

Марко С. Трајковић
Универзитет у Нишу
Правни факултет у Нишу
marko@prafak.ni.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-5302-918X

Драгиша С. Дракић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Drakis@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-5248-6562

О МОГУЋОЈ НЕМОРАЛНОСТИ ПРАВА*

Сажетак: *Право је моћни извор моралног добра, али истовремено и извор моћне неморалности. Више различитих праваца у теорији и филозофији права напунило је тумачењу права из крајње нормативистичко-позитивистичке равни која је увек неирала нужну везу права и моралних вредности. На тај начин право је доведено у домену своје примене у улогу „изазивача“ неморалних дела, што је посебно оштро у материји кривичног права. Оно као такво, вредносно неутрално, није више било у стању да, како то наводи Лео Штраус, разликује добро од зла. Тако је поставка „закон је закон“ довела до слома људског достојанства, а све у име правне сигурности која је као правна вредност обезбеђена кроз позитивистичку и нормативистичку раван. Најори да се свети права објасни мимо друштва и свети вредности довела је до прецизирања појма права, али та је истовремено сузила и омеђила му домен примене, чиме је неовраћно учињена штета.*

Кључне речи: *право, кривично право, правни позитивизам, нормативизам, морал, неморал, вредности.*

* Рад је резултат истраживања на пројекту: „Одговорност у правном и друштвеном контексту“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021-2025. године.

1. УВОД

Својим ставом „закон је закон“ правни позитивизам је свој основ по-сматрања права нашао, у антиподу правди у правној сигурности, коју ће правни позитивизам одредити као највишу вредност. Тако одређена вредност правне сигурности директно је супротна правди и осталим моралним вредностима. На тај начин право је постало могући извор неморалности, што се највише манифестовало у материји кривичног права.

Свака идеја да се правна заповест поистовети са вољом некога, у ранијем добу са вољом суверена, доводи у опасност објашњење обавезујуће снаге правне норме. Правни позитивизам је имао „намеру“ да се „обрачуна“ са свим што је протумачио као морални, односно метафизички елемент. С једне стране обезбедио је какву такву сигурност, али је довео у опасност могућност критичког сагледавања стварности што је могуће учинити са аксиолошке равни, која је најпотребнија у кривичном праву. Све изван рационалних оквира постало је за право непотребан терет који замагљује његово поимање, те је тако у том тренутку правни позитивизам и однео победу над оним што се сматрало да остаје ван правног домена. Оваква победа била је привремена и постала је у једном тренутку извор немерљивог зла. Тада када више ништа није било битно осим закона израженог у вољи суверена право је од своје могућности да буде извор неморала постало сигуран извор зла. Такво право иако је било прецизно, иако је правна норма имала све потребне елементе, било је извор неморала, и то се најбоље могло видети у његовој примени, а у домену кривичног права.

Проблем примене је двострук, с једне стране захтева прецизност, али мора да допусти да је право поникло у друштву и своју сврху испуњава чинећи да то друштво буде боље. Из тог разлога се донекле можемо сложити са Хербертом Хартом да појмови морала могу да замагле правну стварност, али и да се не сложимо јер морални појмови су претходно питање правног поретка. Тако изгледа да морамо прихватити интегралистичку поставку права како би избегли све замке једностраности. Те се утолико можемо сложити и са нормативистичким посматрањем права, али само донекле, до тренутка када се потпуно негира улога друштва у стварању права.

Неморалност права могућа је онда када се у име оправдане правне сигурности све остало заборави. Када се заузме став да је правна сигурност од свих вредности „најлепша“. Наравно, право као систем подразумева неопходно постојање правне сигурности јер је немогуће замислити правни систем без ње, али је исто тако немогуће замислити га без других вредности које су брана од волунтаризма испољеног у вољи суверена.

2. ПУТЕВИ НЕМОРАЛНОСТИ ПРАВА

Свеукупно бављење правом у делу теорије и филозофије права, увек се кретало у цикличним круговима незадовољства. У једном тренутку то је било незадовољство недовољном прецизношћу у одређењу појма права, док је у другом то било изражено у не повезаности права са друштвом и аксиологијом. Некада се немоћ савладавања стварности спајала са нихилизмом и ставом „ништа не постоји“ или „када би нешто и постојало, не би се могло сазнати“ и на крају „кад би се могло сазнати, не би се могло саопштити другима“.¹ Тако се немоћ претворила у негирање било чега што превазилази рационалне оквире изражене у вољи људи, што је за резултат у праву имало за став да је боље имати закон но немати.

Ово је био почетак пута неморалности права јер је онда уследила и поставка „право није ништа друго него резултат интересне политике оних који владају“.² Оно то јесте, али се не може у разматрању права, ако се жели боље право, стати на тој констатацији. Дакле, право се не може свести на „корист јачег“.³ „Корист јачег“ и јесте увертира неморалности права која је везана за „етику силе“.⁴ Таква етика и није етика, она је заправо недостатак вредносног момента у праву, а закон испуњен злочиначком садржином и није закон, иако „законе утврђују они који имају стварну власт у држави“.⁵ Ако се избрише потреба за моралношћу права онда природно право престаје да буде „инстанција од које зависи легитимизација позитивног права“.⁶ Правни позитивизам и нормативизам испуњавају своју сврху у форми, међутим с обзиром да закон прописује наше различито делање постаје јасно колико је важно утврдити садржину прописа, посебно кривичних.

Наравно, тешко је утврдити колика је веза између правног позитивизма и нормативизма и зла које је право произвело и производи. Тешко је чак утврдити и значење израза правни позитивизам, те још једино можемо рећи да је то јасна тежња „новије правне знаности, антиприродноправне и антиидеалистичке, да властитим исказима даде објективност и прецизност природних и логичких знаности. Већи дио модерне правне мисли, заиста, има двије темељне методолошке особине: усмјереност на искуствено и етичку неутралност“.⁷ Изгледа да ће се правни позитивизам везивати за једноставну поставку обавезности правила, односно „To say someone has a ‘legal obligation’

¹ Милош Ђурић, *Из историје античке филозофије*, Службени лист СРЈ, Београд 1996, 211.

² Ibid.

³ Ibid., 207.

⁴ Ibid., 205.

⁵ Ibid., 276.

⁶ Ibid., 282.

⁷ Nikola Visković, *Pojam prava*, Logos, Split 1981, 10.

is to say that his case falls under a valid legal rule that requires him to do or to forbear from doing something” и даље „In the absence of such a valid legal rule there is no legal obligation“.⁸ Овде се већ заснива идеја „закон је закон“ јер право се „приказује право какво јест, не бранећи га тврђењем да је праведно, нити га осуђујући тврђењем да је неправедно“.⁹ Тако се право и своди на наредбу суверена исцрпљену у форми, без намере да се критички преиспита садржина тог императивног правила јер „Тачан појам речи ‘право’ (law) увек обухвата идеју врховне власти која је у стању да принуди људе да јој се повинују“.¹⁰ На ово се надовезује и егзактан став „Правило које је прописао суверен једног друштва својим поданицима“ јесте право.¹¹ Изгледа да се код правног позитивизма, а то је потврдила историја, све подводи под императивна правила која су израз воље суверена, те се отишло и корак даље, право је „Правило због кога су људи обавезни да усагласе своју моралну акцију“.¹² Постало је јасно да је „идеја заповести“ постала носећа.¹³ Чак и ако суверену не дамо право да сам „израђује“ правне норме, право ће бити оно које он примењује, и то баш само из тог разлога.¹⁴

Једна ће група аутора унутар правног позитивизма, постојање права везати за судове, односно то су „правила која су призната у судовима и по којима они раде“.¹⁵ Али и то да се у самој јуриспруденцији имамо бавити предвиђањем „случајева примене јавне силе – што остварују судови“.¹⁶ Ова поставка везана за примену права довела је даље до закључка да је право оптерећено моралним појмовима у својој примени и да мора да буде од њих ослобођено јер „In the law of contract the use of moral phraseology has led to equal confusion“.¹⁷ Однос према моралним нормама ишао је дотле да су норме „позитивне моралности“ имале бити преведене у правне норме.¹⁸ Овако је започео пут одвајања права од морала и не испитивања садржине правне заповести, што јасно може довести до неморалних аката, који сами по себи неће бити везани за појам добра. И сама јуриспруденција свела се на изучавање правила „која су људи поставили за људе“ и тако је скупина „тако

⁸ Conrad Johnson, *Philosophy of Law*, Macmillan Publishing Company, New York 1993, 97.

⁹ N. Visković, *Pojam prava*, 11.

¹⁰ Роско Паунд, *Јуриспруденција I*, ЦИД, Подгорица 2000, 320.

¹¹ *Ibid.*, 321.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*, 323.

¹⁴ *Ibid.*, 332.

¹⁵ *Ibid.*, 333.

¹⁶ *Ibid.*, 334.

¹⁷ С. Johnson, *Philosophy of Law*, 49.

¹⁸ Р. Паунд, *Јуриспруденција I*, 416.

успостављених правила“ постала њен предмет,¹⁹ прецизније „the law is a set of rules specially selected to govern public order, and offers a simple factual test – what has the sovereign commanded“.²⁰ Што би значило да су правна правила она која „спровode они органи политичког друштва који су у ту сврху одређени“.²¹ Утолико се правни прописи имају одвојити од „моралних закона или правила, која он каже, почивају на савести, затим од природних закона, који се ослањају на разум, као и од закона части, који се наслањају на јавно мњење“.²²

Пошто је сада правно правило недвосмислено везано за моћ онога који држи политичку моћ постаје јасно да се овде мора додати и појединац који има навику да слуша и не преиспитује самим тим садржину заповести надређеног, која може и сама бити извор неморалности. Таква поставка морал ће везивати за индивидуални ум и његово схватање добра и зла и ништа више,²³ јер „Не жуди за тим да дођеш до вола суседа свога – јесте морално правило. Али, све док таква жудња не пређе у спољашњи облик, то јест, постане крађа, право се њоме не бави нити, у ствари, може да бави“.²⁴ Дакле, моралним појмовима нема места у правној науци и пракси, те се потом поставља питање како избећи неморалност, посебно у домену кривичног права, где је живот најважнија вредност која се ваља да штити. И како штитити основне вредности када „Власт а не истина чини право“.²⁵ ово нас даље наводи на закључак да појединац има правну обавезу да послуша „сваки закон“²⁶ и без обзира на његову садржину. Прецизније „Постојање права је једна ствар, његова ваљаност или неваљаност, друга“.²⁷

Тај прекид везе са моралним правилима био је више него наглашен јер чак иако се нека морална правила могу сматрати за правна, то и није обавезно јер имамо и правила која „имају све моралне предиспозиције да буду закони а ипак то нису“.²⁸ Из овога се изводи став да нема нужне везе између схватања добра и зла и императивног правног правила које не пита за моралне или неморалне мотиве за делање. Питање морала или неморалних

¹⁹ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832, 2. Нав. према: Р. Паунд, *Јуриспруденција I*, ф. 166, 331.

²⁰ С. Johnson, *Philosophy of Law*, 98.

²¹ George V Keeton, *The Elementary Principles of Jurisprudence*, 1930, 38. Нав. према: Р. Паунд, *Јуриспруденција I*, ф. 177, 334.

²² Р. Паунд, *Јуриспруденција I*, ф. 166, 372.

²³ С. Johnson, *Philosophy of Law*, 45-59.

²⁴ Frederick Pollock, *First Book of Jurisprudence*, 1929, 46-47. Нав. према: Р. Паунд, *Јуриспруденција I*, 426.

²⁵ Р. Паунд, *Јуриспруденција I*, 434.

²⁶ Р. Паунд, *Јуриспруденција I*, 434.

²⁷ Херберт Харт, *Огледи из филозофије права*, Плато, Београд 2003, 58.

²⁸ *Ibid.*, 94.

мотива увек је било камен спотицања правних система и правне праксе, те се утолико код Херберта Харта и налази пример сукоба моралних мотива и послушности према неморалним законским заповестима. Тако се и долази до закључка да су за правну праксу оваква питања тешка јер постоји отворен сукоб између правних правила и моралних схватања, посебно када су сама правила испуњена злочиначком садржином и супротна и самом здравом разуму. Тако је и сам Харт дошао да закључка да „правни систем мора испољавати неку одређену саобразност с моралом или правдом“ при чему се он одмах ограђује и да одатле не следи да ће морал бити критеријум „правне валидности“.²⁹ Ипак, изгледа да нам је веза између ваљаности и правног правила неопходна јер „Државе су без правде само пљачкашке банде, али велике“.³⁰ Тако се може закључити да „повиновати се и правним и моралним нормама није ствар похвале, већ минималан допринос друштвеном животу који треба узети као нешто нормално“.³¹

Када би се ваљано понашање морало стално хвалити, то би нас навело на закључак да са том друштвеном заједницом нешто није у моралном смислу уреду. Социјални притисак не може ићи у правцу сталног кориговања понашања појединаца, јер они сами у себи морају имати ту „искру“ и то по цену жртвовања сопствених интереса. Дакле, јасно је да закони неће увек задовољавати одређене моралне захтеве појединца или друштвене заједнице, те се онда поставља питање шта чинити. Изгледа да је најбоље решење у стварању правних правила, посебно кривичних, кренути од моралних вредности како би се избегла могућа неморалност или равнодушност према вредносним појмовима. Мада посматрајући стварност „ни право ни прихваћени морал друштва немају потребе да минималном заштитом и коришћу обухвате све људе у дјелокругу свога важења, и често се то није ни чинило“.³² То се очитује и у следећем примеру „Хаклбери Фин, када су га упитали да ли је од експлозије цијеви на пароброду ко повријеђен, одговара: „Није, госпођо. Погинуо је један црнац“. Опаска тетке Сали: „Е, то је срећа, јер понекад има и повријеђених“, сажима цјелокупну моралност која је често преовлађивала међу људима“.³³

Шта са онима који правни систем као скуп одређених правила схватају као морално обавезујућим? Дошло је до мешања моралног пристанка и правних санкција, односно превагу су однеле правне санкције, тако се појединцу учинило да је он и морално обавезан, посебно што та „минимална“ форма добра није јасно одређена, а право може имати било какву садржину.

²⁹ Херберт Харт, *Појам права*, ЦИД, Подгорица 1994, 226.

³⁰ *Ibid.*, 194.

³¹ *Ibid.*, 211.

³² Х. Харт, *Појам права*, 242.

³³ *Ibid.*, 243.

Дакле, да ли је могуће остварити следеће „владати се по прописима, слободно критиковати“ без последица.³⁴ Даље, ово наводи на закључак да „извесни морални принципи могу да се уведу у правни систем и постану његов део преко експлицитних законских прописа, или да судови могу бити законски обавезни да пресуђују сходно ономе што сматрају праведним тј. најбољим“.³⁵ Мада је ипак, основа правног позитивизма нашла себе у ставу да „из пуке чињенице да једно правило нарушава неки морални стандард, не следи да то правило никако и није правно правило; и обрнуто, из пуке чињенице да је једно правило морално пожељно не следи да је оно самим тим и правно правило“.³⁶

На овакав став природно се надовезао и став „Чиста теорија права“ је она теорија која настоји да право ослободи од свих елемената који нису својствени праву,³⁷ и даље „Келзен „чисти“ све социјалне и етичке садржаје из правних норми и правне знаности“.³⁸ Оваква поставка „одбија да вреднује позитивно право“,³⁹ што даље наводи на закључак једна норма важи јер припада „неком одређеном поретку“,⁴⁰ а за овакав став упориште ће се наћи у поставци „Реченица етичара није никаква норма, јер етика као наука не може ништа прописивати. Него једино описивати њој дате норме,“⁴¹ односно позитивитет права лежи искључиво у томе што се „ствара и укида актима људских бића“ те је оно самим тим „независно од морала“.⁴²

3. ОД ПРАВНОГ ПОЗИТИВИЗМА ДО НЕМОРАЛНОСТИ

Изгледа да је историја верно пренела поставку одвајања права од морала те понудила правне системе који су то били само формално, док су њихова правна правила, посебно она у домену кривичног права, заправо била скуп злочиначких идеја преточених у правно рухо и санкције које га штите.

Тако нам остаје да је дело Хане Арент „Eichmann in Jerulasem A Report on the Banality of Evil“ заправо сведочанство о једном „комарцу“ у систему злочина у којем се и родио појам *Banality of Evil*. У једном од претходних

³⁴ Х. Харт, *Оптеги из филозофије љрава*, 59.

³⁵ *Ibid.*, 61.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Ханс Келзен, *Чистија теорија љрава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1998, 11 и 12.

³⁸ N. Visković, *Појам права*, 28.

³⁹ Х. Келзен, *Чистија теорија љрава*, 19.

⁴⁰ *Ibid.*, 46.

⁴¹ Ханс Келзен, *Елементиј теорије љравних норми*, Ратио, Подгорица-Београд 2003, 45.

⁴² Ханс Келзен, *Оптегија теорија државе и љрава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1998, 171.

ставова навели смо да некада није јасно како и зашто то појединци прихватају чак и на своју штету одређена правила, односно заповести, тако су се код Хане Арент родила питања „Why did you not protest?“ и „Why did you board the train?“⁴³

Скоро да никада нисмо чули од злочинца да се сматра кривим, те је тако и Ајхман на то питање одговорио „No guilty in the sense of the indictment“.⁴⁴ Сада смо на „терену“ правног позитивизма са страшним последицама инсистирања да „закон је закон“. Но, Ајхман је у сопственим очима невин, јер је његова послушност према неморалним законима била апсолутна, а само се то захтевало, послушност према закону без обзира на садржину.

Да ли савршено нормална особа, може да постане злочинац под савршено неморалним правилима? Сам Ајхман није био „a perverted, sadistic personality“, заправо није био ни „fanatical anti-Semites or indoctrination of any kind“.⁴⁵ Шта се онда заправо десило? Сасвим сигурно да су и „обични“ грађани знали шта се дешава, тако да је питање да ли је он знао излишно, јер „had not transported them, they would not have been delivered to the bucher“.⁴⁶

Пут неморалности је започео на теоријској равни али се јако брзо пренео на практичну када су као његов директан производ настали правни системи који се тако само условно могу назвати. Један од тих припадника изведених пред суд, Ајхман, биће описан као „clown“,⁴⁷ мада је он био много више од тога, заправо поштујући правна правила он је био „a master of life and death“,⁴⁸ који предлаже програм Мадагаскар, а меша Мадагаскар за Уганду.

Чак ни санкције за неизвршење правних правила нису спровођене увек или у већини случајева, заправо „not a single case could be traced in which an S.S. member had suffered the death penalty because of a refusal to take part in execution“.⁴⁹ Опет се враћамо на питање да ли је могуће да неморални правни системи измене структуру личности, до те мере да се добровољно поштују правила која имају неморалну садржину? Понашање Ајхмана у једној ситуацији може да нам потврди да појединци нису кажњавани за неизвршење наредби. Тако је он септембра 1941. године организовао депортацију и уместо да транспорт оде у Русију, где би сви били одмах убијени он је преусмерио у гето Лодз, где још нису вршене егзекуције. Транспорт је прихваћен, а његово одбијање било је заборављено од стране Химлера и Хајдриха.⁵⁰

⁴³ Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem, A report on the Banality of Evil*, Penguin Books, Dublin 1992, 9.

⁴⁴ Ibid., 19.

⁴⁵ Ibid., 24.

⁴⁶ Ibid., 51.

⁴⁷ Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem, A report on the Banality of Evil*, 52.

⁴⁸ Ibid., 62-63.

⁴⁹ Ibid., 89.

⁵⁰ Ibid., 92.

Дакле, он је у овој ситуацији поступио противно позитивно правним прописима али за такав поступак није био кажњен. Касније ће и он заборавити на овај „инцидент“ и показати своје право „superhumanly inhuman“ лице.⁵¹

Правни позитивизам испољен је и на Ванзејској конференцији из јануара 1942. године из које су проистекла даља „коначна решења“. Оно што јесте застрашујуће је што се све одиграло као „cozy little social gathering“⁵² Дакле, правило „закон је закон“ претпоставља онога ко ће себе наћи у улози Понција Пилата, који следи наредбу испољену у правном правилу које се тако може назвати по форми, али не и по садржини. *Führeworte haben Gesetzeskraft* било је довољно, даље се није тражило.⁵³ Ово је било довољно, односно „They stopped their game and approached me respectfully. Understandably so – to find oneself all of sudden face to face with the Führer of the German Reich“.⁵⁴

Ту се испољава сва страхота веровања у то да се извор целокупног права налази у вољи суверена. На ово се надовезује и чин Ајхманове одбране у којој он истиче „I am not the monster I am made out to be“.⁵⁵ Ипак, ова конструкција није могла да „покрије“ *hostis generis humanis*.⁵⁶ Све ово застрашујуће изгледа јер такав наговор на правило „закон је закон“ у име правне сигурности се неће везати ексклузивно за Ајхмана јер се такав може наћи „in every one of us“.⁵⁷

4. ВРЕДНОСНО ЗАСНОВАНО ПРАВО ПРОТИВ НЕМОРАЛНОСТИ

Један од могућих одговора на неморалност права је вредносно засновано право. Такво право засновано је на нечем вишем и трајнијем но што су то воља суверена и запрећене санкције. Такво право више је „културни појам“, односно „појам једне стварности повезане с вредношћу, једне стварности чији је смисао да служи правној вредности“ да служи „идеји права“.⁵⁸ На овај начин превазилази се јаз између *јесће* и *и треба*, и креће се путем борбе за боље право које се развија у „обиљу правних чињеница“⁵⁹ али и у „вољи за правдом“.⁶⁰

⁵¹ Ibid., 103.

⁵² Ibid., 111.

⁵³ Ibid., 146.

⁵⁴ Timur Vermes, *Look Who's Back*, Maclehorse Press Quercus, London 2012, 7.

⁵⁵ H. Arendt, *Eichmann in Jerusalem, A report on the Banality of Evil*, 247.

⁵⁶ Ibid., 275-276.

⁵⁷ Ibid., 285.

⁵⁸ Густав Радбрух, *Филозофија њрава*, НОЛИТ, Београд 1980, 44.

⁵⁹ Ibid., 51.

⁶⁰ Густав Радбрух, *Правни и групи афоризми*, Досије, Београд 2007, 6.

Сасвим супротно Ајхмановој поставци, Густав Радбрух заузима став да је немогуће прихватити важење неисправног права, односно да за то нема „оправдања“.⁶¹ Немогуће је прихватити релативизам а не довести себе у позицији да не будемо равнодушни према догађајима који за свој узрок имају неисправно право, јер се право има схватити као „поредак заједничког живота не може остати препуштено разликама у схватањима појединаца, над свима мора постојати један поредак“.⁶²

С друге стране, правни позитивизам је стао на становиште „ако се не може утврдити шта је праведно, мора се прописати шта ће бити по праву“.⁶³ Историја је показала сву погубност оваквог становишта које је избрисало и правду али и заборавило на „сврсисходност“.⁶⁴ На овај начин прихватили смо „важење и садржински неисправној одлуци за тај појединачан случај“.⁶⁵ Непомирљивост вредности у праву решиво је тако што, попут Радбруха, правду вежемо за форму права, сврсисходност за исправност права, а правну сигурност за важење.⁶⁶

Превазилажење јаза између *јесће* и *љреба* може се остварити и онда када критичка теорија вредности не „измишља надемпиријско право, него само хоће да се опомиње надемпиријског значења емпиријског права.“⁶⁷ Што значи даље да је правна филозофија „разматрање вредности права“ док је „емпиријска наука разматрање стварности права“.⁶⁸ По Емилу Ласку ова два деловања нису супротстављена један другоме. Мора се ипак пажљиво прићи релацијском односу вредност – стварност, те видети да ли се може из „апстрактних формула вредности“ извући „постојање правних норми“.⁶⁹

Док се правни позитивизам исцрпљивао у крилатици све за правну сигурност, учење засновано на вредностима испитује „крајње сврхе права, његов положај у царству културних вредности, његов утицај на начин живота“.⁷⁰ Историја је показала сву неопходност прихватања става о неопходности постојања „исправног права“ али и става да проналажење тог права не може да буде остављено „самовољи и личном такту“ већ мора да буде од „филозофски школованог судије, предузето једноставним преношењем највишег правнофилозофског критеријума вредности“.⁷¹ Сва условно речено

⁶¹ Ibid.

⁶² Г. Радбрух, *Филозофија љрава*, 95

⁶³ Г. Радбрух, *Филозофија љрава*, 95

⁶⁴ Ibid., 97.

⁶⁵ Ibid., 98.

⁶⁶ Ibid., 98 и 100.

⁶⁷ Емил Ласк, *Филозофија љрава и краћи сљиси*, Досије, Београд 2005, 23.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid., 26.

⁷⁰ Ibid., 29.

⁷¹ Ibid., 31-32.

суђења у ауторитарним системима показују неопходност оваквог става, као и потребе да право буде морално засновано до те мере која не угрожава постојање разлике између ове две друштвене појаве, права и морала. Мора се ићи у правцу остваривања „правде те сигурности“.⁷² Могуће је из овакве поставке која не брише разлике између права и морала, а опет поставља моралне основе права извући и закључак да је право „реални културни фактор“.⁷³ Што би значило да мора да се прихвати да постоји моралности „која право чини могућим“.⁷⁴ Што наводи на закључак да обавезујућу снагу права не чине санкције већ моралне вредности.

Ако је право засновано на разуму онда је спој између морала и разума нужан јер је он „пуноћа разумности, добротe и људске природе“.⁷⁵ Тај спој захтева друштвени ауторитет који своје делање заснива на вредностима и разуму, те тек тада владавина тог ауторитета постаје еманација „људске интеракције и заједништва“ те као таква спада у захтеве „правде или правичности“.⁷⁶ Како друштвени односи, те самим тим и правни, нису статични онај ко примењује право мора да буде спреман на „абнормалне проблеме“ пробијајући границе.⁷⁷ На овај начин се одбацује волунтаризам у примени права које је засновано на вредностима, а ово се чини путем разумског права које обезбеђује да се у „добро створеном позитивном праву“ налази нешто од „права разума“.⁷⁸ Ово нам може помоћи да увидимо шта је то „неправилна јуриспруденција“⁷⁹ као и да схватимо да нема прихватања и послушности према „неправедним законима“ који као део система, као уосталом и сам систем, морају да буду „презрени“.⁸⁰ Све ово подразумева да такве императивне нормe неће наметати „било какву моралну обавезу“.⁸¹

Дакле, моралне обавезе према неисправном праву нема, односно ако се вредносни судови одбаце и ставе ван домена права то ће осим послушности узроковати и могућност да стварности приступамо са становишта „стриктно чињеничне дескрипције очигледних поступака, какви се могу запазити у концентрационим логорима“.⁸² Дакле, све мора да изгледа као да је кристално јасно без преиспитивања стварности, јер на питање деце упућено

⁷² N. Visković, *Pojam prava*, 121.

⁷³ Гвидо Фасо, *Историја филозофије људских права*, ЦИД, Подгорица 2007, 570.

⁷⁴ Лон Л. Фулер, *Моралност људских права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2001, 49.

⁷⁵ Џон Финис, *Природно људско право*, ЦИД, Подгорица 2005, 139.

⁷⁶ *Ibid.*, 283-284.

⁷⁷ *Ibid.*, 286.

⁷⁸ *Ibid.*, 291.

⁷⁹ *Ibid.*, 369.

⁸⁰ *Ibid.*, 375.

⁸¹ *Ibid.*, 372.

⁸² Лео Штраус, *Природно људско право и историја*, Плато, Београд 1997, 45

„пробућеном“ Адолфу Хитлеру, ко је Мартин Борман, кога он тражи, и како изгледа одговор је „Like a Reichseiter, for a pity’s sake“.⁸³ Дакле, све мора јасно да изгледа како је то предвидео вођа чија је воља и извор заповести, међутим „Тамо где право не би било ништа друго до вођина заповест, остало би необјашњено обавезивање и самог вође путем права“.⁸⁴ Овако постаје јасно да није обавезујућа снага права у крилатици „Фирер увек у праву“.⁸⁵ Дакле, није довољно за оправдање правног поретка „усвојити националсоцијалистички дух“.⁸⁶ Ово је доказао својим поступцима и Ајхман и свој став потврдио током суђења. Читаво његово понашање као и понашање њему сличних представља заправо „горку сатиру“ и „интелектуалног непоштења“.⁸⁷ И он сам представљао је ваљан пример преко потребне „крвожедне машинерије тоталне доминације“.⁸⁸ Ајхманова одбрана показала је опасност да онај ко одбацује вредносне судове доводи у питање „историјску објективност“ јер спречава да „ствари назовемо њиховим правим именом“.⁸⁹ Ајхман је и био живи доказ неморалности права, али и немогућности да се начини разлика „између аутентичног и лажног, између вишег и нижег; између праве религије и лажне религије, између правог вође и шарлатана, између знања и учености или софизма, између врлине и порока, између моралне осетљивости и моралне тупости, између уметности и кича, између виталности и дегенерације“.⁹⁰ И овде не говоримо само о неморалности, већ и о ставовима супротним разуму, попут:

„WAR IS PEACE
FREEDOM IS SLAVERY
IGNORANCE IS STRENGTH“⁹¹

Уосталом, изгледа да је тачно да смо ми творци праведности и неморалности јер „Никакви трагови божанске правде нису нађени, сем тамо где владају праведни људи“.⁹² С друге стране, тамо где нема разума и моралних вредности не преостаје ништа друго до неморалност увијена у правне норме које су израз воље суверена који може сматрати „It was probably the German

⁸³ T. Vermees, *Look Who’s Back*, 8.

⁸⁴ Г. Радбрух, *Правни и друшћ афоризми*, 7.

⁸⁵ Хана Арент, *Извори ићошћалићаризма*, Београд 1998, 356-357.

⁸⁶ Херман Брох, *Писма Немачкој 1945-1949*, Светови, Нови Сад 1994, 14.

⁸⁷ Л. Штраус, *Природно право и историја*, 45.

⁸⁸ Х. Арент, *Извори ићошћалићаризма*, Београд, 319.

⁸⁹ Л. Штраус, *Природно право и историја*, 51.

⁹⁰ *Ibid.*, 53.

⁹¹ George Orwell, *Nineteen Eighty-Four*, Wordsworth Classics 1987, 11.

⁹² Л. Штраус, *Природно право и историја*, 74.

people, the Volk, which surprised me most of all. I really did everything humanly possible to destroy the foundations for the future existence on this soil⁹³.

5. ЗАКЉУЧАК

Изгледа да је тачно, право сасвим извесно може постати извор неизмерне неморалности. Питање је само да ли смо ми спремни да савесно прихватимо последице такве неморалности. Обавезујућа снага права се не може наћи у санкцијама императивних правних прописа, посебно кривичних, јер су оне недовољне за дуготрајност правног поретка као и за оправдање његовог постојања.

Никада се неће десити, у пуном смислу, да је нешто сагласно разуму а супротно моралним вредностима. Сасвим супротно ово ће оснажити правни систем који ће избећи да буде обезоружан попут „немачког правничког сталеза пред законима са самовољном и злочиначком садржином“.⁹⁴ Неморалност права значи да „Правни карактер уз то немају ни сви они закони који људе третирали као бића ниже расе и порицали им људска права“.⁹⁵ Овакви закони који негирају вредност једнакости наводе нас на искривљену поставку „All animals are equal but some animals are more equal than others“.⁹⁶

Морални релативизам који се недвосмислено нуди наводи на становиште да је немогуће начинити разлику између добра и зла, односно „The creatures outside looked from pig to man, and from man to pig, and from pig to man again; but already it was impossible to say which was which“.⁹⁷ Овакав морални релативизам уз правни позитивизам који сав обавезујући карактер права извучи из воље суверена унапред је „осуђен“ на неморални карактер. Уз ово се јавља и настојање да се развије управљање сећањима које потом мења историјску призму догађаја. На крају неко други ће знати све за суверена он ће само исказивати своју вољу коју ће неко други забележити, јер тај је „the Führer's filling cabinet“.⁹⁸ У оваквим ситуацијама грађанима ниша не остаје друго пред „нагомиланом“ неморалношћу осим „appeal to Heaven“.⁹⁹ Ово сасвим сигурно доводи до „дегенерације идеје правне државе и „владавине закона“,¹⁰⁰ јер

⁹³ T. Vermees, *Look Who's Back*, 1.

⁹⁴ Г. Радбрух, *Филозофија права*, 287.

⁹⁵ Ibid., 289.

⁹⁶ George Orwell, *Animal Farm*, Wordsworth Classics 2021, 74.

⁹⁷ Ibid., 75.

⁹⁸ T. Vermees, *Look Who's Back*, 93.

⁹⁹ Dennis F. Thomson, *Political Ethics and Public Office*, Cambridge Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1987, 66

¹⁰⁰ Херман Хелер, *Правна држава или диктатура?*, Досије, Београд 2011, 14.

закон схвата технички и формално а „позакоњење живота уприличено је једино зарад обезбеђења економске сигурности“.¹⁰¹

Оваква поставка државе и њеног права директно воде неморалности јер прихватају парола која је постала догма о којој се не расправља, да је право систем заповести без директне везе са моралним вредностима. Једино што се од таквог права захтева је испуњење форме. Међутим, то је недовољно за постојање једног стабилног правног поретка који пледира на дуготрајност.

Тако је устројство државе која је заснована на моралним вредностима повезано и са основним постулатима правне државе у којој је и правна сигурност „уподобљена“ са другим вредностима и функционална на тај начин да заиста остварује своју сврху. Такав је био и одговор Јохана Вилхема Гревеница Фридриху Великому који је сматрао да му на основу своје власти може одузети воденицу коју је овај одбио да му прода: „Сигурно, Ваше Величанство, то би ваше Величанство зацело могло учинити када речено с вашим допуштењем – у Берлину не би постојао Апелациони суд“.¹⁰² Сасвим сигурно да би по оној крилатици да је воља суверена закон Фридрих Велики могао то учинити, међутим устројство једне државе засновано на нечем вишем но што је то воља суверена захтева да се и он покори правним правилима.

Из тог разлога моралне вредности и јесу основ права и брана од његове неморалности и они су и његови „најједноставнији квалитети“¹⁰³ Из тог разлога право и мора да почива на „вредносним одређењима“ и то баш из разлога што мора да постане идеално.¹⁰⁴ Ипак, правна норма није драгоцену сама по себи, па ни она из домена кривичног права, већ само онда када изражава моралне вредности.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Арендт Хана, *Извори тоталитаризма*, Београд 1998.

Arendt Hannah, *Eichmann in Jerusalem, A report on the Banality of Evil*, Penguin Books, Dublin 1992.

Брох Херман, *Писма Немачкој 1945-1949*, Светови, Нови Сад 1994.

Vermes Timur, *Look Who's Back*, Maclehose Press Quercus, London 2012.

Visković Nikola, *Pojam prava*, Logos, Split 1981.

Vrban Duško, *Država i pravo*, Golden marketing, Zagreb 2003.

¹⁰¹ Ibid., 15.

¹⁰² Ibid., 8, ф. 1.

¹⁰³ Вуко Павићевић, *Однос вредности и стварности у модерној немачкој идеалистичкој аксиологији*, Култура, Београд 1958, 75.

¹⁰⁴ Duško Vrban, *Država i pravo*, Golden marketing, Zagreb 2003, 233

- Ђурић Милош, *Из историје античке филозофије*, Службени лист СРЈ, Београд 1996.
- Johnson Conrad, *Philosophy of Law*, Macmillian Publishing Company, New York 1993.
- Келзен Ханс, *Чиста теорија права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1998.
- Келзен Ханс, *Општа теорија државе и права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1998.
- Келзен Ханс, *Елементи теорије правних норми*, Ратио, Подгорица-Београд 2003.
- Ласк Емил, *Филозофија права и краћи сајиси*, Досије, Београд 2005.
- Orwell George, *Nineteen Eighty-Four*, Wordsworth Classics 1987.
- Orwell George, *Animal Farm*, Wordsworth Classics 2021.
- Павићевић Вуко, *Однос вредности и стварности у модерној немачкој идеалистичкој аксиологији*, Култура, Београд 1958.
- Паунд Роско, *Јуриспруденција I*, ЦИД, Подгорица 2000.
- Радбрух Густав, *Филозофија права*, НОЛИТ, Београд 1980.
- Радбрух Густав, *Правни и други афоризми*, Досије, Београд 2007.
- Thomson F. Dennis, *Political Ethics and Public Office*, Cambridge Massachusetts and London, England: Harvard University Press 1987.
- Фасо Гвидо, *Историја филозофије права*, ЦИД, Подгорица 2007.
- Финис Џон, *Природно право*, ЦИД, Подгорица 2005.
- Фулер Л. Лон, *Моралност права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2001.
- Харт Харт, *Појам права*, ЦИД, Подгорица 1994.
- Харт Харт, *Опреди из филозофије права*, Плато, Београд 2003.
- Штраус Лео, *Природно право и историја*, Плато, Београд 1997.

Marko S. Trajković
University of Niš
Faculty of Law Niš
marko@prafak.ni.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-5302-918X

Dragiša S. Drakić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Drakić@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-5248-6562

On the Possible Immorality of Law

Abstract: *Law as such can be a source of evil. It is possible to reach this when the binding force of law is not found in moral values but in sanctions. Another source of possible immorality is found in the position that the sovereign will is the law, as well as in the position “law is law”. Especially dangerous is the rejection of value judgments in law, as well as moral relativism according to which everything is possible. This description of facts can be seen in authoritarian societies. Law based on the rule “law is the law” enables everything to be justified in the name of legal security, even the biggest crimes because the one who committed them only obeyed the law and obeyed its will. Thus, it is possible for the unwritten will of the sovereign to be a source of law. Such a setting of law, which is not based on values, is especially dangerous in the matter of criminal law. Efforts to explain the world of law apart from society and the world of values led to a refinement of the concept of law, but at the same time it narrowed it and limited its scope of application, which caused irreversible damage. For this reason, moral values are the basis of law and a barrier against its immorality. It will never happen, in the full sense, that something is in accordance with reason and contrary to moral values. On the contrary, this will strengthen the legal system, which will avoid being disarmed.*

Keywords: *law, criminal law, legal positivism, normativism, morality, immorality, values.*

Датум пријема рада: 16.09.2024.

Датум достављања коначне верзије рада: 30.09.2024.

Датум прихватања рада: 01.10.2024.