

ПРЕГЛЕДНИ ЧЛАНАК
Рад примљен: 30.05.2018.
Ревидирана верзија: 03.10.2018.
Рад прихваћен: 09.10.2018.

UDK: 340.12

ГУСТАВ РАДБРУХ О ПРАВУ, ПРАВНИМ, МОРАЛНИМ И ОБИЧАЈНИМ НОРМАМА¹

Марица Мишић²

Студенткиња докторских студија,
Правни факултет Универзитета у Нишу

Апстракт

Методом концептуалне анализе текста „Филозофије права”, биће представљен концепт права Густава Радбруха. Уз његово поимање права као културне творевине која треба да оствари вредности као што су правда, сврсисходност и правна сигурност, детаљније ће бити изнет његов став о преимућству правде као централне вредности идеје права. Тим пре што Радбрух сматра да је правда у смислу праведности односно исправности права карактеристика коју мора имати позитивно право, да би имало карактер права, које се онда поима као морално добро. Поред тога, биће изнета и његова размишљања о односу између културних појава: права, морала и обичаја.

Кључне речи: културна творевина, право, морал, обичај, вредност, правда.

1. Увод

Густав Радбрух био је немачки правни филозоф, који се од већине филозофа права разликовао према заснивању своје филозофије права, не на искључиво једној од антитеза; теорији природног права или правног позитивизма, већ на њиховој комбинацији (Leawoods, 2000: 489). Основе своје правне филозофије Густав Радбрух је поставио у својој „Филозофији права”, објављеној 1932. године, која се сматра његовим најзначајнијим

1 Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору” (бр. 179046), који се реализује на Правном факултету Универзитета у Нишу, уз подршку Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

2 m.marica93@gmail.com.

делом и животним списом. Утицај на Густава Радбруха извршили су филозофи права као што су Штамлер и Емил Ласк, социолог Мак Вебер, правни теоретичари Шомло и Херман Канторович, али и филозофи као што су Имануел Кант и Карл Маркс. Поред њих треба поменути и утемељивача историјске правне школе Савињија, Рудолфа фон Јеринга и Отоа фон Гиркеа. Поред утицаја неокантоваца, који је несумњив, те због чега неки аутори Радбруха сматрају неокантовцем, очигледан је и утицај Ханса Келзена и Георга Јелинека, које он сам квалификује као релативисте. Радбрухова схватања би било правилније означити термином филозофскоправни релативизам, јер би се тако истакла и особеност у односу на правни неокантизам (Vračar, 1980: XXII–XXIII, fn. 13: XXIII). Радбрухов филозофскоправни релативизам поседује црте кантовског и неокантовског скептицизма и агностицизма, будући да сматра да је људски ум ограничен у сазнавању апсолутне истине и бића ствари, као и постављању апсолутне вредности ствари. Релативизам сматра да ниједно схватање о било ком правном питању не може бити потпуно и коначно, нити да може имати сву истину и да уважава сва постојећа објашњења, схватања и вредновања права. Релативизам жели да избегне крајности и да понуди неку трећу опцију и оптимална решења (Vračar, 1980: XXIII–XXIV).

1.1. Исправно право и неправо

Филозофија права се правом бави на другачији начин у односу на општу теорију права. Реч је о учењу о надискуственим елементима права, тј. праву по себи (Лукић, 1992: 324). Радбрух, како истиче у својој „Филозофији права“, не одриче право правној науци да индукцијом из појединих правних појава дође до појма права, али јој одриче могућност да сазна суштину права, односно да га образложи. Уопштавање путем индукције, сматра Радбрух, не може одредити атрибуте појму права као што су нужност и општост у смислу вредности (Radbruch, 1980: 44). Он наглашава да су монистичке методологије природноправне, позитивистичке и историјско-материјалистичке теорије недовољне за изучавање, сазнавање и разумевања права. Због истакнуте двојачке природе права као културне појаве, што ће бити објашњено даље у тексту, неопходан је методолошки дуализам. Могућ је чак и тријализам односно плурализам, уколико се узме у обзир да се право испољава не само као правна стварност и идеја права, већ и као правна норма (Vračar, 1980: XXVI–XXVII). Методички дуализам да се из оног што јесте не може извести требање, односно да се на основу стварности не може утемељити вредност, баш као и учење о исправном праву, Радрух заснива на Штамлеровој филозофији (Radbruch, Реџ, 2002: 146). Карактеристично је за филозофију права да чини разлику

између два права, два система норми, које се разликују по својој суштини, али и садржини. Објективно односно природно право је надискусственог карактера, док се право искуственог карактера, које је предмет теорије права, назива позитивним правом. Како објективно право према мишљењу филозофа права обухвата норму чија је садржина одређена суштином света, требало би да садржина норми позитивног права буде истоветна са њима (Лукић, 1992: 324).

Говорећи о природном праву као најстаријем правцу филозофије права, Радбрух наводи да оно каткад служи за дубље учвршћивање позитивног права, а каткад обрнуто, за борбу против прописаног права. Било да је његов извор у природи, откривењу или уму, садржински одређени правни судови о вредности које даје природно право су општеважећи и непроменљиви. Могу се сазнати и имају предност у односу на противречно позитивно право. Ниједно прописано право, које би се утврдило неправедним, не сме ни у ком случају задржати важење (Radbruch, 1980: 26–28). У свом кратком спису *Five Minutes of Legal Philosophy* („Пет минута филозофије права“) који је објављен након слома нацистичког режима, нарочито је истакао да законима који су неправедни и друштвено штетни мора се порећи не само важење, већ и карактер права. Принципи права познатији као природно право (*natural law* или *law of reason*) су снажнији од било ког правног прописа. Уколико би било који закон био у супротности са њима морао би бити лишен правне снаге. Та правна начела која мора поштовати сваки правни пропис да би био позитивно право, односно да би имао карактер права, јесу људска права (Radbruch, 2006: 14–15). Дакле, у том делу је Радбрух доследан теорији природног права и нужној повезаности права и морала. Закони су правно важећи само онда уколико су исправни, односно усклађени са моралом. Уколико се закон и позитивно право супротстављају моралу, теорија природног права истиче да се такав закон не сме сматрати правно важећим (Leawoods, 2000: 490). Ово учење о исправном праву, фиозофија права уопште дугује Рудолфу Штамлеру (Radbruch, 2002: 146).

Правни позитивизам насупрот теорији природног права не тражи у правној стварности правну вредност, правду, већ се ограничава на емпиријско истраживање права у оквирима опште теорије права и посебних правних наука (Radbruch, 1980: 35). Према позитивистима закон је важећи зато што је закон, а закон представља и претпоставља моћ да се у већини случајева спроведе. У крајњој линији, позитивистичка теорија ставља знак једнакости између закона и силе (Radbruch, 2006: 13). Законски позитивизам изводи право из правне културе која настанак и престанак права види искључиво у одлукама државе и људи, без

чије воље права нема, нити га може бити (Stepanov, 2012: 100). Радбрух истиче да је важно критички приступати правним прописима и да треба прихватити као важеће само оне који су у складу са правдом и другим правним вредностима, који представљају исправно право. Сваки закон који представља очигледно гажење правде и правних вредности треба сматрати неправом које оправдава употребу насиља од стране самовољних властодржаца (Vračar, 1980: XLII–XLIII). Сличног мишљења је нпр. и Артур Кауфман који такође каже да један позитивни правни пропис може бити толико неправедан да је у том случају реч о неправу (Kaufmann, 1963: 87). Праведно право – природно право не постоји апсолутно у нашем свету и увек постоји могућност да садржина позитивног права постане изопачена. Занемаривање позитивности права угрожава *сигурност* права, а занемаривање правде угрожава сигурност *права*. Овде се заправо ради о игри речима, у смислу да се мора направити баланс између двеју вредности, правде и правне сигурности, те да није могуће апсолутно остварити ниједну. Кауфман је истакао да су и теорија природног права и правног позитивизма саме за себе једностране и да не одговарају онтолошкој структури права, односно да су правнички неодрживе. Онтолошка структура права је двојака, чине је суштина природног права и постојање позитивног права (*essence and existance, natural lawfulness and legality*) (Kaufmann, 1963: 80–82). Међутим, позитивистичко учење одваја право од морала, објашњавајући правно важење правних прописа искључиво чисто правним критеријумима. Оно је од средине 18. века па све до завршетка Другог светског рата било доминантно у правној филозофији. Сматра се да је управо Радбрух заслужан за оживљавање природног права, након скоро два века преовлађивања правног позитивизма. Он тежи да понуди алтернативу између непомирљивих антитеза (Leawoods, 2000: 490–491). Две крајности треба помирити, закључује и Кауфман, а то је могуће само синтезом и релативистичким приступом. Однос поларитета и разликовање природне законитости – праведности и законитости – позитивности, природног и позитивног права јесте кључ у разумевању односа између права и силе, правде и правне сигурности, као и основа за заснивање синтетичког учења (Kaufmann, 1963: 85–87).

2. Појам и идеја права

Као правни релативиста, Радбрух је настојао да припреми синтезу и повеже схватања традиционалне и модерне јуриспруденције, противећи се крајностима као што су правни нормативизам и правни фактицизам (Vračar, 1980: XLIII–XLV). Нормативисти сматрају да се право састоји из норми односно исказа о ономе што треба да буде. Право је у том смислу једна идеја,

мисао, идеална творевина. Природноправна варијанта нормативизма стоји на становишту да право постоји независно од човекове свести, објективно. Право је по својој суштини природно право које произилази из саме природе ствари, које се намеће људима и које они репродукују позитивним правом. И правни позитивизам који правне норме изводи из државе (етатисти) односно друштва (социолози) је вид нормативизма. И једни и други говоре о позитивном праву. Разлика је у томе што први под позитивним правом разумеју све норме које је држава прописала и које као такве важе (правни формалисти, догматичари). Поједини етатисти захтевају и да држава обезбеђује примену прописаних норми тј. ефикасност, односно понашање људи у складу са правном нормом. Други пак правом сматрају само норме по којима се људи заиста и понашају, без обзира на то одакле потиче примена тих норми. Социолози сматрају да се норме могу открити посматрањем стварног понашања људи. Друга крајност је фактицистичко схватање права према коме се оно заправо састоји од стварног понашања људи. Право за њих није нормативна творевина која исказује оно што треба да буде, већ реална, оно што јесте, обична чињеница, односно факт (Лукић, 1954: 26–67). Не улазећи у проблеме у које западају заступници наведених теорија, у наставку ће бити изложено Радбрухово схватање права које је, како је професор Врачар истакао, синтеза супротстављених учења.

На основу утицаја филозофије културе и Густав Радбрух је заузео став о постојању четири царства датости: света бивства (који се изучава објективно и без вредновања), света религија (који превазилази и стварност и вредност), света вредности (који стварају људи својим вредновањем и истицањем требања: логика, естетика и етика) и света културе тј. културних појава (који настаје у друштвеном животу заједница). Свет вредности је насупрот свету стварности, то је оно што треба насупрот оном што јесте, тј. идеал насупрот постојећем, норма насупрот датости. Свет вредности и свет стварности повезује свет културе, односно свет појава стварности које су у служби остварења неке вредности. Поред уметности и науке, културне појаве, које представљају мешавину бивства и требања, су и морал и право. У праву се због тога испољавају супротности као што су правна стварност и правна вредност, правне чињенице и правне норме, фактичност и идеалност права (Vračar, 1980: XXVI)

Радбрух дефинише културни појам као појам стварности чији је смисао да служи некој вредности. Како право смешта у царство културних појава, отуда и његова дефиниција права као културне појаве. Радбрухов појам права је културни појам одређен на следећи начин: „Право је она стварност чији је смисао да служи правној вредности, идеји права” (Radbruch, 1980: 44). Закључује да је реч о мешовитој појави, која као психолошка чињеничност

спада у стварност, истовремено се уздижући изнад осталих стварности, захваљујући нормативности, односно постављајући мерила и захтеве. Право као чињеничност која одговара и чији је смисао да служи идеји права тј. правди Радбрух назива налогом односно скупом налога за заједнички живот људи. Налог истовремено има карактер стварности тј. позитивности и нормативности, односно императива и норме (Radbruch, 1980: 49–50). Императив је карактеристичан за право, док је норма својствена моралу, о чему ће бити више речи касније.

Сама идеја права, мора бити старија од права. Оно се извучи из ње и покушава да је оствари, док је она сама апсолутна вредност, која не произилази ни из једне друге. „Идеја права пак не може бити ништа друго него правда” (Radbruch, 1980: 45). Поред правде, на основу које се једино меродавно утврђује да ли је неки правни пропис важећи или не, идеја права обухвата још две вредности: сврсисходност и правну сигурност. Захваљујући људском несавршенству и погрешивости, дешава се да правни прописи који се доносе не обједињују све три вредности. Зато Радбрух закључује да правни пропис, чак и онај лош, има вредност која се огледа у осигурању права насупрот несигурности (Radbruch, 2006: 14). Како су ове три вредности права међусобно усклађене или сукобљене, то саму идеју права чини антиномичном (Vgačar, 1980: XXX).

Правда, сматра Радбрух ипак није довољна да би се садржински из ње могли извести правни прописи. Да би се, међутим, дошло до њихове садржине неопходна је сврсисходност, друга поменута вредност идеје права. Сврха права је неодвојива од сврхе државе, будући да је право делом државна воља (Radbruch, 1980: 70). Радбрухово схватање сврсисходности овде неће бити дато, довољно је рећи да он сматра да на ово питање није могуће дати одређен, већ само релативистички одговор (Radbruch, 1980: 94). Трећом вредношћу идеје права, правном сигурношћу, он се служи како би објаснио позитивно право. Уколико се не би могло утврдити шта је праведно, онда се мора прописати шта ће бити по праву, од стране органа који су у стању да спроводе оно што је прописано. Позитивност права је, наводи он, претпоставка за исправност права, али и обрнуто, и оно само мора бити исправно. Општеважећи елементи права су идеје правде и правне сигурности, док је сврсисходност релативистички елемент. Осим тога, будући да није увек могуће законом остварити у потпуности све три вредности, мора се одредити која би имала првенство. Дакле, и редослед првенства између њих је релативистички. Наиме, правда и сврсисходност могу доћи у колизију са правном сигурношћу, која захтева позитивност. Позитивно право тежи да важи без обзира на то да ли је праведно или није, односно да ли испуњава сврху или не. На основу правде требало

би процењивати да ли се неки налог уопште може сматрати правом тј. има ли форму права. Дакле, уколико није праведан, морао би му се одрећи карактер права. Исправност садржине правног налога цени се на основу сва три принципа, мада је сврсисходност доминантна. Правна сигурност служи за оцену да ли се праву може признати важење, мада се и остале две вредности морају узети у обзир (Radbruch, 1980: 95–99). Из тог разлога, правна сигурност не сме претежати, у односу на правду и сврсисходност (општу корист – public benefit), тако да омогућује важење оних најнеправеднијих и друштвено најштетнијих закона, којима се мора одрећи чак и карактер права, а не само позитивност (Radbruch, 2006: 14).

До свог одређења појма права Радбрух не долази индуктивно, на основу појединачних правних појава, већ дедукцијом из правде, идеје права. Овакво сазнање има априорни карактер, претправни, за разлику од оног до ког долази правна наука, апостериори, искуствено. Право није право зато што су његови саставни делови појединачне правне појаве, већ обрнуто. Неке појединачне појаве могу се квалификовати као правне, зато што су обухваћене појмом права. Сам појам права обухвата појединачне појмове права, који су такође априорног карактера. До априори правних појмова долази филозофија права која из позитивности и нормативности права извлачи нужне правне појмове. Правни пропис и појмови његових саставних делова, извори права, законитост и противзаконитост, правни однос, правне обавезе и правна овлашћења, субјективна права, субјект и објект права, само су неки од нужних правних појмова које помиње Радбрух. Нужност се огледа у њиховој универзалности односно у неопходности за сваки правни поредак, свако право (Radbruch, 1980: 49–51).

2.1. Концепт правде

Идеја права је саставни део царства вредности и требања, те даје основна мерила стварања и примене права. Идеја права као врховна и апсолутна вредност права најбоље је изражена правдом, као једном од три поменуте вредности које обухвата. Правда је међу њима најмеродавнија за одређивање појма права (Vgačar, 1980: XXIX). Када говори о правди, у суштини на њу свдећи идеју права, Радбрух под тим подразумева објективну правду, чији се идеал представља у идеалном друштвеном поретку. „Праведан у смислу објективне правде може бити само неки однос међу људима”³ (Radbruch, 1980: 45–46).

³ Радбрух прави дистинкцију између правде у субјективном и објективном смислу. И док правда у објективном смислу представља идеал који се огледа у идеалном друштвеном поретку, правда у субјективном смислу заправо је само вид, појавни облик морално доброг. Као објект свог вредновања она узима исти онај на који је усмерен морални вредносни суд: човек, воља, духовни став или карактер човека.

Поред објективног и субјективног смисла, правда може бити схваћена и као једнакост. Сама једнакост се може различито тумачити и имати за предмет људе или добра. Према свом мерилу може бити апсолутна и представљати једнакост између добара или релативна, када се односи на сразмерну једнакост у поступању са различитим лицима. Радбрухово објашњење једнакости одговара Аристотеловом учењу о комутативној и дистрибутивној правди, како је сам подвукао. Његова апсолутна једнакост еквивалентна је Аристотеловој комутативној правди која постоји у односу на природности и претпоставља постојање два лица. С друге стране, релативна једнакост, односно дистрибутивна правда претпоставља постојање најмање три лица и важи у односу на надређености и подређености. Комутативна правда, правда међу равноправнима, проистекла је из дистрибутивне правде која омогућава равноправност и једнак статус. Иако је дистрибутивна правда првобитни облик правде у ком се налази идеја правде на коју је оријентисан појам права, ипак се право не може до краја конструисати из правде. Начело дистрибутивне правде не говори кога треба третирати као једнаког, а кога као неједнаког, већ полази од тога да је једнакост тј. неједнакост већ утврђена са неког гледишта. То гледиште ипак се налази ван ње, као и начин третирања разних лица, док се у њој самој може пронаћи само сразмера (Radbruch, 1980: 46–47). И мада постоји тврђење да правда и правичност нису исто, Радбрух сматра да није реч о супротстављеним, а ни различитим вредностима. Правичност је подврста правде, правда појединачног случаја. И док правда на сваки поједини случај гледа са гледишта опште норме, правичност с друге стране тражи и изводи његов властити закон (Radbruch, 1980: 48).

Да би се стигло до појма права, није довољно само одредити правду, као идеју права. Свакако је то део посла, јер захваљујући „одређености идеје грађом” могу се изводити закључци о „грађи на коју је она упућена”. Под грађом Радбрух подразумева право као посебну врсту стварности, међутворевину између идеје и других стварности (Radbruch, 1980: 49).

3. Однос права и других културних појава

Често се за право каже да представља скуп правних норми, а да су правне норме врста друштвених норми чију примену обезбеђује и санкционише држава својим монополом силе. Саме друштвене норме су хетерогена скупина норми која обухвата поред правних и моралне, обичајне, религиозне, економске и друге норме, посматрано с обзиром на

Идеал морално доброга огледа се у идеалном човеку. Међутим, као људска особина и врлина, субјективна правда је усмерена на објективну правду.

њихову садржину и врсту друштвеног односа који је њима регулисан. У теорији се сматра да друштвене норме за разлику од техничких норми, по правилу имају санкцију која следи уколико дође до прекршаја њихове диспозиције. Обичај и морал као друштвене норме, које су производ неорганизоване масе, у блиској су вези са правним нормама и то на основу тезе о заједничкој јединственој пранорми. Та пранорма постоји као извор осталих друштвених норми у најпримитивнијим друштвеним заједницама, када још увек нису биле издиференциране различите врсте друштвених норми. Радбрух, као што ће се видети, говори о обичају као праоблику морала и права.

Обичај настаје као резултат дугог и стихијског изграђивања од стране друштвене масе, која делује дифузно, спонтано и стихијски. Своју обавезну снагу и ауторитет обичај вуче из традиције, односно дугог понављања. Санкције за његово непоштовање могу бити различите и примењиване од стране друштвене заједнице. Да би од конкретног правила, који је обичај у својој суштини, постала норма тј. идеја потребно да је прође дуг пут константне употребе. Морал с друге стране извлачи своју обавезност сам из себе, из свести о томе да је оно што морална норма налаже добро, а да је оно што забрањује зло. Моралне норме важе саме по себи, оне су аутономне односно субјект на кога се односе им се покорава зато што је убеђен да тако треба да чини. Санкција у виду гриже савести услед непоштовања моралне норме проистиче из његове аутономности. Идеалисти сматрају суштину морала универзалном, надљудском творевином (Лукић, 1954: 5–26). Без даљег полемисања о односу права, морала и обичаја у теорији права, у даљем тексту биће изнета Радбрухова филозофскоправна запажања о праву, моралу и обичају, као појмовима царства културе.

3.1. Однос права и морала

Још приликом одређивања појма права и идеје права, Радбрух је указао на то да постоји разлика између морала и права, односно правде у објективном смислу као идеје права и правде у субјективном смислу као вид морално доброга, као идеје морала. Дефинишући право односно налог као културну творевину, која има елементе позитивности и нормативности и као таква служи идеји права односно правди, он наводи још неке културне појаве. Те посебне врсте стварности, чињеничности, поред налога који служи остварењу правде, су и савест која служи моралној идеји, укус естетској, а разум логичкој. Према томе, оно што је право као налог за правду, то је морал као савест за идеју морала односно етичко добро. Радбрух закључује да се могу упоређивати као пандани морал и право као културни појмови, а правда и етичко добро као вредносни појмови.

Из појма права који је утврдио, он сматра да је могуће направити разлику између права и других нормативних система, и следствено томе права и морала, односно правних и моралних норми (Radbruch, 1980: 52).

Иако веома сродни, углавном да би се направила разлика између њих каже се да право има спољашњи карактер, док морал унутрашњи. Оваква тврдња у себи обухвата четири антитезе које се односе на предмет регулисања, субјекте сврхе, начине обавезивања и изворе важења. У складу с тим прва супротност се односи на то да правне норме регулишу спољашње, а моралне унутрашње понашање. Оваква, грубо одређена разлика, коју Радбрух објашњава, произашла је из схватања права као скупа прописа за заједнички живот људи. Он то чини узимајући у обзир правно искуство које у одређеним ситуацијама има у виду и унутрашње понашање као правно релевантно за правно третирање неког спољашњег понашања, или као чињеницу која сама по себи може да изазове правна дејства. С друге стране, за морал и морално просуђивање унутрашњег понашања релевантна је не нека пасивна унутрашња жеља или нагон, већ активна воља чије се постојање потврђује у некој људској радњи. Из тога Радбрух закључује да не постоји област унутрашњег и спољашњег понашања која се не би могла подвргнути моралном и правном вредновању. Заправо, из првобитно направљене разлике, произилази разлика у усмерености интереса. Морал се интересује за спољашње понашање, уколико оно потврђује неко унутрашње, док право то чини у обрнутом смеру. Право ће се интересовати за унутрашње понашање, само ако се од њега може очекивати неко спољашње (Radbruch, 1980: 52–55).

Друга антитеза, која има у виду субјекте сврхе права и морала, наводи да правна вредност карактерише неку радњу као добру за заједнички живот, односно да се правна вредност огледа у вредности неке радње за друге или укупност других. Насупрот томе, морална вредност неке радње је напосто вредност неке радње и њено карактерисање као добре. Правно обавезивање претпоставља обавезу тј. дужност једног субјекта да се понаша на одређени начин, и право тј. овлашћење другог субјекта да такво понашање захтева. Морално обавезивање пак претпоставља пре свега моралну обавезу тј. дужност субјекта да се понаша на одређени начин, којој се само симболички додаје неко овлашћен (нпр. бог или сопствена савест). Ни када постоји морална обавеза према другом, не постоји с друге стране овлашћење да се захтева њено испуњење (Radbruch, 1980: 55–56).

Трећа супротност огледа се у начину обавезивања. Према томе морална обавеза се врши из осећања обавезности, те је довољно да

духовна настројеност одговара моралној норми. С друге стране се правна обавеза врши из других побуда и довољно је само да понашање буде у складу с правном нормом. Радбрух овде закључује да је разликовање исправно, међутим моралност и легалност не означавају разлику у начину обавезивања. Реч је о разлици у супстратима, односно чињеници да је предмет морала појединачни човек са својим побудама, а права заједнички живот у ком се појављује спољашње понашање појединачног човека и посредно његово унутрашње понашање, али без обзира на побуде. Овако дефинисана легалност, ипак није својствена искључиво праву, већ је заједничка и осталим вредностима које немају за предмет појединачног човека и његове побуде. Дакле, заједничко вредностима правне радње, естетским и логичким вредностима је то да се треба судити без обзира на побуде. У овом делу Радбрух прави разлику између норми вредновања људског понашања, норми одређивања којима се вреднује људска воља и императива. Он закључује да је право по свом првобитном карактеру, састављено из норми вредновања, а не норми одређивања. Правне норме у свом праоблику као норме вредновања су заправо мерила по којима се мери заједнички живот појединаца, док би моралне норме као норме одређивања, које вреднују људску вољу имале карактер заповести упућених појединцима. Право се ипак не зауставља на процењивању и вредновању људских понашања, већ усмерава своје дејство како ка спречавању противречног људског понашања, тако и ка постизању прикладног. Правна мерила, односно норме вредновања из тог разлога се трансформишу у императиве – забране и заповести, који одређују људску вољу. Његова је суштина у деловању и одређивању понашања. Императив се задовољава понашањем саобразном себи, без обзира на мотиве, захтевајући легалност. С друге стране, суштина норме је да важи и обавезује. Норма прописује неко требање и захтева моралност. Понашање, као и побуде које га условљавају морају бити у складу са нормом (Radbruch, 1980: 56–59).

Последња антитеза односи се на различитост извора важења. Тако је право хетерономно, јер онима који су му потчињени приступа споља, као туђа воља која обавезује. Морал је аутономан јер његове законе намеће само властита морална личност. Радбрух сматра да хетерономно обавезивање које се приписује праву представља противречност по себи. Обавезивање туђом вољом, односно туђе хтење које прати моћ принуде, може произвести морање (императив), али не и требање. Уколико се право схвати на овај начин, као воља, онда сматра Радбрух да се мора одрећи образложења његове нормативности, обавезујуће снаге и важења. С друге стране, ако би се право посматрало као нешто нормативно, важеће и обавезујуће, онда

се то својство мора објаснити аутономно, као захтев сопствене моралне личности који је потчињен праву. Аутономија као самообавезивање није хтеће, ни захтев савести, нити нека емпијско-психолошка стварност, већ морална личност. Морална личност је идеална, нормативна творевина, односно сама норма која обавезује (Radbruch, 1980: 59–60).

Поред изнетих разлика, Радбрух сматра да између права и морала морају постојати и извесне сличности, али не у смислу Јелинековог и Шмолеровог схватања права као етичког минимума, односно максимума. Он сматра да су садржинске подударности захтева права и морала случајне и делимичне. Оно што заправо повезује ова два нормативна система јесте то што је сврха права и основ његовог обавезујућег важења морал (Radbruch, 1980: 60–61).

3.2. Морал као основ важења и сврха права

Сами правни прописи који садрже неко хтеће, вољу, односно императив којим се захтева неко људско понашање, како је већ поменуто, праћен силом, односно принудом, производи морање. Међутим, нормативност која је карактеристична за аутономију и морал, право схваћено на образложен начин нема. Како онда то да ипак постоје правне норме и да је и право нормативно, да важи и обавезује? Радбрух одговор тражи у моралу који сматра основом обавезујућег важења права, као и сврхом права. Требање односно како нешто треба да буде, није могуће извести из императива и хтећа правних прописа. Међутим, морање постаје требање оног тренутка кад правни императив постане правна норма. Да би се то десило неопходно је да појединачна савест снабде правни императив снагом која морално обавезује. Добивши својство важења, нормативности, право не постаје пука област морала, нити је правна норма исто што и морална норма. Овде заправо долази до „заодевања истог материјала карактером двојаке вредности” како то Радбрух објашњава. Правна вредност, правда, постаје објекат и етичког вредновања односно постаје и морално добро уздизањем на степен предмета моралне обавезе на праведност. Праведност као морално добро јесте исправно право, које једино може постати и позитивно право (Radbruch, 1980: 61–62). Дакле, и из овога се може закључити да само оно право које је морално добро, праведно и исправно може имати карактер права, што Радбрух додатно објашњава приликом аргументације приоритета правних вредности: правде, сврсисходности и правне сигурности. Захтев правне сигурности који се поставља позитивном праву, није довољно да би оно било важеће. Идеално би било да уколико донети закони не би били морално исправни, праведни, они не би могли уопште ни имати карактер права, а самим тим ни важити као позитивно право.

Иако се по садржини морал и право делимично поклапају, ипак је морал сврха права. Радбрух сматра да право не тежи да служи остваривању моралних обавеза тиме што ће их снабдети санкцијом правних обавеза, већ путем субјективних права. Морална норма, а самим тим и морална обавеза тежи да се испуни искључиво ради себе саме, а право у том циљу даје појединцима субјективна права. Право може омогућити морал, али га не може изнудити. Исто тако може се правом омогућити и неморал. Дакле, право, иако различито или пак супротно од морала, је средство за остварење моралних вредности. Спајајући своју сврху са вредношћу, и притом задржавајући сопствену законитост, право бива укључено у морал (Radbruch, 1980: 62–64). Та испреплетеност права и морала карактеристична је, као што је речено у уводном излагању, за теорију природног права и објективно постојећег права. Па ипак, Радбрух не одриче у потпуности важност законима и правним прописима који не би у потпуности били у складу са праведним правом, осим у случају када донет законски пропис гази људска права, у великој је мери неправедан или наноси штету друштву. У том случају је заправо реч о неправу.

3.3. Однос права, морала и обичаја

Разликовање права и обичаја и њихово разграничавање је према Радбруховом мишљењу немогуће, те су из тог разлога сви покушаји да се то учини и пропали. Ствар се додатно компликује постојањем правних обичаја. Пре свега, треба рећи да док морал као стварност служи некој идеји вредности, идеји доброга, а право правди, дотле се за обичај не може пронаћи идеја вредности којој би он служио. Обичај као културни појам, закључује Радбрух, нема своје место у систему културних појмова. Обичај историјски гледано претходи и омогућује морал и право. Реч је заправо о претходном заједничком облику у коме су садржани неразвијени и неиздиференцирани право и морал. Оног тренутка када је дошло до раздвајања права и морала, као самосталних културних појава, обичај постаје мешавина правног и моралног вредновања (Radbruch, 1980: 65–66). Ово његово размишљање одговара тези о првобитној пранорми карактеристичној за епоху првобитне заједнице (Pavićević, 1974: 106).

Као и право, обичај има спољашњи карактер и занима га спољашње понашање. За њега је исто тако битно да заповест коју прописује буде послушана од стране адресата, из ма које побуде. И док с једне стране обавезује у интересу неког споља, ко је овлашћен, с друге стране усмерен је ка унутрашњем карактеру морала. Сходно томе обичај треба поштовати, а не само га упражњавати. Иако овде долази до контрадикторности и међусобног искључивања наведених објашњења, Радбрух ипак дозвољава

да су у самом обичају повезана путем „конвенционалне лажи”. Та амбивалентност обичаја је заправо дегенерација, која настаје у тренутку раздвајања права и морала на два засебна нормативна система. Обичај је изникао из народа и заједнице, његова првобитна друштвена функција била је одржавање јединства народа. Од социјалних функција њему је преостала она васпитна. Као претходни стадијум развоја права и морала, који је припремио терен за њихово раздвајање, обичај је задржао право да појединца уведе у свет морала и права. Приликом васпитавања, индивидуа се са моралом упознаје у облику обичаја, који му заповеда шта треба, а шта не треба чинити. Моћност обичаја потиче од његовог двојаког карактера и двоструког начина обавезивања (Radbruch, 1980: 66–67, 69).

Иако обичај не стоји у служби остварења неке идеје вредности, ипак се његова садржина може вредновати и то са становишта етичког добра или правне вредности. Тако неки обичај може бити добар или рђав, односно у складу или колизији са моралом тј. правом. У савременом свету чини се да ће се индивидуа пре покорити обичају него моралу, односно пре ће делати супротно налагању сопствене моралне личности, него обичају. Разлог је у очекивањима друштва, које пре опрашта повреду неког моралног добра. Међутим, како је порекло обичаја у народу и заједници, а не у друштву, он губи карактер народности, и постаје „фини обичај” како га је Радбрух назвао. Тај фини, градски обичај изникао је не у заједници, већ у друштву, високом друштву и зато га пре треба назвати друштвеном конвенцијом. Друштвена конвенција је разједињавајућа и истиче разлике међу друштвеним слојевима, те има тенденцију да остане недостижна нижим сталезима. Непознавање друштвене конвенције, за оног ко је прекрши није извињавајућа околност. Мања би опасност била да је прекршај учињен свесно и да је било намерног поступања супротно налогу конвенције. Најтеже је, објашњава Радбрух, опростити „простаку који не зна шта пристоји”, док ће се управо супротно, благонаклоно гледати кроз прсте „обешењаку који уме с љупкошћу свесно да пређе преко неког утврђеног начина друштвеног опхођења” (Radbruch, 1980: 67–68).

У наведеном смислу, треба подсетити да човек не живи сам, већ у заједници са другим људима, у друштву. Ако жели да буде прихваћен, он може бити нагнан да у тренутку када би требало да бира да ли ће поступити у складу са моралном обавезом или неком друштвеном нормом, изабере ону потоњу. Проблем оптирања између повреде обичаја и моралног добра односно правне и моралне норме, не би постојао када би између њих постојало поклапање. Дилема чему се покорити може се избећи уколико би се ишло за тим да се ревидирају обичај или правно правило и ускладе се са моралом.

4. Закључак

Густав Радбрух, немачки правни филозоф, који је заслужан за ренесансу природног права након двовековне доминације правног позитивизма, тежио је да пружи синтетичко објашњење права. Право није ни само факт, ни само норма, оно је мешовита творевина. Састоји се од обе врсте елемената, како чињеница, стварности, факата, онога што јесте, тако и нормативности, важења, идеја и онога што треба да буде.

И морал је поред права културна творевина, те им је заједничко да представљају спону између света бивствовања, стварности и света вредности. Обе појаве су стварности које служе остварењу неке идеје вредности. Право као стварност, чињеничност обухвата правне налоге, а морал као стварност јесте савест. Вредност која представља идеју права је правда, али уз њу Радбрух додаје и сврсисходност и правну сигурност. С друге стране вредност коју морал тежи да оствари је етичко добро, исправност. Међутим, правда је и морална вредност, а не само правна. Односно, позитивност и важење једног закона цени се са становишта његове праведности. Позитивно је само оно право које је и праведно, односно исправно. Из тога се може закључити да правни прописи да би били важећи и били позитивно право није довољно да су као такви прописани од стране овлашћеног лица, односно државе, већ је неопходно и да буду исправни, односно праведни. Овај захтев који Радбрух поставља позитивном праву јесте на неки начин алтернатива између чисте теорије природног права и чистог позитивистичког учења о праву, која тражи успостављање баланса између правних вредности који сваки поједини закон треба да оствари. Поучен дешавањима у нацистичкој Немачкој, у својим послератним чланцима Радбрух је истакао да закони које је држава донела, и које би сваки позитивиста сматрао важећим, чак и уколико дерогирају људска права, не смеју се ни у ком случају сматрати правом, те тако не могу ни стећи важност, супротно захтеву правне сигурности. Међутим, он не одриче важност правној извесности, те дозвољава да позитивно право не мора у сваком случају као приоритетну вредност имати правду.

Листа референци

Kaufmann, A. (1963). *The Ontological Structure of Law*. Natural Law Forum (Paper 95), 79–96;

Leawoods, H. (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;

- Лукић, Р. (1954). *Теорија државе и права II – Теорија права*. Београд: Научна књига;
- Лукић, Р. (1992). *Систем филозофије права*. Београд: Савремена администрација;
- Рајићевић, В. (1974). *Основи етике*. Београд: BIGZ;
- Radbruch, G. (2006). *Five Minutes of Legal Philosophy*. *Oxford Journal of Legal Studies*, 1(XXVI), 13–15;
- Radbruch, G. (1980). *Filozofija prava*. Београд: Nolit;
- Radbruch, G. (2002). *Nacrt pogovora za „Filozofiju prava“ iz 1947*. *Reč – časopis za književnost i kulturu, i društvena pitanja*. бр. 65/11. 133–148;
- Stepanov, R. (2012). *Radruhovo jusnaturalističko prevladavanje pravnog pozitivizma*. *Godišnjak Filozofskog fakulteta u Novom Sadu*, 1(XXXVII), 93–102;
- Vračar, S. (1980). *Radruhovo filozofskopravno stanovište*. In: G. Radbruch (ed.), *Filozofija prava*. Београд: Nolit. IX–XLVII).

GUSTAV RADBRUCH ON LAW, LEGAL, MORAL AND CUSTOM NORMS

Marica Mišić

PhD Student, Faculty of Law, University of Niš

Summary

Using the method of conceptual analysis, the author explores Gustav Radbruch's text "The Philosophy of Law" and presents Radbruch's concept of law. In addition to his conception of law as a cultural creation striving to attain the values such as justice, purposefulness and legal certainty, the paper elaborates on his view of the priority of justice as a central value underlying the idea of law. In particular, it is supported by his standpoint that justice, perceived in the sense of fairness and moral correctness of the law, should be the feature of the positive law in order to have the character of law, which is then perceived as a moral value. The paper also presents his reflections on the relationship between cultural phenomena: legal norms, moral norms and customs.

Keywords: cultural creation, law, morality, custom, value, justice.