

*Др Драгана Ђорић, асистентки
Правног факултета у Новом Саду*

НОВИ МИНУТИ ПОСВЕЋЕНИ РАДБРУХОВОЈ ФОРМУЛИ¹

Сажетак: „Сукоб између правде и правне сигурности могао би се решити на такав начин да позитивно право, које обезбеђује пропис и моћ, има предност и онда када садржински нејаведно и несврхисходно, осим у случају да постоји противречност позитивног закона према правди досијашне толико нејодношљиву меру да закон као „неисправно право“ мора да одступи пре правдом“. Ова „Радбрухова формула“ актуелна је и данас, неколико деценија након настанка, и постојано се уклапа у савремене тежње функционисања правног система и саме примене права. У наредних неколико минута, сходно Радбруховим и касније минутима које им је посветио проф. Д.Басија, фокус наших разматрања биће усмерен управо овде. Јер без права, нема постојања ни државе, ни грађана.

Кључне речи: Радбрух, законско право, надзаконско нејаво, важење права

Пролегомена

Наређење је једини закон за војника, написао је Радбрух у свом првом минути посвећеном филозофији права². Овај и овакав „закон“ војник може прекршити ако зна да је извршење наређења злочин или прекршај. Морално, војник остаје „чист“, али се са тим не би сложила стварност, у којој

¹ Рад је настао у току истраживања за потребе пројекта „Теоријски и практични проблеми у стварању и примени права (ЕУ и Србија)“, који се финансира из средстава Правног факултета у Новом Саду. Руководилац пројекта је проф. др Драган Милков

² Gustav Radbruch: „Five Minutes of Legal Philosophy“, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.26, No.1(2006), pp 13-15, translated by Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson

војник извршава и такво наређење, више стрепећи од казне свог непосредног заповедника због неизвршавања наређења него од казне-закона. Правник, са друге стране, не познаје такве изузетке, у смислу избегавања примене закона који сматрамо неправедним или кршењем неког другог правила. Закон је за правника исти за све, било да је неправедан или праведан. Постоји, самим тим и важи. Његова евентуална неправедност, дискриминаторни карактер или друга негативна последица која може настати његовом применом, не треба да забрињава правника. Јер, Правник се увек може екскулпирати сентенцом, „да је у то време важио неки закон у коме су неки односи били регулисани на један одређени начин и да је свако друго понашање супротно наведеном могло значити његов прекршај и самим тим кажњавање“. Војника ће, пак, у сваком случају сачекати суочавање, или са сопственом или са командном одговорношћу његовог надређеног. Следећи ову мисао, произилази да су правници чак и већи, храбрији и тврдокорнији војници од професионалних војника. Та храброст правника треба да се докаже у ситуацијама када закони „свесно оповргавају вољу за правдом“³, те је њихово важење дискутабилно и неправично. Радбрух је и сам питао, какво би то било право и филозофија, ако би се само ослањали на већ постојећа решења, без да им се отворено супротставе и тако допринесу стварању „рационалног система без контрадикција“⁴. Но, то супротстављање је остављено да буде лични чин појединаца, као мера баланса према правном систему, који може а не мора бити функционалан, правичан и изводљив.

Свака револуција, било да је остала само на речима, или је и заправо у пракси спроведена, донела је промене. Понекад је и непоштовање датих обећања довољна промена, посматрано са етичке стране. Но, једино обећање које је сваки нови режим стриктно поштовао јесте обрачун са посленицима режима који они смењују. Тада правна сигурност, о којој Радбрух такође говори у својој филозофији права, уступа предност-правди. Јер праведно је казнити, бар *post factum*, оне који су вас раније кажњавали и понижавали. Али Правник ће рећи, па само су поступали по тада важећем праву. Првобитни револуционарни занос је склон уопштавању, само у своју корист, и прекрајању права-опет само у своју, не толико у општу корист⁵. У свом трећем минути посвећеном филозофији права, Радбрух даље наводи да „кад се убијање политичких неистомишљеника слави, а исто дело

³ Gustav Radbruch: “Five Minutes of Legal Philosophy“, p. 14.

⁴ GUSTAV RADBRUCH, *Legal Philosophy*, in THE LEGAL PHILOSOPHIES OF LASK, RADBRUCH, AND DABIN 43, 112 (Kurt Wilk trans., 1950).

⁵ Општу корист, као један од најважнијих циљева права наводи Радбрух у четвртој минути посвећеном филозофији права.

почињено над властитим истомишљеницима кажњава сурово или понижавајућим казнама, то онда није ни правда ни право⁶. Јер правда тежи једнакости, суђењу по истим правилима за све, без обзира какве су личности у питању, које нације, вере. Но и кад је правда -суштина идеје права, тиме није у потпуности ни исцрпљена сама идеја права, јер правда оставља отвореним два питања: „...кога требамо сматрати једнаким са киме, а кога треба посматрати различито од других...“⁷. Право, дакле, по Рабруху, треба да уједини све људе у „пројекту“ заједничког живота. Но, константни сукоб природноправног концепта који почива на праведности, и позитивно-правног концепта, који почива на самом факту постојања и важења(било каквог) права јесу разлог да нове минуте посветимо овој теми.

Основа Рабрухове формуле

Теза природноправне и позитивистичке оријентације су успешно и доследно спојене у оквиру Рабрухове *Филозофије љава*, сложни су у томе бројни теоретичари који се овом тематиком баве. Његова формула о законском неправу и надзаконском праву је имала, у најмању руку, веома необичан разлог настанка, и цело њено постојање и тумачење је у деценијама које следе након њеног формулисања, а у зависности од одређених друштвено политичких околности, имало неколико својих видова. Та формула у потпуности гласи⁸: „Сукоб између правде и правне сигурности могао би се решити на тај начин да позитивно право, које обезбеђује пропис и моћ, има предност и онда када садржински неправедно и несврхисходно, осим у случају да противуречност позитивног закона према правди достигне толико неподношљиву меру да закон као „неисправно право“ мора да одступи пред правдом.

Немогуће је повући оштрију линију између случајева законског неправда и закона који важе упркос неисправној садржини; међутим свом оштрином се може повући једна друга граница: тамо где се чак и не тежи за правдом, где се једнакост, која чини језгро правде, свесно оспорава приликом доношења прописа позитивног права, ту закон није рецимо само „неисправно право“, он чак и нема правну природу: **Јер право се, па ни позитивно право, не може дефинисати другачије него као поредак и прописивање који су по свом смислу намењени да служе правди“**.

⁶ Gustav Radbruch: "Five Minutes of Legal Philosophy", Oxford Journal of Legal Studies, Vol.26, No.1(2006), p 14.

⁷ Heather Leawoods, Gustav Radbruch: An Extraordinary Philosopher, Journal of Law and Policy, vol2, 2000 p. 492.

⁸ Цитат према тексту Данила Н. Басте: "Петнаест минута о природи Рабрухове формуле", Билтен судске праксе Врховног суда Србије, 4/2002.

Следећи мисао да је појединац тај који се мора суочити са свим изазовима и донети одговарајућу одлуку, посебно у изузетним ситуацијама, појединцу се мора дозволити, зарад очувања својих права, да заузме и морално и правно супротан став ставу политичких лидера и правног система.⁹ Сигурност се овде огледа управо у гаранцији појединцу да брани свој интегритет, и по цену да је то супротно праву, али само ако је право толико неправично, неморално или немогуће за испуњење.

Радбрух је дефинисао право као културни али и изразито вредношћу проткан појам. Наиме, право се може схватити само у оквиру понашања које се повезује са вредношћу, као датост чији је смисао да оствари идеју права.¹⁰ Идеја права јесте прво у правди, која нас упућује, да са једнакима поступамо једнако, а са неједнакима неједнако. Но, будући да сама правда не установљава довољно добар и јак основ за потпуно остваривање циља или циљева права, то се правди придружила и „сврсисходност“. Но пошто и она заједно са правдом не задовољава суштину идеје права, долазимо до правне сигурности као врховне вредности.

„Сигурност права захтева позитивност права, ако се не може утврдити шта је праведно мора се прописати шта ће бити по праву и то од стране органа који је у стању и да спроведе оно што је написао“¹¹. Сама позитивност права постаје претпоставка за његову исправност, јер „у појам исправног права исто толико спада да буде позитивно колико је задатак позитивног права да буде исправно“. Закон, дакле, важи зато што постоји, а то својство му придаје моћ коју држава има и коју користи у циљу спровођења-текста закона.¹²

Од ова три елемента циља права, само је сврсисходност променљива и подложна утицајима различитих друштвених, политичких и економских околности. Са друге стране, правда и правна сигурност се налазе високо позициониране изнад свих сукоба. **Ако имамо у виду да је управо заштита стечених права појединаца, као један од императива правне сигурности, у константној колизији са ретроактивним дејством и другим честим негативним појавама и честим променама закона сходно**

⁹ Heather Leawoods, *Gustav Radbruch: An Extraordinary Philosopher*, *Journal of Law and Policy*, vol. 2, 2000, ppg 489-517.

¹⁰ Густав Радбрух, *Филозофија права*, Београд, 1980., стр 14 и стр.44

¹¹ Јер у супротном, државни орган је (под којим се не подразумева само законодавни орган, већ сви државни органи који доносе одређене опште правне акте) само продуковао неспособно за примену и неизводљиво, мртво право.

¹² Густав Радбрух, Нацрт говора за „Филозофију права“ из 1947. године, објављено у: часопису „Реч“, бр. 65/II, март 2002. године. Са друге стране, и држава је позвана да доноси законе, само ако је спремна да саму себе сматра обавезаном тим истим законима. У супротном, доношење закона постаје само декларативно.

принципу сврсисходности, постављамо питање, како онда и да ли још увек, и у практичком смислу можемо посматрати правну сигурност као императив правне државе, изван свих сукоба и политичких борби? Сва три захтева су подједнако значајна и захтевна у процесу своје реализације, и управо зато су у сталној колизији, коју је могуће решити на различите начине¹³.

Радбрух овде износи један став са којим се не можемо у потпуности сложити, а то је да је битније да се спор између различитих правних гледишта, која неминовно постоје у судској пракси али и у теорији, оконча, него да се он оконча праведно или сврсисходно. Важније је постојање (чак и лошег) правног поретка него његова праведност и сврсисходност¹⁴. То значи да су ово двоје у сукобу са правном сигурношћу. Правна сигурност, како је већ наведено, захтева позитивност права, али позитивно право жели да важи без обзира на ова друга два захтева. Позитивност права, тј. његово важење, је једноставно факт и претпоставља постојање неке „силе“ која ће га прописати, и која ће обезбедити његову несметану примену.

Правна сигурност не захтева само важење правних прописа које прописује сила и који се стварно спроводе; она поставља захтеве и у погледу њихове садржине, захтев да се право може сигурно користити и да буде применљиво, а то често праву даје црте које су у противуречности са сврсисходношћу. Захтеви које поставља правна сигурност могу на крају чак доћи у противуречност и са последицама изведеним у позитивности, која и сама представља један захтев правне сигурности. Онда правне чињенице постају противправне чињенице и могу уништити објективно, али и субјективно право, стварањем новог права.

У интересу правне сигурности, наводи даље Радбрух, правоснажност допушта важење и садржински неисправној одлуци за тај поједини случај, а неисправном прецеденту можда чак и шире од тог појединог случаја.¹⁵ У овом је заправо и суштина нашег неслагања, јер ниједна одлука не сме поставити као приоритет њено доношење на штрб захтева поштовања стечених права и поштовања правде уопште. Слично Радбрух говори и у свом Нацрту поговора за Филозофију права, да „.. чак и садржајно најгори закон има некакву правну вредност јер бар својом формом гарантује правну сигурност...“¹⁶

У идеји правне сигурности додирују се проблем идеје права и проблем важења права, што је последње питање нормативности фактичког, како је то представио Јелинек, јер како може из једног факта да прои-

¹³ Heather Leawoods, наведено дело.

¹⁴ Густав Радбрух, наведено дело, стр. 94-95

¹⁵ Ibid, стр. 96-100.

¹⁶ Густав Радбрух, Нацрт поговора за Филозофију права, стр. 138.

зађе норма, а из правне воље државе или друштва неко правно требање“¹⁷. Али у потрази за основом тог важења, правна теорија важења ће једном нужно наићи на чињеничност једног ауторитативног хтења, које се не може даље изводити“¹⁷. Биће довољно да се утврди да је основ за доношење неког прописа њему непосредно надређени и акт више правне снаге.

Правна сигурност је током целог Радбруховог стваралаштва била и остала један од основних стожера његове теорије. Имајући у виду и његову јасну позицију у смислу две сфере друштвеног деловања, тачније-убичајену и изузетну, и помирење три раније наведене антиномије у доба стабилних друштвених односа, његов однос према правној сигурности као кључу за брже и ефикасније превазилажење проблема у изузетним ситуацијама, сам концепт правне сигурности добија још више на тежини и значају

Битно је истаћи да нормативне теорије важења постављају себи за задатак да прикажу важење права за сваки појединачни случај. Али важење права у односу на једног појединачног човека не може се заснивати на томе што оно важи иначе за остале људе. Још једно обележје показује дескриптивну природу теорије важења. Она је принуђена да, сходно степену делотворности призна и степен важења два истовремено сукобљена правна поретка-оног који је престао да важи и овог који је почео да важи. Сећање на први пропис и устаљени начин понашања сходно његовој садржини је још важеће, док прилагођавање на другачији вид понашања, како то прописује нови закон, траје дуже и праћено је бројним недоумицама око начина примене.

И где је ту право?

Следећи Радбрухову аргументацију, произилази да право важи само кад може да се успешно спроведе. Постојање механизма за његово спровођење је пука декларација, докле год се то исто и не реализује и тада имамо правну сигурност на делу. Ради илустрације, Радбрух наводи пример обављања судијске функције. Судије су дужне да своје лично правно осећање жртвују ауторитативној заповести закона, служећи закону без обзира на његову праведност.“ Јер, на крају крајева, ако нико не може да одреди шта је праведно или сврсисходно, онда неко мора одредити шта је легално“, а то ће овде чинити-судије.

Било да се важење права посматра као суштинска карактеристика позитивног права, или као метафизичка илузија и идеолошка обмана, оно се нераскидиво повезује са обавезом поштовања његове садржине.¹⁸ У прилог томе говори и константа у схватању улоге законодавног органа, а то је

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Дајовић Горан: „Правна обавезност и важење права“, *Службени гласник*, Београд, 2008, стр.9.

да је законодавни орган пуномоћник народа, грађана, те да када доноси законе и друге прописе, поступа у име грађана и за њихов рачун.¹⁹

Тако је Ђ.Тасић,приликом разматрања феномена важења права, истакао да право увек има један заједнички елемент за све посматраче и то је његово важење, и закључује да ако право важи онда једино можемо рећи и да постоји.²⁰ Лукић је пак раздвајањем *йравної, нормайивної важења* („важење које је формализовано, тј тачно је одређено кад почиње и када престаје“²¹) од *сйварної важења* („одговарајуће понашање људи, тј признавање важења одређеним нормама“²²) важење само по себи произвео у фактички феномен.

Треба имати у виду још једно савремено становиште о појму важења права опште. Према овом становишту, постоје *глобално важење йрава*, под којим се подразумева важење целокупног правног поретка,и *инйерно важење йрава*,под којим се подразумева постојање индивидуалних норми унутар поретка. Саме норме унутар поретка јесу његов конститутивни елемент, без којег ни поредак сам не би постојао, те је њихово важење нужан и неопходан услов како за њихово признање и поштовање, тако и за постојање и поштовање поретка у целини.²³

Битно је истакнути и Радбрухово изузетно аргументовање у погледу „супериорне потребе за правдом“, која јесте својеврсни супститут потребе за постојањем права. **Иако је нека радња била дозвољена у време кад је почињена, захтев правде може да захтева или дозвољава ретроактивну примену прописа, у ком случају захтев за правдом и њеним испуњењем надмашује домете принципа неретроактивности.** Радбрух је дакле, веровао да је **сам принцип неретроактивности толико битан да би се његова примена могла поништити само у екстремним ситуацијама,** и на овај начин је могла да се оправда и ретроактивна примена права у случају нирнбершких процеса.

Питање важења права је једно од најважнијих питања правне теорије јер су у њему проблематизовани односи: обавезности и ефикасности, легитимитета и легалитета ,правде и морала насупрот сили,постављених идеа-

¹⁹ Чедомир Марковић: “Суд има право да цени уставност закона“, *Архив за йравне и друшйивене науке*, 5/1908, 411-417.

²⁰ Ђорђе Тасић:“ Проблем оправдања државе“, *Службени лисй СРЈ*, Београд, 1995, стр.88. Исто наводи и Дајовић Горан, наведено дело, стр.9.

²¹ Радомир Лукић:“ Право као идеална (идеелна)појава“, “Систем филозофије права“, Савремена администрација,Београд, 1992, стр.29.Нека норма или право у целини не важи зато што постоји у правној свести друштва, већ зато што она сама по себи постоји, небитно је да ли је она позната широј јавности или није, да ли се примењује или не и како се примењује.

²² Радомир Лукић:“ Појам права“, стр 7.

²³ Наведено према :Дајовић Горан, наведено дело, стр 17-18.

ла и реалне могућности њиховог остварења. Формална важност акта је повезана са доншењем акта од стране надлежног субјекта, одговарајућег поступка (у који рачунамо и период вакације) и објављивањем на одговарајући начин. Без обзира на то каква је вредносно њена садржина (да ли је нпр. неправедна или неморална) и да ли је она фактички делотворна (ефикасна), довољно је да је норма формално важећа.

„Напетост између норме и егзистенције, између 'треба' и 'јесте' не сме пасти испод одређеног минимума. А с друге стране, супротност између правне норме и одговарајуће стварности социјалне егзистенције не може ићи преко одређеног минимума.“²⁴ Уколико, пак, одређене правне норме „падну“ испод минимума делотворности, због тога што их не примењују ни грађани, ни државни органи, те норме престају да важе²⁵. Са овим је уско повезано и функционисање сваког система, јер, ако, као што је већ наведено, та „напетост“ између стварности и прописа расте, истовремено се смањује и функционисање система као таквог.

Значај Радбрухове формуле

Радбрухова формула, поред свог неоспорног теоријскоправног значаја, јесте, и данас, у савременим условима, неколико деценија касније од свог настанка „место сусрета“ проблема теорије и праксе, који се увек требају решавати, у корист оних којима је право најпотребније-грађана. Немачки судови, примера ради, су Радбрухову формулу прихватили као основ за доношење пресуда, а први пут када су расправљали о злочинима нациста у Другом светском рату, и то непосредно после завршетка Другог светског рата. Неки историчари и теоретичари права су и поставили питање, како је било могуће тако брзо прећи са једног на потпуно другачији вредносни систем, и имати довољно правне зрелости за осуђивање дела која су почињена-у складу са тада важећим правом.²⁶ Судови су, на-

²⁴ Ханс Келзен, Чиста теорија права, ЦИД, Подгорица, 2003. стр.158.

²⁵ Битан елемент је морално вредновање правне норме од стране адресата, јер неке норме ће прихватати као морално исправне, а одбацивати друге као морално безвредне, па је могућ несклад између формалног и вредносног важења

²⁶ Део те расправе се може пронаћи у : *Brian Bix, Robert Alexy's Radbruch Formula and the Nature of Legal Theory, Rechtstheorie, vol 37, pp.139-149, 2006, Minnesota Legal Studies research Paper 06/13.* Неке злочине нису починили сами нацисти него и обични људи, који су из личних разлога, искористили у неподношљиву нетолерантност и неправедност закона за време нацистичком режима. Као пример за ову тврдњу Радбрух је често наводио пример жене која је свог супруга пријавила да је говорио и вршио пропаганду против Хитлера, те је супруг, услед немогућности извршења смртне казне над њим, упућен на фронт где је и погинуо. Овај случај је стигао пред Виши провинцијални суд Бамберга 1949. године, где је суд применом Радбрухове формуле, сматрао, да: „...жена није починила прекршај ако се

име, стали на становиште да су закони за време нацизма били толико нетолерантни и неподношљиво неправедни да су сами себи гарантовали ништавост. Тако нетолерантни, нису ни могли бити сматрани правом, и не могу никако оправдати циљеве због којих су многи злочини у Другом светском рату почињени.²⁷

Можемо, ипак, данас са сигурношћу рећи, да је Радбрух цео свој живот посветио проналажењу решења конфликта између правде и правне сигурности.²⁸ Почев од свог првог релативистичког решења овог сукоба, које је формирао 1914. године, када је решавање овог растућег антагонизма између ове две појаве препуштао случају и околностима у свакој држави посебно²⁹, преко заступања субјективног става 1932. године, када је сматрао да треба препустити све „савести појединца“, Радбрух је свој пуни замах доживео у теоријском смислу управо након Другог светског рата. Прошавши активно кроз све фазе развоја Немачке у првој половини 20. века, и лично и професионално је могао да осети све танане нијансе одлучивања на основу закона или на основу правде.

Неки савремени теоретичари су склони да примену Радбрухове формуле посматрају као повреду забране ретроактивности³⁰; но она заправо повређује „само“ правну сигурност, јер установљава поновно преиспитивање раније донетих одлука- не због могуће незаконитости било материјалне или формалне, него због другачијег вредносног система, који ће нови режим имати.

Још једно стално питање у погледу разумевања Радбрухове формуле јесте, да ли се она треба посматрати као тврдња о природи права или као препорука судијама, како да се понашају током суђења и како да доносе одлуке. Јасно је да ће *common law* систему, Радбрухова формула бити прихваћена као препорука судијама, јер имају обавезу да „развијају право и неретко користе и друге правне и уопште изворе подобне за резона-

посматра важеће нацистичко право у том моменту, већ је њено понашање и лажно пријављивање супруга повреда смисла за правду и разумног понашања свих људи који добро резонују“. На крају осуђена је због „нарушавања слобода“. Више о овом и другим случајевима у којима је примењена Радбрухова формула на сајту: <http://theoryofjurisprudence.blogspot.com/2006/07/radbruch-formula.html>, приступ сајту 28.10.2011.

²⁷ Stanley L. Paulson, *On the background and Sginificance of Gustav Radbruch's Postwar papers*, *Oxford Journal od Legal Studeis*, Vol. 26, Issue I, pp.17-40.

²⁸ F. Saliger, *Content and Practical Significance of Radbruch's Formula*, *Проблеми филозофије права*. – 2004. – Том II., pp 68/70

²⁹ И то имајући у виду да се као главни критеријуми приликом решавања овог конфликта имају узети слобода, моћ или култура.

³⁰ F. Saliger, *Content and Practical Significance of Radbruch's Formula*, *Проблеми филозофије права*. – 2004. – Том II., pp 68/70

вање и ван права“.³¹ Континенталноправни систем, ипак почива на позитивности права.

Евидентно је да је својом садржином „Радбрухова формула“ отворила терен за нове, бројне теоријске расправе и различиту примену у пракси. Правда, сигурност и сврсиходност, јесу полазне тачке сваког права и правног система. Од државе дакле зависи, којем ће се од ова три „царства“ приклонити, те да ли ће имати неправедно али познато право, праведно али не сврсиходно право, или ће учинити велики напор па задовољити сва три критеријума.

³¹ *Brian Bix, Radbruch's Formula and Conceptual Analysis*, доступно на : <http://tml.mcmaster.ca/conference/papers/Bix%20-%20Radbruch's%20Formula%20and%20Conceptual%20Analysis.pdf>, приступ сајту: 27.10.2011.

*Dragana Ćorić, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad*

New Minutes for Radbruch's Formula

Abstract

Confrontation between justice and legal certainty may be resolved in such a way, that law, which insures power and legal acts, is more valuable even if it has unjust content and if it is inappropriate, except in case that the law is so unjust, that such „corrupted law“, must resign before the justice“ This so called Radbruch's formula is very interesting even today, even though few decades later from its constitution. It is easily adapted into modern state of mind and functioning of legal systems. So, it deserves a few minutes more, to talk about this issue. Because, when there's no law, there are no states, nor people.

Key words: Radbruch, legally, supra-statutory un-law, the validity of law