185–244.
8. Kant, Imanuel. 1976. *Kritika čistoga uma*. Beograd: Beogradski izdavačko-grafički zavod.

---

<sup>24</sup> Vid. str. 12 i 13.

9. Келзен, Ханс. 1998. Шта је правда. *Право и њравга – Хрестоматија*, II издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. 2017: 137–156. (Kelzen, Hans. 1998. Sta je pravda. *Pravo i pravda – Hrestomatija*, II izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. 2017: 137–156.)
10. Келзен, Ханс. 2007. *Чистиа теорија њрава*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Kelzen, Hans. 2007. *Cista teorija prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu).
11. Leawoods, Heather. 2000. Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher. *Washington University Journal of Law & Policy*. Volume 2, Re-Engineering Patent Law: The Challenge of New Technologies, 489–515.
12. Pantić, Dragomir. 1997. Vrednosti i ideološke orijentacije društvenih slojeva. *Društveni slojevi i društvena svest*, 1997: 269–407.
13. Radbruch, Gustav. 1965. *Vorschule der Rechtsphilosophie*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht.
14. Radbruh, Gustav. 1980. Zakonsko nepravo i nadzakonsko pravo. 281–293 u *Filozofija prava*. Beograd: Nolit.
15. Radbruh, Gustav. 1980. Pet minuta filozofije prava. 265–267 u *Filozofija prava*. Beograd: Nolit.
16. Radbruh, Gustav. 1980. *Filozofija prava*. Beograd: Nolit.
17. Радбрух, Густав. 1990. Природа ствари као облик правног мишљења. *Зборник за теорију њрава*, књ. IV Српске академије наука и уметности. Београд, 1990: 217–237. (Radbruh, Gustav. 1990. Priroda stvari kao oblik pravnog misljenja. *Zbornik za teoriju prava*, knj. IV Srpske akademije nauka I umetnosti. Beograd, 1990: 217–237.)
18. Rols, Džon. 1998. *Teorija pravde*. Beograd: CID Podgorica – JP Službeni list.
19. Spaak, Torben. 2008. Meta-ethics and legal theory: The case of Gustav Radbruch. *Law and Philosophy*, 2009: 261–290.
20. Fuller, Lon L. 1958. Positivism and fidelity to law – a reply to professor Hart. *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4. 1958: 630–672.
21. Hart, H. L. A. 1958. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4. 1958: 593–629.

Sava Vojnović  
Undergraduate Student  
Faculty of Law University of Belgrade

## A CRITICAL EVALUATION OF RADBRUCH'S THEORY ON JUDICIARY MORAL RESPONSIBILITY

### *Summary*

Under the influence of the political and historical context in the eve of World War II – Gustav Radbruch, postulated the formula of intolerability and refutation. Through them, he developed his thesis that a judge should not apply laws which are iniquitous, meaning they breach the principle of equality, which is also the core of justice. A problem with such an authorisation inevitably imposes itself through the question of subjectivity of an individual judgement, because justice is evaluated in relation to values. Such a demand of justice does not tell us whom to consider equal. In this paper an attempt will be made to find a solution which would least compromise legal certainty by moral relativism – on the basis of Kelsen's and Rols' ideas of justice, as well as the hypothesis that the goal of law is to serve individuals of the community which it regulates. It will be assessed whether it is more consistent to modify Radbruch's idea, through an independent body with extralegal authorities – grounded on democratic institutes.

Key words: *Radbruch, the intolerability formula, justice, relativism, consensus*