

UNIVERZITET U BEOGRADU
PRAVNI FAKULTET

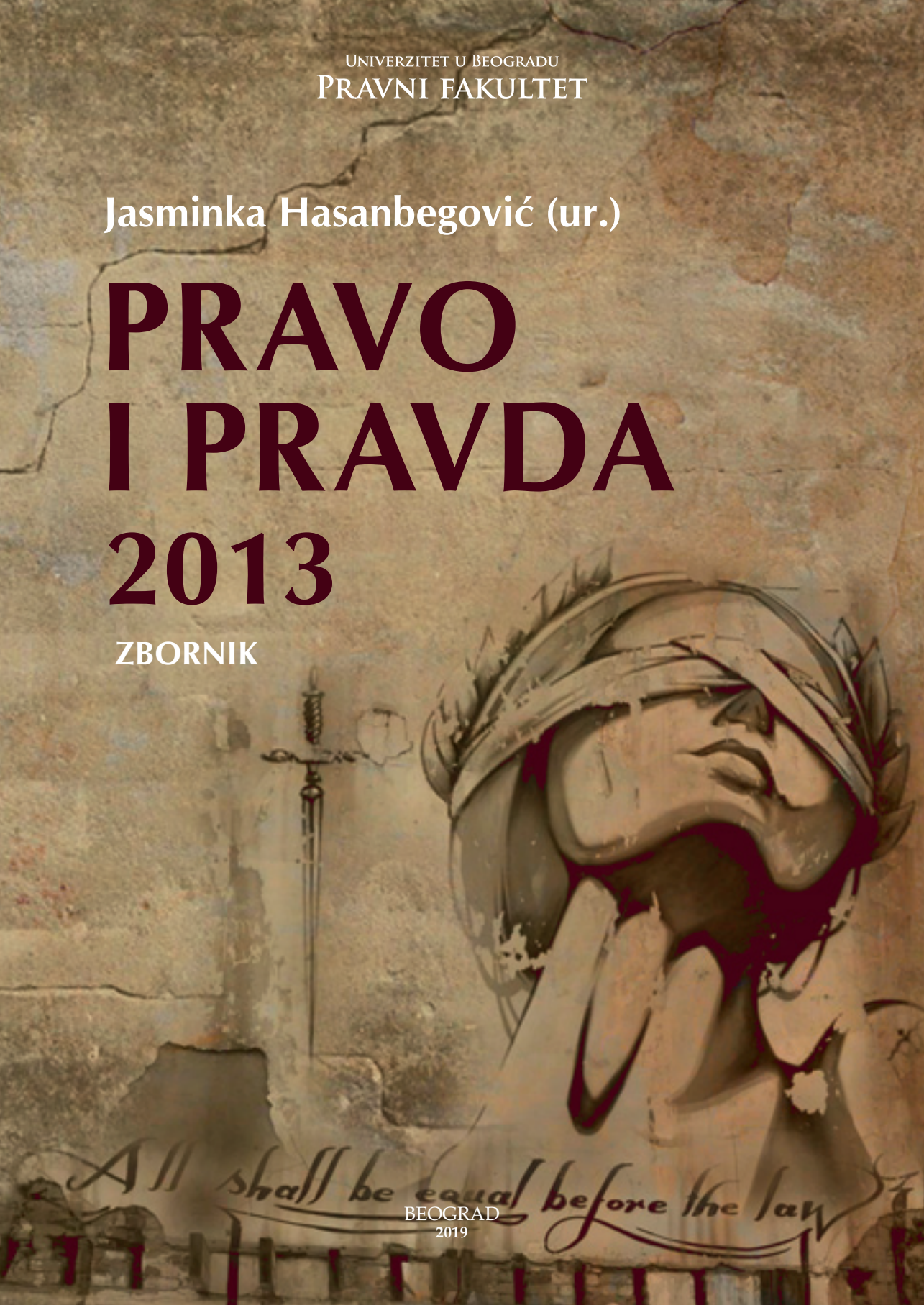
Jasminka Hasanbegović (ur.)

PRAVO I PRAVDA 2013

ZBORNIK

BEOGRAD
2019

All shall be equal before the law



UNIVERZITET U BEOGRADU – PRAVNI FAKULTET

Biblioteka
ZBORNICI



PRAVO I PRAVDA 2013

ZBORNIK

Drugo izdanje

tekstovi predavanja koje je organizovala, sakupila i uredila
prof. dr Jasminka Hasanbegović

Izdavač

Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet
Centar za izdavaštvo

Za izdavača

Prof. dr Zoran Mirković, dekan

Urednik Centara za izdavaštvo

Prof. dr Vuk Radović

Recenzenti

Prof. dr Zdravko Grebo, Univerzitet u Sarajevu (BiH)

Prof. dr Olivera Vučić, ex-sudija Ustavnog suda

Prof. dr Miodrag Jovanović,

predsednik Srpskog udruženja za pravnu i socijalnu filozofiju

© Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, 2019.

Sva prava zadržana. Nijedan deo ove knjige ne može biti reprodukovano, presnimavano ili prenošeno bilo kojim sredstvom – elektronskim, mehaničkim, kopiranjem, snimanjem ili na bilo koji drugi način bez prethodne saglasnosti autora i izdavača.

www.ius.bg.ac.rs

PRAVO I PRAVDA 2013

ZBORNIK

tekstovi predavanja koje je organizovala, sakupila i uredila
Jasminka Hasanbegović

Drugo izdanje

Beograd – 2019

SADRŽAJ

<i>Jasminka Hasanbegović</i> PREDGOVOR.....	7
<i>Sima Avramović</i> GNOME DIKAIOTATE – PRAVO, PRAVDA I PRAVIČNOST U ATINSKOJ SUDNICI.....	19
<i>Kenet Ejnar Hima</i> AKO NISTE U ZATVORU, POSREĆILO VAM SE: SREĆA, KRIVICA I RETRIBUTIVISTIČKO OPRAVDAVANJE KAZNE.....	41
<i>Vida Petrović Škero</i> PRAVO I PRAVDA KAO MOĆI I HTETI.....	77
<i>Bernd Šineman</i> PRILOG KRITICI RADBRUHOVE FORMULE.....	87
<i>Budimir Košutić</i> PRAVO I PRAVDA U PARTIJSKOJ DRŽAVI.....	99
<i>Milorad Todorović</i> PRAVO I PRAVDA: JEDAN PSIHOANALITIČKI POGLED.....	113
<i>Dragan Mitrović</i> PRAVO, PRAVDA I MILOSRĐE U DRAMSKIM DELIMA VILIJAMA ŠEKSPIRA.....	145
<i>Dragana Boljević</i> STRAH I PRAVDA U SUDNICAMA SRBIJE I EVROPE.....	161
<i>Danilo N. Basta</i> MLADIM PRAVOSLOVIMA SAVETI I PORUKE.....	183
<i>Radmila Vasić</i> POMILOVANJE KAO INSTRUMENT KOREKTIVNE PRAVDE.....	195
LAW AND JUSTICE 2013 – collection of papers – CONTENTS	215

PREDGOVOR

Zbornik *Pravo i pravda 2013* je zbornik autorskih tekstova o temama o kojima se govorilo na *prvom* kursu iz *novouvedenog* predmeta Pravo i pravda u letnjem semestru 2013. godine (akademske 2012/2013). No, pre nego što se kaže kako je koncipiran i izveden taj prvi kurs predavanja, treba reći nešto o samom nastavnom predmetu Pravo i pravda.

Zašto predmet Pravo i pravda? U pravničkim kurikulumima, na studijama prava svuda u svetu zapaža se poplava novih kurseva tipa *Pravo i* (npr. Pravo i društvo, Pravo i književnost, Pravo i ekonomija, Pravo i red, Pravo i kaos, Pravo i duhovne nauke /ili: humanističke discipline, tj. *humaniora*/, Pravo i finansije, Pravo i moda, Pravo i mediji, Pravo i medicina, Pravo i umetnost, Pravo i kriminal, Pravo i religija, Pravo i internet, Pravo i psihoanaliza, Pravo i privreda, Pravo i životinje, Pravo i kultura, Pravo i upravljanje, Pravo i urbano planiranje, Pravo i ekologija, Pravo i zen itd. itd. itd.), ali nigde nema kursa Pravo i pravda.

Istina, jedan od najpopularnijih kurseva na Univerzitetu Harvard, koji je u poslednjih dvadeset godina *biralo i pohađalo više hiljada* studenata, jeste čuveni kurs o *Pravdi (Justice)*, na kome je i Džon Rols (John Rawls 1921–2002) izlagao nešto od onoga što će docnije publikovati kao svoju *Teoriju pravde*. Ali, Pravda kao nastavni predmet na Harvardu ne pripada pravničkom kurikulumu, već se izvodi u okviru studija političkih nauka.

Na evropskim pak univerzitetima postoji veoma duga tradicija *Studium generale*, interdisciplinarnih studija o aktualnim, novim, i novim starim temama, koje se obavezno obrađuju iz raznih aspekata (među ostalim, i iz pravnog, kao i iz aspekta pravednosti ili pak pravičnosti, ali i mnogih drugih). Tu u izvođenju nastave obavezno učestvuju ne samo profesori *raznih* fakulteta nego i stručnjaci, ili umetnici, ili znalci izvan univerziteta, ali i laici s relevantnim iskustvom. No, ni u okviru „Studijuma generale“ nema posebne studijske discipline ili ustaljenog kursa Pravo i pravda, premda se pažnja poklanja i pravnoj i nepravnoj, i pravednoj i nepravednoj strani mnogih pitanja i tema koje se izlažu.

Štaviše, ne samo danas, u savremenom svetu nego ni tokom istorije pravnih studija i uopšte pravne poduke nije poznato da je bilo nastavnog *predmeta* Pravo i pravda.

Pa ipak, kada se zagledamo u prošlost, u antičke korene naše duhovnosti, zapažićemo da par *pravo i pravda*, starogrčki *nomos kai dike*, ili pak *nomos kai themis*, kao i latinski *ius et iustitia*, nisu nikakav neobičan par koji se retko sreće. Naprotiv. Parovi *Nomos kai Dike* i *Nomos kai Themis* sreću se još u grčkoj mitologiji. Tu su Nomos (ili Nomus) i Dike – otac i ćerka. Nomos je, naime, bog (ili duh, ili demon) prava odnosno zakona koje su stvorili ljudi, i muž je Euzebijin, koja je oličenje pi-

jeteta (one divne mešavine dubokog poštovanja i velike ljubavi), s kojom ima ćerku Diku, boginju pravde, pravičnosti i, danas bismo rekli, subjektivnih prava. Mada se nigde ne kaže, Nomos je verovatno Zevsov sin, a doživljava se više kao jedna Zevsova strana, jedan njegov aspekt, nego kao posebno božanstvo. Nomos, kao oličenje ljudskog prava odnosno zakona, i Themis (ili, posrbijeno, Temida), kao pak oličenje božanskog prava odnosno zakona, povezani su tako što je Temida bila rana Zevsova ljubav odnosno verenica i njegova prva savetnica. Nomos je, dakle, možemo pretpostaviti, ispravan i valjan ako sluša Temidine savete, jer ona poznaje božansko pravo odnosno zakon. Rimljani su potom spojili Temidu i Diku u jednu svoju boginju Justiciju. Etimologija nas uči da ime rimske boginje Justicije, tj. Pravde, kao latinska reč *iustitia*, potiče od prideva *iustus* (pravni, ispravan, pravedni), koji pak ima poreklo u imenici *ius*, tj. pravo. Pravo i pravda su oduvek – i kao ideje, pojmovi, i kao termini, reči – najtešnje povezani.

Poznato je da Grci nisu imali tako razvijeno pravo kao što je bilo razvijeno rimsko pravo, niti su imali tako razvijeno znanje o pravu kao što je bila razvijena, na primer, starogrčka filozofija. Stoga nije čudno što se u grčkim polisima pravno obrazovanje nije izdvojilo i postojalo kao posebno, zasebno obrazovanje (jer za to u pravno nerazvijenoj političkoj zajednici nije bilo društvene potrebe), već se pravno znanje sticalo unutar filozofskog i retoričkog obrazovanja. Shodno tome, u Grka nije postojao ni poseban pravnički poziv, zasebno pravno zanimanje, pravnička profesija. Čisto pravničke profesije, kao životno-radne delatnosti specijalno, baš pravno obrazovanih ljudi, pojavile su se tek u Rimu. Dakle, filozofa i retorā bilo je i u Grčkoj i u Rimu, ali se pravnici, kao posebno, pravno obrazovani (tj. u tom smislu školovani) znalci, javljaju tek u Rimu. Uprkos tome, ideja o jasnom razgraničenju božanskog odnosno prirodnog prava i zakona, s jedne, i ljudskog odnosno pozitivnog prava i zakona, s druge strane, postojala je i u grčkoj i u rimskoj antici, kao i posle, u srednjem veku, ali i u novom veku, tj. u moderno doba. Razlike među ovim istorijskim periodima iskazuju se u tome što se *izvor* božanskog odnosno prirodnog prava i zakona, ili, unajkraće, *pravde* (kao mere ispravnosti i valjanosti ljudskog odnosno pozitivnog prava i zakona) – sasvim pojednostavljeno predstavljeno – u antici vidi i pronalazi u *prirodi* u najširem smislu, dok je u srednjem veku viđen i pronađen u *Bogu* (božjem umu, ili božjoj volji), a u novom veku pak u *ljudskom razumu*. (Ipak, da ovo ne bi bilo shvaćeno kao izraz neosvešćenog evrocentrizma, treba naglasiti da se rečeno, naravno, odnosi samo na evropski kontinent.) U svim tim najrazličitijim učenjima tokom istorije jasno je, dakle, da *pravo* i *pravda* mogu a ne moraju, ali treba da budu povezani i usklađeni.

Filozofsko obrazovanje je oduvek, od početka, otkako je filozofije, sadržalo, između ostalog, i poduku o odnosu *prava* i *pravde*. Pravničko pak obrazovanje, koje se, kako je rečeno, kao *zasebno* obrazovanje, znanje i zanimanje (tj. profesija) formiralo tek u Starom Rimu, a svoj antički vrhunac (i kraj) doživelo u pravnim školama u Bejrutu i Konstantinopolju u Justinijanovo doba (u VI veku), uvek je težište stavljalo na pravo kao ljudsko-pozitivno pravo, ali nikada nije toliko zanemarivalo božansko-prirodno pravo, tj. pravdu kao meru ispravnosti i valjanosti ljudskog pozitivnog prava i zakona, da o njima u pravničkom obrazovanju ne bude ni pomena. To važi ne samo za antiku nego i docnije, za period od renesanse pravnog obrazovanja u Bolonji u XII veku, tj. od glosatora i postglosatora nadalje, pa sve do XIX i XX veka.

Pravni pozitivizam XIX i XX veka, kao prevashodno zakonski pozitivizam (u kontinentalnoevropskim pravnim sistemima), *redukovao* je, s jedne strane, pravo na ljudsko tj. *pozitivno* pravo i zakon, jer je bio potpuno nezainteresovan za neke ljudske himerične tlapnje u tvorevinama duha poput božanskog ili prirodnog prava i zakona, a s druge strane, inspirisan, oduševljen i zaražen naučnim pozitivizmom, nastojao je da *podigne pravnu dogmatiku*, kao znanje o pravu redukovanom na pozitivne ljudske zakone, tj. pozitivno pravo, na nivo *pravne nauke*, zanemarujući, dakle, ne samo božansko i uopšte prirodno pravo nego i pravnu misao, teoriju, jurisprudenciju (u anglo-američkom svetu shvaćenu prevashodno) kao *filozofiju* prava, zbog toga što i znanje o pravu treba da bude *naučno*, tj. istinito na način pozitivistički shvaćene *nauke*.

Vrhunac tako shvaćene pravne nauke čiji je jedini i isključivi predmet pozitivno pravo jeste *Čista teorija prava* Hansa Kelzena (Hans Kelsen 1881–1973) sa svojim potpunim razaranjem pojma pravde.

Vrhunac pak poštovanja pozitivnog prava i pozitivnopravnih zakona *bez* obzira na pravdu dovodi do *summum ius, summa iniuria*, to jest do toga da ekstremno, najveće poštovanje pozitivnopravnih zakona odnosno, uopšte, pozitivnog prava jeste ekstremna, najveća nepravda, kao i do toga da „najpravija“ država, to jest pravno najuređenija država, u kojoj je zakon – zakon a zapovest – zapovest, što će reći da se poštuju bespogovorno, *bez* obzira na sadržinu, na vrednosti koje ostvaruju i, u krajnjoj liniji, na pravdu koju oličavaju, jeste *Treći rajh* (i njemu slične državno-pravne tvorevine), sa zakonima o rasnoj čistoti, sa svojom ideologijom krvi i tla, sa svojim konačnim rešenjem nemačkog nacionalnog (odnosno jevrejskog) pitanja, s koncentracionim logorima, a shodno tome, i osvajanjima životnog prostora za Nemce i uopšte Arijevece, i sa svim ostalim svojim pozitivnopravnim zakonima, a onda i na njima zasnovanim, *zakonitim* pravnim rešenjima i njihovim strahotnim posledicama.

Pa ipak, pravni i pravno-naučni pozitivizam *nije napušten* odmah nakon Drugog svetskog rata uprkos stravičnom iskustvu koje je doneo u svojoj nacističkoj varijanti. Radbruhove (Gustav Radbruch 1878–1949) poratne ideje o zakonskom nepravu, kao zakonitoj, ozakonjenoj nepravdi, i nadzakonskom pravu, kao natpozitivnom, ispravnom, prirodnom, pravednom pravu, kao i ideja o njihovom mogućem sukobu i ideja o načinu rešavanja tog sukoba kako u pravnoj praksi tako i u pravnoj teoriji, tj. filozofiji prava, isto kao i ideje drugih autora o neophodnosti obnove praktičke – a time i pravne – filozofije probijale su se mukotrpno posle rata i dalje se sporo probijaju u svest pravnih teoretičara te još uvek ne dominiraju u pravnom obrazovanju, a o stanju svesti u pravnih praktičara da se i ne govori.

Pravni i pravno-naučni pozitivizam *dominirao* je, dakle, i posle Drugog svetskog rata, i to u Evropi (mada ne samo u Evropi) prevashodno u nekoj varijanti čistopravne teorije Kelzenovog tipa, čiji se pravni normativizam, očišćen od svake vrednosne sadržine, pa *eo ipso* i od svake vrednosne ocene pravne sadržine kao pravedne ili nepravde, mogao uklopiti u svaku ideologiju i stopiti s njenom sadržinom: bilo s (neo)liberalističkom, bilo s konzervativističkom, bilo s nacionalističkom, bilo sa socijalističkom, bilo s komunističkom ili s bilo kojom drugom ideologijom. Tako je, primera radi, u Drugoj Jugoslaviji stvoren teorijski *amalgam* kelzenijanskog čistopravnog normativizma i (kvazi)marksizma, po kome svaka država – samim tim što je pravna organizacija – jeste pravna država, koja pak tek kao socijalistička država ostvaruje socijalistički princip pravde: od svakog prema sposobnostima,

svakome prema radu, težeći ka komunističkom principu pravde: od svakog prema mogućnostima (ili sposobnostima), svakome prema potrebama. Zbog toga se tada moglo dešavati da generacije i generacije studenata prava završavaju veoma dobre pravne studije *pravnih nauka*, koje nisu bile baš isključivo pozitivnopravno orijentisane, već su u pravnički kurikulum uključivale i mnoge druge discipline, ali ipak te generacije tokom studija bukvalno *nisu mogle čuti ni pročitati reč pravda*, a kamoli saznati nešto o njoj, osim onih studenata koji su optirali za Filozofiju prava, čiji se broj u odnosu na celu generaciju izražavao u promilima. Zato se dešavalo da i najbolji pravnici i najviši pravosudni poslenici doslovno nemaju pojma o pravednom i pravičnom, misle da su to sinonimi, ista stvar s dva imena, a da su pravda i pravednost različite stvari, pa se stoga dešavalo da nemaju baš nikakvu *ideju* o pravednom zakonu osim sopstvenog *osećaja* da je neki konkretni zakon pravedan, ili nepravedan, ne znajući, naravno, odakle taj osećaj, kao što nisu znali da zakon ne može biti nepravičan, već da nepravične mogu biti samo sudije odnosno, uopšte, odluke o primeni zakona u *konkretnom* slučaju.

To masovno nemanje ni elementarnog pojma o pravdi kod učenih pravnika rukovalo je profesore Uvoda u pravo da ponajpre kao autori udžbenika počev od devedesetih godina prošloga veka uključuju u materiju Uvoda u pravo bar najosnovnija određenja pravde. Time se stanje elementarno popravilo: otada svi studenti od samog početka studija stižu bar nekakav osnovni pojam o pravdi i o odnosu prava i pravde.

Takozvanom bolonjskom reformom univerzitetske nastave na početku ovog (drugog) milenijuma htelo se, između ostalog, da efikasnost sticanja znanja dođe u prvi plan, što je načinom ostvarivanja tog cilja temeljno promenilo dotadašnje shvatanje studiranja. Potonji poziv da se pristupi reformi te reforme i u okviru teorijsko-pravne nastavne grupe, koji su uputili tadašnji dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu profesor dr Mirko Vasiljević i šef Katedre za teoriju, filozofiju i sociologiju prava profesor dr Dragan Mitrović, rezultirao je predlogom profesora dr Danila Baste i profesorke dr Jasminke Hasanbegović da se na trećoj godini osnovnih pravnih studija u okviru pomenute grupe uvede predmet Pravo i pravda.

Ne osporavajući nijednog trena neophodnost odličnog pravno-dogmatičkog i pravno-naučnog obrazovanja studenata prava, zato što ne može biti vrsnog pravnika ako odlično ne poznaje pravnu dogmatiku i ne vlada njome, ali i znajući dobro da se ideal-tipski vrsni pravni dogmatičar može (u određenim okolnostima čak veoma lako) pretvoriti u svoj antipod i antimodel: u skučenog pravnog dogmatu, koji je uvek više sluga režima i gospodara nego Prometej i intelektualac-stručnjak-borac za Pravdu među običnim ljudima, nastavnici na predmetu Pravo i pravda (od najstarijeg do najmlađeg: Danilo Basta, Jasminka Hasanbegović, Bojan Spaić i Miloš Zdravković) smatrali su da je potrebno da studenti prava pored najobuhvatnijih znanja iz pravne dogmatike neprestano šire svoj pravnički horizont nedogmatičkim pravnim znanjima: istorijskim, sociološkim, filozofskim, psihološkim i mnogim drugim. Smatrali su takođe da bi i nastava iz Prava i pravde, i ono što bi nezavisno od nastave moglo poslužiti pripremi ispita (neka hrestomatija tekstova o pravu i pravdi), i ono što bi mogao biti trajni rezultat te nastave (zbornici predavanja) – da bi sve to moglo biti zanimljivo i korisno ne samo studentima nego i (odavno) svršenim pravnicima, a i nepravnicima, ukratko, svima onima koji imaju na umu Huserlovo

(1859–1938) upozorenje koje je izrekao u *Krizi evropskih nauka* da puke činjeničke nauke stvaraju puke činjeničke ljude.

Kurs Pravo i pravda pohađaju studenti koji imaju dovoljno predznanja da im se ova tema može predstaviti i u vidu aktualnih, gorućih pitanja, i u vidu značajnih istorijskih slučajeva, i kao „čisto“ pravna tema, ali i kao nepravna, na primer, etička, ili psihološka, ili interdisciplinarna, na primer, ekonomskopravna, ili sociološkopravna, ili multidisciplinarna, na primer, književno-filozofsko-pravna, ili biološko-medicinsko-pozitivnopravna tema, i kao neko od brojnih teorijskih, filozofskih viđenja pravde, i kao praktički pravni problem, a onda, bilo kao zakonodavno, bilo kao pravosudno, sudsko, tužilačko, pravobranilačko, advokatsko i drugo pitanje, i opet, bilo kao domaće, bilo strano, bilo međunarodno, bilo uporednopravno, bilo istoriskopravno pitanje, i dalje, kao problem u svakoj pravnoj oblasti (javnog, privatnog, procesnog prava, ili u bilo kojoj drugoj oblasti), u svakoj pravnoj grani (ustavnom, krivičnom, pomorskom, kosmičkom i svim drugim granama), u svakom pravnom institutu (lizingu, braku, svojini, kazni, zastarelosti i svim ostalim).

Polazeći od svega rečenog, prirodno je smatrati da studentima i drugima zainteresovanim u stručnoj i opštoj javnosti treba pružiti ne samo *hrestomatiju* tekstova o pravu i pravdi nego posle svakoga kursa treba prirediti i *zbornik* radova o pravu i pravdi koji bi sadržao predavanja održana određene akademske godine. Ovo ne tek stoga što se tako radi na uglednim fakultetima koji nam služe kao uzor, već zato što to nalaže ozbiljan akademski nivo. Na taj način se takođe postavljaju zahtevi i u nastavi, u kojoj se, pored svega pomenutog, teme i učesnici ne ponavljaju, a ostaju zbornici radova koji su ne samo trajni pokazatelji i ogledala duha vremena i učesnika svakog kursa nego mogu – naročito u onoj meri u kojoj budu sadržali priloge trajne vrednosti – biti i izvori tekstova za razne buduće hrestomatije, zbirke i istraživanja.

Hrestomatija tekstova o pravu i pravdi služi da se na osnovu tih tekstova – i to ne samo stranih nego i domaćih autora – saznaju glavna gledišta u razvoju ideje pravde i odnosa prava i pravde od Aristotela do naših dana. Neposredno ostvarenje zamisli o takvoj hrestomatiji profesori Basta i Hasanbegovića prepustili su s puzdanjem asistentu mr Bojanu Spaiću, a potom i odobrili njegov nacrt hrestomatije uz nekoliko sugestije. Hrestomatija je najpre, od 2011. godine, postojala samo u elektronskom obliku, a 2014. pojavila se kao papirna knjiga *Pravo i pravda – Hrestomatija*, koju je u nešto proširenom vidu (o čemu će biti reči) priredio dr Bojan Spaić.

Zbornici pak radova o pravu i pravdi sadrže izlaganja tema o kojima se govorilo svake akademske godine. Oni treba da budu ogledalo aktualnosti, šarolikosti, značaja i ozbiljnosti stručne, akademske ili „samo“ iskustveno poznavlačke kazuističke egzemplifikacije i eksplikacije veoma opštih stavova sabranih u *Hrestomatiji*. U tom smislu zbornici predstavljaju relevantne dopune, neophodne konkretizacije ili oživotvorene aktualizacije ideja sadržanih u tekstovima iz *Hrestomatije*.

Imajući prethodno na umu, u izvođenju nastave na Pravu i pravdi predavanja mogu i treba da drže najrazličitiji stručnjaci, ali i laici; nepravnici, kao i pravnici. Tako je po planu predavanja prvog kursa iz Prava i pravde za 2012. godinu bilo predviđeno da pored pravnih stručnjaka učestvuju i politikolog, psiholog i filozof (vid. dole plan-plakat za taj kurs). Neposredno ostvarenje zamisli o kaleidoskopskom karakteru tema predavanja iz Prava i pravde profesor Basta je akademske

2011/12. godine sasvim prepustio profesorki Hasanbegović (jer je sâm, prema dogovoru, bio prvi predavač na kursu), saglasivši se u potpunosti sa svim njenim predlozima. Iz datog plana može se oceniti stepen ostvarenja te zamisli o mnogostrukoj šarolikosti tema i raznolikosti govornika.

TEORIJSKO-PRAVNA NASTAVNA GRUPA
TREĆA GODINA STUDIJA
LETNJI SEMESTAR 2012.
AMFITEATAR IV („Toma Živanović“) SREDOM 13.30–15.10
PLAN PREDAVANJA NA PREDMETU
PRAVO I PRAVDA

- 29. II – Prof. dr Danilo Basta: *Pravednost kao vrlina (sudije)*
 - 7. III – Prof. dr Budimir Košutić: *Pravo i pravda u partijskoj državi*
 - 14. III – Prof. dr Mirko Vasiljević: *Pravo, pravda i privreda*
 - 21. III – Sudija Vida Škero: *Pravo i pravda kao moći i hteti*
 - 28. III – Prof. dr Radmila Vasić: *Pomilovanje kao institut korektivne pravde*
 - 4. IV – Prof. dr Dragan Mitrović: *Pravo, pravda i milosrđe u dramama Vilijsma Šekspira*
 - 18. IV – Prof. dr Žarko Puhovski: *Upitna privilegiranost ratnih zločina*
 - 25. IV – Sudija Dragana Boljević: *Pledoaje za sudijsku efikasnost koja nije „šamaranje“ predmeta, već naša zaboravljena otarašnost*
 - 9. V – Prof. dr Milorad Todorović: *Pravo i pravda: jedan psihoanalitički pogled*
 - 16. V – Prof. dr Zdravko Grebo: *Pravo, pravda i religija iz judaističke i islamske perspektive*
 - 23. V – Sudija Spomenka Zarić: *Da li Zakon o parničnom postupku omogućava ostvarivanje prava i dostizanje pravde?*
- Prof. dr Ana Dimiškovska: *Između prava i (ne)pravde: strategijsko manevrisanje u pravnoj argumentaciji i justifikaciji* (15.20–17.00)

Prof. dr Danilo Basta
Prof. dr Jasminka Hasanbegović

Taj prvi, za letnji semestar 2012. godine planirani kurs predavanja iz Prava i pravde ispao je ipak nesuđeni prvi kurs. Zašto? Zato što su u njegovom okviru održana samo dva, a može se reći i: samo jedno, prvo planirano predavanje, ono profesora Baste – *Pravednost kao vrlina (sudije)*. Bilo je izuzetno posećeno. Amfiteatar

je bio prepun slušalaca, ali ne studenata, već kolega, jer je predavanje bilo posebno najavljeno kao odstupno predavanje profesora Baste, pred njegov odlazak u penziju.

To predavanje je trebalo potom, zajedno s ostalima, da bude uvršćeno u zbornik *Pravo i pravda 2012*. Međutim, taj kurs je propao i (p)ostao nesuđeni prvi kurs te stoga nema ni zbornika *Pravo i pravda 2012*. Predavanje pak profesora Baste *Pravednost kao vrlina (sudije)* objavljeno je u *Hrestomatiji*, i to kao prvi tekst u njoj, pre Aristotelovog, ne bi li se bar malo, na neki način, ispravila nepravda prema onome ko nam je učinio najveću akademsku čast da svojim predavanjem započne nastavu na novouvedenom predmetu, ali i ne bi li se oni koji stasavaju u akademskom životu i karijerama ubuduće opomenuli šta treba i šta ne treba činiti.

Drugo planirano predavanje, *Pravo i pravda u partijskoj državi*, profesor dr Budimir Košutić je održao pred auditorijumom koji je činilo tek nekoliko osoba, uračunavši i predmetne i druge nastavnike, dok studenata skoro da i nije bilo. To je bio nesumnjiv znak da se nešto desilo, da nešto nije u redu.

Kako je došlo do toga da se ostala predavanja kursa iz 2012. godine ne održe? Posle predavanja profesora Baste, dekan prof. dr Mirko Vasiljević je, prvo, propisao pravilo prelaznog režima studija, važeće samo za tu godinu, da se studentima koji su ranije optirali za Politički sistem priznaje kao da su slušali predavanja iz Prava i pravde, a da oni koji žele da slušaju predavanja iz Prava i pravde moraju o tome pismeno da se izjasne potpisanom izjavom da bi se, ako bude dovoljno potpisanih, predavanja mogla držati. I drugo, profesor Vasiljević je dan-dva uoči planiranog termina (14. mart 2012) otkazao svoje predavanje *Pravo, pravda i privreda*, koje je – kao i sva ostala predavanja na prvom kursu – mnogo ranije bilo dogovoreno. Time je definitivno propao planrani prvi kurs predavanja iz Prava i pravde 2012. godine i (p)ostao nesuđeni prvi kurs.

Prvi kurs predavanja iz *Prava i pravde* održan je, dakle, godinu dana kasnije, u letnjem semestru 2013. Plan tog kursa bio je sledeći:

TEORIJSKO-PРАВNA NASTAVNA GRUPA
TREĆA GODINA STUDIJA
LETNJI SEMESTAR 2013.
AMFITEATAR IV („Toma Živanović“) SREDOM 13.30–15.10
PLAN PREDAVANJA NA PREDMETU
PRAVO I PRAVDA

- 27. II – Uvodni čas: Plan i način rada
- 6. III – Prof. dr Sima Avramović: *Gnome dikaiotote – Pravda i pravičnost u atinskoj sudnici*
- 13. III – Prof. dr Kenneth Einar Himma: *If You are Not in Prison, You Just Got Lucky: Luck, Culpability, and the Retributivist Justifications of Punishment – Ako niste u zatvoru, posrećilo vam se: Sreća, krivica i retributivističko opravdavanje kazne*

- 20. III – Sudija Vida Petrović Škero: *Pravo i pravda kao moći i hteti*
- 27. III – Prof. dr dr h.c. mult. Bernd Schünemann: *Zur Kritik der Radbruchschen Formel – Prilog kritici Radbruhove formule*
- 17. IV – Prof. dr Budimir Košutić: *Pravo i pravda u partijskoj državi*
- 24. IV – Prof. dr Milorad Todorović: *Pravo i pravda: jedan psihoanalitički pogled*
- 8. V – Prof. dr Dragan Mitrović: *Pravo, pravda i milosrđe u dramama Vilijsma Šekspira*
- 15. V – Sudija Dragana Boljević: *Strah i pravda u sudnicama Srbije i Evrope*
- 22. V – Prof. dr Radmila Vasić: *Pomilovanje kao institut korektivne pravde*

Prof. dr Danilo Basta
Prof. dr Jasminka Hasanbegović

Kada se uporede ova dva plana (za 2012. i 2013), uočava se da nisu isti. Naime, premda su svi predavači predviđeni planom za 2012. godinu pozvani opet da svoja predavanja održe 2013, petoro njih (prof. dr Mirko Vasiljević, prof. dr Žarko Puhovski, prof. dr Zdravko Grebo, sudija Spomenka Zarić i prof. dr Ana Dimiškovska) nije moglo da se odazove ponovljenom pozivu, pa se u planu za 2013. našlo šestoro predviđenih prethodne godine (sudija Vida Petrović Škero, prof. dr Budimir Košutić, prof. dr Milorad Todorović, prof. dr Dragan Mitrović, sudija Dragana Boljević i prof. dr Radmila Vasić) i trojica novopozvanih (prof. dr Sima Avramović, prof. dr Kenet Ejnar Hima /Kenneth Einar Himma/ i prof. dr dr h.k.mult. Bernt Šineman /Bernd Schünemann/), koji su takođe veoma doprineli da se od početka na Pravu i pravdi postavi zavidan nivo predavanja (po stručnosti, zanimljivosti, aktualnosti ili trajnoj značajnosti teme i dr.). O tome se čitalac može osvedočiti uvidom u ovaj zbornik, *Pravo i pravda 2013*, u kome se nalaze autorizovani tekstovi predavanja, kao i uvidom u kratka predstavljanja autorā u ovom, drugom izdanju zbornika, koja slede.

Sima Avramović je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i dekan od 2012. g. Tu je diplomirao 1973, a onda je 1977. s odlikom odbranio magistarski rad *Rano grčko pravo i Gortinski zakonik*. Potom je tu i doktorirao 1981. disertacijom *Evolucija slobode testiranja u antičkom grčkom pravu*. Objavio je preko sto radova, a njegove najznačajnije knjige su *Isejevo sudsko besedništvo i atinsko pravo* (Beograd 1988), za koju je 1990. dobio je nagradu *Premio Romanistico Internazionale Gerard Boulvert*, zatim i knjige *Ars rhetorica – veština besedništva* (Beograd 2002) i *Uporedna pravna tradicija* (Beograd 2006). Bio je glavni urednik *Analisa Pravnog fakulteta u Beogradu*. Usavršavao se u okviru Fulbrajtovog programa na Univerzitetu u Merilendu, kao i u Atini u okviru *Onassis Public Benefit Foundation*.

Kenet Ajnar Hima (Kenneth Einar Himma) vanredni je profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta u Vašingtonu (koji je prema istraživanju koje je 2006. proveo *Newsweek International* bio na 22. mestu na listi najboljih univerziteta na svetu)

i Univerziteta Sijetl Pacifik. Bio je gostujući profesor na mnogim univerzitetima u SAD, Meksiku, Kanadi, Ekvadoru, Kolumbiji, Brazilu, Srbiji, Nemačkoj, Holandiji, Švedskoj, Španiji, Indiji, Kini, Tajlandu, Australiji, Sloveniji, Italiji, Grčkoj, Turskoj, Južnoj Africi i Centralnoafričkoj Republici. Stalni je gostujući profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i Tomskog državnog univerziteta (Rusija). Volontirao kao profesor u okviru programa univerzitetskog obrazovanja zatvorskih kažnjnika. Objavio je preko šezdeset radova (knjiga i članaka), od kojih su neki prevedeni na turski, kineski, španski, portugalski, ruski i srpski.

Vida Petrović-Škero je sudija Vrhovnog kasacionog suda. Diplomirala je 1974. na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, kao jedan od najboljih studenata svoje generacije, i upisala postdiplomске studije teorijsko-pravnog smera. Položila je pravosudni ispit 1976. Radila je najpre kao pravni zastupnik u Gradskom stambenom preduzeću u Beogradu, pa u Drugom opštinskom sudu u Beogradu kao pripravnik od 1975, kao sudija od 1978, a od 1992. i kao šef parničnog odeljenja. Potom je od 1995. radila u Okružnom sudu u Beogradu. Godine 2000. razrešena je sudijske dužnosti, zajedno s grupom od 13 uglednih sudija, zbog zalaganja za nezavisnost pravosuđa, pa je 2000–2001. radila kao advokat u Beogradu. Godine 2001. izabrana je za predsednika Okružnog suda u Beogradu. Od 2002. do 2014. je sudija Vrhovnog odnosno Vrhovnog kasacionog suda Srbije, a od 2005. do 2009. i predsednica tog suda. Neprestano se, tokom celog radnog veka stručno usavršavala u zemlji i u inostranstvu. Radila je na izradi nacрта mnogih zakona. Napisala je preko 30 stručnih radova (knjiga, komentara i članaka). Učestvovala na mnogim stručnim i naučnim skupovima u zemlji i inostranstvu. Predavala je na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu i Pravnom fakultetu Univerziteta „Union“ u Beogradu. Bila je osnivač Beogradskog društva sudija (1992) i Društva sudija Srbije (1996) i njegov predsednik 1999–2000. Godine 2014. dobila je OEBS-ovu nagradu *Ličnost godine* za svoju posvećenost nezavisnosti pravosuđa.

Bernt Šineman (Bernd Schünemann) redovni je profesor Pravnog fakulteta „Ludvig Maksimilijan“ univerziteta u Minhenu. Istaknuti je nemački pravni naučnik i pravni filozof. Studirao je prava u Getingenu, Berlinu i Hamburgu i diplomirao 1967, položivši prvi pravnički državni ispit. Doktorirao je 1971. kod Klausa Roksina (najvećeg nemačkog i svetskog krivičara druge polovine 20. veka i počasnog doktora nauka, uz ostalih čak 20 univerziteta, i Univerziteta u Beogradu od 2008). Iste godine kad je doktorirao (1971), položio je i drugi pravnički državni ispit i postao Roksinov asistent najpre u Getingenu pa u Minhenu, gde je habilitacijom 1975. postao docent za krivično pravo, krivičnoprocesno pravo i filozofiju prava, a iste godine i naučni savetnik i profesor Univerziteta u Bonu, potom u Manhajmu, pa u Frajburgu, da bi 1989/90. postao šef katedre za krivično pravo, krivičnoprocesno pravo, sociologiju prava i filozofiju prava i direktor Instituta za sve krivičnopravne nauke, filozofiju prava i pravnu informatiku na Pravnom fakultetu „Ludvig Maksimilijan“ univerziteta u Minhenu. Tu je 1994. osnovao Institut za advokatsko pravo i od 1995. bio direktor tog instituta. Bio je dekan Pravnog fakulteta 1998–1999. Delao je kao pravni savetnik kako u ime nemačkog Udruženja pravника, tako i u ime Saveznog nemačkog parlamenta. Predavao je u celom svetu i bio zakonodavni savetnik u mnogim evropskim, istočnoazijskim i latinoameričkim zemljama, za šta mu je sedam univerziteta dodelilo počasne doktorate: Mongolski državni univerzitet u

Ulan Batoru, Univerzitet u Saragosi (Španija), „Hoze Karlos Marijategui“ univerzitet u Mokegui (Peru), Gruzijski državni univerzitet u Tbilisiju tj. Tiflisu, Univerzitet „Sveti Avgustin“ (Peru), Državni Čengči univerzitet u Taipeju (Tajvan) i Univerzitet u Peking (Kina). Šinemanovo pisano delo obuhvata preko 30 monografija (od kojih je neke priredio) i brojne članke (oko 300) u nemačkim (preko 170) i međunarodnim časopisima (preko 120). Svoje odstupno predavanje (tj. poslednje predavanje pre odlaska u penziju 31. marta 2013) prof. Šineman je održao u okviru kursa Pravo i pravda 27. marta 2013. na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu. Potom je na svom Univerzitetu izabran za emeritusa.

Budimir Košutić je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, koji je tu bio aktivan do 2009. godine, a potom na Pravnom fakultetu Univerziteta Donja Gorica u Podgorici. Na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu diplomirao je 1964. i odmah upisao poslediplomske studije građanskopravnog smera. Po pozivu prof. dr Radomira D. Lukića, prešao je na teorijskopravni smer i izabran za asistenta za Uvod u pravo 1966, a izradio 1968. i odbranio 1970. magistarsku tezu *Pojam i oblici pravne odgovornosti*. Doktorsku disertaciju *Sudska presuda kao izvor prava* izradio je 1972. i odbranio 1973. Izabran je za docenta 1975, za vanrednog profesora 1979, a za redovnog profesora 1985. Bio je potpredsednik Vlade Srbije 1991–1993. i kasnije ambasador u Izraelu. Zatim se vratio svojoj osnovnoj vokaciji – akademskom i naučnom radu. Objavio je dvadesetak udžbenika i monografija i veliki broj članaka i rasprava na srpskom i svetskim jezicima (engleskom, francuskom i nemačkom), među kojima su, pored magistarske i doktorske teze, najznačajniji: *Pojam odgovornosti – s posebnim osvrtom na političkopravnu odgovornost*, 1970; *Izvori prava u pravnom sistemu SFRJ* (koautorski rad s prof. Borislavom T. Blagojevićem, objavljen na engleskom i francuskom), 1985; *Kolektivni pregovori, pravo na štrajk i lock out u savremenim kapitalističkim državama*, 1986; *Uvod u velike pravne sisteme današnjice*, 2002; *Uvod u pravo* (koautor s akademikom Radomirom D. Lukićem), poslednje izdanje 2006; *Uvod u evropsko pravo*, 2006. i dr. Držao je veliki broj predavanja po pozivu na univerzitetima u zapadnoj Evropi, Vašingtonu i Moskvi.

Milorad Todorović je psihoterapeut i vanredni profesor na Odseku za psihologiju Filozofskog fakulteta Univerziteta u Prištini s privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici. Diplomirao je psihologiju na Univerzitetu u Beogradu, a do raspada Jugoslavije živeo je i radio u Sarajevu, gde je položio stručni ispit iz kliničke psihologije i magistrirao i doktorirao na sarajevskom Univerzitetu. Autor je više stručnih knjiga: *Psihoterapija*, 2009, *Uvod u psihologiju kao nauku i struku*, 2011, *Psihologija u prostoru umetničkog stvaralaštva*, 2012, *Razvojna psihopatologija*, 2013, *Psihologija i rad*, 2015, kao i više desetina članaka i priloga u stručnim časopisima i zbornicima.

Dragan Mitrović je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, na kome je diplomirao 1976, magistrirao 1982. i doktorirao 1987, a izabran za asistenta pripravnika 1978, za docenta 1990, vanrednog profesora 1995. i redovnog profesora 2000. godine. Pisac je oko dvesta naučnih radova iz teorije i filozofije prava.

Dragana Boljević je sudija Apelacionog suda u Beogradu. Diplomirala je 1982. na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu (na teorijsko-pravnom smeru) s posećnom ocenom 9,20, kao jedan od najboljih studenata svoje generacije. Pravosudni ispit položila je s odlikom 1985. Od 1984. sudijski je pripravnik u Petom opštinskom sudu u Beogradu, od 1986. stručni saradnik i od 1988. sudija u istom sudu. Bila je

nadzorni sudija za obuku sudijskih pripravnika 1996–2001, rukovodilac građanskog odeljenja 1997–2001. i predsednica Izvršno-prigovornog veća 2000–2001.g. Od 2001. do 2009. bila je sudija Okružnog suda u Beogradu. Prilikom „čuvenog“ opšteg (re)izbora 2009. nije reizabrana za sudiju – bez obrazloženja (kao, uostalom, i sve ostale sudije). Od 2012. sudija je Višeg suda u Beogradu, a od 2013. sudija Apelacionog suda u Beogradu. Bila je predsednica Odeljenja Društva sudija u Beogradu (od osnivanja 2003. do 2007) i predsednica je Društva sudija Srbije (od 2006, reizabrana 2011. i 2015). Od 2011. je generalni sekretar i član Izvršnog biroa MEDEL-a (Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés – *Evropskog udruženja sudija i tužilaca za demokratiju i slobode*, s 25 udruženja sudija i tužilaca iz 13 evropskih država). Bila je član Građanske sekcije Pravosudnog centra (2006–2009), gde je izradila program obuke „Etika sudija“, zatim član ili predsednik mnogih radnih grupa u komisijama za reformu pravosuđa, izradu nacrtu zakona, posebno zakona o pravosuđu (2006–2007). Koautorka je knjiga *EU Approach to Justice Reform in Southeastern and Eastern Europe*, CRPE – Romanian Center for European Policies, Bucharest, 2011. i *Vrednovanje rada sudija*, Društvo sudija Srbije, Beograd, 2007. Autorka je i dvadesetak članaka i stručnih radova o ustavno-pravnom položaju i organizaciji sudstva, o upravljanju sudskim sistemom, o međunarodnim pravosudnim instrumentima i standardima, i dr. Bila je učesnik je i organizator brojnih seminara, treninga, domaćih i međunarodnih konferencija o pravosudnim temama, posebno onim vezanim za nezavisnost sudstva i Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Dobitnica je priznanja OEBS-a *Ličnost godine* 2007. u oblasti vladavine prava, priznanja *Najevropljanin* za 2011. za doprinos razvoju odnosa Srbije i EU u kulturi političkog dijaloga i priznanja Lige eksperata *Leks Vitez poziva* 2013. Neprestano se stručno usavršavala a i poučavala druge u okviru postdiplomskih studija, na raznim studijskim boravcima i kursevima u zemlji i inostranstvu, slušajući i držeći predavanja na srpskom, engleskom i francuskom.

Danilo Basta je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, na kome je diplomirao 1968. Studirao je i filozofiju na Filozofskom fakultetu istog univerziteta. Godine 1970. izabran je za asistenta na Istoriji političkih teorija kod profesora Mihaila Đurića. Magistrirao je 1973. na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu odbranivši rad *Poreklo i svrha države u Kantovoj političkoj filozofiji*. Doktorirao je 1978. na Filozofskom fakultetu Univerziteta u Beogradu odbranivši disertaciju *Johan Gotlib Fihte i Francuska revolucija*. Zbog potpisivanja peticije kojom je traženo pomicanje profesora Mihaila Đurića bio je isključen iz nastave deset godina (1973–1984) i premešten u Institut za pravne i društvene nauke Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Kao stipendista nemačke Fondacije „Aleksander fon Humbolt“ dva puta je boravio u Nemačkoj: 1976/77. na Univerzitetu u Kelnu kod profesora Karl-Hajнца Folkman-Šluka (Karl-Heinz Volkmann-Schluck) i 1984. na Univerzitetu „Johanes Gutenberg“ u Majncu kod profesora Riharda Vizera (Richard Wisser). Od 1985. godine redovno je učestvovao u izvođenju nastave na postdiplomskim kursevima u okviru Inter-University Center of Postgraduate Studies u Dubrovniku. Bio je urednik časopisa „Gledišta“ i „Theoria“, član redakcije „Nolitove“ biblioteke „Nomos“, glavni urednik „Anala Pravnog fakulteta u Beogradu“. Sada je glavni urednik edicije „Parerga“ u izdavačkoj kući „Dosije“ i glavni i odgovorni urednik biblioteke „Politika i druš-

tvo“. Učestvovao je kao referent na mnogim simpozijumima u zemlji i inostranstvu. Za dopisnog člana SANU izabran je 2003, a za redovnog 2012. Od njegovih radova monografskog karaktera treba pomenuti: *Poreklo i svrha države u Kantovoj političkoj filozofiji*, „Filozofske studije“, 1973, 71–138; *Johan Gotlib Fihte i Francuska revolucija – Ispunjenje novovekovnog prirodnog prava u Fihteovoj ranoj političkoj filozofiji*, Beograd, 1980; *Pravo pod okriljem utopije – Ernst Bloh i tradicija prirodnog prava*, Beograd, 1988; *Pravo i sloboda – O perspektivi slobode u stranoj i našoj pravnoj filozofiji*, Novi Sad, 1994; *Neodoljiva privlačnost istorije*, Beograd, 1999; *Večni mir i carstvo slobode – Ogledi o Kantovoj i Fihteovoj praktičkoj filozofiji*, Beograd, 2001; *Pet likova Slobodana Jovanovića*, Beograd, 2003; *Nad prepiskom Martina Hajdegera – Jedan vid epistolarne filozofije*, u dve knjige, Beograd, 2012; *Prust i violina u Zabeli – O Mihailu Đuriću povodom petogodišnjice njegovog upokojenja (2011–2016)*, Beograd, 2016. Pored toga, objavio je i niz članaka, od kojih neke u inostranim časopisima i godišnjacima (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Rechtstheorie, Bloch-Archiv i dr.). Njemu ovdašnja kultura duguje mnoge prevode na srpski jezik, među kojima, pre svih, Kanta, Fih-tea, Šelinga, Fivega, Henisa, A. Šmita, Markuzea, Kelzena, Laska, Ničea, A. Kaufmana, K. Šmita, K. Jaspersa, E. Kasirera i dr. Dobitnik je nagrade Fonda „Miodrag Jovićić“ za 2003, kao i nagrade „Nikola Milošević“ 2013. godine.

Radmila Vasić je redovna profesorka Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, na kome je na predlog profesora Radomira D. Lukića izabrana za asistentu 1975. Bila je angažovana i na Fakultetu političkih nauka Univerziteta u Beogradu, u Alternativnoj akademskoj obrazovnoj mreži i Beogradskoj otvorenoj školi, na Diplomatskoj akademiji Ministarstva inostranih poslova, na specijalističkim studijama Univerziteta u Beogradu i na drugim stručnim kursovima. Bila je izvršna direktorka Centra za unapređivanje pravnih studija (1999–2003), član Saveta za borbu protiv korupcije (2003–2009), član Komisije za društvene nauke Ministarstva nauke i zaštite životne sredine (2004–2006), član prvog saziva Odbora Agencije za borbu protiv korupcije (2009–2013), predsednica Komisije za pomilovanje Predsednika Republike Srbije (2005–2012). Član je više stručnih udruženja. Autor je knjige *Pravna država i tranzicija – Teorijski model i kontekstualno uslovljavanje* (2004) i većeg broja članaka, priloga i poglavlja u knjigama.

Kada se uporedi plan predavanja za 2013. godinu sa sadržajem prvog zbornika *Pravo i pravda 2013*, primećuje se da Zbornik sadrži jedno predavanje više. To je, naime, tekst profesora Danila Baste *Mladim pravoslavima saveti i poruke: Filozofskopravne kristalizacije*, koji je njegova pristupna beseda u Srpskoj akademiji nauka i umetnosti, izgovorena baš u sredu 22. maja 2013. Slučaj, sudbina, Svevišnji, sile kosmičke ili neke druge (već u zavisnosti od pogleda na svet) – tek, tako se slučajilo, pa je profesorka Radmila Vasić ljubazno ustupila svoj termin profesoru Basti da bi studenti dobili priliku da ga čuju, a ona je svoje, završno predavanje na prvom kursu iz Prava i pravde pomerila za četvrtak 23. maj 2013. Tako je prvobitni plan predavanja proširen na najlepši mogući način, a tako je i obogaćen zbornik autorizovanih predavanja prvoga kursa *Pravo i pravda 2013*, koji je u svom drugom, sada latiničnom izdanju pred vama, poštovani čitaoci.

Dr Sima Avramović,
redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Beogradu

GNOME DIKAIOTATE – PRAVO, PRAVDA I PRAVIČNOST U ATINSKOJ SUDNICI

Stara Grčka – a pogotovo atinski polis – rodno je mesto prvih, umnogome neprevaziđenih filozofskopravnih promišljanja o pravdi i pravičnosti, kao i uostalom danas najpoželjnijeg političkog uređenja – demokratije. O pravdi i pravičnosti i njihovom razumevanju u antičkom polisu ispisane su nebrojene knjige, u kojima su postavljeni temelji savremenog razumevanja tih fundamentalnih pojmova, najčešće uz oslonac na nezaobilazna Aristotelova razmišljanja u čuvenoj petoj knjizi *Nikomahove etike*. No, mnogo manje radova ima o atinskom pravu, koje je bilo kolevka iz koje su pojmovi pravde i pravičnosti izrastali i koje je uticalo na njihovo uobličavanje i kod grčkih filozofa. Razlog je jasan: izvora za izučavanje grčkog prava ostalo je znatno manje nego što je to slučaj s rimskim pravom, a oni po broju pogotovo zaostaju za sačuvanim radovima grčkih filozofa koji su između ostalog nastojali da odrede i pojam pravde. Jer, za razliku od Rimljana, Grci, pa i Atinjani, uopšte se nisu interesovali za praktičnu jurisprudenciju. Oni nisu imali školovane pravnike i nisu razvili poput Rimljana *pravnu nauku* koja razmatra pojedinačna životna pravna pitanja, koju prevashodno interesuje primena prava, koja stvara pravne škole mišljenja, udžbenike prava i preduzima kodifikacije. Grke su više zanimali dublji slojevi, filozofskopravni aspekti prava, pravde i pravičnosti, tako da su oni, sledstveno tome, iznedrili *filozofiju prava*.

1. JEZIČKA I POJMOVNA RAZGRANIČENJA

O terminologiji koja se upotrebljava u grčkom jeziku za označavanje pojmova prava, a naročito pravde (pravednosti) i pravičnosti vode se do danas duge i bezobalne leksičke, pa i filozofske rasprave. Nije ni čudo, jer starogrčki jezik sadrži konglomerat sinonima kojima se označavaju pomenuti pojmovi, a opet svaki od tih sinonima je istovremeno homonim za mnoštvo drugih značenja. Zato je skoro nemoguće čak samo navesti nosioce pojedinih shvatanja, a kamoli detalje njihovih opredeljenja u kontroverzama o relacijama među brojnim srodnim terminima, kao što su *nomos*, *dike*, *eudikia*, *dikaioyne*, *dikaiotes*, a pogotovo o njihovom odnosu

s pojmom (i boginjom) *themis*. Imajući u vidu potrebe ovog teksta, ovde je neophodno ograničiti se samo na ono što je u pogledu te specifične grčke terminologije relativno nesporno.

1.1. *Nomos* – i pravo i zakon

Reč *nomos* je u jeziku starih Grka bila izuzetno polivalentna i označavala je mnoštvo različitih pojmova. Između ostalog, ona služi i kao homonim kako za pravo, tako i za zakon, slično anglosaksonskom terminu *law*. Otud se kod nas *nomos* prevodi kao običaj, odredba, red, *pravo*, *zakon*, propis, načelo, mišljenje.¹ S obzirom na činjenicu da su starogrčki i moderni engleski jezik podudarni u pogledu korišćenja istog termina za pravo i zakon, broj ponuđenih prevoda za reč *nomos* u engleskim rečnicima je nešto manji.² On stoga predstavlja noćnu moru za prevodioca, pogotovo u jezicima koji prave razliku između prava i zakona, kao što je naš. O tom terminu su vođene nebrojene rasprave, počev od toga kada se on javlja, sve do njegovog značenja.³ Dodatni problem leži u tome što se i u samoj Atini pojam *nomos* izdiferencirao tako da prvenstveno označava pisani zakon tek u V veku pre n.e. Tada se iskristalisalo i razlikovanje skupštinskih propisa pod nazivom *nomos* i *psephisma*, tako što su prvi imali stalno i opšte važenje, dok su se drugi odnosili na pojedince ili na određene konkretne situacije.

Najvažnija dela koja detaljno izučavaju upotrebu ovog termina slažu se u osnovi da su, kako to definiše Ostwald, konotacije pojma *nomos* toliko brojne i difuzne da ih je teško svesti na jedan ili dva ekvivalenta, kao što su *law* i *custom* u modernim jezicima.⁴ Utoliko je teže razumeti i pravilno prevoditi reč *nomos* iz grčkih izvora

- 1 Oton Gorski, Niko Majnarić, *Grčko-hrvatski rječnik*, Zagreb 1960, 382. Uostalom, polivalentnost reči *nomos* jasno dolazi do izražaja kada se taj pojam stavlja u kontrapoziciju s pojmom *physis*, kao kod sofista, gde je *nomos* savim jasno shvaćen kao pravo, običaj, tradicija, a ne samo kao zakon.
- 2 U referentnom engleskom rečniku grčkog jezika H. G. Liddel, R. Scott, *A Greek English Lexicon*, Oxford 1869, kao i u svim njegovim kasnijim izdanjima, *nomos* se prevodi kao *a usage, custom, a law, ordinance*. Zanimljivo je da se u ovom rečniku kao mogući prevod ne nudi i reč *statute*, koja označava upravo zakon, mada ona takođe sasvim odgovara svom grčkom ekvivalentu.
- 3 Termin *nomos* je u klasičnom značenju nepoznat Homeru. Javlja se kod Hesioda u *Poslovima i danima*, 276–280, gde se govori da je Zevs uveo ljudima *nomos* da oni, za razliku od životinja koje živeći bez *dike* (pravde, v. niže) proždiru jedna drugu, on ljudima daje *dike*, jer se ona pokazuje kao najbolja od svega (*pollon ariste*), Hesiod, *Works and Days* (ed. T. A. Sinclair), Hildesheim 1966, 31. Dakle, ovde reč *nomos* očigledno ima šire značenje - *pravda*, a ne označava zakon. Tako ga prevodi i Višić u Hesiod, *Poslovi i dani* (prev. M. Višić), Beograd 2006.
- 4 Navodimo samo najznačajniji obimniji rad o ovoj temi: Martin Ostwald, *Nomos and the Beginnings of the Athenian Democracy*, Oxford 1969. Ovde treba dodati da grčka terminologija poznaje i pojam *thesmos*, koji je bliži užem značenju *zakona*. Ipak, njemu ne odgovara u potpunosti, bar iz dva razloga. Prvi je pravni (pre svega zbog procedure po kojoj se donosio, a naročito zbog njegove pravne prirode, jer prvenstveno reguliše pojedinačna pitanja, te nema karakter opšteg pravnog akta). Drugi je hronološki, tj. zbog promene značenja ove reči od Drakona i Solona do V i IV veka pre n.e., kada se ovaj pojam široko koristio u atinskom pravu i izvorima. Na naš jezik ovaj termin pomenuti rečnik prevodi kao „ustanova, uredba, zakon, običaj, propis“ (O. Gorski, N. Majnarić, 262), ali bi tome pravnici mogli dodati i prevode kao što su odluka, dekret. Suštinska razlika je u tome što, kao što je pomenuto, *thesmos* u IV veku pre n.e. označava pravni akt pojedinačnog, a ne opšteg karaktera. Ostwald posvećuje najveći deo svoje knjige razgraničavanju

na naš jezik. Pogotovo prevodiocu koji nije pravnik (ali i samim pravnicima) ne može uvek biti sasvim jasno kada se *nomos* upotrebljava u značenju: *pravo*, a kada u značenju: *zakon*. Zbog toga se u našim prevodima grčkih pisaca često sreću ozbiljna nerazumevanja i propusti prilikom pokušaja da se ovi esencijalno pravni koncepti približe ovom govornom području. Taj problem će postojati i u završnom poglavlju ovog rada, u kome će se analizirati pozivanje stranaka u sudskom postupku na pravičnost, tačnije na osećaj najpravičnijeg (*gnome dikaiotote*), kao pandan primeni prava ili zakona. O svemu tome će se raspravljati tek po uvidu u jedan broj izvornih tekstova u kojima stranke suprotstavljaju pravo (zakon) i pravičnost.

1.2. Dike – pravda

Dike je reč koja se, za razliku od reči *nomos*, javlja već kod Homera u opštem značenju *pravde*,⁵ ali ne i kao boginja pravde Dike, koju će prvi pomenuti Hesiod. No, i ta reč je višeznačna, tako da i ona obeležava mnoge srodne, ali i suštinski veoma različite pojmove. Najpre, ona se koristi za samu boginju pravde – *Dike*, ćerku Zeusa i Temide, zaštitnicu prava i sudova. Ako neki sudija povredi pravdu, prema grčkoj mitologiji zabeleženoj kod Hesioda,⁶ boginja Dike ga odmah prijavljuje Zeusu, koji takvog sudiju kažnjava. Njene sestre su *Eunomia* (zakonitost) i *Eirene* (mir), a njena ćerka, kao njeno ishodište u životu ljudi, jeste *Hesychia* (spokojstvo). Dike nije samo kažnjavala one koji počinu nepravdu, poput osvetnica Erinija (s kojima se često povezuje u grčkoj tragediji, naročito kod Sofokla i Euripida), nego je i nagrađivala vrlinu, a bila je i zaštitnica poštenog suđenja.⁷ Dike je ćerka starije boginje, Temide, što na naročit način određuje kompleksan i još uvek ne do kraja protumačen odnos pravnih pojmova *dike* i *themis*.⁸ Zbog toga detaljna rasprava o karakteru i relacijama između tih termina ovde mora ostati po strani.

pojmovu *nomos* i *thesmos* u značenju *zakon*, što je centralni cilj njegovog istraživanja. Pri tom on stavlja u drugi plan alternativno osnovno značenje reči *nomos*, kada se ta reč odnosi na pojam *pravo*, kao sistem važećih normi (nezavisno od njihovog izvora, tj. bilo da su one božanske, običajne, donete od strane pojedinca – zakonodavca ili društva kao celine, od kolektivnog tela, skupštine, bilo nekog drugog „materijalnog izvora“).

- 5 Homer, *Ilijada*, XVI 542. Istu reč u čuvenoj sceni suđenja s Ahilovog štita Homer koristi u značenju presude, *Ilijada* XVIII 497–508. Više na našem jeziku vid. Lujo Margetić, „Pokušaj pravne interpretacije sudske scene na Ahilovom štitu“, *Zbornik radova izpravne istorije posvećen Albertu Vajsu*, Beograd 1966, 51–58.
- 6 Hesiod, *Theogonia*, 901.
- 7 *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology* (ed. William Smith), Boston 1867. Ovo klasično, antologijsko delo se do danas koristi kao izvor u skoro svim modernim rečnicima grčke mitologije, uključujući i najsavremenija internet izdanja. U našoj literaturi na njega su sasvim oslonjena i najpoznatija dela, poput: Aleksandar Zamurović, *Mitologija Grka i Rimljana*, I-II, Novi Sad 1936. i Dragoslav Srejšević, Aleksandrina Cermanović-Kuzmanović, *Rečnik grčke i rimske mitologije*, Beograd 1987.
- 8 Pojmovi *themis* i *dike*, kao i istoimene boginje Temida (majka) i Dike (ćerka), tesno su povezani. *Themis* (Uranova i Geina ćerka, druga Zevsova žena pored Here, koja oličava večite zakone koji vladaju u kosmosu) personifikuje „ono što je propisano“, „pranormu društva“, shvatanje o tome šta je pravo, običaj, koji proizlazi iz volje Zeusa. Najcelovitiju uporednu analizu ovih pojmova, neprevaziđenu do naših dana, pre više od jednog veka sačinio je Rudolph Hirzel, *Themis, Dike und Verwandtes. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsidee bei den Griechen*, Leipzig 1907, a nešto kasnije je svoj doprinos dao i Victor Ehrenberg, *Die Rechtsidee in frühen Griechentum*, Leipzig

Drugo, pisan malim početnim slovom, termin *dike* je prvenstveno označavao pravdu, i to je njegovo uobičajeno značenje. Ipak, ta ista reč može obeležavati i običaj, red, zakon, presudu, pa i samo suđenje, sudski spor.⁹ No, i kada se odnosi na pravdu, reč *dike* može označavati različite vrste pravde – božansku i ljudsku, religijsku i svetovnu, običajnu i zakonsku, komutativnu i distributivnu.

Najzad, treće, najčešće (mada ne i poslednje) značenje pojma *dike* odnosi se na posebnu vrstu tužbe, kojom se pokreće sudski postupak u slučajevima kada se štiti privatni interes, za razliku od tužbe *graphe*, koja se obično – mada suviše simplifikovano – naziva „javna tužba“. Premda je ovakva pojednostavljena podela na „javno“ i „privatno“ pogrešna utoliko što se današnja shvatanja o tim pojmovima prenose u staru Grčku,¹⁰ ona se ipak prilično odomaćila u literaturi. Koliko nerazumevanja može izazvati upotreba ovih pojmova u savremenom značenju, neka ilustruje samo par primera: postupak za ubistvo ili za silovanje pokreće se tužbom *dike* (dakle, onom koja se naziva „privatnom“), a npr. postupak za osporavanje neodgovornog raspolaganja za slučaj smrti ili zbog neurednog ispunjavanja muževljevih bračnih dužnosti prema epikleri započinje se „javnom“ tužbom *graphe*, iako su to slučajevi koji prema savremenim shvatanjima spadaju u privatnu sferu *par excellence*.

Ipak, i pored sve ove višeznačnosti, kada se u grčkim, pogotovo nepravim izvorima pročitava reč *dike*, ona prvo izaziva asocijaciju na pojam *pravde*,¹¹ mada naravno ona označava i samu parnicu, sudski postupak.

1.3. *Dikaioisyne* – pravda i pravičnost

Drugi srodan i etimološki sasvim blizak pojam jeste *dikaioisyne* – pravda (koji na prvi pogled deluje kao sinonim za *dike*), ali označava i pravičnost. Ova reč se odomaćila znatno kasnije, tek kod Platona, premda je bila poznata i kod Herodota.¹² Problem je u tome što je i ova imenica imala više značenja tako da se odnosila i na „pravdu“, „zakonitost“, pa čak na „pravosuđe“ ili „poštenje“. ¹³ Drugim rečima, *dikaioisyne* može označavati kako pravdu uopšte, tako i „primenjenu pravdu“, pravdu u pojedinačnom slučaju – tj. pravičnost.¹⁴ Doduše, za pravičnost, prvenstveno

1921. Vid. i Sima Avramović, *Rano grčko pravo i Gortinski zakonik*, Beograd 1977 (magistarska teza), 24–28, gde se *themis* tumači kao običaj koji proizlazi prevashodno iz religijskih shvatanja, koji izrastaju iz većeg broja odluka – presuda (*themistes*) gentilnih aristokratskih organa, pre svega kraljeva, koji se zadržavaju i u kasnijim vremenima. *Dike*, nasuprot tome, predstavlja odraz razvijenijeg i laiciziranog običajnog prava.

9 Michael Gagarin, „*Dike in the Works and Days*“, *Classical Philology* 2/1973, 81 smatra da Hesiod u tom svom delu reč *dike* koristi u značenju „pravo“, kao način za mirno rešavanje sporova. Ovaj rad nudi i preglednu analizu rasprava o etimologiji pomenute reči.

10 Za kritiku ovakvog klišeja, vid. detaljnije Sima Avramović, „O podeli na javno i privatno pravo u grčkim polisima“, *Analiza Pravnog fakulteta u Beogradu* 5/1982, 821–826.

11 Nasuprot tome, savremeni grčki jezik pod pojmom *dike* podrazumeva pre svega suđenje, parnicu, a pojam pravda najpribližnije određuje termin *dikaioisyne*, koji je u starogrčkom jeziku označavao i pravičnost.

12 Vid. više Željko Kaluđerović, „Razumevanje pravde u *Hrodotou Istoria*“, *Arche* 16/2011, 205–216. Autor ukazuje da se kod Herodota pojam *dikaioisyne* pominje čak na osam mesta.

13 To su prevodi koje nude O. Gorski, N. Majnarić, 144.

14 Sličnu razliku poznaje i latinski jezik, gde je *iustitia* pravda, a *aequitas* pravičnost. U engleskom je pravda *justice*, a pravičnost *equity*.

u filozofskim tekstovima, koristio se i termin *epieikeia*, ali je on u svakodnevnom govoru imao bitno drugačija značenja – pristojnost, čednost, obzir, blagost, pa tek na kraju i pravičnost.¹⁵ Ipak, *dikaio syne* je ubrzo postao jedan od najkorišćenijih termina u filozofiji, jer se počev od Platona pa nadalje postavljao u sam centar filozofskopravno orijentisanih razmišljanja.¹⁶ Van filozofije *dikaio syne* je, dakle, imala znatno brojnija i razuđenija značenja.

Dalja razrada odvela je već samog Platona, a pogotovo Aristotela u *Nikomahovoj etici* (u petoj knjizi) do kompleksnijih razmišljanja i zaključaka pri određivanju pojma *dikaio syne*. Bez namere da se ovde dalje analiziraju različita poimanja pravde (pravednosti) i pravičnosti,¹⁷ iz „nefilozofskih izvora“ proizlazi da je u svakodnevnom životu *dike* bio pojam koji su Grci ipak lakše prihvatili i češće koristili od manje im razumljivog pojma *dikaio syne*. U rečniku običnog čoveka, razlika u značenju ove dve reči usvajala se intuitivno, te prosečni građanin polisa bez retoričkog ili filozofskog obrazovanja tu razliku nije umeo da definiše. Po tome se, uostalom, pojmovi pravda, pravednost i pravičnost ni danas mnogo ne razlikuju u populaciji laika, kao ni u rečniku sudnice. Slično je bilo i u demokratskoj Atini.

1.4. Gnome dikaiotate – najpravičnije mišljenje ili osećaj najpravičnijeg?

U grčkom rečniku postoji još jedan izuzetan izraz odnosno pojam koji se tiče pravičnosti i koji se javlja samo u izvorima vezanim za sudstvo i sudski postupak. Taj izraz je sintagma od dve reči i glasi – *gnome dikaiotate* (ili *dikaiootate gnome*, kako se ponekad pojavljuje u izvorima). On bi se najjednostavnije mogao prevesti kao „najpravičnije mišljenje“,¹⁸ ali možda i kao „osećaj najpravičnijeg“, što ćemo pokušati ovde da sugerišemo.

I pored toga što je *gnome dikaiotate* tako zanimljiv i prilično jedinstven izraz (ne samo u antičkom grčkom rečniku), koji ne korespondira u potpunosti ni s pojmom pravde (*dike*) ni s pojmom pravičnosti (*dikaio syne*), mada ima identičnu etimološku osnovu, o *gnome dikaiotate* nećemo naći mnogo ispisanih redova u literaturi. Mogu se običi sve svetske biblioteke ili napraviti pretrage preko interneta, doći će se do jednog jedinog obimnijeg teksta o tom pojmu iz pera Arnalda Biskardija iz 1970. godine.¹⁹ Internet će pomoći utoliko što će ukazati i na atraktivan naslov rada jednog profesora na Univerzitetu u Sidneju, koji nije mnogo poznat u svetu grčkih

15 Upravo po tom redosledu O. Gorski, N. Majnarić, 208 ređaju značenja ove reči.

16 Više vid. Željko Kaluđerović, „Platonovo poimanje pravednosti“, *Arche* 13/2010, 49–71; isti, *Helensko poimanje pravde*, Sremski Karlovci – Novi Sad 2010, 189 i dalje.

17 U našoj literaturi važna zapažanja o shvatanju pravednog i pravičnog kod Grka ispisao je Mihailo Đurić, *Ideja prirodnog prava kod grčkih sofista*, Beograd 1958, 111–112 (reprint Mihailo Đurić, *Izabrani spisi I, Iz istorije antičke filozofije*, Beograd 1996, 351–352).

18 Upravo takvo značenje je prva asocijacija lingvista i nepravnik. Kada sam našem poznatom klasičnom filologu, piscu i prevodiocu Kseniji Maricki Gađanski pomenuo da pripremam tekst o *gnome dikaiotate*, ona je odmah to razumela kao „najpravičnije mišljenje“. No, čini nam se da je u rečniku prava i sudnice ovaj pojam imao nešto drugačiji prizvuk.

19 Arnaldo Biscardi, „Le 'Gnome Dikaiotate' et l'interprétation des lois dans la Grèce ancienne“, *Revue internationale des droits de l'antiquité* (RIDA), 17/1970. Biskardi je u tom radu uglavnom rezimirao dotadašnje usput izrečene stavove o *gnome dikaiotate* i izneo svoje stanovište o jedinom

pravnih historičara. Objavljen je u australijskom časopisu do koga je prilično teško doći, a u njemu se *gnome dikaiotate* razmatra u vezi s anglosaksonskim konceptom *equity*.²⁰ U novije vreme *gnome dikaiotate* nešto češće pominje u svojim člancima još i profesorka antičkog grčkog prava na Harvardu Andrijana Lani (koja je inače u svoj metod rada sa studentima uvela simulaciju sudskih sporova iz Atine i često ga naziva *Belgrade teaching method*). Ona *gnome dikaiotate* uglavnom pominje kao deo formule zakletve koju su polagale sudije porotnici u atinskoj helijeji, ali ga detaljnije ne analizira.²¹ Jedan broj pisaca pre nje izjašnjavao se samo o efektu koji je *gnome dikaiotate* mogao izazvati pri donošenju presude, i to po pravilu takođe bez detaljnijeg obrazloženja. Pojmom *gnome dikaiotate* bavi se još jedan broj uglednih autora, ali bez detaljnijeg istraživanja *značenja i prirode* tog koncepta, najčešće usputno, u kontekstu dikastičke formule. Jedino što ih obično interesuje jeste *posledica* – do koje mere je *gnome dikaiotate* moglo dovesti do odstupanja od zakona prilikom presuđivanja. Tako su se iskristalisala uglavnom dva osnovna oprečna stanovišta: prvo, da je na osnovu *gnome dikaiotate* presuda mogla biti doneta suprotno zakonu, i drugo, da se *gnome dikaiotate* koristilo samo kao supsidijerno sredstvo kada zakon nije bio jasan ili nije uopšte regulisao određenu situaciju.

2. GNOME DIKAIOTATE – ZNAČENJE I KORIŠĆENJE POJMA U SUDSKOM POSTUPKU

2.1. Etimološka osnova

Odmah treba istaći da se sintagma *gnome dikaiotate* ne prevodi i ne objašnjava u vodećim rečnicima grčkog jezika, mada je široko raširena praksa da se uobičajene sintagme objašnjavaju, pogotovo kada imaju neko veoma specifično značenje. Zbog toga se, u inače veoma oskudnoj literaturi, taj pojam neujednačeno tumači. U malom broju radova koji ga se dotiču susreću se njegovi različiti prevodi. Oni se uglavnom rukovode mestima kod Demostena (ali i drugih atinskih pisaca sudskih govora – logografa), na kojima stranke podsećaju porotnike da su položili zakletvu da treba da glasaju pravično.²² Biskardi ga prevodi kao *lopinion plus juste*, O' Nil kao *the most just opinion*, a Lani ga tumači kao *the best judgement*. Zbog razlika u prevođenju, neophodno je krenuti od etimološke podloge obe reči koje čine tu sintagmu, mada oba pristupa vode ka stanovištu da je taj pojam uporediv s anglosaksonskim principom „jednakosti“ (*equity*), na šta je odavno ukazao Vinogradof.

spornom pitanju koje se razmatralo u literaturi – da li je pravičnost u Atini mogla da nadjača zakon, o čemu će kasnije biti reči.

- 20 James O'Neil, „Was the Athenian *Gnome Dikaiotate* a Principle of Equity?“, *Antichthon* 35/2001, 20–29. On je autor i jedne knjige o političkom sistemu u staroj Grčkoj, James O'Neil, *The Origins and Development of Ancient Greek Democracy*, Lanham, MD 1995.
- 21 O tom novom metodu podučavanja grčkom pravu na Harvardu po ugledu na metod razvijen na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, vid. R. London, „The Nuts and Bolts of Ancient Law“, *Harvard Law Today*, January 2006, 8. U ovom tekstu ćemo pokušati da pokažemo da A. Lani greši kada na više mesta u svojim radovima bez obrazloženja *gnome dikaiotate* prevodi kao „najbolja presuda“ (*best judgement*), vid. *infra*.
- 22 Dem. 18.2; 20.118; 23.96; 24.149; 39.40. 53; Aeschines 3.6; Hyperides 4.40; Isaeus 11.6.

Gnome je imenica koja ima više značenja. Osnovna su dva: Prvo je „spoznanje, uviđanje, misao, *mišljenje*, mnjenje“ itd. Drugo, koje se potpuno ravnopravno javlja u izvorima, jeste „razum, razbor, *osećanje*“ itd.²³ Ostavimo po strani moguću zanimljivu etimološku vezu imenice *gnome* s glagolom *nomizo* („običavati, priznati kao običaj“, ali i „držati za što, smatrati, misliti“), pa otud i s imenicom *nomos* (vid. 1.1.). To može biti predmet posebne rasprave, koja dakako prvenstveno spada u nadležnost filologa, ali svakako otvara prostor za njeno višestruko razumevanje u zavisnosti od konteksta. A u slučaju sintagme *gnome dikaiotate*, kontekst u kome se reč *gnome* javlja jeste atinska sudnica sa svim svojim brojnim specifičnostima, pre svega s porotnim laičkim suđenjem. Otud i razumevanje reči *gnome* može biti ambivalentno u odnosu na njena značenja u drugim, nepravnim izvorima.

Termin *dikaiotate* je manje dvosmislen. To je superlativ od prideva *dikaiois* (pravedan, pravičan, pošten, plemenit, istinit, dobar²⁴), koji je naravno u očiglednoj etimološkoj vezi s imenicom *dike* (vid. 1.2.), odnosno s imenicom *dikaiootes*, koja je pak u osnovi sinonim s imenicom *dikaiosyne* (vid. 1.3). Jednom rečju, pomenuti superlativ se može bez mnogo oklevanja prevesti kao „najpravednije, najpravičnije“.

Najpre da vidimo u kojim izvorima i u kom kontekstu se javljaju ta dva pojma povezana u sintagmu *gnome dikaiotate*. Odgovor je prilično jednostavan – o njemu govore skoro isključivo tekstovi logografa, atinskih profesionalaca koji su uz naknadu sastavljali sudske govore za stranke, a na dva mesta i Aristotel u *Retorici*, koji doduše koristi donekle modifikovanu sintagmu. Većina tih izvora nas izveštava da su porotnici kada polažu zakletvu, između ostalih, izgovarali i neku takvu formulaciju. Dakle, zarad potpunijeg razumevanja, sada je neophodno da kročimo u atinsku sudnicu.

2.2. *Gnome dikaiotate* kao deo formule dikastičke zakletve

Suđenje u antičkoj Atini odvijalo se pred brojnim sudovima, ali se najviše slučajeva završavalo pred heliejom, velikim porotnim sudom, u koju se svake godine biralo 6.000 porotnika s jednogodišnjim mandatom. Helieja je presuđivala sporove u sudskim većima, dikasterijama, od kojih su najmanje brojale 201 ili 401 helijasta dikasta (uglavnom u imovinskim sporovima), ali najčešće u sudskim većima od 501 (koja mogu izricati i smrtne kazne).²⁵ Znatno ređe su se sastajali u dikasterijama koje je činio 1.001, 1.501 ili 2.501 porotnik (predmeti u kojima je ugrožen opšti interes polisa), a sasvim izuzetno, za najteže optužbe odlučivalo bi svih 6.000 dikasta.²⁶

Svake godine na početku svog mandata porotnici helijasti (*dikastes*, što se često pogrešno prevodi kao „sudije“) polagali su zakletvu. Tekst te dikastičke (porotnič-

23 O. Gorski, N. Majnarić, 116.

24 To su pojmovi kojima tu reč O. Gorski, N. Majnarić, 143 objašnjavaju u našem govornom području.

25 P. J. Rhodes, *A Commentary on the Aristotelian Athenaion Politeia*, Oxford 1981, 728.

26 O sastavu helieje i postupku donošenja odluka vid. detaljnije Sima Avramović, *Uporedna pravna tradicija*, Beograd 2011, 112, 126–129; „Atinski koreni savremenih procesnih principa“, *Evropske ideje, antička civilizacija i srpska kultura* (ur. Ksenija Maricki Gađanski), Beograd 2008, 11–28. Od novijih radova vid. Stephen Todd, *The Shape of Athenian Law*, Oxford 1995, 82.

ke) zakletve nije sačuvan u potpunosti ni u jednom izvoru. Najiscrpniji je onaj koji se pominje u Demostenovom govoru *Protiv Timokrata*.²⁷ U celini je pokušao da ga rekonstruiše najpre Frenkel u XIX veku, a potom na njegovom tragu elemente zakletve rezimira i Harison u XX veku tako što njenu sadržinu kombinuje s podacima iz drugih izvora.²⁸ U tom najpotpunijem izvoru o zakletvi atinskih porotnika, međutim, ne pominje se *gnome dikaiotate*. No, iz dva druga mesta kod Demostena proizlazi da je ta sintagma možda bila deo dikastičke zakletve. Tu se porotnici podsećaju da su se zakletvom obavezali da će suditi u skladu sa zakonom, „a ako nema

27 Dem. 24. 149–151. Međutim, u obimnom tekstu dikastičke zakletve koji Demosten navodi u ovom govoru ne nalazi se izraz *gnome dikaiotate*, već ga Demosten pominje na drugim mestima. Evo kako je zakletva porotnika glasila prema ovom Demostenovom govoru, u kome je najekstremniji data (moj prevod):

„Presuđivaču prema zakonima i propisima atinskog naroda i Veća petstotina. Neću glasati za tiraniju i oligarhiju. Neće me nagovoriti niko ukoliko bi napustio atinsku demokratiju ili govorio ili predlagao nešto protiv nje. Neću dozvoliti da privatni dugovi propadnu, niti da se preraspodeljuje zemlja ili kuće koje pripadaju Atinjanima. Neću pomilovati one koji su izbegli ili su osuđeni na smrt. Neću goniti suprotno zakonima i propisima atinskog naroda i Veća petstotina one koji su ovde nastanjeni (meteke), niti ću dozvoljavati drugima da ih gone. Neću odobriti stupanje na dužnost osobe koja nije položila račun za vršenje prethodne službe, bilo da je to neko od devet arhonata, bilo hijeromnemon, bilo drugi službenik koji se bira istog dana kada i devet arhonata bilo glasnik bilo poslanik bilo saveznički izaslanik. Neću dozvoliti da ijedan čovek zauzme isti položaj dva puta ili dva položaja u istoj godini. Neću prihvatiti poklone zbog vršenja svoje sudske funkcije, niti će bilo ko drugi, s mojim znanjem, primiti poklon za mene, ni pod uticajem nečije veštine, lukavstva niti bilo kako. Imam više od trideset godina. Podjednako ću slušati tužioca i tuženog, a presuđivaču samo zbog onoga za šta je neko optužen. Kunem se Zevsom, Posejdom i Demetrom, pa neka mene i moju kuću stigne njihova kazna ukoliko prekršim bilo šta od ovoga, i neka moja sreća zavisi od toga kako se pridržavam ove zakletve.“

Ovakva dikastička formula, naročito u prvom delu, očigledno ima mnogo više politički, nego pravni prizvuk. No, to je razumljivo, jer je u pojedinim važnim slučajevima helieja ne samo presuđivala sporove značajne za pojedince već i one koji su se reflektovali na demokratski život polisa u celini, pogotovo npr. u slučajevima *graphe paranomon* („tužba protiv nedozvoljenog zakona“, što naročito anglosaksonske pisce podseća na sudsku kontrolu zakonodavstva). U tim slučajevima, kada jedan građanin pokrene pomenuti postupak „protiv zakona“, a drugi građanin bude određen da brani zakon, odlučivalo se u specifičnom sudskom postupku često, u suštini, o demokratskim institucijama, uz latentnu opasnost da se one uruše bilo neadekvatnim zakonima bilo njihovim olakim promenama. Više o *graphe paranomon* vid. naročito M. H. Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, Oxford 1987, 205–218; kao i jedan dobar noviji rad, Melissa Schwartzberg, „Was the *graphe paranomon* a Form of Judicial Review?“, *Cardozo Law Review* 34/2013, 1049–1062.

28 A. R. W. Harrison, *The Law of Athens, Procedure*, II, Oxford 1971, 48 u deskriptivnom obliku iznosi eventualne sastavne delove zakletve helijasta (kako je on naziva po ugledu na Frenkela). Inače, i danas se uzima da je najuspešnija rekonstrukcija dikastičke zakletve ona koju je sačinio još Max Fränkel, „Der attische Heliasteneid“, *Hermes* 13/1878, 452–466, mada je on nju sastavio iz više komponenti koje se javljaju u različitim izvorima. Takav pristup je razumljiv, jer tekst zakletve ni u jednom izvoru nije kompletan, čak ni na pomenutom mestu kod Demostena, mada je on najekstremniji koji je do nas dospelo. Najnoviji doprinos u tumačenju sadržine dikastičke zakletve dao je David C. Mirhady, „The Dikasts' Oath and the Question of Fact“, u *Horkos: the Oath in Greek Society* (eds. A. H. Sommerstein, J. Fletcher), Exeter 2007, 48–59. On se tu često dotiče i pojma *gnome dikaiotate*, prevodeći ga na engleski kao *the most just understanding*. O dikastičkoj zakletvi važne napomene daje i Adele C. Scafuro, *The Forensic Stage – Settling Disputes in Graeco-Roman New Comedy*, Cambridge 1997, 50–51, kao i M. H. Hansen, 182, fn. 2.

zakona, u skladu s *gnome dikaiotate*“.²⁹ Ta Demostenova nedoslednost je izvor mnogih današnjih nesporazuma. To što je on ipak pomenuo *gnome dikaiotate* na dva druga mesta poslužilo je modernim piscima za građenje čitavih teorija o tome kako je izgledala dikastička zakletva, a pogotovo o tome da li je ona uopšte sadržala i formulaciju o *gnome dikaiotate*.³⁰ Ipak, mnogo toga ukazuje da je Demosten *gnome dikaiotate* pomenuo na ta dva druga mesta prvenstveno kao usputni retorički trik, a svakako ne kao citat dikastičke formule, koju je, uostalom, sam detaljno naveo u govoru *Protiv Timokrata*. Dosta zabune su uneli i neujednačeni i ne sasvim adekvatni prevodi na engleski ta dva važna mesta kod Demostena, i to u najprestižnijoj ediciji grčkih prevoda *Loeb Classical Library*.³¹ Zbog toga veći broj autora prilično nekritički, reklo bi se bez mnogo razmišljanja, preuzima jedan od tih prevoda i određuje *gnome dikaiotate* kao *jurors' best judgement*.³² Uostalom, nikoga od njih nije ni interesovalo značenje tog pojma, nego samo njegova funkcija – da li je taj koncept mogao da koriguje „slovo zakona“.

Na sreću, pored pomena dikastičke zakletve kod Demostena i drugih logografa, fenomen pozivanja na osećanje pravičnosti odnosno mišljenje o najpravednijem pominje i Aristotel, ali u nešto drugačijem kontekstu i s nešto drugačijom jezičkom formulacijom. U svojoj *Retorici*, kada govori o tzv. atehničkim metodima uveravanja, on kaže sledeće: „Očigledno je da, ukoliko pisani zakon protivureči našem slučaju, treba pribegavati opštem zakonu koji je saglasniji s pravičnošću i pravdom, s obrazloženjem da sudska formula *suditi po svojem najboljem razumevanju* (prev. M. Višić) znači da se ne valja isključivo pridržavati pisanih zakona.“³³ Čini se da je

- 29 Tako se u Dem. 20.118 (*Protiv Leptina*) kaže da sudije treba da sude po zakonu, a ako takvog zakona nema, po *gnome te dikaiotate*. Slično je i kod Dem. 39.40. Zbog toga se pretpostavlja da je Demosten jednostavno propustio da unese tu formulaciju kada je ekstenzivno citirao tekst dikastičke zakletve. No, na drugim mestima takođe Demosten ne pominje taj dodatak, npr. Dem. 23.96; 57. 63. Zbog toga nam se pretpostavka da je zakletva porotnika sadržala i formulaciju *gnome dikaiotate* ne čini dovoljno sigurnom. Vid. više Eberhard Ruschenbuch, „*Dikasterion Pantou Kurion*“, *Zur griechischen Rechtsgeschichte*, Darmstadt 1968, 362 (prvi put objavljeno u *Historia* 6/1957, 257–274).
- 30 Različita mišljenja o autentičnosti dikastičke zakletve formirala su se još u prvoj polovini prošlog veka i nisu se bitno promenila, vid. Robert J. Bonner - Gertrude Smith, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, II, Chicago 1938, 152–155, koji daju detaljan pregled mišljenja u starijoj literaturi, a S. Todd, 54 i A. Scafuro, 51 u novijoj. Još je Frenkel smatrao da je veći deo zakletve koju Demosten ekstenzivno citira – interpolacija, koja je kasnije uneta (pa je stoga njegova rekonstrukcija zakletve porotnika znatno svedenija, skoro duplo kraća od one Demostenove koju smo ovde citirali). Biskardi smatra da se zakletva menjala tokom vremena i daje pregled novijih shvatanja (1970), 222, fn. 20. O različitim shvatanjima funkcije *gnome dikaiotate*, vid. *infra* odeljak 3.
- 31 Tako J. H. Vince formulaciju *gnome te dikaiotate* prevodi kao *to the best of your judgement*, Dem. 20.118 (*Protiv Leptina*), a A. T. Murray isto tako formulisanu sintagmu na engleskom izražava kao *as in your judgment is most just*, Dem. 39.40 (*Protiv Beota* I).
- 32 Tako čini u nekoliko svojih radova Adriana Lanni, „Precedent and Legal Reasoning in Classical Athenian Courts: A Noble Lie?“, *The American Journal of Legal History*, 43, 1/1999, 34; ista, „'Verdict Most Just': The Modes of Classical Athenian Justice“, *Yale Journal of Law & Humanities*, 277, 16/2004; ista, „Social Norms in the Courts of Ancient Athens“, *Journal of Legal Analysis*, Harvard Public Law Working Paper No. 08–19 (SSRN). *Best judgement* kao prevod za *gnome dikaiotate* prihvata i A. Scafuro, 50.
- 33 Aristotel, *Retorika* (prevod Marko Višić), Beograd 1987, 1375a (I, 15, 5). *Faneron gar oti, ean men enantios e o gegrammenos to pragmati, to koino nomo hretheon kai tois epeikesin hos dikaioteris. Kai*

Višićev prevod nešto bliži suštini koju nosi pojam *gnome dikaiotate*, od onoga kako su ga preveli renomirani engleski prevodioci Demostena.

Ali! Pri tom naročito treba imati u vidu da Aristotel na ovom mestu ne koristi sintagmu *gnome dikaiotate*, već *ariste gnome* – najbolje mišljenje, što je u literaturi ostalo neprimjećeno i nekomentarisano. Dakako, ovde se ne radi o formulaciji koja se koristila u sudnici, već o teorijskom retoričkom savetu kako treba postupati kada zakon nekome ne odgovara. Ipak, ovakva formulacija je za sobom izgleda povukla i neke prevode pojma *gnome dikaiotate*, koji su ignorisali činjenicu da je Aristotel u tom kontekstu upotrebio sasvim drugi pridev – *najbolji*, a ne *najpravičniji*.³⁴

Malo dalje u tekstu *Retorike* Aristotel sugerise obrnut pristup: „Ako pak pisani zakon ide nama naruku, tada treba izjaviti da sudska formula *suditi po svojem najboljem razumevanju* nema za cilj da se sudi suprotno zakonu, već da se sudija, ako ne zna smisao zakona, odvrati od krivokletstva.“ U prevođenju ovog mesta slažu se u osnovi srpski prevod Višića i engleski prevod *Retorike* koji daje Friz utoliko što nijedan ne pominje „najpravičnije“ mišljenje.³⁵ Dakle, ni ovde Aristotel ne navodi *gnome dikaiotate*, nego *gnome te ariste* – *najbolje* mišljenje. Sudeći prema Aristotelu, izgleda da dikastička zakletva nije koristila formulaciju *gnome dikaiotate*.

Jednom rečju, iz rekonstrukcije dikastičke formule koja bi se vršila na osnovu Aristotelove *Retorike* ne bi proizlazilo da je ona u sebi sadržavala sintagmu *gnome dikaiotate*, baš kao što tu jezičku konstrukciju nije pomenuo ni Demosten na mestu gde nam saopštava kako je glasila dikastička zakletva. Dakle, da li su porotnici na početku svog mandata zaista izgovarali formulu koja je u sebi sadržala baš sintagmu *gnome dikaiotate*, zaklinjući se da će suditi „prema najpravičnijem mišljenju“, ostaje prilično nejasno. Ali, nesporno je da brojni logografi pominju baš *gnome dikaiotate*, potpuno nezavisno od dikastičke zakletve, kao argument kome se u praksi očigledno često pribegavalo.

Zato je, prilikom pokušaja razumevanja sporne sintagme, bolje okrenuti se drugim izvorima i odvojiti se od dikastičke zakletve, na koju se do sada uglavnom oslanjalo. U tome se naš pristup razlikuje od onoga kome pribegava (čini se po inerciji) većina drugih autora među doduše malobrojnima koji uopšte pišu o *gnome di-*

oti to gnome te ariste tout' esti, to me pantelos hresthai tois gegrammenois. Potom Aristotel nastavlja da savetuje koji su za to argumenti: „pravično postoji večno i nikada se ne menja kao ni opšti zakon (koji je zasnovan na prirodi), dok se pisani zakoni često menjaju“, a odmah dalje u 1375b dodaje da „pisani zakoni i nisu istinski zakoni“, te da je „svojestvo moralno boljeg čoveka da se koristi i pridržava se radije nepisanih no pisanih zakona“.

34 To je verovatno i uslovlilo prevod sintagme *gnome dikaiotate* kao *the best judgement* (čak ne ni *the most just*, „najpravičniji“, što nalaže elementarno poštovanje osnovnog značenja reči *dikaio-tate*. Tome se priklanja više pisaca, premda se u dikastičkoj formuli uopšte ne pominje superlativ *aristos* (od nepravilnog prideva „dobar“ – *agathos, ameinon, aristos*).

35 Aristotel, *Retorika* I, 15, 12 (1375b, 12). Evo kako to mesto u *Retorici* prevodi engleski prevodilac: „But if the written law favours our case, we must say that the oath of the dicast 'to decide to the best of his judgement' does not justify him in deciding contrary to the law“, Aristotle, *The „Art“ of Rhetoric* (transl. John Henry Freese), London-New York 1926. A u grčkom izvorniku kod Aristotela stoji: *ean de o gegrammenos e pros to pragma, to te gnome te ariste lektoon otiau tou para ton nomon eneka dinazein esti, all' ina, ean agnoese ti legei o nomos, me epiorke*. Nažalost, oba prevodioca Aristotelove *Retorike* opredeljuju se često za isuviše slobodan prevod, koji je prilično udaljen od originala, što je slučaj i u delovima ovog fragmenta.

kaiotate. Gde god pominju taj izraz, njegovo tumačenje skoro bez izuzetka vezuju za zakletvu porotnika, i to po svemu sudeći imajući u vidu Aristotelov izraz *gnome te ariste*, a ne onaj koji koriste Demosten i drugi logografi. Otud i tolika raširenost engleskog prevoda *the best judgement* za *gnome dikaiotate*, što predstavlja očiglednu lingvističku nedoslednost.

2.3. *Gnome dikaiotate* kod Iseja – mala studija slučaja

Najpravičnije sagledavanje smisla i značenja koje je sintagma *gnome dikaiotate* imala u grčkom jeziku može se steći tek kada se ona posmatra u realnom životu – u upotrebi u sudnici. Taj pojam se javlja u više navrata u sačuvanim sudskim govorima koje su pisali atinski logografi za svoje klijente. Osim toga, u skoro svakom govoru porotnici se na različite načine pozivaju da presude pravično, često i bez pominjanja izraza *gnome dikaiotate*. Tako često pozivanje na pravičnost i jeste izazvalo najviše diskusija u dosadašnjoj literaturi, stavljajući u prvi plan dilemu da li je *gnome dikaiotate* mogao da nadjača zakon i prevaziđe pozitivno pravo?

Jedan od najistaknutijih grčkih logografa koji su činili poznati „kanon desetorice“ atinskih besednika (mada je termin „besednik“ neadekvatan za mnoge od njih, jer su govore samo pisali za svoje stranke, a nisu ih sami izgovarali) jeste Isej, Demostenov učitelj. S obzirom na to da je verovatno bio metek, on nije učestvovao u političkom životu Atine, ali je bio izuzetno uspešan u pisanju sudskih beseda, naročito u sporovima oko nasleđivanja. Smrt oca i nedaće koje su potom usledile zbog nesavesnosti njegovih staralaca, dovela je Demostena kod Iseja da ga ovaj podučava veštini sastavljanja sudskih beseda. Upravo sudske besede u sopstvenim sporovima, a potom i sudski govori koje je pisao za druge, obeležavaju prve besedničke korake velikog Demostena.

Logografi su sudske govore pisali i kao dobri poznavaoци prava, ali i kao znalci retorike, jer je besednički nastup bio sastavni deo utiska koji stranka ostavlja na porotnike. Otuda su, naročito u Atini, pravo i retorika bili najtešnje povezani. Neretko je opšti besednički utisak koji ostavi jedna stranka bio značajniji za odluku porotnika od pravnih argumenata i činjeničnog stanja. Zbog toga su logografi morali ne samo da uverljivo izlože dokaze i argumente koji idu u korist njihovim klijentima nego i da vešto koriste besedničke trikove koje bi sugerisali strankama.³⁶ Jedan od čuvenih manevara koje su logografi unapred pripremali za svoje klijente bilo je i pozivanje na govor *ex tempore*, čime je stranka trebalo da ostavi utisak da govor nije pripremljen, već da ona iskreno, u trenutku, na licu mesta, iznosi svoju ispovest porotnicima. A o tome kako se koristi pozivanje na *gnome dikaiotate*, slikovito je opisao Aristotel na pomenutim mestima u *Retorici* kao preporučljiv retorski trik, zavisno od toga da li je slučaj bio čvrsto pravno zasnovan ili „pisani zakon ne ide na ruku“ parničaru.

36 Jedna od nepoznanica jeste i to da li su stranke čitale govor koji im je napisao logograf ili su taj govor učile napamet, pa ga potom izlagale. Skloni smo ovom drugom tumačenju, s tim što je stranka u sporu mogla imati pri sebi određene dokumente koje će tražiti da se pročitaju pred sudom, pa je moguće da je među njima držala i napisani govor ili makar njegov koncept da bi govor delovao što spontanije i uverljivije.

U dvanaest sačuvanih Isejevih govora, ovaj logograf se pozivao na *gnome dikaiotate* više puta.³⁷ Mada logografi pravičnost obično prizivaju u pomoć u slabim i neizglednim parnicama, izgleda da Isej rado uključuje u igru i *gnome dikaiotate* ne samo kada piše govore za takve slučajeve nego čak onda kad ima solidan procesni položaj.³⁸ Ovdje ćemo se ograničiti samo na tri markantna primera iz Isejevih govora, koja ćemo posmatrati, za razliku od Biskardija, prvenstveno iz ugla procesnih šansi koje je imao Isejev klijent.

Već u prvom sačuvanom Isejevom govoru, *O Kleonimovom imanju*, on se učestalo poziva na pravdu i osećanje pravičnosti, sugerišući *gnome dikaiotate* kao nužan metod prilikom tumačenja zakona o nasleđivanju, koji reguliše izjavu poslednje volje.³⁹ Besedu je napisao za Kleonimove sestrice, koji traže na sudu imanje kao Kleonimovi zakonski naslednici. Sukobljavaju se s trojicom daljih Kleonimovih rođaka, koji se pozivaju na Kleonimovu izjavu poslednje volje. Sestrići ne negiraju da je Kleonim sačinio valjan akt raspolaganja za slučaj smrti,⁴⁰ kojim je njihovim protivnicima ostavio imovinu. No, tvrde da je tako učinio zbog netrpeljivosti prema njihovom stricu Dejnjiji, koji im je posle očeve smrti postao staratelj, a ostavilac je s njime bio u svađi. Ali, kada je Dejnjija umro, Kleonim se sasvim okrenuo svojim sestricima, preuzeo brigu o njima i doveo ih u svoju kuću da žive zajedno. Kada se razboleo, želeo je da promeni svoje raspolaganje. Pozvao je u kuću magistrata – astinoma, kod koga je dokument o raspolaganju bio deponovan, ali su dalji rođaci sprečili da državni službenik uđe kod Kleonima, a u međuvremenu Kleonim umire.

Ovde sve okolnosti objektivno favorizuju protivnike Isejevih klijenata (neosporeno pravo da ostavilac sačini izjavu poslednje volje, neosporena njena autentičnost, pitanje zbog čega ranije Kleonim nije pozeleo da izmeni izjavu volje). Ali, sama činjenica što sestrići ipak iniciraju spor govori da postoji nada da ga mogu dobiti, jer je, kako tvrde, takva bila prava želja ostavioca. Oni se oslanjaju na osećanje pravičnosti porotnika, mada bi odluka u njihovu korist bila u neskladu s normom o potpunoj slobodi raspolaganja za slučaj smrti kad ostavilac nema dece, koja se pripisivala još autoritativnom Solonovom zakonodavstvu. Zbog toga se Isej tokom

37 A. Biscardi navodi četiri primera.

38 *Isaeus* (transl. Edward Seymour Forster), Cambridge, Ma-London 1962, II, 1, 13, 19; IV 14; VI 9. To bi, doduše sasvim posredno, moglo ići na ruku Volfvovom shvatanju da je *gnome dikaiotate* bio *ein subsidiäres Mittel der Rechtsfindung*, Hans Julius Wolff, „Gewohnheitsrechts und Gesetzrecht in der griechischen Rechtsauffassung“, *Zur griechischen Rechtsgeschichte*, Darmstadt 1968, 119 (prvi put objavljeno u *Deutsche Landesreferate zum VI Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung*, Hamburg 1962, 3–18).

39 Vid. više Sima Avramović, *Isejevo sudsko besedništvo i atinsko pravo*, Beograd 2005, 151.

40 Namerno izbegavamo termin „testament“, jer su se načini za raspolaganje *mortis causa* u Atini bitno razlikovali od rimskog ili današnjeg pojma testamenta. Aktom koji se nazivao *diatheke* ostavilac je svojom imovinom mogao raspolagati ili testamentarnom adopcijom – usvajajući neko lice, ali s dejstvom tek posle njegove smrti, ili nekim oblikom singularnog raspolaganja, koji se kolokvijalno danas naziva „legatski testament“, ali i adopcijom *inter vivos*, *donatio mortis causa*, kao i nizom drugih vidova raspolaganja. Vid. detaljno Sima Avramović, „Razlike u sadržini i pravnoj prirodi rimskog testamenta i tzv. testamentarne adopcije starog grčkog prava“, *Anali PFB* 1986/1–3, 3–13.

govora često obraća emocijama porotnika i više puta se poziva na njihovo osećanje pravičnog u konkretnoj situaciji.⁴¹

U Isejevom četvrtom govoru, *O Nikostratovom imanju*, Isej staje na stranu Hagnona i Hagnoteja, mladih rođaka bogatog vojnika najamnika Nikostrata, koji je umro posle 11 godina odsustvovanja iz Atine. Oni ističu svoje pravo na nasleđivanje nasuprot izvesnom Harijadesu, s kojim je Nikostrat više godina zajedno ratovao i koji tvrdi da ga je u tuđini Nikostrat usvojio radi nasleđivanja (specifičnim aktom *diatheke*). Ceo problem se, dakle, svodi na dokazivanje da li je uopšte došlo do tzv. testamentarne adopcije ili nije. Ostavljajući po strani snažne argumente koje su imali Isejevi klijenti u ovom sporu (pogotovo da je Harijades samo jedan od Atinjana koji su na razne načine pokušali da se dočepaju Nikostratovog imanja posle njegove smrti, da su sve takve protivnike do tada uspevali da odbiju, da su Nikostrata oni sahranili kao najbliži srodnici itd.), Isej ipak ne propušta da se i u ovako jakom sporu okrene emocijama porotnika, kao i da ih na kraju govora pozove da „pravično presude“ (*ta dikaia psephisasthe*).⁴²

U osmom govoru, *O Kironovom imanju*, Isej ponovo pokušava da pomogne zakonskom nasledniku, starijem Kironovom unuku da dođe do imanja svoga dede. Kiron nije imao muških naslednika, već samo ćerku, koja je u drugom braku rodila dva sina, Kironova unuka. Posle Kironove smrti, unuci se sukobljavaju s drugim pretendentom na zaostavštinu, sinom Kironovog brata. Prema Isejevim tvrdnjama, zet Diokle je nagovorio sina Kironovog brata, Kironovog sinovca, da ospori pravo nasleđivanja unucima po dva osnova. S jedne strane tvrdi da njihova majka nije bila zakonita Kironova ćerka (što je faktičko pitanje), a s druge da sinovac ima prednost u nasleđivanju u odnosu na ostaviočeve unuke jer oni potiču od ćerke, sve da je ona i zakonita kći ostavioca. Ovo drugo, pravno pitanje očigledno proizlazi iz okolnosti da nema jasnog propisa o tome kako izgleda redosled pozivanje na zakonsko nasleđivanje. Mada bi se savremenom posmatraču mogla nametnuti ideja da je ovakav spor mogao imati karakter precedenta, na osnovu koga bi kasnije sud morao presuđivati, presuda koju donese helieja u jednom postupku nije je obavezivala da na isti način postupi u drugom. Takav mehanizam jednostavno nije postojao, već je svaka presuda trebalo da bude pravična s obzirom na okolnosti slučaja.

Bez obzira na očiglednu moralnu prednost Kironovih unuka, koju u literaturi skoro niko ne osporava, Isej ipak i ovde često raspaljuje emocije porotnika i poziva ih na pravičnost, uopšte i ne pokušavajući da dokazuje kako glasi „slovo zakona“, a i ne želeći da na bilo koji drugi način razjasni sporno pravno pitanje. To je za Iseja skoro irrelevantno. Važno je samo obezbediti naklonost porotnog auditorijuma prema svojim klijentima⁴³ i uveriti ih da će biti pravični ako za njih glasaju.⁴⁴ Pozitivno

41 Isej se na pravičnost poziva po pravilu na početku Isaeus, II 5 (*ouden dikaiōn*), 6 (*adikos kindyneuo*) i na kraju govora, ovde dva puta uzastopno: 51 (*alla dikaiōs touton amphibētein*) i (*ēmas dikaiōn einai*). Slično postupaju i u ostalim govorima.

42 Isaeus IV 31. Šta više, to su tri poslednje reči govora, čime Isej želi da izazove snažan psihološki efekat.

43 Već prva rečenica u govoru treba da raspali emocije porotnika: „Nije moguće, porotnici, da se čovek ne gnuša onoga ko traži tuđu imovinu...“, Isaeus VIII 1.

44 Isaeus VIII 4 ih poziva da presude kako je pravično (*ōsper kai to dikaiōn esti*), a pri samom kraju govora ih opominje: „setite se zakletve koju ste položili da bi sudili“ (*mnēsthentes oun kai tōn orkon ous omosantes dikazete*), VIII 46.

pravo ostaje posve u drugom planu, jer je zakon samo jedno od više različitih dokaznih sredstava.⁴⁵

Ovo je samo delić mozaika koji zajedno s Isejevim govorima čine mnoge druge, ili skoro sve sačuvane besede iz atinske sudnice. Takvih i sličnih primera ima sijaset kod atinskih logografa, što nesumnjivo govori o značaju koji se pridavao „raspoloženju“ ili čak „ljubavi“ porotnika prema stranci, kako je to formulisao Aristotel.⁴⁶

Slika o značaju *gnome dikaiotate* prilikom donošenja pojedinih presuda bila bi nam još jasnija kada bismo znali ishod spora iz sačuvanih beseda. Nažalost, pošto nam najčešće nije poznat, ne može se sa sigurnošću reći da li je porota ipak dala imanje Kleonimovim sestricima (mada *stricto iure* njima ono danas svakako ne bi pripalo); da li su Hagnon i Hagnotej dobili Nikostratovo imanje pobedivši očigledno pohlepnog Harijadesa (koji, doduše, ima snažan pravni osnov); da li su Kironovi unuci uspeli u svom, po svemu sudeći, opravdanom zahtevu. Ipak, s obzirom na to da su logografi po pravilu nastojali da se sačuvaju i naknadno zapišu njihovi govori koji su se uspešno okončali,⁴⁷ može se pretpostaviti da je to bio slučaj i u pomenutim Isejevim besedama u kojima je *gnome dikaiotate* bio važan ulog u sudskoj igri.

3. ZAKON, PRAVO, PRAVDA I PRAVIČNOST

U retkim tekstovima u kojima se analizirao *gnome dikaiotate*, jedina ili skoro isključiva tema je bila kakvu je ulogu i kakav je *domašaj* taj koncept imao u odnosu na zakon u atinskom pravu, a ne kakvo je bilo njegovo *značenje* i *karakter*, što nam se čini da je takođe podjednako važno pitanje. Tako su se o prvoj temi iskristalisala tri osnovna mišljenja. Prema prvom, koje je najrasprostranjenije, *gnome dikaiotate* predstavlja nekakav ekvivalent anglosaksonskom konceptu *equity*, koji bi dozvoljavao da pravičnost nadjača sam tekst zakona, to jest da se presuda donese suprotno pozitivnom pravu.⁴⁸ Skafuro rezimira ta shvatanja tako što ukazuje da je prema prvoj grupi autora ovaj pojam imao trostruku ulogu, čak pre V i IV veka: koristio se kada je zakon trebalo tumačiti, kada je postojala pravna praznina ili kada su pravo i pravičnost bili suprotstavljeni, u kom slučaju je prevagu odnosilo *gnome dikaiotate*.

⁴⁹ Dakle, zakoni su samo okvir koji dozvoljava strankama da, pozivajući se na pra-

45 Okolnost što je zakon u atinskom pravu dokazno sredstvo i što ga stranke same često citiraju u toku govora predstavlja još jednu neobičnost atinskog prava. Da su zakoni samo jedno od dokaznih sredstava, nedvosmisleno svedoči i Aristotel, *Retorika* 1375a. Više o tome, vid. *infra*.

46 Vid. *infra* fn. 56.

47 Ovakvu pretpostavku s pravom i dobrim argumentima brani M. Lavency, *Aspects de la logographie judiciaire attique*, Louvain 1964.

48 Glavni zagovornici ovog stanovišta su bili Rudolf Hirzel, „*Agraphos nomos*“, Leipzig 1900, 51; Paul Vinogradioff, *Historical Jurisprudence*, II, Oxford 1922, 68; Robert Bonner, *Lawyers and Litigants in Ancient Athens*, New York-London 1927, 73; Ugo Enrico Paoli, *Studi sul processo attico*, Padova 1933, 39; Louis Gernet, „Sur la notion du jugement en droit grec“, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris 1955, 67. Potom su ih u osnovi podržali naročito J. W. Jones, *Law and Legal Theory of the Greeks*, Oxford 1956, 28 i J. Plescia, *The Oath and Perjury in Ancient Greece*, Tallahassee 1970, 67, smatrajući da mogućnost da *gnome dikaiotate* nadjača zakon nije bila predviđena dikastičkom zakletvom, nego da su je nametnuli logografi u praksi.

49 A. Skafuro, 51.

vičnost, iskorače izvan striktnog „slova zakona“ i da prednost dobije „duh zakona“. Manji broj autora smatra da je *gnome dikaiotate* predstavljalo supsidijarno sredstvo za donošenje odluka, koje se primenjivalo samo onda kada zakon nije eksplicitan, izričit, odnosno u slučajevima pravnih praznina, to jest kada određeno pitanje nije regulisano zakonom.⁵⁰ Mišljenje koje zastupa Biskardi, koji se u odnosu na prethodnike jedini detaljnije bavio ovim pojmom, pokušava da iznađe srednji put. Mada i on u osnovi smatra da je *gnome dikaiotate* moglo da dovede do odluke suprotne zakonu, i da shodno tome predstavlja izvor prava, to jest da nije samo supsidijerno sredstvo, on ipak ukazuje da se ono koristilo prilikom interpretiranja zakona. To je, kako on to formuliše, bio „sigurnosni ventil“ (*soupepe de sûreté*) sistema izvora prava.⁵¹ Jednu vrstu kompromisa nudi i Mirhadi stanovištem da se *gnome dikaiotate* apsolutno primenjivalo samo na faktička pitanja.⁵²

Prvo, većinsko mišljenje se oslanja na pomenute Aristotelove tvrdnje u *Retorici* 1375a,⁵³ mada je Aristotel tu, kao što je ukazano, govorio o *gnome te ariste* – „najboljem“ mišljenju, a ne o „najpravičnijem“ (*dikaiotate*). Ne treba smetnuti s uma ni to da je upravo Aristotel među prvima pokušao da pojam pravde učini fleksibilnijim uvođenjem pojma pravičnosti, kao pravde u individualnom slučaju, imajući u vidu prirodu i specifičnosti konkretne situacije, kao i da je pri tom upravo polazio od sudskog postupka. On na jednom mestu kaže da sudija postoji baš „kako bi pravičnost mogla prevagnuti“.⁵⁴ A kada je sudija kolektivno telo sastavljeno od laika, kad sudi porota, onda se do „najpravičnijeg“ ishoda dolazi na bitno drugačiji način nego kada je u pitanju sudija profesionalac. Dok se inokosni sudija pravnik oslanja pre svega na propise, svoje znanje, teorijske stavove, stručno mišljenje i iskustvo, porota se po prirodi stvari, prevashodno zbog svoje pravničke nekvalifikovanosti oslanja znatno više na svoja osećanja. Vrednosni sud o pravičnom se, dakle, u porotnom suđenju formira na drugačijim osnovama. Kod sudije profesionalca je to pre svega *ratio*, a kod porotnika *emotio*.

Prema tome, u nastojanju da se pronađe najadekvatnije određenje pojma *gnome dikaiotate*, neophodno je imati u vidu kontekst u kome se koristi taj termin i u kome se on razumeva u Atini, sasvim se odvajajući od savremene slike sudskog postupka. A taj kontekst čini sudnica, porota i specifikum laičkog suđenja. Atinska porota nema izgrađeno pravničko mišljenje, nego se prvenstveno rukovodi

50 Najistaknutiji predstavnik tog stanovišta je H. J. Wolff, *Gewonsheitsrecht*, 113, 117, 119; isti, „Die Grundlagen des griechischen Vertragsrecht“, *ZSSr* 74/1957, 34 fn. 18, iako ga i on iznosi sasvim uzgredno i u polurečenici, bez detaljnije razrade. On *gnome dikaiotate* prevodi na nemački kao *gerechtesten Einsicht*. Njemu se priklanjaju, uz nešto obimniju argumentaciju, i H. Meyer-Laurin, *Gesetzprinzip und Billigkeit*, Weimar 1965, 28–31 i J. Meinecke, „Gesetzinterpretation und Gesetzesanwendung“, *RIDA* 18/1971, 359–361.

51 A. Biscardi, 221, 232.

52 D. C. Mirhady, 48.

53 Vid. *supra* 2.2. i 2.3. u ovom radu.

54 Aristotel, *Nikomahova etika*, Beograd 1970, 1138a. Otud je u pravu Radbruch kad smatra da se već Aristotel mučio dilemom da li je pravičnost bolja od pravednosti, premda ona ne može biti nešto što je suprotstavljeno pravednosti, nego, naprotiv, samo jedna vrsta pravednosti. Ali, on je već i nagovestio rešenje da pravednost i pravičnost nisu različite vrednosti, nego različiti putevi da se dođe do jedinstvene pravne vrednosti, Gustav Radbruch, *Filozofija prava*, Beograd 1974, 48.

emocijama i svojim osećanjem pravičnog ili, još pre, osećanjem šta je najpravičnije rešenje konkretnog spora. Svoju odluku će doneti na osnovu govora stranaka, koje su same, lično morale braniti svoje interese pred porotnicima, stvarajući kod njih više ili manje povoljan utisak. Zbog toga je veza prava i retorike je najtežnja u Grčkoj, uostalom kao i drugde gde se suđenje odvija pred porotnicima laicima, a ne pred profesionalnim sudijama. Pogotovo je u Atini retorika postala jedan od glavnih instrumenata u sudskom postupku.⁵⁵ Odluka se više donosi srcem, a manje glavom.⁵⁶

Iz tih razloga Aristotel u svojoj *Retorici* i preporučuje prvenstveno tehničke metode uveravanja (one na koje govornik sam utiče svojim zalaganjem i veštinom – *tehne*), a samo kao dodatne, u sudskom besedništvu, uvodi i pet vrsta atehničkih metoda uveravanja (koji su nezavisni od govornika, od kojih je jedno, ali ne važnije od ostalih, citiranje zakona).⁵⁷ Zato se atinska sudnica često i pretvara u teatar, u kome u publici sede žena i deca tuženog koji bi mogao biti teško osuđen, pa glasno kukaju i plaču, pokušavajući da utiču na emocije porotnika, kako bi ih umilostivili (kako karikira Aristofan). Zato u sudskom postupku učestvuju sinigori, lica koja ne govore kao svedoci, već kao prijatelji jedne od stranaka, ističući njene vrline (potpuno nevezane za suštinu spora), samo da bi izazvali pozitivne emocije onih koji odlučuju o sporu. Zato logografi po pravilu pozivaju porotnike da presuđuju ne toliko na osnovu racionalnog prosuđivanja koliko na osnovu svog utiska šta je pravično, pri čemu to ne mora uvek biti u skladu sa zakonom.

Sve to treba da dovede porotnike do osećaja šta bi bilo najpravičnije, a ne do saznanja šta *jeste* najpravičnije i šta je nužno u saglasju s pravom i zakonom (*nomos*-om u oba značenja). Oni se oslanjaju na celinu dokaza, tehničkih i atehničkih, na ukupan utisak, a njega čine besednička uverljivost i ostali dokazi, kako to lepo postavlja Aristotel. Na drugom mestu dodaje: „Uverljivost se postiže raspoloženjem slušalaca kad im besednikov govor pobudi osećanja, jer čovek ne donosi iste odluke u stanju zadovoljstva ili nezadovoljstva, ljubavi i mržnje“.⁵⁸

55 Harvey Yunis, „The Rhetoric of Law in Fourth Century Athens“, *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law* (ed. M. Gagarin, D. Cohen), Cambridge 2005, 191–208. Ovaj autor takođe stoji na stanovištu da je navođenje zakona imalo više retorički značaj kako bi stvorilo određeni osećaj kod porotnika nego što je imalo za cilj da ukaže na pravni osnov zahteva stranaka. O vezi prava i retorike u savremenoj sudskoj retorici vid. više Jasminka Hasanbegović, *Perelmanova pravna logika kao nova retorika*, Beograd 1988, 177–200.

56 Iz tih razloga Aristotel savetuje da je naročito kod sudskog besedništva važno voditi računa o „raspoloženju slušalaca“, to jest da je važno „umeti sudiju dovesti u određeno duševno stanje“. Potom ukazuje na to da je za političko besedništvo važnije da se govornik predstavi kao čovek određenog karaktera, a da je u sudskom važnije izazivanje određenog raspoloženja. „Kad se, naime, čovek odnosi s ljubavlju prema onome kome sudi, obično uzima da okrivljeni uopšte nije izvršio prestup ili da je njegov prestup sasvim neznatan, a ako ga pak mrzi sudi suprotno.“ Aristotel, *Retorika* 1378a-b (II, 1, 1–4).

57 Aristotel, *Retorika* 1375a (II, 15, 1). Atehnički metodi koje tu pominje jesu zakoni (citiranje), svedoci, ugovori (dokumenti), basanos (svedočenje robova pod torturom) i zakletva. C. Carey, „Nomos in Attic Rhetoric and Oratory“, *Journal of Hellenic Studies* 116/1996, 33–46 daje instruktivno poređenje Aristotelovih saveta u *Retorici* o tome kako treba koristiti zakon kao sredstvo za uveravanje sudija, s onim kako se to činilo u praksi prema sačuvanim sudskim besedama.

58 Aristotel, *Retorika* 1356a (I, 2, 2).

Dakle, *osećaj* o tome šta je najpravičnije dovodi do *odluke* porotnika u svakom pojedinačnom slučaju, to jest do njihovog konačnog opredeljivanja kojoj od stranaka treba da poklone poverenje i kojoj od njih da dodele svoj glas. Taj put od osećanja do odluke lakše i brže se prelazio u atinskoj sudnici nego u filozofskim ili psihoanalitičkim promišljanjima. Ipak, i na opštem antropološko-psihološkom planu, Erik Dods ukazuje kako je kod Grka dolazilo do objektivizacije emocionalnih pobuda, odnosno do „premeštanja osećanja u intelektualnu sferu“.⁵⁹ Psihoanalitičari se spore oko toga šta u osnovi određuje čoveka – osećajno i/ili saznavno. I dok empiristi daju prednost osećajnom, racionalisti favorizuju saznavno, ali je najverovatnije u pravu Nevenka Tadić, koja ističe da bi odgovor mogao biti negde na sredini – čovek je određen i osećajnim i misaono-saznavnim.⁶⁰

Koliki su značaj uistinu imala osećanja pri odlučivanju u atinskoj sudnici, opet ponajbolje svedoči Aristotel u *Retorici* na početku druge knjige. On najpre ukazuje na to da je „izazivanje određenog raspoloženja kod slušalaca korisnije u sudskom besedništvu“ (nego u političkom, prim. S.A.), a potom poseban titulus posvećuje osećanjima (*pathe*) i njihovom mestu i ulozi u besedništvu: „Osećanja su uzbuđenja duše pod čijim uticajem ljudi menjaju mišljenje u pogledu odluke.“ Odmah potom ističe koja su osećanja po njegovom viđenju najvažnija, pa među njima izdvaja srdžbu, sažaljenje i strah, sugerisući u osnovi pre svega besednicima u sudu da o tome vode računa.⁶¹ Zbog svega toga, čini se da bi najpribližniji prevod sintagme *gnome dikaiotate* ipak morao biti „osećaj najpravičnijeg“, što bi i lingvistički bilo sasvim legitimno, a suštinski pogotovo.

Usklađivanje osećajnog i intelektualnog u atinskoj sudnici lepo se uklapa i u Aristotelovu „teoriju sredine“, jer je to ona tačka na kojoj se nalazi pravda kao vrлина. „A sredina je držanje između dve mane, jedne koja je preteranost i druge koja je nedostatak“.⁶² Stiče se utisak kao da su ceo sudski postupak i način odlučivanja u Atini oblikovani u skladu s takvim filozofskim konceptom „sredine“. A verovatno istorijskoj istini više odgovara da se kaže obrnuto: Stiče se utisak da je Aristotelovo stanovište nosilo i tragove atinskog načina sudovanja.

Na to naročito upućuje specifičan metod određivanja sankcije u pojedinim sudskim predmetima. Pošto je suđenje bilo porotno, kada bi jedna strana izgubila spor, neretko se postavljalo pitanje kakvu kaznu joj treba odrediti, jer ona nije bila unapred predviđena (tzv. *agones timetoi*).⁶³ U tim slučajevima, dakle, zakon ne daje nikakve instrukcije porotnicima, nego na scenu stupa isključivo *gnome dikaiotate*. S obzirom na to da je sudski organ bilo glomazno porotno telo, nije se moglo očekivati da će ono samo usaglasiti bilo kakvu odluku o odmeravanju kazne. Porotnici

59 E. R. Dods, *Grci i iracionalno* (prev. B. Gligorić), Beograd 2005, 26–27.

60 Nevenka Tadić, *Osećajno i saznavno*, Beograd 2007, 147–148.

61 Aristotel, *Retorika* 1378a (II, 1, 8).

62 Aristotel, *Nikomahova etika*, 107a.

63 Naravno, bilo je i situacija u kojima taj „drugi čin“ suđenja nije bio potreban, jer se ono što je predmet spora, uglavnom u imovinskim parnicama, automatski dodeljivalo pobedniku, dok je u nekim krivičnim slučajevima sankcija bila unapred definisana (tzv. *agones atimetoi*). Skaforo takođe stoji na stanovištu da je u postupku utvrđivanja kazne *gnome dikaiotate* bio glavni izvor prava, detaljnije vid. A. Scafuro, 54.

su se jedino mogli izjašnjavati o ponuđenim alternativama. Stoga je bila neizbežna druga faza odlučivanja – glasanje o kazni. Svaka strana u postupku bi najčešće u posebnom kratkom govoru predložila sankciju koju smatra najadekvatnijom, *najpravičnijom*. Porotnici bi se opredelili za jednu od ponuđenih opcija bez mogućnosti da sugerišu treće rešenje. Tužilac bi po pravilu želeo strožu kaznu, ali mora voditi računa o tome da porotnike ne odbije njegova strogost izražena u predlogu koji iznosi. S druge strane, osuđeni takođe mora biti oprezan pri predlaganju kazne za sebe samog kako suviše blaga kazna ne bi nagnala porotnike da se opredele za predlog tužioca (što je bio slučaj prilikom suđenja Sokratu⁶⁴). Time su se u načelu eliminisale ekstremne ideje o sankciji i u osnovi su se predlozi približavali jedan drugome, nalazeći se na nekoj vrsti sredine, s relativno malim razlikama. Na taj način su se međusobno usklađivala dva subjektivna doživljaja pravičnog kažnjavanja, dva oprečna vrednosna suda ljudi u konfliktu, jer je za tužioca pravično jedno, a za tuženoga drugo. Tako se u sudskom postupku dolazilo do *najpravičnije* kazne u interakciji stranaka i porotnika, odnosno odmeravanjem osećanja pravičnog u kome svi učestvuju. Kada odlučuje o kazni, velikim delom kao i prilikom odlučivanja o samoj presudi (*dikasia*), porota odlučuje na osnovu svog *gnome* kao osećaja, a ne na osnovu svog *gnome* kao objektivnog mišljenja. A rezultat je, ipak, rukovođen načelom sredine – samo u ovom slučaju ne kao filozofskim, već kao pragmatičnim konceptom realno mogućeg, brzog, ekonomičnog i što pravičnijeg suđenja.

Na taj način, u suprotstavljenosti prava, pravde i pravičnosti, iz grčke sudnice izranja ono što je najvažnije za konkretan slučaj o kome se presuđuje – *osećaj* šta je *najpravičnije* u konkretnom slučaju. Porotnici *najpravičnije* sagledavaju ne oslanjajući se samo na *nomos* (pravo, odnosno zakon) nego i na sveukupnost dokaza i utiska, na sve okolnosti i na svoje osećanje. Zato će u sudskim govorima stranke toliko često koristiti vanpravne argumente, pozivati se na svoju čast, ugled i poštenje, svoj doprinos polis, hrabrost u ratovima, ali i ocrnjivati karakter druge strane, ukazivati na socijalne momente i bogatstvo suparnika, igrati na sažaljenje porotnika itd.⁶⁵ Da to nije donosilo poželjne rezultate, u sačuvanim sudskim besedama i ne bi bilo toliko čestog pozivanja na osećanja porotnika o tome šta je pravično i razumno u odgovarajućem slučaju. Tako u atinskoj sudnici pravičnost vrlo vidljivo i efektno predstavlja pravdu pojedinačnog slučaja. Ali, do nje se dolazi ne spekulativno, kontemplativno, misaonim putem, na teorijskim osnovama i znanjima, već na osnovu kolektivnog osećaja grupe građana laika koje je kockom izabrao polis. Utoliko oni izražavaju kolektivno mišljenje grada države šta je u konkretnom slučaju pravedno, to jest šta je *najpravičnije*. A određujući kaznu tako što biraju između dva suprotstavljena viđenja stranaka šta bi prema njihovom osećanju bilo najprimerenije, oni u stvari izražavaju i kolektivno i individualno *osećanje najpravičnijeg*.

Najzad, mada u ovom radu to nije primarna tema, ipak nećemo izbeći opredeljivanje povodom pitanja koje su skoro svi dosadašnji pisci postavljali kao centralno, glavno ili čak jedino: Da li je *gnome dikaiotote* moglo da nadjača *nomos* tako da

64 Sokrat je za sebe predložio provokativnu sankciju – kaznu od jedne mine, tražeći uz to kao nagradu za sve što je činio da mu se dodeli besplatno obedovanje u Pritanijumu, koje se kao počast davalo najuglednijim građanima, Platon, *Dijalozi* – *Obrana Sokratova*, Beograd 1970, 92, 95.

65 Više S. Avramović, *Isejevo sudsko besedištvo*, 315.

odluka porotnika ne bude u skladu sa zakonom, već s osećajem šta je najpravičnije. Po svojoj prilici jeste, i to ne samo u slučajevima kada je zakon nejasan ili ne reguliše određenu situaciju nego i onda kada bi to, današnjom terminologijom rečeno, bilo u suprotnosti sa zakonom.⁶⁶ No, optika atinskog prava bila je, izgleda, nešto drugačija, jer su porotnici bili vezani samo pomenutom, vrlo uopštenom dikastičkom zakletvom u kojoj se, u prvoj rečenici, samo načelno obavezuju da će odlučivati u skladu s *nomos*-om (što može označavati i pravo uopšte, a ne samo zakon). U svakom slučaju, diskreciona vlast helijasta veoma je široka. Helieja je vrhovni sud, od nje nema više instance, ona donosi konačnu presudu. Šta ona presudi, to je ono što je polis procenio da je pravično.⁶⁷ Presuda se donosi, to jest procena se vrši ne samo na osnovu zakona (mada se, dakako, i o njemu vodi računa) nego i na osnovu osećanja pravičnog, pravde konkretnog slučaja, i niza drugih momenata.

Dakle, zakon je samo jedan od parametara koji utiče na odluku helijasta. Pozivanje na zakon koristi se više kao jedan od elemenata za uveravanje porotnika nego kao obavezujuća norma. Osim toga, iz niza razloga „sudije“ nisu uvek nedvosmisleno znale šta zakon tačno predviđa (ne samo zbog toga što nisu profesionalni pravници, već prvenstveno stoga što zakoni nisu bili sistematski kodifikovani, a mnogi od zakona su se vezivali za tradicionalne zakonodavce, pogotovo Solona, pa i Drakona).⁶⁸ Helijasti nisu imali u rukama tekst zakona, kao što danas imaju sudije našeg vremena.⁶⁹ Moglo bi se slobodnije reći da su često porotnici više imali *utisak*

66 Stanovište koje danas preovlađuje među pravnim istoričarima verovatno je najpribližnije formulisao D. C. Mirhady, 52. On ističe da se dikastička zakletva, prema kojoj se *gnome dikaiotote* primenjuje u slučajevima kada ne postoji zakon, odnosi samo na ograničeni broj situacija, dok se u stvarnosti *gnome dikaiotote* koristilo uporedo sa zakonima. Ali, njegovo „treće rešenje“, prema kome se *gnome dikaiotote* u načelu odnosi samo na faktička pitanja, teško je održivo, jer atinski porotnici nisu imali takvu savremenu, diferenciranu i sofisticiranu pravnu percepciju, već su se naprosto opredeljivali prema svom ukupnom osećanju najpravičnijeg. Takav „intelektulistički“, a ne „osećajni“ pristup odlučivanju u atinskoj sudnici dokazuje i njegov prevod pojma *gnome dikaiotote* kao *the most just understanding*.

67 Tu činjenicu najjasnije formuliše već sam naslov jednog izvanrednog rada, gde se ističe da je „sudnica gospodar svega“, E. Ruschenbuch, „*Dikasterion Panton Kurion*“, *Journal for Hellenic Studies* 6/1967 (reprint *Zur griechischen Rechtsgeschichte*, Darmstadt 1968), gde se parafrazira Pindarova misao *nomos panton basileus*, naime, da je zakon kralj svega. A Lisija u jednom sporu bez ustezanja traži od porotnika da prekorače zakon, jer „vi niste samo sudije, nego i zakonodavci“, Lysias, XIV 4. O toj logici lepo svedoči i Periklov posmrtni govor, Tukidid, *Istorija Peloponeskog rata*, II 37. Karakter presude u atinskom pravu uverljivo analizira L. Gernet, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris 1937, 67 i zaključuje da se zakon nije strogo primenjivao u svim slučajevima, već da je *équité* imala važno mesto prilikom donošenja presude.

68 Aristotel, *Ustav atinski*, 9 čak kaže (mada u to lično ne veruje) da se smatralo kako je Solon svoje zakone široko i neprecizno formulisao „da bi narod stekao vlast u odlučivanju“, tj. kako bi ostavio prostor da ih kasnije ljudi tumače i primenjuju u skladu s promenjenim potrebama društva. U *Retorici* 1347a (I, 13, 13) takođe ističe da u pisanom zakonu propusti katkada mogu biti hotimični, katkada nehotični: „nehotimični su kad im neki slučaj umakne pažnji; hotimični kad određeni slučaj ne mogu da definišu, te su prisiljeni da daju opštu formulaciju, koja se ne može primenjivati na sve, nego va većinu slučajeva“.

69 Tu specifičnost Haris definiše kao *open texture* atinskih zakona, što je ostavljalo veliki prostor za slobodno tumačenje, Edward M. Harris, „Open Texture in Athenian Law“, *Dike* 3/2000, 27–80. Vid. i Mark Sundahl, „The Living Constitution of Ancient Athens: A Comparative Perspective on the Originalism Debate“, *John Marshall Law Review* 42/2008–2009, 488.

nego sasvim sigurno *saznanje* o tome kako glasi zakon. Baš zbog toga je postojala potreba da se zakoni ponekad citiraju na sudu, jer tu ne važi princip *iura novit curia*. Zbog svih tih specifičnosti atinskog prava, prilično neobičnih za današnjeg posmatrača, zakon ima samo značaj jednog od dokaza, a ne neprikosnoveni autoritet pravne norme koje se bez izuzetka mora primeniti.⁷⁰ Pošto pozivanje na zakon nije bilo naročito korisno u smislu procesne i retoričke taktike, u sačuvanim govorima se zakon i ne citira suviše često. Ali ne stoga što je bio dobro poznat građanima (kako bi se to danas očekivalo), već zato što se snažniji utisak na porotnike postizao nizom drugih dokaza i retoričkih manevara. Štaviše, isuviše učestalo navođenje zakona moglo je izazivati negativan utisak i sumnjičavost porotnika.⁷¹

Drugim rečima, veoma je opasno prenositi na Atinu današnju apsolutizirajuću kontinentalnu logiku sistema izvora prava i uređenog zakonodavstva, pogotovo s obzirom na ozbiljne probleme koje su Atinjani imali s brojnim pokušajima utvrđivanja važećih zakona i njihove revizije.⁷² Otud se ponekad stiče utisak da atinsko pravo bolje razumeju moderni anglosaksonski pisci od onih iz kontinentalnih evropskih pravnih sistema. Čini se da oni prvi pisci pretežno zastupaju stav o nastojanju da se ublaženim tumačenjima zakona dođe do *gnome dikiotate*, dok kontinentalni pravници svesno ili podsvesno nastoje da antičko atinsko pravo upodobe svojim savremenim nazorima i kriterijumima.⁷³

70 Poseban problem otvara pitanje da li se zakon uvek citirao sasvim precizno *ad verbum*. O autentičnosti citiranih zakona u sudskim govorima razvila se obimna literatura, a njen najbolji pregled se može naći kod Douglas MacDowel, *Demosthenes against Meidias (Oration 21)*, Oxford 1990, 43–47. Čak u govorima istih logografa (npr. Demostena, prilikom navođenja teksta Solonovog zakona o uslovima i pravu ostavioca da raspolaže svojom imovinom *mortis causa*) isti zakon se ne navodi uvek na identičan, doslovan način. Pravni sistem nije predviđalo proceduru sankcionisanja ukoliko bi se zakon pogrešno interpretirao, jedino bi porotnici koji uoče takvu nekorektnost, mogli to da zamere govorniku. Demosten, doduše, na jednom mestu kaže da je za citiranje nepostojećeg zakona bila zaprećena smrtna kazna (Dem., XXVI 24), ali nijedan takav slučaj nije osvedočen u izvorima, A. Lanni, „Precedent and Legal Reasoning in Classical Athenian Courts: A Noble Lie?“, 30–31. Stoga Lani na drugom mestu s pravom ukazuje da je pravosuđe u Atini imalo vitalnu ulogu u nametanju „neformalnih normi“, A. Lanni, „Social Norms in the Courts of Ancient Athens“, *Journal of Legal Analysis*, Harvard Public Law Working Paper No. 08–19 (SSRN).

71 To je uočio još Robert J. Bonner, *Lawyers and Litigants in Ancient Athens*, New York 1927, 179. O citiranju zakona vid. više i S. Avramović, *Isejevo sudsko besedništvo*, 40–47. Na takav, prilično relativizirajući odnos prema zakonima, slikovito ukazuje i čuveni Demostenov govor *O vencu*, kada u direktnom obračunu dva najveća besednika tog vremena, on skoro ignoriše, pa i omalovažava Eshinove „činovničke“ pravne argumente, tj. obimno citiranje zakona. Očigledno je osećaj pravičnog koji su u takvim okolnostima sticali porotnici imao veći značaj od zakona. Jer, niti su oni uvek bili dovoljno jasno formulisani, niti su bili dovoljno pouzdani kao jedini oslonac za odlučivanje.

72 O pokušajima reforme i ponovnog objavljivanja zakona u Atini, koji su uglavnom ostali bezuspešni, postoji obimna literatura, a među najvažnijim tekstovima je Sally Humphreys, „The Discourse of Law in Archaic and Classical Greece“, *Law and History Review* 6, 2/1988, 476. Noviji pregled problema daje S. Todd, 56–58.

73 S druge strane, poneseni iskustvom sopstvenog pravnog sistema, naročito se pisci iz anglosaksonskog sveta prilično nategnuto trude da po svaku cenu u atinskoj demokratiji pronađu ekvivalente za *rule of law* i slične ustanove moderne demokratije, o tome više S. Avramović, „Elementi pravne države i individualna prava u Atini“, *Pravna država u antici – pro et contra*, (Konstituisanje Srbije kao pravne države, knj. 26), Beograd 1998, 7–41.

Sudska presuda u Atini ne znači prostu primenu zakona na konkretan slučaj, već pre treba da odražava shvatanje pravde u određenoj situaciji i da uspostavlja izvesnu jednakost, sredinu. To je pogotovo potrebno u slučajevima kada neka situacija nije regulisana zakonom ili kada je zakon nejasan, dvosmislen (što nije bio redak slučaj), jer tada ostaje samo *gnome dikaiotate*. Osećaj pravičnog je, ako ne ispred, ono barem u istoj ravni s pozitivnim pravom. U slučaju pravnih praznina ili zakonskih nepreciznosti, a pogotovo pri utvrđivanju kazne, nesumnjivo je da jedino on razrešava spor. Nekad će prilikom presuđivanja prevagnuti osećaj najpravičnijeg, nekada *nomos* (ukoliko postoji), a nekada će se oni i poklopiti. Kakav će ishod tog sukobljavanja biti zavisi od samih stranaka, njihovog retoričkog nastupa, sugestivnosti, taktike i opšteg utiska koji će ostaviti na sudije amatere.

Najzad, ne može se poreći da se *gnome dikaiotate* zaista na prvi pogled prilično približava anglosaksonskom shvatanju koncepta *equity*. *Equity* jeste donekle sličan pojmu *gnome dikaiotate*,⁷⁴ ali je značajna razlika među njima u tome što je *equity* potpun, stabilan, dugo izgrađivan koncept, s odgovarajućim teorijskim utemeljenjem, koji je vremenom izrastao u poseban izvor prava konkurentan sistemu *common law*, da bi postepeno postajao u određenoj meri i važniji od njega. Dotle je *gnome dikaiotate* tek sporadični i nestabilni, pre svega psihički instrument ispravljanja zakonske pravde pravičnošću, koji izrasta iz subjektivnog doživljaja porotnika laika.⁷⁵ On nije utemeljen ni na kakvoj teoriji, a odluka zasnovana na njemu neće imati karakter presedana za neki budući sličan slučaj, već će razrešiti samo jednu konkretnu situaciju i prilagoditi *nomos* kao pravo, odnosno *nomos* kao zakon, onome što je najpravičnije u konkretnom slučaju. I ništa više od toga. Jednom rečju, u atinskoj sudnici *gnome dikaiotate* jeste naprosto *osećaj najpravičnijeg*, kako ga u određenoj situaciji, jednokratno, *ad hoc*, sagledava grupa slučajno izabranih građana polisa, usklađujući zakon, pravo, pravdu i pravičnost.

74 Atinsko pravo u nekim elementima uistinu, ali samo na prvi pogled, može ličiti na anglosaksonsko. Na tim osnovama je Stiven Tod postavio čitavu svoju knjigu o atinskom pravu, izlažući materiju atinskog prava prema anglosaksonskom kriterijumu, po kome „tužba stvara pravo“, slično kao i kod Rimljana. Tako u njoj najpre izlaže procesno pravo, a tek na kraju materijalno. Kritiku takvih pristupa vid. kod Sima Avramović, S. C. Todd, *The Shape of the Athenian Law*, Oxford 1995, 433 (prikaz), *Zbornik Matice srpske za klasične studije* 2/2000, 176–182; isti, „Anglosaksonizacija antičkog grčkog prava“, *Antika i savremeni svet*, Beograd 2007, 11–20. No, te su sličnosti daleko od suštinskih, već često imaju samo sličan pojavni oblik.

75 Slično zaključuje i J. L. O’Neil, 29, kada ističe da Atinjani nisu imali sistematična sredstva za interpretaciju najpravičnijeg mišljenja (*most just opinion*), za razliku od razvijene teorije o *equity*. S pravom dodaje da moderni pogledi na *gnome dikaiotate* kao na princip koji je sistematično primenjivan u atinskom pravu predstavljaju samo pokušaj da se nametne sopstveno viđenje kako bi pravo trebalo da funkcioniše, a ne kakva je zaista bila uloga prava u Atini. Ali, ni on iz toga ne izvlači konsekvencu da s obzirom na specifičnost organizacije sudstva u Atini i nije u pitanju *gnome* kao mišljenje, već *gnome* kao osećaj.

Kenet Ejnar Hima, vanredni profesor
Pravnog fakulteta Univerziteta u Vašingtonu

AKO NISTE U ZATVORU, POSREĆILO VAM SE: SREĆA, KRIVICA I RETRIBUTIVISTIČKO OPRAVDAVANJE KAZNE

- I. Uvod
- II. Poseban problem opravdanja državnog kažnjavanja: Namerno loše tretiranje ili nanošenje štete kao *neposredni* smisao kažnjavanja
 - A. *Namerno nanošenje bola, patnje, neugodnosti ili pogoršanje položaja kao sastavni deo kazne*
 - B. *Opravdanje kazne kao neophodne radi obezbeđivanja većeg moralnog dobra: mučenje, kažnjavanje i princip većeg dobra*
- III. Teorije o opravdanosti državnog kažnjavanja
 - A. *Budućnosti okrenute teorije o opravdanosti kažnjavanja*
 - B. *Prošlosti okrenute teorije o opravdanosti kažnjavanja*
 - C. *Problemi s teorijama o opravdanosti državnog kažnjavanja I: Budućnosti okrenute teorije*
 - D. *Problemi s teorijama o opravdanosti državnog kažnjavanja II: Retributivizam, zasluga i „kontrolno stanje“*
- IV. Ponovo o sreći, odgovornosti i kontrolnom stanju
 - A. *Različite vrste sreće*
 - B. *Moralni značaj kontrole: Kontrolno stanje i koncept slobodne volje*
- V. Problem sreće i krivična odgovornost
 - A. *Sreća, krivica i kazna: Posledična sreća i neuspešni pokušaji činjenja krivičnih dela*
 - B. *Sreća, krivica i kazna: Sreća okolnosti*
 - C. *Sreća, krivica i kazna: Konstitutivna sreća*
- VI. Zaključci: Samo mu Bog može pomoći

I. UVOD

Oslanjanje prava na prinudu, to jest na mehanizme prinude, izaziva brojne složene probleme u normativnoj pravnoj i političkoj filozofiji. Štaviše, sama upotreba mehanizama prinude u cilju primene pravnih normi jeste *prima facie*

slična upotrebi prinude naoružanog pljačkaša i usled toga iziskuje jasno moralno opravdanje. Institut zakonitog kažnjavanja naročito je teško opravdati zato što kažnjavanje kao svoju neposrednu svrhu podrazumeva namerno pogoršanje položaja subjekta, postupanje prema njemu koje mu je tegobno ili neprijatno. To je zajednička karakteristika kazne i mučenja¹ i upravo ta karakteristika dovodi u pitanje moralnu ispravnost kazne. Zato je potrebno moralno opravdanje kažnjavanja.

U ovom radu odbacujem retributivističko opravdanje kazne zato što dominantna uloga koju igra sreća² u tome šta smo, šta činimo i kako to što činimo utiče na druge ljude – jeste potpuno nespojiva s pojmovima krivice i zasluge na kojima se zasniva odmazda.

Rasprava je strukturirana na sledeći način: U II delu opisujem određene karakteristične osobine kazne (i sličnosti između kazne i mučenja) koje stvaraju posebne poteškoće u opravdanju prakse kažnjavanja. U III delu razmatram i započinjem kritičku ocenu dva glavna pravca opravdanja kazne: prošlosti okrenute teorije opravdanja kazne, to jest teorije odmazde, i budućnosti okrenute teorije opravdanja kazne, koje opravdavaju kažnjavanje po učinku koji kazna ima za zajedničko dobro. Oslanjajući se na inovativni rad Tomasa Nejdžela (Thomas Nagel), u IV delu opisujem različite vrste sreće, koje uobičajeni moralni sudovi naizgled impliciraju. Pored toga, u razmatranjima u IV delu nalazi se i odbrana principa da su ljudi moralno odgovorni samo za one osobine dela koje su pod njihovom kontrolom. Odbrana o kojoj je reč zasnovana je na onome što smatram da predstavlja uobičajene moralne sudove. U V delu pokazujem kako stanje kontrole, zajedno s dominantnom ulogom različitih vrsta sreće koje definiše Nejdžel, podriva održivost retributivističkog opravdavanja kazne. Ukoliko kazna može biti opravdana, to mora biti učinjeno na osnovu budućnosti okrenutih razmatranja koja se tiču učinaka kazne na neki od elemenata zajedničkog dobra. U VI delu izlažem kratke zaključke o pitanju odmazde i opravdanja kažnjavanja.

1 Tačno je, naravno, da kazna u principu podrazumeva mnogo manje neugodnosti u odnosu na mučenje, koje za cilj ima nanošenje velikog bola subjektu. I pored toga, kazna konceptualno podrazumeva svesno nanošenje nečega što je ranije iskušeno ili doživljeno kao patnja i kao takva predstavlja izazivanje neugodnosti. Videti II deo.

2 Koristim termin 'sreća' umesto termina 'moralna sreća' ili 'pravna sreća' kako bih razmatranje učinio jasnijim. Nejdžel definiše 'moralnu sreću' kao moralno procenjivanje postupaka individue u okviru kojih „određeni aspekti onoga što [ona] čini zavise od faktora koji su van njene kontrole“. Thomas Nagel, „Moral Luck“, u: Thomas Nagel, *Mortal Questions* (Cambridge: Cambridge University Press, 1991), p. 25. Relevantno pitanje, nakon Nejdželove definicije, jeste da li je moralna sreća uopšte moguća. Ako jeste, tada ove moralne ocene mogu biti precizno navedene; ako nije, onda su ove moralne ocene problematične. Umesto da se bavim tim pitanjem u skladu s takvim donekle nepreciznim preduslovima, radije bih se, da bi sve bilo jasnije, bavio faktorima van kontrole individue, koji predstavljaju značajne sastavne delove ili determinante dela koje je proizvod „srećnih okolnosti“, a potom bih razmatrao pitanje da li se i u kojoj se meri postupci individue mogu procenjivati uprkos činjenici što značajni faktori dela zavise od onoga što nazivam „srećom“. Termin „sreća“ odnosi se na faktore koji su van kontrole individue i koji se mogu posmatrati bilo kao poželjni bilo kao nepoželjni. Videti: Neil Levy, *Hard Luck: How Luck Undermines Free Will and Moral Responsibility* (New York: Oxford University Press, 2011), Chapter 2.

II. POSEBAN PROBLEM OPRAVDANJA DRŽAVNOG KAŽNJAVANJA: NAMERNO LOŠE TRETIRANJE ILI NANOŠENJE ŠTETE KAO NEPOSREDNI SMISAO KAŽNJAVANJA

A. Namerno nanošenje bola, patnje, neugodnosti ili pogoršanje položaja kao sastavni deo kazne

Pomenuto je da prakse kažnjavanja u krivičnom pravu predstavljaju izvor veoma ozbiljnih problema u okviru normativne političke teorije. Jedan od najvažnijih jeste moralno opravdanje institucionalnog kažnjavanja, na kojem su zasnovane prakse krivičnog prava. Kažnjavanje se ne tiče samo onoga što smatramo našim najvažnijim interesima, kao što su život i sloboda, iako je već zbog toga problem legitimnosti krivične pravde sigurno važniji od problema legitimiteta praksi građanskog prava (npr. praksi određenog regulisanja i zaštite interesa u obligacionim odnosima). Još značajnije je to što kažnjavanje po sebi, po samom svom pojmu, ima osobinu koja se u skoro svakom drugom kontekstu smatra moralno lošom – smisao kažnjavanja jeste, naime, nanošenje subjektu nečega što će biti doživljeno kao bolno, neprijatno ili štetno. Ako određena radnja ne podrazumeva nešto za šta se razumno može pretpostaviti da nanosi neugodnost, ta radnja u konceptualnom smislu ne predstavlja kaznu. Drugim rečima, sama definicija 'kažnjavanja' podrazumeva u konceptualnom smislu nanošenje nečega što se doživljava kao neprijatnost. Oksfordski rečnik, na primer, definiše 'kaznu' na sledeći način:

- nanošenje ili nametanje kazne kao odmazde za prekršaj: *zločin iziskuje pravičnu kaznu*;
- izrečena kazna: *ona je pomogla svom mužu da izbegne kaznu za zločin[e]; on je odobrio strogo kažnjavanje kriminalaca*;
- *neformalno* – grub tretman ili postupanje: *vaša mašina može da podnese značajnu količinu kažnjavanja pre nego što se raspadne u paramparčad*.³

Postoje, naravno, i druge radnje koje ljudi preduzimaju i pored toga što znaju da će naneti bol drugima. Na primer, zubar rutinski daje pacijentu injekciju novokaina pre nego što započne intervenciju, znajući da je primanje injekcije bolno. Svrha davanja injekcije pacijentu nikako nije svesno izazivanje nelagodnosti. Namera pri davanju injekcije jeste prevencija većeg bola, koji po pravilu prati svaki zubarski postupak. Kako ne postoji drugi način da se ne izazove bol, injekcija se daje uprkos tome što je bolna. Nasuprot tome, zatvorsko ili pritvorsko kažnjavanje sprovodi se kao kazna delimično i zato što je bolno.

Tačno je, naravno, da možemo zamisliti i druge društvene prakse kojima je osnovna svrha neposredno izazivanje neugodnosti. Na primer, fudbalski trener želi da učini trening što je moguće više fizički zahtevnim kako bi sportiste doveo u što bolju fizičku kondiciju da bi mogli dati sve od sebe za što bolji rezultat a pritom ipak izbegli da se povrede. Na prvi pogled, čini se da to stvara sličan problem: nepo-

3 Videti, na primer, odrednicu „Kazna“ u *Oksfordskom rečniku* koja je dostupna na sledećoj adresi: <http://oxforddictionaries.com/definition/english/punishment?q=punishment>.

sredna svrha jeste izazivanje nelagodnosti koja je barem delimično opravdana krajnjim ciljem kojem služi. Ali ovde postoji razlika: fudbaler biva podvrgnut takvom tretmanu samo dok se s njim saglašava, a svoju saglasnost može jednostrano povući u svakom trenutku. To je veoma bitan deo opravdanja takvog tretmana takmičara i sportista – igrač koji je podvrgnut takvom tretmanu svojevlasno se saglašava da takav tretman prihvati kao preduslov za igranje u ekipi. Neposredna saglasnost, i to saglasnost koja može biti delotvorno povučena prema sopstvenom nahođenju igrača, ne igra ulogu u opravdavanju kažnjavanja. Možemo, naravno, ponuditi argument zasnovan na društvenom ugovoru, koji pretpostavlja da se građani dobrovoljno saglašavaju da budu kažnjeni ukoliko prekrše zakon, ali (1) ovi su argumenti izuzetno kontroverzni i (2) takva saglasnost ne može biti delotvorno povučena. Kazna predstavlja problem moralne prirode koji je u potpunosti drugačiji.

U tom smislu, kažnjavanje nalikuje mučenju, na koje se u zapadnim državama gleda pretežno neblagonaklono. Po definiciji, mučenje podrazumeva nanošenje ozbiljne mentalne i fizičke nelagode određenom licu, i to mnogo veće nelagode od one koja se uobičajeno vezuje za kaznu;⁴ ako postupanje ne izaziva bol (ili se ne može osnovano smatrati bolnim), ono ne može biti karakterisano kao „mučenje“. Imamo li na umu navedenu sličnost između mučenja i kažnjavanja, kao i opšteprihvaćeni stav da je mučenje uvek nešto moralno loše, potreba za moralnim opravdanjem kažnjavanja, kao i značaj tog problema, trebalo bi da budu jasni. Upravo stoga, jedan teoretičar na sledeći način opisuje moralni problem vezan za kažnjavanje, koje uvek podrazumeva namerno nanošenje štete subjektu kažnjavanja:

Kažnjavanje od drugih vrsta prinude razlikuje namera ...: ali koja tačno? Neki bi rekli da se kažnjavanjem namerava naneti bol ili patnja: ali to znači da su jedino bitni upravo bol ili patnja kao takvi Drugi bi rekli da se kažnjavanjem namerava naneti šteta prekršiocu, dodajući, ukoliko su pažljivi, da može postojati mogućnost da je kazna korisna po prekršioca, uzimajući sve u obzir, dakle, ... ono što je planirano kao 'prima facie šteta' u odnosu na štetu s obzirom na sve okolnosti'. Neki od teoretičara bi čak i ovo negirali pošto bi negirali da kazna mora biti 'suštinski nešto loše' za kažnjenu osobu. Bolje je reći da se kazna shvata kao teret i tako će kazna biti shvaćena u nastavku [Čak u skladu s tom konzervativnom formulacijom koncepta kažnjavanja, ostaje pitanje] kako ... može biti opravdana praksa krivičnog kažnjavanja koja umanjuje slobode licima kojima se nameće i ne samo što ih opterećuje već ima za cilj da im bude opterećenje?⁵

Pitanje je složeno upravo zbog toga što praksa krivičnog kažnjavanja, kao i praksa mučenja uostalom, „krši slobode onih nad kojima se takvo kažnjavanje sprovodi, a što ih ne samo opterećuje, već ima za cilj da im bude opterećenje“. Kao i kod mučenja, neposredna svrha kazne jeste nametanje nečega što se doživljava kao šteta ili lišavanje neke vrste te upravo ta konceptualna karakteristika kažnjavanja stvara problem koji je različit u odnosu na normativne probleme koje stvara postojanje pravnog sistema koji reguliše ponašanje uz pomoć mehanizama prinude.

4 Naravno, nanošenje takvog bola nekada je bilo korišćeno i kao kazna. Mislim da je pošteno okarakterisati kao mučenje količinu bola nanetu licu kaznom razapinjanja na krst. Razlika je naprosto u tome što je karakteristika mučenja, a ne kazne, da nanosi toliku količinu velikog bola.

5 Antony Duff, „Legal Punishment“, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (izdanje u leto 2013), Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/legal-punishment/>.

B. Opravdanje kazne kao neophodne radi obezbeđivanja većeg moralnog dobra: mučenje, kažnjavanje i princip većeg dobra

Tvrdnja da kazna sadrži neke veoma problematične karakteristike sa stanovišta morala, naravno, ne znači da kažnjavanje nije opravdano. Naprotiv, u nastavku će biti razmotrene neke od teorija opravdanja kažnjavanja. Za sada, međutim, želim da govorim o onome što smatram opštim pristupom, koji je zajednički za svaku od tih posebnih teorija, te nameravam da identifikujem osnovni princip za koji se osnovano smatra da opravdava kažnjavanje. U skladu s tim, a razmotrivši neke od problematičnih karakteristika kazne i mučenja, u ovom poglavlju ću izložiti zajedničku strategiju koja se koristi u različitim teorijama u nameri da se takve prakse opravdaju. Zajednička strategija podrazumeva ono što nazivam „principom većeg dobra“. U narednom delu biće razmotrene neke specifične teorije legitimnog kažnjavanja koje podrazumevaju takav pristup.

Iako se uobičajeno veruje da je mučenje apsolutno pogrešno (to jest da je pogrešno bez izuzetka), važno je napomenuti da je bilo onih koji su zastupali mišljenje da mučenje može biti i opravdano u retkim slučajevima i samo u meri u kojoj se njime uspeva u pribavljanju informacija koje (1) ne mogu biti dobijene na bilo koji drugi način i (2) koje će biti upotrebljene za spasavanje mnogih nedužnih života od dela koja uključuju ozbiljno nasilje. Ovakvo rasuđivanje, koje nije sasvim kontraintuitivno, poznato je kao „argument tempirane bombe“. U njemu je mučenje, s moralnog stanovišta, nužno zlo koje je opravdano zato što predstavlja jedini način da se spase životi nekog teoretski značajnog broja nedužnih ljudi.

Opšti princip iz kog ovo rasuđivanje potiče prilično je poznat i može se izraziti ovako:

Princip većeg dobra (PVD): Moralno je dopustivo izazivanje nečije patnje ako i samo ako je to sa stanovišta morala neophodno da se sačuva neko znatno veće dobro.

PVD u ovom slučaju zahteva ili dopušta izazivanje ljudske patnje samo u slučaju da je to *jedini mogući način* za postizanje većeg moralnog dobra; osnovni uslov jeste da ne postoji nijedan drugi način za postizanje takvog dobra. Ali, budući da to nije sasvim jasno, treba dodati da dobro koje se štiti izazivanjem ili dopuštanjem ljudske patnje predstavlja „veće dobro“ samo ako u znatnoj meri prevazilazi dobro koje se ljudskom patnjom oduzima ili narušava.

PVD koristi se obično kada je reč o problemima koji se odnose na opravdavanje različitih krivičnopravnih propisa. Zamislite, na primer, zakonski izuzetak koji dopušta samoodbranu kada je to neophodno radi spasavanja nedužnog života od pretnje smrtonosnom silom. Grubo rečeno, postoje četiri elementa opravdanja: (1) spasavanje života nedužne žrtve jeste dobro; (2) uzimanje života drugog, doduše krivog ljudskog bića jeste zlo (pod pretpostavkom da je oduzimanje ljudskog života uvek, u najmanju ruku, za moralno žaljenje); (3) dobro (koje se štiti, tj. spašava) u značajnoj meri prevazilazi dobro koje se oduzima činjenjem zla (uzimanjem života drugog, krivog ljudskog bića); (4) jedini način za postizanje dobra jeste dopuštanje zla. Slično tome, opšte opravdanje standarda dokazivanja „van razumne sumnje“

(VRS), koji je neophodno ispuniti da bi krivičnopravna presuda bila opravdana, zasnovano je na ideji da je bolje da deset krivih lica bude oslobođeno nego da jedna nevina osoba bude nepravedno zatvorski kažnjena. Izgleda da i to predstavlja primenu PVD-a. Dobro u ovom slučaju jeste svodenje pogrešnih (bilo oslobađajućih bilo osuđujućih) presuda na minimum; zlo je povećanje broja pogrešnih, to jest nepravednih (bilo oslobađajućih bilo osuđujućih) presuda; dobru se uvek daje prednost nad zlom, a jedini mogući način za obezbeđivanje dobra jeste sprovođenje standarda da se „van razumne sumnje“ (VRS) dokaže da delo postoji ili ne postoji.

Oni koji se trude da opravdaju mučenje takođe se usredsređuju na to da utvrde koje dobro preteže u odnosu na dobro koje se oduzima pojedincu namernim nanošenjem bola, što predstavlja konceptualnu karakteristiku kako mučenja tako i kažnjavanja. Imala – nemala mane, važna premisa „argumenta tempirane bombe“ jeste tvrdnja o spasavanju brojnih života, što je veće dobro, koje zahteva a time i opravdava nanošenje znatnog bola licu koje ima informacije neophodne da se spasi ti životi, jer to lice otkrivanjem informacija može zaustaviti mučenje u svakom trenutku.

Slično prethodnom pokušaju opravdanja mučenja, i uobičajena argumentovanja zarad opravdanja kažnjavanja oslanjaju se na princip većeg dobra, o čemu će biti reči u narednom delu ovog spisa. Svako argumentovanje utvrđuje neku vrstu većeg dobra (pravdu, odvracanje itd.) koje preteže nad dobrom koje se oduzima patnjom koja prati kažnjavanje. To veće dobro, dakle, može se ostvariti institucionalizovanjem pravednog sistema zakonitog kažnjavanja.

III. TEORIJE O OPRAVDANOSTI DRŽAVNOG KAŽNJAVANJA

Važno je jasno odrediti problem kojim se ovaj rad bavi, naime, da li kazna može biti moralno opravdana. Preciznije, da li kazna može biti opravdana na temelju odmazde.

Neke teorije opravdanog kažnjavanja jesu redukcionističke jer izdvajaju samo jednu vrstu legitimišućeg dobra ili legitimišuće svrhe. Redukcionističke teorije opravdanog kažnjavanja mogu se podeliti na dve međusobno isključive klase prema vrsti legitimišuće svrhe ili funkcije te teorije. Prema budućnosti okrenutim teorijama o opravdanom kažnjavanju, kažnjavanje je opravdano njegovim budućim koristima; drugim rečima, kažnjavanje je prema ovim teorijama opravdano samo ukoliko bude učinaka koji će na neki način unaprediti dobrobit zajednice. Postizanje tih budućih koristi jeste upravo legitimišuće dobro ili svrha kažnjavanja. Prema prošlosti okrenutim teorijama opravdanog kažnjavanja, kažnjavanje je opravdano samo radi ispravljanja nepravdi iz prošlosti; povoljne ili nepovoljne posledice kažnjavanja ovde se uopšte ne uzimaju u obzir za opravdavanje kažnjavanja kao institucije niti za opravdanje bilo kog pojedinačnog kažnjavanja.

Budućnosti okrenute i prošlosti okrenute teorije sasvim različito opravdavaju kažnjavanje, ali bi se mogla usvojiti i mešovita teorija, prema kojoj je kažnjavanje opravdano kako budućnosti okrenutim tako i prošlosti okrenutim argumentima. Kao što će niže biti objašnjeno, to da li neki teoretičar može zastupati mešovitu teoriju zavisi od njegove opštije moralne teorije.

A. Budućnosti okrenute teorije o opravdanosti kažnjavanja

Budućnosti okrenute teorije opravdanog kažnjavanja potpuno su zasnovane na principu povoljnih učinaka kažnjavanja zlodela. Takve teorije smatraju da je kažnjavanje opravdano samo radi postizanja željenih učinaka, a stanovište o tome šta je poželjno zasniva se na objektivno poželjnom ili vrednom stanju stvari. Čest kandidat za objektivno poželjno ili vredno stanje stvari jeste stanje stvari u okviru kojeg je kriminal u zajednici sveden na najmanju moguću meru. Prema tim teorijama, dakle, kažnjavanje je opravdano samo dok ima za rezultat svođenje slučajeva kriminalnog ponašanja na najmanju moguću meru.

Takva opravdanja ne bi nužno trebalo da se smatraju „konsekvencijalističkim“. Kako se taj termin obično koristi u etici, konsekvencijalizam se odnosi na samostalnu normativnu teoriju morala koja objašnjava moralnu vrednost bilo kog postupka u potpunosti po posledicama koje postupak ima za uspostavljanje određenog poželjnog stanja stvari; ne postoje druge determinante moralne vrednosti nekog čina osim njegovih posledica za stvaranje poželjnog stanja stvari. Na primer, hedonistički utilitarista smatra da je čin moralno ispravan samo ako povećava neto bilans zadovoljstva nad nezadovoljstvom među pripadnicima određene zajednice. Za konsekvencijalističke teorije, jedini istaknuti faktor pri objašnjavanju moralne vrednosti čina jesu posledice do kojih dolazi u vezi s unapređenjem željenog stanja stvari (npr., maksimiziranja blagostanja, zadovoljstva, dobrobiti, zadovoljenih potreba, sreće itd).⁶

Konsekvencijalisti su se, naravno, posvetili redukcionističkoj budućnosti okrenutoj teoriji; pojedinac, međutim, ne mora da prihvati konsekvencijalizam da bi smatrao da su budućnosti okrenuta razmatranja relevantna za pitanje opravdavanja kazne. Nekonsekvencijalisti smatraju da posledice samo nekada mogu (ili čak uopšte ne mogu, prema Kantu) legitimisati kazne, a pošto uvažavaju i postojanje prošlosti okrenutih legitimisanja, imaju mogućnost da usvoje mešovitu teoriju kažnjavanja.

Intuitivno se čini da je potonja pozicija uobičajena. Štaviše, obično se smatra da su posledice jedan od mnogih faktora koji su važni za objašnjavanje moralnog kvaliteta dela. Na primer, u skladu sa skoro bilo kojom moralnom teorijom koja odgovara intuiciji, naše moralne obaveze jednih prema drugima su ograničene; u nekim slučajevima je zato moguće ići dalje od postupanja po dužnosti pa činiti dela koja pojedinac nije u obavezi da čini, a koja imaju za rezultat značajno moralno dobro bez kršenja bilo kakvih obaveza; takva se dela nazivaju supererogatorna. Dobročinstvo bi predstavljalo jedno takvo delo pod pretpostavkom (pogrešnom, po mom mišljenju, ali opšteprihvaćenom) da je davanje siromašnima stvar izbora, to jest moralno neobavezno; dobro je ako neko pomaže siromašnima deljenjem sopstvenih materijalnih sredstava kojima slobodno raspolaže, ali takav pojedinac nije u obavezi da to čini. U skladu s tim, neko ne mora da prihvati konsekvencijalističku moralnu

6 Važno je shvatiti da je ta moralna teorija ontološka, a ne epistemološka. Tvrdnja konsekvencijalista nije da neko ponekad može da konstatuje da li je određeni čin dobar ili loš utvrđivanjem posledica tog čina. Tvrdnja je više usredsređena na to da posledice određenog čina po dobrobit zajednice predstavljaju moralnu vrednost takvog čina. Posledice određenog čina čine taj čin dobrim ili lošim; izazivanje posledica koje unapređuju dobrobit zajednice jeste, kako se ponekad navodi, karakteristika dobrih dela, dok je izazivanje posledica kojima se umanjuje dobrobit zajednice karakteristika zlih dela.

teoriju da bi zastupao budućnosti okrenutu teoriju opravdanog kažnjavanja. Konsekvencijalisti, dakle, zastupaju redukcionističku budućnosti okrenutu teoriju, dok nekonsekvencijalisti imaju na raspolaganju nekoliko opcija: (1) da usvoje redukcionistički budućnosti okrenut pristup; (2) da usvoje redukcionistički prošlosti okrenut pristup; ili (3) da usvoje mešovitu teoriju.

Uopšteno, postoje četiri budućnosti okrenuta opravdanja kažnjavanja. Svako od njih utvrđuje različite korisne učinke za dobrobit zajednice. Najčešće opravdanje uključuje ideju odvracanja: kažnjavanje zabranjenog dela opravdava se smanjenjem kriminala prinudnim podsticanjem da se kriminalno delo ne čini. Postoje dve vrste odvracanja. Prvo, kažnjavanje izaziva *opšte odvracanje* od zločina u tom smislu što druga lica kažnjavanje shvataju kao dobar (i, nadajmo se, odlučujući) razlog da ne čine takva dela kako bi izbegla kažnjavanje. Drugo, kažnjavanje izaziva *specijalno odvracanje* od zločina u tom smislu što lice koje je kažnjeno shvata da je kazna dovoljno neprijatna da se uzdrži od ponavljanja istog dela kako bi izbeglo ponovno proživljavanje istog teškog tretmana. Specijalno odvracanje igra veoma važnu ulogu u ranom moralnom obrazovanju deteta, pre nego što dete postane kadro da razvije određene motive i znanja i shvati suštinske zahteve moralnosti i činjenicu da je podložno autoritetu morala: svrha „nametanja posledica“⁷ tako maloj deci jeste njihovo podsticanje da izbegavaju određena ponašanja. Kasnije, naravno, kako dete odrasta, treba ga učiti zahtevima moralnosti, ali to nije moguće sve dok ne stekne sve neophodne kognitivne sposobnosti.

Po drugom budućnosti okrenutom stanovištu moralnog opravdanja kažnjavanja, kažnjavanje štiti društvo od daljih kažnjivih dela lica koje se kažnjava. Kažnjavanje obično podrazumeva zatvaranje, čime se onaj koji se ogrešio o zakon fizički odvaja od ostatka društva i tako se štite „slobodne osobe“ (kako ih obično nazivaju zatvorenici) od daljih kažnjivih dela tog počinioca sve dok je on fizički odvojen od opšte populacije.

Jedno od zanemarenih budućnosti okrenutih razmatranja koje se takođe bavi opravdanjem kažnjavanja jeste da se kažnjavanjem zapravo menja i rehabilituje⁸ prekršilac zakona kako bi se uspešno reintegrirao u društvo nakon odsluženja kazne. U idealnom slučaju, prekršiocu se daje dovoljno poduke kako bi uvideo je da učinio zlo, nešto moralno loše, prihvatio svoju odgovornost za to i pokajao se uz rešenost da to više ne ponovi. Iako se ta legitimisuća svrha po pravilu ne ističe i čak potcenjuje u laičkim razgovorima, ona ima veliki broj jasnih i nedvosmislenih

7 Strogo govoreći, ideja da neko „kažnjava“ malo dete zbog neposlušnosti konceptualno je nekoherentna. Kažnjavanje predstavlja odgovor na kažnjivo nedelo, a mala deca nisu dovoljno zrela, intelektualno ili psihički, da bismo ih smatrali krivim u grubom smislu koji se povezuje s moralnim sposobnostima i odgovornošću. Ideja da možemo biti kažnjeni samo zbog skrivenog nedela jeste ispravna iz perspektive bilo koje konceptualno plauzibilne teorije kažnjavanja. Štaviše, kritičari utilitarizma često tvrde da bi prihvatanje ove moralne teorije omogućilo kažnjavanje nekoga za koga se zna da je nevin ukoliko bi željene posledice takvog činjenja pretegle u odnosu na vrednost dobara koja se gube neželjenim posledicama.

8 „Rehabilitaciju“ treba razumeti kao „proces pomaganja osobi da se ponovo prilagodi društvu ili ponovo izgradi raniju društvenu poziciju ili položaj“. Vid. Kathryn Campbell, „Rehabilitation Theory“, u: Bosworth (Ed.) *Encyclopedia of Prisons and Correctional Facilities*, SAGE Publications, Thousand Oaks, CA, 2005; dostupno na <http://marisluste.files.wordpress.com/2010/11/rehabilitation-theory.pdf>. Kratko razmatranje istorije rehabilitacije, koje sledi, zasnovano je na tom informativnom članku.

koristi. Uspješna promena i rehabilitacija smanjuju stopu recidivizma, što će niže biti razmatrano, a samim tim se smanjuje i finansijski teret ponovnog procesuiranja, kažnjavanja i izdržavanja zatvorske kazne, kao se smanjuju i druge vrste gubitaka dobara koja se dodatnu ulažu za sprečavanje budućih zločina te time i broj lica koja bi u budućnosti zbog kazne iskusila bol, patnju, i strah.

B. Prošlosti okrenute teorije o opravdanosti kažnjavanja

Postoji jedno prošlosti okrenuto opravdanje kazne, zvano *retributivizam*, koje je verovatno najšire prihvaćeno – makar među laicima za filozofiju – iako nije strogo teorijski formulisano. Retributivistički princip je teže izraziti jasno i precizno nego budućnosti okrenute principe zato što se prošlosti okrenuto opravdanje oslanja na mnogo moralnih pojmova koje tek treba filozofski obrazložiti i obraditi da bi mogli biti korišćeni u teoriji retributivizma. Uopšte, ono što se može reći o tim ključnim moralnim terminima u neku je ruku metaforičko i nejasno.

Standardno izlaganje izgleda otprilike ovako: Retributivizam je okrenut prošlosti – delu koje je poremetilo ravnotežu pravde i učincima tog lošeg dela. Ravnoteža ili uravnoteženost pravde je metafora. Ideja je sledeća: Kriminalni čin remeti ravnotežu pravde i samim tim stvara moralni dug koji mora biti odužen radi ponovnog uspostavljanja ravnoteže pravde, koja je u najvećoj mogućoj meri istovetna sa stanjem koje je postojalo pre nego što je kriminalni čin počinjen. Ta ravnoteža se vraća, u opštem smislu, tretiranjem počinioaca onako kako *zaslužuje* za takav loš postupak. Obezbeđivanjem da počinilac dobije ono što *zaslužuje* za takvo delo – zadovoljava se pravda; naposljetku, izgleda skoro kao truizam da pravda predstavlja stvar obezbeđivanja da ljudi dobiju ono što *zaslužuju*.

Važno je da ne shvatimo pogrešno upotrebu termina ‘učinak’ u ovom kontekstu. Retributivizam, za razliku od budućnosti okrenutih opravdanja, sagledava posledice drukčije, jer je zasnovan na *metafizičkim* (ili, preciznije, metaetičkim) razmatranjima, koja imaju veze s ravnotežom pravde u svetu i s onim što mora biti učinjeno da bi se povratila pošto je poremećena nekim ponašanjem. Budućnosti okrenute teorije posmatraju učinke kazne na ljudsko ponašanje, a ne na apstraktnu metafizičku ravnotežu pravde. Zato što kazna izaziva smanjenje broja krivičnih dela, samim tim je i opravdana; iz te perspektive opravdano je dovoditi u pitanje posledice koje su kontingentne, jer se oslanjaju na karakteristike ljudske psihe koje variraju od osobe do osobe, a i kod iste su podložne promenama. Nasuprot tome, retributivizam se bavi poravnavanjem *moralnih* dugova vraćanjem ravnoteže pravde, te zanemaruje učinke na kontingentne karakteristike ljudskog ponašanja ili ljudske psihe.

Ideja koja potcrtava retributivističko opravdanje kazne je, čini se, barem s intuitivnog stanovišta, jednostavan princip pravde, princip po kojem je *intrinzičko* dobro – dobro *po sebi* i *za sebe* iliti dobro samo radi sebe, a ne tek *instrumentalno*, kao sredstvo za postizanje željenih ciljeva – da ljudi dobiju ono što *zaslužuju*. Prema retributivizmu, činjenje pravde davanjem prekršiocu onoga što *zaslužuje* rešava moralni dug koji je stvoren krivičnim delom i na taj način ponovo uspostavlja, takoreći, ravnotežu pravde koja je poremećena takvim delom. Kao što Antoni Daf (Antony Duff) kaže:

[R]etributivizam se tipično izražava jezikom kaznene zasluge. Oni koji su krivi, oni koji su počinili krivična dela, *zaslužuju* da budu kažnjeni: bolje rečeno, za pozitivne retri-

butiviste, ne samo što ne smemo da kažnjavamo nevine, niti da kažnjavamo krivce više nego što zaslužuju, nego bi *trebalo* da kažnjavamo krivce, i to do one mere do koje oni to zaslužuju: kaznena zasluga predstavlja ne samo neophodni već u principu i dovoljan razlog za kažnjavanje (samo u principu, međutim, pošto postoje veoma dobri razlozi, koji imaju veze s troškovima kažnjavanja, kako materijalnim tako i moralnim, zbog čega ne bi trebalo ni da pokušavamo da kaznimo sve krivce). Značajna karakteristika teorija o kažnjavanju tokom prethodne tri decenije dvadesetog veka bila je renesansa pozitivnog retributivizma – ideje da se pozitivno opravdanje kažnjavanja može pronaći u suštinskoj karakteristici kažnjavanja da je ono zaslužen odgovor na zločin....⁹

Ovde je važno primetiti bitnu razliku između retributivizma i budućnosti okrenutih razmatranja koja legitimišu kažnjavanje. Dok budućnosti okrenuta opravdanja shvataju kažnjavanje instrumentalno, kao sredstvo za postizanje cilja: društveno poželjnih posledica u što većoj meri, retributivizam se često shvata kao ostvarenje suštinskog dobra. U zavisnosti od toga kako je neka retributivistička teorija strukturisana, dobro se stvara ili putem ponovnog uspostavljanja ravnoteže pravde ili, što bi na kraju krajeva mogla biti ista stvar, davanjem počiniocu onoga što zaslužuje. Bilo koji od ova dva ishoda smatra se suštinskim dobrom te se stoga smatra i ciljem po sebi.

Pored toga, važno je shvatiti da i retributivizam, kao i budućnosti okrenute teorije, opravdava instituciju kazne tako što legitimišu funkciju ili svrhu kazne vidi u stvaranju većeg moralnog dobra, te se stoga oslanja na PVD. Poenta legitimisanja kazne u teorijama okrenutim budućnosti jeste pak stvaranje novog društvenog dobra u budućnosti. Dakle, razlika je u tome što budućnosti okrenute teorije posmatraju kažnjavanje čisto instrumentalno: kažnjavanje je sredstvo ostvarenja poželjnog društvenog ishoda, a vrednost kazne je isključivo instrumentalna (kao sredstva radi postizanja željenog cilja). Retributivističke teorije, nasuprot tome, vide stvaranje suštinski vrednog stanja stvari (to jest uspostavljanje ravnoteže pravde) kao legitimnu svrhu kažnjavanja: kažnjavanje stvara suštinsko dobro tako što počiniocu krivičnog dela daje ono što on zaslužuje.

Oba pristupa mogu izgledati kao instrumentalistička u smislu da oba vide kaznu kao sredstvo za ostvarivanje nekog vrednog ishoda; međutim, retributivizam se razlikuje u jednom veoma važnom aspektu. Budućnosti okrenute teorije smatraju da kažnjavanje *kauzalno doprinosi* ostvarivanju nekog istinski vrednog stanja stvari. Nasuprot tome, retributivisti smatraju da kažnjavanje *konstituiše* suštinski vredno stanje stvari; istinski je vredno da počinioci krivičnih dela dobiju ono što zaslužuju zato što to, na određeni način, ponovo uspostavlja ravnotežu pravde. Imajte na umu da bi bilo neispravno reći da prema retributivističkom shvatanju kažnjavanje *uzrokuje* ponovno uspostavljanje ravnoteže pravde; ravnoteža pravde ne predstavlja fizički predmet, te stoga nije predmet kauzalnosti. Primena kazne je zapravo ono što predstavlja istinsko dobro; istinski je dobro da počinilac krivičnog dela bude kažnjen. Budućnosti okrenute teorije smatraju da kažnjavanje *kauzalno dovodi* do istinski vrednog stanja stvari, ali da je istinski vredno stanje stvari nešto što se razlikuje od toga što će počinilac krivičnog dela biti kažnjen. Ako kazna ne odvraća ili ne rehabilituje poči-

9 Antony Duff, „Legal Punishment“, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (izdanje u leto 2013), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/legal-punishment/>>.

nioca kažnjivog dela, onda ona ne dovodi do istinskog dobra. Nasuprot tome, sama primena zaslužene kazne za retributiviste predstavlja istinsko dobro koje opravdava kaznu. Ako je retributivizam istinit, nije moguće da kazna ne postigne istinsko dobro koje je opravdava. Na taj način, bilo bi netačno posmatrati budućnosti okrenute i prošlosti okrenute teorije kao instrumentalističke u istom smislu.

C. Problemi s teorijama o opravdanosti državnog kažnjavanja I: Budućnosti okrenute teorije

Svaka vrsta teorije opravdane državne kazne, posmatrana ponaosob, predmet je mogućih primedaba. Jedan od uočljivih problema redukcionističkih budućnosti okrenutih teorija kažnjavanja odnosi se na opšte odvracanje. Opravdanje odvracanjem legitimise kažnjavanje time što kažnjavanje, navodno, smanjuje učestalost zločina jer kod potencijalnog prekršioca stvara strah od odmazde, to jest kazne, što je dovoljno da nadjača zamišljene prednosti koje bi ovaj imao izvršenjem krivičnog dela.

Relevantan psihički mehanizam odvracanja jeste pozivanje na razboritost, odnosno na interese i na emocije povezane sa zaštitom tih interesa. Preciznije, kažnjavanje odvraca od zločina stvaranjem straha od institucionalnih posledica nakon činjenja zločina i hapšenja, suđenja i osuđivanja. Ovaj strah, teorijski, funkcioniše tako što odvraca potencijalne prekršiće od činjenja krivičnih dela: potencijalni prekršilac, motivisan samo razmišljanjem o ličnom interesu, shvata da je očekivana dobrobit od činjenja krivičnog dela (to jest odnos koristi i verovatnoće da se ona stekne) manja, sa stanovišta njegovih interesa, od dobra koje će očekivano izgubiti (to jest, od razmera gubitaka, odnosno verovatnoće tih gubitaka). Ako je neko osoba kojoj su samo lični interesi relevantni, onda je centralna ideja ta da kažnjavanje smanjuje broj zločina dajući takvim osobama snažan razlog da ne počine zločin iz straha od neprijatnih posledica takvog činjenja.

Treba primetiti da postoje i druga budućnosti okrenuta razmišljanja koja se bave smanjivanjem učestalosti zločina, ali takva razmišljanja imaju za cilj sprečavanje zločina pozivajući se na druge obzire koji nemaju veze s ličnim interesima i strahovanjima. Promena i rehabilitacija, navodno, smanjuju verovatnoću recidivizma, učeći prekršioca zakona o moralnom zlu u njegovom postupanju i promenom njegovog moralnog karaktera. Prevaspitani prekršilac zakona uzdržava se od činjenja zločina ne iz straha, već zato što zločin više nije u skladu s njegovim karakterom i moralnim shvatanjima. Na isti način, zatvorska kazna smanjuje verovatnoću ponovnog izvršenja krivičnog dela tokom perioda izdržavanja zatvorske kazne, odvajanjem prekršioca od ostatka društva; relevantni mehanizam u ovom slučaju nema nikakve veze sa stvaranjem određenog mentalnog stanja kod prekršioca zakona. To je jednostavno stvar nametanja određene nemogućnosti prekršiocu: odvajanje naglo smanjuje broj, obim i razmeru njegovih mogućnosti za izvršenje zločina.

Jedan od najozbiljnijih problema s redukcionističkim budućnosti okrenutim teorijama tiče se opšteg odvracanja. Opravdanje zasnovano na opštem odvracanju smatra da je jedna od legitimisućih funkcija ili svrha kazne napraviti od prekršioca, takoreći, takav primer da se *druga lica* plaše kazne prosto na osnovu sopstvene razboritosti, pa se uzdržavaju od činjenja dela koja bi vodila kažnjavanju.

Problem s tom vrstom opravdanja, sa stanovišta redovnih intuicija, jeste upravo instrumentalizovanje počinioaca da bi se uticalo na ponašanje *drugih lica*. Izgleda kao da se prekršilac zakona koristi kao predmet, a ne osoba, što izaziva suprotan efekat. Lice koje se koristi naprosto kao izvor instrumentalne vrednosti samim tim da ne zaslužuje bilo kakvo moralno poštovanje. Ljudska bića poseduju intrinzičku vrednost. Ona su cilj po sebi, kako to Kant navodi, te samim tim zaslužuju moralno poštovanje. Ali bića koja zaslužuju moralno poštovanje ne mogu biti korišćena kao puka *instrumentalna vrednost*, poput stvari, kao što je novac, koje poseduju samo instrumentalnu vrednost. U skladu s tim, pogrešno je nanositi patnju nekome da bi se izazvao efekat na *druge ljude*. Kazniti jedno lice da bi se menjalo ponašanje drugog lica znači ni minimalno ne poštovati intrinzičke vrednosti bića kao što su ljudi.

Imanuel Kant je možda prvi izložio strogu formulaciju i odbranu opšteprihvaćenog principa da je, kako se uobičajeno kaže, pogrešno koristiti druge ljude kao da su oni *samo* stvari; intrinzička vrednost osobe mora uvek bezizuzetno biti poštovana. Kako Kant kaže u drugoj formulaciji kategoričkog imperativa: „Postupaj tako da čoveštvo u svojoj ličnosti kao i u ličnosti svakog drugog čoveka uvek upotrebljavaš u isto vreme kao svrhu, a nikada samo kao sredstvo.“ Reč je o ideji koja je istovetna onoj koja je ranije izražena. Svaka osoba poseduje specijalnu moralnu vrednost kao cilj po sebi te je kao takva vredna sama po sebi (to jest intrinzički vredna). Kao neko ko poseduje vrednost po sebi, osoba je vredna moralnog poštovanja, a ako je tretirana samo kao sredstvo, to nije kompatibilno s moralnim poštovanjem koje zaslužuje intrinzički vredno biće.

Kako se može pretpostaviti, Kant odbacuje opšte odvracanje jer se njime krši drugi kategorički imperativ, ali takođe odbacuje i svaku drugu navodno budućnosti okrenutu legitimišujuću svrhu na potpuno istim osnovama:

Sudsko kažnjavanje nikada ne može biti korišćeno samo kao sredstvo promovisanja *nekih drugih dobra za samog kriminalca* ili za građansko društvo, već mora u svim slućajevima biti nametnuto kriminalcu samo na osnovu toga što je poćinio zloćin; jer ljudskim bićem se nikada ne sme manipulirati samo kao sredstvom ka određenom cilju nekog drugog i nikada ne sme biti pomešano sa Zakonom stvari.... Zakon koji se tiće kažnjavanja predstavlja kategorički imperativ, i zlo onome koji tumara zavojitim stazama teorije sreće tražeći neku prednost koja se može steći oslobađanjem kriminalca od kazne ili smanjenjem njegove kazne.¹⁰

Kant izrićito odbacuje kao legitimišuuću svrhu kažnjavanja „*neko drugo dobro za samog kriminalca*“ osim suštinskog dobra koje se sastoji u tome da se prekršiocu zakona da, iz poštovanja prema moralnim zakonima, kazna kakvu zaslužuje. Time Kant jasno odbacuje posebno odvracanje, prevaspitanje i rehabilitaciju, jer je osnov svake od ovih navodnih legitimišuućih svrha obezbeđenje uspešnog povratka i asimilacije prekršioca zakona u slobodno društvo; potpuno je jasno da je to nešto što je „dobro za samog kriminalca“.

Kako naposljetku ispada, Kant odbacuje svaku navodno budućnosti okrenutu legitimišuuću svrhu, kao i konsekvencializam koji bi povezao kaznu i njen učinak u

10 Imanuel Kant, *The Metaphysical Elements of Justice* (1797), engleski prevod: John Ladd (Indianapolis: Bobbs Merrill, 1965), str. 120 (kurziv je dodat).

okviru redukcionističke teorije legitimnog kažnjavanja koja u potpunosti opravdava kaznu zbog njenih povoljnih posledica. U Kantovom citiranom pasusu izričito se kaže da „kazna nikada ne može naprosto biti korišćena samo kao sredstvo za promociju *nekog drugog dobra za samog kriminalca* ili za građansko društvo“. Na taj se način odbacuju ne samo one konsekvence koje promovišu dobro po kriminalca po sebi, što podrazumeva specijalno odvrćanje i rehabilitaciju, već i one konsekvence koje promovišu dobro po celokupno građansko društvo. Ovde je posebno važno napomenuti da time nije osporena samo legitimnost opšteg odvrćanja, kao što je gore napomenuto, time je osporena legitimnost odvajanja prekršilaca zakona od zajednice u cilju zaštite građana od bilo kojih daljih zločina koje bi počinilac izvršio.

Treba takođe primetiti da je Kantovo rasuđivanje o pitanju osporavanja opšteg odvrćanja podudarno s intuicijom koja je gore opisana. Jednostavno, nemoralno je tretirati druge ljude *samo* kao stvari koje treba koristiti, a kažnjavanje jednog lica u cilju odvrćanja drugih od izvršavanja istog zločina pogrešno tretira prekršioca zakona *samo* kao običnu stvar koju treba iskoristiti. Ljudi predstavljaju intrinzički vredna bića koja *zaslužuju* bolje.

Štaviše, nametanje, kažnjavanjem, bilo koje štete preko zasluženog oduzimanja dobara, prema uobičajenim intuicijama, a radi uticaja kazne i na druge ljude, ne samo što krši princip da ljude ne treba tretirati kao da su obične stvari već je takođe suprotno ideji da pravda zabranjuje namerno nametanje nezasluženog. Intuitivno izgleda da bi opšte odvrćanje moglo funkcionisati samo kao sporedna korist kažnjavanja. Samo kažnjavanje bi moralo da bude opravdano drugim budućnosti okrenutim ili prošlosti okrenutim argumentima, ali, kao što smo videli, ako je Kant u pravu, nijedan budućnosti okrenut argument nije merodavan o pitanju opravdavanja kažnjavanja.

D. Problemi s teorijama o opravdanosti državnog kažnjavanja II: Retributivizam, zasluga i „kontrolno stanje“

Problem je, međutim, to što su mnogi pojmovi koji se koriste za izražavanje retributivističke teorije kažnjavanja međusobno povezani, ako ne i identični. Razmisлите, na primer, o konceptu zasluge: čime se tačno određuje šta je prekršilac zakona *zaslužio*? Jedan od jednostavnih odgovora jeste da je zaslužio određeno moralnom krivicom ili *kažnjivošću*, ali postoje različiti odgovori na pitanje šta konstituiše stepen krivice:

Jedno od shvatanja jeste da postoje dva sastojka koji određuju našu moralnu krivicu: vrsta zlodela koje činimo, kao i kažnjivo mentalno stanje pod kojim takvo delo činimo. Prema ovom shvatanju, što su gore posledice koje izazovemo našim postupcima i što je manje opravdanje za izazivanje takvih posledica, to su naši postupci gori. Što su gori postupci koje bilo nameravamo da učinimo, planiramo ili rizikujemo da izvršimo, i što manje izgovora imamo za izbor takvog postupka, to smo više krivi. Ova dva – činjenje zla i kažnjivost – zajedno određuju moralnu krivicu počinioaca takvog dela. Drugo stanovište ograničava kažnjivost samo na krivicu. Prema tom shvatanju ono što određuje našu krivicu jeste stepen zla koji smatramo da činimo, a ne da li zapravo uspevamo da izvršimo takvo zlo delo u stvarnom svetu. Lica koja bez ikakvog opravdanja ili izgovora

pucaju na drugo lice, pokušavajući da ga ubiju, jednako su moralno kriva i kada promaše kao da su pucali i ubili žrtvu.¹¹

Pomenuta stanovišta predstavljaju dva radikalno različita shvatanja o tome koje karakteristike dela čine osobu *krivom* ili *je čine osobom koja zaslužuje kaznu*. U prvom shvatanju postoje dve determinante krivice: (1) ozbiljnost posledica relevantnog dela i (2) kvalitet raznih mentalnih stanja koja prate ili uslovljavaju delo koje je u pitanju. I „ozbiljnost“ konsekvenci i „kvalitet“ mentalnih stanja procenjuju se s moralnog stanovišta. Što su posledice ozbiljnije s moralne tačke gledišta, pod uslovom da su ostale okolnosti iste, to je počinilac dela više kriv – smrt je s moralnog stanovišta ozbiljnija posledica od pukog izazivanja straha kod osobe, te je u skladu s tim osoba više kriva za izazivanje smrtnog ishoda nego što bi to bila za obično izazivanje straha ako su ostale okolnosti iste. Slično tome, što je gore mentalno stanje koje prati ili uslovljava zločin, to je sa stanovišta morala, ako su ostale okolnosti iste, osoba više kriva – neko ko zlonamerno izazove smrtni ishod i namerava takav ishod jeste, ako su ostale okolnosti iste, više kriv nego neko ko zlonamerno izazove smrtni ishod ali to nije nameravao kao posledicu.¹²

Drugo stanovište navodi da postoji samo jedna determinanta krivice (ili odgovornosti) – mentalna stanja koja uslovljavaju i prate relevantni čin – kao i samo jedan stepen krivice. Uticajno shvatanje o kojem je reč, a koje se razlikuje od Kantovog shvatanja, iako ima istorijske korene u Kantovoj moralnoj teoriji, podrazumeva da je počinilac dela kriv samo u svetlu toga što je delo rezultat određenih mentalnih stanja počinio, što obično uključuje subjektivne namere i motivacije. Iz razloga koji će biti kasnije razmatrani, Kant je smatrao da posledice određenog dela ne igraju ulogu u određivanju krivice za neko delo; štaviše, prema Kantu, posledice dela *nikada* nisu, u metafizičkom smislu, relevantne za određivanje moralne vrednosti dela.

Drugo stanovište pretpostavlja veoma intuitivan princip koji se naziva kontrolno stanje (KS). Tomas Nejdžel opisuje KS na sledeći način:

Pre refleksije, intuitivno je moguće da ljudi ne mogu biti moralno ocenjivani za ono što nije njihova krivica, ili za ono što je posledica faktora koji su van njihove kontrole. Takva se ocena razlikuje od procenjivanja nečega kao dobre ili loše stvari, ili kao kao dobrog ili lošeg stanja stvari. Ovo potonje može postojati uz moralno rasuđivanje, ali kada nekoga okrivimo za njegove postupke mi ne govorimo samo da je loše to što se desilo, ili da je loše što neko takav postoji; mi mu sudimo, govorimo mu da je loš, što je različito od toga da je on zapravo nešto loše. Takva vrsta tvrdnje u obzir uzima samo određene vrste objekata. Bez mogućnosti da objasnimo tačno zašto, mi osećamo da se celishodnost moralne procene lako urušava otkrivanjem da čin ili atribut, bez obzira na to koliko dobar ili loš, nije pod kontrolom datog lica. Dok ostale procene ostaju, ova izgleda da gubi svoje uporište. Na taj način odsustvo kontrole, koje je rezultat

11 Michael Moore, „Retributivism,“ u: *USA Encyclopedia of Crime and Justice* (MacMillan Reference 2013).

12 Termin 'krivica', kako ga koristi Mur (Moore), ima za cilj da, donekle pogrešno, izdvoji kažnjivost mentalnih stanja. U svakodnevnoj upotrebi, 'kriv' i 'odgovoran' obično predstavljaju sinonime. U svakodnevnoj upotrebi tih reči, koju i ja ovde usvajam, X je kriv za određeno delo u samo u meri u kojoj je X odgovoran za takvo delo.

nedobrovoljne kretnje, fizičke sile ili neznanja usled datih okolnosti, abolira ono što je učinjeno od moralne ocene.¹³

Što se tiče njegovog značaja za temu kažnjavanja, KS pretpostavlja da je neophodni preduslov postojnja krivice za događaj ili čin *E* da lice ima direktnu voljnu kontrolu nad *E*. Drukčije postavljeno, mi ne smatramo ljude odgovornima za ono što oni nisu u stanju da spreče ili nisu u stanju da slobodno ili direktno kontrolišu. Ono što je van *direktne voljne kontrole* lica, pod uslovom da su ostale stvari iste, nije *krivica* tog lica; direktna voljna kontrola predstavlja neophodni preduslov opravdanog kažnjavanja za krivično delo ako je počinitelj kriv za takav prekršaj.

Takvo shvatanje je sasvim u skladu s široko prihvaćenim stanovištima i praksama koje se tiču moralne i zakonske odgovornosti. Osoba *P* se po pravilu ne smatra ni moralno ni krivično odgovornom za navodno delo *a* ukoliko je neko ili nešto *primoralo P* da izvrši *a*. Od suštinskog je značaja da se primeti da se *primoranost* razlikuje od *prinude*. Pretpostavimo, na primer, da prislonim pištolj na glavu *P* preteći da ću da ga ubijem ako mi ne da njegov novac. Ukoliko mi *P* da novac iz straha da ću ga ubiti, *P-ovo* činjenje *a* je iznuđeno, ali ne i primorano. Pod pretpostavkom da ima mogućnost slobodnog izbora, *P* može i dalje odabrati da ne učini *a*; očigledno je, međutim, da to nije razuman izbor sa stanovišta razboritosti. Ono što sam učinio time što sam prinudio *P* jeste to da sam ga postavio u situaciju u kojoj u redovnom stanju stvari ne bi bio i u okviru koje je razborito da doživi značajnu štetu time što će mi predati novac kako bi izbegao još veću štetu. Nasuprot tome, pretpostavimo da u mozak *P* ugradim kompjuterski čip koji će proizvesti bilo koje neuropsihičko stanje koje odaberem tako što ću izdati par programskih komandi. Pretpostavimo, nadalje, da unesem komandu kojom se proizvodi neuropsihičko stanje koje rezultira činom upiranja pištolja u glavu osobi *Q*, koja stoji ispred *P*. *P* je primoran da povuče obarač pošto kompjuterski čip deterministički izaziva stanje mozga koje proizvodi delo upiranja pištolja i povlačenja obarača i time onemogućava *P* da slobodno odlučuje da li da uperi pištolj i povuče obarač.

Očita je društvena činjenica da smatramo ljude moralno i zakonski odgovornim barem za određena dela koja su iznuđena, ali ne i za „dela“ (ili, preciznije, telesne kretnje) na koja su primorani. Ako *A* uzme supruga osobe *B* za taoca, preteći da će ga ubiti osim ako *B* ne ubije *C*, a *B* ubije *C* kako bi spasla muža, ona će se smatrati moralno i zakonski odgovornom za ubistvo *C*. Prinuda će se verovatno uračunati kao olakšavajuća okolnost u pitanju krivice *B*, što će imati uticaja i na visinu kazne, kako sa stanovišta moralne tako i sa stanovišta pravne prakse. *B* će, bez obzira na sve, ipak dobiti određenu kaznu i to zaslužno, barem sa stanovišta uobičajenih moralnih stanovišta te će se stoga smatrati i moralno i pravno odgovornom iako je navedeno delo bilo iznuđeno.

Nasuprot tome, ne smatramo ljude bilo moralno bilo krivično odgovornima za fizičke događaje na koje su primorani, a koji bi u odsustvu primoravanja predstavljali moralno nedozvoljene radnje. U slučaju kada ugradim kompjuterski čip u mozak *P* i naložim čipu da proizvede neuropsihološko stanje koje dovede do

13 Nagel, *Mortal Questions*, p. 25.

toga da *P* puca i ubije *Q*, *P* ne bi bio smatran ni moralno ni krivično odgovornim. U tom slučaju snosim odgovornost ja upravo stoga što sam ja s moralnog i konceptualnog stanovišta krajnji i jedini uzrok toga što je *Q* ubijen.

Takva intuitivna razmatranja čine KS plauzibilnim. Ono što razlikuje slučaj primoravanja u odnosu na slučaj prinude jeste to što prinuđeni počinilac i dalje ima direktnu voljnu kontrolu nad tim da li će povući obarač ili neće, dok primorani počinilac nema direktnu voljnu kontrolu bilo kakve vrste nad tim da li će povući obarač ili neće. Isto bi bilo ako bih, na primer, vezao *P* za stolicu i vezao njegove ruke za pištolj koji je uperen u *Q*, tako da prst leži na obaraču, a potom pustio električni šok koji dovodi do toga da se prst zgrči na obaraču kroz telo *P*, što dovodi do ispaljivanja metka iz pištolja i do ubistva *Q*. Ako su naše prakse bilo kakav pokazatelj, mi ne bismo ni smatrali da je *P* moralno ili pravno odgovoran za ubistvo *Q*.

Postoji teorijski zanimljiva razlika između prethodno navedenog primera i primera u kom primoravam *P* da puca i ubije *Q* tako što mu ugradim kompjuterski čip u mozak, ali ta teorijska razlika ne pravi bilo kakvu praktičnu razliku u pitanju relevantnih moralnih i pravnih praksi. Ako uzmemo u obzir ono što znamo o mozgu, i pretpostavljajući mogućnost kontrole stvaranja moždanih neuropsihičkih stanja daljinski pomoću kompjuterskog čipa, *P* će, u skladu s *nomološkom* nužnošću, pucati iz pištolja ako komanda da puca iz pištolja bude poslata u čip i tamo obrađena. To znači da bez obzira na to u čiji mozak postavljamo čip, telo tog lica će izvršiti iste radnje ukoliko čip obradi iste komande; to je jednostavno način na koji funkcioniše ljudski mozak. Ovo nije isto u primeru u kome primoravam *P* da puca tako što mu, praktično, vežem prst za obarač pištolja i pustim struju kroz telo. Da li će elektrošok dovesti do refleksnog pokreta na kažiprstu, čime dolazi do pucanja iz pištolja, može varirati od osobe do osobe. Elektrošok može izazvati određene nevoljne pokrete kod svih ljudi, ali nema razloga da mislimo da će to izazvati apsolutno iste pokrete kod svake osobe. Veza između prinudnih stimulansa i rezultujućeg pokreta daleko je nepouzdanija u ovom slučaju nego što je to kod slučaja s kompjuterskim čipom.

To govori da ono što objašnjava različiti tretman zlodela koja su iznuđena i zlodela do kojih je došlo primoravanjem nije ništa drugo do činjenica da neko čija su dela iznuđena poseduje kontrolu nad tim da li će izvršiti takvo delo, dok neko do čijeg je „dela“ došlo primoravanjem nema kontrolu nad tim da li će se određeni pokret desiti ili ne. Nije uopšte bitno kakva vrsta veze postoji između prinudnih stimulusa i prinudnih odgovora. Ako stimulus ima efekat izmeštanja relevantnih pokreta izvan voljne kontrole subjekta, tada subjekt nije ni moralno ni pravno odgovoran. Značajna razlika između delā nastalih kao rezultat primoravanja i delā nastalih kao rezultat prinude ima veze s tim da li su radnje i kretnje pod kontrolom subjekta.

KS je u skladu ne samo s uobičajenim moralnim intuicijama i zakonskim praksama već i s metaetičkim razmatranjima koja imaju veze s neophodnim uslovima za moralnu odgovornost, ili, drugačije rečeno, s činjenicom da je neko moralni subjekt.¹⁴ Na primer, kapacitet za moralni subjektivitet – sposobnost da se bude pred-

14 Konceptualna je istina da je neko moralni subjekt ako i samo ako se u delovanju rukovodi moralnim standardima prema kojima se neko smatra odgovornim za svoje ponašanje.

met procene sa stanovišta moralnih standarda – zavisi od postojanja dveju sposobnosti: (1) sposobnosti subjekta da kontroliše svoje ponašanje slobodnim biranjem sopstvenih dela; i (2) sposobnosti da se „razlikuje dobro od lošeg“ bar u smislu znana kako da se precizno primene opšti moralni standardi na određene paradigmat-ske slučajeve. Na taj način, sam koncept koji označava status moralne odgovornosti za sopstvene postupke pretpostavlja sposobnost kontrole ponašanja. Štaviše, iako se samo to (1) navodi direktno, čini se da ono (2) precizira sposobnost da se kontroliše ponašanje. Dalje, (2) podrazumeva da je neophodni preduslov moralne odgovornosti sposobnost da se misli o određenim normama i vrednostima koje uključuju i moralne norme, ali će takođe uzeti u obzir razboritost. Naposljetku, precizna primena moralnih standarda u paradigmatičnim slučajevima zahtevaće poznavanje moralnih pravila, uključujući i poznavanje norme da su moralne obaveze obavezujuće bez obzira na želje ili razborite interese osobe koja je obavezana pravilom. U skladu s tim, karakterističan način za kontrolu onoga što neko čini, a možda i jedini mogući mehanizam te kontrole, kompatibilan sa sposobnošću subjekta da slobodno vrši izbor, jeste da se racionalno vagaju opcije, što će uključivati i razmatranja o relevantnim moralnim normama i razlozima razboritosti. Kako i sam status bivanja odgovornim zavisi od toga da li je KS zadovoljeno, razumno je pretpostaviti, iako to nije logički implicirano, da su jedine karakteristike dela za koje se osoba može legitimno smatrati odgovornom one karakteristike dela koje su pod direktnom voljnom kontrolom lica.

IV. PONOVO O SREĆI, ODGOVORNOSTI I KONTROLNOM STANJU

A. Različite vrste sreće

Nejdžel razlikuje četiri vrste sreće: rezultujuća sreća, sreća okolnosti, konstitutivna sreća i kauzalna sreća. *Rezultujuća sreća* se tiče sreće koja ima veze s rezultatima ili posledicama nečijih postupaka. Preciznije, rezultujuća sreća ima veze s moralno značajnim učincima dela koja su van kontrole subjekta. Da li, na primer, A uspe da ubije B pucajući na njega, zavisi i od toga da li B nosi pancirni prsluk, ali to da li B nosi pancirni prsluk jeste nešto što je van kontrole A. Stoga to da li će A uspeti da ubije B jeste stvar rezultujuće sreće.

Sreća okolnosti podrazumeva sreću u pitanju određenih karakteristika okolnosti u kojima se subjekt nađe i u okviru kojih mora da odluči na koji način će delati. To znači da sreća okolnosti ima veze s karakteristikama situacije u kojoj se subjekt nalazi a (1) koje doprinose uslovljavanju¹⁵ onoga što subjekt čini i (2) koje su van kontrole subjekta. Kako to Nejdžel kaže, „stvari koje nas upućuju da delujemo, moralni testovi s kojima se suočavamo, bitno su određeni faktorima koji nisu u našoj kontroli.“¹⁶ Na primer, da li osoba čini nešto hrabro ili ne, zavisi od

15 Moja upotreba termina ‘uslovljavanje’ ne podrazumeva da te karakteristike kauzalno određuju na neki mehanicistički način ono što subjekat čini. Karakteristika situacije subjekta koja, prosto rečeno, *utiče* na ishod rasuđivanja subjekta bila bi karakteristika koja je uslovia dela subjekta te bi stoga trebalo da bude kompatibilna, u principu, s posedovanjem slobodne volje.

16 Nagel, *Mortal Questions*, p. 33.

toga da li će se ta osoba naći u situaciji koja zahteva hrabar čin. Evo kako Nejdžel opisuje tu vrstu sreće:

Za nekoga može biti tačno da se u opasnoj situaciji može ponašati kukavički ili herojski, ali ako do takve situacije nikada ne dođe, on nikada neće imati priliku da se istakne ili osramoti na taj način, i njegov moralni dosije će biti drugačiji.¹⁷

Neko ko je hrabar, možda u navedenom smislu nikada neće imati priliku da postupi na hrabar način zato što nikada neće doći u odgovarajuće okolnosti. Takva se osoba možda nikada neće naći u okolnostima da treba, na primer, da utrči u zapaljenu zgradu i spase živote zato što se nikada neće naći u situaciji izbijanja požara u nekoj zgradi.

Konstitutivna sreća se odnosi na sreću u pitanju sposobnosti, nesposobnosti, ukusa, preferencija, želja i vrednosti subjekta, kao i na to kakve psihičke i karakterne osobine poseduje subjekt. To znači da konstitutivna sreća ima veze s (1) sposobnostima i mogućnostima subjekta (2) koje su van kontrole subjekta i (3) koje uslovljavaju postupanje subjekta. Postoje dve vrste konstitutivne sreće. Ono što ću nazivati „tvrda konstitutivna sreća“ podrazumeva sreću u pitanju subjektivog *prirodnog* dara – onih sposobnosti i karakteristika koje su u izvesnoj meri određene genetičkim nasleđem. Prirodna intelektualna sposobnost koju subjekat dobije rođenjem predstavlja primer tvrde konstitutivne sreće. Ono što ću nazivati „meka konstitutivna sreća“ podrazumeva sreću u pitanju društvenih faktora kao i faktora okruženja koji doprinose sposobnostima i dispozicijama koje subjekt poseduje. Da li su nečiji otac i majka brižni roditelji puni ljubavi predstavlja stvar meke konstitutivne sreće.

B. Moralni značaj kontrole: Kontrolno stanje i koncept slobodne volje

U našem razmatranju važno je pitanje zašto neki teoretičari izjednačavaju slobodnu volju s *mentalnom* sposobnošću, obično u vezi s nečijim voljnim radnjama ili izborima. Timoti Okonor (Timothy O'Connor) daje veoma korisno objašnjenje: „Filozofi koji razlikuju slobodu delanja i slobodu volje čine to zato što naš uspeh u postizanju ciljeva delom zavisi od faktora koji su potpuno van naše kontrole.“¹⁸ Teorijski značaj ovoga ne treba potcenjivati, jer to nameće „ograničenje adekvatnosti“ teorijama slobodne volje: ako je Okonor u pravu, tada bilo koje uspešno filozofsko objašnjenje koncepta slobodne volje mora navesti sposobnosti nad kojima imamo kontrolu.

Ograničenje adekvatnosti koje je gore opisano ima za naše razmatranje dve važne implikacije. Prva, i unekoliko manje važna, jeste da slobodna volja mora biti objašnjena u smislu nečega nad čim imamo kontrolu. Razumno je misliti da razlog

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Timothy O'Connor, „Free Will“, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (izdanje u proleće 2013), Edward N. Zalta (ed.); dostupno na adresi <http://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/freewill/>. Treba pomenuti da je razlika između slobode postupanja i slobode volje, kako Okonor objašnjava, zasnovana na razlici između onoga nad čime imamo kontrolu i onoga nad čim nemamo nikakvu kontrolu.

za to ima veze s KS i odnosom između koncepta slobodne volje i koncepta moralne odgovornosti. Još jedno ograničenje adekvatnosti nad konceptualnom teorijom slobodne volje jeste da bi slobodna volja trebalo da bude izražena u smislu koji ne samo što je kompatibilan s moralnom odgovornošću već objašnjava i zašto su bića s tim kapacitetom moralno odgovorna. Kako Okonor objašnjava:

Većina filozofa pretpostavlja da je koncept slobodne volje blisko povezan s konceptom moralne odgovornosti. Postupanje u skladu sa slobodnom voljom, prema takvim gledištima, samo zadovoljava metafizički uslov za odgovornost za nečije postupke. (Jasno, postojeće i epistemički uslovi odgovornosti, kao što je svesnost, ili u nedostatku toga, bivanje nesvesnim, svojom krivicom, o relevantnim alternativama u postupcima pojedinaca, kao i alternativama moralnog značaja.) Ali značaj slobodne volje nije iscrpljen njenom vezom s moralnom odgovornošću. Čini se da je slobodna volja i preduslov za sluga za postignuća određenog lica (zato su uloženi napor i kreativni rad vredni hvale), za autonomiju i dignitet lica, kao i za vrednost koju prispisujemo ljubavi i prijateljstvu.¹⁹

Pretpostavimo da je Okonor u pravu kada kaže da se moralna odgovornost odnosi samo na reakcije nakon kršenja moralnih normi, a uopštenija kategorija moralne sposobnosti uključuje druge evaluativne odgovore, kao što su pripisivanje zaslužnosti (to jest utvrđivanje pohvale ili pokude koje neko zasluži), i objašnjava autonomiju i dostojanstvo lica, kao i vrednosti koje se pripisuju ljubavi i prijateljstvu. Ako je moralna odgovornost ograničena, kao što Okonor navodi, onda širi pojam moralnog subjektiviteta koji podrazumeva užu predstavu o moralnoj odgovornosti mora takođe biti objašnjen u smislu sposobnosti nad kojom relevantno lice ima kontrolu i samim tim se mora uskladiti s KS, što je još jedan uslov adekvatnosti koji ističe bazični karakter bilo KS bilo uobičajenih intuicija koje naglašavaju KS.

U okviru moralnog procenjivanja koje je u domenu kontrole subjekta moraju se razlikovati najmanje dva različita nivoa, a ideja kontrole je veoma bitna na oba. Na nivou sadržinskog moralnog teoretisanja kontrola je očito značajna: izgleda potpuno jasno da je *nepravično* ili *nepravedno* (i jedno i drugo su moralne predstave) smatrati nekoga odgovornim za nešto nad čim taj neko nema nikakvu kontrolu. Kontrola je takođe očito značajna na nivou metaetičkog teoretisanja: izgleda potpuno jasno da je *iracionalno* – što predstavlja normativno stanovište koje ističe moralne standarde ali uključuje i standarde razboritosti, zakonske i moguće estetičke standarde – smatrati nekoga odgovornim za nešto nad čim taj neko nema nikakvu kontrolu.

Ovde smo dužni da učinimo dve napomene. Prvo, obe tvrdnje su po karakteru normativne: jedna je moralno normativna, dok druga izražava sud zasnovan na normativnim standardima praktične razboritosti, koja uključuje moralne standarde, ali nije na njih ograničena. Drugo, bilo koja od ove dve normativne tvrdnje bi, ako su ispravne, pružila plauzibilno teorijsko opravdanje za KS, i obe bi, uzete zajedno, pružile ono što se označava kao ubedljivo opravdanje KS. Međutim, nijedna od ove dve tvrdnje nije na odgovarajućem nivou apstrakcije kako bi odgovorila na metaetički zahtev da koncept slobodne volje bude objašnjen u smislu određene sposobnosti nad kojom osoba ima kontrolu. Normativne tvrdnje koje su gore opisane

19 O'Connor, „Free Will“.

navode uslove pod kojima je fer ili racionalno smatrati osobu odgovornom za delo ili za karakteristiku dela. Te tvrdnje se, ipak, primenjuju samo na moralne subjekte; primena tih standarda podrazumeva moralni subjektivitet, a moralni subjektivitet pretpostavlja slobodnu volju, koja mora biti identifikovana s nekom sposobnošću nad kojim relevantna osoba ima kontrolu. Značaj kontrole, bez obzira na to da li je zasnovana na sadržinskim moralnim obzirima, opštijim razmatranjima praktične racionalnosti ili pak apstraktnijim metaetičkim zahtevima, prožima teorijska razmatranja o moralnosti, kao i uobičajene prakse i intuicije.

V. PROBLEM SREĆE I KRIVIČNA ODGOVORNOST

A. Sreća, krivica i kazna: Posledična sreća i neuspešni pokušaji činjenja krivičnih dela

Izgleda da posledice ponašanja *ponekad* doprinose konstituciji moralne vrednosti dela. Posledice na ljudsku dobrobit, na primer, izgleda da učestvuju u konstituisanju moralne vrednosti herojskog dela. Dela o kojima je reč nisu moralno neophodna, ali svejedno (bar *ponekad*)²⁰ imaju pozitivnu moralnu vrednost. Kakva će biti pozitivna moralna vrednost herojskog dela, zavisi od mnoštva karakteristika dela, uključujući i rizike koje preduzimanje dela donosi delatniku, ali jasno zavisi i od posledica dela za razne dobrobiti. Ako *A* i *B* utrče u zgradu u plamenu da spasu ljude i *A* spasi 100 ljudskih života, a *B* spasi život kućeta, izgleda jasno da *A* zaslužuje više hvale nego *B* zbog toga što je delo osobe *A* bolje, bez obzira na to što je delo osobe *B* verovatno moralno dobro.²¹ Akt osobe *A* je bolji od akta osobe *B*. Jedan od razloga za to jeste činjenica što heroizam osobe *A* rezultira boljim posledicama sa stanovišta moralnosti.

Važno je naglasiti da je ovo slabija teza o ulozi posledica u konstituisanju moralne vrednosti dela od teze koju nude moralni konsekvencijalisti.²² Za konsekvencijalistu, *jedini* konstitutivni element moralne vrednosti akta jesu učinci tog akta u postizanju objektivno poželjnog stanja stvari, kakvo je na primer maksimizacija ljudskog zadovoljstva, sreće ili blagostanja. Konsekvencijalista tako smatra da ništa drugo nije značajno kada se radi o utvrđivanju moralne vrednosti dela.

Skromna tvrdnja da je moralna vrednost dela *ponekad* delimično konstituisana i nečim drugim a ne samo posledicama dela koje dovode do poželjnog stanja stvari jeste teza karakteristična za skup moralnih teorija koje nazivamo *deontološkim*. Kao što smo videli, pobornici tih teorija smatraju da su bar neka dela (verovatno samo

20 Moguće je da herojsko delo rezultira moralno neželjenim posledicama. U takvim slučajevima, nije jasno kako okarakterisati delo; nije jasno da li to što je herojsko delo imalo loše posledice treba okarakterisati kao „moralno dobro“, ili kao nešto što je „trebalo“ učiniti.

21 Neko bi mogao da zastupa tezu da je *B* postupao neodgovorno i samim tim pogrešno rizikujući sopstveni život da bi spasio drugi život ili život kućnog ljubimca. Naravno, konačna procena o ovom pitanju bi zahtevala informacije o tome da li je *B* znao da će spasiti samo kućence. Ako nije, onda bi procena, mislim, bila povoljnija u odnosu na to da je *B* znao da je preuzimao rizik po sopstveni život da bi spasio život jednog kućenceta. Sumnjam da ima bilo kakvog značaja to kakvo je kućence bilo u pitanju.

22 Ovde je potrebno podsetiti čitaoca da je poenta ontološka, a ne epistemološka. Vid. fusnotu 6.

delimično) pogrešna sa stanovišta *intrinsic* ili *inherent* karakteristika te su stoga inherentno loša.

Kant je bio prvi značajniji filozof koji je osporio stav da posledice u bilo kom slučaju učestvuju u konstituisanju moralne vrednosti dela, što je na prvi pogled veoma iznenađujuće. Po njegovom mišljenju, moralna vrednost dela je u potpunosti konstituisana određenim mentalnim stanjem koje stoji u pozadini dela. Mentalno stanje o kojem je reč Kant naziva dobra volja. Dobra volja je bezuslovno, te stoga i inherentno dobra i ima apsolutnu moralnu vrednost; ono što konstituiše dobru volju jeste da su njena nastojanja objašnjiva na osnovu stava poštovanja moralnog zakona. Kant svoje stanovište opisuje ovako:

Dobra volja je dobra ne zbog onoga što čini ili zbog onoga na šta utiče, niti zbog njene pogodnosti za postizanje nekog željenog ishoda, već jednostavno zbog same volje; to jest ona je dobra po sebi i po sebi se smatra mnogo vrednijom u odnosu na sve što se njome može postići, u odnosu na bilo kakvu naklonost, čak u odnosu na zbir svih naklonosti.²³

Uprkos tome što ovo objašnjenje nije onoliko jasno koliko se uobičajeno smatra da jeste, poenta je da delo koje je motivisano dobrom voljom ima pozitivnu moralnu vrednost bez obzira na to da li su njime postignuti nameravana svrha ili učinci. Po istoj pretpostavci, čin koji je pak motivisan lošom voljom je loš bez obzira na to da li su postignuti nameravana svrha ili učinci.

Da Kant veruje da posledice nikada ne igraju ulogu u konstituisanju čina kao moralno dobrog ili moralno lošeg, jasno je ako se ima u vidu značaj koji pridaje ulozi dobre volje u konstituciji moralne vrednosti dela. Za to ima još jedan interesantniji razlog. Ne postoji skup posledica koje *nužno* proizlaze iz bilo kojeg pojedinačnog dela uzetog po sebi bez obzira na sve karakteristike okolnosti u kojima se delo odigrava. Na primer, uperiti napunjen pištolj u nečije srce ne mora nužno da rezultira ubijanjem pa ni povređivanjem nameravane žrtve. Mogao bih čak uperiti pištolj u nekoga i povući oroz s namerom da ga ubijem, ali ne uspeti u tome iz različitih razloga: pištolj bi mogao da zataji, nameravana meta bi se mogla pomeriti dok povlačim oroz i tako dalje. Objašnjenje toga zašto promašujem metu u ovim slučajevima sigurno bi se moglo svesti na kauzalne tvrdnje koje uključuju stanje pištolja u tom trenutku, pomeranje mete itd. Sa stanovišta počinioca, ne postoji određeni skup posledica do kojih nužno dolazi prosto zbog toga što je uperio napunjen pištolj u nekoga i povukao oroz. Ima i drugih faktora koji su van njegove kontrole, koji doprinose utvrđivanju posledica povlačenja oroza na napunjenom pištolju. U tom smislu, možemo reći da je veza između bilo kog dela i određenog skupa posledica *subjektivno akcidentalna*.

Kant je, dakle, sigurno u pravu u pogledu toga da gorepomenuto znači da ono što je pod direktnom voljnom kontrolom delatnika, ako je bilo šta pod direktnom kontrolom delatnika, jesu određena mentalna stanja koja uslovljavaju delo i dovode do njega. Primer će najbolje ilustrovati dubinu implikacija te plauzibilne teze. Pretpostavimo da Džon i Džejn istovremeno usmere pištolj na Semovo srce; pošto oba pištolja imaju laserski nišan koji precizno određuje ulaznu tačku metka, a vidi se

23 Immanuel Kant, *Fundamental Principles of the Metaphysic of Morals* (Kindle Locations 143–148). The University of Adelaide Library. Kindle Edition.

samo jedna crvena tačka, to ukazuje da će meci iz oba pištolja pogoditi u isto mesto. Bilo koji metak će trenutno usmrtiti Sema. Džon i Džejn pucaju istovremeno, ali Džonov metak pogađa pticu koja je baš u tom trenutku proletela ispred mete, a Džejnin metak pogađa Sema i ubija ga na licu mesta. Kantovo stanovište jeste to da i Džon i Džejn jednako zaslužuju osudu iako je samo Džejnin metak doveo do nameravane posledice.

Razlog za to što su oba delatnika jednako vredni osude po Kantovom sudu nije očigledan. Zavređivanje osude ne može zavisiti od faktora nad kojima počinilac nema voljnu kontrolu, a počinioци, videli smo, nemaju voljnu kontrolu nad posledicama svojih dela. Reč je naravno o kontrolnom stanju (KS) o kojem se raspravljalo ranije, na osnovu kojeg „ljudi ne mogu biti moralno odgovorni za ono za šta nisu krivi ili za ono što je nastalo usled faktora koji su izvan njihove kontrole“.²⁴

Bilo bi od pomoći da se vratimo na primer Sema i da podsetimo čitaoca na plauzibilnost KS i njegov smisao. Teško je uvideti na koji način bi Džejn bila odgovornija nego Džon imajući u vidu da je jedina stvar koja razlikuje njihove postupke pitanje puke sreće. Da li će ptica proleteti trajektorijom metka, izvan je njihove kontrole te je pitanje sreće. Teško je ipak videti na koji način bi se razlika u krivici mogla svesti na razliku u sreći. Džejn i Džon su izvršili isto delo ako imamo u vidu suštinske karakteristike tog dela; mogli su čak imati iste motive za ubistvo Sema. Jedina razlika jeste ta što je ptica slučajno proletela i sprečila da Džonov metak pogodi Sema, a to je bilo pitanje puke sreće, jer je to van svake direktne kontrole počinioца. Teško je videti na koji način sreća može objasniti razlike u krivici između Džejn i Džona.

Problem koji KS postavlja za uobičajene prakse u krivičnom pravu jeste taj što KS, izgleda, nije konzistentno s uobičajenom praksom kažnjavanja optuženika, naime, da se oni koji su uspeali da izvrše delo kažnjavaju strože od onih koji su u pokušaju izvršavanja istog dela. Nejdžel opisuje problem ovako:

Sta stanovišta s kog odgovornost zavisi od kontrole, sve ovo izgleda apsurdno. Kako je moguće biti više ili manje kriv u zavisnosti od toga da li dete uđe u putanju kretanja određenih kola, ili ako ptica preleti putanjom nečijeg metka? Možda je tačno da to što je učinjeno zavisi od više faktora a ne samo od stanja ili namere počinioца. Tada se postavlja pitanje zašto nije iracionalno zasnovati moralnu procenu na tome šta ljudi učine u tom širokom smislu. Sve se svodi na to da se oni smatraju odgovornima za doprinos sudbine, kao i za sopstveni doprinos, ako su uopšte imali bilo kakav doprinos. Pogledamo li slučajeve nepažnje ili pokušaja, čini se da je pravilo da je sveukupna krivična odgovornost određena mentalnom ili namernom krivicom i ozbiljnošću ishoda. Slučajevi odluke donete u uslovima nesigurnosti teže se objašnjavaju na ovaj način, jer izgleda da se sveukupna ocena može čak promeniti iz pozitivne u negativnu, u zavisnosti od ishoda. Ali i ovde se čini isuviše racionalnim izdvajanje posledica događaja koje su prosto bile moguće u datom trenutku i koje su usledile pošto je odluka doneta i izvršen izbor. Moralna ocena treba da se fokusira na realne odluke u svetlu datih okolnosti. Ako je objekat moralnog procenjivanja osoba, onda nju ne treba smatrati odgovornom za ono što je učinila u širem smislu, jer je to blisko striktnoj, objektivnoj odgovornosti, koja može imati svoje pravne upotrebe, ali izgleda iracionalna s moralnog stanovišta.²⁵

24 Nagel, *Mortal Questions*, p. 25.

25 *Ibid.*

Nejdzjel, naravno, nije fatalista i ne misli da postoji entitet koji zovemo „sudbina“ i koji određuje smer i karakter nečijeg života te u tom smislu daje važnu poentu. Proglasiti počinioa *A* moralno odgovorim za događaje nad kojima nema nikakvu kontrolu deluje sa stanovišta pravde sasvim slično proglašavanju *A* odgovornim za moralno istaknute posledice događaja u prirodnom svetu koje su potpuno nezavisne od dela osobe *A*. Potonje proglašavanje odgovornim, proširujući pojmove kako bismo u njih uključili koherentno shvatanje sudbine, istovetno je s proglašavanjem nekog odgovornim za ono što je posledica sudbine.

Jedan mogući protivargument počinje pokušajem utemeljenja smisla diferencijalnog tretmana uspešnih i neuspešnih pokušaja u okviru jednog od tradicionalnih moralnih opravdanja kazne. Razmotrićemo na koji način razlika u sreći može biti razmotrena sa stanovišta različitih koncepcija legitimiteta kažnjavanja. To će nam reći da li intuitivna razmatranja u prilog KS i Kantovoj tvrdnji mogu biti uverljiva. S jedne strane, ako se neka od legitimisućih svrha kažnjavanja unapredi diferencijalnim tretmanom uspešnih i neuspešnih pokušaja, onda je to razlog da smatramo da Kantovo stanovište i KS treba odbaciti. S druge pak strane, ako nijedna od legitimisućih svrha kažnjavanja ne može plauzibilno biti unapređena takvim diferencijalnim tretmanom, onda je to dodatni razlog da prihvatimo Kantovo stanovište uz pretpostavku KS.

Kako je retributivizam verovatno najčešće prihvaćeno stanovište među filozofima i u javnosti, to nam daje polaznu tačku za evaluaciju Kantovih pozicija. Prema retributivistima kažnjavanje je opravdano ukoliko je *zasluženo*, a sa stanovišta intuicije je teško videti zašto bi Džejn kaznu *zaslužila* više nego Džon ako je jedina razlika između njihova dva dela pitanje sreće koju niko od počinilaca ne može kontrolisati.

Postoji svakako skup različitih pojmova koji se koriste da bi se objasnio pojam zasluge. Jedan od mogućih načina da se pojam zasluge odredi na necirkularan način jeste da se osvetli na osnovu termina „moralni dug“. Po ovom stanovištu, osoba *A* zasluhuje u pogledu kazne ono što je potrebno da bi se namirio moralni dug prema drugome, žrtvi *B*, koji je nastao lošim delom osobe *A*. Brojni su problemi ovog pokušaja da se rasvetli pojam zasluge, s obzirom na to da je sama predstava moralnog duga nejasna, te joj je i samoj neophodno filozofsko objašnjenje – objašnjenje koje se ne zasniva na predstavama zasluge ili ravnoteže pravde koje je takođe neophodno filozofski objasniti. Jedan od ključnih problema jeste, naravno, pokušaj da se rigoroznim učini nepopravljivo metaforički jezik „poremećaja u ravnoteži pravde“, poremećaja koji nastaje lošim delom i koji naglašava ideju o stvaranju neke vrste moralnog duga koji se vraća kaznom.

Drugi ključni problem jeste pokušaj da se shvati koji bi elementi dela bili uključeni u stvaranje moralnog duga. Možda najznačajniji pokušaj da se „moralni dug“ definiše tako da negira KS i tvrdnju da posledice nisu nikada relevantne u utvrđivanju moralne vrednosti dela jeste taj da se uzmu u obzir opterećujuće posledice kriminalnog dela po žrtvu i da se tako uključe u „moralni dug“ koji joj mora biti isplaćen. Razmotrimo ponovo primer s Džonom, Džejn i Semom. Džejnin metak pogađa i ubija Sema, dok, setićemo se, Džonov metak, koji bi pogodio isto mesto u

isto vreme, završava na zemlji nakon što pogodi pticu koja je presekle trajektoriju metka. Zato što je Džejnin metak izazvao Semovu smrt, dok Džonov nije, njen moralni dug uključuje Semovu smrt, dok Džonov moralni dug ne uključuje Semovu smrt. S obzirom na to da su dugovi, ako su ostale stvari iste, u konačnom iznosu ekvivalentni svojim posledicama, Džejnin dug je veći i opravdavao bi kažnjavanje u dužem vremenskom periodu.

Postoje i druge interpretativne poteškoće koje bi morale da se reše pre nego što bi takvo rasuđivanje plauzibilno da utemelji kritiku KS. Jedna važna poteškoća jeste utvrditi klasu osoba kojima zločinac duguje moralni dug zbog svog zlodela. Najprirodniji kandidat za člana te klase jeste direktna žrtva krivičnog dela. Ako, na primer, *A* kažnjivo i nezakonito udari *B* u lice i slomi mu nos, *A* će imati moralni dug prema *B* koji proističe kako iz karaktera dela tako i iz njegovih posledica. Jedan od problema s ovakvom tvrdnjom jeste to što izgleda da moralni dug *A*, načinjen na taj način, može biti u *potpunosti* oplaćen drugim pravnim mehanizmima koji ne podrazumevaju boravak u zatvoru. Naposljetku, *B* ima pravni osnov i za postupak protiv *A* radi novčane naknade štete, a poenta naknade licu za nanete povrede izazvane kršenjem zakona jeste povraćaj tog lica u stanje i situaciju u kojoj bi bilo da se delo nije desilo i da nije došlo do povrede.

U onom prvom pravnom mehanizmu pak država, a ne direktna žrtva, jeste tužilac koji predstavlja javni interes u okviru krivičnog postupka. Povreda javnog interesa često se opisuje kao zakonom definisan prekršaj koji uključuje svest o kriminalnom ometanju nečega što se smatra uzajamno korisnim i mirnim sistemom saradnje u društvu. Ali, ako pretpostavimo da su posledice po žrtve bitne u određivanju krivice prekršioca, relevantne posledice ne bi uključivale one za koje se uobičajeno smatra da prate određenu vrstu dela. Tako se slomljeni nos žrtve napada ne računa kao jedna od posledica dela koje je krivično kažnjivo i koje iziskuje moralni odgovor u vidu kazne. Uznemiravajući efekti samog dela po javni red i mir jesu ti koji, kada se uzmu zajedno, definišu krivicu prekršioca i dovode do odgovora u vidu kažnjavanja od strane države. To znači da relevantni moralni dug koji prekršilac mora da plati nije dug prema žrtvi već dug prema svim građanima za kršenje javnog mira.

To je, takoreći, čudan preokret. Po tom shvatanju, ubica se ne kažnjava zbog *izvršenja ubistva* u bukvalnom smislu, već se ubica kažnjava samo zbog izvršenja nečega što predstavlja kršenje javnog mira ili zbog uznemiravajućih efekata koji takav prekršaj ima po ostale sugrađane. Iako je, znači, krivično delo počinio ubistvo, kazna se ne tiče ničeg više osim kršenja javnog reda i mira. Naposljetku, imajući u vidu da država kao tužilac predstavlja celu zajednicu i njenu dobrobit u okviru krivičnog slučaja, interesi svih žrtava – građana – spadaju u istu kategoriju. Dug koji ubica duguje meni je isti, u tom smislu, kao i dug koji ubica duguje svojoj žrtvi.

Teško je, međutim, pojmiti u kom to smislu uspešni ubica stvara *remećenje mira* koje je ozbiljnije, s moralne tačke gledišta, u odnosu na neuspešnog ubicu. Što se tiče stvaranja straha kod ljudi u datom društvu, neuspešni pokušaj ima jednak efekat kao i uspešan pokušaj. Tačno je da će uspešan pokušaj imati mnoge psihičke efekte koje neuspešni pokušaj neće imati. Uspešno ubistvo, na primer, proizve-

šće tugu; važno je, međutim, napomenuti da patnja nije vrsta neugodnosti koja je uključena u ideju kršenja javnog reda i mira. Javni red i mir predstavlja nenasilni ekvilibrijum u kome ljudi slobodno vode svoje živote bez nasilnih konflikata. Bilo kakvo kršenje javnog reda i mira je problematično, prema teoriji koja se ovde razmatra, u tom smislu što povećava verovatnoću nekažnjelog društvenog nasilja. Dalje, smrt lica može dovesti do emocija povezanih s osvetom koje kulminiraju zabranjenim sredstvima samopomoći kao što je lična osveta, ali i neuspešan pokušaj ubistva lica može dovesti do istih emocija.

Drugi problem oslanjanja na terminologiju „moralnog duga“ je sledeći: Ako se to što je neko ubijen uključuje u obim stvorenog moralnog duga, onda bi mogao postojati intuitivan razlog da se smatra da bi Džejn trebalo da bude oštrije kažnjena od Džona. Naposletku, njen metak je uspeo da ubije Sema, a intuicija uporno insistira da smrt žrtve pravi razlike sa stanovišta određivanja kolika kazna je zaslužena. I pored toga, ova moguća intuicija je problematična. Da bi ovakvo razmišljanje imalo bilo kakvog smisla u okviru postojećeg konceptualnog okvira za ocenjivanje moralnih pitanja, trebalo bi rešiti problem kako različito tretirati bilo koji moralni dug stvoren kršenjem istih moralnih normi, jer izgleda da su i Džon i Džejn prekršili iste moralne norme. Sam pokušaj ubistva Sema predstavlja kršenje moralne norme koja zabranjuje namerno ubistvo osoba za koje se zna da su nevine. Nije da ovde postoje dve različite moralne norme koje zasnivaju odgovornost na uspešnom ili neuspešnom pokušaju ubistva. Deset zapovesti sadrže samo jednu normu u vezi s namernim ubistvom, a to je „Ne ubij“; ovde zasigurno ne postoji druga nezavisna moralna norma koja kaže „Ne pokušaj da ubiješ.“

Različito kažnjavanje uspešnih i neuspešnih pokušaja nije jednostavnije zasnovati ni na legitimišućim svrhama okrenutim budućnosti. Tu se problemi mnogo lakše uočavaju. Na osnovu onoga što znamo izgleda jasno da ne postoje razlozi koji povezuju *opšte odvracanje* s tvrdnjom da bi Džejn trebalo oštrije kazniti u odnosu na Džona. Izgleda da potencijalnim uspešnim ubicama ne treba veće odvracanje u odnosu na potencijalne neuspešne ubice; naposletku, bilo koja osoba koja iskreno namerava nekoga da ubije namerava i da uspe u tome. Ako je opšte odvracanje legitimišuća svrha kazne, to neće opravdati strože tretiranje uspešnog pokušaja ubistva u odnosu na neuspešan.

Isto važi i za sve druge ponuđene legitimišuće svrhe okrenute budućnosti. Nekome ko je zatvoren zbog neuspešnog pokušaja ubistva, kao što je Džon, jednako je potrebna prevaspitanje, rehabilitacija ili prinudni podsticaj da ne bi opet pokušao da ubije, kao i nekome, kao što je Džejn, koja je zatvorena zbog uspešnog pokušaja ubistva. Takođe, društvu je jasno potrebna što veća zaštita od Džejn, kao i od Džona, ako su ostale stvari jednake. Svet nije podeljen na dve klase potencijalnih ubica s radikalno različitim moralnim karakteristikama: potencijalne uspešne ubice i potencijalne neuspešne ubice. Svako ko iskreno pokuša da počinu ubistvo pokušava da to učini uspešno i zato KS predstavlja plauzibilan izazov krivičnom zakonodavstvu koje razlikuje uspešne od neuspešnih pokušaja zločina.

Važno je u punoj meri shvatiti značaj moralnih implikacija KS na odnos zakona prema krivičnim pokušajima. Sve veći broj smrti izazivaju ljudi koji šalju poruke dok voze; studije pokazuju, na primer, da je vodeći uzrok smrti vozača tinejdžera

slanje tekstualnih poruka mobilnim telefonom tokom vožnje.²⁶ Ali oni koji šalju poruke mobilnim telefonom tokom vožnje često izazivaju nesreće koje za posledicu imaju smrt drugih lica. Na primer, jedan čovek je ubijen kada je njegov automobil udario auto koji se kretao iz suprotnog smera i koji je prešao na njegovu stranu zbog toga što je krivac za nesreću slao tekstualne poruke telefonom tokom vožnje; vozač je dobio godinu dana zatvora zbog ubistva vozilom.²⁷ Problem koji KS postavlja u tim slučajevima jeste to što mnogi ljudi priznaju da šalju tekstualne poruke telefonom tokom vožnje; više od polovine vozača tinejdžera priznaju da koriste mobilni telefon tokom vožnje, a 77% tinejdžera veruje da to može da čini na bezbedan način. U svakom slučaju, razlika između osoba koje su udarile i ubile nekoga dok su slale poruke telefonom tokom vožnje i osoba koje nisu udarile ni ubile nikoga dok su slale poruke tokom vožnje – jeste u tome što prve nisu a druge jesu imale sreće. Ako je KS ispravno, onda smo svi mi koji smo ikada slali poruke mobilnim telefonom tokom vožnje jednako krivi i zaslužujemo kaznu koju su dobila ona lica koja služe zatvorsku kaznu zbog toga što su tokom vožnje udarila i ubila nekoga dok su slala poruke mobilnim telefonom! Da li će nam neko izaći ispred kola dok šaljemo poruku telefonom i vozimo, čisto je pitanje sreće a ne nešto nad čime imamo kontrolu. Iz tog razloga, ako je KS ispravno, nema nikakve razlike između pitanja šta neko zaslužuje i pitanja kakvu kaznu bi neko trebalo da dobije bez obzira na to da li loše delo određenog lica rezultira smrću, povredom ili pak ne rezultira nikakvom štetnom posledicom. Svako takvo delo je s moralnog stanovišta isto zato što ima potpuno iste karakteristike kao i ostala zlodela.²⁸

Jasno je onda da Kant veruje ne samo da je kazna moralno opravdana već i da je *moralno neophodna*. Razmatranja o koristi, uključujući i ona koja bi pratila pružanje milosti ili milosrđa, ne mogu opravdati smanjenje visine kazne koju bi počinilac dela trebalo da dobije; ono što je bitno jeste koju visinu kazne kriminalac zaslužuje. Kantovo shvatanje moralnog značaja posledica kompatibilno je s verovanjem da je kazna opravdana, a pretpostavlja da je kazna opravdana samo ako je *zaslužena*, što predstavlja retributivističko stanovište koje gorenavedene napomene izričito podržavaju. Kao što ćemo videti, drugi vidovi sreće, uključujući i neke koje je primetio Kant, dovode u pitanje zasnovanost retributivističkih opravdanja kazne.

26 Videti: <http://www.newsday.com/news/nation/study-texting-while-driving-now-leading-cause-of-death-for-teen-drivers-1.5226036>

27 Videti: <http://www.nydailynews.com/news/national/mass-18-year-old-2-years-texting-while-driving-death-article-1.1091576>

28 Važno je napomenuti da razmatranja o nedostatku kontrole koju ljudi imaju nad posledicama svojih postupaka ne podržava veći zahtev u vezi s našim zakonskim praksama osim zahteva da, kao sredstvo političke moralnosti, neuspešne pokušaje ne bi trebalo kažnjavati, u principu, manje oštro od uspešnih pokušaja. Za razliku od zabrinutosti za pitanje dominantnih uloga drugih vrsta sreće, posledična sreća ne stvara opšte probleme retributivističkim opravdanjima kazne. Kant je sigurno bio svestan toga, kao što je bio jasan u stavu da je kazna opravdana na temelju retributivizma: „Sudska kazna nikada ne može biti korišćena samo kao sredstvo promocije nekog drugog dobra za samog kriminalca ili po civilno društvo, već mu u svim slučajevima mora biti nametnuta samo na temelju toga što je počinio zločin; jer ljudskim bićem nikada ne treba da bude manipulirano samo kao sredstvom za određenu svrhu nekog drugog, niti ikada sme da bude zamenjeno sa subjektom Zakona stvari.“ Kant, *The Metaphysical Elements of Justice* (1797), prevod John Ladd (Indianapolis, IN: Bobbs Merrill, 1965), str. 120–22.

B. Sreća, krivica i kazna: Sreća okolnosti

Sreća okolnosti ima veze sa situacijama ili okolnostima u kojima se nađe osoba koja mora da deluje, a stoga i mora da donese odluku da li da poćini neko moralno bitno delo. Jedan primer sreće okolnosti, koji je ukratko razmatran u IV delu, ukljućuje okolnosti u kojima je neko rođen. Niko ne bira u kom će delu sveta biti njegovo mesto rođenja; to predstavlja slućajnost van kontrole lica. Štaviše, mesto gde je neko rođen ogranićava raspon delovanja koja su dostupna licu. Ljudi rođeni u siromaštvu koje ugroćava život ne mogu odabrati da kupe vile; njihove opcije su ogranićene okolnostima siromaštva koje ugroćava život.

Kao što se može videti iz prethodno rećenog, ideja da posredna sreća problematizuje sudove o krivici predstavlja prirodnu ideju. Ono što odrećena osoba odlući da ućini u odrećenom trenutku zavisi od situacije u kojoj se nalazi; naposljetku, specifićne karakteristike bilo koje slućajne situacije u kojoj se odrećeno lice naće uslovljavaju raspon relevantnih dela koja su mu na raspolaganju. U kojoj će se situaciji lice naći jeste van direktne voljne kontrole datog lica; niko nema sposobnost da slobodno bira svaki aspekt situacije u kojoj se nalazi. To znaći da niko nema sposobnost da bira svaki aspekt situacije koja će usloviti raspon bihejvioralnih opcija koja su takvom licu na raspolaganju. Koje će bihejvioralne opcije osoba imati, nalazi se, samim tim, van kontrole te osobe, a to, naravno, implicira da će izbori koje će ona praviti biti uslovljeni nizom faktora koji su van njene kontrole.

To možda deluje kontraintuitivno, pošto je lako zamisliti primere u kojima osoba ima kontrolu nad situacijom u kojoj se naće. Na primer, meni možda padne na pamet da za vikend odem u San Francisko da posetim prijatelje. Zbog toga rezervišem let i hotelsku sobu i provedem vikend u San Francisku. Možda naoko izgleda da sam slobodnom voljom izabrao svaki element svoje situacije, ali to nije taćno. Možda se ispostavi, i pored toga što prividno izgleda da imam znaćajnu kontrolu nad situacijom, da me u ormaru hotelske sobe ćeka neko ko planira da me zaskoći i povredi. Ako je tako, onda ovaj element moje situacije ne samo što nije pod mojom kontrolom već će takode usloviti i to koje su mi bihejvioralne opcije na raspolaganju. Možda će me neznanac napasti po mom dolasku iziskujući od mene da izvršim dela koja inaće ne bih izvršio, a koja su neophodna da bih se odbranio. Ako je tako, onda su mi bitne opcije koje su mi bile na raspolaganju ogranićene, barem delimićno, specifićnim elementima moje situacije koji su van moje kontrole. Pošto nema nićeg neobićnog u vezi s ovim primerom što bi navodilo na zakljućak da su takvi rezultati ogranićeni na klasu primera koji dele neke neobićne karakteristike, razumno je zakljućiti, kao što to ćini Nejdžel, da posredna sreća uvek, u najmanju ruku delimićno uslovljava koja dela biram da izvršim.

Naravno, pošto je jasno da elementi situacije nad kojima nemam kontrolu mogu ogranićiti, pa ćak i odrediti opcije koje su mi na raspolaganju, takode bi trebalo da je jasno da ti elementi situacije mogu ćiniti razliku izmeću ishoda u okviru kog ućinim nešto loše i ishoda u okviru kog ućinim nešto što nije loše. Pretpostavimo, na primer, da izvućem pištolj na napadaća koji se krije u mom ormanu, nakon što on iz njega iskoći i uputi mi pretnju po život. Primetite, pre svega, da sam suoćen, bez ikakve sopstvene krivice, s pretnjom ćije nastajanje nisam mogao da sprećim i da to

čini nužnim određene odgovore koji inače ne bi predstavljali opciju. Ako povučem obarač u trenutku kada napadač načini očajnički pokušaj da pobjegne kroz prozor, a moj metak ga pogodi u leđa, tada sam ja učinio nešto što je moralno značajno i što potencijalno krši krivični zakon, a što inače ne bih učinio da nisu postojale posebne okolnosti situacije koje su van moje kontrole i koje su definisale bitne bihejvioralne opcije. Konkretno, da kriminalac uopšte nije bio u ormaru (!), nad čim nemam nikakvu kontrolu, nikada ne bih ni napravio grešku da pucam u njega dok pokušava da pobjegne.

Štaviše, meni se može suditi za ubistvo i mogu provesti ostatak mog života u zatvoru *zato što* sam imao lošu sreću okolnosti. Ono što je posebno zabrinjavajuće u vezi s ovim primerom jeste to što nemamo nikakvog razloga da mislimo da posedujem bilo kakvu karakternu manu usled koje ću pre ili kasnije napraviti pogrešan izbor i odluku koja će za rezultat imati nečiju smrt nakon čega ću dobiti značajnu kaznu. Da nije bilo loše sreće u mom odabiru baš te hotelske sobe, mogao sam da proživim ceo život a da ne povredim bilo koga na krivično kažnjiv način. Nažalost, moj izbor hotela bio je pitanje loše sreće i, posledično, počinio sam krivično delo koje u suprotnom ne bih počinio i moraću da provedem veći deo svog preostalog života u zatvorskoj ćeliji. To je, nažalost, nešto što može da definiše moj identitet u odnosu na zajednicu onih koji nisu prekršili zakon ili slobodnih lica, jer u ovom primeru jesam i zauvek ću biti osuđeni prestupnik.

Ako vam to ne deluje uznemirujuće sa stanovišta morala, uznemirujuće će sigurno delovati sledeći primer loše sreće okolnosti, koji ima veze s uslovima pod kojima se danas vode ratovi. Velika većina vojnika na terenu u zoni ratnih operacija su mladi ljudi, uzrasta između osamnaest i dvadeset četiri godine, koji još uvek nemaju psihičke sposobnosti potrebne za upravljanje intenzivnim stresom koji donosi rat. Pre svega, mladim ljudima u principu nedostaje ona vrsta iskustva sa stresom koja im omogućava da razviju efektivnu odbranu od stresa; borba sa stresom na konstruktivan način predstavlja veštinu koja se delimice stiče iskustvom. Drugo, još važnije, mozak mladih ljudi koji učestvuju u ratovima nije u potpunosti razvijen u segmentima koji bi im, prosto neuropsihički, omogućili da se uzdrže od reagovanja na opasne impulse koji nastaju nakon produženog izlaganja ozbiljnom stresu. Preciznije, veoma bitni prefrontalni korteks nije u potpunosti razvijen sve do dvadeset pete godine starosti. Prefrontalni korteks je od ključne važnosti za donošenje odluka i samouzdržavanje, jer upravo ta moždana struktura vrši funkcije suzbijanja impulsa, regulisanja emocija, procene rizika i organizovanja projekata i prioriteta. Sandra Amot (Sandra Aamodt) objašnjava razvojne promene mozga u uzrastu između 18 i 25 godina na sledeći način:

[P]romene koje se dešavaju u uzrastu između 18 i 25 godina predstavljaju nastavak procesa koji počinje pubertetu, a 18-godišnjaci su otprilike *na pola puta u okviru tog procesa*. Njihov prefrontalni korteks još uvek nije u potpunosti razvijen. To je deo mozga koji vam pomaže da suzbijete impulse, planirate i organizujete svoje ponašanje kako biste postigli željeni cilj.²⁹

29 Tony Cox, „Brain Maturity Extends Well Beyond Teen Years,” *NPR.org* (10. oktobar, 2011); dostupno na adresi <http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=141164708>. Koks intervjuje Sandru Amot, koja je koautor knjige *Welcome to Your Child's Brain* (Bloombury USA, 2012).

Mladi ljudi u oružanim snagama Sjedinjenih Američkih Država koji su bili raspoređeni u Iraku ili Avganistanu morali su da se suoče s intenzivno stresnim uslovima u okviru kojih su se borili u ratu protiv grupe ljudi koja nije nosila uniforme ili drugu odeću koja bi ih identifikovala kao vojnike. Sa stanovišta američkog vojnika svako je ličio na civila, što je efektivno navodilo vojnike da su svaku osobu koju su videli smatrali potencijalnom pretnjom po svoj život. Zbog komparativne nerazpoznatljivosti iračkih ili avganistanskih pobunjenika ili vojnika, američki vojnici su morali da žive pod konstantnim psihički razarajućim stresom zbog toga što su svakog trenutka tokom svakog dana morali da budu spremni za napad u kome su mogli poginuti ili biti ranjeni. Dovoljno je bilo loše već i samo to što je ljudima koji su morali da trpe takav stres nedostajalo iskustva da njime upravljaju na konstruktivan način, a još je i gore bilo što je to doprinosilo povećanju verovatnoće da u tako opasnim situacijama, koje su im se nametale u obilju, čine moralne greške strašnih razmera. Verovatnoća da se učini greška u situaciji koja je rezultat neke (ne)srećne okolnosti značajno se povećava usled neuropsihološke nezrelosti mladih ljudi uzrasta između 18 i 25 godina.

Postoje i drugi faktori koji su van kontrole mladih ljudi angažovanih u ratnim područjima, kao što je rat koji se vodi na Srednjem Istoku, koji povećavaju verovatnoću činjenja moralne greške koja može promeniti čitav život:

Drugi deo mozga koji je različit tokom adolescencije jeste sistem nagrađivanja u mozgu, koji postaje veoma aktivan baš negde u vreme puberteta, a potom se postepeno umiruje sazrevanjem, koje se dostiže oko 25-te godine. On čini adolescente i mlađe odrasle osobe zainteresovanijim za ulazak u nesigurne situacije u kojima se traži i ispituje da li se nešto može dobiti iz takvih situacija.³⁰

To povećava verovatnoću da mlađa osoba načini ozbiljnu moralnu grešku koja može da joj promeni život u uslovima ratnog stanja, poput onog u Iraku i Avganistanu (a ranije i u Vijetnamu). Postoji mogućnost da mladi vojnici dozvole svojoj ljubopitljivosti da ih uvuče u situacije koje predstavljaju ozbiljan rizik po njihov život i zdravlje vođeni znatiželjom da istražuju okolnosti koje ih mame, a jedan od impulsa za koji njihov mladi mozak nije dovoljno pripremljen da ga suzbije i kontroliše jeste impuls znatiželje.

Kakvu vezu ta, takoreći, nova pravila borbenog angažovanja imaju s onim što se s pravom karakteriše kao neuropsihički zasnovana *neosposobljenost* mladih vojnika? Odgovor je uznemirujući, barem što se tiče uobičajenog rasuđivanja i pripisivanja krivične odgovornosti, krivice i zasluge. Ako osoba A bude smeštena u veoma stresnu situaciju opasnosti po život, bez neuropsihičke opremljenosti koja bi joj pomogla da se nosi s takvom situacijom na konstruktivan način, verovatnoća da će A delovati na očigledno nesavestan i krivično odgovoran način značajno se povećava. Bolje rečeno, verovatnoća da će osoba A biti nadvladana nemirom i ljutnjom koje proizvodi stres i da će delovati po nasilničkom nagonu jeste dovoljno velika da kod svih koji su upoznati s činjenicama može proizvesti nelagodu; čini se da je potpuno nekorektno staviti takav teret na osobe koje još uvek nisu u potpunosti razvile delove mozga koji bi im pružili više mogućnosti za upravljanje takvim stresom.

U svakom slučaju, skoro je neizbežno da će neki od tih mladih vojnika, prosto rečeno, „pući“ pod pritiskom i počiniti zlodela nasilja protiv civila. Ovde postoje dva problema koja dovode u pitanje koliko su takvi mladi ljudi krivi, odgovorni i zaslužili kaznu za ta zlodela. Prvo, mnogi od ovih mladih ljudi – barem oni koji ne stupe u oružane snage s nekom patološkom predispozicijom u skladu s kojom će odgovoriti na situacije patološkom količinom nasilja – proživeli bi svoje celokupne živote a da nikada ne poćine bilo koji akt nasilja. Pa ipak, ta deca (jer ne treba napraviti grešku: ti vojnici su, sa stanovišta emotivnog i kognitivnog razvoja, i dalje „deca“) mogu provesti ostatke svojih života u vojnom zatvoru zbog kazne za delo koje nikada ne bi poćinili da se nisu našli, van svoje kontrole, u situaciji koja ih je navela na donošenje loše odluke, koja je bila uslovljena mladalaćkom kognitivnom nesposobnoću. Deluje unekoliko problematićno tretirati tu decu kao potpuno odgovorne za njihova dela.

Drugi problem je ozbiljniji. Niko od nas ne može da kaže s bilo kojim procentom pouzdanosti da ne bismo reagovali nasilno ako bismo bili stavljeni u istu situaciju i ako bismo bili podvrgnuti istom stresu s istim prolaznim smetnjama usled neuropsihićke nezrelosti. Mnoge potpuno razvijene odrasle osobe pate od problema vezanih za stresove koji su van njihove direktne kontrole a koji ih primoravaju da donose loše odluke koje u drugim situacijama ne bi donosile. Podvrgnete li istim, neuobićajenim, prevelikim stresovima skup *potpuno formiranih* odraslih ljudi, postaje verovatnije da će i oni ućiniti ozbiljnije greške od onih koje bi ućinili suoćavajući se sa situacijama koje su manje stresne. Verovatnoća da će naćiniti ozbiljne greške još znaćajnije raste ukoliko im nedostaje potpuni razvoj prefrontalnog korteksa koji kontroliše emocije i impulse.

To ima uticaja na procenjivanje krivice na sledeći naćin: Ima nećeg pogrešnog u vezi s pripisivanjem krivice osobi A zbog nećega što je ućinila a što bi većina ljudi ućinila ukoliko bi bila suoćena s istim okolnostima. U nekom smislu, delo ćije je izvršenje uslovljeno situacijom s kojom se lice suoćava deluje kao *prirodan* (mada ne i *razuman*) odgovor na takvu situaciju kada postoji velika verovatnoća da bi u slićnoj situaciji savesni ljudi ućinili istu stvar. Taćno je, naravno, da postoje mnogi mladi vojnici koji ne puknu pod pritiskom i koji ne ubiju nedućzne civile. Ali, takode je taćno da je stopa ozbiljnih mentalnih oboljenja i nasilja neobićno visoka meću vojnicima koji su u ovom trenutku rasporećeni na Srednjem Istoku. Veći deo tog nasilja usmeren je na sebe pošto je stopa samoubistava meću vojnicima najveća u istoriji. Dalje, stope mentalnih oboljenja meću vojnicima, koje su bez presedana, predstavljaju dokaz neverovatnog stresa s kojim se vojnici suoćavaju; štaviše, ne bi bilo preterivanje reći da i ozbiljni slućajevi posttraumatskog stresnog poremećaja predstavljaju prirodni odgovor na takav stres i meću prethodno zdravim ljudima. Još je znaćajnije što nema razloga za verovanje da mladi vojnici koji uspeavaju da se nose sa stresom modernog ratovanja bez ćinjenja dela nasilja nisu iskusili iste okolnosti kao oni mladi vojnici koji su poklekli pod stresom i završili tako što su poćinili krivićna dela nasilja. Naime, razlika izmeću većine nas i mladog vojnika koji se uruši pod pritiskom i poćini krivićno delo predstavlja ćistu sreću; bolje rećeno, razlika izmeću te dve klase ljudi može se najvećim delom objasniti faktorima koji su van kontrole, to jest onim što predstavlja stvar (ne)sreće.

Pomenuti primeri čine problematičnim sudove o krivici, koji se nalaze u osnovi retributivističkog opravdanja kazne.³¹ Iako su pripisivanja krivice mahom zasnovana samo na okolnostima i karakteristikama lica koje se ocenjuje s moralnog stanovišta, čini se da je takva karakterizacija donekle ograničena komparativnim faktorima. Ako je slučaj, na primer, da bi svako u situaciji *C* izvršio isto krivično delo *p* koje je učinilo i neko drugo lice koje se za to delo sada kažnjava, čini se iracionalno misliti da je potonja osoba posebno kriva u odnosu na sve nas ostale. I dok je zasigurno opravdano podvrgnuti lice koje je počinilo krivično delo nekoj vrsti prinude kao što su prinudne reakcije u vidu zatvaranja, čini se da je problematično u potpunosti opravdavati pripisivanje krivice redukcionističkim retributivističkim opravdanjem.

C. Sreća, krivica i kazna: Konstitutivna sreća

Najproblematičnija forma sreće u okviru retributivističkog opravdanja kazne jeste konstitutivna sreća. Setićemo se da se konstitutivna sreća odnosi na faktore van kontrole lica koji uslovljavaju njegove karakterne crte, želje, preferencije itd., to jest na one faktore koji određuju kakva će osoba to lice postati. Ovi faktori uključuju slučajnosti koje su povezane s boravištem i vaspitanjem određenog lica uključujući i mesto rođenja i druge faktore okruženja, genetičke predispozicije i karakter, zrelost i sposobnosti roditelja tog lica.

Iako Kant nije govorio o ulozi sreće u stvaranju određenih karakteristika ličnosti, izričito je zauzeo poziciju da određene moralno poželjne karakterne osobine ne igraju ulogu prilikom određivanja moralne vrednosti dela:

Biti blagodatn kada god je to moguće predstavlja dužnost, a pored toga, postoje mnogi umovi tako simpatetično konstituisani da bez ikakvog drugog motiva taštine ili ličnog interesa pronalaze zadovoljstvo u širenju radosti oko sebe i mogu uživati u zadovoljstvu drugih kao da su u pitanju oni sami. Ali, i dalje mislim da u takvom slučaju delo te vrste, koliko god bilo odgovarajuće, koliko god prijateljsko bilo, i pored toga ipak nema nikakve moralne vrednosti, već je na istom nivou s drugim inklinacijama, to jest sa sklonošću ka časti, koja, ako je iskreno usmerena ka nečemu što zapravo predstavlja javnu korist, i u skladu je s dužnošću i stoga časna, zaslužuje pohvalu i ohrabrivanje, ali ne i poštovanje. Toj maksimi nedostaje moralni značaj, pošto se, naime, moralna dela rade iz dužnosti, a ne iz želje.³²

Nije u potpunosti jasno šta Kant smatra problematičnim u ideji da naklonost i saosećanje određuju moralnu vrednost dela, ali izgleda da mu je ideja da osoba koja učini nešto dobro iz čiste sklonosti ka takvom delu, u suštini, jednostavno čini nešto što želi; u skladu s tim nema ničeg posebno vrednog pohvale u činjenju onoga što takva osoba želi.

Ukoliko je Kantovo stanovište zaista takvo, ono nije daleko od pojma konstitutivne sreće koji, kao što ćemo videti, stvara najupornije poteškoće retributivističkom

31 Po sebi, to ne znači da, na primer, mladog vojnika koji počinu ubistvo ne bi trebalo kazniti ili mu odrediti nešto što nalikuje kazni, već se prosto ističe predstava o odgovornosti koja je prisutna u retributivističkom rasuđivanju.

32 Immanuel Kant, *Fundamental Principles of the Metaphysic of Morals* (Kindle Location 205–210). The University of Adelaide Library. Kindle Edition.

opravdanju kazne. Naposljetku, koje naklonosti i želje subjekat ima, biće određeno nizom faktora nad kojima osoba nema kontrolu. Na primer, sve gorepomenute slučajnosti (npr., rođenje, genetske karakteristike, „odabir“ roditelja) predstavljaju rezultate sreće zato što su, u skladu s definicijom pojma sreće koju smo dali, slučajnosti nad kojima nijedan subjekat nema nikakvu kontrolu. Bez obzira na to da li je Kant uočio vezu između sreće i posledica čina, kao i vezu između sreće i nastojanja i sklonosti koje neko ima, te veze se mogu odrediti iz samih Kantovih radova.

Bilo kako bilo, konstitutivna sreća postavlja najveći problem u vezi s retributivističkim opravdanjem kazne. Najbolji način da vidimo obim problema koji postavlja konstitutivna sreća jeste da uzmemo u razmatranje neki ekstreman slučaj. Robert Alton Heris (Robert Alton Harris) je tokom 80-tih počinio izuzetno svirepo ubistvo dva dečaka u tinejdžerskim godinama. On i njegov brat su počinili neke manje zločine i pokušavali su da pobjegnu od policije kada su naleteli na parking restorana brze hrane tražeći vozilo koje bi mogli da otmu. Uskočili su u auto u kome su se dva tinejdžera spremala da počnu da jedu kupljene sendviče i naredili su vozaču da ih preveze na bezbednu lokaciju obećavajući dečacima da će ih osloboditi bez ikakvih povreda ako urade kako im je naređeno. Vozač se složio bez oklevanja.

Kada je vozač dovezao kola do željene lokacije, Robert Heris je pucao u glavu svakom od dečaka s male razdaljine. Njegov brat je, ne očekujući ovo, ispao iz kola povraćajući dok ga je Robert Heris ismevao zbog slabosti sedeći u kolima prekrivenim krvlju i delovima mozгова i mirno jedući sendviče žrtava. Ako je neko indifereantan prema vrednosti ljudskog života u toj mjeri da zaslužuje smrtnu kaznu, onda je to sigurno bio Robert Heris, i ne predstavlja iznenađenje što je pravosnažnom presudom i osuđen na smrtnu kaznu.

Reakcija javnosti na smrtnu kaznu bila je dosta mirna sve dok ljudi nisu postali svesni detalja rođenja i ranog perioda života Roberta Herisa. Heris je rođen tri meseca pre termina zato što je njegov otac udario njegovu majku u stomak.³³ Herisov mozak je oštećen još u prenatalnom periodu jer je njegova majka preterano pila tokom trudnoće; veći broj neurologa je svedočio da je posledica te konzumacije alkohola bila „organsko oštećenje mozga“ i to onog dela mozga koji je odgovoran za sposobnost empatije prema drugim ljudima.³⁴ On je bio i fizički zlostavljan tokom većeg dela života, dobijao je teške batine od roditelja i rodbine; štaviše, kada je imao dve godine otac ga je jurio oko stola s napunjenim pištoljem vičući da će ga ubiti.

Trebalo bi da je jasno da je verovatnoća da će Heris izvršiti neku vrstu nasilničkog krivičnog dela srazmerno velika imajući u vidu okolnosti njegovog rođenja i ranog perioda života. Herisova sposobnost za empatiju – sposobnost koja je neophodna za doživljavanje emocija kao što su toplina, saosećanje i bilo koja vrsta moralnog vezivanja – bila je ozbiljno oštećena kako zbog konzumiranja alkohola njegove majke, tako i zbog zlostavljačkog odnosa kome je bio podvrgnut u porodici. Nije iznenađenje što je Heris naposljetku izvršio ubistvo imajući na umu njegov umanjeni kapacitet za emocije koje formiraju osnovu za uspostavljanje pravih psihičkih i emocionalnih veza s drugim ljudima. Nije nerazumno razmišljati i da bi

33 Videti: http://review.ucsc.edu/summer.00/crime_and_punishment.html.

34 Videti: <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,975376,00.html?promoid=googlep>

bilo ko od nas ko bi imao takvo oštećenje sposobnosti koja je od suštinske važnosti za moralnu motivaciju – takođe počinio zločine uporedive težine. Okolnosti Herisovog rođenja i perioda ranog života mogle su u velikoj meri garantovati da će Heris pre ili kasnije počiniti nasilni zločin.

Herisova konstitutivna sreća kada su u pitanju okolnosti njegovog neuropsihičkog razvoja bila je sve samo ne dobra. Preterana upotreba alkohola njegove majke ozbiljno je oštetila strukture mozga koje su odgovorne za stvaranje sposobnosti za empatiju, to jest oštetila je njegovu sposobnost prepoznavanja da su ostala ljudska bića slična u smislu iskustava, sposobnosti i shvatanja, da osećaju i poseduju odgovarajuće emocionalne reakcije. Herisu je nedostajala ta sposobnost i verovatno je svoje žrtve video kao „ljude“ ili „nekoga sličnog sebi“ samo u tehničkom smislu, koji je imao malo ili nimalo normativnog značaja. Možda je, kantovski rečeno, Heris video ljude samo kao bića koja bi trebalo iskoristiti, a ne kao bića koja su po sebi vredna. Štaviše, teško je shvatiti kako bi *bilo ko* kome funkcionalno nedostaje sposobnost za empatiju mogao da proživi život bez činjenja dela teškog nasilja pod normalnim okolnostima.

Ali ovde se ne tvrdi samo to da su ubistvo ili neki drugi nasilnički čin bili neizbežni. Tvrdi se i da Herisovi postupci, posmatrani sa stanovišta njegovog pogleda na svet, mogu izgledati kao da su rukovođeni ličnim interesom, te da su stoga *prima facie*, s njegovog gledišta, razboriti; naposljetku, dva dečaka su bila potencijalni svedoci protiv njega. Pošto je, usled Herisovog neuropsihičkog nedostatka empatije, tim momcima nedostajala suštinska vrednost i pošto su za njega oni bili obične stvari, imalo je smisla da ih se otarasi uprkos tome što je to protivno zakonu. Imajući na umu kognitivne sposobnosti nekog s Herisovim oštećenjem, moglo bi se čak tvrditi da se Herisovi postupci mogu okarakterisati kao subjektivno *razumni* mada ne i kao objektivno razumni.

Heris nije iskusio bolju sudbinu ni u pitanju meke konstitutivne sreće. Prisetimo se, meka konstitutivna sreća se odnosi na društvene determinante karakteristika ličnosti, kao što su okruženje u kome je neko odgajen, na kvalitet nećijih roditelja, kao i na karakteristike osoba koje neko posmatra kao vršnjake. Heris je rođen u porodici sa sveprisutnim zlostavljanjem. Nije imao nikakvog utočišta dok su ga njegova majka, otac i rodbina fizički i psihički zlostavljali. Zlostavljanje, u kombinaciji s relativnim siromaštvom u kome je rođen, snažno je povezano u psihološkoj i sociološkoj literaturi s povećanom verovatnoćom pojave i nenasilne i nasilne kriminalne aktivnosti. Povežemo li posebnosti Herisove sreće s mekom i tvrdom konstitutivnom srećom, izgleda da to što je Heris ubio dva dečaka nije bilo samo *subjektivno razumno*. Bilo je, izgleda, više nego neminovno da će nekoga ubiti, a slučaj je hteo da to budu ova dva dečaka.

Uprkos tome što bi bilo kojoj razumnoj i dobromislećoj osobi u najmanju ruku izgledalo da su navedene okolnosti makar *olakšavajuće* i da mu je na osnovu tih okolnosti trebalo smanjiti kaznu, Heris je pogubljen 1992. godine kada je smrtna kazna ponovno uvedena u krivično pravo nakon kratkog moratorijuma. Tadašnji guverner Vilson, koji je ponovo uveo smrtnu kaznu u Kaliforniji, saslušao je Herisovu žalbu i molbu za pomilovanje i odbio je, iako je javno priznao da je Herisov život „bio noćna mora“.³⁵

35 Ibid.

Neka vrsta kaznenog odgovora ili odgovora koji je sličan kaznenom može biti opravdana. Kaznu Robertu Altonu Herisu je, međutim, teško braniti na *retributivističkim* temeljima. Jasno je da Heris nije zaslužio oštećenja za koja se čini da su bila presudna u izvršenju dela koja su dovela do navedene presude. Štaviše, ta oštećenja su, izgleda, igrala značajnu ulogu u bilo kakvim razmišljanjima ili impulsima koji su naveli Herisa da izvrši ubistva. Takođe, nije nerazumno pretpostaviti da bi dovoljno veliki procenat ljudi verovatno počinio slične ozbiljne zločine koji uključuju nasilje da su rođeni u okolnostima u kojima je i Heris rođen. To unekoliko problematizuje stavove o krivici od kojih zavise retributivistička opravdanja zato što postaje veoma teško okarakterisati delo kao zaslužno kazne ako bi značajan procenat razumnih i pristojnih ljudi takođe počinio takva dela da su rođeni u istim okolnostima. Pono-vo, takva vrsta nasilja deluje prirodno, pa čak i *razumno* kada se posmatraju faktori konstitutivne sreće; teško je videti kako može biti opravdano kazniti nekoga za delo koje je prirodno u relevantnom smislu uzimajući u obzir sve okolnosti. Zaista izgleda jasno da je nepravedno ili iracionalno kazniti zbog dela koja su u određenim okolnostima *razumna*.

Jedan slučaj koji stvara konfuziju među običnim svetom i studentima kada prvi put pročitaju o njemu tiče se dva mornara na čamcu za spasavanje koji je nosio ukupno četiri mornara koji su posle nepunih dvadeset dana, skoro bez imalo hrane ili vode, ubili najmlađeg (i najslabijeg) mornara kako bi omogućili da ostali ostanu živi do konačnog spasavanja.³⁶ Sud je proglasio ovu dvojicu krivim i osudio ih na smrt uprkos tome što je prihvatio sledeće činjenice:

Da se ljudi nisu hranili telom dečaka verovatno ne bi preživeli i dočekali da budu pro-nađeni i spaseni, već bi bi nakon četiri dana umrli od gladi. Dečak, koji je bio u mnogo slabijem stanju, najverovatnije bi umro pre njih. U trenutku izvršenja dela u pitanju nije bilo nikakvih brodova na vidiku, kao ni bilo kakve naznake da će doći bilo koja vrsta pomoći. U takvim okolnostima brodolomnicima se činilo da bi verovatno umrli od gladi da nisu pojeli dečaka ili nekoga između sebe. Nije bilo druge šanse za spasavanje života, osim da neko od njih bude ubijen, kako bi se njime drugi prehranili.³⁷

Redovne intuicije idu u prilog preispitivanju legitimnosti i pravednosti presude u ovom slučaju, koji se pojavljuje u mnogim knjigama krivičnog prava i antologijama pravne filozofije. Intuitivno, mornare nije trebalo osuditi zato što bi skoro svako na njihovom mestu i u njihovoj situaciji učinio isto. Iako tragično, ubistvo se u tom veoma nesrećnom spletu okolnosti čini kao razumna stvar koju bi trebalo učiniti. Čini se da je nepravedno osuditi mornare za nešto što se može odrediti kao „razumno“ i što, shodno tome, predstavlja nužno ili opravdano zlo.

Slično može biti rečeno i za zločin Roberta Herisa. Izgleda nepravedno osuditi Herisa zato što je potpuno prirodno to što je počinio neku vrstu nasilnog zločina imajući u vidu faktore koji su oblikovali njegov karakter nad kojima nije imao nikakvu kontrolu. Svako ko je imao tako lošu konstitutivnu sreću kao Heris verovatno bi počinio slično nasilno delo. S objektivnog stanovišta, skoro je neizbežno da neko

36 *Regina v. Dudley and Stephens*, случай је изложен у: John Arthur and William H. Shaw (eds.), *Readings in the Philosophy of Law*, 5th Edition (Pearson 2010), 360–64.

37 *Ibid.*

s takvim oštećenjima kao Heris učini to isto. Takođe se može činiti, s Herisovog kompromitovanog subjektivnog stanovišta, da je njegovo delo potpuno razumno.

Postoji, naravno, razlika između Herisovog slučaja i slučaja mornara koji je gore opisan. S jedne strane, ono što su mornari učinili može izgledati razumno s objektivnog stanovišta (ili, u najmanju ruku, razumno sa stanovišta običnog čoveka koji sve posmatra sa strane i van datih okolnosti). S druge strane, ono što je Heris učinio izgledaće razumno, verovatno, samo s njegovog stanovišta, koje je bilo ugroženo usled štete koja mu je učinjena u vezi s njegovom sposobnošću da shvati moralne zahteve i posmatra ih kao stvarno obavezujuće za njega. Ovde je, ipak, poenta da se usmeri pažnja na odnos između stavova o krivici, koji su osnova za retributivističku procenu opravdanosti kazne, i ocenjivanja onoga šta je razumno učiniti u datim okolnostima. Taj odnos, po mom mišljenju, čini problematičnim retributivističke teorije opravdane kazne.

Važno je biti posebno pažljiv i jasan o pitanju karaktera argumenta koji se daje kao podrška tvrdnji da je uloga koju je konstitutivna sreća igrala u Herisovom izboru da poćini ubistvo smanjila njegovu krivicu za sam taj zloćin. Tvrdnja da bi znaćajan procenat razumnih lica u drugim okolnostima učinio istu stvar nije relevantna zato što to smanjuje ili negira Herisovu krivicu. Poenta tvrdnje jeste da pruži epistemićko oruđe za odrećivanje da li je u pitanju kaćnjivo delo ili nije: ukoliko je delo razumno, u toj meri je i manje vredno kazne. Na taj naćin, poenta tvrdnje jeste da se kaće da bi delo koje se ćini kaćnjivim bilo smatrano manje kaćnjivim ukoliko je razumnije, uzimajući u obzir sve relevantne okolnosti.

Iako slućaj Heris predstavlja veoma neobićan primer, on ilustruje vaćnu opću poentu. To što bilo koje lice ćini u bilo kom trenutku – predstavlja funkciju ukusa, sklonosti, dispozicija, karakternih osobina i drugih psihićkih osobenosti. Osobe sa snaćnom predispozicijom da, na primer, budu iskrene, verovatnije će govoriti istinu, ako su ostale okolnosti iste, u odnosu na ljude koji nemaju snaćnu predispoziciju za kazivanje istine. Da li je neko predisponiran za iskrenost, zavisi u zabrinjavajućoj meri od konstitutivne sreće. Ono što svi ćinimo u bilo kojoj datoj situaciji zavisi mnogo manje od faktora koje moćemo da biramo i koji su pod naćom kontrolom nego što zavisi od faktora koje ne moćemo da biramo i nad kojima nemamo nikaćvu kontrolu.

VI. ZAKLJUĆCI: SAMO BOG MOĆE POMOĆI

„Samo Bog moće pomoći“ – poznata je izreka meću hriććanima u susretu s nekim ko je iskusio veliku nesreću. Izreka s pravom ukazuje na promenljivi, ćak proizvoljni, karakter sreće u uslovljavanju onoga što ćinimo. Neki ljudi su veoma loće sreće bilo po posledicama svojih dela, bilo po okolnostima u kojima se naću i u kojima moraju da prave izbore, bilo po faktorima koji uslovljavaju vrste psihićkih naklonosti ili pak sposobnosti koje ogranićavaju proces donoćenja odluka. Ukoliko bi, kao što je to ranije razmotreno, (1) razlićite forme sreće igrale dovoljno veliku ulogu u odrećivanju šta ljudi ćine u bilo kojoj datoj situaciji i ukoliko bi (2) ljudi

koji su u sličnim situacijama po konstitutivnim, okolnosnim i konsekvencijalnim faktorima postupali na sličan način, tada bi stavovi o krivici bili toliko problematični da bismo morali da preispitamo osnovanost retributivističkog opravdanja kazne. Što je verovatnije da pogrešno ponašanje bude uslovljeno determinantama ponašanja koje spadaju u različite kategorije sreće, to je manje razborito donositi sudove o krivici koji pripisuju primarnu odgovornost slobodnom izboru delatnika.

Ovo ne bi trebalo uzeti kao potporu zaključku da prekršioc ne treba da trpe bilo kakve posledice koje su tipično povezane s kaznom. Ako je kompulsivno nasilna osoba kriva za izazvano nasilje, postoji razlog za pretpostavku da bi takva osoba trebalo da bude odvojena od društva radi zaštite drugih ljudi, procesuirana i lečena ili prevaspitana kako bi se obezbedilo da takva osoba više ne doživi takvu kompulziju. Razmatranja u ovom radu nisu argument protiv takvog tretmana, iako naposljetku mogu predstavljati argument za nešto drugo osim „kazne“. Ona, mahom, pokazuju da su shvatanja o krivici i zasluži na kojima retributivizam zasniva opravdanje kazne isuviše upitna da bi se na njima zasnovalo namerno nanošenje patnje kao konceptualne karakteristike kazne.

Preveli s engleskog
dr Miloš Zdravković i dr Bojan Spaić

Redaktorke prevoda
dr Jasminka Hasanbegović i dr Marija Karanikić Mirić

Vida Petrović Škero,
sudija Vrhovnog kasacionog suda

PRAVO I PRAVDA KAO MOĆI I HTETI

Ko sam ja, sudija? Da li mogu da se bavim pravdom, ili imam samo da primenjujem pravo? Kako primeniti pravo a da bude pravično? Pravo predstavlja moć, pravda je htenje.

Napravimo distinkciju između prava i pravednosti. Pravo je pravna kategorija, vezana za državu koja ga institucionalizuje. Pravedenost je moralna kategorija, predstavlja univerzalni pojam i vrednost.

Kako ove kategorije funkcionišu u praksi? Setimo se „Crvenog šala“. Priča Antonija Isakovića govori o večnom pitanju odnosa prava i morala iz jednog posebnog ugla i duha vremena, države i prava. Zbog ukradenog crvenog šala, zbog ubrane šljive, država koja se gradila i institucionalizovala pravo, sankcionisala je rigoroznim kaznama i prisvajanje stvari minimalnih vrednosti, a ponekad i smrtnom kaznom. Posmatrano iz današnje perspektive, pravednost kao moralna kategorija bila je u funkciji prava, pravda i htenje bili su u funkciji prava i moći. Danas je to mnogima ne samo nepravedno nego i potpuno nerazumljivo, a onda je bilo i moguće i smatralo se nužnim.

Pravni sistem koji je formiran izvan etičkih načela predstavlja negaciju prava. Da bi pravo zaista bilo pravo, treba da ima za cilj da institucionalizuje i ostvaruje ideal pravde. Samo ako pravo teži idealu pravde i počne da ostvaruje taj cilj, hteli i moći postaju odraz pravde i prava. Da li je pravo moglo da ostvari pravdu u državi u kojoj se zbog uvrede Kneza Svetozar Marković 1873. godine osudi na kaznu zatvora? Na suđenju je izjavio: „Jadna je država u kojoj žandar, kad mu opsuješ oca zato što je bezobrazan, kaže da si opsovao kneza, jer je knez otac cele nacije i u kojoj sud tom žandarmu poveruje na reč.“¹ Očigledno da takva pravna logika obezbeđuje samo moć, a pravda kao htenje je izostala.

A šta je posao suda? Da na osnovu propisanog prava, skupa opštih pravnih normi koje je utvrdio zakonodavac, ostvari pravdu? Da li je sudija koristio samo svoju pravnu moć ili je hteo i da ostvari pravdu izričući čoveku bolesnom od tuberkuloze zatvorsku kaznu za reči koje je ovaj izrekao i tumačeći ih zarad zaštite moći, i ne utvrđujući ni istinu, ni njegovu nameru da učini delo za koje ga je sankcionisao?

Pitanje je da li pravda i pravo funkcionišu kada ubica prođe bez zaslužene kazne. Tada se ništi pravda koju je čovek institucionalizovao. I u takvoj situaciji sudija

1 Dejan A. Milić, *Politička beseda moderne Srbije*, Beograd, Nomos, 2004, str. 37.

je u raskoraku i s pravdom, i s pravom. Postavlja se pitanje da li je htenje da se ostvari pravda jače od moći prava. Razlika između sudije koji mora poštovati pravo, uvek s ciljem da ga dovede u sklad s pravdom, i „uličnog“ prava i pravde, jeste u tome što se nekada i pored ličnog htenja, osećaja za pravdu sudije, neko može osloboditi usled pravno nedokazanog postojanja dela.

Može li pravda da bude nelogična? I obrnuto, može li logika da bude nepravedna, ili čak neistinita? Odgovor ćemo naći u praksi. Mesecima, godinama od 1999. godine žena izbeglica s Kosova radi sve ponuđene poslove da bi skupila dovoljno novca da otputuje na Kosovo i traži grobove nestalog sina i muža. Važeći zakon u 2001. godini propisuje da se u slučaju nelegalnog posedovanja oružja izriče bezuslovna zatvorska kazna od najmanje jedne godine. A žena klecavog hoda, bele kose, odlazeći na Kosovo uvek u grudnjaku nosi jednu bombu kašikaru, slobodno kupljenu na ulazu u pijac u blizini izbegličkog smeštaja. Ako je uhvate paravojne formacije, da se sama ubije. Na kontrolnom punktu ka Kosovu bomba je nađena. Pokrenut je postupak i izrečena zatvorska kazna. Ženi na izricanju presude potekle su suze, jer će joj vreme da nađe grobove nepovratno isteći.

Da li je zakon ostvario ideal pravde, a presuda? Ne zaboravimo vreme u kome se ovo zbivalo. U vreme posle ratova, kada je oružje već postalo sastavni deo garderobe i kućnog nameštaja. Da li je kazna bila pravedna i logična za belokosu ženu? Utvrđeno je da je žena već više puta s bombom u grudima odlazila na Kosovo i nije je upotrebila. Očigledno da ponekad istina, a to znači i pravda u najužem tumačenju, može da bude nelogična, kao što i logika može biti nepravedna. Logika, pravda i pravo mogu biti neposredno suprotstavljeni. Država mora zakonom omogućiti sudiji da pravo primeni pravedeno u svakom konkretnom slučaju.

Nepravda je ljudima često samo izgovor za sopstveni neuspeh, poraz, i opravdanje pred sobom. Osećanje nepravde je subjektivno: Nepravda je emocija, a neretko puka racionalizacija, mentalna odbrana i mentalna zaštita. Građani će reći kada izgube parnicu – a jedna strana je uvek gubi – da je sud korumpiran, da je sudija korumpiran, da je ceo sistem korumpiran. Strana koja je pak uspela u sporu ima subjektivni osećaj pravde. Očigledno da pozitivan ili negativan ishod sudskog postupka proizvodi subjektivni osećaj pravde osnodno nepravde.

Sa sličnim efektom susresrećemo se i u krivičnim postupcima. Za okrivljenog, po Ustavu i zakonu, važi prezumpcija nevinosti sve do pravnosnažnosti presude. Ipak, ukoliko se poznata ličnost kojoj se sudi, na primer, za pronevere ne drži u pritvoru sve vreme postupka, većina građana će smatrati da nema pravde. Verovaće da je moćnik već obezbedio pozitivan ishod postupka. Okrivljeni će pak pisati pritužbe, žalbe, prigovore, ističući da za njega nema pravde, poštovanja prava i prezumpcije njegove nevinosti. A sudsko veće će da vaga između pravde i prava da bi ostvarilo u pravu meru nekršenja prava na slobodu, preduzmpcije nevinosti i održavanja poverenja u sud. U narodu još uvek kruži anegdota vezana za Miloša Obrenovića. Obilazeći zatvor, pitao je zatvorenike: „Zbog čega si tu?“ I svi su mu odgovorili: „Na pravdi Boga.“ Jedan jedini zatvorenik je rekao: „Kriv sam.“ Priča kaže da je epilog bio Knežev nalog da se onaj jedan jedini koji se izjasnio krivim pusti da ne bi kvario ostale poštene ljude koji nevini izdržavaju kaznu.

Nijedna profesija na svetu nije kao sudijska u prilici da bolje upozna dimenzije ljudske ličnosti, pa i to „da li je čovek više pogođen zlom koje je učinio drugom, ili zlom koje su mu drugi naneli.“² Upravo zato sudija mora stalno potvrđivati Aristotelovu misao da ići sudiji znači ići pravdi. Teško je ostvariti pravdu. Ako se odluči da će se školovati građani bez zemlje, za te građane je to pravda, ali za seljake, vlasnike zemlje, za koje bi to značilo da im školovanje nije potrebno, to predstavlja nepravdu. Ako Ministar narodu objavi da će za krivca koga je on pre suda označio kao takvog svaka izrečena kazna manja od 40 godina zatvora biti nepravedna i nedopustiva, okrivljeni će sve vreme suđenja imati osećaj da nema pravde. Ako se potom izrekne kazna manja od 40 godina, onda će narod poverovati da nema pravde. Božidar Grujović u svom *Slovu o zakonu i slobodi* kaže: „Svaki čovek, svaka žena i dete ovako govori u srcu svome: može li štogod na svetu lepše, slađe i milije biti, nego kad i krivac osuđen rekne svome sudiji: ti si mi razumno i pravedeno sudio, svaku ću kaštigu rado pretrpeti.“³

Kako to ostvariti? Možda je najsigurnije početi od objašnjenja šta je pravo koje će sudija primeniti da bi ostvario pravdu. Tako Ditrih Šindler kaže: „Ideja prava sadrži s jedne strane zahtev za pravdu, a s druge strane, zahtev za zadovoljenje vitalnih ljudskih i državnih potreba u različitim stepenicama života.“ Franc Nojman je rekao da je „nauka o pravu isto toliko i nauka o normama“. Tomas Hobz kaže: „Pravo je naredba one osobe nezavisno od toga da li je reč o čoveku ili sudu, čija zapovest sadrži u samoj sebi razlog za podređivanje.“ Profesor Radomir Lukić kaže: „Pravna norma predstavlja složenu misaonu celinu, sastavljenu iz odgovarajućih pojmova, iskazanu jezikom, kojom se legitimno traži činjenje ili nečinjenje nekog subjekta – pojedinca ili grupe.“

Skoro svi se slažu da su pravne norme društvene norme, ali ostaje problem suštine prava, jer ono je ipak ljudska a ne nadljudska tvorevina. Po svojoj suštini, pravo je pravedeno, a ne ono što je propisano, to jest naređeno. Ali pravne norme su prinudne norme, primenu sankcije zbog povrede pravne norme određuju u propisanoj proceduri pre svega sudovi. Koliko i kako je prinuda države uređena Ustavom i zakonom, ogleda se u slobodi građana. Građani, koje pravo obavezuje, moraju da prihvate obaveznost prava kao celine. Pitanje je kako primeniti pojedine norme koje mogu da budu nepravedne ili čak možda nemoralne. Sudija ih prilikom primene mora tumačiti s ciljem da ostvari pravdu.

U poslednjoj deceniji prošlog veka veliki broj građana uložio je novac u banke zaključujući ugovore o štednji s veoma visokom, nezakonitom kamatnom stopom. Posle relativno kratkog vremena, banke više nisu bile u mogućnosti da građanima isplaćuju ni kamate, ni uložene glavnice. Građani su pohrlili u sudove. Donete su hiljade presuda koje su obavezale banke na isplatu uložених sredstava. Država više nije bila u mogućnosti da garantuje uloge građanima, pa je donet zakon koji je naložio „prekid sudskih postupaka“ koji nisu bili pravnosnažno okončani. Nadalje je zakonom utvrđeno da se pravnosnažne presude neće više izvršavati, a utvrđena je dugoročna isplata uloga građanima u utvrđenom vremenskom okviru. Zakonodavna

2 Dragoslav Slović, *Logika pravde i prava*, Beograd, Fineks, 2009.

3 Nav. prema: Dejan A. Milić, *Politička beseda moderne Srbije*, str. 27.

vlast se grubo umešala u nezavisnu sudsku vlast i onemogućila vođenje i okončanje sudskih postupaka, te izvršenje pravnosnažnih sudskih odluka. Pravo je ugrozilo pravdu. Sadržina zakonske norme treba da je takva da obezbedi poštovanje svačijeg prava. Još je Ulpijan rekao: „Pravda je stalna i večita volja da se svakome da pravo koje mu pripada.“ Navedeni primer očito ukazuje da sudija koji primenjuje pravo ponekad ima veoma težak ili skoro nemoguć zadatak da ostvari pravdu. Kakva je uloga sudije kada zakonodavac, da bi onemogućio zloupotrebe „nasleđivanja stansarskog prava“ unukā koji imaju žive roditelje, a prijavljuju se kao članovi domaćinstva baba i deda, donese normu da unuci ne mogu postati nosioci stansarskog prava kao članovi domaćinstva babe ili dede nakon njihove smrti? Imajući u vidu cilj donošenja norme, mogli bismo reći da je ona logična, imajući u vidu nelogičnosti u životu, „prekoredne“ smrti dece u odnosu na roditelje, ovakva restriktivna norma dovela je do izricanja mnogih pravno korektnih, ali nepravednih presuda.

Načelu pravde često se suprotstavi moć. Može je imati država, pojedinac, udruženje...

Početak 20. veka smatra se zlatnim vekom srpske demokratije. „To je takođe bilo i zlatno vreme brojnih časopisa, pa i ženskih“: „Domaćica“ (izlazila od 1879, a prvi urednik je bio Jovan Popović); „Ženski svet“ (od 1886, urednik Alakije Varalanin), „Posestrima“ (od 1890, s urednicima Ivanom Martinovićem i Ljubomirom Lotićem), „Ručni rad“ (od 1898, urednik Jovan Jovanović), „Pariska moda“ (od 1902, urednik Petar Savić), „Žene“ (od 1911, urednica Milica Jaše Tomića) i drugi. Svi časopisi, sem „Žene“, koji je izlazio u Novom Sadu, pa je i potpadao pod pravni režim druge države (jer je Vojvodina tek krajem 1918. prisajedinjena Srbiji), imali su za urednike muškarce, što je bilo pravno rešenje Srpskog građanskog zakona, kojim se ženama poricala sposobnost da se brinu o imovini i novcu ili da s pojavljuju pred sudom: „Izričito je kazano da je žena za života svoga muža maloletna i da zato bez njegovog odobrenja ne može ništa da radi.“⁴ U tom periodu procvata srpske nauke i demokratije, nakon muževljeve smrti žena nije mogla da bude ni staratelj deci, niti staratelj imovine. Pravo je poštovano, pravda je izostajala. Sistem sačinjenih normi pratio je pravila o tadašnjem ponašanju ljudi u društvu. Moć države se zakonom suprotstavila načelu pravde.

Kako se moglo izaći iz urušene korelacije pravde i prava. Sigurno adekvatnom podelom vlasti. Postojanje sudske nezavisne vlasti može pomoći problemu. Franc Nojman kaže: „Funkcija deljenja pravde nije samo da se primenjuje zakon, već i da se stvara; odlukom suda stvara se pravo zato što se njome stvara nova norma.“⁵

Kako se ovo realizuje u praksi? Turski Zakon je predviđao smrtnu kaznu kada je Turska postala članica Saveta evrope. Procedura izmene zakona po Ustavu bila je veoma komplikovana. Sud je okrivljenog za veoma teško krivično delo ubistva za koje je bila propisana smrtna kazna osudio na zatvorsku kaznu. Taj sudski presedan stvorio je novu normu, koja je u praksi faktički ukinula smrtnu kaznu, što je prihvatio i sud u Strazburu.

4 Slobodanka Peković, *Ženski časopisi na početku 20. veka*, „Slavica TerGestina“ (Trieste), str. 130.

5 Franc Nojman, *Vladavina prava*, prev. Slobodan Divjak, Beograd, Filip Višnjić, 2002, poglavlje 14. 2.

U okviru podela vlasti nezavisan sud i u njemu nezavistan sudija dao je garanciju za racionalnost zakona i same državne administracije. Sudija koji bi primenjivao posebne naloge nosilaca drugih grana vlasti postaje običan činovnik, koji nije u mogućnosti da svojom odlukom zadovolji naloge prava i pravde. Volterova misao da „sloboda znači biti zavisn od zakona“ može se prihvatiti samo ako zakon ima opšti karakter i ako se tumači radi ostvarivanja pravde. U suprotnom, zavisnost od zakona značila bi zavisnost od zakonodavne i izvršne vlasti i nemogućnost ostvarivanja pravde u svakoj situaciji. U praksi se ovaj uslov veoma teško ostvaruje. Da se podsetimo: Krajem prošloga veka donet je Zakon o javnom informisanju („Službeni glasnik RS“ br. 36/98). Kaznene norme zakona bile se toliko drastične da su onemogućavale slobodu javnog informisanja. Ukinuta je sloboda medija, jer je izricanjem predviđenih kazni obično dolazilo do finansijskog uništenja medija. Sudije su morale da primenjuju Zakon, jer je u slučaju nepoštovanja zakona pokretan postupak za razrešenje sudije. Cilj tih normi bio je kažnjavanje političkih protivnika aktuelne vlasti. Ukoliko je sudija sudio po pravu, nije bilo pravde. Ukoliko je sudija sudio po pravdi, kršio je pravo. Nakon političkih promena, nova vlast je započela razrešavanje svih sudija koje su sudile u ovoj vrsti predmeta i bile u obavezi da primenjuju zakon. Pravo i pravda su išli u raskorak i u vreme važenja zakona, i nakon promene političke vlasti, kada je zakon stavljen van snage, ali su njegove posledice i dalje nanosile nepravdu.

U poslednje vreme učestala je pojava zakona s retroaktivnim dejstvom normi. Javne vlasti ne mogu se mešati u prava građana osim ako to nije u skladu sa zakonom i Ustavom i ako je neophodno u demokratskom društvu u interesu većine. Ustav proklamuje načelo vladavine prava, a samim tim retroaktivnost može da se prihvati samo kao izuzetak radi otklanjanja određenih nepravdi u korist većine. Retroaktivna primena normi iz Zakona o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku,⁶ kojima je izvršena promena cenzusa koji obezbeđuje određene pravne lekove, ne može se smatrati dozvoljenom i neophodnom u demokratskom društvu. Ovakvo mešanje države u liku zakonodavne vlasti u prava pojedinaca protivno je vladavini prava.

Praksa Evropskog suda u Strazburu izgradila je standard koji glasi da zakon mora biti pravno praktičan i delotvoran, ne uluzoran i teorijski, upravo zato da bi mogao da obezbedi pravo i pravdu. Moramo se ponositi što je još pre više od 200 godina u svom *Slovu o Zakonu i slobodi* Božidar Grujović došao do uvida i nama danas arhaičnim jezikom, ali sadržinski po standardima današnjeg vremena rekao: „Zakon je vilaetu to je što je jednom čoveku hrana, piće, vazduh, odelo i kuća, tj. kako čovek, kad hrane i pića i proče nestane, umreti mora, tako i vilaet bez zakona mora da propadne, da opet u ropstvo dođe i da se sasvim rastrgne i pogine. No zakon tako kao i hrana mora dobar biti.“ Tako institucionalizovano pravo obezbeđuje vrstu moći i htenje suda da ostvari pravednost kao moralnu kategoriju. Nepravno i nepravedeno se ostvaruje cilj smanjivanja broja starih predmeta i ažuriranja zatrapanog sudstva oduzimanjem građanima stečenih prava na pravni lek.

6 „Službeni glasnik RS“ br. 111/09.

Samo dobar zakon ostvaruje i primenu ideje proporcionalnosti koju je kao pravni standard autonomno izgradila praksa Evropskog suda u Strazburu. Zaštita prava pojedinca mora se dovesti u odnos s pravom mešanja države u pravo svakog građanina, ali tako da se ne poremeti proporcionalnost u zaštiti ljudskog prava stečenog rođenjem i obaveze države da se umeša u nečije pravo da bi obezbedila pravo većine. Sudija mora da pronađe meru da dovodeći u vezu pravo i pravdu obezbedi suđenje koje će biti pravično, zakonito i jednako.⁷ Ova načelna odredba ista je i u ranije važećem i u sada važećem Zakonu u parničnom postupku.⁸ Da li zakon obezbeđuje jednaku pravdu za svakog učesnika ako propiše da je lice koje namerava da podnese tužbu protiv Republike Srbije dužno da pre podnošenja tužbe Republičkom javnom pravobranilaštvu dostavi predlog za mirno rešavanje spora osim ako je posebnim propisom predviđen rok za podnošenje tužbe? Predviđeno je i da ovaj predlog mora da sadrži isto što bi činilo sadržinu tužbe. Podnošenjem predloga nastaje zastoj roka zastarelosti u trajanju od 60 dana, i tek po proteku ovoga roka stranka može da podnese tužbu sudu. Obaveza je suda da odbaci tužbu kao nedozvoljenu ako predlog nije podnet pravobraniocu, ili pak ako jeste, ali je tužba podneta pre isteka roka od 60 dana, makar to bio i 59. dan.⁹ Da li ovakva norma obezbeđuje pravednu, zakonitu i jednaku zaštitu kada je Republika Srbija tužilac ili je tužena? Da li su građani na adekvatan način upoznati s donošenjem ovakve norme? Da li je pravedno da građanin snosi troškove postupka kada je tužbu podneo sudu 59. dana od dana dostavljanja predloga pravobraniocu koji mu od tada nije odgovorio? Da li je pravedno da se u ovom slučaju tužba odbaci? Da li je pravedno da potom, posle 60 dana, pošto spor nije vanskodski rešen, ponovo plati takse? Da li je ovako utvrđena obaveza mogla biti predviđena kao mogućnost stranke? Da li je država u obaveznom odgovoru na tužbu mogla da ponudi predlog za mirno rešenje spora ili prizna tužbeni zahtev? Niz pitanja dovodi u sumnju da su praktičnost i delotvornost ostvareni u zakonu, i da sudija može da postupa pravično kada je u pojedinim slučajevima sasvim izvesno da neće doći do vanskodskog rešenja spora, a on je obavezan da odbaci podnetu tužbu, što će prouzrokovati velike troškove tužiocu. Ustav je predvideo da svako ima pravo na sudsku zaštitu,¹⁰ pa se postavlja pitanje da li je mešanje države u pravo pojedinca na ostvarenje sudske zaštite ovakvom odredbom ugroženo i da li je ustanovljena proporcionalnost koja obezbeđuje i pravo i pravdu.

Pravni poredak nikada ne može da garantuje svim ljudima sva ljudska prava. Možemo zaključiti samo da neka prava i slobode sva lica uživaju. Imajući to na umu, valja utvrditi na koji način sud mora da štiti prava, koliko se i kako država može umešati i ograničiti neka prava. Sud u svom funkcionisanju danas, pored nacionalnih zakona, međunarodnih instrumenata, ima mogućnost da se koristi i evropskim standardima izgrađenim na osnovu presuda Suda u Strazburu.

Kako to izgleda? Sudu u Strazburu obratio se Marokanac zajedno sa svojim maloletnim detetom. Naveo je da se oženio Holandankom 1977, da je 1979. dobio

7 Član 2 Zakona o parničnom postupku.

8 Zakon o parničnom postupku („Službeni glasnik RS“, br. 125/2004, 111/2009 i „Službeni glasnik RS“, br. 72/2011).

9 Član 193 ZPP („Službeni glasnik RS“, br. 72/2011).

10 Član 32 Ustava Republike Srbije („Službeni glasnik RS“, br. 98/2006).

ćerku, a da se nešto pre rođenja ćerke razveo od supruge. Holandske vlasti su odbile da mu produže boravak u Holandiji i konačno su donele odluku o isterivanju iz zemlje 1984. Do tada je podnosilac predstavke bio u stalnoj vezi s detetom, viđali su se tri puta nedeljno. Aplikant je tvrdio da je odlukom o izbacivanju iz zemlje prekršeno njegovo pravo na porodični život, jer više nije mogao redovno da se viđa s detetom. Smatrao je i da je Holandija ovakvim ponašanjem prekršila njegovo pravo na zabranu mučenja. Tokom postupka agent države je obrazložio da je odluka o iseljavanju aplikanta iz zemlje zasnovana na odredbama Zakona o strancima, koja je doneta u saglasnosti s imigrantskom politikom Holandije. Navedeno je da je radna dozvola aplikanta istekla, da je bez uticaja to što je bio u radnom odnosu. Nakon razvoda braka izgubio je pravo boravka u zemlji, koje je stekao ženidbom. Zakona o strancima, kao i odluka o njegovom iseljenju doneta je u opravdanom cilju zaštite prava svih građana, s obzirom na opšte poznatu pojavu velikog useljavanja stranaca u ovu zemlju. Vlasti države su i donele ovakvu odluku u skladu Zakona o strancima. Identično je ponašanje u odnosu na sve strane državljane koji su radili i boravili u Holandiji i kojima je istekla radna dozvola. Tvrdili su da nije bilo porodičnog života aplikanta, koji se razveo od svoje supruge, holandske državljanke, s kojom više nije živio u zajedničkom domaćinstvu. Nikada i nije živio u zajedničkom domaćinstvu s detetom, koje se rodilo nakon razvoda braka.

Sud u Strazburu bio je stanovišta da je neprihvatljiva tvrdnja Vlade da aplikant nije imao porodični život, jer zajednica stanovanja nije uslov da on postoji. Porodični život aplikanta i deteta postojao je od detetovog rođenja. Ova veza postoji i kada roditelji ne žive zajedno. Nadalje je zaključeno da mera zasnovana na odredbama Zakona o strancima, bez obzira na to što je u saglasnosti s imigracionom politikom Holandije, i što je preduzeta u opravdanom cilju, u konkretnom slučaju nije bila neophodna u demokratskom društvu. Sud je zaključio da ona nije srazmerna opravdanom cilju kojem se teži i da mera mešanja države u ostvarivanje prava na porodični život (izbacivanjem aplikanta iz zemlje) nije adekvatna. Aplikant nije bio lice koje prvi put traži ulazak u Holandiju. Imao je svoj dom, posao, istinske porodične veze. Stoga je međunarodni Sud zaključio da nije uspostavljena odgovarajuća ravnoteža između relevantnih interesa, te da postoji nesrazmera između upotrebljenih sredstava i opravdanog cilja kome se teži. Prekršeno je pravo na porodični život aplikanta i, praktično, mu je oduzeto. S druge strane, Sud je zaključio da podnosiocu predstavke nije prekršeno pravo da ne bude mučen, jer nije dokazao patnju koja bi predstavljala nečovečno ili ponižavajuće postupanje.¹¹

Kada nacionalno pravosuđe ne ostvaruje ravnotežu između prava i pravde, nacionalni sud ne nalazi meru proporcionalnosti u pogledu zaštite prava i dozvoljene mere mešanja države i zaštite opšteg interesa u odnosu na ljudsko pravo pojedinca i ostvarivanje zaštite prava. Ovako izgrađen standard može pomoći u budućnosti da sudija prilikom ocenjivanja normi koje uređuju dve različite svere života (na primer, porodični život i prava stranaca koja se regulišu u saglasnosti s imigracionom politikom države izraženom zakonom) mora da uspostavi pravi odnos između prava i pravde, moći i hteti. Normiranje ljudskih prava mora voditi ka tome da država

11 Berrenab pr. Holandije, odluka od 21.6.1988.

obezbedi približavanje prava i pravde, a to je moguće ukoliko sudije budu profesionalne i pravedne. Sudija može donošenjem presude da obaveže druge da postupaju po njegovoj volji, može biti superioran u odnosu na druge, i samo njegovi moralni i stručni atributi obezbeđuju primenu prava koja će rezultirati pravdom. Upravo obezbeđenje ovakvih odlika sudije zahteva podelu vlasti.

„Sedamdeset osoba urotilo se protiv cara, koji ih je razotkrio i naredio da se išibaju, da im se spale kose i sve dlake. Pošto se jedan jelen svojim rogovima zapleo o pojas istoga cara, neko iz njegove pratnje izvadi mač, preseče pojas i oslobodi cara, a ovaj naredi da mu se odrubi glava, jer je potegao mač na njega.“¹² Ko bi rekao da su dve presude bile izrečene u isto vreme pod istim vladarem, i ko bi danas rekao da je pravda ovakvom presudom zadovoljena i da ovako primenjena moć može obezbediti pravdu i vladavinu prava?

Iskustvo nacističke Nemačke podstaklo je posle Drugog svetskog rata napore da se ljudska prava prihvate kao nezaobilazna u Međunarodnim konvencijama. Dugotrajno nepostojanje pravde baš primenom prava, to jest zakona, zakonskih i drugih na zakonima zasnovanih pravnih normi, ukazalo je da se mora u nacionalna prava moraju uneti ljudska prava, i to kao mera, kriterijum pravnosti i pravednosti pravnih sistema odnosno pravnih poredaka. Ljudska prava kao moralna prava po moralnim normama pripadaju svakom ljudskom biću rođenjem. Kao pak subjektivna pozitivna prava, određuje ih demokratska država. Što više država uspe u tome da pravo obezbeđuje pravdu, to će u njoj i demokratija biti razvijenija. Na primer, Holandija je predvidela Ustavom da ako sud u Strazburu ustanovi kršenje nekog ljudskog prava, onda se za buduće otklanjanje istog ili sličnog načina kršenja kao opšta mera mora izvršiti izmena zakona i do te izmene mora doći po hitnom postupku. Delotvorno i pravno praktično rešenje. Moramo primetiti, nažalost, da u našem pravnom sistemu, iako su još pre više godina donete presude međunarodnog Suda¹³ koje ukazuju na sistemski problem neizvršenja sudskih odluka zbog stečaja ili privatizacije dužnika, ipak još uvek ne postoje zakonski okviri koji će ovakav problem ubuduće rešiti. Međunarodni standard „unutrašnjeg polja slobodne procene“ daje ovlašćenje državi da donosi zakone kojima će se vršiti određena ograničenja prava. Međutim, ovakva margina procene mora da obezbedi pravo iz koga će sledovati pravda koja treba da štiti ljudska prava.

Pravo i pravdu obezbeđuje sudija koji mora da omogući i pravo na pravično suđenje. Konvencija o ljudskim pravima u članu 6 utvrđuje u stavu 1 da se pravično suđenje može ostvariti samo pred nezavisnim sudom, pred nepristrasnim sudom, koji je zakonom ustanovljen. Brojne presude Evropskog suda utvrdile su da se nezavisnost suda mora obezbediti u odnosu kako na izvršnu tako i na zakonodavnu vlast. Nepristrasnost mora da bude obezbeđena postojanjem i objektivnih i subjektivnih uslova. Nadalje, moraju se obezbediti i uslovi osnovni pravičnog suđenja: javna rasprava, razumni rokovi, prezumpcija nevinosti, obezbeđenje jezika koji stranka razume, vremena i uslova za pripremanje odbrane; obezbeđenje odbrane kad nalažu

12 Šarl Monteskje, *Duh zakona*, Beograd, Filip Višnjić, 1989.

13 Kačepor i dr. pr. Srbije presuda od 15.01.2008. godine; Crnišanić i dr. pr. Srbije, presuda od 13.01.2009. godine; Grišević i dr. pr. Srbije, presuda od 21.07.2009. godine.

interesi pravde; pravo da se ispituju svedoci pod jednakim uslovima za stranke i omogućenje besplatne pomoći tumača. Kršenje svakog od njih predstavljaće kršenje prava na pravično suđenje. Država je u obavezi da obezbedi i delotvorne zakone, i pravo na pravično suđenje. Ujedno je obavezna i da obezbedi dovoljno sredstava za pravosudni sistem i njegovu efikasnost. Da li se u ovome trenutku u našem pravosudnom sistemu, u kome već duže vreme postoji kriza, mogu ostvarivati pravda i pravo? Kršeći postulate vladavine prava, pre više od tri godine izvršen je opšti reizbor sudija u kome ni sudijama nije obezbeđeno pravo na pravično suđenje, javno, nepristrasno, nezavisno, kontradiktorno, uz pravo na žalbu. Zakonom su ustavne žalbe sudija pretvorene u prigovore. Pravna sigurnost sudija više nije postojala, jer je prekršeno Ustavom predviđeno pravo na sudijsku stalnost. Razumni rokovi za rešavanje ovih problema nisu postojali. Sudije su ostale u dugom periodu bez prava i pravde.

I danas nije utvrđena odgovornost onih koji su pravosudni sistem doveli u krizu. Da li se svi bojimo utvrđenja odgovornosti? Da li je moć savladala pravdu?

Prof. dr Bernd Šineman,
Univerzitet u Minhenu

PRILOG KRITICI RADBRUHOVE FORMULE

I. ZABRANA POVRATNOG DEJSTVA U KRIVIČNOM PRAVU KAO PROBNI KAMEN POJMA PRAVA

1. Kao nijedna druga, tema moga današnjeg predavanja pokazuje da pojam prava u radikalnom zakonskom pozitivizmu, recimo u smislu Kelzenove čiste teorije prava, ne pruža dovoljnu osnovu za pravnu praksu i da je, dakle, u svakom slučaju nedovoljan s pragmatičnog gledišta. U sudskom bavljenju totalitarnom prošlošću, nemačko pravosuđe je zbog zabrane povratnog dejstva u krivičnom pravu moralo dvaput da se razračunava s pitanjem gde su granice pozitivističkog pojma prava i na koji način natpozitivne norme i načela nalaze pristupa u važeće pravo, ono koje sudovi treba da primene. Prvi put, reč je bila o krivičnopravnoj osudi zločinâ nacionalsocijalističke vlasti, drugi put, reč je bila o krivičnopravnoj obradi komunističke diktature u Nemačkoj Demokratskoj Republici. Prvi put su nemački sudovi to još mogli da učine relativno jednostavno tako što su masovna ubijanja jevrejskog stanovništva na prividno pozitivistički način podvodili pod paragrafe koji su i za vreme nacionalsocijalističke diktature štampani u Krivičnom zakoniku i što su zapovestima za ubijanje, koje su izdavali Hitler i SS-vođstvo, osporili svaki značaj s obrazloženjem da te zapovesti, naravno, nisu bile objavljene u Službenom listu Rajha. Zbog toga je u sudskoj praksi o zločinima nacionalsocijalističke vlasti jedva bilo razmatrano pitanje o granicama važenja pozitivnog prava, koje je Gustav Radbruch istraživao neposredno posle kraja nacionalsocijalističke diktature. Sasvim je drukčije bilo zatim, prilikom obrade „kriminaliteta vlasti u NDR-u“ (tako glasi uobičajeno označavanje u Nemačkoj) od strane krivičnog sudstva, čija je spojivost sa zabranom povratnog dejstva u krivičnom pravu postala centralna i do danas sporna tema. U početku je pri tom i Savezni sud primenjivao nekoliko pozitivističkih veština tako što je jedva održivom „teorijom tumačenja naklonjenoj ljudskim pravima“¹ pravnim propisima NDR-a drukčiji smisao nego što je onaj koji je s tim propisima bio povezan u samom NDR-u, kao i što je verovao da zbog falsifikovanja izbora u korist SED-a može da osuđuje upravo na osnovu obeležja bića krivičnog dela falsifikovanja izbora koje je propisano u Krivičnom zakoniku NDR-a.² Ideja koja u tome

1 BGHSt 39, 1, 25, 29; 39, 168, 184; 40, 241, 249 f.; BGH NStZ 1995, 401, 403.

2 BGHSt 39, 54; potvrđeno odlukom sudskog veća BverfG NJW 1003, 2514.

dolazi do izraza – da se zabrana povratnog dejstva može zaobići konstrukcijom jedne naknadne pravosudne promene – formalno se pridržavala zakonskog pozitivizma, ali je materijalno napustila svaki razumni pojam prava i važenja prava. Jer, po tome, naposljetku, preostaje samo još doslovni tekst zakona kao ljuska koja daje neki krajnji okvir, no koja tek naknadno biva ispunjena onim sadržajem koji bi bio ispravan s *ex post* gledišta jednog drukčijeg državnog i društvenog poretka, ali ga tada baš niko nije koristio, a posebno ne instance pozvane da sprovedu pravo. Ne puki doslovan tekst u svojoj otvorenosti i neodređenosti, nego samo smisao koji je tada s njim mogao da se poveže bio je pogodan za „važenje“, dakle, za pridržavanje u ponašanju građana i u praksi sankcionisanja od strane sudova, dok sada preduzeto tumačenje tada faktički nije postojalo i zbog toga upravo nije moglo biti referentna tačka poštovanja norme.³

2. Umesto toga, u međuvremenu je u nemačkoj sudskoj praksi i literaturi o krivičnom pravu „savlađivanju prošlosti“ istaknut značaj dobio⁴ koncept Gustava Radbruha u liku takozvane „Radbruhove formule“, po kojoj neki pozitivni zakon kao „neispravno pravo“ treba da uzmakne pred pravdom onda kada je njegova protivnost pravdi dostigla nepodnošljivu meru. Međutim, ni ta formula, po mom mišljenju – da anticipiram zaključak – pri kritičkoj analizi ne priprema uverljivo rešenje i njen pravnompraktični uspeh treba zahvaliti upravo njenoj pravnonaučnoj slabosti, naime, njenoj semantičkoj neodređenosti koja svakoj epohi dopušta da svoje sopstvene predstave o pravdi uzme za merilo krivičnog pravne osude prošle epohe.

II. PREOBRAŽAJ RADBRUHOVOG POJMA PRAVA

1. Gustav Radbruch, međunarodno najpoznatiji nemački pravni filozof dvadesetog veka, u rasponu od petnaest godina davao je potpuno različit odgovor na centralno pitanje filozofije prava, naime na pitanje o odnosu između važenja prava i pravde. Biografsko objašnjenje za to jasno je kao sunce, jer se prvi odgovor nalazi u *Filozofiji prava* koju je godine 1932. objavio neposredno pre dolaska na vlast nacionalsocijalista, a drugi odgovor četrnaest odnosno petnaest godina docnije, posle kraja nacionalsocijalističke nasilne vladavine. Ta je promena ipak iznenađujuća za jednog pravnog filozofa, jer tačnost filozofskih iskaza o pravu, drukčije negoli pravnosocioloških, ne zavisi, naravno, od empirijskog preispitivanja, te se zbog toga ti iskazi ne mogu falsifikovati ni istorijskim događajima kao što je vladavina nacionalsocijalizma. Modifikacija Radbruhove teorije važenja prava, koju je on preduzeo kao reakciju na nedela nacionalsocijalističkog režima, ne može se obrazložiti ni, recimo, time što je ona bila neophodna zarad omogućavanja kažnjavanja nacionalsocijalističkih izvršilaca krivičnih dela koji su primenjivali nasilje; jer, to bi bio jasan

3 Inače, za kritiku upor. Schünemann, u: *Enquete-Kommission „Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozess der deutschen Einheit“*, Bd. II/2, Frankfurt a. M. 1999, str. 1304, 1349 f.

4 Pored toga, postoji i treća linija obrazlaganja koja, na način zamršen u pojedinostima, postulira protivnost međunarodnom pravu NDR-prava (BGHSt 39, 1, 16 ff.; 40, 241, 244 ff. i češće). U nju se u postojećem kontekstu ne mogu dalje upuštati i zbog toga se ograničavam na ukazivanje da se time u svakom slučaju zabrana povratnog dejstva iz čl. 103, st. 2, Osnovnog zakona ne može nadigrati.

naturalistički pogrešan zaključak. Zbog toga je i naznačeno da promene u Radbruhovom pojmu važenja prava treba kritički preispitati.

2. U trećem izdanju svoje *Filozofije prava*, koje se pojavilo 1932, Radbruch, doduše, priznaje savesti pojedinca pravo da odbije pokoravanje „sramnim zakonima“. Međutim, sudija je, misli Radbruch, u svom tumačenju podlozan pozitivnom pravnom poretku i treba da zna samo za jurističku teoriju važenja koja pretenziju zakona na vađenje smatra jednakom sa stvarnim vađenjem, zbog čega sudija nikada ne treba da pita da li je autoritativna pravna zapovest i pravedna; štaviše, on mora smatrati važećim svako propisano pravo.⁵ Potpuno se drukčije kaže zatim, u njegovom članku iz 1946. o „Zakonskom nepravu i nadzakonskom pravu“ da, doduše, pozitivno pravo ima prvenstvo i kada je sadržinski nepravedno i necelishodno, ali da to prvenstvo prestaje kada protivnost pozitivnog zakona pravdi dostigne toliko nepodnošljivu meru da taj zakon kao „neispravno pravo“ treba da uzmakne pred pravdom. Neposredno potom kaže se da tamo gde se za pravdom čak i ne teži i gde je pri propisivanju pozitivnog prava svesno bila poreknuta jednakost koja sačinjava jezgro pravde, dotični zakon ne samo što je „neispravno pravo“ nego je uopšte lišen pravne prirode.⁶

3. Ta Radbruhova razmatranja shvataju se često kao „teorija triju stupnjeva“: stupanj 1. obuhvata prosto nepravedne zakone, no koji bi ipak imali pravno vađenje; na stupnju 2. bila bi reč o gubitku pravnog vađenja zbog „nepodnošljive nepravde“; a na stupnju 3. zakoni ne bi više uopšte pripadali pojmu prava ako njima zakonodavac ne bi čak ni težio za pravdom (i za jednakošću, kao njenom pretpostavkom).⁷ Ipak, mora se posumnjati da je kod „nepodnošljive nepravde“ i „netežnje za pravdom“ zaista reč o dva različita stupnja. Štaviše, jednom se, formulom o nepodnošljivosti, navodi *objektivno* merilo, a formulom o nedostajućoj težnji za pravdom *subjektivno* merilo, koje se u konačnom efektu jedva mogu razlikovati. U subjektivnoj formuli se, naime, ne sme prevideti da se pojam same pravde može shvatiti sasvim različito, isto kao što kriterijum jednakosti zavisi od referentnog okvira šta se smatra jednakim a šta nejednakim. Tako za sadašnjost *formalna* jednakost svih pojedinaca čini presudan referentni okvir, dok je u marksističko-lenjinističkom pravnom mišljenju oštećivanje klasnog neprijatelja bilo isto tako legitimno kao u nacionalsocijalističkoj ideologiji diferenciranje prema rasnoj pripadnosti ili u antičkom pravnom mišljenju bespravnost robova.

4. „Nepodnošljiva nepravda“ kao granica vađenja pozitivnog prava, tj. propisanog po pravilima konkretnog državnog ustava, jedva da bi zbog toga ikada mogla postati praktična u okviru jedne te iste pravne kulture. Još i više: to što je Radbruch formulom koju je postavio 1946. donekle ograničio radikalani zakonski pozitivizam koji je zastupao 1932, deluje, s obzirom na moderni razvoj ustavne države, malo uzbudljivo i skoro irelevantno. Jer, predstave o pravdi nekog društva sadržane su u njegovom ustavu i ustavni sud može proglasiti zakon ništavim već onda kada se on

5 U nav. delu, str. 82.

6 Citirano prema: Dreier/Paulson (Hrsg.), *Rechtsphilosophie – Studienausgabe*, 2. Aufl., Heidelberg 2003, str. 216.

7 Tako npr. Seelmann, *Rechtsphilosophie*, 5. Auflage, München 2010, str. 34.

uopšte ogrešuje o ustav, a ne tek onda kada se povreda ustava čini nepodnošljivom. Zbog toga Radbruchova formula unapred dobija značaj samo za poseban slučaj da dođe do rušenja celokupnog političkog sistema i da se *potom* po novom pravnom sistemu postavi pitanje retroaktivnog presuđivanja ranijih radnji. To pitanje ima poseban značaj, prirodno, u krivičnom pravu, gde princip *zakonitosti*, koji je priznat u čl. 103, st. 2, nemačkog Osnovnog zakona, zapravo isključuje svaku retroaktivnu primenu novog prava na ranija činjenična stanja. Ako se to predoči, postaće jasno u čemu se sastoji specifična funkcija Radbruchove formule: naime, u tome da se po jedinim propisima ranijeg pravnog poretka porekne važenje da bi se tada krivično gonjenje zasnovalo jedino na onom delu ranijeg pravnog poretka koji nije okvalifikovan kao nevažeći i na taj način zaobišla zabrana povratnog dejstva.

5. Baš to je učinio nemački Savezni sud u krivičnopravnoj obradi postupaka SED-režima, koji je do 1990. vršio vlast u Nemačkoj Demokratskoj Republici, i to kako zbog ustreljivanja begunaca na unutrašnjoj nemačkoj granici (takozvani slučajevi stražara na zidu između dveju nemačkih država), tako i pri gonjenju sudija NDR-a zbog pravne protekcije: propisi NDR-a koji su pod određenim pretpostavkama dopuštali upotrebu vatrenog oružja na unutrašnjoj nemačkoj granici i prema nenaoružanim beguncima bili su zbog „nepodnošljive nepravde“ isto tako proglašeni za ništave od početka, kao što je i pravno načelo „socijalističke pravde“ koje je jednakost pred zakonom suspendovalo u odnosu na klasne neprijatelje bilo gurnuto u stranu u takvim slučajevima „u kojima je protivpravnost odluke bila toliko očigledna i u kojima su, posebno, prava drugih, poglavito njihova ljudska prava, tako teško bila povređena da se odluka pojavljuje kao akt samovolje.“ To je svakako u rezultatu (doći ću još do izvesnih razlika) naišlo na odobravanje nemačkog Saveznog ustavnog suda takođe, koji je već ranije povodom nedelâ nacionalsocijalističkog režima bio preuzeo Radbruchovu formulu, pa je zbog nepodnošljive protivnosti pravdi okvalifikovao pojedine norme iz vremena nacionalsocijalizma kao nevažeće od početka.⁸ U svojoj odluci od 24. 10. 1996.⁹ on je na primeru ubistva begunaca izrekao isto (nevažnost zbog nepodnošljive protivnosti pravdi) i za one zakone NDR-a koji su pod izvesnim pretpostavkama dozvoljavali upotrebu vatrenog oružja radi sprečavanja neodobrenog prelaska granice i time po sebi dali razlog opravdanja upotrebi vatrenog oružja u takvim slučajevima, ali je Savezni ustavni sud smatrao da tom razlogu opravdanja zbog nepodnošljivog nepoštovanja ljudskih prava treba odreći važenje.

6. Ne događa se odveć često da neka filozofskopravna teorija presudno utiče na praktičnu primenu prava. Pobednički pohod tzv. Radbruchove formule jeste jedan od primera za to koji najvećma privlači pažnju. Pomoću nje je nemačko pravosuđe pripisalo sebi pravo da delovanje organâ vlasti ili i drugih državnih organa NDR-a podvrgne posle ponovnog ujedinjenja krivičnopravnom preispitivanju, a u određenim slučajevima i gonjenju.

Analiza i kritičko preispitivanje te formule mogu se i moraju se preduzeti na dvema različitim ravnama: naime, prvo, s obzirom na snagu filozofskopravne uver-

8 BVerfGE 23, 98, 106; 54, 53, 67 f.

9 BVerfGE 95, 96.

ljivosti pojma prava impliciranog Radbruchovom formulom; i drugo, s obzirom na pitanje, na koje se može odgovoriti pomoću tumačenja principa zakonitosti, da li se kažnjavanje iz bića krivičnog dela, koje preostaje posle nevažnosti razlogâ opravdanja obrazloženih Radbruchovom formulom, može pomiriti sa zabranom povratnog dejstva ili možda predstavlja njeno nedopustivo zaobilaženje.

III. NEDOVOLJNOSTI POZITIVISTIČKOG POJMA PRAVA KOMBINOVANOG S RADBRUHOVOM FORMULOM

1. Okrećem se najpre filozofskopravnom pojmu prava koji u Radbruchovoj formuli biva nagovešten, ali nije potpuno formulisan. Radbruchov pokušaj da pozitivistički pojam prava modifikuje tako da iz pojma prava mogu biti eliminisana najgora sramna dela jednog nehumanog zakonodavca razvio je dalje, skoro pedeset godina docnije, u epohi pravne „obrade“ druge nemačke diktature, Aleksi do sledeće elaborirane definicije:

„Pravo je sistem normi koji (1) pretenduje na ispravnost, (2) sastoji se od ukupnosti normi koje, u celini uzev, pripadaju jednom socijalno delotvornom ustavu i nisu ekstremno nepravedne, kao i od ukupnosti normi koje su propisane shodno tom ustavu, pokazuju minimum socijalne delotvornosti ili izgledâ na delotvornost i nisu ekstremno nepravedne, i kojem (3) pripadaju principi i drugi normativni argumenti na koje se oslanja i/ili se mora oslanjati procedura primene prava kako bi ispunila pretenziju na ispravnost.“¹⁰

U toj definiciji reč je u neku ruku o kombinaciji piramide normi, koju je ranije zastupao Radbruch baš kao i Kelzen i koja se može svesti na ustav, s Dvorkinovom teorijom principa kao i s kriterijumom delotvornosti Maksa Vebera¹¹ i s Radbruchovim ograničenjem važenja kod apsolutno nepravednih zakona. Po mom mišljenju, međutim, može se na primeru kažnjavanja SED-nedela od strane „svenemačkih“ sudova posle ponovnog ujedinjenja pokazati da ni Radbruhova ni Veberova komponenta, niti njihovo povezivanje kod Aleksija, ne vode ka prihvatljivim rezultatima, zbog čega nije uverljiv ni sam citirani pojam prava.

a) U Aleskijevoj granici važenja „ekstremne nepravde“ poseže se za Radbruchovom formulom, koja je potpuno zavladała ne samo već citiranim pravosuđem, nego i filozofskopravnom diskusijom o pravnom postupanju sa SED-nedelima posle ponovnog ujedinjenja, i koja je izazvala skoro već nepregledno mnoštvo članaka i monografija.¹² Ali, to se, može biti, dogodilo jedino zbog veličanstvene ličnosti

10 Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München 1992, str. 201.

11 „Neki poredak treba zvati... pravom kada je spolja garantovan izgledom na (fizičku ili psihičku) prinudu putem delanja usmerenog na iznuđivanje pridržavanja ili kažnjavanje povrede, delanja jednog za to ustanovljenog štaba ljudi.“ Vid. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1921), 5. Aufl., Tübingen 1972, str. 17.

12 Upor. samo H. Dreier, „Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis“, *FS f. Robert Walter*, Wien 1991, str. 117 ff.; Wassermann, „Unrecht durch DDR-Rechtssprechung“, *FS f. Spindler*, Berlin/New York 1992, str. 629, 634 ff.; Kaufmann, „Die Radbruchsche Formel vom gesetz-

Gustava Radbruha, jer svejedno da li se usmeravamo na Radbruchovu formulu za „neispravno pravo“ po kojoj je protivnost pravdi dostigla „nepodnošljivu meru“ ili na poricanje pravne prirode „tamo gde se za pravdom čak i ne teži“¹³ – semantička sadržina je, u stvari, jednaka nuli.

aa) „Nepodnošljiva mera“ nepravde ukazuje na to da eksterna instanca prosuđivanja, dakle, recimo, sud koji danas odlučuje „ne može da podnese“ raniju regulativu i zbog toga ne može da je primeni – tako da je kriterijum prosuđivanja identičan s pravnom posledicom, dakle postoji logički pogrešan kružni zaključak.

bb) Ni subjektivna formula ne vodi uistinu dalje, jer se, naravno, pitanje da li raniji zakonodavac „nije čak ni težio za pravdom“ ne odlučuje iz njegove perspektive i po njegovim uverenjima, nego iz eksterne perspektive današnjeg prosuditelja o tome šta je pravedno a šta nepodnošljivo nepravedno. Time što se negira interna perspektiva pravde krugova koji su stvarali dotično zakonodavstvo i vladali ondašnjim društvom („političke elite“), subjektivni kriterijum se pokazuje kao prividni kriterijum koji dalje ukazuje na današnje eksterno ocenjivanje i time opet na objektivnu diskrepanciju između ranijeg regulisanja i današnje predstave o pravdi. To se jasno pokazalo u pravnoj praksi Saveznog suda o krivičnopravnoj obradi SED-nedela, koja u drugoj fazi, pomoću Radbruchove formule, nije priznavala centralna načela socijalističkog pravnog poretka, kao, recimo, načelo partijnosti, utoliko što se ona „očigledno“ nisu mogla spojiti sa sopstvenim razumevanjem prava jednog liberalno-kapitalističkog pravnog poretka¹⁴ – što socijalistički zakonodavac nikada nije ni hteo, pošto je socijalističko pravo, naravno, trebalo i htelo da sačinjava protiv-model kapitalističko-liberalnom pravu. Kako bi po tome stvari stajale s pravom ranijih društava s držanjem robova ili današnjih društava s pomanjkanjem ravnopravnosti žena, s pravom današnjih teokratskih država ili društvima u kojima postoji obrezivanje devojčica?¹⁵ Po Radbruchovoj formuli, pravnim porecima tih društava morao bi se velikim delom poreći pravni karakter. Po tome postaje jasno da ta formula izlazi na neku vrstu pravnog imperijalizma koji današnje predstave o pravu zapadnog sveta proglašava merom svih stvari. Doduše, kod masovnih ubijanja u nacionalsocijalizmu (za koja je, naravno, i bila razvijena), Radbruchova formula u re-

lichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht“, NJW 1995, 81 ff.; Saliger, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, Heidelberg 1995; Sprenger, „50 Jahre Radbruchsche Formel oder: Von der Sprachnot der Juristen“, NJ 1997, 3 ff.; Seidel, *Rechtsphilosophische Aspekte der „Mauerschützen“-Prozesse*, Berlin 1999, str. 153 ff.; Funke, „Überlegungen zu Gustav Radbruchs „Verleugnungsformel“. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsbegriff“, ARSP 89 (2003), 1 ff.; Forschner, *Die Radbruchsche Formel in den höchstgerichtlichen „Mauerschützenurteilen“*, Online-Dissertation, Tübingen 2003; Adachi, *Die Radbruchsche Formel: eine Untersuchung der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs*, Baden-Baden 2006; Vest, *Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen? Nationale Strafverfolgung von staatlichen Systemverbrechen mit Hilfe der Radbruchschen Formel*, Tübingen 2006.

13 Radbruch, „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“, SJZ 1946, 105, 107, sada u: Kaufmann (Hrsg.), *Gesamtausgabe, Rechtsphilosophie III*, Heidelberg 1990, str. 83, 89.

14 BGHSt 40, 30, 41; 40, 169; 41, 157; 41, 247, 253; BGHR StGB Rechtsbeugung 12 (Gründe); dalji dokazi kod Schünemann-a (u nav delu u nap. 10), str. 1350.

15 Po Zakonu o obimu brige za ličnost pri obrezivanju muškog deteta od 20. 12. 2012 (BGBI I 2749), sada je legalizovano obrezivanje dečaka uz prihvatanje odnosnih želja verskih društava koja to propagiraju; o povredi načela jednakosti vid. Walter, JZ 2012, 1110.

zultatu pogađa ono što je ispravno, kao što ću odmah izložiti. Ali, ona nije ispravan pristup, pa je zbog toga kod krivičnog gonjenja SED-režima posle ponovnog ujedinjenja i dovodila do pogrešnih rezultata. Primera radi, NDR-sudije bile su osuđene zbog pravne protekcije ako su u radnopravnim procesima, umesto formalne pravne jednakosti, primenjivali načelo socijalističke partijnosti, koje je upravo sačinjavalo jezgro socijalističkog prava.¹⁶ Ili, donošene su osuđujuće presude zbog falsifikovanja izbora, jer je izborni rezultat u korist SED-a bio manipulisan, premda je baš to odgovalaralo zadatku državnih organa u NDR-u da podstiču izgradnju socijalizma i da zbog toga na izborima koji su održavani iz formalnih razloga ne učine da se napolju vidi udeo kontrarevolucionarnih i revizionističkih glasova.¹⁷ Ovde je krivično sudstvo posle ponovnog ujedinjenja Nemačke uistinu praktikovalo povratno dejstvo, ali je to pomoću Radbruhove formule zastiralo.

b) Da iznetom kritikom ne bih bio pogrešno shvaćen, hteo bih, razume se, da i izričito naglasim da se ni, recimo, obrnuto, važenje prava ne sme poistovetiti jedino s njegovom faktičkom delotvornošću ili usmeriti jedino na kriterijum faktičke sprovodljivosti. Kao praotac te teorije, koja pravo potpuno poistovećuje s faktičkom delotvornošću i koja je zbog toga „vrlo pozitivistička“, koja principijelno osporava protivpravnost i time takođe kažnjivost delâ nasilja koja je u nekoj diktaturi počinila vladajuća klika, mora se, zacelo, smatrati Imanuel Kant, koji je izričito formulisao tezu o nekažnjivosti „zloupotrebe vrhovne vlasti, koja je čak priznata za nepodnošljivu“.¹⁸ Njegovo obrazloženje glasi: „(Narod nema) nikada ni najmanje pravo da njega, poglavara, kazni zbog predašnjeg upravljanja, jer sve ono što je on ranije učinio u kvalitetu poglavara mora se smatrati kao spolja zakonito, a on sâm, posmatran kao izvor zakonâ, ne može činiti nepravu.“¹⁹ Slična argumentacija naći će se docnije kod Harta²⁰ i Kelzena,²¹ a u novije vreme ju je Jakobs doveo do vrhunca.²² Međutim, ta koncepcija opovrgava samu sebe stoga što poistovećivanjem

16 BGHSt. 41, 157, 173 ff.

17 BGHSt. 39, 54, 68 ff.; o dodatnom pseudopozitivističkom obrazloženju vid. gore u nap. 2.

18 Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), 2. Aufl., Königsberg 1798, str. 207.

19 *Na nav. mestu*, str. 208.

20 U nemačkom prevodu: Hart, *Recht und Moral*, Göttingen 1971, str. 17 ff., 44 f.

21 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960, str. 13, 43; isti, „Die Grundlage des Naturrechts“, ZÖR 1964, str. 148; isti, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien 1979, str. 117. O pravnofilozofskoj diskusiji vođenoj od tada instruktivno Kühl, „Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg“, u: Köbler (Hrsg.), *Geschichtliche Rechtswissenschaft*, Freundesgabe für Alfred Söllner zum 60. Geburtstag, Giessen 1990, str. 355 ff.

22 Jakobs, „Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch“, u: Isensee (Hrsg.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Berlin 1992, str. 37 ff.; isti: „Untaten des Staates – Unrecht im Staat, Strafe für die Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR“, GA 1994, 1 ff. U rezultatu slično kao Jakobs takođe Grünwald, „Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen“, StV 1991, 31 ff.; Rittstieg, „Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Grenzsoldaten der DDR“, u DuR 1991, str. 404 ff.; Rodellecke, „Schwierigkeiten mit der Rechtseinheit nach der deutschen Wiedervereinigung“, NJW 1991, 660 f.; Pawlik, „Das positive Recht und seine Grenzen. Zur rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Problematik der 'Mauerschützenprozesse'“, u: *Gerechtigkeit*, Rechtsphilosophische Hefte II, Frankfurt a. M. 1993, str. 95 f.; isti: „Strafrecht und Staatsunrecht“, GA 1994, 472 ff.; Merkel, „Politik und Kriminalität“, u: Unseld (Hrsg.), *Politik ohne Projekt? Nachdenken über Deutschland*, Frankfurt a. M. 1993, str. 298 ff.

prava s čistom faktičnošću kakvog određenog vršenja vlasti poistovećuje državu, u suštini, u Avgustinovom²³ smislu s razbojničkom bandom, čime pak ne može više udovoljiti situaciji da, recimo, na istom području operiše više „razbojničkih bandi“, kao ranije, na primer, vlada u Rimu i mafija u Palermu.

IV. NAPOMENE O JEDNOM POJMU PRAVA KOJI JE POVEZAN S KULTUROM I KOMUNIKACIJOM

1. Da bi se stvorio pojam važenja prava koji neće dopustiti da se kao zakonita pojave najgora nedela nekog terorističkog režima, niti će posle revolucije retroaktivno krivično gonjenje starog režima prepustiti diskrecionoj oceni novih gospodara, nije dakle pogodno ni puko faktičko važenje normi u smislu Veberove verovatnoće sankcionisanja, niti Radbruhova formula koja je u suštini besadržajna. Umesto toga, smatram presudnim dva drukčija kriterijuma koja se u načelu mogu empirijski preispitivati i zbog toga daleko pouzdanije upotrebljavati:²⁴ *javnu komunikaciju pravila* kao osnovnu karakteristiku prava kao društvenog vrednosnog poretka uopšte, koju možemo da opazimo već u takozvanim akefalnim društvima (tj. onim kojima ne vlada centralna vlast); i *spojivost toga javno komuniciranog poretka s kulturom dotičnog društva*, koju pravna norma zahteva. U tim kriterijumima, pravo se ne redukuje niti jedino na mrtvo slovo štampanih normi niti na – u krajnjoj liniji, naravno, samovoljno – ponašanje jedne male klike na vlasti, nego se zasniva na ukupnosti pravnih vrednosti i pravila ponašanja priznatih u određenom društvu. A Jakobsova teza, upravo predestinirana kao *exemplum crucis*, da su Hitlerovom tajnom zapoveshću za ubijanje Jevreja ovi bili eliminisani iz oblasti zaštite krivičnih dela lišavanja života tako da bi njihovo ubijanje odgovaralo važećem pravu Trećeg rajha,²⁵ evidentno ne udovoljava osnovnim uslovima prava koje sam imenovao: Kao što nasilna vladavina jedne klike ne može ugasi kulturu koja je nastajala vekovima, tako se ni pravna uverenja i etablirane društvene norme ponašanja stanovništva koje se broji na milione takvom nasilnom vladavinom ne menjaju iz osnova tokom nekoliko godina; a to se tek ne može dogoditi putem neke tajne zapovesti skrivene za nadmoćnu većinu, koja usled svoje tajnosti čak ne zahteva da utiče na pravnu kulturu dotičnog društva. Prema tome, Nirnberški rasni zakoni nacionalsocijalističke države bili su, ma koliko nam se i danas činili nepodnošljivim,²⁶ kao deo javne komunikacije pravila i kao obnavljanje u ranijim vekovima uobičajenog izopštavanja jevrejskog stanovništva, koje se u nemačku kulturu moglo integrisati bez otpora, važeće pravo nacionalsocijalističke države. Isto to važi i za javno objavljeni i komunicirani Za-

23 U: *De civitate Dei*, IV 4, nemačko izdanje Paderborn/München/Wien/Zürich 1979, a o tome Ignor, u: Adomeit (Hrsg.), *Rechts- und Staatsphilosophie I*, Heidelberg 1992, str. 183 ff.

24 Bliže o tome upor. moje ranije radove nav. u nap. 3 u: Pawlowski/Roellecke (Hrsg.), *Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaats*, ARSP-Beiheft Nr. 65, 1996, str. 97 ff., kao i u *FS f. Philipps*, 2005, str. 163 ff.

25 Jakobs, „Vergangenheitsbewältigung...“ (nap. 22), str. 37 ff.; isti, GA 1994, 1 ff.

26 Zbog čega je Radbruch u svom tek posthumno objavljenom pogovoru za novo izdanje svoje *Filozofije prava*, koje je nameravao da objavi posle Drugog svetskog rata, hteo da tim zakonima porekne „časno ime“ prava, vid. *na nav. mestu* (nap. 5), str. 194.

kon o narodnoj policiji NDR-a, koji je pod određenim pretpostavkama dozvoljavao upotrebu vatrenog oružja prema beguncima i koji je 1982. bio zamenjen Zakonom o granici.²⁷ Nasuprot tome, tajna praksa masovnog ubijanja Jevreja nije se čak ni u nacionalsocijalističkoj državi mogla pojaviti kao sastavni deo pravnog poretka, baš kao ni javno nekomunicirano „sprečavanje prelaska granice u NDR-u po svaku cenu“ kao tajna zapovest pograničnim trupama.²⁸

2. Nažalost, o tom fundamentalnom razlikovanju, fundamentalnom po mom mišljenju, nije se najpre vodilo računa u sudskoj praksi o kriminalitetu vlasti u NDR-u, a docnije je usled mešanja bilo učinjeno nerazpoznatljivim. A da bi se zbrka učinila potpunom, kažnjivost koja je navodno postojala već prema pravu NDR-a bila je izvedena iz jedne, za to irelevantne, unutrašnje sistematike pojma delikta.

a) Savezni sud je pomoću Radbruchove formule proglasio nedelotvornim zakonsko regulisanje upotrebe vatrenog oružja prema beguncima i time jedan razlog opravdanja prava NDR-a,²⁹ ali je samo biće krivičnog dela i dalje uzimao iz prava NDR-a.³⁰ To krivičnopravno-sistematsko razlikovanje bića krivičnog dela i protivpravnosti, čiji se značaj (u pojedinostima sasvim sporan)³¹ tiče unutrašnjeg prostora izgradnje delikta, ne može, međutim, ništa promeniti u tome da krivično pravo NDR-a u svojoj celokupnosti upravo nije ustanovljavalo nikakvu kažnjivost ukoliko su se poštovali propisi Zakona o granici.

b) Savezni ustavni sud se upadljivo usmerio na to „da su zakonsko stanje prekrile zapovesti koje nisu ostavile nikakvog prostora za ograničavanje upotrebe vatrenog oružja po merilima načela srazmernosti i da su pripadnicima pograničnih trupa s lica mesta prenosile shvatanje njihovih pretpostavljenih, u suštini Saveta za nacionalnu odbranu, da prekršiće zakona treba ‘uništiti’ ako se prelazak granice ne može sprečiti drugim sredstvima. Podređivanje pojedinčevog prava na život državnom interesu za sprečavanje prelaska granice vodilo je do zapostavljanja pisanog prava u poređenju sa zahtevima političke celishodnosti.“³² To prevazilazi shvatanje o delotvornosti tajnih zapovesti, razvijeno u tekstu, ali se na taj način nalazi u napetom odnosu prema tvrdnjama Saveznog ustavnog suda da je upotreba vatrenog oružja odgovarala tumačenju zakona koje je tada bilo priznato u NDR-u.³³ Slično je, najzad, i Evropski sud za ljudska prava, u svojoj presudi od 22. 3. 2001, ograničio analizu na kategoričku zapovest o pucanju i time skratio problem.³⁴

3. Javna komunikacija pravila i kulturna adekvatnost jesu, dakle, oba kriterijuma koja, umesto Radbruchove formule (koja uistinu izlazi na jedan retroaktivni pravni imperijalizam novog režima došlog na vlast), predlažem kao granične ozna-

27 O pojedinostima vid. BGHSt 39, 1, 9 f.; 40, 241, 242 f.

28 Bliže o tome Schünemann (nap. 3), str. 1351 ff.

29 BGHSt 40, 241, 242 ff. i stalno u sudskoj praksi.

30 §§ 112 f. DDR-StGB, na čije su mesto zatim tek kao blaži *leges posteriores* došli §§ 212 StGB.

31 Upor. npr. o značaju za teoriju zablude Schünemann/Greco, GA 2006, 777 ff.

32 BVerfGE 95, 96 Tz. 145.

33 BGHSt 40, 243 f.

34 NJW 2001, 3035, 3039 Tz. 73.

ke važenja pozitivnog prava. Doduše, ne smemo se predati iluziji da ukazivanjem na kulturu imamo precizan odgovor na svako detaljno pitanje o tim granicama, jer se već i pre epohe pluralističkog ili čak multikulturnog društva obrazuje celokupna kultura jednog društva od čitavog niza parcijalnih kultura i subkultura čiji sistemi vrednosti mogu biti krajnje različiti. Bez obzira na to, u evoluciji određenog kulturnog prostora normalno se izdvaja jedan skup fundamentalnih uverenja i vrednosnih stavova, koji je zajednički svim slojevima, parcijalnim kulturama i subkulturama, i koji povremenim atavističkim ponovnim razbuktavanjem onoga što je nesavremeno, varvarsko, ne biva oboren, baš kao što ni poredak pravnih dobara, priznat u nekom društvu, ne biva oboren svakodnevnim milionskim krivičnim delima. Iako će, shodno tome, i u pojmu važenja prava koji je povezan s kulturom biti slučajeva sumnje da li određeno ponašanje ispada iz tradirane pravne kulture i zbog toga jeste krivično delo ili pak deo nove pravne kulture koja se stvara, makar bila i problematična, ipak će te sumnje, po pravilu, biti odstranjene pomoću drugog kriterijuma, po kojem javna komunikacija pravila predstavlja neodstupan minimalni uslov za promenu pravne kulture. Zbog toga tajne zapovesti i tajne ujdurme vladajuće klike ne mogu u društvu stvoriti priznato pravo, jer usled svoje tajnosti same ispadaju iz pravno relevantnog toka komunikacije.

V. ZAKLJUČAK

1. Skicirani pojam prava povezan s kulturom, koji komunikaciju pravila sadrži kao neophodan sastavni deo, pruža, po mom mišljenju, pouzdaniju mogućnost nego Radbruhova formula za odgovor na pitanje kada krivičnopravna obrada prošlosti, koja se dešava posle političkog prevrata, primenjuje jedino već u vreme diktature neprava važeće pravo u odnosu na nasilnu praksu koja to pravo negira, ili kada se – obrnuto – u ono doba važeće, iz današnje perspektive manje vredno pravo zamenjuje ispravnim pravom i tada, naravno, primenom toga ispravnog prava praktikuje krivično pravosuđe s povratnim dejstvom. Da li pod izvesnim pretpostavkama treba dopustiti takvo povratno dejstvo, to nije pravnofilozofsko, već pravnodogmatsko pitanje tumačenja ustavnopravnog principa zakonitosti, kojim se danas ne mogu bliže baviti. Hteo bih da o tome samo sasvim sažeto primetim da zabrana povratnog dejstva, naravno, treba da štiti građanina kao potčinjenog pravu, a ne diktatora kao svemoćnog zakonodavca, jer bi bilo besmisleno da se neko sâm oslobodi od kazne. Vrh vlasti NDR-a, članovi politbiroa Komunističke partije Nemačke, ne bi se, dakle, mogao pozivati na zabranu povratnog dejstva ako bi posle prevrata bio podvrgnut krivičnopravnoj odgovornosti. Naravno da bi jedan, za to neophodan, zakon o merama ostao opterećen mrljom mešavine zakonodavstva i pravosuđa, dakle mirisom pravde pobednika. U najmanju ruku iz tog razloga, treba zbog toga pozdraviti što je Rimskim statutom preduzet pokušaj da se stvori nadvremenski i transnacionalni model za gonjenje nedelâ diktatora i njihovih pomagača.

2. Prema tome, krivičnopravno gonjenje nacionalsocijalističkih masovnih ubistava nije bilo sprečeno zabranom povratnog dejstva, dok su se dela SED-režima mogla goniti od strane krivičnih sudova Savezne Republike Nemačke samo pod

pretpostavkom da ili nisu na osnovu tajnih zapovesti poštovala pisani granični režim ili da su se sama sastojala u stvaranju bukvalno smrtonosnog graničnog režima i da je za to izričito zakonski bila naređena krivičnopravna odgovornost najvišeg kruga vlasti NDR-a. Nasuprot tome, strategija Saveznog suda i Saveznog ustavnog suda da se jednostavno oslone na Radbruchovu formulu nije, po mom mišljenju, primereno i iscrpno obradila ni pravnofilozofske ni dogmatske probleme. Baš zbog toga što je ovde zakonodavac još jednom podmetnuo sudstvu odgovornost, ono je u igru koja mu je diktirana trebalo da se upusti samo na najsigurnijem fundamentu.

Preveo s rukopisa Danilo N. Basta

Budimir Košutić
redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Beogradu

PRAVO I PRAVDA U PARTIJSKOJ DRŽAVI

U svim kulturama i istorijskim epohama moguće je utvrditi određene stavove o pravdi kao neophodnom obeležju i regulativu vladavine („iustitia fundamentum regnorum“). Ta povezanost vladavine, prava i pravde ispoljila se i ispoljava se s naročitom snagom u istorijskom razvoju i savremenim oblicima grčko-romansko-germanske porodice prava (evropskokontinentalnog pravog sistema).

Platonovo i Aristotelovo učenje o pravdi, pretočeno u Ulpijanove, Celzuseve i Papinijanove maksime o pravu i pravdi, zapisane u Justinijanovom zakoniku (Pandektama ili Digestama, najvažnijem delu Zakonika), presudno je uticalo na stvaranje evropskog identiteta i zapadne civilizacije uopšte. Stoga ne čudi zapažanje poznatog matematičara i filozofa Alfreda Norta Vajtheda – Alfred North Whitehead – da je celokupna zapadna filozofija samo „fusnota uz Platona“. Ne treba zaboraviti da je u središte hrišćanskog učenja, zahvaljujući svetom Tomi Akvinskom, ugrađena bit Platonove i Aristotelove filozofije. Misao koju su zapisali glosatori uz Digesta 1,1: „Pravo izvire iz pravde, kao od svoje majke; dakle, pravda prethodi pravu“ aktualna je i danas. Večno pitanje filozofije prava bilo je i još je pitanje o postojanju pravde pre i nezavisno od svakog zakonodavca, pravde koju mora poštovati i zakonodavac i sudija. Ovo pitanje postaje izuzetno važno u razdobljima prepunim nepravda i nepravde. Takvo razdoblje bilo je razdoblje totalitarnih država i totalitarnih političkih oblika sredinom 20. veka (nacionalsocijalistička Nemačka, fašistička Italija, staljinizam u bivšem SSSR-u i makartizam u SAD). Na nesreću ljudskog roda, totalitarizam nije bestragom nestao, kako je to izgledalo u razdoblju delotvorne i pravedne socijalne države u zapadnoj Evropi u drugoj polovini 20. veka. Poslednju deceniju 20. veka i prve dve decenije 21. veka karakterišu pokušaji „postmodernih država“ da ostvare „humani imperijalizam“¹ oružanim intervencijama u „predmodernim“ i „modernim“ državama. A „humani imperijalizam“ i pravda ne mogu sapostojati u savremenom svetu.

I

U filozofiji prava postoje brojne teorije o pravdi. Neke od njih su deskriptivne, a druge su normativne. Za razliku od deskriptivnih teorija o pravdi, koje poku-

1 Robert Cooper, *The Postmodern State and the World Order*, London, Demos, 2000, str. 22 i sl.

šavaju da opišu stvarne vrednosne stavove koji postoje u određenom društvu (deskriptivna etika i naročito njena jezičko-analitička podvrsta, metaetika), normativne teorije o pravdi istražuju mogućnosti utemeljenja vrednosnih sudova. Razlikuje se njihove dve velike grupe: proceduralne i materijalne teorije o pravdi. Proceduralne teorije o pravdi razvili su Jürgen Habermas i Robert Aleksi kao teorije diskursa. Ove teorije pokušavaju da utemelje ispravnost (*Richtigkeit* /čit. rihtihkajt/) prava na osnovu proceduralnih kriterijuma racionalnog diskursa. Materijalne teorije o pravdi pokušavaju, naprotiv, da iznađu merilo na osnovu kog će ocenjivati moralne sudove kao ispravne ili neispravne, pravedne ili nepravedne. To su prirodnopravne teorije, naročito teorija svetog Tome Akvinskog (tzv. sholastički aristotelizam), Kantovo učenje o pravu razuma, doktrina o neotudivim ljudskim subjektivnim pravima (Hobs, Lok, Ruso), Bentamova utilitaristička teorija prava. Moderni oblik učenja o pravu razuma predstavlja ugovorna teorija pravde Džona Rolsa. Rols ne istražuje pravdu kao ljudsku vrlinu ili merilo ponašanja nego kao svojstvo društva odnosno njegove osnovne strukture. Koristeći se pojmovima vela neznanja i prirodnog stanja, Rols formuliše dva principa koji izražavaju osnovnu strukturu pravednog društva (liberalno demokratsko društvo u kome svaki pojedinac uživa adekvatan sistem jednakih osnovnih sloboda) u kome važi princip diferenciranja (nije svaka socijalna i ekonomska nejednakost opravdana i neophodno je obezbediti određenu pomoć najmanje obezbeđenim pripadnicima društva).²

Teorije o pravdi nose pečat vremena u kome su nastale. Stoga nije neobično što je njihov stav o odnosu prava i pravde divergentan. Ciceron i Toma Akvinski su smatrali da *lex* (državni zakon) treba i mora da ostvaruje *ius naturale* (prirodno pravo). Prirodno pravo pak bilo je sastavni deo svetskog poretka nastalog pre i nezavisno od ljudi (*lex aeterna*). Ova misao o dualizmu prirodnog i pozitivnog prava nastavila je svoj život i u novovekovnoj filozofiji, ali sa znatnim izmenama. Hobs je stvorio pretpostavke za drugačije poimanje morala i prava (osnova Hobsovog morala je misao o korisnosti za ostvarenje mira). Kant je odbacio svaku ideju o utilitarizmu u moralu i razdvojio je moral kao poredak slobode od prava kao prinudnog poretka. Istovremeno, Kant je u pravu video pretpostavku za slobodu građana i njihovo moralno ponašanje. U filozofiji 19. veka, zbog velikih naučnih otkrića u oblasti prirodnih nauka, oslabio je interes za istraživanje postojanja prirodnog prava i pravde. Pravni pozitivizam je postao vladajuća doktrina. Ipak, širenje političke ideje ljudskih prava od kraja 18. veka (Povelja o pravima Virdžinije iz 1776. godine, Deklaracija prava čoveka i građanina iz 1789), kao i izgradnja građanske pravne države bili su praćeni zahtevima upućenim zakonodavcu da uzme u obzir zahteve pravde, to jest da uvaži ljudska prava i slobode sadržane u navedenim aktima, odnosno pravnu sigurnost, kao jedan od elemenata pravde. Kada je došlo do sloma pravne države i uspostavljanja jednopartijske totalitarne države u Italiji i Nemačkoj, ideja ljudskih prava i sloboda je odbačena. Čovek je postao sredstvo za ostvarenje državnih ciljeva („ti nisi ništa, tvoj narod je sve“), a nacistička država uobličena je kao nepravni sistem za sprovođenje ideoloških dogmi iz programa nacionalsocijalistič-

2 Potpunije: Olaf Muthorst, *Grundlagen der Rechtswissenschaft*, München, Verlag C. H. Beck, 2011, str. 196 i sl.; Bernd Rüthers, *Rechtstheorie*, München, Verlag C. H. Beck, 1999, str. 195 i sl.; John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1971, str. 234 i sl.

ke partije (rasna politika, firerski princip, neophodnost rata radi revizije Versajskog mirovnog ugovora, konačno rešenje jevrejskog pitanja). Zbog straha ili iz uverenja i mnogi tada veoma poznati profesori nemačkih univerziteta postali su saradnici Hitlerovog režima (Karl Šmit, Martin Hajdeger, Karl Larenc, Teodor Maunc, Ernst Forsthof i drugi).

Po okončanju Drugog svetskog rata i sloma nacističke Nemačke, javila se potreba ne samo za drugačijim usmerenjem prava nego i za njegovim moralnim utemeljenjem. Trebalo je ne samo obnoviti učenje o pravdi nego ga i učiniti delotvornim. Nova orijentacija u pobeđenoj Nemačkoj potražila je izvor u ideji prirodnog prava, kako se ta ideja razvila u evropskoj filozofiji od antike do modernih vremena. Izuzetnu zaslugu za renesansu prirodnog prava u Nemačkoj posle 1945. imao je Gustav Radbruh, pravni filozof koji je ostao odan svojim uverenjima i odbacio bilo kakav oblik saradnje s Hitlerovim nacističkim režimom (zbog toga je bio udaljen s nemačkih univerziteta, a njegov sin poslat na istočni front, s kog se nije vratio živ). Nakon rata odrekao se pravnog pozitivizma izraženog u svojoj filozofiji prava razvijenoj pre 1933. i ukazao na postojanje objektivnih, najviših principa pravde koji se ispoljavaju, pre svega, u oblasti ljudskih prava. Radbruhov članak o *Zakonskom nepravu i nadzakonskom pravu* iz 1946, iako nije bio do kraja filozofski utemeljen, ostvario je i ostvaruje snažan uticaj ne samo na zakonodavca već na sve poslenike u oblasti prava, pre svega kao čuvena Radbruhova formula prema kojoj se određuje kada pravna sigurnost treba da ustukne pred pravdom. Nikako ne treba prevideti ni Radbruhov uticaj na sadržinu tzv. Borskog ustava iz 1949, prvenstveno na razlikovanje između zakona i prava u članu 20(3) Osnovnog zakona SRN.

Filozofsko utemeljenje prirodnog prava u prvim posleratnim godinama, kada je Nemačka još uvek bila podeljena na četiri okupacione zone: američku, britansku, francusku i sovjetsku, ostvario je Helmut Koning (Helmut Coing) u svom delu *Die obersten Grundsätze des Rechts* (čit. di obersten grundzece des rehts – *Najviši principi prava*), objavljenom 1947. To svoje filozofsko utemeljenje prirodnog prava Koning dalje razvio u *Grundzügen der Rechtsphilosophie* (čit. grundcigen der rehtsfilozofi – *Osnovne postavke filozofije prava*) u pet izdanja (1950–1993). On odbacuje vrednosni relativizam i prihvata objektivno postojanje najviših pravnih načela ili principa. Oni počivaju na moralnim vrednostima koje leže u osnovi celokupnog ispravnog, to jest pravednog prava. Ove vrednosti su objektivno date i racionalno saznatljive. Njihovo saznanje povezano je s pravnim osećajem, koje čoveka usmerava na pravdu kao najvišu moralnu vrednost. Prvo merilo pravde je poštovanje dostojanstva čoveka kao ličnosti. Iz ovog osnovnog ljudskog prava moguće je izvesti, kad se istraže određene osnovne situacije socijalnog života, određena konstantna pravna načela neophodna za njihovo regulisanje. Koning ukazuje, pre svega, na osnovna prava ličnosti (pravo na život, slobodu, slobodu mišljenja, svojinu), koja će naći svoje mesto u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima iz 1948, usvojenoj u Generalnoj skupštini Ujedinjenih nacija, i u nemačkom Osnovnom zakonu (*Grundgesetz* – čit. grundgezec) iz 1949, a kasnije i u drugim međunarodnopravnim instrumentima o ljudskim pravima.

Iako su Koningove postavke bile kasnije izložene opravdanoj kritici, a tendencija ka obnovi prirodnog prava napuštena, Koningova i Radbruhova koncepcija pravde

ostvarila su snažan uticaj na razvitak savremenog nemačkog društva.³ Nastale su u pravom trenutku, kad je doneta odluka o stvaranju Savezne Republike Nemačke od tri zapadne okupacione zone i o izradi njenog ustava. Iako su očevi nemačkog Osnovnog zakona iz 1949. odbacili predlog okupacionih vlasti da donesu najviši akt s nazivom ustav, već su, plašeći se da će time potvrditi trajnost podele Nemačke, izradili privremeni Osnovni zakon, njihov napor da stvore pravedno društvo i pravedni pravni poredak bio je iskren i plodotvoran. Iako Osnovni zakon nije obuhvatio u svom izvornom obliku određene odredbe koje su svojstvene ustavu svake države (pošto Nemačka u to vreme nije bila suverena država, izostale su odredbe o vanrednom i ratnom stanju i o odbrani), njegova osnovna koncepcija bila je jasno izražena. Opredeljenje za demokratsku pravnu i socijalnu državu, u kojoj će biti poštovana i ostvarivana osnovna ljudska prava i slobode, nedvosmisleno je utvrđeno. Istovremeno, polazeći od podele Nemačke kao faktičkog stanja u tom vremenu, u prvobitnoj preambuli Osnovnog zakona proglašeno je ponovno ujedinjenje Nemačke za državni cilj. Ovim povodom treba podsetiti da preambula ustava obuhvata, po pravilu, sadržinski različite iskaze, od kojih neki imaju pravnoobavezni karakter, a drugi nemaju. Iskaz o ponovnom ujedinjenju Nemačke kao državnom cilju bio je pravno obavezujući.

Prvi odeljak Osnovnog zakona sadrži katalog osnovnih prava i time određuje ne samo odnos države prema građanima, društvu i privredi nego, zajedno s članom 20 Osnovnog zakona, postavlja osnove celokupnog državnopravnog poretka. U narednim odeljcima Osnovnog zakona (odeljak drugi zaključno s jedanaestim odeljkom) sadržane su odredbe o organizaciji i funkcijama države. U članu 1 odeljka prvog o ljudskim pravima Osnovnog zakona (zaštita ljudskog dostojanstva) propisuje se: „(1) Dostojanstvo čoveka je nepovredivo. Obaveza je svih državnih institucija da ga poštuju i štite. (2) Nemački narod se stoga zalaže za nepovrediva i neotuđiva ljudska prava kao osnovu svake ljudske zajednice, mir i pravdu u svetu. (3) Osnovna prava koja slede obavezuju zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast, kao neposredno važeće pravo.“

U članu 20. Osnovnog zakona (odredbe o osnovama države, pravo na otpor) određuje se: „(1) Savezna Republika Nemačka je demokratska i socijalna savezna država. (2) Sva državna vlast potiče od naroda. Nju narod sprovodi izborima i glasanjima, posredstvom posebnih zakonodavnih organa, organa izvršne vlasti i sudske vlasti. (3) Zakonodavstvo je vezano ustavom, a izvršna i sudska vlast zakonom i pravom. (4) Ako druga pomoć nije moguća, svi Nemci imaju pravo na otpor svakome ko pokuša da ukine ustavni poredak SR Nemačke.“ Najzad, prema članu 28 (1) Osnovnog zakona, „ustavni poredak pokrajina mora da odgovara principima republikanske, demokratske i socijalne pravne države“.

Iz sadržine navedenih članova Osnovnog zakona očevidan je uticaj i Radbruhovog shvatanja pravde (prvenstveno njegovog razlikovanja zakonskog neprava i nadzakonskog prava) i Koingovog shvatanja pravde (prevashodno njegovog stava o poštovanju ljudskog dostojanstva ličnosti kao osnovnom merilu pravde), kao što

3 Norbert Horn, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 2., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2001, str. 218 i sl.

je očividno i preoblikovanje osnovnih vrednosti i shvatanja o pravdi iz hrišćanskog prirodnog prava, prosvetiteljske misli, moderne tradicije evropske filozofije prava i istorije političkih ideja u važeće, neposredno primenjive konkretne ustavne norme. Kako je osnovano primetio Norbert Horn, „moglo bi se govoriti o tome da su u našem Ustavu načela i zahtevi mlađeg (hrišćanskog i prosvetiteljskog) prirodnog prava i najmlađeg (formulisanog posle 1945. godine) pozitivirani“.⁴ Preoblikovanje brojnih načela pravde i vrednosnih stavova u važeće ustavnopravne norme znači da rasprava u pravnom sistemu Nemačke o ljudskom dostojanstvu, slobodi i drugim ličnim pravima, svojini, toleranciji, slobodi udruživanja, pravu na pravično suđenje, demokratiji, pravnoj i socijalnoj državi ima karakter rasprave o važećem i neposredno primenjivom ustavnom pravu Nemačke. A norme tog ustavnog prava nije moguće tumačiti bez uzimanja u obzir i ustavnopravne dogmatike i sudske prakse, a naročito prakse Saveznog ustavnog suda.⁵ Drugim rečima, pravnom pozitivizacijom načela pravde i prirodnih subjektivnih prava, sadržanih u doktrini prirodnog prava, filozofskopravnim učenjima i etici nastalo je „pozitivno prirodno pravo“. Time je pozitivno pravo otvoreno za uticaj pravde dovelo na određeni način i do renesanse pravnog pozitivizma.⁶

„Pozitivno prirodno pravo“ sadržano u Ustavu SR Nemačke ostavilo je malo prostora i potrebe za čisto filozofska razmatranjima o pravdi. Ipak, važnost tih filozofskih razmatranja ne treba potcenjivati. Pri tumačenju tih normi „pozitivnog prirodnog prava“ postoji mogućnost pogrešnog usmerenja ustavnosudske prakse, što zahteva postojanje i razvitak kritike kako unutar ustavnopravnog sistema, tako i van njega. Pravnopolitička i filozofska razmatranja pokazuju se tada neophodnim.⁷

II

Odeljak prvi Osnovnog zakona SR Nemačke, koji sadrži katalog osnovnih prava, izrađen je pre donošenja Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950), a posle usvajanja Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima u Generalnoj skupštini Ujedinjenih nacija (1948). Ni katalog ljudskih prava utvrđen u Osnovnom zakonu nije obuhvatio ekonomska i socijalna prava. Iako je Vajmarski ustav (koji se često pogrešno ocenjuje kao jedan od uzročnika dolaska Nacionalso-cijalističke partije na vlast, pa se stoga i vrednosno u potpunosti ignoriše, te su mnoga njegova dobra rešenja ostala nedovoljno istražena) sadržao i ova prava, socijalna prava su izostala iz Osnovnog zakona. Postoji više razloga tog izostavljanja. Najpre, Savezna Republika Nemačka je nastala od tri okupacione zone zapadnih sila, koje su (sile, a ne zone) bile i inicijator njenog nastanka. U tim zapadnim silama nije se s blagonaklonošću gledalo na socijalna prava (Velika Britanija i SAD i danas odbacuju ta prava, a Francuska je već dugo primer države s demokratijom u javnoj sferi,

4 N. Horn, *op. cit.*, str. 217 i sl.

5 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2004, str. 288 i sl.

6 N. Hoerster, *Verteidigung des Rechtspositivismus*, Frankfurt am Main, 1989, str. 16 i sl.

7 Artur Kaufman, *Pravo i razumevanje prava* (s nemačkog preveo Danilo N. Basta), Beograd – Valjevo, Gutenbergova galaksija, 1998, str. 280 i sl.; N. Horn, *op. cit.*, str. 259. i sl.

a autokratijom u ekonomskoj sferi). Sastav Parlamentarnog saveta, koji je usvojio Osnovni zakon, bio je heterogen. Većinu su činili poslanici demohrišćanske i socijaldemokratske partije, čiji su pogledi na osnovna pitanja konstituisanja SR Nemačke i njenog ustava bili divergentni. Mudrost Konrada Adenauera (predsednika Parlamentarnog saveta iz reda demohrišćana) i elastičnost prvaka Socijaldemokratske partije omogućila je postizanje kompromisā, koji nisu bili potpuno neprihvatljivi ni za okupacione sile. U različite članove Osnovnog zakona unete su odredbe o Saveznoj Republici Nemačkoj kao pravnoj i socijalnoj državi sa „socijalnom tržišnom privredom“. U član 1. Ustava utkana je odredba o dostojanstvu ljudske ličnosti (a ljudsko dostojanstvo i život na ivici gladi i u beznađu ne mogu sapostojati) i time je otvoren put da sadržinu određenih socijalnih prava utvrdi Savezni ustavni sud na osnovu pojmova ljudskog dostojanstva, socijalne države i socijalne tržišne privrede.

Na četvorogodišnjicu kapitulacije nacističke Nemačke, 8. maja 1949, Parlamentarni savet usvojio je predlog Osnovnog zakona s 53 glasa za i 12 protiv. Protiv je glasalo 6 od 8 poslanika bavorske Hrišćanskosocijalne unije, 2 poslanika Stranke centra i 2 poslanika Komunističke partije Nemačke. Posle date saglasnosti na predlog Osnovnog zakona od tri zapadna vojna guvernera i prihvatanja Osnovnog zakona od strane parlamenata pokrajina (*die Landtage der Länder* – čit. di landtage der lender), Parlamentarni savet je na svečanoj zaključnoj sednici proglasio Osnovni zakon 23. maja 1949. Osnovni zakon je stupio na snagu istekom dana objavljivanja, shodno članu 145(2) Osnovnog zakona. Jedan deo nemačkih pravnika smatra da se taj momenat ostvario u 24:00 23. maja, a drugi u 00:00 sati 24. maja 1949.

Zanimljivo je da je deset pokrajinskih parlamenata prihvatilo Osnovni zakon s ubedljivom većinom, a samo jedan parlament je bio protiv. To je bio parlament Bavorske. Poslanici Hrišćanskosocijalne unije u bavarskom parlamentu glasali su protiv, tako da je Osnovni zakon odbijen s 101 glasom (a za je bilo 66 poslanika). Istovremeno, suočeni s realnošću da su zapadni vojni guverneri odobrili predlog Osnovnog zakona, bavarski parlament je usvojio zaključak (97 glasova za, 6 protiv i 70 uzdržanih) o pravnoj obaveznosti Osnovnog zakona i za Bavarsku (pravi kuriozitet predstavlja i okolnost što su bavorske partije osporile Osnovni zakon i nakon ponovnog ujedinjenja Nemačke 1990. godine, ali je bavarski Ustavni sud odbacio tu tužbu kao nedozvoljenu).

Iako je Osnovni zakon donet kao privremeni ustav SRN, dok nemački narod u celini ne bude u stanju da vrši ustavotvornu vlast, njegov demokratski legitimitet je iznova osporavan. Visoko uvažavanje tog Osnovnog zakona zbog „pozitivizacije prirodnog prava“ (supstancijsalni legitimitet) nije moglo otkloniti određene sumnje u pogledu donosilaca i procedure donošenja. Osnovano se ukazuje da je donet uz sadejstvo tri zapadna vojna guvernera (predlog za sazivanje ustavotvorne skupštine upućen ministrima predsednicima pokrajinskih vlada, uputstva o potrebi donošenja federalnog ustava, intervencije za vreme razmatranja nacrtā ustava u Parlamentarnom savetu, odobrenje Osnovnog zakona uz određena ograničenja koje je Parlamentarni savet morao uvažiti), kao i da je nemačka strana izmenila predlog vojnih guvernera u pogledu procedure donošenja Osnovnog zakona (izbor članova Parlamentarnog saveta a ne konstituisanje ustavotvorne skupštine, donošenje osnov-

nog zakona privremenog karaktera a ne ustava, prihvatanje od najmanje dve trećine pokrajinskih parlamenata a ne na referendumu nemačkog naroda koji je živeo u tri zapadne okupacione zone).⁸

Demokratskom legitimitetu Osnovnog zakona prigovora se najviše zbog potrebe da se dobije odobrenje Osnovnog zakona od tri zapadna vojna guvernera i sadržine tog dobijenog odobrenja. Ono je bilo dostavljeno predsedniku Parlamentarnog saveta Konradu Adenaueru 12. maja 1949. (tzv. *Frankfurter Dokument I*). Taj dokument imao je pravnu snagu akta uslova za stupanje na snagu Osnovnog zakona. Tim aktom vojni guverneri su odobrili Osnovni zakon koji je usvojio Parlamentarni savet 8. maja 1949. uz određena ograničenja koja su morala biti prihvaćena na svečanoj sednici Parlamentarnog saveta 23. maja 1949. pre proglašenja Osnovnog zakona. Ograničenja su se sastojala u sledećem: prednost okupacionog Statuta u odnosu na Osnovni zakon; nemogućnost da Berlinom upravlja federalna vlast, s tim što su predstavnici Berlina u Bundestagu i Bundesratu mogli učestvovati u raspravama ali bez prava glasa; suspenzija člana 29 Osnovnog zakona o mogućnosti preuređenja federalnih jedinica (granice pokrajina nisu bile istorijske, već povučene u skladu s geostrateškim interesima SAD i u stvarnosti su mogle biti izvor određenih ekonomskih problema); ograničenja ovlašćenja savezne policije i uprave u korist pokrajina (jačanje federalizma).⁹

U ime nemačkog naroda, o tim važnim pitanjima odlučili su poslanici Parlamentarnog saveta iz redova političkih stranaka. Nemačka država, kao i druge evropske države, uobličena je u skladu s načelima liberalne parlamentarne demokratije, koja ne može postojati i funkcionisati bez političkih partija. I u vreme donošenja Vajmarskog ustava 1919. postojale su i delovale političke partije. Kada je Hitlerova Nacionalsocijalistička partija osvojila vlast 1933. odmah je preduzela mere usmerene na suspenziju Vajmarskog ustava i ukidanja svih političkih partija, osim nacionalsocijalističke. Ti Hitlerovi naponi bili su olakšani pristankom kardinala Eudenia Paćelija (Eugenio Pacelli) da se ugasi Partija centra, koja je izražavala stavove Katoličke crkve u Nemačkoj, u zamenu za Hitlerov pristanak da kardinala u Nemačkoj imenuje direktno papa bez mešanja najviših nemačkih vlasti. (Kardinal Paćeli, koji je postigao sporazum s Hitlerom o tako važnoj stvari za Vatikan, postao je papa Pije dvanaesti, koga određeni zapadni pisci nazivaju Hitlerovim papom).¹⁰ Nemačka je postala jednopartijska država i to je bila sve do sloma nacističke Nemačke.

Sintagmu partijska država treba razlikovati od jednopartijske države. Nemačka je, prema tome, partijska država i prema Osnovnom zakonu i ta činjenica nesporno je došla do izražaja i u svim reformama Osnovnog zakona. Tih reformi je bilo najmanje 55 i ključnu ulogu u njihovom ostvarenju imale su političke partije a ne narod.¹¹ A interesi političkih partija i narodni interesi ne moraju biti uvek u saglasnosti.

8 Maunz – Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, 29. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 1994, str. 38 i sl.

9 Hartmut Maurer, *Staatsrecht I*, 6. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2010, str. 81 i sl.

10 John Cornwell, *Hitler's Pope: The Secret History of Pius XII*, London, Penguin Books, (1999¹) 2008.

11 H. Maurer, *Verfassungsänderung im Parteienstaat*, u: *Festschrift für Heckel*, 1999, str. 881 i sl.

Osnovni zakon je prvi opštemački ustav koji izričito unosi političke partije u ustav. (Pre Osnovnog zakona, ceo odeljak o političkim partijama je sadržao Ustav Badena iz 1947.) Pošto je u članu 20(2) utvrdio da narod ostvaruje vlast izborima i glasanjima, ustavotvorac je u članu 21 Ustava propisao: „(1) Partije učestvuju u stvaranju političke volje naroda. Njihovo osnivanje je slobodno. Njihovo unutrašnje ustrojstvo mora da odgovara demokratskim principima. One moraju da obaveste javnost o poreklu i primeni svojih sredstava, kao i o svojoj imovini. (2) Protivustavan je rad onih partija koje po svojim ciljevima i po ponašanju svojih članova polaze od toga da ugroze ili ukinu slobodan demokratski ustavni poredak ili da ugroze postojanje SR Nemačke. O pitanju neustavnosti odlučuje Savezni ustavni sud. (3) Bliže odredbe sadrži savezni zakon.“

Savezni Zakon o partijama je donet 1967. i menjan je više puta. Povod su bile i odluke Saveznog ustavnog suda kojima su proglašene neustavnim pojedine njegove odredbe. Ustavom Nemačke (a nakon ponovnog ujedinjenja Nemačke ne postoje smetnje da se Osnovni zakon naziva ustavom, iako se u članu 146 Osnovnog zakona i dalje koristi izraz Osnovni zakon, a rečju ustav se naziva akt koji pod tim nazivom treba da donese celokupan nemački narod svojom slobodnom odlukom) ostvaren je parlamentarni sistem vladavine, kojim su političke partije stavljene u sam centar državne moći. U sadejstvu s odredbama Zakona o partijama, u Saveznoj Republici Nemačkoj ustanovljen je partijski sistem sledećih karakteristika: 1) razvitak narodnih partija (partija masa) koje vode nivelaciji ideoloških razlika; 2) izgradnja velikih partijskih aparata, koji sve više ovlađavaju običnim partijskim članstvom; 3) složeni i komplikovani odnosi u političkoj, privrednoj, socijalnoj i tehničkoj oblasti koji zahtevaju iznova izgradnju unutarpartijske političke misli i volje i njeno zastupanje u parlamentu i javnosti; 4) klauzula od 5 % glasova koju treba ostvariti na izborima znatno ograničava nastanak novih partija. Iz ovih razloga, broj relevantnih političkih partija u Nemačkoj se smanjio. U savremenoj Nemačkoj postoje dve narodne partije (Hrišćansko-demokratska unija sa svojom posestrimom bavarskom Hrišćansko-socijalnom unijom i Socijaldemokratska partija), dve manje partije, redovno povezane s jednom narodnom partijom (Liberalno-demokratska partija i Savez 90/Zeleni) i Partija demokratskih socijalista kao regionalna partija na teritorije bivše Istočne Nemačke (DDR).¹² Stanje je podložno promenama. Liberali trpe poraze na pokrajinskim izborima (nisu ostvarili 5% na izborima u više pokrajina), a Demokratska partija socijalista nije ostvarila na poslednjim saveznim izborima održanim 2009. godine tri direktna mandata, već samo dva, što ju je ostavilo van saveznog parlamenta).

III

U nemačkoj pravnoteorijskoj i pravnofilozofskoj misli široko je rasprostranjeno shvatanje da osnovna prava iz članova 1 do 19 Osnovnog zakona garantuju ostvarenje pravde u društvenom i pravnom poretku SR Nemačke. Stoga stepen ostvarenja pravde zavisi od delotvornosti ovih ustavnih normi. Ako se i ukoliko se revizijama

12 H. Maurer, *op. cit.*, str. 326 i sl.; Maunz – Zippelius, *op. cit.*, str. 77 i sl.

Osnovnog zakona ta prava sužavaju, a ne proširuju (ne uvode se i ne štite socijalna prava), ili se pak utvrđena prava ne štite u dovoljnoj meri, pravednost kao svojstvo društva i prava se smanjuje. Naročito je u tom pogledu važna uloga Saveznog ustavnog suda koji prema odredbama Osnovnog zakona ima ulogu zaštitnika pravde. U tom smislu Bernd Ritters zapaža da Savezni ustavni sud treba da štiti merila pravde sadržana u Ustavu i da donosi o tome obavezne odluke. Savezni ustavni sud sprečava i otklanja povrede pravde koje bi mogle izvršiti partije i druge političke grupe, naročito katalog osnovnih prava, ono što se u SRN smatra „pravednim“.¹³ Pošto Osnovnim zakonom država i društvo nisu totalitarno uređeni, pravda nije u potpunosti određena. On sadrži samo neke odredbe o pravdi, kao konstitutivne osnove državnog i pravnog poretka. Stoga zakonodavac kada uređuje socijalni život raspolaže diskrecionom ocenom o tome kako da ostvari socijalnu pravdu. A socijalna pravda, misle Maunz i Zippelius, jeste princip raspodele koji svakom sloju stanovništva obezbeđuje ekonomsku i kulturnu egzistenciju na određenom nivou.¹⁴ Pravednost postavlja određene zahteve ne samo zakonodavcu nego i sudiji. I sudija ima određeni stepen slobode u primeni ustavnih normi kojima su utvrđena osnovna prava. Drugim rečima, traženje pravednog poretka u odnosima ljudi otvara probleme „ustavne pravde“, „komutativne pravde“, „distributivne pravde“, „kaznene pravde“.¹⁵ Zakonodavac je dužan da utvrdi sadržinu ustavnih pojmova pravna i socijalna država, demokratija, jednakost pred zakonom i drugih. Savezni ustavni sud ostvaruje ustavnosudsku kontrolu zakonodavne vlasti, a redovni sudovi štite ustavom utvrđena ljudska prava i slobode. Izmenama ustava, ta prava mogu biti ograničena, a uticaj političkih partija može biti u tome presudan. O tome svedoče ustavne promene ostvarene u SRN nakon donošenja Osnovnog zakona 1949.

Sticanje suverenosti Savezne Republike Nemačke, njeno pristupanje NATO-u i evropskim integracijama izazvali su neophodnost izmena u Osnovnom zakonu. Revizija Osnovnog zakona postala je preka potreba nakon ponovnog ujedinjenja Nemačke. Ponovno ujedinjenje Nemačke postavilo je snažno pitanje o potrebi prestanka važenja Osnovnog zakona usvajanjem novog opštenemačkog ustava. Javio se spor o načinu na koji treba ostvariti ponovno ujedinjenje – pristupanje DDR Saveznoj Republici Nemačkoj shodno članu 23(2) Osnovnog zakona u njegovoj prvobitnoj verziji ili izrada novog opštenemačkog ustava za ponovo ujedinjenu nemačku državu. Odlukom da se prihvati model pristupanja (tj. primeni član 23(2) Osnovnog zakona) rešeno je ustavno pitanje, ali nije prekinuta ustavna rasprava (prema članu 23 OZ u staroj verziji za ustanovljenje državnog jedinstva bila je dovoljna izjava o pristupanju DDR-a i odgovarajuća izjava SRN o proširenju Osnovnog zakona na pristupajuću oblast). I pri zaključenju Ugovora o uspostavljanju jedinstva Nemačke od 31. avgusta 1990, ovo ustavno pitanje bilo je predmet spora. Razrešeno je kompromisom unetim u član 5 Ugovora o ujedinjenju prema kome će se zakonodavna tela ujedinjene Nemačke (Bundestag i Bundesrat) pozabaviti ovim pitanjem u roku od dve godine pri razmatranju pitanja vezanih za izmene i dopune Osnovnog zakona.

13 B. Rüthers, *op. cit.*, str. 224. i sl.

14 Maunz – Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, str. 98–99.

15 Reinhold Zippelius, *Rechtsphilosophie*, 2. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 1989, str. 199 i sl.

na. Među političkim partijama ubrzo se javio spor o predloženom postupku ustavne reforme. Koalicione frakcije CDU/CSU i FDP zalagale su se za uspostavljanje Ustavne komisije od 16 predstavnika Bundestaga i 16 predstavnika Bundesrata, koja bi razmotrila preporuke iz člana 5 Ugovora o ujedinjenju Nemačke, kao i pitanja vezana za dalji proces evropskih integracija (Mastrihtski ugovor i neophodne izmene u Osnovnom zakonu). Opozicione partije imale su u vidu dalekosežnije promene. One su zahtevale „dalji razvitak Osnovnog zakona u Ustav za ujedinjenu Nemačku“ (Socijaldemokratska partija), odnosno „donošenje opštenemačkog ustava od strane naroda“ (Savez 90/ Zeleni). Za ostvarenje ovog cilja trebalo je, prema mišljenju opozicije, sazvati širi ustavni savet, koji se ne bi sastojao samo od poslanika Bundestaga i Bundesrata nego i od ličnosti izuzetnog ugleda iz javnog i univerzitetskog života. Najzad, posle usvajanja predloga ustava u Bundestagu i Bundesratu, opozicija je zahtevala njegovu potvrdu od strane naroda na referendumu.

Bundestag i Bundesrat su prihvatili predlog vladajuće koalicije u to vreme (CDU/CSU i FDP) i ustanovili zajedničku Ustavnu komisiju, sastavljenu od po 16 poslanika Bundestaga i Bundesrata. Istovremeno, utvrdili su postupak rada i način odlučivanja u zajedničkoj Ustavnoj komisiji. Prema tom rešenju, da bi određeni predlog iznet u Ustavnoj komisiji postao sastavni deo predloga zakona o izmeni važećeg Osnovnog zakona, koji se upućuje na razmatranje Bundestagu i Bundesratu, bila je neophodna dvotrećinska većina. Drugim rečima, dovoljno je bilo da poslanici iz redova CDU/CSU budu protiv i da predlog poslanika opozicionih stranaka bude odbačen. Ako bi i bila postignuta određena saglasnost u zajedničkoj Ustavnoj komisiji o određenim pitanjima za koja se zalagala opozicija (kako bi se postigla dvotrećinska većina za usvajanje predloga na kojima je vladajuća koalicija insistirala), postojala je mogućnost odbacivanja tih predloga u Bundestagu i Bundesratu (i tu je neophodna dvotrećinska većina za prihvatanje predloga za izmenu Osnovnog zakona). Sadržina četrdeset i dva Zakona o izmeni Osnovnog zakona, koji su doneti 27. oktobra 1994, najbolja je potvrda te konstatacije. Dvotrećinsku većinu u Ustavnoj komisiji ili u domovima nemačkog parlamenta nisu dobili određeni predlozi koji se odnose na vladajuće shvatanje pravde u nemačkoj pravnoteorijskoj i pravnofilozofskoj misli. Odbačeno je unošenje u Osnovni zakon socijalnih prava (rad, stan, socijalna sigurnost, zaštita etničkih manjina, obrazovanje i kultura), zaštita životinja, priznanje vanbračnih životnih zajednica, izgradnja komunalne samouprave, uvođenje elemenata plebiscitarne demokratije i drugi predlozi. Do važnih izmena Osnovnog zakona došlo je 2006. i 2009. Poznate su pod nazivom federalnih reformi (prve i druge). Ticale su se novog regulisanja odnosa između federalne države i pokrajina u njenom sastavu (značajno je smanjen broj saveznih zakona koji se usvajaju saglasnošću oba doma parlamenta), kao i novog rešenja u oblasti finansija i budžeta. Ove reforme bilo je moguće izvršiti s obzirom na činjenicu da je na vlasti bila velika koalicija (CDU/CSU i SPD).

Ocenjujući izvršene ustavne izmene, poznati nemački ustavnopravni pisac Hartmut Maurer zaključio je da je najveći njihov broj bio neophodan, izazvan ponovnim ujedinjenjem Nemačke i evropskim integracijama. Istovremeno, s razlogom je zaključio da te ustavne izmene nisu proširile prava građana, već su ih ciljno ogra-

ničile (suzile sadržinu pravde). To se dogodilo ne samo u oblasti prava nužde (*Notstandsrecht* – čit. notštandsreht) nego i osnovnih prava. Pored člana 10 Osnovnog zakona, koji se odnosi na tajnost pisama, poštanskih pošiljki i telefonskih razgovora dodat je novi stav 2 člana 10, koji glasi: „Ograničenja se mogu uvesti samo na osnovu zakona. Ako to ograničenje služi zaštiti slobodnog demokratskog poretka, postojanja ili bezbednosti SR Nemačke ili neke njene pokrajine, zakonom može da se propiše da se licu kome je ograničena tajnost pisama, poštanskih pošiljki i telefonskih razgovora to ne saopšti i da se umesto pravnim putem provera izvrši od strane organa ili pomoćnih organa koje je imenovalo narodno predstavništvo.“ Ograničavajuće izmene unete su i u član 16a, koji reguliše pravo azila, i naročito u član 13 Osnovnog zakona. Prema novom stavu 3 člana 13: „Do neovlašćenog kršenja i ograničavanja tuđih prava sme da dođe samo u cilju zaštite od opšte opasnosti ili opasnosti koja preti životu pojedinca, a u skladu sa zakonom. To se može učiniti i radi otklanjanja preteće opasnosti po javnu sigurnost i red, naročito radi umanjivanja nestašice stambenog prostora, radi savladavanja opasnosti od zaraze ili radi zaštite od ugrožavanja mladih ljudi.“

Iako se mogu razumeti razlozi navedenih ograničenja osnovnih prava,¹⁶ način na koji su ona uneta nije najbolji. Detaljno ustavno uređivanje ovih pitanja relativizuje razliku između ustava i običnog zakona. Ustav treba da se precizno ograniči na suštinu a detaljno regulisanje da prepusti zakonodavcu. Ovako je reducirana mogućnost ustavnosudske kontrole jer je sužena mogućnost Ustavnog suda da ispituje saglasnost odredaba zakona s osnovnim pravima utvrđenim u Osnovnom zakonu. Posmatrano iz ugla partijskopolitičke stvarnosti, „postoji opasnost da Ustav bude lopta između velikih partija. Ako su jedinstvene, Ustav će biti odgovarajuće izmenjen. Time Ustav gubi svoju jedinstvenu funkciju. On ne određuje više zakonodavnu delatnost, nego utvrđuje opoziciji pravo saodlučivanja. Ovim se razumljivo ne želi dati blanko ček, već se otvaraju pregovori između vladajuće većine i opozicije, koji se završavaju kompromisima i prihvatanjem detaljnih i komplikovanih izmena u Osnovnom zakonu. Na ovaj način opozicija učestvuje u vladanju a vlada obezbeđuje sebi pravo saodlučivanja za slučaj gubitka većine.“¹⁷

U određivanju šta je pravedno postoje različita shvatanja. Ta shvatanja zavise od mnogo činilaca. Jedan od tih činilaca jeste i priroda partijske države. Karl Šmit je 1928. u višepartijskom sistemu Vajmarske Nemačke napisao svoje poznato delo *Verfassungslehre* (čit. ferfasungslere – *Ustavno učenje /ili Ustavna teorija/*), u kome je objasnio pojam i ulogu zakona u pravnoj državi, da bi sedam godina kasnije u raspravi *Die Rechtswissenschaft im Führerstaat* (čit. di rehtsvisenšaft im firerštat – *Pravna nauka u firerskoj državi*) ustvrdio da je zakon „plan i volja Firera“. Bilo bi nerazumno tvrditi da je samim postojanjem više partija obezbeđena pravednost. To je bilo jasno i tvorcima Osnovnog zakona, zbog čega su i predvideli postojanje Saveznog ustavnog suda, kao zaštitnika ustavnosti, odnosno osnovnih prava i sloboda čoveka i građanina (pravde), utvrđenih tim najvišim pravnim aktom. Moderno shvatanje pravne države, kao okvira u kome je pravda uopšte moguća, pretpostavlja

16 Još oštrije odredbe unete su u pravne sisteme SAD i Velike Britanije.

17 Hartmut Maurer, *Staatsrecht I*, str. 152- 153.

ustavnosudsku kontrolu zakona. Zakonodavac je vezan ustavom, a ustavni sud je garant te vezanosti. Naravno, i ustavni sud je vezan pravom i ustavom kao najvišim pravnim aktom. Iako ustavni sud rešava pretežno politički nesporna pitanja, njegove odluke u određenom smislu predstavljaju politiku i imaju često dalekosežne političke odluke. Stoga politički značaj ustavnog suda je velik, a njegov odnos prema političkim partijama, bez obzira na njegovu ustavom utvrđenu nezavisnost, složen.¹⁸

Ta složenost odnosa ustavnog suda i političkih stranaka postoji i u nemačkoj partijskoj državi. Najpre, sudije Saveznog ustavnog suda biraju Bundestag i Bundesrat na 12 godina. Svaki dom bira polovinu sudija. Pri tom, dok poslanici Bundesrata biraju neposredno sudije, to nije slučaj s Bundestagom. Poslanici Bundestaga biraju, shodno paragrafu 6 saveznog Zakona o ustavnom sudu, dvanaestočlani izborni odbor. Ovaj odbor Bundestaga bira neposredno polovinu sudija Saveznog ustavnog suda. Jedan deo nemačke ustavnopravne teorije smatra neustavnom ovu delegaciju neposrednog izbora sudija izvršenu običnim zakonom na odbor Bundestaga, to jest smatra to povredom člana 94 Osnovnog zakona zbog nedostatka demokratskog legitimiteta. Za donošenje odluke o izboru traži se dvotrećinska većina u Bundesratu odnosno u Izbornom odboru Bundestaga. Time se htelo sprečiti da trenutna većina zaposedne Savezni ustavni sud. U političkoj praksi dve velike partije podelile mesta sudija tako da svakoj pripada polovina, s tim što velika partija ustupa jedno sudijsko mesto svom manjem koalicionom partneru (CDU/CSU FDP-i, a SDP zelenima). Naravno, izabrane sudije moraju ispunjavati visoke uslove za izbor u najviše sudove jer je Savezni ustavni sud „pravnički sud“ – „Juristengericht“ (čit. juristengericht) i uživaju sudijsku nezavisnost pošto budu izabrane.

Pošto se Savezni ustavni sud sastoji iz dva senata od po osam sudija, može se dogoditi da se pri odlučivanju, ako je prisutno osam ili šest sudija, u konkretnom ustavnom sporu glasovi podele. Prema paragrafu 15(4) (3) Zakona o Saveznom ustavnom sudu u toj pat situaciji „povreda Osnovnog zakona ili drugog saveznog prava nije utvrđena“. To znači da u postupku ustavne žalbe nije utvrđena povreda osnovnog prava, što se može pokazati krajnje nepravednim. S druge strane, u sporovima kontrole ustavnosti zakona vladi je dovoljno da četvoro sudija budu na njenoj strani da „dobije spor“, a opoziciji je potrebno pet. U pravnoj literaturi se ukazuje da ovo rešenje iz paragrafa 15 Zakona o Saveznom ustavnosudu je u suprotnosti s članovima 92 i 97 Osnovnog zakona.

Složenost odnosa Saveznog ustavnog suda Nemačke i političkih partija vidi se i iz nastojanja partija da iz budžeta dobiju finansijska sredstva i težnje Saveznog ustavnog suda da finansiranje političkih partija zadrži u određenim granicama. Osnovni zakon pak nije ni predvideo ni isključio finansiranje političkih partija iz budžeta. Kada su se partije izborile za finansiranje iz budžeta, Savezni ustavni sud utvrdio je svojom presudom iz 1966. da je potpuno finansiranje partija iz državnog

18 Postoje i shvatanja koja osporavaju demokratski legitimitet ustavnosudske kontrole zakona. Ukazuje se da narod, odnosno od njega izabrano predstavništvo treba da ima poslednju reč u pitanju ustavnosti zakona. Postoje i pozitivni zakoni koji osporavaju mogućnost ustavnog suda da ukine određene norme donete kvalifikovanom većinom. Više o ovom problemu: Christopher J. Peters, *A Matter of Dispute, Morality, Democracy, and Law*, Oxford University Press, 2011, str. 22 i sl.

budžeta suprotno Osnovnom zakonu. Kada je usvojen Zakon o partijama iz 1967, u njemu je uređeno i pitanje finansiranja partija. Ustavni sud je proglasio neustavnim određena rešenja iz ovog Zakona. Zakonodavac je bio primoran da unosi izmene u Zakon o partijama, u deo o finansiranju Zakonom od 18. januara 1994. i Zakonom od 22. decembra 2004, čija ustavnost je bila kontinuirano ispitivana). Političke partije su neprekidno tražile nove lukrativne izvore finansiranja, čiju ustavnost je osporavao Savezni ustavni sud. U nemačkoj pravnoj literaturi se piše o igri mačke i miša između zakonodavca (tj. političkih partija) i Saveznog ustavnog suda.¹⁹ Na čijoj strani je pravda, javnost treba da odluči.

Potreba za poštovanjem ljudskih prava i sloboda neophodna je i u međunarodnom pravu i u međunarodnim odnosima. Nažalost, politička stvarnost pokazuje da u međunarodnim odnosima često sila ima prevagu nad pravom, naročito nad osnovnim pravima i slobodama garantovanim međunarodnim ugovorima pojedincima i državama, da interes ima prevagu nad pravdom, a svesna neistina nad istinom. Nije zato čudno što je Jürgen Habermas zapisao da se treba boriti za ostvarenje osnovnih ljudskih prava i sloboda uprkos njihovom besprimernom kršenju u savremenom svetu.²⁰ „Humani imperijalizam“ koji se ostvaruje „humanitarnim intervencijama“ nije bez sličnosti s političkim stavom izraženim 1937. posle zaključenja Minhenskog ugovora, a naime, da „poslednje pravo uvek leži u moći“. ²¹ A kad nepravo nadvlada pravo i pravdu, „povratak u budućnost“ nije nemoguć.

U Beogradu, 9. aprila 2012.

19 H. Maurer, *Staatsrecht I*, str. 350.

20 Jürgen Habermas, „Remarks on Legitimation through Human Rights“, u: *The Postnational Constellation, Political Essays*, Cambridge – Oxford, Polity Press, 2001, str. 13–129.

21 „Es ist nun so, dass das letzte Recht immer in der Macht liegt“, citirano prema: B. Rütters, *Rechtstheorie*, str. 319.

Prof. dr Milorad Todorović,
Filozofski fakultet Univerziteta u Prištini
s privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici

PRAVO I PRAVDA: JEDAN PSIHOANALITIČKI POGLED

*Na početku je morala postojati svest o krivici
i samo je njena stvaralačka moć mogla stvoriti zakon.*

Milorad Todorović.

*Priroda je nanela nepravdu pojedincima dajući im u najvećoj meri
nejednaka telesna svojstva i duševnu obdarenost, čemu nema pomoći.*

Frojd

Kao psihoterapijski metod neurotskih smetnji i postupak istraživanja duševnih procesa koji su teško pristupačni, *psihoanaliza* je (jedina) psihološka teorija zasnovana na istraživanju *nesvesnog* dela psihičkog života. To nesvesno koje je postulirala psihoanaliza nije podređeni fenomen u odnosu na svesno, to jest svest, iako je nedostupno znanju i svesti. Njega čine duševne radnje isto onako kao što su duševne radnje i one svesne. Prava priroda i značaj nesvesnog mogu se naslutiti iz činjenice što su sve duševne radnje najpre bile nesvesno zbivanje. Radnje koje postaju svesne ne predstavljaju ni drugačiju ni višu vrstu, već je njihovo prelaženje u svest samo svojstvo koje dolazi spolja kao svetlost na predmet.¹

Psihologija kao nauka o duši pokazala je već na samim svojim počecima veliko interesovanje za pravnu problematiku u forenzičkoj psihologiji. Knjiga Huga Minsterberga (Hugo Münsterberg) *Na klupi za svedoke*, objavljena 1908, imala je ponirsku ulogu. U toj knjizi Minsterberg opisuje izveštaje očevidaca i brojne psihičke razloge neslaganja podjednako verodostojnih svedoka koji se trude da daju

1 S nesvesnim psihičkim pojavama je isto kao i s osvetljenim i neosvetljenim fizičkim pojavama. Sto, lampa, olovka, knjiga, koje smo u toku dana videli u sobi, isti su predmeti i kad su nevidljivi u tamnoj noći bez osvetljenja. Njihovu egzistenciju ne određuje „vidljivost“ ili „nevidljivost“. To što su oni nevidljivi u potpuno mračnoj prostoriji ne znači da ne postoje ili da postoje samo onda kada su osvetljeni. Svetlost čini samo da se postojanje nečeg oseti čulom vida, ali ni svetlost ni čulo vida ne stvaraju pojave, fenomene, stvari. One su tu i u mraku i na svetlu. I vidljive i nevidljive one pripadaju fizičkom svetu. Slično tome, i nesvesno kao i svesno pripadaju duši. Tako s pojavom psihoanalize nesvesno prvi put u istoriji psihologije nije ono o čemu se ne može znati, već ono s čim se mora računati kao postojećim. To da psihičko nije samo svest već da je psihičko = svest + nesvesno bilo je revolucionarno proširenje naučne sfere društvenog.

tačna i istinita svedočanstva. Zašto se njihova *svedočanstva tako razlikuju*? Minsterberg je objasnio razliku između subjektivne i objektivne istine. Ukazao je na to kako naši oseti mogu biti prevareni i kako sugestija deluje na percepciju. Naglasio je da su *sećanja* često *nepouzdana*, posebno kada pokušamo da se setimo događaja koji su se desili pre nekog vremena. Teško je, polazeći od procesa zaboravljanja, naći psihološko opravdanje za uzimanje svedočenja za „dokaze“ koji će biti osnova za donošenje sudskih odluka, kao što se čini u suđenjima Tribunala u Hagu. Sećanja su nepouzdana čak i uz najbolje namere, idealne uslove te kratko razdoblje između događaja i prisećanja. Zato i najiskrenija zakletva da će se reći „istina, cela istina i ništa osim istine“ nije nikakva garancija objektivne istine.

Kada se od nas posle dosta vremena traži da se setimo nekog događaja, i to pogotovo pod stresnim uslovima svedočenja u sudnici kada suparnički advokati postavljaju sugestivna pitanja, treba očekivati netačnost. Akademsko obrazovanje sudije nužno bi moralo da uključi detaljno razumevanje pojedinih psihičkih funkcija, pamćenja pre svega, da bi se shvatilo koliko se može imati poverenja u sećanje, mišljenje ili opažanje, koliko su sve te sposobnosti ograničene, određene mnogobrojnim faktorima ili podložne „zloupotrebama“ iz raznoraznih motivacija. Da bi sudija znao koliko se može osloniti na nečije pamćenje, nužno bi bilo da – pored funkcija pamćenja – poznaje i kako „funkcioniše“ sećanje. O tome se mogu naći podaci već u uvodima u psihologiju koji moraju istaći razliku između funkcije pamćenja i funkcije sećanja. Bez teorije o psihičkom aparatu zasigurno nije lako shvatiti postojanje razlike između ove dve funkcije. Nije funkcija sećanja, od čega sudije polaze u svom ispitivanju, zaštita utisaka kao što je to kod pamćenja. Sa sećanjem je drugačija situacija, ono suprotno pamćenju teži razlaganju utisaka (Todorović 2011:225). Kada se u suđenju ne pođe od ove *destruktivne prirode sećanja*, postoji velika opasnost da samo suđenje postane destruktivno. Koliko je smisleno donošenje presude na osnovu „sećanja“ dvadeset godina nakon nekog događaja, najbolje se može videti u sudnicama haškog Tribunala. I pogotovo, koliko to ima veze s *pravdom* ako su poznate ove psihološke postavke. Svedoci koji se tako dugo sećaju, sećaju se jer je to u skladu s njihovim odnosom prema njihovoj „istini“. Kada bi sudije bile upoznate s Frojdovim (Sigmund Freud) stavom iz *Primedaba o jednom slučaju prisilne neuroze*, znale bi da se u nemačkom jeziku za osobu koja svedoči na sudu još uvek kaže *Zeuge* (čit. *cojge*; svedok, što je nemački prevod latinskog *testis* = 1) svedok; 2) muška polna žlezda, semenik, kao svedok, svedočanstvo muškosti, i stvoritelj novog života), dakle, prema ulozi koju ima muškarac u činu oplodnje, dok se u hijeroglifima reč svedok predstavlja sličicom muškog polnog organa (Frojd 2003:77).

Minsterberg je osuđivao brutalne metode ispitivanja i iznuđavanje priznanja. Tražio je da se takve varvarske metode zamene psihološkim. Govorio je i o *lažnim priznanjima* ljudi koji tvrde da su počinili zločine koje zapravo nisu počinili. Čak je naveo i uslove gde se javljaju takva lažna priznanja: dugotrajno i intenzivno ispitivanje ljudi koji žele ugoditi, ljudi koji su skloni pokoriti se snažnim autoritetima, te kod duboko depresivnih ljudi koji osećaju potrebu da budu kažnjeni. U knjizi *Um porotnika* Minsterberg opisuje eksperimente koje je izveo na Harvardu gde je studenti trebalo da donesu svoj sud, a nakon toga su imali priliku u zajedničkoj diskusiji s drugima raspravljaju o tome i imali su mogućnost da daju drugo mišljenje.

Kada su sami prosuđivali, bili su tačni u 52% slučajeva, a u grupi u 78%. Minsterberg je zaključio da je *grupo donošenje odluke psihološki* opravdan postupak. Kada se ovo istraživanje ponovilo nisu dobijeni isti rezultati. Zaključeno je da žene nisu sposobne za razumnu grupnu raspravu i da bi pravni sistem dobro funkcionisao kada žene ne bi u njemu učestovale.

Pravo i kultura su toliko uvezani da se skoro može reći da je reč o istom. Zakon je obezbedio kulturni razvoj. Da nije postojao zakon, ne bi postojala ni kultura. Da zakoni štite opšte dobro moglo se čuti još od Aristotela (Aristotel 1970:113). To opšte dobro psihoanaliza veže primarno za kontrolu najjačih (nagonskih) sila u čoveku. Nije sporno da racionalni sistemi *moral*a, *vrednosti*, *nauke* i *razuma* određuju linearnu evoluciju društva, u njegovoj vidljivoj istoriji, ali temeljna energija koja pokreće i same ove kulturne tvorevine dolazi s drugih strana koje je psihoanaliza svela na nagonsku prirodu čoveka i dve gigantske sile koje deluju u njemu: eros i tanatos. „Ta bazična energija potiče od prestiža, izazova, od svih zavodljivih i antagonističkih nagona, računajući tu i samoubilačke, koji nemaju ničega zajedničkog sa jednim društvenim moralom ili sa jednim moralom povesti ili progressa“ (Bodrijar 1991:62). Moć tih sila je toliko velika je da je nužno rodila sam Zakon da bi čovek opstao.

Pravo se uvek tiče kulture i uvek je vezano za kulturu, koja, uostalom, zahvaljujući pravu umnogome i opstaje. Pojam prava je kulturni pojam, kaže Gustav Radbruch (Gustav Radbruch 1980:44), a kulturi pripada sve ono što zavisi od sistema normi koje uređuju društvo i koje, dakle, mogu varirati od jedne do druge društvene strukture. Prohibicija, sistem normi i zabrana, upravo su ono što se smatra kulturom i što se, mora se reći, ne postiže lako i bez teških posledica. Za psihoanalizu kultura je stvorena „pod pritiskom životne nevolje na račun zadovoljenja nagona i ona se velikim delom stvara uvek iznova time što pojedinac koji stupa u ljudsku zajednicu ponavlja žrtve u zadovoljenju nagona u korist celine. Među nagonskim silama, tako upotrebljenim, seksualne težnje igraju značajnu ulogu; one se pri tom sublimiraju, to jest odvrćaju od svojih seksualnih ciljeva i upućuju na ciljeve koji su socijalno viši; nisu više seksualni. Ali, ta izgradnja je labilna; seksualni nagoni loše su obuzdani; kod svakog pojedinca koji treba da sudeluje u kulturnom radu postoji opasnost da se njegovi seksualni nagoni odupiru ovoj upotrebi. To neuspešno savladavanje sila koje su usmerene protiv kulture, a stvaraju nemalo zadovoljstvo, jeste sa stanovišta kulture prekršaj“ (Frojd 1970a:18). Pravna nauka pokušava da vrati taj neukroćeni, nesublimisani deo – označen kao krivica – u kulturne tokove bilo porevencijom bilo sankcionisanjem. Može se reći da je i za pravnike i za psihoanalitičare „krivica“ (prekoračenje norme, prekršaj, greška) centralni pojam. Za sudije je ta „krivica“ u stvarnosti realizovana želja (seksualna ili agresivna), dok je za psihoanalitičare odbačena (potisnuta) želja vraćanjem tog potisnutog napravila „prekršaj“ u vidu simptoma. Dakle, u psihoterapiji se sreće ta ista, presijom ugušena želja, želja od koje se odustalo, koja se u svest i delatnost vraća maskirana. Iako je maskirana, nju u subjektu prepoznaje onaj deo subjekta koji je poznavalac zakona – *nad-ja* (*superego*) – prisiljavajući *ja* (*ego*) da se oseća krivim, da se samooptužuje i kažnjava. Taj unutrašnji sudija može biti veoma nepravedan i agresivan prema pojedincu i kažnjavati ga kada ne postoji nikakav prekršaj. Krajnje pojednostavljeno, ra-

zlika između sudije i psihoanalitičara sastoji se u tome što sudija na osnovu etičkog načela u pravu kaže: „odustani od svoje želje“, dok psihoanalitičar, nasuprot njemu, navodi pacijenta da ne učini ustupak u pogledu svoje želje. Svako ustupanje, to jest odstupanje od svoje želje, koje se odvija pod budnim okom unutrašnjeg sudije (*superega*), završiće u simptomu. Upravo zato jedina stvar zbog koje se – u analitičkoj perspektivi – može biti kriv jeste, po Lakanovom (Jacques Lacan) mišljenju, kada se ustukne pred svojom željom (Lacan 1986:17). Zbog toga psihoanalitičar, za razliku od sudije, ne pokušava da pomiri *ego* s kulturom. Taj odnos između psihoanalize i prava mnogo je iznijansiraniiji od onoga koji postoji u sadašnjoj tematizaciji tog odnosa bilo u psihoanalizi bilo u pravnoj nauci. Najbolje bi se mogao shvatiti sledeći lakanovsku strukturalističku psihoanalizu, gde se zakon zasniva na zabrani uživanja, ali on sam ne zabranjuje uživanje niti brani subjektu pristup uživanju. Prepreka o kojoj se radi je empirijska prepreka ili, kao što Lakan kaže, „gotovo prirodna prepreka“: to je zadovoljstvo, ili pak zakon zadovoljstva koji zadovoljstvu postavlja granice (Lacan 2002:821).

S druge strane, sigurno niko od nas ne bi izbegao kaznu kada bi se s nama postupalo onako kako zaslužujemo. Osećanja krivice u nama, naročito ona nesvesnog karaktera, svedoče o bogatstvu naših prestupa, govore o našoj smeštenosti u pravo i o tome koliko mi zapravo živimo pravo, koliko smo mi u njega uronjeni. I onda kada nismo krivi, krivica vlada psihičkim, praveći autodestruktivne ishode ili ozbiljne depresivne pomake, i to mnogo više nego kada smo krivi, i tada smo takođe u poziciji Zakona, očekivane ili željene kazne. Živeći u zabrani, zakonu i kazni, koje proizvodi, koliko god to izgledalo čudno, sama čovekova priroda, preciznije rečeno, *želja* (mnogo više nesvesno nego svesno), čovekov život je mnogo više određen *pravom* nego što se to može i pretpostaviti. Pravo je zapravo ono što je psihoanaliza određuje kao *princip realiteta* od koji se odbijaju naše želje. Pravo je na početku našeg opstanka, sigurnosti, regulacije haosa, ali i na početku odricanja od sebe, neautentičnosti, odustajanja od sopstvene prirode, potiskivanja, izgradnje simptoma ili ozbiljne patologije. Red koji Priroda podrazumeva ili „hoće“ jeste potpuni nered sa stanovišta Kulture, na isti način na koji je red u nesvesnom delu psihe potpuni haos za svesni deo. Iz tako različitih stremljenja prirode i Kulture, svesnog i nesvesnog i proizlazi čovekova *pocepanost* i rađaju se patnje i bolesti. To se najlakše vidi ako se simptom shvati kao kompromis između *potisnutih želja* (uglavnom infantilnog porekla) i društveno nametnutih *zabrana* njihovog ispunjavanja. Takav kompromis *Želje* i *Zabrana* (zakona, prava), koji gradi ili koji čini simptom, shematski smo na jednom drugom mestu (Todorović 2013) prikazali na sledeći način:

$\text{Želja} \leftrightarrow \text{Zabrana} = \text{Simptom (kompromis, potisnuta želja)}$

Celokupno razumevanje onoga što neko *čini* (aktivnost, ponašanje, ličnost, subjekt) smešteno je – da još jednom ponovimo – u prostor *Želje* i onoga što je sprečava, odbija, propušta s većom ili manjom kamuflažom. Otuda svako ko želi da razume, dešifruje nečije ponašanje, bilo u cilju psihoterapijske procene bilo procene koliko je neko odgovoran za učinjeno delo pri odmeravanju kazne ili pohvale, mora poći od ova dva člana. U psihologiji – psihoanalitičkoj psihologiji posebno – *željom*

se označava stremljenje, priželjkivanje, potreba, žudnja, prohtev, to jest svaki oblik kretanja prema nekom objektu čijoj su duhovnoj ili seksualnoj privlačnosti izloženi duša i telo (Rudinesko, E. & Plon, M. 2002: 1130). Nije teško zaključiti da je u tom smislu *želja* ispunjenje nekog *nesvesnog* priželjkivanja. Budući da je psihoanaliza jedina psihologija koja polazi od postojanja *nesvesnog* dela psihe, nesvesnog 'psihičkog', to nesvesno i jeste njeno ekskuluzivno mesto.

Šta to konkretno znači, možda bi se najbolje moglo videti u susretu ove dve vrste sila. Sile koje *blokiraju* zadovoljenje Želje, to jest blokiraju momentalno *rasterećenje* nakupljenog uzbuđenja, deluju kao zabrane ili zakon, a dolaze od *spoljnog sveta* i *unutrašnjih* sila kao njegovog predstavnika i odlažu zadovoljenje ili čak pribavljaju satisfakciju uprkos preprekama. Sile koje odlažu zadovoljenje, osim u nekim specifičnim situacijama, dovode do povećanja napetosti, to jest do nezadovoljstva koje će se pretvoriti u agresiju usmerenu napolje ili agresiju usmerenu na sopstveni self. Psihoanalitička psihologija je prirodu tih oprečnih sila videla i kao samopodešavajuće tendencije iz samog organizma i kao podešavajuće tendencije koje su društvenog karaktera. One sile koje teže rasterećenju (ili principu konstantnosti) jesu, dakle, primarne biološke tendencije, dok su inhibitorne sile (impulsi) aktivirane spoljašnjim uticajima. U interakciji tih sila odvija se celokupno i predvidljivo i nepredvidljivo mentalno funkcionisanje, ono koje je u skladu s normom ili ono koje predstavlja prekršaj ili premašaj norme, ono koje se može odrediti kao racionalno i ono koje ima karakter iracionalnog. Kada su tendencije ka rasterećenju imperativne, želje se moraju zadovoljiti bez obzira na posledice koje mogu uslediti bilo po subjekta bilo po onoga ko je njihov objekt. U drugim slučajevima, kada su sile koje se opiru zadovoljenju jače ili zastrašujuće, tendencije ka rasterećenju bivaju ili „isključene“ (potisnute, otcepljene, negirane) iz sveta subjekta, ili možda nađu neki maskirani izlaz koji je suprotan svesnoj volji da se tome odupre. U slučaju da su tendencije ka *rasterećenju* i *inhibitorne* tendencije jednake jačine, iako ne postoji nikakav spoljni znak aktivnosti, postoji potrošnja energije u skrivenoj unutrašnjoj borbi. Takvi pojedinci će se žaliti ili na stanje umora i iscrpljenosti, ili dosade, ili mogu uraditi nešto što će svima onima koji ih poznaju izgledati potpuno nerazumljivo, čudno ili neobjašnjivo. Oni sami o tom sukobu, iscrpljenosti, praznjenju, delovanju malo šta znaju. I u pravnoj praksi, i pri školskom neuspehu, kao i u psihoterapijskoj ordinaciji, može se sresti slična pojava, a naime, da neko kaže: „Nešto znam, ali ne znam šta znam.“ Koliko god zvučalo paradoskavno, aporetično, inkompatibilno ili protivrečno, ovo može biti potpuno tačno – sušta istina (npr., majka – da bi sakrila od sebe znanje o vezi svoje kćerke iz prvog braka sa sadašnjim mužem). Ona to svakako nesvesno zna, a svesno ne zna zato što su, kako Frojd reče, duševni procesi sami po sebi nesvesni i što su, od celog duševnog života, svesni samo pojedini akti i delovi (Frojd 1970a:17). Precizno sledeći Frojdove reči „da svaki psihički čin počinje kao nesvestan i takav može da ostane, ili pak, u daljem razvoju može napredovati do svesnog, već prema tome da li nailazi na otpor ili ne“ (Frojd 1996:17), psihoanaliza je pokazala koliko ti tajnoviti, nesvesni, skriveni pokretači imaju dominantan uticaj na ljudsko ponašanje. Postojanje nesvesnog dela psihe nameće pitanje koje za pravnu nauku ima veliki značaj: u kolikoj meri mi možemo biti subjekti odgovorni za svoje delovanje, i u kojoj meri naši prividni izbori podležu silama ko-

jima ne upravljamo. Zato se lako možemo složiti sa Kasirerovim (Ernst Cassirer), skoro bi se reklo psihoanalitičkim stavom, da „ljudska priroda postaje shvatljivom tek pomoću neshvatljivosti koju otkrivamo u njenom temelju“ (Kasirer 2003:183).

Polazeći od toga da je *nesvesno* funkcionisanje (kao nesvesno psihičko) neizbežno u procesima na kojima se zasniva psihička aktivnost, izgrađena je psihoanaliza kao nauka koja istražuje te tajanstvene, tamne, nepoznate, nesvesne delove psihičkog. Shvatiti psihičko u celini, ili samo neki psihički sadržaj, bez postuliranja pojedinačnih nesvesnih procesa skoro je nemoguće. Premda je nesvesno zagonetna karakteristika psihičkih procesa, u psihoterapijskom procesu – i nigde drugde – postalo je jasno da se zakoni nesvesne i svesne duševne aktivnosti veoma razlikuju. Kao psihoterapijski metod neurotskih smetnji i postupak istraživanja duševnih procesa koji su teško pristupačni, psihoanaliza je postala sveobuhvatna psihološka teorija zasnovana na istraživanju *nesvesnog* dela psihičkog života. Budući da su sve duševne aktivnosti, uključujući simptome i patološka ispoljavanja, izuzetno složene pojave i u krajnjoj liniji uslovljene nagonskim pobudama, to o njima nijedan subjekt ne može precizno svedočiti, biti ih svestan, vladati njima. Svako razumevanje ponašanja neke ličnosti, subjekta ili selfa nužno mora polaziti od njegovog svođenja na nagonske pobude koje ga motivišu. Osnovni momenti koji sačinjavaju pojmovni okvir psihoanalize jesu nesvesno,² potiskivanje,³ otpor,⁴ seksualnost⁵ i Edipov kompleks.⁶

Svojim ulaskom u prostor pravne nauke psihoanaliza bi mogla uputiti na četiri momenta:

- 1) nastanak prava;
- 2) prirodu prava;

- 2 Svejedno da li se *nesvesno* predstavljalo deskriptivno, pridevski, ili topički, prostorno, akcenat je na sadržajima psihičkog koji nisu u aktuelnom polju svesti. U topičkom smislu, nesvesnim se naziva jedan od sistema psihičkog aparata koji se sastoji od potisnutih, iz svesti isključenih, sadržaja kojima je onemogućen pristup u svesno, dok u pridevskom obliku nesvesno nije svojstvo posebne instance, već se njime opisuju karakteristike sistema (instanci), pre svega ona nagonskog dela (*ono* ili *id*), ali i drugih dveju instanci (*ja* ili *ego*, i *nad-ja* ili *superego*). Četiri bitna obeležja nesvesnog kao sistema jesu: a) njegovi sadržaji su reprezentanti nagona, b) tim sadržajima upravljaju mehanizmi primarnog procesa (kondezacija i pomeranje), v) ti sadržaji, koji su zaposednuti (katektirani) nagonskom energijom nastoje se vratiti u svest i delovanje i d) u njemu su posebno fiksirane želje iz detinjstva.
- 3 U strogom smislu pod *potiskivanjem* se podrazumeva radnja kojom subjekt nastoji gurnuti u nesvesno ili zadržati u nesvesnom predstave (misli, slike sećanja) u vezi s nagonom. Suština potiskivanja je isključivo u odbijanju i udaljavanju od svesti. Potiskivanje se događa u slučajevima u kojima zadovoljenje nekog nagona koje može pribaviti zadovoljstvo preti da izazove nezadovoljstvo s obzirom na druge zahteve, pre svega zahteve savesti ili društva.
- 4 *Otpor* je ona sila koja se svojim delovanjem protivi pristupu u sopstveno nesvesno (na primer, kod psihičkih bolesnika koji se čvrsto drže svoje bolesti te dakle opiru izlečenju).
- 5 U psihoanalitičkoj teoriji *seksualnost* nije samo aktivnost i zadovoljstvo proizvedeno funkcionisanjem genitalnog aparata već obuhvata širok raspon uzbuđenja i aktivnosti koje postoje još od detinjstva, pri kojima se pojavljuje zadovoljstvo nesvodljivo na zadovoljenje osnovnih fizioloških potreba.
- 6 *Edipov kompleks* je središnji pojam u psihoanalizi kojim se označava složeni skup psihičkih stanja, zbivanja i karakteristika izazvan univerzalnom zabranom incesta i povezan s njom. Radi se, pre svega, o nesvesnoj predstavi kojom se izražava seksualnost ili ljubavna želja deteta prema roditelju suprotnog pola i njegovo neprijateljstvo prema roditelju istoga pola.

- 3) psihičku podlogu (osnovanost) prestupa, kršenja zakona, zločina;
- 4) davanje iskaza u sudskoj praksi.

Čovek uvek *presuđuje* kako drugima tako i sebi, spontano birajući da vrši ulogu sudije. Kako kaže Aleksandar Kožev (Alexandre Kojève), svuda i uvek nalazimo ljude spremne da se pojave kao „treći nezainteresovani“, to jest da deluju kao Sudija (Kožev 1984:203). Karikaturalnu prirodu te potrebe najbolje je opisao Mišel Fuko (Michel Foucault) navodeći da je prijatelj slikara Gustava Kurbea (Gustave Courbet) običavao da ustaje noću i viče: „Želim da sudim, želim da sudim!“ (Fuko 2000:32). Ostavljajući po strani činjenicu što čovek (najviše) želi ono što ne sme da želi i ono što je najstrožije zabranjeno, možda je za neke zapanjujuće koliko ljudi vole da sude. Presude se upućuju svemu, svačemu i svakome u svakom trenutku. Suđenje drugima nije ništa drugo do smeštanje lošeg (sadržaja, objekata, selfa) izvan sebe, oslobađanje sopstvenog prostora od imaginarno učinjenog prekršaja, lošeg. To omogućava da se pravo vidi i kao psihička pojava. Samo na prvi pogled može izgledati da je to najjednostavnija stvar koja je data čoveku u zadatak. U suštini, reč je o mehanizmu *projekcije* bez koga nema dobrog psihičkog razvoja, dobrog selfa. I u najobičnijem razgovoru u kom je predmet razgovora analiza drugoga ona ide u pravcu optuživanja drugoga, onoga koji je loš, zao, spreman da prekrši svako pravilo. Dakako, to je neko drugi, a ne sam govornik-sudija. Sudski proces individualnoj odgovornosti je stoga, čini se, neizbežan jer Krivac izvan sebe obezbeđuje mir u sebi. Daljim psihičkim razvojem projekcija se neće izgubiti, ali će svakako i na svu sreću izgubiti od svoje moći. Čovek će morati da pribegava drugim merama, to jest psihičkim mehanizmima, kako bi sopstvenu dobrotu, čistotu i sigurnost učinio većom. Pre svega, reč je o *idealima* u kojima je smestio sebe i sopstvenu ispravnost. To nužno ostvarenje, ono što treba ostvariti i „ostvarena vrednost“ jeste – sa stanovišta psihoanalitičke psihologije, a nasuprot pravnoj nauci – bilo u početku spoljnog porekla i tek je naknadno postalo unutrašnje, oslobođeno uzročnog sveta. „Ono što treba da bude“ (vrednost = ideal) ne može biti određeno ničim drugim do samim subjektom, odnosno psihičkim. Izvor ideala (vrednosti) je u *nagonima samoodržanja* (nagonima *ega*).

Frojd je još 1930. u *Nelagodnosti u kulturi*, delu koje se bavi problemom čoveka u kulturi, pisao da je zakon čoveku doneo zaštitu i sigurnost. Zakonom je čovek, participirajući u moći zakona, rešavao svoje prvobitne bespomoćnosti. Nesporo je i filogenetski ontogenetski da čovek stupa u život na zemlji kao slabašno životinjsko biće koje čini sopstvenu nemoć manjom gradeći sopstveni ideal *svemoći* i *sveznanja* koji je ovaplotio u svojim bogovima. Pripisujući Bogovima sve željeno što je izgledalo nedostižno ili pak sve zabrane, čovek je Bogove učinio otelotvorenjima sopstvenih kulturnih ideala. Uslovno rečeno, prvi oblik zakona u kome se čoveku javio bog-zaštitnik bila je *zabrana* ubijanja životinje, o čemu je Frojd 1914. godine pisao u *Totemu i tabuu*. U tom totemističkom zakonu, kao i u bilo kom kasnijem, etici – ako se o etici uopšte može govoriti – nije bilo mesta, jer je i pored *zabrane* ubijanja i jedenja životinje totema ipak postojao svečani običaj da se ona jednom godišnje zajednički ubije i pojede. Zbog takve manjkavosti, ali ne samo zbog nje, životinjski bog nije bio dovoljan i zamenjen je ljudskim bogom. Približavajući se ispunjenju

ideala saglasno opšteljudskom shvatanju o dosezanju ideala, čovek je takoreći i sam postao Bog, ali Bog s mnogo mana i ograničenja i na njima zasnovanoj potrebi da još mnogo stvara. Taj razvoj nije završen ni danas niti će biti skoro. Koliko god da je današnji čovek sličan Bogu, on se ne oseća ni ispravnim ni srećnim i svakako će dalje izgrađivati svoju kulturu.

Civilizacija je umnogome zavisila od zakona, koji su upućivali na ono „saglasno dužnosti“, i onda kada su bili manjkavi, jer i nezakonito, kako je isticao Kant (Kant 1999:17), pripada kategoriji zakonitog. Stoga se nekoj zemlji priznaje da je dostigla visoku kulturu kada se u njoj neguje i celishodno sprovodi sve ono što čoveku *služi za zaštitu od prirodnih sila i njega samog*. Logično je da je to ugrađeno u Zakon i da *dobro* govori iz njega. „Društvo ne veruje u veću opasnost po svoju kulturu od one koja bi nastala oslobađanjem seksualnih nagona i njihovim vraćanjem prvobitnim ciljevima (Frojd 1970a:18).“ Poseban problem predstavlja to što čovek ispoljava prirodnu sklonost za nemarnost i neurednost. Čovek se uz velike napore mora vaspitavati da oponaša nebeske uzore. U sistemu *lepota, čistoća i red* – pravni sistem zauzima značajno mesto. Pored poštovanja i negovanja viših psihičkih delatnosti, intelektualnih i umetničkih postignuća, jedna od najznačajnijih karakteristika kulture jeste način uređenja *odnosa među ljudima, društvenih odnosa*, što se odnosi na čoveka kao suseda, seksualni objekt, člana porodice i države i mnoge druge ljudske odnose. U svakom slučaju, kulturni element se pojavljuje čim se prvi put pokušaju urediti društveni odnosi. Ako nema ovakvog zajedničkog pokušaja, ti odnosi su podređeni (samo)volji fizički i psihički jačeg pojedinca i njegovim interesima i nagonskim podsticajima. Ništa se tu ne menja ni kad taj jači naiđe na pojedinca jačeg od sebe. Zajednički život ljudi je moguć tek kada se (Frojd 1970c:299) sakupi većina koja je jača od bilo kog pojedinca i koja je ujedinjena protiv svakog pojedinca. Moć zajednice se sada pojavljuje kao *pravo* nasuprot moći pojedinca, koja se osuđuje kao gruba sila. Zamena moći pojedinca s moći zajednice predstavlja odlučan korak za kulturu. Suština prava leži u ograničenju mogućnosti zadovoljenja članova zajednice. Pojedinaac nije poznavao takve ograde. Stoga je sledeći zahtev kulture *pravda*, kao osiguranje da jednom stvoren poredak neće ponovo biti doveden u pitanje u korist pojedinca. U daljem razvoju kulture, izgleda, teži se tome da pravo ne bude izraz volje samo neke manje grupe (kaste, društvenog sloja, plemena) koja se prema drugoj, možda brojnijoj, opet ponaša kao nasilnik ili kao neko ko ima više prava i privilegije. Krajnji ishod treba da bude *zakon*, kome su svi (u najmanju ruku svi podobni za zajednicu) doprineli *žrtvom svoga nagona* i koji ne dopušta da neko (opet s istim izuzetkom) postane žrtva grube sile (Frojd 1970c:299).

Osvrćući se na Radbruhov stav zasnovan na onome što kaže (apsolutno prva) Glosa 1, 1 o (apsolutno prvom) fragmentu ili zakonu u Digestama (D. 1, 1), a name: *Est autem ius a iustitia, sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius* [= *Pravo pak potiče od pravde, kao od svoje majke: prema tome, pre je nastala pravda nego pravo.*] (Radbruh, 1980:45), u maloj igri reči moglo bi se reći (ako ne suprotno, ono sasvim drukčije) da je pravo nastalo na mestu gde za pravdu nije bilo mesta. Jer, teško je prihvatiti stav da je pravda *nastala* pre prava. Institucija zabrane oličena u *tabuima* nastaje na samom početku, kada je služila kanalisanju seksualnih nagona. Kao kulturni pojam, *pravo* se gradilo kao stvarnost povezana s vrednošću. Kada se

došlo do toga da pravo služi pravnoj vrednosti, *ideji prava*, onda nije bilo sporno da je ta ideja – *pravda*. Polazeći od toga da se pravednost veže za sam zakon ili za primenu nekog zakona, čini se da je ispravnije reći – suprotno Glosi i Radbruhu – da je pravo majka pravde. Teško da bi bilo pravde da nije prava, kao što ni njega ne bi bilo kada ono ne bi obezbeđivalo pravednost.

Kultura ne bi bila kultura kada se ne bi nalazila većim delom na suprotnoj strani od pojedinca i njegove razuzdane slobode svojstvene prirodi. *Kultura je, dakle, usmerena protiv lične slobode*. Razvojem kulture lična sloboda doživljava, kako kaže Frojd (1970c: 300), ograničenja, a *pravda* iziskuje da niko ne bude povlašćen od tih ograničenja. *Težnja za slobodom*, koja se javlja u svakoj zajednici, može značiti pobunu protiv neke postojeće nepravde i zato može biti akorisna za dalji razvoj kulture, Ali može isto tako poticati iz ostataka prvobitne ličnosti nezauzdane kulturom i tako postati osnova neprijateljstva prema kulturi. Na to je verovatno mislio Žan Bodrijar (Jean Baudrillard) kada je govorio da činoci napretka nisu ni moralnost ni sistem pozitivnih vrednosti jednog društva, već nemoralnost i porok (Bodrijar 1991: 62). Činioci koji određuju promenu ili vitalnost društva nisu nikada ni Dobro ni Dobročinstvo, bilo da je u pitanju ono idealno i platonovsko dobro morala, bilo pak ono pragmatično i objektivno dobro nauke i tehnike, već motorni pokretač potiče od razuzdanosti, i to bilo razuzdanosti slika, bilo ideja, bilo znakova (Bodrijar 1991:62).

Težnja za slobodom diže se, dakle, protiv nekih određenih oblika i zahteva kulture. Čak kad pobuna ima vid direktnog protivljenja kulturi, jasno je da naša sloboda nije ograničena samo „izvana“ već znatno više „iznutra“. Sigurno je da čovek nije ništa više slobodan u sebi samom nego u svetu. Reči svetog Pavla iz Poslanice Rimljanima (7, 5–25) da *zakon rađa želju za njegovim kršenjem* to najbolje pokazuju. Pošto se moralno zdanje naših društava i dalje vrti oko deset Božjih zapovesti, koje su zakon o kome je govorio sveti Pavle, iskustvo našeg društva, kako kaže Slavoj Žižek (Slavoj Žižek), takvo je da potvrđuje uvid svetoga Pavla: Iskustvo nam neprekidno dokazuje da su naša visoko cenjena ljudska prava, u samoj svojoj srži, naprosto prava da kršimo deset Božjih zapovesti. „Pravo na privatnost“ postaje pravo na preljubu, počinjenu u tajnosti, gde me niko ne vidi ili gde niko nema pravo da se meša u moj život. „Pravo na težnju za srećom i pravo za posedovanje privatne svojine“ postaje pravo na krađu (ili na izrabljivanje drugih). „Sloboda štampe i izražavanja mišljenja“ postaje pravo na laž. „Pravo slobodnih građana na posedovanje oružja“ postaje pravo na ubijanje. „Pravo na slobodno ispoljavanje vere“ postaje pravo na klanjanje lažnim bogovima (Žižek 2012:59).

I pravna nauka i psihoanaliza teže, kako smo to naveli napred, razumevanju i kontroli onih moćnih sila u čoveku koje idu protiv njega samog i protiv svih drugih. Koje su to sile, Frojd je pokazao na više mesta i posebno precizno u *Totemu i tabuu*. U fusnoti *Opšte nauke o neurozama* on kaže: „Kada bi mali divljak bio ostavljen samom sebi, a da zadrži svu svoju glupavost i da sa malo razuma deteta u kolevci udruži silnu strast čoveka od trideset godina, on bi zavrnuo šiju svom ocu i spavao bi sa svojom majkom“ (Frojd 2006a:247). Zabrana, dakle, nije usmerena na ono što niko ne želi, to i ne treba zabranjivati, već na predmet želje, on u svakom slučaju mora biti najenergičnije zabranjen. Ako sledimo antropološke i etnološke stavove,

nije teško shvatiti koje su želje najjače na osnovu prvih zabrana (*tabua*), koje su se javile kod naših primitivnih predaka. I kod onih naših predaka krvožednih divljaka, kod kojih ne bismo mogli očekivati da su u seksualnom životu moralni u našem smislu, zadovoljenje seksualnog nagona bilo je veoma ograničeno. I antropologija, i etnologija, i psihoanaliza potvrđuju da su i oni krajnje strogo zabranjivali incestuozne seksualne odnose. Izgleda čak da njihova celokupna društvena organizacija služi ovoj nameni. Umesto svih postojećih religioznih i socijalnih institucija, kod njih se sreće sistem totemizma, a skoro svuda gde vlada taj sistem postoji i zakon da pripadnici istog klana (a to su oni koji imaju isti totem) ne smeju da stupaju u u međusobne seksualne odnose, pa prema tome ni u bračne odnose. Tako je u Australiji uobičajena kazna za seksualnu vezu sa osobom iz zabranjenog klana – smrt. Ta se zabrana strogo sprovodi i u površnim ljubavnim vezama. Psihoanaliza kao psihoterapijska praksa, zapravo, kao i pravna praksa, sreće samo pocepano, u sebi razdrto biće, biće, kako Kasirer kaže, opterećeno najdubljim protivurečnostima (Kasirer 2003:183). Pravna nauka, kao i psihoterapija, te protivurečnosti mora videti kao izvor patologije – psihičke odnosno socijalne.

Dakle, na pitanja *šta to Zakon sprečava i na čemu su nastale Zabrane* osnivač psihoanalize, Sigmund Frojd, odgovara krajnje precizno: najenergičnije se zabranjuje ono što je predmet jakih *Želja* (Frojd 1970b:192). *Vice versa*, ono što niko ne želi da čini i ne mora da se zabranjuje. Najjača iskušenja za naše daleke pretke bila su ubijanje kraljeva i sveštenika, vršenje incesta i skvrnavljenje mrtvih. Do toga se najlakše dolazi u najjednostavnijem *experimentum mentis*, zamišljanjem sopstvenih osećanja u situacijama kršenja onih zabrana do kojih je svakom društvu veoma stalo. Paleta osećanja može da obuhvati i zbunjenost i strah i ljutnju, možda čak i sram i krivicu, ali, verovatno, niko ne bi naveo da oseća i najmanje iskušenje da prekrši zapovest: ne ubij. Savest dočeka želju za ubistvom najčešće s odvratnošću. Ako je to tako, otkuda i zašto onda zabrana? Odgovor bi možda bilo najbolje i najlakše potražiti u svojim snovima (ili snovima drugih zdravih ljudi) u kojima smrt i ubijanje nisu tako retki. Frojd nam je pokazao da snovi govore kako je iskušenje ubijanja drugoga češće i jače u nama nego što slutimo i da ono odražava psihička svojstva koja našoj svesti nisu jasna (Frojd 1970d; Frojd 1970b: 193). *Gde postoji neka zabrana* – kaže Frojd – *iza nje se mora nalaziti neka želja*. To što u prisilnim zabranama izvesnih neurotičara prepoznamo predostrožnosti i samokažnjavanja koji su usmereni protiv pojačanog impulsa za ubijanjem omogućava nam da zaključimo da želja za ubijanjem postoji u nesvesnom i da tabu kao moralna zabrana ni u kom slučaju nije suvišan (Frojd 1970b: 193).

Kao što u svakom ličnom prostoru postoji biranje između dopuštenog i nedopuštenog, pozitivnog i negativnog, dobrog i lošeg, tako i upravo zbog toga mora postojati i doživljaj pravde. Iskustvo pravde ne samo što je pitanje ličnog iskustva već nema ličnog iskustva u kome osećanje pravde nije dominantan sadržaj. Svi su ljudi stekli iskustvo *pravde* i *pravičnosti* i još češće, manje ili više drastično iskustvo *nepravde* i *nepravičnosti* pre svega u svojim porodicama, a onda i u svojim prijateljskim ili seksualnim relacijama. Ne ulazeći u opis psihičkog razvoja, nužno je istaći samo to da razvoj *ja* i odnos prema realitetu već u prvim mesecima prve godine zavise od sposobnosti deteta da podnosi najraniji pritisak anksioznosti prouzrokovane kanali-

sanjem sopstvene agresivnosti (sadizma) tako da se objekti dele na dobre i loše. Dobre objekte koji su mu dostupni dete introjektuje, dok na one objekte koje vidi kao loše, na one koji osuđuju njegove želje, dete projektuje svoju vlastitu agresiju. Svaki takav loš objekt postaje opasan i nepravedni progonitelj koji uskraćuje zadovoljstvo. Od samog početka života uspostavlja se lanac u kome objekt (dojka) koji nije na raspolaganju jeste objekt koji uskraćuje zadovoljstvo, jeste loš objekt, jeste progonitelj, jeste nepravda. Pravda je izjednačena s objektom koji pruža zadovoljstvo, koji se introjektuje i uspostavlja kao unutrašnji voljeni objekt. Projekcija je jedan od psihičkih mehanizama kojim se svaka nepravda koja se doživljava kao persekucija smešta u druge koji postaju nosioci loših činjenja. Loši objekti su u principu nepravedni (dojka koja nema mleka, majka koja ne obraća dovoljno pažnje na dete, majka koja doji ili drži u rukama mlađeg brata ili sestru, otac koji poseduje majku...). Nije teško zamisliti koje osećanje vlada malim detetom koje gleda brata ili sestru na majčinoj dojci.⁷ To je osećanje zavisti, ljutnje, nepravde, sve do ubilačkih fantazija. Ukoliko introjeckcija dobrog objekta podbaci, javlja se gubitak voljenog objekta, koji je već tada istovetan onome što nalazimo u odrasle melanholične osobe. Ovaj prvi značajan gubitak spoljnog stvarnog objekta izazvaće u kasnijem životu, kako kaže Melani Klajn (Melanie Klein), depresivna stanja ako u ovom ranom razdoblju razvoja dete nije uspeo da izgradi voljeni objekat unutar svoga *ja* (Klajn 1983:68). Teško će se u takvom prostoru (depresije) ikada više moći uspostaviti zrelo osećanje pravde kada se cela sudbina vidi kao nepravedna. Čak ako se i javi, pre će biti da se radi o nekom obliku reaktivne formacije.

Iz ovog slučaja se vidi da su nepravda i mržnja koje je proizvela *zavist* prema mlađoj sestri dominirale tokom celog života starije, pa je bila potrebna samo neka slična situacija da se pokrene ona ubilačka dinamika iz druge godine njenog života. Budući da je zavist prvo osećanje koje se javlja u životu svakog pojedinca, nije teško shvatiti operativnost zavisti i u kasnijem životu... Kao najprimitivnija i fundamentalna emocija koja postoji tokom celog života, *zavist* je najvažnija emocija u psihoanalitičkoj teoriji i praksi. Što je neko dublje zakopao svoje veliko neprijateljstvo, to će duže biti u iskušenju da za njega drugi plaćaju grešku nepravde. Ova dvadesetpetogodišnja devojka nije verovala ni u život, ni u sudbinu, ni u ljude. Kada se tema pravde i krivde prikaže kao odnos dva brata, kako se eksplicite čini u *Pričama iz starog Egipta*, psihički prostor *zavisti* jasno je naglašen. Svima je poznata zavist među braćom, pogotovo ako se priroda poigra s obdarenošću jednog u odnosu na drugog. U priči *Pravda i Krivda* Pravda je bio stariji, prelep brat, kome, kao u bajci, niko nije bio ravan u celoj zemlji, što je bio dovoljan razlog da mu Krivda zavidi toliko da je želeo da ga uništi. Jer, ako nije moguće postići da se bude isti kao objekt kome se zavidi, u prirodi je zavisti da se pokvari dobrota tog objekta, te da se tako

7 U terapijskoj situaciji često se sreće mučno osećanje nepravde koje je izazvala sudbina, ili roditelji, ili partner. Na primer, desilo se među sestrama nešto što naizgled uopšte nije dramatično, a moglo je rezultirati potpuno nekontrolisanom situacijom. Mlađa sestra je predložila i dogovorila susret sa starijom, ali joj je pola sata pre nego je trebalo da se nađu javila da će izaći s njihovim ocem, a nju nisu pozvali. Starija je to doživela kao svu nepravdu ovoga sveta i bila spremna da takav svet uništi. Na seansi je navodila sve nepravde koje su joj učinili roditelji, počev od majčinog dojenja sestre koje je trajalo „tako nepristojno dugo“ (do kraja prve godine). Poslednja nepravda je bila samo nastavak „neprekinutog niza“ prethodnih.

ukloni izvor zavidnih osećanja. Taj kvareći aspekt zavisti je toliko destruktivan da je Krivda zbog propusta Pravdinog čuvara okućnice, koji je izgubio Krivdin nož, tobože posebnih, božanskih kvaliteta, tražio od bogova da Eneja, kao sudija, na sudu osudi Pravdu na oslepljenje na oba oka i da ga postavi za slugu njegove kuće da bi nipodaštenje bilo potpuno.

Iako je Eneja, kaže priča, učinio sve što je tražio Krivda, Krivda se time nije oslobodio zarobljenosti sopstvenom *zavišću*. Vrline njegovog brata su ga terale da dà nalog robovima da ga predaju gladnog pustinjским bespućima i gladnim lavovima. Robovi se smilovaše na Pravdu i ne izvršiše nalog Krivde, već ga ostaviše s hranom u podnožju brega i spasiše od sigurne smrti.

Mnogo godina kasnije Pravda je svojom lepotom skrenuo pažnju moćne dame, koja se zaljubi u njega i s njim rodi prelepog sina, koji je ličio na malog boga. Zavist drugih dečaka na njegovoj lepoti i sposobnosti, slici svega dobrog, otkriše ahilovu petu dečaka: sumnju da se ne zna ko je njegov otac. Ne mogavši izdržati ruganje, tražio je od majke da mu otkrije ime oca. Bio je veoma razočaran majkom kada mu je pokazala na slepca koji je sedeo ispred njihovih vrata. Uveo ga je u kuću, nahranio i saznao da ga je oslepeo njegov mlađi brat.

Da bi osvetio svoga oca, učinio je Krivdi u principu *isto* što je nekada učinio Krivda. Krivdin nož i bik Pravdinog sina koje čuvar okućnice i pastir nisu sačuvali bili su irelevantni. Na sudu kod Eneje Krivda je pristao na sinovljevu osvetu oca (da ga oslepe na oba oka) ako mu dovedu kao dokaz živoga Pravdu. Sin je još tražio i da Krivdu udare sto puta šibom i da mu nanesu rane čupanjem, te da bude sluga na vratima Pravdine kuće i da mu tu *služi večno*. Tako je rešen spor između Pravde i Krivde. Da li je Krivda još uvek tamo? Da li sve one koji ulaze u kuću Pravde prvo dočeka Krivda?

Zahtev za *pravednost* javio se zajedno s osećanjem za zajednicu. To se najbolje može videti u porodicama s više dece, i to u odnosu dece prema roditeljima, a kao reakcija na početnu *zavist*. Bliska je svima empirijska činjenica da starije dete hoće iz ljubomore da potisne mlađe dete, da ga odvoji od roditelja i da ga liši svih njegovih povlastica, ali suočivši se s činjenicom da roditelji jednako vole svoju decu, i usled nemogućnosti da svoj neprijateljski stav zadrži a da ne naškodi sebi, ono je prinuđeno da se identifikuje s drugom decom, pa se tako u zajedništvu s ostalom decom formira osećanje zajednice, koje se zatim razvija u školi. Prvi zahtev te reaktivne formacije⁸ jeste zahtev za pravednost, zahtev da prema svima *odnos bude jednak* (Frojd 2006b: 184). Poznato je kako se glasno i nepotkupljivo taj zahtev iznosi u školi. *Ako već sâm ne mogu da budem povlašćen, onda neka niko ne bude povlašćen*. Na delu je, dakle, zamena zavisti i ljubomore osećanjem zajedništva, koja se najlakše može uočiti u gomili ushićenih devojaka koje se tiskaju oko nekog pevača posle njegovog nastupa. Svaka od njih bi mogla zavideti drugoj i biti ljubomorna na druge, ali one, umesto da se počupaju, postaju jedinstvena masa, koja se zajedno klanja svome junaku. Isprva rivalke, kaže Frojd, one su uspele da se u zajedničkoj ljubavi

8 Reaktivna formacija je psihički stav koji smeru nečem suprotnom od onog što je sadržina potisnute želje (iza stida neke osobe nalaze se ili, bolje rečeno, kriju se jake ekshibicionističke sklonosti, iza samilosti neke osobe kriju se jake nesvesne agresivne tendencije).

prema istom objektu identifikuju jedna s drugom. Realne okolnosti svakoj od njih uskraćuju postizanje cilja. U *Masovnoj psihologiji i analizi ega* Frojd (2006b: 185) je istakao da ono što se kasnije pojavljuje kao kolektivni duh, *esprit de corps* (čit. *espri d kor*), ne opovrgava da potiče iz prvobitne *zavisti*. Niko ne treba da se ističe, *svi treba da budu jednaki i da imaju isto*. Socijalna pravda znači da *sebi uskraćuješ* mnogo toga, da bi se i drugi toga odrekli ili, što je isto, da to ne bi zahtevali. Taj *zahtev za jednakost* jeste koren socijalne savesti i osećanja dužnosti⁹ (Frojd 2006b: 185). Socijalno osećanje počiva, dakle, na preokretanju prvobitno neprijateljskih osećanja u pozitivno naglašenu vezu koja ima karakter identifikacije. Uostalom, i najjednostavnija anketa školske deca lako će pokazati da oni najviše vole i cene pravične. Problem je što se pravičnost i, još češće, nepravičnost uglavnom veže za druge. Čovek odbija da vidi sebe kao nepravičnog i onda kada postoji interpersonalna saglasnost da on nije pravičan. Teško je sresti nekoga ko je sklon da sebe pita koliko je nepravičan prema prijatelju, bratu ili sestri ili roditeljima, jer bi pozitivan odgovor neizbežno vodio griži savesti, stidu ili depresiji. O tome najbolje svedeoče depresivni pomaci nastali zbog nepravedne agresije prema dobrom objektu.

Kao što psihoanalitičar radi s nesvesnim sadržajima pacijenta, tako i objekt rada sudije nije samo delo svesnog čoveka već mnogo više onog nesvesnog u njemu. Koji je to deo? Onaj kojim subjekt ne vlada, nad kojim nema vlast: onaj koji uvek vlada njime. Stoga je, slobodnije rečeno, tužna priča delitelja pravde koji je ubeđen u svoju pravičnost, jer je, po ustrojstvu samog nesvesnog, ne poseduje, ali je još tužnija priča onog delitelja pravde koji ne veruje u svoju pravičnost, jer se igra i poigrava tuđom sudbinom. S druge strane, svako razmišljanje o ličnoj pravednosti i pravičnosti, to jest ispravnosti, mora poći od uvida da duša, duh, psihičko, u kome su smeštene ispravnost: pravednost i pravičnost, i nije psihičko ukoliko se ne posmatra kao sadejstvo suprotnih sila, a naime, nagona života i nagona smrti, *erosa i tanatosa*, što dušu, duh, psihičko upravo i čini složenim, kontradiktornim i nepredvidljivim. Svim idealističkim pogledima je blisko delovanje nagona ljubavi (*erosa*) i prihvatljivo je i neupitno, dok je pak nagon smrti (*tanatos*) i njegova priroda, njegovo delovanje, čak samo njegovo postojanje teška tema ne samo za one kojima pojam nesvesnog u psihi izaziva nelagodu već i za neke škole u psihologiji. Kako bez destruktivnih sila u čoveku koje proizvode ono na šta se pravo odnosi, kako bez njih kao objekta pravnih normi misliti prirodu prava? Pojam *objektivne pravde*, za psihoanalizu, zbog ovih destruktivnih sila u subjektu, mora uvek biti upitan na isti način na koji moraju biti sumnjivi idealni roditelji. „Prosečno dobar sudija“ mogao bi biti pandan onom Vinikotovu (Winnicott) „prosečno dobrom roditelju“ kao meri dobrog roditelja. Idealistički stav Otfrida Hefea (Otfried Höffe) o savršenstvu u delanju po moralnim uzusima – pravoj moralnosti – kada se dela pravedno „na-prosto zbog toga što je to pravedno“ (Hefe 2008: 31), to jest zbog određenog moralnog shvatanja, a ne straha od kazne, nije zasnovan, bar ne kao raširena pojava, na

9 Često ljudi s nekom zaraznom bolešću imaju jak strah da ne zaraze druge ljude. Taj neočekivani strah odgovara njihovom žestokom suprotstavljanju nesvesnoj želji da svoju zarazu prenesu na druge ljude, jer je nepravedno da samo oni budu zaraženi i lišeni tolikih stvari, a da drugi ne budu. Isti smisao ima Solomonova presuda: ako je jednoj ženi umrlo dete, neka ni druga nema živog deteta. Po toj želji prepoznaje se žena koja je izgubila dete.

psihološkim saznanjima. Pre bi se reklo, sledeći Frojda, da se moralnost i društveni poredak temelje na strahu. U razvoju se strah javlja kod svakog pojedinca zakonito (Blank & Blank 1985: 113; Todorović 2013: 193) po fazama: počev od straha od gubitka objekta, preko straha od gubitka ljubavi objekta, do straha od superega. Rasprostranjeno iskustveno saznanje kaže da se niko ne bi odricao prirode (nagona) kada ne bi morao, jer je odricanje i bolno i teško, ali i neizbežno.

Stavovi poput Hefeovog nemaju teorijsku zasnovanost iz najmanje dva razloga. Sasvim kratko rečeno, najpre, zbog toga što je idealizacija jedan od arhaičnijih, nekvalitetnih mehanizama odbrane, koji uključuje splitting, to jest cepanje, u kome se onaj neprihvatljivi, loš, agresivni deo ulepšavanjem, to jest idealizacijom, pokriva da izgleda kao dobar. Drugi momenat je mnogo složeniji i tiče se jednog značajnog dela ličnosti, instance *superega* (*nad-ja*),¹⁰ koja se, neopravdano, izjednačava sa savešću,¹¹ a koja u svom delovanju može biti toliko nepravedna da kažnjava samog subjekta i kada za to nema nikakvog razloga. Nigde potreba za pravdom i pravičnošću neće biti tako izražena kao u tim slučajevima. Spoljašnja pravda kojoj će težiti, pogotovo ako se vidi kao vrlina, biće samo pokušaj izlaska na kraj s unutrašnjom nepravdom moćnog tiranskog *superega*.

Superego je instanca koja se poslednja razvija i kod različitih pojedinaca dostiže nivo rezličite složenosti. Najlakše je tu zrelu, integrisanu formu *superega* opisati kao glas u glavi subjekta koji ne dopušta da se učini nešto pogrešno (nemoralno, nezakonito, nepristojno) i onda čak kad niko ne bi saznao za to. On postaje nemilosrdni sudija kad se čovek prepusti iskušenjima i učini nešto za šta je znao da nije trebalo da uradi, ali i onda kada je to bilo samo u okviru imaginarnog registra, fantazija. Frojdovska ideja o *superegu* se ne poklapa sa savešću zato što ne postoji čvrsta veza između onoga što osoba svesno smatra dopuštenim i onoga što mu *ego* dopušta da učini. Diskrepanca u osećanju da smo zrela osoba i da se osećamo krivim a da ne znamo zašto se tako osećamo to najbolje pokazuje. To je razlog zašto, ne tako retko, osetimo strah na carini ili kada nas sasvim slučajno legitimise policija. Znanje da nismo učinili ništa nezakonito tu nije dovoljno da izbegnemo strah.

Kada bi u čoveku delovali samo nagoni života (*eros*), što je s one strane empirijske datosti, zasigurno ne bi bilo potrebe za pravom; pravda bi bila samo kvantitativna veličina, veća ili manja. Slika čoveka bila bi potpuno narcistička i sve bi u njemu bilo idealno. Zahvaljujući psihoanalizi takva slika je jednom zauvek srušena bez mogućnosti da ikada oživi. Psihoanaliza tu svoju istinu, taj svoj uvid i dalje plaća ekskomunikacijom iz akademske psihologije s naivnim izgovorom sumnje u njenu naučnost. Kada ne bi bilo potrebe za naukom o psihičkom, psihoanaliza bi tu mržnju možda i zaslužila jer je srušila sliku o idealnom, svesnom, čoveku, i to savršeno svesnom svake konkretne situacije u kojoj se nađe. Uvođenje psihoanalitičkog ugla gledanja u prostor *pravde* i *prava* jeste pokušaj da se, pre svega, spreči uvođenje pravika u područje narcističke promocije ispravnog subjekta pretpostavljene pravde. Psihoanaliza se umesto iluzije o dobroti čoveka, i kada je on u ulozi onoga koji pokušava da dostigne pravdu, bavila realističkom slikom, u kojoj svoje mesto imaju

10 Druge dve instance su *id* (*ono*), kao biološka, nagona, i *ego* (*ja*).

11 *Superego* (*nad-ja*) se neopravdano izjednačava sa savešću, jer se tako pojednostavljuje i redukuje na samo jednu (to jest savest) od tri funkcije *nad-ja* (*superega*).

i nagoni smrti, destrukcija i mržnja. Otuda i postoje uslovi za to da, kako kaže Pol Valeri (Paul Valéry), svaka presuda jeste brzopleta (Valeri 1981: 32). Valeri zapravo cilja na pravdu koja presudom može biti zaobiđena ili potpuno isključena. U neku ruku bi se moglo reći da pravo svoje postojanje duguje pre svega nagonu smrti, tanatosu, agresiji, tome što je čovek, kako bi Hajdeger rekao, *biće-za-smrt*. Drugačije rečeno, destrukcija, agresija, mržnja (tanatos) čuva život materijalizujući pravdu u pravnoj normi i kazni.

Kako čovek nije, po prirodi, ni dobar ni rđav, čini se da odvajanje prava i pravde suštinski nije ispravno bez obzira na to što je pravo realna činjenica uvođenja reda u život, što je duh sveti, muški princip, intelekt, a pravda je u krajnjoj liniji *osveta*, ona mera koja je ekvivalentna učinjenoj povredi. Pretrpljeni gubitak, naneta nepravda i doživljeno skvrnavljenje uvek je pokretalo pitanje pravog odgovora prema počiniocu. Pamćenje zla i vraćanje zla kao da se ticalo nagona samoodržanja, nagona *ja*, pogotovo ako se oni shvataju psihoanalitički kao posebni slučajevi ljubavi prema sebi (*selfu*) ili libida *ja*. Odgovaranje *istom merom* kao prirodan refleks samoodržanja pretočen je i u pravne norme. *Lex talionis*, zakon osвете po načelu oko za oko, zub za zub, iz običajnog postao je i pisano pravo i Hamurabijevog zakona, Starog zaveta, Talmuda, rimskih zakona. I za Hegela je *ius talionis* prirodan pojam u osećanju i oduvek je smatran za osnovu kazni (Hegel 1981:246). Sasvim je druga stvar što je teško pa i apsurdno ostvariti jednakost odmazde. Nad zločincem ne treba izvršiti, kaže Hegel, odmazdu istovetnošću njegovog specifičnog svojstva njegovog dela, već samo prema vrednosti dela – po analogiji razmene (Hegel 1981:246).

I u ličnoj istoriji srećemo sličnu situaciju kada se pitamo kako odgovoriti drugom koji nam nanosi bol. Može li se taj bol umiriti potiskivanjem, ili je osveta skoro neizbežna reakcija? Potisnuti, to jest zaboravljeni uzrok boli koja nam je naneta, zapravo, nikada nije zaboravljen, čak ni onda kada se zaborav manifestuje u spontanom, potpuno suprotnom ponašanju od onog koje bi se moglo očekivati. Agresija koja bi bila primerena reakcija može se reaktivnim formacijama transformisati i u neki oblik ljubavi, ali taj oblik, taj izraz nove ljubavi (prema starom objektu, koji je i naneo bol) stvorio je zapravo strah od manifestacije sopstvene mržnje i taj strah, u stvari, održava tu novu ljubav. Zar iko može pomisliti da Hamlet ne doživljava situaciju u kojoj se našao isto kao i svaki drugi čitalac ili gledalac? Zar pravdu iko drugačije vidi – do u osveti? Hamletov karakter analiziraju i književni kritičari i psihoanalitičari pretpostavljajući uspostavljanje pravde osvetom. Hamlet je neurotičan, slab, i ko zna šta sve ne još samo zato što ubici svoga oca, svome stricu, i novom mužu svoje majke, svome očuhu Klaudiju nije vratio istom merom. Ako je osveta „pravo“ žrtve, onda je pravda osveta kojom bi se obeštetio realni ili čak fantazmatski gubitak. Fantazmatsko poravnanje osvetom stalno se vija po unutrašnjem prostoru, po duši svih neurotičara. Iako bi se moglo pomisliti suprotno sledeći, među ostalima, i Aristotela, nije osvetnik zaokupljen traženjem zadovoljstva, već traženjem poravnanja kao negacije neravnoteže i uspostavljanja ravnoteže, kao načina da se umiri, otkloni bol zbog gubitka, što po sebi, delovanjem moćnog *principa konstantnosti*,¹² pruža zadovoljstvo.

12 Frojdov princip konstantnosti kaže da psihički aparat teži da količinu uzbuđenja koju sadrži održava na što nižem ili barem što konstantnijem nivou. Konstantnost se postiže, s jedne stra-

Pravo je sila koja je spremna da se okrene protiv svih koji joj se suprotstavljaju, što je Frojd nedvosmisleno pokazao. Zato u najregularnijem kažnjavanju, u najdoslednijem poštovanju pravnih formi, vladaju aktivne sile osвете. Kazna kao da nema cilj uspostavljanje ravnoteže, već isticanje asimetrije onih slabih koji su se drznuli da se suprotstave moćnim. Međunarodni tribunali, kao nekad suvereni, u kaznenom obredu hoće da naglase potvrđivanje vlasti i moći. U 18. veku stroge kazne su bile potrebne kao primer koji bi se duboko urezao u ljudsko pamćenje. Zastrašivanjem je trebalo da svi – a ne samo zločinac, koji je sredstvo – oseću prisustvo ničim ograničenog suverena. Moderna suđenja ne uspeavaju da se dovoljno udalje od tih drakonskih kažnjavanja ranijih epoha. Kao što se ni javnim pogubljenjem nije ponovo uspostavljala pravda, već se potvrđivala moć, tako, čini se, ni s današnjim tribunalima situacija nije ništa drugačija. Njihova uloga u objektivnom utvrđivanju da li je učinjeno krivično delo jeste izraz želje da se odredi neprijatelj civilizacije, neprijatelj svih, koji se zbog toga može isključiti i diskvalifikovati.

Krivica ima svoju unutrašnju logiku koja mora, kao energija nagona smrti, biti na bilo koji način ispoljena. Nju nije moguće dekretom, dobrom voljom ili odlukom smanjiti. Jasno je da se kultura mora braniti od pojedinca koji je razara, kako je Frojd istakao u *Budućnosti jedne iluzije*, ali ne na način Inkvizicije, niti onako kako je kažnjen Rober-Fransoa Damjen (Robert-François Damiens) u 18. veku zbog napada na Luja XV, što na početku svoje knjige *Nadzirati i kažnjavati* opisuje Mišel Fuko *Nadzirati i kažnjavati*. Nužno se mora imati u vidu priroda kazne kao odobrenog zla i velika opasnost da ona bude veće zlo i od samih neprijateljskih pobuda koje su dovele do prestupa. Pogotovu onih koje narode vide kao nosioce divljeg dela prirode, zlotvora, varvara, čudaka i ljudi izvan norme. Takvo bi čitanje i razumevanje znakova za jedan narod koji je učestvovao u građanskom ratu bio veći zločin od samog učinjenog zločina. S druge strane, jasno je da je ubijanje zarobljenika zločin, ali možda čak razumljiviji, ako se analizira u psihološkim kategorijama patologije, dejstva otkinutog nagona smrti, poistovećivanja, iracionalnosti nagona osвете,

ne, praznjenjem postojeće energije, a s druge, izbegavanjem onoga što može povećati količinu uzbuđenja i odbranom od tog povećanja. Svaka povreda, prevashodno narcistička, gubitak ili trauma jesu situacije u kojima se ne može izbeći povećanje energije koje je za organizam bolno i koje se mora otkloniti, energija isprazniti i vratiti na podnošljiv nivo. Nekontrolisanje impulsa i, kolokvijalno rečeno, ponašanje pod uticajem strasti (pa i zločin iz strasti) jesu izrazi težnje za oslobađanjem bolnog viška energije, za oslobađanjem od bolne tenzije koja je stvorena i koja se i dalje stvara i na najneutralniji podsticaj koji taj subjekt doživi kao narcističku povredu. Način na koji se odvija ukidanje unutrašnje podražajne napetosti jeste pokazatelj supnja razvoja pojedinca. Praktičke konsekvence delovanja ovog principa u pravnom kontekstu mogu biti značajne: Prvo, zakon konstantnosti treba shvatiti kao zakon optimuma funkcionisanja psihizma (procena „stepena svesnosti“ najčešće se shvata kao način na koji je neko izlazio na kraj s viškom uzbuđenja u organizmu i šta je taj „višak“ proizvodio). Drugo, on upućuje na izvore iz kojih ekonomska ravnoteža može biti više ili manje ozbiljno narušena. Konstantnost mogu ugroziti stanja opšteg ili delimičnog uzbuđenja (na primer stanje intenzivnog iščekivanja) ili neravnomerne raspodele uzbuđenja u sistemu (afekti). No, bilo kako bilo, povoljan ekonomski nivo pri svakom porastu uzbuđenja može se postići samo praznjenjem. Treće, psihički organizam trpi veoma značajne, bitne posledice ako zakaže delovanje zakona konstantnosti (pa se povećana energija ne može isprazniti, ili se ne mogu izbeći uzroci povećanog uzbuđenja, ili je pak nemoguće odbraniti se od tih povećanja). Te bitne posledice po psihički organizam mogu biti, recimo, posledice po uspešno funkcionisanje mišljenja i normalno asociranje ideja, koja postoje samo tamo gde nije narušeno samopodešavanje psihičkog sistema, to jest tamo gde je princip konstantnosti funkcionalan.

razdvajanja nagona i drugim psihološkim kategorijama, od zločina promišljenog drastičnog uvećanja broja žrtava (ubistva, mučenja, silovanja) koji čini Država ili prestavnici vlasti u nameri privlačenja javnog mnjenja na svoju stranu, ili zločina trovanja sopstvenog naroda zarad pripreme za neprijateljstva i zločine. Hiljade silovanih, mučenih i ubijenih prikazanih zarad ratnog lukavstva i izmišljenih zarad sopstvenog dobra ispunjavaju *ja* nagonom smrti koji ulazi u *circulus vitiosus* sa suparničkim nagonom smrti. Žrtve iz njihovih redova, upotrebljene kao (lažne) brojke, istovremeno su i poziv za veće žrtve i iz svojih redova.

Poruka osвете je: Ne povređujte, ne nanosite štetu, ne ubijajte da i sami ne biste videli i osetili kako to izgleda! Koliko se god *osveta* odbacivala kao nešto arhaično, krivični zakoni uglavnom polaze od dve osnovne ideje: a) prevencije i b) osвете. Laš Svensen (Lars Svendsen) i Paul Ler Salvesen (Paul Leer-Salvesen) kažu da model osвете ima prednost u odnosu na model prevencije zato što kazna ima *lični* pečat (Laš Svensen, 2006: 200). Pojam lične krivice zahteva i pojam lične kazne. Kazna i treba da bude nešto više od opšte prevencije. Uostalom, u sudnici je u centru zbivanja čovek, a ne društvena korist. Kazna je nešto daleko ličnije nego što nas uveravaju teoretičari prevencije. Razumljivo je što žrtva zahteva *osvetu*, ali to ne znači da kazni treba dati legitimitet preko osvetnika. Osnovnu razliku između osвете i kazne motivisane pravdom Laš Svensen na malo nategnut način svodi na četiri momenta:

1. kazna je vraćanje *duga* za zlo, dok se *osveta* zasniva na šteti;
2. u kaznu je uključena unutrašnja granica količine vraćanja duga, dok *osveta* ne sledi te proporcije i ima tendenciju eskalacije;
3. *osveta* je lična, dok onaj ko dug vraća kaznom ne mora da ima i najradije i ne bi da ima lične veze te vrste;
4. *osveta* sadrži lično zadovoljstvo dok gledamo tuđu patnju, to jest ona sadrži osećajni element koji kazni (u idealnom slučaju) nedostaje.

Može biti razumljiva namera da se pravi razlika između *kazne* i *osвете*, ali ostaje pitanje koliko je pri tom razlikovanju *osveta* samo „pripitomljena“. Hegelova koncepcija kazne, zasnovana na ideji o *vraćanju duga*, u krajnjoj liniji nije ništa drugo do *osveta*, *dug = osveta*. Šekspir (1978: 116) pokazuje Laertovim rečima svu jačinu i delotvornost osвете. Za razliku od neurozom blokiranog Hamleta,¹³ Laert uprkos zakletvi na vernost vladaru i uprkos opasnosti da bude večno proklet (i strahu od pakla) ima prisilnu potrebu za osvetom.

Najcrnji vrug nek nosi zakletve!
 U pakao sa vernošću! U ambis
 sa milosrđem i sa savešću!
 Prokletstvu jezik plazim. Dotle ja sam

13 Hamlet se u neurozi *odrekao svoje lične osвете* i za nju je tek naknadno našao argumentaciju pozivajući se na savest: „Nije li, šta misliš, na meni sada – pošto ubi on/ mojega kralja, majku moju sroza/do bludnice, međ izbor moj i moje izgleda ututka se, pa vrh toga/ udicom peca čak i život moj,/i to na tako varalački način – /nije li baš po savesti da njemu/ sopstvenom rukom platim? I zar ne bi/prokletstvo večno zasluživao/rak-rani toj na našem telu dati/ da pustoši i dalj?/“ (Šekspir, 1978: 141). Hamlet dolazi do Klaudijeve smrti tek kad savlada onu „smrt“, onu želju za ubistvom, koja postoji u njemu. Hamletova želja za osvetom nije ništa manja od Laertove; ona je samo morala da savlada unutrašnje otpore i da ga uvede u ono što kritičari zovu promenjeni Hamlet.

doveden da mi nije ni toliko
do ovog i do onog sveta stalo,
pa došlo što mu drago; hoću samo
da oca svog potpunce osvetim.

Šta je drugo samooslepljenje mitskog prestupnika Edipa – u suštini, kazna kastracije – do kazna po pravilu *taliona*? Ona je jedino bila primerena onome što je on učinio.

Još 1895. Sigmund Frojd i Jozef Brojer (Joseph Breuer) pišu u *Studijama o histeriji* da nagon za osvetom, koji je toliko moćan kod prirodnog čoveka i koga je kultura više prikrila nego suzbila, nije ništa drugo do uzbuđenje jednog nerealizovanog refleksa. Odbraniti se u borbi od povrede i pri tome protivniku naškoditi, jeste adekvatan, preformirani psihički refleks. Ako se ne sprovede do kraja ili se uopšte ne sprovede, njega sećanje uvek iznova oslobađa i „nagon osvete“ postaje jedan iracionalni voljni impuls, kao i svi „nagoni“. Dokaz za to leži upravo u njegovoj iracionalnosti, njegovom odvajanju od svake korisnosti i svrsihodnosti, zapravo, njegovom trijumfu nad svakim obzirom prema sopstvenoj sigurnosti. Iako je lepeza emocija u njemu raznolika počev od gneva, mržnje, prezira, stida, krivice, zavisti, straha do sažaljenja i ko zna čega još sve ne, te emocije, zbog iracionalne intencionalnosti, nisu baš komunikativne, saopštive drugom. I iracionalnost i nekomunikativnost ih čine potpuno zatvorenim u sebe, što sopstveni self dovodi u poziciju žrtve. Neispražnjeni afekt, s jedne strane, i uzbuđenje koje potiče od afektivne ideje, s druge, mogu poslužiti kao uzajamne zamene čime je traumatizacija osnažena, a izlaz iz nje učinjen skoro nemogućim (Frojd & Brojer 2004: 224).

Zločin treba kazniti isključivo zato što je to povreda prava, a eventualne pozitivne posledice (npr. preventivna dejstva) potpuno su slučajne i irelevantne u odnosu na legitimizaciju kazne (Hegel 1981: 99). Za Hegela je kazna negacija negacije. Negativne postupke zločinca treba ukinuti time što ćemo ga izložiti odgovarajućem negativnom postupku. To će onda u idealnom slučaju dovesti do toga da se zločin ukida i da se zločinac sjedinjuje s etičkom sadržinom. Povređujući tuđa prava – zločinac potpisuje da i njegova budu povređena, čime je – ne samo na nivou nesvesnog osećanja krivice i potrebe za kaznom – otvoren prostor želje zločinca za kaznom.

U savremenim pravnim sistemima kažnjavanje se ne opravdava potrebama žrtve. Odšteta žrtvama zlodela odvojena je od kažnjavanja vinovnika zlodela. Razumljivo je što se kažnjavanje i osveta moraju razdvojiti ne zato što je osveta nepravedna, već zato što ona to može biti. Jer, za razliku od pravne kazne, nije na nužan način povezana s nepristrasnošću kao neophodnom karakteristikom pravde. Kažnjavanje, to je sasvim logično, nije samo stvar žrtve. Osveta dakako jeste.

Ako je žaljenje alternativa mržnji i osveti, svakako se možemo zapitati šta je s njim i s čim se sve žaljenje može poistovetiti? Žaljenje bi bio spasonosni izlaz, ali je njegovo aktiviranje veoma teško u stanju traume, čije je svojstveno obeležje nagon smrti, tanatos. Idealizovana čedna vrlina koja prašta, koja je puna samilosti i ljubavi, jednostavno ne postoji. Da bi ukazao koliko je *oproštaj* teško ostvariva aktivnost, Frojd ukazuje na to koliko je Pavla opsedala *žudnja za osvetom* zbog neslaganja koje je u jevrejskim krugovima izazvala njegova nova doktrina (Frojd 1988: 94). Stoga je i verovanje u mogućnost sveopšteg uzajamnog praštanja neosnovano, jer je ta mo-

gućnost mala. Ona kao da je isključena iz sistema pravila traumatizovanih koji su pretrpeli štetu, oštećenje ili gubitak i žive oslonjeni na psihičke mehanizme zamene i nadoknade. I onda čak kad se pokuša da se osveta delegira *pravdi*, ne mogu se sakriti mržnja i narcistički bes koliko god se to želelo povezivanjem pravde i osvete i prenošenjem osvete na pravdu. Uostalom, ni *Eumenide*, to jest Dobroželjne, ili Milostive, što je lepše ime starogrčkih boginja osvete i prokletstva, čije se pravo ime – na grčkom *Erinije*, ili na latinskom *Furijs*, ili na našem *Srde* – nerado uopšte izgovara, jer se i samim izgovaranjem može prizvati njihov bes, a od njih se ne može nigde pobeći i svaka je vlast pred njima nemoćna i čak ih se boje i bogovi, te boginje nisu govorile, jer se osveta čini a ne govori, a njihov međusobni nerazumljivi govor pre povlačenja u hram noći je govor mračnih sila o mračnim silama, s kojima je potrebna borba za dolazak pravde i kulture. *Pravda* u svom apstraktnom ruhu plemenitog građanskog reda u osnovi je krvava osveta, *lex talionis*, ekonomija razmene zasnovana na lažnom svođenju ljudske vrednosti na tržišnu vrednost, ljudskog života na mrtvu monetu.

Pravo i sila bi trebalo da su tako povezani da čine da ono što je pravedno bude jako, kao i da ono što je jako bude pravedno. Poreklo prava je u sili, kao kontroli ili sprečavanju sile (pojedince), ali sila i održava pravo. Sila koja održava pravo jeste prateća sila, koja nema smisao zastrašivanja. Pravo ni u čemu drugom ne potvrđuje samo sebe kao u vršenju sile nad životom. Sila u pravom smislu postaje aktivan uzrok tek kada se umeša u moralne odnose. Područje tih odnosa obeležavaju pravo i pravednost. Paskal (Blaise Pascal) je govorio da je pravda bez sile nemoćna, a sila bez pravde tiranska, što će reći da pravda nije pravda ako nema silu, jer nemoćna pravda nije pravda (Derida 1995:17).

Na početku *zakona* bejaše *prekršaj*, izvesno realno nasilje koje se podudara s uspostavljanjem zakona. Frojdova „teorijska“ ili „pretpostavljena istorija“ (Redklif-Braun 1982:70) govori o tome kako su ljudi u najstarije vreme živeli u malim hordama, gde se pokoravalo despotskoj vlasti jednog mužjaka, koji je posedavao sve ženke. Odlučivši da se okonča takva despotska vlast, udruženi sinovi pojedooše ubijenog oca. Međutim, nakon ubistva, osetili su pokajanje, porekli zločin, a zatim uveli nov društveni poredak, uspostavljajući *egzogamiju* (zabranu posedovanja žena iz istog klana) i *totemizam* (zabranu ubijanja i jedenja životinje totema, koja je zaštitnik klana i supstitut oca). Ovo osećanje krivice zbog učinjenog zločina, individualno i kolektivno osećanje, čije je poreklo u sećanju na druge osećaje prema „ocu“, ljubav prema njemu, dovelo je do ustanovljenja tabua i pravila koji će sprečiti ponavljanje takvog ubistva te olakšati ravnopravne i sigurne izgleda za ispunjenje želja baš svakog od njih.

Konstelacija

Zakon	Nasilje	Odgovorna strana
-------	---------	------------------

nameće pravosudnu scenu koja umnogome – po odnosima ličnosti – podseća na psihoanalitički seting u kome svi igraju svoje uloge:

Sudija → Subjekt nasilja → Diskurs optuženog o sebi

Taj odnos ličnosti je neizbežno subjektivan i onda čak kad ima potpunu formu objektivnog. S kakvom se psihologijom prestupa sudije sreću, i od koje i kakve psi-

hologije mogu polaziti u razumevanju nečijeg činjenja (ponašanja), možda bi se najbolje moglo pokazati u jednoj kratkoj sceni koja se odigrala u pariskom Krivičnom sudu, gde se sudilo dvadesetdvogodišnjem mladiću koji je optužen za pet silovanja i šest pokušaja silovanja (u periodu od manje od četiri meseca).

Na pitanje presedavajućeg sudije: „Da li ste pokušali da razmotrite svoje činjenje?“ – nije bilo nikakvog odgovora. Isto se desilo kada ga je sudija pitao: „Zašto su vas, budući da imate 22 godine, obuzeli tako nasilnički nagoni. Morate da načinite napor i da analizirate sebe. Vi imate ključ za svoja vlastita dela. Objasnite sebe.“ Na sledeće pitanje: „Zašto biste to učinili ponovo?“ – ponovo je usledila tišina.

Ovakav ispitivački monolog – koji upšte ne predstavlja izuzetak – polazi od toga da je sve psihičko svesno i da izvan svesnog ne postoji psihičko. Taj redukcionistički stav o psihičkom, koji negira postojanje nesvesne komponente duševnog, ima za posledicu shvatanje da čovek uvek zna šta čini. Budući da i sam sudija iz sopstvenog iskustva ima znanje o tome da su podaci svesti u velikoj meri nepotpuni i da se i kod zdravih – a ne samo bolesnih – često javljaju psihički procesi (osećanja, ponašanja, misli, želje) čije objašnjenje pretpostavlja postojanje drugih, nesvesnih procesa, o kojima svest ne svedoči, možemo se pitati zašto je ignorisao činjenicu nesvesnog psihičkog.

Takvo sudijino ispitivanje delinkventa je isto kao da se od histeričnog pacijenta traži da objasni svoju histeriju, ili od pseudodebilnog subjekta da objasni svoje lažno intelektualno ponašanje, ili od opsesivnog pacijenta da razjasni svoje rituale i magijski način mišljenja. Očito je da je sudija ovakvo ponašanje video kao katastrofalno, u kome uvek dolazi do ukidanja uzroka, kako bi rekao Bodrijar (Bodrijar 1991: 131). Ogroman doprinos psihoanalize je u tome što je pokazala da je moja tajna drugde i da niko ne raspolaže svojom tajnom. Sudijin je problem što ne može da shvati da se može imati tajna a da se to i ne zna. Rešenje enigme je sledeće: Samo drugi to zna. Tajna je ono što se ne zna. Jedini put da se upozna nesvesno jeste, kako je rekao Frojd, da se upozna kao svesno, dakle, nakon što se prenese, prevede u svesno (Frojd 1996: 61). Sudija je od okrivljenog tražio da dela umesto njega. Psihoanaliza bi mogla naći razloge za to upravo u sudijinom nesvesnom i u nemogućnosti da savlada određene otpore, verovatno one koje je svojevremeno potisnuo iz svesti, a koji su u vezi s predmetom suđenja. To je samo jedan od razloga zašto sudija ne sme da pođe od toga da je subjekt pretpostavljene istine i pravde, kao što ni psihoanalitičar ne sme da pođe od toga da je subjekt pretpostavljenog znanja. U suprotnom, i jedan i drugi bi mogli završiti u identifikaciji s Bogom. Delanje saglasno pravnom pravilu teško će u takvom slučaju biti blisko pravdi.

Odbijajući takvu ulogu, sudija zna da je i maska. Sudija je i *maska* koja pokazuje funkcionisanje simboličkog poretka. Stoga uvek treba da ima u vidu da je *društvena maska* važnija od neposredne stvarnosti individue koja tu masku nosi. To funkcionisanje podrazumeva strukturu onoga što je Frojd nazvao „fetišističkim poricanjem“: Dobro znam da su stvari takve kakvim ih vidim, da je ta osoba preda mnom jedan korumpirani slabić, ali ja se i pored toga prema njemu ophodim s poštovanjem, jer on nosi sudijsko znamenje. Šta znači nositi sudijsko znamenje? Sudija je *simbolička fikcija*. Kad sudija govori, onda sam *zakon* govori iz njega. Njegovim

rečima se veruje više nego svojim očima. Sudija je u boljoj poziciji od samih činjenica. Kada sudija govori, u njegovim rečima – rečima institucije zakona – ima više istine nego što je ima u neposrednoj stvarnosti ličnosti tog sudije.

Slično, neki iskvareni sveštenik koji propoveda o vrlini možda i jeste licemer, ali, ako ljudi njegovim rečima pridaju autoritet Crkve, ta sveštenska propoved o vrlini ih može podstaći da čine dobra dela. Ovaj jaz između nečijeg neposrednog psihičkog identiteta i njegovog simboličkog identiteta (simboličke maske ili titule koju nosi) jeste ono što Lakan naziva simboličkom kastracijom, čiji je označitelj falus.

Kako i koliko znamenja pripadaju subjektu može se videti u svim onim ulogama za čije je protagoniste moć značajna. Sami žezlo koje drži i kruna koju nosi kralj – čine da će njegove reči biti shvaćene kao kraljevske. Žezlo i kruna kralja, kao i toga sudije, ili stetoskop lekara, jesu predmeti koji simbolizuju moć i ujedno dovode subjekta koji ih poseduje u poziciju da demonstrira moć. Šta u reklami nekog leka čini lekaru stetoskop, osim što izaziva podsmeh i sumnju? Jasno je da takva znamenja nisu deo prirode subjekta, već nešto spoljašnje. Oni nisu subjektovi, već ih on nosi da bi demonstrirao moć. Stoga takva znamenja upravo subjekta „kastiraju“ tako što stvaraju jaz između onoga što on neposredno jeste i funkcije koju vrši. Svaki sudija ili psihoterapeut postaje deo simboličkog poretka prihvatajući simboličku masku ili zvanje. Kastracija je jaz između onoga što on neposredno jeste i simboličkog zvanja koje mu dodeljuje vlast i određeni status. Zbog tog se jaza subjekt nikada ne može potpuno i neposredno poistovetiti sa svojom simboličkom maskom ili zvanjem. Simbolički identitet koji neko ima, to jest koji mu je dodeljen, jeste rezultat načina na koji vladajuća društvena ideologija posredstvom društvenih i političkih institucija i vladajućeg diskursa konstituiše taj identitet, ili – rečeno lakanovsko-altiserovski (Althusser) – interpelira datu ulogu.

Evidentno je da sudija s onima kojima sudi uspostavlja lični odnos, u kome se odvija ispovest, sećanje, intimno razotkrivanje. Budući da je to jedna od dodirnih tačaka sudije i psihoanalitičara, sledeći Aleksandra Koževa, treba se pitati „iz kojih pobuda čovek postaje Sudija“ (Kožev 1984: 202). Žak Lakan je to isto pitanje (*šta je želja psihoanalitičara*), koje je njegov učitelj Kožev postavio za sudije, video kao središnje pitanje psihoanalize. Suština je zapravo u odgovoru na pitanje šta mora biti s analitičarovom željom da bi on delao ispravno. Pitanje želje postavlja sam problem formiranja analitičara (Lakan 1986: 16). Kontrolisanje ličnog odnosa psihoanalitičara i analiziranog, to jest pacijenta, u psihoterapiji se uči poglavito u tzv. didaktičkoj analizi,¹⁴ u kojoj se uči kako psihoanalitičar kao posednik sile i moći (sile

14 Didaktička analiza je termin kojim se označava psihoanaliza one osobe koja ima nameru da postane psihoanalitičar. Sam biti na analizi jeste u funkciji upoznavanja vlastitog nesvesnog kako bi se mogao prepoznati i savladati kontratransfer (sopstveno reagovanje na analiziranog, to jest pacijenta). Sudija takođe, kao i psihoanalitičar – jer od obojice zavisi sudbina mnogih drugih ljudi – mora upoznati i zagospodariti i najskrivenijim slabostima vlastite ličnosti, što je nemoguće bez odgovora na ono Koževljevo pitanje. Iako je svestan da svaka radnja pretpostavlja neki cilj i neki interes, Kožev ne spori da Sudija dela jedino iz pobude da bude Sudija, da je jedini njegov interes primena pravde i pravičnosti u nekom slučaju. Teško je očekivati da svaki sudija bude onaj idealni sudija, koji nije zainteresovan za neku od strana u pravnom sporu, već jedino za pravednost i pravičnost presude koju izriče, da nema nijedan drugi interes osim pravnog interesa određenog idejom Pravde. Još složenijom čini situaciju to što „intervencija u svojstvu Sudije izaziva snažno

svog stručnog znanja i moći svoje veštine u struci) da drži pod kontrolom sopstveni narcizam. U sudijskom poslu, kritički odnos prema sili i moći, koji se oduvek vidi kao odnos prema pravednosti i pravičnosti, dolazi posebno do izražaja u pitanju umanjenja kazne, to jest proceni specifičnih okolnosti svakog konkretnog slučaja kao olakšavajućih okolnosti. Umesto odnosa *prekršaj* → *kazna*, na osnovu *zakona trećeg elementa* ili Garofalovog principa, pojavljuje se složenija dinamika tročlanog odnosa:

Zločin	Zločinac	Represija
--------	----------	-----------

Od zločina se interesovanje pomera na samog zočinca, čime je zločinu oduzet status opasnog elementa u društvenom telu. Ovim je početkom 19. veka dodato psihijatriji ono što je oduzeto pravnoj nauci. U svakom slučaju, može se reći da je pristup zločincu posredstvom zločina bio opravdan dvostrukim interesom:

- a) uvođenjem više racionalnosti u krivični postupak;
- b) usklađivanjem opštih klauzula i pravnih kodeksa s društvenom realnošću.

Moglo bi se sad postaviti pitanje da li se dodavanjem psihološke simptomatologije *opasnosti* pojmu zakonske *odgovornosti* izašlo na neki način iz pravnog sistema odnosno nauke o pravnom sistemu. Međutim, sigurno je da su ove promene koje su bile označene i kao kriza u pravilima i regulativima zakonskog kažnjavanja dovele do preciznijeg određivanja onog što se mora kazniti i kako ga kazniti. Teško je u ovoj promeni u kojoj je krivična odgovornost vezana za psihički determinizam ne videti napredak koji svaka ovakva diferencijacija podrazumeva. Krivično delo za koje se iz specifičnih psihičkih razloga nije mogla vezati odgovornost moglo je biti

zadovoljstvo“ (Kožev 1984: 203). Ne dovodeći u pitanje stav Koževa da je reč o zadovoljstvu *sui generis*, koje potiče iz činjenice što se može biti nezainteresovan i nepristrasan, to jest pravedan, svakako ostaje za raspravu da li je reč o univerzalnoj pojavi, ili se radi o reakcionoj formaciji. „Pravnik koji do krajnosti i vrlo sitničavo isteruje pravdu upravo se u takvom delovanju najjasnije otkriva ravnodušnim na stvarne probleme odbrane onih koji mu se obraćaju za pomoć, zadovoljavajući time, pod izgovorom vrline, svoje sadistične sklonosti“ (Laplanš & Pontalis 1992: 414). Sentenca *summum ius, summa injuria* upozorava i na zadovoljstvo koga sudija nije svestan. Svaka kvalifikacija sudije kao tako nepristrasnog da mu je svaka strast tuđa, a pogotovu onog sudije iz Perelmanove metafore vage za odmeravanje krivice i kazne, ili mašine za presuđivanje (Perelman 1983: 19) morala bi upućivati na to da se ozbiljno povede računa i o nesvesnom svakog takvog sudije. Nepristrasan sudija će svakako biti pravedan ako prema svima postupa isto, ali je problem u tome što ne postoji ni roditelj koji prema svoj deci postupa isto. Stoga pitanje *na osnovu čega sudi sudija* ne može zameniti ono *šta je želja sudije*. Jer, ako nešto treba činiti dobra radi, onda se u praksi uvek treba pitati, kako kaže Lakan, *za čije dobro*. Činiti nešto u ime dobra, a naročito u ime dobra drugog, uopšte ne štiti onog ko to čini ne samo od krivice nego i od svake vrste unutrašnjih katastrofa, a posebno ne od neuroze i njenih posledica (Lakan 1986: 17). Pritisku *supermorala* najviše su izloženi, kako je pokazao Frojd, prisilni neurotičari (Frojd 1970b: 288). Zašto? Zato što u detinjstvu oni nisu doživljavali ništa drugo do zle impulse koje su nesvesno preobraćali i u radnje. Svaki od tih predobrih ljudi imao je u detinjstvu svoj loš period, perverznu fazu kao prethodnicu i osnovu kasnije, supermoralne. Analogija primitivnog čoveka s neurotičarem postaje, dakle, mnogo osnovanija ako pretpostavimo da se kod primitivnog čoveka psihička realnost prvobitno stapala s faktičnom realnošću i da su primitivni ljudi stvarno činili ono što su prema svim uverenjima imali nameru da učine.

oprosteno upravo zbog toga što je bilo uslovljeno silama koje su pokrenule i usmeravale njegovo izvršenje.

Nije teško zamisliti situaciju u kojoj se nalazi sudija kada treba da razjasni i razume slučaj odraslog muškarca koji je udario čekićem dete svoje gazdarice s kojom je bio blizak. Šta je motiv takvog ponašanja? Moguće je da je reč o kontroli sopstvenog iskušenja, odnosno nastojanju da se ne pređe granica i učini nešto mnogo gore od udarca čekićem. Da li je hteo da sačuva dete kao „dobar objekt“? Takođe je moguće da je to bila reakcija na detetovo odbijanje da dalje učestvuje u dostignutoj komunikaciji. Prekidanje komunikacije uvek je veliki gubitak i ukoliko je taj gubitak „oživeo“ neki raniji jak traumatičan razlog kome je bio namenjen ubilački impuls, sadašnji čin je bio njegova potpuna zamena i realizacija osvete. Detetov impuls da pobegne, verovatno izazvan prelaskom neke granice, pokrenuo je u nepatološkoj osobi jaku potrebu za razaranjem i uništavanjem, jer ona nije mogla još jednom da podnese gubitak tako značajnog (energijom libida katektiranog) objekta. U tom nedavanju i odbacivanju nalazi se ključ ovog akta, za koji, na prvi pogled, nije postojao dovoljan razlog kod ove ni po čemu upadljive osobe. Apsolutno odsustvo vidljivog motiva (neuračunljivosti, ozbiljnog oblika patologije) nekog čina ne znači, dakle, da motiv ne postoji.

Svaki slučaj u kome izostane vidljiv motiv moraće da bude predmet rasprave pravnika i svih onih stručnjaka (najčešće psihijata i psihologa) koji procenjuju eventualnu psihičku osnovanost zločina. Do kraja 18. veka pitanje *neuračunljivosti* (koje se postavljalo u građanskom zakoniku ili kanonskom pravu) bilo je pitanje koje se odnosilo na kognitivnu sferu, intelektualno funkcionisanje (demenciju, imbecilnost, mahnitost). Jasno je da ne samo tadašnji već i današnji kvalitet procene zavisi od preciznog teorijskog određenja onoga što se procenjuje (pojave, sadržaja u celini i znakova u kojima se ispoljava). Tadašnje teorijsko određenje pojma *demenције* svakako je bilo manjkavo kako u pogledu prirode razvoja, karaktera (opšteg ili delimičnog), uloge nasleđa, što je sve uticalo da su često nedostajali jasni znaci u kojima se manifestuje. To je, razumljivo, uticalo da manifestovani znaci često ne budu dovoljni da objasne zločin. To što zločin nije mogao biti vezan za vidljiv simptom neuračunljivosti ostavljalo je mesta za manju ili veću verovatnoću procene. Poseban problem se pojavljivao kada se neuračunljivost nije mogla registrovati, ili se pak sigurno registrovala uračunljivost učinioca dela koje se teško moglo zamisliti bez patologije. Otuda se kod ozbiljnijih zločina (više ubistava, ubistvo najbližih srodnika, kanibalizam, porodični zločin ili zločin prema najsvetijem ili najnevinijem) odbacivala procena (ne)uračunljivosti. Monstruozi zločini, zločini počinjeni bez razloga (dobiti, strasti, motiva) i zločini u kojima nije postojao odnos između žrtve i zločinca bili su vezani za nekontrolisane i potpuno nepredvidljive sfere ličnosti.

Upravo ovakvi slučajevi u kojima je potrebno diferencirati zločin od ludila otvorili novo područje i za pravo i za psihijatriju. Psihijatriji je početkom 19. veka upućen otvoren poziv da razjasni ovakve zločine koji su sami po sebi potpuna neuračunljivost. *Homicidalna monomanija* (manija ubijanja) je bio naziv koji je trebalo da ukaže na to da su neobuzdani zločini proizvod takve neuračunljivosti (Fuko 2000: 11).

Baveći se neuračunljivošću, psihijatrija je pokušala da bude ono što nije – psihoanaliza. Procenjujući tobože samo jednu od psihičkih funkcija: *svest*, ona je ulazila u područje *dinamike ličnosti*¹⁵ i nesvesnih sfera psihičkog, za koje se u to vreme još nije ni pretpostavljalo da postoji ni u jednoj psihološkoj teoriji.¹⁶ O kakvoj se improvizaciji radilo, vidi se iz samog pojma dinamike i dinamičnosti (koji se odnosi pre svega na dinamičko nesvesno), koji označava ne samo latentne misli već sve one misli koje imaju neki određeni dinamički karakter (one koje se uprkos svojoj intenzivnosti i delotvornosti s većim ili manjim uspehom drže podalje od svesti). Psihijatrijska ekspertiza je prekršajem, kršenjem norme ili zločinom trebalo da objasni taj dinamski sukob koji je rezultirao nedozvoljenim, ili prekršajem zakona. Ovom improvizatorskom maniru psihijatrije kao discipline, zasnovane na klasifikaciji fenomenalnog, a ne na dinamičkom gledištu, bilo je izlišno postuliranje i istraživanje mnogobrojnih sitnih znakova ludila koji prate najobičnije zločine. Iako za takav, moglo bi se reći, mehanistički stav *zločin homicidalne monomanije* nije imao poreklo u realnom poremećaju koji se u zločinu manifestovao, uplitanje psihijatrije u pravosudni sistem bilo je nepovratno. Štaviše, funkcionišući kao neka vrsta javne higijene, psihijatrija je u 19. veku imala ogromnu moć. U maniji ubistva, čija je naučna vrednost bila mala, ona je našla opravdanje da se nađe iznad društvenog tela o kome je morala brinuti. Kontrolu opasnosti koju imanentno sadrži psihičko i ljudsko ponašanje, velikim delom su podelili sudija i psihijatar, s tim što se psihijatar pojavljuje sve do današnjih dana kao advokat i zaštitnik društvenog tela kada se dešava neko monstruozno ubistvo, poput slučaja *Velike Ivanče* iz 2013. godine, porodičnog ubistva u kome je Ljubiša Bogdanović ubio trinaest članova porodice (dvogodišnje dete, majku, sina, najbliže rođake). U svim medijima se postavljalo pitanje kako psihijatrija nije predvidela takav zločin. I danas se, kao i u 19. veku, ludilo, čak i u svojim najdiskretnijim manifestacijama, smatra apsolutnom, smrtnom opasnošću. To se moglo videti i u slučaju *Jabukovac* u Negotinu 2007, kad je Nikola Radosavljević hicima iz lovačke puške ubio devetero komšija i troje ranio, kao i u slučaju *Visoka* u Arilju 2013, kad je Mileta Sarić ubio sedamdesetpetogodišnju majku i dve bliske rođake od osamdeset dve i osamdeset tri godine. Pitanja novinara uglavnom su isto počinjala: „Zar nisu postojali znaci na osnovu kojih se ludilo moglo prepoznati i zločin sprečiti?“ Prozivana za neadekvatan tretman ludaka kao društvene opasnosti, psihijatrija je tako bila pozvana da čuva normalne od ludih. Ludilo je ne samo spojilo psihijatriju i pravo već je dalo pravo psihijatriji da iz opštedruštvenih razloga bdi nad opasnošću koja je skrivena u ljudskom ponašanju.

15 Izraz *dinamički* označava gledište koje psihičke pojave posmatra kao posledicu sukoba i sadejstva sila koje deluju i izvorno su nagonskog porekla. Dinamičko gledište ne podrazumeva samo uključivanje pojma duševnih sila nego i ideju da se u psihizmu sile nužno suprotstavljaju, ulaze u psihički sukob, te je njihov krajnji ishod dvojnost nagona. Svojstvo dinamičnosti psihičkog, kojim se bavi psihoanaliza, naročito karakteriše nesvesno, zbog toga što ono neprestano deluje zahtevajući suprotstavljenu silu koja takođe mora stalno delovati kako bi nesvesnom sprečila pristup u svest.

16 Samo usput da istaknemo da je nesvesno postalo predmet psiholoških teorija zahvaljujući Sigmundu Frojdu, koji prvi počinje da ga sistematski izučava, stvarajući psihoanalizu, i to psihoanalizu kao: a) *metodu ispitivanja* (čija je suština izvlačenje na videlo nesvesnog značenja subjektivih reči, dela, imaginarnih proizvoda: snova, fantazama, manija); b) psihoterapijsku metodu i v) ukupnost psiholoških i psihopatoloških teorija, koje sistematizuju podatke prikupljene psihoanalitičkom metodom ispitivanja i psihoanalitičkim postupkom (Laplanš & Pontalis 1992: 400).

U području prava ludilo je omogućilo transformaciju zločinca u ludaka uvek kada se javljao monstruozi zločin i zločin „bez razloga“. Time je pojam odgovornosti (za učinjeno delo) potpuno vezan za mentalni poremećaj. Svi koji su proglašeni mentalno poremećenim bili su imuni na zakonske posledice. Pravljenjem razlike između zločina i zločinca, osnovni interes kažnjavanja se usmerava na zločinca, odnosno na ono što ga čini zločincem (njegova priroda, nagoni, motivi). Doduše, sudija se nalazio u teškoj situaciji kada zločin i mentalno stanje, odnosno struktura ličnosti zločinca nisu bili kompatibilni, kada zločinac nije pokazivao nijedan znak ludila, a učio je monstruozi zločin. Uvek kada nema jasnog razloga, dovoljno prihvatljivog motiva, ili zle namere, sankcija nije mogla naći svoj cilj. Bilo je logično da postoji osuda primerna delu, ali u takvim slučajevima nije bilo jasno šta je to što treba kazniti. Tako je razlog zločina postao razlog kažnjavanja. Za to je bilo nužno poznavati nečiju prirodu, odnosno specifičnosti ličnosti u celini, što je nemoguće bez teorije razvojne psihologije i razvojne psihopatologije, odnosno psihoanalitičke razvojne psihologije. Psihijatrija tome zahtevu teško da može da odgovori.

Povezivanje kažnjavanja s eventualnim motivom, odnosno utvrđivanje psihološke veze između čina i počinioca je mnogo složeniji posao od onoga u kome se procena ticala samo demencije i mahnitosti. Monstruozi zločin teško je razumljiv i onom ko ga je počinio i sudijama. Ti nesvesni motivi jesu zapravo samo područje za psihoanalizu, a nikako za psihijatriju, osim za psihijatra s psihoanalitičkim obrazovanjem i obukom. Analizirati motive bez teorije o nesvesnom, što je područje psihoanalize, nedovoljno je i neprecizno na isti način kao što je bez teorije o nesvesnim afektima, primarnim i sekundarnim procesima teško govoriti o racionalnosti nekog čina.

Integracija čina u globalno ponašanje subjekta mora se zasnivati na teoriji psihoanalitičke razvojne psihologije. Što neki čin manje pripada samoj strukturi ličnosti, što je nejasniji, čudniji za subjekta, to ima manje mesta kazni. Sudiji skoro samo da ostaje da istakne, naravno ukoliko prihvati analizu psihijatra, da je osoba neuračunljiva. Sudija se neće odreći svog prava da dokazivanje određenih činjenica smatra neprihvatljivim. Takva „kontrola“ nad silom zakona koji primenjuje sudija je u funkciji što veće pravičnosti i odvija se preko psihijatrijske ekspertize koja poseduje neprikosnoveno pravo razumevanja onog što je prestup norme. Sankcionisanje će se odvijati po formuli što veće odstupanje od norme („opasno“, „neuračunljivo“, „ludilo“), to manja moć pravne norme. Sa ispitivanja motiva zločina prešlo se i u psihijatriju i u pravosuđu dalje na utvrđivanje ko je „opasan čovek“. Za psihijatriju to je značilo obućenost da markira opasne individue.

Stari pojam krivične odgovornosti – koji je polazio od jasne situacije koja je bila izjednačena sa *svesnošću* (nije kontaminirana demencijom i nije oštećena mahnitošću) morao je biti napušten u korist inteligibilnosti čina. Akcenat je stavljen na sam čin, način na koji je sproveden, iz kojih karakternih oblika je podstaknut i usmeravan. Što je čin bio više psihološki određen i kad je dolazilo od „normalnog“ subjekta, to je odgovornost bila veća. Kada se delo nije moglo vezati za „normalnog“ subjekta, ono se moglo oprostiti, jer je bilo određeno silama na koje on nije imao uticaja i koje su nužno uzrokovale delo. Kada je krivična odgovornost vezana

za psihički determinizam, ocrtan je psihoanalitički prostor u kome se psihijatrija teško snalazila zbog čega se još danas sudijska odluka zasniva na svesti o učinjenom delu. Dobit od psihičkog determinizma je bila velika i zbog napuštanja svemoćnog pojma „monomanije“ kao mentalne bolesti mišljenja i svesti. Postalo je jasno da i drugi aspekti, sadržaji, funkcije psihičkog (emocije, nagoni, ponašanje) mogu biti zahvaćeni patologijom, kao i mišljenje, pa i onda kada mišljenje ostaje izvan bolesti. To što je u moralnoj ili nagonskoj neuračunljivosti mišljenje bilo intaktno zahtevalo je da se uzroci nekog ponašanja traže u drugim sferama psihičkog.

Zločinac može biti bolesnik i ne snositi zakonske posledice. O tome odlučuje psihijatar. Ali, to ni u kom slučaju ne utiče na ugled zakona. Bolest poništava potrebu za kaznom, jer je već ona sama kazna. Svakako se može smatrati većom pravednošću to što se s mnogima koji bi ranije bili kažnjeni kao krivci danas postupalo kao s bolesnicima. Odričući se želje za kažnjavanjem, koja ima ne malu libidinoznu¹⁷ moć, preko uvođenja psihičke osnovanosti čina društvo osigurava čistu savest: ono više ne uživa spaljujući veštice i sumanute, ono ih leči zbog toga što su „abnormalni“. Što društvo više nastoji da ima kritički odnos prema (svojoj) sili (sadržanoj u zakonu), tim će pre prekršaj zakona videti kao posledicu nekog bezumlja koje se može lečiti i „prevaspitavati“, jer zakon treba da štiti svakog pojedinca i tu je zarad njega.

To što je zastupnik društva uz sudiju postao i psihijatar jeste pokazatelj želje da sila kojom država raspolaže bude kontrolisana. Zadatak za nimalo nije lak, tim pre ako se ima u vidu njegovo teorijsko znanje potrebno za dinamsku procenu. Psihijatar treba da odluči da li je nešto normalno ili abnormalno, što će reći da da osnov same odluke. Upravo zbog toga bi se konačno moralo postaviti pitanje da li on poseduje kriterijume koji mu dozvoljavaju da donese odluku? Sudski veštaci u svakom slučaju postupaju kao da ih poseduju. Pri tome bi bilo nužno da budu svesni da dijagnoza koju traže jeste automatski i odluka suda. Jasno je da je psihijatrijska dijagnoza već anticipirna presuda. Pošto se sudija oslanja na merodavnost psihijatra, psihijatar bi se morao osloniti na sopstveno znanje. Dokle god to znanje ostaje lišeno metapsihološkog pristupa (topičkog, dinamskog, ekonomskog i genetičkog), ono može biti samo čista aproksimacija i približavanje istini. Više je reč o intuiciji nego o teorijski zasnovanom sudu. Bez metapsihološkog pristupa koji svest vidi s onu stranu svesti, teško se može govoriti o psihologiji koja se razlikuje od klasične psihologije i koja se može prihvatiti donošenja zaključaka o psihičkom determinizmu.

Utisak naučnosti sredstava i nepristrasnosti suđenja na osnovu kojih se formira dijagnoza stvara se uglavnom korišćenjem psiholoških testova, čija instrumentalna potpora nije mala. Naposletku, i psihijatar i psiholog se korišćenjem tih testova oslobađaju svoje odgovornosti i strepnje. Dijagnoza donesena na osnovu testova više nije pipanje u mraku sopstvene nesigurnosti niti je rezultat neke lične spekulacije. Testovi dobijaju objektivni status činjenica koje vode psihologovo shvatanje

17 Kažnjavanje u ime zakona ima u drugom planu sopstvene impulse koji su i doveli do kršenja norme, s kojim se sudija obračunava ne zanajući da to čini, a možda i direktno prazni sopstvenu agresiju. Otuda je pitanje koji se prekršaj kažnjava – dvosmisleno. Nije teško videti da stare kaznene metode licemerno opstaju pod modernim nazivima upravo zbog nespremnosti na lišavanje zadovoljstva koje agresija po sebi donosi.

slučaja ka zaključcima koji se nameću. Na taj način psiholog, verujući u automatsku istinitost testa, sam postaje bezlični tumač i primenjivač nauke, kao što je sudija bezlični tumač i primenjivač zakona. Problem je u tome što se psihičko koje se procenjuje drastično razlikuje od prostog fizičkog merenja i što mnogi psihički sadržaji (fantazmi, nagoni, mehanizmi odbrane) ne mogu biti mereni. Poseban problem predstavlja i to što testove, pogotovu projektivne, primenjuju psiholozi i psihijatri koji ne polaze od (psihoanalitičke) teorije nesvesnog, kao i to što su mnogi testovi nastali na teoriji koja ne uzima u obzir metapsihološku dimenziju niti dijagnostičku razvojnu shemu. Velika je verovatnoća da ni tek približni zaključci, ukoliko uspeju da isključe prevelik broj grešaka, zbog same prirode psihičkog neće mnogo umanjiti praktičnu vrednost dijagnoze. U psihologiji se ne može tako precizno meriti niti postoje tako univerzalne zakonomernosti i teorije kao u fizici. Ukoliko psihologija uspe da osvetli implicitna značenja sadržana u odgovorima ispitanog subjekta i da polazeći od njih pokuša da izvede zaključak o nekoj stabilnoj strukturi koja određuje psihizam, ona je opravdala svoje ekspertsko pojavljivnje u pravu. Za svaku dubinsku psihologiju, svaka dijagnoza je samo verovatnoća dijagnostifikovanog, koja poziva sudiju da tu dijagnozu prelomi kroz svoje empirijsko iskustvo.

Uostalom sam pojam psihičkog determinizma, koji je umnogome uneo izmenu u pravnu teoriju odgovornosti, govori koliko je teško objektivisati sve uzroke nekog ponašanja. Više se nije, kao u konceptu monomanije, zakonska odgovornost ili neodgovornost vezala za konzistentnost čina, odnosno za prisustvo smisla ili nesmisla u njemu. Umesto neuračunljivosti, koja je imala status uzroka za ono što je bilo besmisleno (bez smisla), pojavljuje se kauzalni lanac uzroka i razloga, u koje su uključeni porivi, osećanja, pritisci, anksioznosti, čiju je pojavu omogućavala analiza nagona i emocija. Postojanje ili nepostojanje tog lanca je govorilo o slobodi subjekta i određivalo je sudijsku presudu. Ukoliko nije bilo moguće rekonstruisati kauzalnu neinteligibilnost čina, subjekt je bio odgovoran i mogao se osuditi. Doduše, pitanje instrumenata te rekonstrukcije izgleda da se razume samo po sebi zavisno od toga da li je izvođe psihijatar ili psiholog. Sam pojam (psihološke) rekonstrukcije podrazumeva obnavljanje svih etapa razvoja da bi se videlo gde je i zašto je došlo do skretanja, i to baš takvog skretanja, a ne do nekog drugog. Da bi se taj zadatak izvršio, mora se teorijski poznavati razvoj, polazeći od razlikovanja osećanja i nagona, razlikovanja nesvesnih primarnih i sekundarnih procesa, budnog mišljenja i prosuđivanja uključujući različite razvojne linije (seksualnosti, adaptacije, mehanizme odbrane, izgradnje identiteta, sepen anksioznosti, internalizacije pomake). Psihijatrija to ne može jer ona nije psihoanalitička razvojna psihologija. Nemoguće je izvan psihoanalitičke teorije i, pre svega, dobrog uvida u rad prve velike teoretičarke ranog detinjstva Melani Klajn (Melanie Klein) shvatiti, na primer, da neko može kršiti pravila i zakone iz osećanja krivice („zločinac iz osećanja krivice“) samo zato da bi se svojim prekršajem odvojio od zajednice. Dete koje ustrajava u svojoj zloći često pokušava da iskoristi svesne nepodopštine s predvidljivim kaznama za njih kao način da umanj duboko nesvestan osećaj krivice i teskobe zbog ispoljavanja agresivnosti kojih se jedva seća. Isto kao što takva deca osećaju prisilnu potrebu da budu zločesta da bi dobili zasluženu kaznu, jer je stvarna kazna, ma kako stroga, utešna u poređenju s ubojitim napadima koje neprestano očekuju od fantastično okrutnih

roditelja, odrasla moralna osoba može pribеći istom manevru оčekujući kaznu, о čemu је Melani Klajn ubedljivo pisala. Tako је u mnogih, posebno mladih prekršitelja moguće dokazati postojanje snažnog osećanja krivice koji је bio prisutan i pre samog prekršaja i koji dakle nije njegova posledica već njegov motiv, te izgleda kao da se osetilo olakšanje kada se jednom taj nesvesni osećaj krivice mogao nadovezati na nešto stvarno i aktuelno. Prilikom ispitivanja ovo nijedan prekršilac zakona neće hteti da otkrije i kada је svestan toga.

Sve ovo govori koliko su psihoanaliza i pravna nauka bliske. I jedna i druga svedoče koliko neki ljudi retko poslušaju glas razuma pošto njima potpuno ovladaju nagonske želje, kao i da uopšte ne mogu da razumeju zašto da im se uskraćuje zadovoljenje nagona, niti su u stanju da nagonske želje zamene, supstituišu i sublimišu prihvatljivim racionalnim razlozima i ciljevima. I u kliničkoj praksi i u sudnici је teško ne zapitati se da li ljudi moraju biti takvi, da li ih njihova najdublja priroda goni da budu takvi. Frojd је bio potpuno u pravu ističući da se kultura mora braniti od pojedinca i da ustanove kulture, organizacije i zapovesti, služe izvršenju tog zadatka (Frojd, 2006b: 216). Opasni pojedinac је eksces i na njega bi trebalo obraćati pažnju samo kao na deo mnogo značajnijeg društvenog konteksta. U tom kontekstu pak је evidentno da čovečanstvo stalno napreduje u potčinjavanju prirode i da se tehnički pronalasci neverovatno i čak zastrašujuće usavršavaju, ali da se ne može sa sigurnošću reći da sličan napredak postoji u uređivanju međuljudskih odnosa. Jedan od razloga za to је što se čovek zarad kulture mora mnogo toga одricati i potiskivati nagone. Pravo је mnogo pozvanije od psihoanalize da na principu pravde i pravičnosti nađe pravu meru njihove egzistencije u javnom prostoru, nikad ne gubeći iz vida nagonsku prirodu čoveka.

Na čemu је zasnovana *pravda*? Oduvek, a u filozofskim spisima svakako još od Aristotela, *pravedno* је povezano s *jednakim*. *Pravda* shvaćena kao *jednakost*, psihički је utemeljena na *zavisti*, na našoj zavisti prema drugome koji ima ono što mi nemamo i koji u tome uživa. Zahtev za *pravdu* zapravo је zahtev za to da se ono ekscesivno uživanje drugog ograniči kako bi svačiji pristup uživanju bio podjednak. Naravno, neizbežan ishod ovakvog zahteva је asketizam: pošto nije moguće nametnuti podjednako uživanje, ono što је moguće nametnuti jeste zabrana koja svakog pogađa podjednako. U teoriji је zadržano isto načelo. Od Aristotelove *Nikomahove etike* do *Teorije pravde* Džona Rolsa (John Rawls) pravda се prvenstveno poistovećuje s distributivnom pravdom. Ideja distribucije, raspodele, koju treba videti mnogo šire od njene ekonomske dimenzije, podrazumeva „ono što ja dobijam, koje је u odnosu s onim što neko drugi dobija“. Taj odnos ili одmeravanje dobiti (imanja, prednosti, sposobnosti, lepote) drugog izaziva od роđenja, još od želje bebe da ima (majčinu) dojku s blagotvornom sadržinom, mlekom, osećanje zavisti. Stoga bi se samo uslovno moglo prihvatiti da је najopštija formula pravde, kad је o raspodeli reč, *suum cuique tribuere*, dati svakome svoje. Beba hoće da је majčina dojka njena, i onda čak kad zna da је majčina.¹⁸ Zavist, kao prva emocija u životu svakog čoveka i ona koja ostaje celog života sastavni deo psihizma, jeste, kako kaže Melani Klajn,

18 Često се vide i trogodišnja deca koja ne pristaju na одvikavanje od dojke takmičeći se s mladim bratom ili sestrom koji ima tu privilegiju na posedovanje te dragocenosti.

osećaj srdžbe zbog toga što druga osoba poseduje i uživa u nečemu što je poželjno i sastoji se u tome da se to oduzme ili uništi¹⁹ (Klajn 1983: 208).

Rolsovu teoriju pravde je teško prihvatiti upravo zato što su *zavist* i *mržnja* izrazi ljudske želje. U Rolsovom modelu pravednog društva društvene *nejednakosti* se mogu tolerisati pod uslovom da unapređuju stanje onih koji se nalaze u najnepovoljnijem položaju i da nisu zasnovane na nasleđenim, već na prirodnim nejednakostima koje se smatraju kontingentnim, slučajnim, a ne bitnim. Polazeći od prirode nagona smrti (agresije, mržnje), takvo bi društvo više nego sigurno, što Rols previđa, stvorilo uslove za nekontrolisanu provalu mržnje: u njemu bih ja znao da je moj položaj potpuno opravdan i bio bih lišen prilike da za svoj neuspeh okrivim društvenu nepravdu. Rols nudi zastrašujući model društva u kome je hijerarhija neposredno legitimizovana prirodnim svojstvima. On previđa jednostavnu poruku priče o seljaku kome dobra vila kaže: „Učiniću sve što poželiš, ali te upozoravam da ću to isto, samo duplo više učiniti i tvom susedu!“ Odgovor seljaka ukazao je šta je ono što on vidi kao dobit: „Iskopaj mi jedno oko!“ Rols previđa moć ovog sadržaja psihičkog. U svojoj zavisti ovaj seljak pati kad vidi da neko drugi može imati ono što on želi za sebe. Zavidan čovek vene zbog tuđeg užitka. Njega usrećuje samo beda drugih ljudi. Zato su sva nastojanja da se zadovolji zavidan čovek bezuspešna. Zavidna osoba je, kako kaže Melani Klajn, nezasita i nikada ne može naći zadovoljenje jer njezina zavist izvire iznutra i zato uvek nalazi neki objekt na koji se usredotočuje (Klajn 1983:210). Zasigurno je nejednakost mnogo lakše prihvatiti kada se ona vidi kao posledica neke bezočne slepe sile. To dopušta da se neuspeh (kao i uspeh) shvati i kao nezasluzen, kontingentan, slučajan. Neuspeh se lakše podnosi kada se zna da nije posledica manjih sposobnosti, već slučajnosti.

Podeljeni subjekt, kakav čovek najčešće jeste, ima nemali problem s pravdom i pravednošću. Džonatan Dolimor (Jonathan Dollimore) kaže da je svako unutar zakona nekada bio – i u krucijalnom smislu ostaje – van zakona (Dolimor 2006: 90). To najbolje pokazuju veoma rasprostranjene perverzije, na koje se kultura tako usremljuje. I tako se stvara *circulus vitiosus*, bezizlazna situacija, na koju Frojd skreće pažnju u članku „*Kulturni seksualni moral i moderna neurotičnost*“, ukazujući da kultura dostiže stupanj razvoja gde počinje da produkuje samu perverziju koju ima potrebu da suzbije (Frojd 2005: 97). Neizbežno se postavlja pitanje kako grešnici mogu očekivati pravdu? Zašto neki koji trpe nepravdu pristaju na nju, a neki koji su je pretrpeli ne traže nadoknadu? Zašto Hamlet nije u stanju da udari? Ko treba da bude izložen njegovoj osveti kad je i on sam počinio zločin koji treba da osveti? Zašto ne traži pravdu u smrti svoga očuha? Da li zato što je dobar, ili zato što je loš čovek? Hamlet ne traži osvetu zbog toga što sopstveno osećanje krivice, izazvano živom edipskom dinamikom, uslovno rečeno, neće negde izvan sebe da utaži ili bar

19 Pravna praksa pravi razliku između dela učinjenih iz zavisti i onih učinjenih iz ljubomore. Ljubomora je osećanje koje je najbliže zavisti, koje se temelji na zavisti i u kome se subjekt oseća lišenim ljubavi za koju smatra da mu pripada, ili oseća da postoji opasnost da će mu neki suparnik oduzeti tu ljubav. U nekim zemljama ubistvo iz ljubomore kažnjava se blaže. Ovo razlikovanje temelji se, kako kaže Melani Klajn, na raširenom osećaju da ubistvo suparnika može podrazumevati *ljubav* prema nevernoj osobi, što znači da ljubav prema „dobrom“ (voljenoj osobi) postoji i da voljeni objekt nije uništen ili oštećen, kao što je slučaj kod zavisti (Klajn 1983:209).

ublaži. Iako ga sve nagoni na delanje, on ne dela čak ni onda kad mu sam otac, to jest očev duh nalaže čin osvete. Iako na jeziv način lišen ne samo objekta svoje ljubavi, svoga oca, već i svoje moći, prestola, ne može da uzme osvetničku pravdu u svoje ruke. Potisnuta želja za majkom u njegovoj unutrašnjosti onemogućava mu da preduzme čin koji mu je naložen, to jest osvetu protiv čoveka koji je aktuelni posednik njegove majke, ali i zločinac, zločinac kao što je i on sam zbog svojih incestnih, rodoskrvnih i ubilačkih želja da poseduje majku i ubije oca. Pa kako zločinac ima pravo da se sveti? Ne postoji za Hamleta konflikt s pravom ili poretkom stvari, kao što sugerišu neki književni kritičari, o utemeljenosti izvršenja pravde. Za njega nema nimalo sumnje da je ubistvo strica Klaudija sav zakon, da je ono pravedno, da ga treba počiniti. Hamlet hoće da ga poćini, ali će ga ipak izvršiti tek kad sam bude smrtno ranjen, u kratkom vremenu koje mu preostaje između smrtno rane koja mu je zadata i smrti, i u trenutku kada gubi svest.

Preterano osećanje *pravde* (kao i natkompenzovana dobrota ili čistoća, nespособnost za najmanju agresiju, sitničavost za sve što je u vezi s novcem) nisu ništa drugo do reaktivne formacije *analno-sadističke* orijentacije (Fenihel 1961: 217). Ovakve crte ponašanja, koje se često sreću i izvan patološkog, doduše, ne tako jasno izražene, vide se u opsesivno kompulsivnoj neurozi kao pod mikroskopom. Analno-sadistička orijentacija se lako može prepoznati u kliničkoj slici osobe u konfliktima između agresivnosti i podložnosti, okrutnosti i umiljatosti, prljavštine i čistoće, reda i nereda. Ti se konflikti mogu izražavati u spoljašnjem izgledu i očiglednom ponašanju. Mešavina reaktivnih formacija i direktnih analnosadističkih impulsa može dati kontradiktorni izgled ponašanju subjekta, koji je uredan i neuredan, čist i prljav, dobar i okrutan. Svaki put kada se ima naglašen, ekstreman, isključiv stav mora se misliti o nećemu *iza*. Tu nije reć o objektivnosti („Svi Cigani su lopovi“; „Jevreji su zlo“).

Prema mišljenju izraženom u *Masovnoj psihologiji i analizi ega*, Frojd smatra da *nesvesna* osnova koncepta *pravde* jeste: „Ono što ja nemam pravo da uradim, niko drugi nema pravo da uradi.“ Potreba za pravdom je ukorenjena u tendenciji da se prohibicija raširi za svakog. Postoji „srodstvo“ između pravde i simetrije. Izvesne želje za pravdom znaće prosto: „Dobro je da se ono što se desi *desno*, dogodi takode i *levo*“, a želja za simetrijom ponekad znaći „Simetrija je uspela *ako se ono što se dogodi jednom detetu, isto tako dogodi i njegovoj braći i sestrama*“. Nigde se to tako dobro ne vidi kao kod opsesivno-kompulsivnih neuroza. Postoji kompulsija da se ponovi potpuno ista radnja. Iza toga je nesvesna namera. Uopšte, kompulsivni simptomi su zasnovani na magiji simetrije i često imaju znaćenje nekog poništenja. Ako se ma šta dotakne s desne strane, mora se dotaći neki sličan objekt s leve strane. Znaćenje je da ravnoteža između nagona i kontranagona ne sme biti poremećena. Ako je poremećena na jednoj strani terazija, mora se „poništiti“ na drugoj strani. Magija brojeva kod kompulsivnih neuroćara prisiljava ih da više vole parne brojeve, zato što oni ne remete ravnotežu, kao što to čine neparni brojevi. *Simetrićne kompulsije* imaju mnogostruke oblike. Sve se one sastoje u izbegavanju poremećaja Ravnoteže. Sve što se može desiti desno, mora se desiti i levo; sve što se učinilo gore, mora se učiniti i dole; nijedan račun ne sme se završiti neparnom cifrom. Sve to može imati

specijalno značenje za svaku individuu, ali uvek ima opšti cilj da podrži mentalnu ravnotežu protiv potisnutih pulsija; svaki nagonski pokret je poništen simetričnim suprotnim pokretom (Fenihel 1961: 231).

Imajući pred sobom u stvarnosti najrazličitije oblike i stanja neravnoteže, neravnoteže koja je u osnovi ljudske prirode i samog psihičkog aparata, uspostavljanje pravde, kao uspostavljanje srazmerne, ili ravnotežne jednakosti, uvek je sekundarno činjenje: bilo kao dosezanje srazmere, ili ravnoteže, bilo kao otklanjanje nesrazmere, ili neravnoteže. Suočavajući se pak s posledicama jedne od očiglednijih socijalnih nepravdi, nepravdom sadržanom u tome što kulturni standard od svih ličnosti zahteva manje-više isto vođenje seksualnog života, koje jednima, zahvaljujući njihovoj konstituciji, uspeva bez napora, dok drugima nameće najteže psihičke žrtve, kako kaže Frojd (2005: 98), psihoanaliza nikada ne polazi od pitanja šta je pravda. Kao da, poput Hansa Kelzena, smatra da je nemoguće apriori obuhvatiti taj „lepi san čovečanstva“ i protumačiti ga drukčije do relativno i subjektivno za svakoga (Kelzen 1998: 37). Psihoanalitička praksa posmatra pravdu upravo na osnovu toga kako se ovakva raširena socijalna nepravda, koja najdirektnije izaziva mnogobrojne neurotske posledice, izigrava nepoštovanjem moralnih propisa. Odavde će se psihoanaliza, pravo ili književnost, kao u slučaju Tolstojeve Ane Karenjine, baviti tim pitanjem samo u okviru svog zabrana, to jest svog domena, najčešće ignorišući onaj zajednički koren.

LITERATURA:

- Aristotel (1970): Nikomahova etika. Beograd: Kultura.
- Blank, G. & Blank, R. (1985): Ego-psihologija. Zagreb: Naprijed.
- Bodrijar, Ž. (1991): Fatalne strategije. Novi Sad: Književna zajednica Novog Sada.
- Valeri, P. (1981): Ostrvo Ksifos/Snovi. Niš: Gradina.
- Derida, Ž. (1995): Sila zakona: Mistični temelj autoriteta. Novi Sad: Svetovi.
- Dolimor, Dž. (2006): Kulturna politika perverzije: Avgustin, Šekspir, Frojd i Fuko, u: Aničić, D. (urednik), Sigmund Frojd: Kritičke evaluacije, Loznica: Karpos, str. 71–94.
- Žižek, S. (2012): Kako čitati Lakana. Loznica: Krapos.
- Kant, I. (1999): Metafizika čudoređa. Zagreb: Matica hrvatska.
- Kasirer, E. (2003): Filozofija prosvetiteljstva. Beograd: Gutenbergova galaksija.
- Kelzen, H. (1998): Šta je pravda. Beograd: Filip Višnjić.
- Klajn, M. (1983): Zavist i zahvalnost. Zagreb: Naprijed.
- Kožev, A. (1984): Fenomenologija prva. Beograd: Nolit.
- Lakan, Ž. (1986): Četiri temeljna pojma psihoanalize. Zagreb: Naprijed.
- Lakan, Ž. (1986): Etika psihoanalize. *Theoria*, 1–2: 9–23.
- Lacan, J. (2002): *Écrits*. New York: Norton.
- Laplanš, Ž. & Pontalis, Ž.-B. (1992): Rječnik psihoanalize. Zagreb: August Cesarec.
- Perelman, H. (1983): Pravo, moral i filozofija. Beograd: Nolit.

- Priče iz Staroga Egipta (1997), Beograd: Srpska književna zadruga.
- Radbruch, G. (1980): Filozofija prava. Beograd: Nolit.
- Redklif-Braun, A. R. (1982): Struktura i funkcija u primitivnom društvu. Beograd: Prosveta.
- Rouls, Dž. (1988): Teorija pravde. Beograd-Podgorica: Službeni list-Cid.
- Rudinesko, E. & Plon, M. (2002): Rečnik psihoanalize. Sremski Karlovci-Novi Sad: Izdavačka knjižnica Zorana Stojanovića.
- Svensen, L. Fr. H. (2006): Filozofija zla. Beograd: Geopoetika.
- Todorović, M. (2011): Uvod u psihologiju kao nauku i struku. Beograd: Čigoja štampa.
- Todorović, M. (2013): Razvojna psihopatologija. Beograd: Čigoja štampa.
- Fenichel, O. (1961): Psihoanalitička teorija neuroza. Beograd-Zagreb: Medicinska knjiga.
- Fuko, M. (1997): Nadzirati i kažnjavati. Beograd: Prosveta.
- Fuko, M. (2000): Opasna individua. *Ženske studije*, 13: 7–29.
- Frojd, S. (1970a): Uvod u psihoanalizu. Novi Sad: Matica srpska.
- Frojd, S. (1970b): O seksualnoj teoriji. Totem i tabu. Novi Sad: Matica srpska.
- Frojd, S. (1970c): Iz kulture i umetnosti. Novi Sad: Matica srpska.
- Frojd, S. (1970d): Tumačenje snova. Novi Sad: Matica srpska.
- Frojd, S. (1988): Mojsije i monoteizam: Beograd: Grafos.
- Frojd, S. (2003): Primedbe o jednom slučaju prisilne neuroze (Čovek pacov). Beograd: Čigoja štampa.
- Frojd, S. (2005): „Kulturni“ seksualni moral i moderna neurotičnost, u: Frojd, S.: Antropološki ogledi: kultura, religija, umetnost (priredio Žarko Trebješanin), Beograd: Prosveta, str. 89–108.
- Frojd, S. & Brojer, J. (2004): Studije o histeriji. Beograd: Čigoja štampa.
- Frojd, S. (2006a): Kompletan uvod u psihoanalizu. Podgorica: Nova knjiga.
- Frojd, S. (2006b): Psihologija mase i analiza ega. Beograd: Fedon.
- Hegel, G. V. F. (1981): Pravni i politički spisi. Beograd: Nolit.
- Hefe, O. (2008): Pravda: filozofski uvod. Novi Sad: Akademska knjiga.
- Hotersal, D. (2001): Povijest psihoanalize. Zagreb: Naklada slap.
- Šekspir, V. (1978): Hamlet. Beograd: BIGZ– Narodna knjiga-Nolit-Rad.

Dr Dragan Mitrović,
redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Beogradu

PRAVO, PRAVDA I MILOSRĐE U DRAMSKIM DELIMA VILIJAMA ŠEKSPIRA

U svetu već nekoliko decenija raste interesovanje za zanimljiv odnos prava i književnosti koji je, naročito u SAD, dobio obrise čitavog jednog multidisciplinarno zanovanog pokreta, nazvanog upravo tako: „Pokret pravo i književnost“ (*Law and literature movement*). Ovaj pokret ima za cilj da multidisciplinarno istraži odnose između književnih dela i pravne teorije i prakse, budući da je pravo kao kulturno dobro i društvena činjenica već odavno i na nesumnjiv način prisutno u književnosti.

Postoje dve karakteristične grane: prva je usredsređena na jezičku analizu teksta iz koje se izvlače odgovarajuća jezička značenja o svetu prava, dok je druga usredsređena na značenjsku analizu misli neposredno saopštenih u tekstu od strane njihovih stvaralaca o svetu prava. Očigledno, i samo pravo ima potrebu da se ogleda u duhovnim tvorevinama nastalim iz pera najdarovitijih mislilaca koji su izabrali književno umesto pravnog stvaralaštva, ali nisu mogli da ne uoče značaj prava i da ne ostave svoje vredne zapise o njemu. Ovog puta zadržimo se na drugom, lepšem pravcu pomenutog pokreta.¹

Pravo se kao književna tema prvi put pojavljuje u antičkim tekstovima Sofokla i Petronija. U srednjem veku, izrazit primer predstavljaju dramska dela Vilijama Šekspira, a u XIX i prvim decenijama XX veka realistički pravac u književnosti, od Onore de Balzaka, Čarlsa Dikensa, Fjodora Dostojevskog ili Gistava Flobera do Žila Verna, Albera Kamija, Franca Kafke, Oldosa Hakslija, Jevgenija Zamjatina, Džordža Orvela i drugih. U svima njima dominiraju teme ljudske sudbine i altruizma, pravosuđa i pravednosti, političke represije, identiteta, društvenog konformizma, roda, pola i druge, što ih čini dragocenom građom za sagledavanje prava iz drugačijeg

1 Vid. D. M. Mitrović, „Vilijam Šekspir o državi i pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–2/1990, 95–118 i „Pravo, pravda i milosrđe u dramama Vilijama Šekspira, u zborniku radova *O pravdi i pravičnosti* (priredio M. Knežević), Beograd 1995, 243–253, odn. „Pravo, pravda i milosrđe u dramskim delima Vilijama Šekspira“, *Književnost*, 7–9, God. 3, Beograd 2001, 877–894. Takođe, vid. E. V. Gemmette, *Law in literature: An annotated bibliography of law related works*, 1998; R. Posner, *Law and Literature*, 1998; P. J. Heald, *Guide to law and literature for teachers, students and researchers*, 1998; V. M. Feeman, A. Lewis, *Law and Literature*, Oxford University Press, 1999; V. D. Schwanitz, *Teorija sistema i književnost; nova paradigma*, Zagreb 2000.

ugla. Ali, i pravnici umeju ponekad da uzvrate, kao što je na primer učinio u svojim mladim danima Hans Kelzen, napisavši rad o Danteu Aligrijeriju i njegovoj „Božanskoj komediji“.

A sada, možda o najvećem – Vilijamu Šekspiru. Sigurno je da on pripada proviđenjem izabranim malobrojnim genijalnim srećnicima čija dela i danas odišu svežinom i nesumnjivom aktuelnošću. To je zbog toga što je Šekspira interesovao sam život koji je on umeo ne samo da oseti i razume, nego i da ga na neprevaziđen način izrazi. Možemo samo da nagađamo kakav bi, na primer, Šekspir pravnik bio da su ga posebno interesovali pravo i pravna nauka, iako treba da budemo srećni što to nije bio slučaj. Pa ipak, ni Šekspir nije mogao da se na samo sebi svojstven način bavi životom kao trajnom preokupacijom a da zaobilazi pravo kao predmet neophodnog interesovanja i nadahnutog kazivanja. U tom susretanju trajno su zapamćene njegove stihom iskazane misli o pravu, pravdi i milosrđu, koje bi, da ih već on nije sročio, činile čast pravničkoj profesiji, koja ne mora stihom da se izražava. Prema Viktoru Igou, „Šekspir je posle Boga najviše stvorio“. Možda je bolje reći da je „stvorio najviše“ što čovek uopšte može da stvori na tom polju duha.²

I

ŠEKSPIROV ŽIVOT: KRATKI BIOGRAFSKI PODACI

Sačuvani podaci o Vilijamu Šekspiru (*William Shakespeare*, 1564–1616.) uglavnom se odnose na spoljašnje činjenice i gotovo da ništa ne govore o njegovom karakteru. Prema dokumentima u stratfordskoj opštinskoj arhivi, Šekspir je kršten 26. aprila 1564. godine (i, prema tome, rođen koji dan pre toga). Ugledao je svet u živom trgovačkom mestu Stratford na reci Ejvon (*Stratford-on-Avon*). Njegov otac, Džon Šekspir, bio je uspešni rukavičar rodом iz Snitersfilda. Devojačko ime njegove majke, ćerke uglednog zemljoposjednika, bilo je Meri Arden. Šekspir je bio treće dete od osmoro i najstariji preživeli sin. Venčao se 27. novembra 1582, u osamnaestoj godini, sa osam godina starijom En Hatavej. Dva suseda Hatvejevih garantovali su da nije bilo razloga koji bi mogli da onemoguće to venčanje. Na osnovu njihovog svedočenja izdata je dozvola da se mladi par venča. Bilo je tom prilikom i razloga za žurbu, budući da je prvo dete, Suzana, krštena 26. maja 1583. godine, rođena šest meseci po sklapanju braka. Dvojke, sin Hamnet i mlađa kćer Džudit, rođeni su januara 1585. a kršeni 2. februara iste godine. Zatim nastaje praznina u pišćevim podacima, sve do 1592. godi-

2 Prilikom pisanja ovog saopštenja dodatno su pregledani sledeći izvornici o ličnosti i delu Vilijama Šekspira: *Cambridge History of English Literature*, ed. A. W. Ward & A. R. Waller, 14. vols. and Index, Cambridge Univ. Press, 1933–1934 (1907–1916); *Concise Cambridge History of English Literature*, by G. Sampson, Cambridge Univ. Press, 1959 (1941); J. Mulgan, D. M. Davin, *Introduction to English Literature*, John Ford University Press, 1957; G. B. Woods – H. A. Watt – G. K. Anderson, *The Literature of England an Antology & a History*, 2. vols, Scott, Foresman & Co, Chicago, 1958; Edmund K. Clambers, *The Elizabethan Stage*, 4. vols, Oxford University Press, 1923; E. K. Chambers, *William Shakespeare – A Study of Facts & Problems*, London 1930; T. S. Elliot, *Selected Essays*, ed. Faber & Faber, London 1932; F. E. Halliday, *A Shakespeare Companion*, 1550–1950, ed. G. Duckworth, London 1952; G. B. Harrison, *Introducing Shakespeare*, ed. Penguin Books, (1939) 1989; Dž. Andervud, *Šekspirove hronike*, Beograd 2007.

ne. Ovaj nepoznati deo Šekspirovog života stručnjaci nazivaju „Šekspirove izgubljene godine“, mada je tačnije reći da su to izgubljene godine samo za istraživače njegovog dela. Ipak, već 1581. godine pominje se izvesni „Vil kopljotresac“, koji radi kao „luda i lutkar u Lankasteru“. U tom slučaju, Šekspir bi imao petnaest godina. Nije nemoguće, ali nije ni verovatno da se se radi o istoj ličnosti. Sigurno je samo da je Šekspir 1586. godine napustio dom i porodicu i otišao u London. Neki hroničari nagoveštavaju da je to bilo godinu dana ranije, dakle približno po rođenju blizanaca. U London je stigao pomenute 1585. ili 1586. godine. Smatra se da je svoj dramski rad započeo oko 1590. godine kao član Londonskog pozorišta.

Godine 1592. pojavljuje se prvi zapis o Šekspiru u obliku jedne neprijateljske aluzije u Grinovom proznom spisu „Za groš pameti“ (*A Groatworth of Wit*), u kome je Šekspir podrugljivo nazvan „Bino-tresac“ (*Shake-scene*). Prema pomenutom Robertu Grinu, dramaturgu, kao i ser Vilijamu Devenantu i drugima koji su podržavali Grina, Šekspir je postao poznat kao „glumac, konjušar, lutkar, izrabljivač, mešetar i *Johanes Factotum*“. Grin upozorava svoje kolege dramske pisce da se ne upuštaju ni u kakve poslove sa „vranom skorojevićem“. Očigledno, Šekspir nije bio njihov favorit, ali je već tada bio dovoljno poznat da bi ga napao drugi kolega.

Kao glumac i dramaturg, Šekspir je prvo bio u trupi „Ljudi lorda Čemberlena“ (*Lord Chamberlain's Men*) do 1594. godine, pošto se zbližio sa lordovim glumcima, a zatim i deoničar iste družine sa nekoliko drugih glumaca, kako je navedeno u jednom spisku. Ubrzo postaju vodeća pozorišna grupa u Londonu. Već 1595., Šekspir živi u otmenijem kraju nazvanom Biskupova kapija (Bishopsgate), severno od Temze, u parohiji svete Helene. Kasnije, postaje deoničar čuvenog pozorišta „Glob“ (*The Globe*), koje je osnovao i podigao na južnoj obali Temze sa još nekoliko glumaca. Glob je sagrađen 1599. godine od materijala starog pozorišta „Teatar“ u kome je ista družina dotle nastupala. Zgrada je spolja bila okrugla. Pozornica je bila u parteru, sa tri strane okružena publikom. Dana 29. juna 1613. godine požar je do temelja uništio pozorište. Dokumenti o Šekspirovim investicijama i kupovinama pokazuju da se on upravo u to vreme znatno obogatio. Na primer, godine 1608. kupljeno je londonsko pozorište Blekfajers indor. U njemu su predstave igrane zimi, a u Globu leti.

Godine 1596. Šekspirov sin Hamnet umro je iz nepoznatih razloga u jedanaestoj godini, dok porodica i dalje živi u Stratfordu na Ejvonu. Iste 1596. godine Šekspirov otac je kupio pravo na grb, što svedoči o tome da je bio ugledan i imućan građanin. Na grbu su bili koplje i soko sa devizom „Ne bez prava“ (*Non sanz droict*). Sledeće, 1597. godine, Šekspir je kupio imanje zvano „Novo mesto“ (*New Place*) u Stratfordu, po čemu se takođe vidi da se u međuvremenu prilično obogatio i da je pozeleo da se skrasi. Treba pomenuti da je Šekspir zbog te kupovine kažnjen novčanom kaznom, a zatim pozvan na sud zbog izbegavanja plaćanja poreza u parohiji Sen Helen, kao i zbog optužbe da je gomilao žitarice slada za vreme gladi i nestašice u Stratfordu. Takođe, Šekspir je 1600. godine tužio izvesnog Džona Klejtona zbog duga od ondašnjih 7 funti koje mu je pozajmio osam godina pre toga (1592). To je ista ona godina u kojoj je nastao pogrđni Grinov pamflet protiv Šekspira kao „Binotresca“ i „Izrabljivača“. Treba pomenuti i sledeća dva događaja iz Šekspirovog života koji dodatno odslikavaju njegov karakter: 1601. godine izbila je tzv. Eseksova pobuna u Londonu. Optuženi su učesnici

predstave *Ričard II* kao i njen autor, dakle, Šekspir lično. Reč je o drami koja je objavljena 1597. godine u prvom kvatro izdanju i prvi put pod Šekspirovim imenom. Tom prilikom, pogubljen je lord Eseks dok je njegov sadrug Ogastin Filips uhapšen. Šekspira vlasti ne proganjaju, pošto je kraljica Elizabeta I pod zakletvom izjavila svom advokatu da zna da je taj dramski pisac „ateista“. Kasnije, tačnije 1612., Šekspir svedoči u tzv. procesu Montdžoj, u vezi sa finansijskim sporenjem u domaćinstvu čiji je bio stanar od 1604. godine, a povodom brakorazvodne parnice gazdine ćerke Meri, i „ničega se ne seća“.

Šekspirov otac je umro 1601. godine. Godinu dana kasnije, Šekspir kupuje zemlju i još jednu, drugu po veličini kuću u Stratfordu. Nakon smrti kraljice Elizabete 1603. godine, Šekspir je zajedno sa osam drugih glumaca dobio poklon od Džemsa I, koji ih je sve uzeo u zaštitu – družina je proglašena za tzv. „Kraljeve ljude“ (*King's Man*). Četiri godine kasnije (1607.) udala mu se ćerka Suzana, dok mu je sledeće godine preminula majka Meri Arden. Od 1611. godine Šekspir je sve više boravio u Stratfordu, povukavši se već iz tada užurbanog Londona. Sledeće godine sačinio je testament, čiji je original sačuvan. U njemu ima „zvučne uspomene“, ostavlja svoj „drugi po kvalitetu krevet“ svojoj supruzi i ne pominje drame, pesme, knjige, niti bilo kakve spise. To mora da zbuni svakog ko se ikada bavio bilo kojom vrstom stvaralaštva. Mlađa Šekspirova ćerka Džudit udala se 1616. godine za Džona Kinija, vinara, dva meseca pre nego što je preminuo njen otac. Iako su obe udate ćerke imale potomstvo, direktna linija Šekspirovih se ugasila sa njihovom decom.

Vilijam Šekspir je umro hladnog prolećnog dana, 23. aprila 1616. u Stratfordu, skoro navršivši pedeset dve godine života. Pedesetak godina kasnije, Džon Vord je zapisao da su Šekspir, Drejton i Ben Džonson imali veseo sastanak, i kanda su previše pili, jer je Šekspir (prema rečima svog zeta dr Džona Hola, muža Šekspirove starije ćerke Suzane i stanovnika Stratforda) umro u četvrtak od vrućice koju je tada dobio. Jedno je ipak sigurno: bilo je to hladno proleće, i najverovatnije je preminuo od jakog nazeba i upale pluća. Sahanjen je u Crkvi sv. Trojstva dva dana nakon što je umro. Na Šekspirovom grobu i danas stoji sledeći epitaf na latinskom, čiji prvi dvostih glasi:

*Po mudrosti Nestor, po genijalnosti Sokrat, po umetnosti Vergilije:
Zemlja pokriva, narod tuguje, Olimp ga ima.*

II

ŠEKSPIROV UČINAK: KRATAK PREGLED SA PRIKAZOM DRAMSKOG STVARALAŠTVA

Kao što se Šekspirov život deli na dva dela: elizabetansko (do 1603.) i džejmsovo (od 1603. godine), tako se i Šekspirova dela uobičajeno dela na nedramska i dramska.

Nedramska dela (lirska i epsko-lirska poezija) uglavnom pripadaju njegovom ranom periodu književnog stvaranja i daleko su manje brojna i značajna od dramskih. Ona obuhvataju dva speva: *Venera i Adonis* (*Venus and Adonis*), lirsko-nara-

tivni spev od preko hiljadu stihova i *Otmica Lukrecije* (*Rape of Lucrece*), koji sadrži 1.800 stihova, a napisan je Čoserovom strofom, kao i zbirku od 154 *Soneta*, od kojih je većina napisana tokom devedesetih godina XVI veka. Tomas Torp ih je prvi put objavio 1609. godine, verovatno bez autorove dozvole. Poema *Venera i Adonis*, preporučena anonimno u aprilu 1593. godine, objavljena je u junu, nedelju dana posle smrti Kristofera Marloa, Šekspirovog bliskog sadruga. U septembru iste godine, Šekspir u svojoj posveti erlu od Sautemptonu ističe da je ta poema „prvo čedo njegove stvaralačke mašte“. Već sledeće godine tvrdi se kako je Šekspir „povezan“, ma šta to tačno značilo, sa izvesnim Henrijem Rajotslijem (*Henry Wriotsley*), poznatijim kao erl od Sautemptonu.

Za Šekspirovog života, njegova *dramska dela* objavljivana su u piratskim izdanjima, jer se on nije trudio da ih štampa. Oko osamnaest njegovih drama objavljeno je na taj način. Možda je samo to razlog zašto nisu pomenute u njegovom testamentu. Sve drame prvi put su objavljene posmrtno 1623. godine u *Prvom folio* izdanju (*First Folio* – folio je najveći format knjige), sedam godina posle Šekspirove smrti. U ovom izdanju, koje je sadržalo 36 drama, izvršena je njihova podela prema vrsti na *komedije*, *istorije* i *tragedije*. Od tada se Šekspirov dramski rad obično deli na tri perioda.

Prvi period traje od 1590. do 1601. godine. U tom periodu su Šekspirova dela površnija, možda manje misaona a više raspevana od drama iz sledećeg perioda. Tu spadaju sledeća dramska dela: *Henri VI 1–3*, *Ričard III*, *Komedija zabune*, *Tit Andronik*, *Ukroćena goropad*, *Dva viteza iz Verone*, *Nenagrađeni ljubani trud*, *Romeo i Julija*, *Ričard II*, *San letnje noći*, *Kralj Džon*, *Mletački trgovac*, *Henry IV 1–2*, *Mnogo vike ni oko čega*, *Henry V*, *Julije Cezar*, *Kako vam drago* i *Dvanaesta noć*.

Svi Šekspirovi *istorijski komadi* dramatizuju korumpiranu vladavinu i tumače se kao opravdanje dinastije Tjudor. Napisani su svi, osim jednog (*Henri VIII*, koautorskog sa Džonom Flečerom), u ovom periodu i, posmatrano u celini, prikazuju doba od kraja XIV veka (*Ričard II*), unutrašnje sukobe, ratovanja s Francuskom i Ratove ruža (dva dela *Henrija IV*, *Henri V*, tri dela *Henrija VI*, *Ričard III*), sve do apsolutne monarhije Tjudora (*Henri VIII*). Najvrednijim istorijskim komadima obično se smatraju dve drame – prvi i drugi deo *Henrija IV*.

U Šekspirovim *komedijama* iz ovog perioda ogleda se postepen rast njegovog genija: od početničke *Komedije zabune* do njegove dve najbolje komedije *Kako vam drago* i *Bogojavljenka noć*. Šekspir je u ovom periodu napisao svega tri *tragedije*: *Tit Andronik*, koja se smatra početničkim delom; *Romeo i Julija*, koja je pored Hamleta postala jedno od najčuvenijih Šekspirovih dela i *Julije Cezar*, koja predstavlja snažnu i uspešnu dramu, ali sa manje poezije i opšteljudskih elemenata nego njegove kasnije velike tragedije.

Drugi period traje od 1601. do 1608. godine. Šekspir je u ovom periodu stvorio svoja najzrelija i najdublja dela – velike tragedije, kada više upotrebljava prozu. Tu spadaju sledeća dramska dela: *Hamlet*, *Vesele žene Vindzorske*, *Troil i Kresida*, *Sve je dobro što se dobro svrši*, *Mera za meru*, *Otelo*, *Kralj Lir*, *Magbet*, *Antonije i Kleopatra*, *Koriolan* i *Timon Atinjanin*.

Šekspirove najpoznatije *velike tragedije* iz ovog perioda su: *Tragedija Hamleta, danskog kraljevića*, koju neki smatraju najboljom, a zatim drame *Otelo*, *Hamlet*, *Kralj Lir*, *Makbet* i *Antonije i Kleopatra*. Zapleti u navedenim Šekspirovim tragedijama se često zasnivaju na kobnim greškama i usudima koji remete normalan sled događaja i uništavaju junake i njihove voljene. Na primer, ključ za shvatanje Hamletovog introvertnog karaktera čiji je fatalni usud njegova neodlučnost („Biti ili ne biti, pitanje je sad“), nalazi se u njegovim predsmrtnim rečima, kada kaže Lodoviku da priča Mlečanima:

*O čoveku koji je voleo ne mudro, već prejako;
O čoveku koji nije lako postajao ljubomoran, ali kad je bio naveden na to
Smeo se do bojaznosti...;*

U drugim navedenim Šekspirovim tragedijama, propast njihovih junaka proishodi iz ishitrenih sudova koji se na kraju pokazuju pogrešnim. Sigurno je takva sledeća Šekspirova drama, *Otelo*, koja predstavlja veliku tragediju, u zanatskom pogledu verovatno najsavršeniju od svih. Otellov lik je izrazitije herojski nego Hamletov, ali je zato manje složen i bogat. Ali baš njen realizam, koji katkad prelazi u realističko podražavanje prirode, čini je ograničenijom po zahvatu od Hamleta ili Kralja Lira. Takođe ni Lir, heroj istoimene tragedije, nije junak kao Hamlet ili Otelo, već običan čovek, sa dosta slabosti i ograničenja, kome je zapala u delo velika patnja i koji se kroz tu patnju prekaljuje i na kraju postiže humanost. Njegova vlastita smrt koja sledi odmah posle smrti njegove najmlađe voljene ćerke Kordeleje (koju su usmratile njene dve zle sestre), nije više važna: on je preživeo sve što čovek može da preživi, video najveće dobro i najveće zlo, naučio sve lekcije života i ispunio svoju ljudsku sudbinu. Završavajući tragediju, Šekspir sve to se sažima u dva stiha:

*Najstariji je podneo najviše; mi koji smo mladi
Nećemo nikad toliko videti ni toliko poživeti.*

Kralj Lir najpotpunije ispunjava one zahteve koje je Aristotel postavio tragediji, a koji vrede i danas. Zato ova Šekspirova tragedija zauzima jedno od najviših mesta u svetskoj književnosti, uporedo sa najboljim tragedijama Eshila, Sofokla i Euripida.

Šekspir je temu za dramu *Makbet* uzeo iz stare škotske istorije da bi polaskao kralju Džemsu I, koji je u drami prikazan kao potomak dobrog Banka. Za razliku od junaka ostalih tragedija, Makbet je zločinac, i to ne zločinac zbog časti ili pravde kao Otelo, već zločinac zbog ambicije. Podstaknut proročanstvom veštica, koje se mogu shvatiti i kao zli glasovi u njegovoj vlastitoj duši, i nagovorima svoje žene, još ambicioznije od njega, on ubija kralja Dankana, a zatim nizom zločina nastoji da sačuva tako stečenu vlast. Magbet je čovek herojskih osobina, koji podleže zlom iskušenju u sebi i van sebe. Tragika njegove dalje sudbine je u tome što ne može u sebi da zatomi savest, a, s druge strane, primoran je da nastavi putem zločina. On prihvata tu sudbinu, istrajava u njoj do kraja i ostaje heroj, ali heroj koji je svoje velike osobine upotrebio u nepravedne i nehumane ciljeve. Ledi Magbet je slabija od svog muža: ona prihvata put zločina brže i lakše, ali je posledice uništavaju. *Magbet*

je duboka studija zločina i grižnje savesti, istorija moralnog pada i postepene dehumanizacije glavnog lika.

Tragedija *Antonije i Kleopatra* zasnovana je na Plutarhovim „Životima“. Pokazuje poslednje godine Antonijevog života kada on, zbog ljubavi prema Kleopatri, zanemaruje borbu za prevlast u Rimskoj imperiji, pravi niz kobnih vojnih i političkih grešaka i na kraju se ubija, neposredno pred konačnu pobedu Oktavijana nad njegovim snagama. Antonije i Kleopatra predstavlja tragediju kobnog sladostrašća koja, kao i zločinačka ambicija u *Makbetu*, dehumanizuje ljudski lik univerzalno.

Dve komedije napisane u ovom periodu *Sve je dobro što se dobro svrši* i *Mera za meru*, često se nazivaju „komedije sa ukusom gorčine“ (*Bitter comedies*) zbog pretežno mračnih i negativnih likova koji su posebno prisutni u drugoj komediji.

Treći period traje od 1608. do 1613. U tom periodu je Šekspir napisao samo četiri drame i jednu dramsku hroniku, koje se donekle razlikuju od prethodnih dela: po opštem duhu su slične romantičnim komedijama, ali je u njima manje komike, a više fantazije, alegorije, natprirodnih ličnosti, muzike i pesme. U Šekspirova dramska dela iz tog perioda spadaju: *Perikle*, *Simbelin*, *Zimska bajka*, *Bura* i *Henry VII*. Manje crne od prethodno navedenih, ove tragedije su napisane ozbiljnijim tonom od prethodnih i završavaju se pomirenjem i oprostajem teških grešaka njihovih junaka, što se može smatrati dokazom Šekspirovog smirenijeg pogleda na svet. Očigledno, najbolja dramska dela su Šekspirove tragedije. One su i najpoučnije, jer je ljudsko zlo bezgranično, a dobro ograničeno; dobro ima svoje granice, dok ih zlo nema.

Ali, sada, zastanimo i uživajmo u Šekspirovim mislima o pravu, pravdi i milosrđu.

III

PRAVO, PRAVDA I MILOSRĐE KAO STALNE TEME U ŠEKSPIROVIM DRAMAMA

Šekspirovo interesovanje za ljudski život i sudbinu smešta pravo, pravdu i milosrđe u sam centar dramskog zbivanja. To je zasigurno zbog toga što pravda i milosrđe – ta odistinska ljudska znamenja – na jedinstven način obeležavaju postupke i usmeravaju napore ove civilizacije. A tu je Šekspir neprevaziđen. Njegove drame odišu monumentalnošću najvećih antičkih dometa, ali vrcaju od radosti življenja čak i kad nadvladaju osećaji osujećenosti i tragične promašenosti. One su himna životu čak i kada dramsko kazivanje određuju tmurna raspoloženja i sumorna prizivanja. U njihovom središtu su ljudski prolomi koje državna vlast i njeni zakoni na različite načine određuju i razrešavaju.

U Šekspirovim dramama pravda i milosrđe su čvrstim nitima povezani sa pravom. Šekspir često preko svojih likova ističe da istinska vrednost ljudskih postupaka može da se procenjuje jedino prema pravdi i milosrđu. Kada njih nema, ljudima ostaje da se uzdaju u božansku pravdu i providenje. To je pogotovo slučaj kada pravo više nikome ne može da pomogne zbog toga što je nepravedno ili nemoćno. Tih preporuka Šekspir se nije uvek držao. Očigledno, geniji ne moraju da budu sveci.

Pravda i milosrđe su u isto vreme vrhovni ciljevi svake normalne države i normalnog prava. Oni to nisu samo kada su država i pravo izopačeni, a izopačeni su kad su tiranski. Pa i tada, Šekspir se zalaže za milost kao način vršenja državne vlasti, uviđajući da društvo bez pravde i milosrđa ne može da opstane i napreduje.

*Pa milosrđe
Po biti nije prisiljavanje;
Rominja ono kao što na tle
Rominja blaga kišica s nebesa,
I dvogubi je ono blagoslov:
Blagoslov i za onog koji daje,
I onog koji prima; moć je ono
Ponajmoćnije i u najmoćnijeg;
Na prestolu je vladavocu dika
Više no kruna; žezlo kraljevo
Kazuje snagu moći svetovne,
Ono je znamen strahopoštovanja
I veličanstva njime oličenih,
Sadrži strah i trepet pred monarhom;
A milosrđe stoji iznad ove
Skiptarske sile; ono presto svoj
Ima u samom srcu kraljeva,
Ono je znamen boga živoga,
Pa vlast zemaljska najviše božanskoj
Naliči moći kad milosrđe
Začini pravdu.*

(*Mletački trgovac*, IV čin, scena I, knj. II, str. 87–88)

Milosrđe je još dragocenije kada vladari zanemare taj ljudski začim životu:

*O, verujte: ni pompa koja ide
Uz velikaša, niti kruna carska,
Nit' namesnikov mač, nit' vojvodina
Palica, a ni sudijina toga,
Ni upola ne diče njih nit' krase
Kao što ih milost krasi.*

(*Ravnom merom*, II čin, scena II, knj. I, str. 314)

U Šekspirovim dramskim delima pravda i milosrđe nisu samo vrhovni cilj. Oni su i sredstvo da se pravo što valjanije primenjuje. Pravda i milosrđe postižu se vlastitom ispravnošću, dok pravo zahteva odgovarajući red, bez koga se pretvara u samovolju i nepravdu. Ali, red mora da postoji čak i kad su zakoni tiranski i nepravedni, jer:

*Uklonite samo rang i olabavite
Tu strunu, pa ćete čuti kakav nesklad
Nastaje: sve bi bilo u sukobu;
Sila bi postala pravo; ili, bolje,*

*Pravo i nepravo, nad čijim večitim
Sukobom pravda predsedava, tad bi
Izgubili ime, pa i pravda svoje.
Sve bi se pretvorilo u silu, a sila
U samovolju, a ova u grabež,
I grabež bi postao opšti vuk
Što bi, dvostruko pomognut samovoljom
I silom, ceo progutao svet
Kao plen, pa najzad i samoga sebe.*

(Troil i Kresida, I čin, scena III, knj. III, str. 28)

Postojanje reda u društvu zahteva nepristrasnu primenu zakona i prava („Zakone mi imamo neumitne, propise stroge...“). Ali, takva nepristrasnost mora da bude jednaka za sve:

*Dužd ne sme pravde tok da pobija:
Državna bi se pravda proigrala.*

(Mletački trgovac, III čin, scena IV, knj. II, str. 73)

To mora da bude slučaj čak i kad je zahtev sasvim neobičan:

*Čudne je vrste vaše traženje;
Al' saglašeno s propisima tako
Da nema snage zakon mletački
Da podizanje svoga spora napada.
Pod udarom krivice vi stojite,
Je l' tako?*

(Mletački trgovac, IV čin, scena I, knj. II, str. 87)

Zakoni i pravo treba nepristrasno i jednako da se primenjuju u svim situacijama.

*Te vas preklinjem
Da jednom zakon izvitoperite
Ugledom svojim, pa krivicu malu
Radi pravice krupne učinite,
Ne, to ne sme biti.
U Mlecima te vlasti nema koja
Može da menja pravne propise:
Taj postupak bi bio upamćen:
U poslove bi državne taj primer
Uneo mnoge zbrke. To se ne sme.*

(Mletački trgovac, IV čin, scena I, knj. II, str. 88–89)

Jer:

*Nećemo valjda strašilo za ptice
Od zakona da napravimo, pa ga
Stavimo da od plena ptice juri,
A pustimo da obličje ne menja,*

*Sve dokle ptice, srodivši se s njim,
Ne počnu, mesto da se boje njega,
Da sleću na nj' bez straha.*

(*Ravnom merom*, II čin, scena I, knj. I, str. 303)

To mora da bude slučaj i kada se pravo zbog ličnih razloga nije primenjivalo:

*Spavao je zakon
Al' mrtav nije bio.*

(*Ravnom merom*, II čin, scena II, knj. I, str. 315)

pa čak i kad početak primene dotle zanemarenih ili izigranih zakona izaziva bolne posledice:

*Da je na sud za svoje nedelo
Izveden bio onaj prvi što se
Ogrešio o propis: sad se zakon
Probudio i vidi šta se zbilo.*

(*Ravnom merom*, II čin, scena II, knj. I, str. 315)

Ali, strogo poštovanje zakona i ista takva njihova primena ne smeju da se pretvore u svoju suprotnost („Greh da se sudi, ne učinilac?“). Takvo ponašanje bi i najbolje zakone pretvorilo u nepravedne i tiranske.

Ponekad na strogom poštovanju i primenjivanju zakona istrajavaju sami vladari, mada neobičnim povodom, kao što je slučaj u Šekspirovoj drami *Henri V*:

*...Moj učeni lorde,
Izložite nam pravo, istinito,
Da li nam Salijski zakon, koji važi
U Francuskoj, oduzima pravo
Na Francusku il' ne. I ne dao Bog,
Da tumačenje izokreneš, menjaš
Činjenice i da sofistički
Znalačku dušu grešiš: da braniš i
Da dokazuješ da je pravo ono
Što nema pravu boju istine.*

(*Henri V*, I čin, scena II, knj. V, str. 315)

Sledeća važna Šekspirova tema odnosi se na karakter zakona koji su, strogo poštovani ili ne, pre nasilje i samovolja moćnika, nego pravda i milosrđe. Govoreći o toj strani prava sa očiglednom ironijom i gorčinom, Šekspir je ostavio nezaboravne misli, pretočene u aforizme. Evo, samo nekih:

*Suum cuique je naša rimska pravda.
Princ uzima zbilja ono što je njegovo.*

(*Tit Andronik*, I čin, scena I, knj. III, str. 268)

*Kraljevi su zemaljski bogovi;
U poroku je njina volja zakon*

(*Perikle*, I čin, scena I, knj. III, str. 670)

Uostalom, kada sila caruje:

...njegovo

Lično mnjenje bilo je njegov zakon;

(Henri VIII, IV čin, scena II, knj. IV, str. 327)

I sve dok tako bude, moći će da se kaže:

Zakoni, vaša uzda i vaš bič,

U surovoj moći nesmetano kradu.

(Timon Atinjanin, IV čin, scena III, knj. III, str. 539)

Ali, sa sve većim nasiljem i surovošću primenjivača zakona, raste i strah vladara od posledica.

Takvi zakoni su često nasilni:

Budite sigurni u tom što radite, kralju,

Da pravda vam se ne pokaže nasiljem...

(Zimska bajka, II čin, scena I, knj. II, str. 550)

Izigrano pravo i pogažena pravda rađaju beznađe i bedu, a ovi nezadovoljstvo i veliki gnev. Uostalom,

Gde je tu uopšte moglo biti veselo na svetu, kad su onom veselijem zelenašenju stavili katanac na vrata, a onom goreu dopustili i po naredbi zakona da sme da ima postavljenu bundu da bi ga grejala; i to postavljenu lisičijom, a i jagnjećom kožom, da se pokaže kako majstoriji u podvaljivanju i priliči, budući ona bogatija od bezazlenosti, da se iznima kindurenjem.

(Ravnom merom, III čin, scena II, knj. I, str. 338)

Nepravедnost takvih zakona osećaju i pojedinci koji zbog različitih razloga smetaju vlasti ili su se ogrešili o takve zakone. O tome Šekspir kaže:

...Vrlo je opasno to

što se taj čovek kreće slobodno.

Samo na njega strogost zakona

primeniti ne smemo: njega voli

bezglava rulja, koja razumom

ne zna da voli, nego očima;

a gde je tako, tamo se krivica

ne meri i ne ceni, već se ceni

stradanje koje krivca zadesi.

(Hamlet, IV čin, scena III, knj. IV, str. 614)

Ljudski zakoni, umesto da počivaju na sili, treba da budu nadahnuti pravdom, a njihova primena začinjena milosrđem kad god je to moguće. Ta velika univerzalna, ljudska i hrišćanska ideja o pravdi i milosrđu, predstavlja trajnu Šekspirovu preokupaciju.

U čemu se sastoji pravda? Evo šta Šekspir kaže o toj uzdanici i himeri ljudskog roda.

Priroda traži da se svakom da

Što je njegovo; ...

Kad želja prekrši taj zakon prirode,

Kad mu se protive veliki duhovi,

Popustljivost prema nesavesnoj volji,

Uvek je u sređenoj državi i zakon

Što obuzdava pomamne požude

Najneposlušnije i najnepokornije.

(Troil i Kresida, II čin, scena III, knj. III, str. 46)

Ali, za Šekspira je pravda i nešto više. Ona je oličenje lične ispravnosti. Zato samo onaj ko je ispravan može da bude pravedan. Samo je pravedan čovek istinit čovek. To je razlog zašto pravda i milosrđe u Šekspirovim dramama imaju prednost čak i nad najispravnijim pravom – koje, zato što je ispravno, ne mora da bude istinito, dok pravda i milosrđe bezpogovorno zahtevaju istinitost. Takav redosled: od puke sile i samovolje do ispravnog prava, i od ispravnog prava do istinitosti pravde i milosrđa, proizilazi iz prirodnog sleda stvari. U tom sledu, pravda i milosrđe, kao ogleдало božanskog u ljudskom, zauzimaju vrhovno mesto. Evo šta o tome Šekspir kaže:

Čisto srce je oklop najjači!

Ko pravedan se bori taj je triput

Zaštićen; dok je sasvim nag, pa makar

Sav ljutim gvožđem bio oklopljen,

Onaj kom' svest kalja nepravda.

(Henri V, drugi deo, III čin, scena II, knj. V, str. 597)

Da je pravda iznad prava, kazuje nam i ova Šekspirova misao:

Ne izvrši se uvek svako naređenje.

Dužnost je samo uraditi pravo.

(Simbelin, V čin, scena II, knj. IV, str. 171)

To potvrđuju i ovi Šekspirovi stihovi:

Ti, prirodo, si moja boginja, i tvom

Zakonu sam dužan služiti. Pa zašto

Biti pod kletvom običaja, dati

Da me savez sitan lišava prava mog?

(Kralj Lir, I čin, scena II, knj. IV, str. 171)

Ako je dužnost ispravno služiti prirodi čiji smo sastavni deo, „ljudski prah koji misli“, tada se njoj najbolje služi ličnom ispravnošću i stremljenjem ka ispunjenju vlastite ljudske misije. Život je privilegija. To svačiju misiju čini ljudski najdragocenijim ciljem. Taj cilj se može ispuniti samo ličnom ispravnošću i pridržavanjem prava zasnovanog na pravdi.

Ali, govoreći o pravdi, Šekspir govori o nepravdi, krivdi. Kada pravo ne sledi pravdu, jer je razobručeno, tada se ono preobličava u samovolju i nepravdu.

O tome Šekspir kaže:

*Pravda otkriven čin pod udar stavlja:
Što se tiče zakona, da l' lopov
Lopova sudi? Shvatljivo je posve
Da ćemo, biser našav, zastati
I podići ga, jer smo vid'li njega;
Što ne vidimo, pak, to zgazimo,
I nikom ništa.*

(Ravnom merom, II čin, scena I, knj. I, str. 304)

Takvom razmišljanju o pravdi pripadaju i Šekspirove misli u kojima su osećaji lične osujećenosti prikazani kroz koloplet likova dramskih junaka. Kroz njih Šekspir govori o svemu onom o čemu razmišljaju i pravednik, i zločinac. Evo jednog karakterističnog dvostiha:

*Samovoljno krčiti put, i krivdom
Tražiti pravdu, to ne može biti.
(Ričard II, II čin, scena III, knj. V, str. 47)*

To nikako ne može biti u normalnim društvima i vremenima. A kada nije tako, kada nema straha od kazne, a ni same kazne, tada svaka bitanga može slobodno i nekažnjeno da se iznima kindurenjem, jer:

*Kolo se pravde okrenulo tako
da postade samo žrtva doba svog.
(Ričard III, I čin, scena IV, knj. VI, str. 193)*

Da li takvu bolest društva pravda može da izleči? Na to pitanje Šekspir pruža smeo ali dosledan odgovor. Budući da zločincima na vlasti ili bliskim vlasti pravo ništa ne može, Šekspir zapaža:

*... Kad zakon ne može dati pravdu,
Onda je zakon da se ne sprečava zlo.
(Kralj Džon, III čin, scena I, knj. VI, str. 42)*

i predlaže:

*Al' takva je bolest našeg vremena,
Da za isceljenje i zdravlje našeg prava
moramo delati rukama nepravde.
(Kralj Džon, IV čin, scena II, knjiga VI, str. 75)*

I sve dok je tako, treba zaustaviti pravdu i odbaciti milosrđe prema onima koji u svojoj gramzivosti i ogrubelosti čestito ni ne znaju da oni postoje.

Navedene Šekspirove misli o pravdi govore o ljudskom prokletstvu i izopačenosti ljudske prirode koja dovodi do tuposti i oronulosti duše. Ali, do toga često dolazi i zbog straha od moći onih ponajmoćnijih. Jer, što je vlast veća, strašnija je njena upotreba, a još strašnija njena zloupotreba.

I dalje govoreći o pravdi, Šekspir na isto tako neponovljiv način govori o nepravdi, o kojoj kaže:

*...bez nepravde nanete mi
Nema jezika što kleti zna.*

(*Kralj Džon*, III čin, scena I, knj. VI, str. 42)

Do toga dolazi zbog toga što:

*Na ovom svetu, gde se stvari tok
kroz trulež kreće, može pozlaćena
ruka zločica u stranu da ćušne
zakon i pravdu, a i često biva
da se tom grešnom cenom zakon kupi.*

(*Hamlet*, III čin, scena III, knj. IV, str. 92)

O pravdi i krivdi mnogo toga može da se pronađe i u onim Šekspirovim mislima u kojima se pravda povezuje sa greškama učinjenim u ime moći ili zahteva koji ime pravde prevode u nepravdu.

*...O, vanredno to je
Imati snagu džina, al' k'o džin
Koristiti je, to je nasilništvo.*

(*Timon Atinjanin*, III čin, scena II, knj. I, str. 312)

Jer:

*Ako grešim neka me vaša milost ispravi,
Al' viđao sam kako žali sud
Presudu nakon izvršenja.*

(*Ravnom merom*, II čin, scena II, knj. I, str. 312)

Zbog toga Šekspir poručuje:

*...O, odustani,
nemoj smatrati svetim da zadaješ
patnju pravednošću; isto bi toliko
zakonito bilo da, u nameri
Da damo mnogo, silom otimamo
I iz milosrđa pljačke vršimo.*

(*Troil i Kresida*, V čin, scena III, knj. III, str. 112)

*Bestidan otkup i pomilovanje
Po dobroj volji nisu istog soja;
Zakonska milost nije prljavome
Otkupu rod nimalo.*

(*Ravnom merom*, II čin, scena II, knj. I, str. 312)

*...Milost je vrlina
Zakona, i niko, izuzev tirana,
Ne primenjuje ga nikad svirepo.*

(*Timon Atinjanin*, III čin, scena V, knj. III, str. 513)

Uviđajući da čak i milosrđe može da zakaže, ljudima ostaje da se uzdaju u providenje i božansku pravdu, koji stoje iznad zakona i zakonske pravde. O toj božanskoj pravdi Šekspir beleži:

*Kad nema pravde na zemlji ni u paklu
Molićemo nebo, ganuti bogove
Da nam boginju pošalje, da osveti
Naš jad.*

(*Tit Andronik*, IV čin, scena III, knj. III, str. 317)

A ljudima koji su se ogrešili ljudska i božanska pravila, Šekspir poručuje:

*Ti ljudi su osujetili zakon i izbegli kaznu sudova svoje zemlje, ali,
mada, mogu da umaknu ljudima, nemaju krila da odlete i da pobjegnu od Boga;*

(*Henri V*, IV čin, scena I, knj. V, str. 375–376)

I dalje se obraćajući takvim ljudima, Šekspir završava i poručuje im sledećim rečima:

*...Velika je
Krvica vaša pred Bogom i nama;
Primite kaznu zakonsku za grehe
Što smrt po božjem pismu donese.*

(*Henri VI*, drugi deo, II čin, scena III, knj. V, str. 568)

IV

ŠTA JOŠ MOŽE DA SE ZABELEŽI O VILIJAMU ŠEKSPIRU

Danas mnogi tzv. „anti-šekspirolozi“ osporavaju stvaralaštvo Vilijama Šekspira. U prilog svojim tvrdnjama, oni ističu njegovo veoma slabo obrazovanje, lična interesovanja koja su sasvim daleko od poezije kojom nas je darivao, život koji se ne bi uvek mogao smatrati uzornim čak ni po merilima elizabetanskog doba, pa čak i njegov testament u kome on kao autor uopšte ne pominje svoja književna dela. Oni navode imena barem tri ugledne ličnosti iz istog ili bliskog doba, na primer Francisa Bekona, Kristofera Marloa ili erla Sautempton, i njima – a ne Šekspiru – pripisuju dramska dela (uključujući tu i sonete). Verovatno je da pomenute tvrdnje pripadaju oduvek popularnom žanru teorije zavere, jer postoje pouzdani istorijski zapisi o postojanju i književnom delovanju Vilijama Šekspira. Na primer, Franses Mirs, vanredni ministar, 1598. godine objavljuje spis *Palladis Tamnia* i na str. 281 pominje komade koji se pripisuju Šekspiru. Istine radi, treba reći da postoje i praznine u Šekspirovom životu (naročito od 1585. do 1592. godine), kako je pomenuto, ali to ne bi trebalo da bude odlučujuće za takvo egzistencijalno osporavanje njegove ličnosti i

književnog dela. Možda je pravi odgovor taj: teško je podnositi činjenicu da je neko toliko nadmoćno darovitiji od drugih darovitih.

Kako god bilo, Vilijam Šekspir je postojao i stvarao dela neprolazne vrednosti, jer niko ne može da dokaže suprotno. Takođe, on nije bio pravnik ni po znanju ni po pozivu, iako je za vreme svog burnog života često bio sučeljen sa pravom i njegovim posledicama. Ali, da je bio genijalan gotovo u svakom pogledu kao mislilac i pisac, sasvim je očigledno. Kao takav, on nikako nije mogao da zanemari ono što nam je svima kao ljudskim bićima zajedničko. Ne treba da čudi što su u Šekspirovim dramskim delima pravo, pravda i milosrđe smešteni u sam centar dramskog zbivanja, iskazani kroz istinsko ljudsko doživljavanje sreće i nesreće, zlog i dobrog, jednakog i nejednakog, moćnog i nejakog, ljudskog i neljudskog: svega što život čini savršeno neponovljivim. Šekspirovo kazivanje čitaocu i danas verno dočarava Prometejski prolom čiji eho još nije zamro u ljudskim dušama. Treba zapamtiti njegove reči iz *Zimske bajke* (II čin, scena III, knj. II, str. 559): „Jeretik je onaj koji pravi vatru/ Ne onaj ko gori u njoj“.

Za Šekspira svako pravo može da postane nasilničko. Ali, samo ispravno pravo može da bude pravedno. Takvo pravedno pravo još je bolje kada se strogost pravde ublažava milosrđem koje predsedava čak i nad pravdom. Milosrđe je „otpuštanje strogosti pravde“. I zato svako, a naročito vladar, sudija ili tamničar, milosrđe treba da nosi u svom srcu i primenjuje ga kada god može. Milosrđe uzvisuju čoveka do božanskih visina. Ono je i nagrada zaslužena postojanom nadom u valjanost ljudskog roda. Ono je odistinska oznaka njegovom pripadništvu. Milosrđe je znamen Boga živoga u nama.

Pravo, pravda i milosrđe svakako nisu jedini izvori Šekspirovog nadahnutog kazivanja. U njegovim dramama se, isto tako, nalazi niz dragocenih zapažanja o sili, vladarima i narodnoj ljubavi ili mržnji prema njima, državnoj vlasti i korupciji državnih organa, izopačenosti tiranije, zakonima, običajima, sudskom postupku, izborima i zloupotrebi narodnih glasova, naslednom pravu vladara, moralnim nadzorima junaka u njegovim dramama itd. Naročito su opore njegove misli o sudijama, njihovim presudama, advokatima i tamničarima (o kojima kaže: „tamničar je čovek taj: /retko bude da oguglali ključar voli ljude“). Ali, sve što je Šekspir rekao o pomenutim temama svakako upotpunjava veličanstveno svedočenje o patnjama i uzdizanju ljudskog roda uprkos brojnim egzistencijalnim opasnostima. Ono što tome nije doprinosilo, iz sasvim razumljivih razloga ostalo je manje-više nerazrađeno u njegovim dramama. Pa ipak, nema nikakve sumnje da ono što je Šekspir izrekao o pravu, pravdi i milosrđu predstavlja neponovljiv umetnički iskaz, koji je odavno postao sastavni deo čitalačkih naraštaja. U svakom slučaju, svi mi i danas pažljivo treba da čitamo njegova dela, u kojima ćemo izuzev ličnog zadovoljstva, pronaći i ono zrnce istine koja će nas još više prizvati životu čiji smo svi važan deo.

Sudija Dragana Boljević,
predsednica Društva sudija Srbije

STRAH I PRAVDA U SUDNICAMA SRBIJE I EVROPE

Dilema sudije da li će ovladati svojim strahovima ili će ga oni savladati jeste luksuz koji sudija ne sme sebi da dozvoli. Kada sudi, on mora da ostavi po strani svoje strahove i svoje računice, jer odlučuje o pravu drugog čoveka. Ostaviti ili ne ostaviti po strani svoje računice jeste stvar odluke, morala, savesti, svesti i razuma svakog sudije, ali ostaviti ili ne ostaviti po strani svoje strahove nije samo, pa ni prvenstveno stvar ni sudijske odluke, ni njegovog morala, savesti, niti njegove svesti, razuma.

Zato garancije sudijske nezavisnosti (stalnost mandata, nepremestivost, imunitet, plata čiji iznos mora da bude u skladu s dostojanstvom sudijske funkcije i sudijskom odgovornošću te penzija približna iznosu poslednje plate kao garancija finansijske nezavisnosti sudije i sigurnosti njegove porodice) nisu samo dužnost države, ni samo pravo sudije. Garancije sudijske nezavisnosti prvenstveno su garancije prava građana da im sudi nezavisan i nepristrastan sudija, pravično, na osnovu Ustava, potvrđenog međunarodnog ugovora i zakona, na osnovu svoje slobodne sudijske procene i bez neprimerenih uticaja. Kao pravo građana, država je nezavisnost „poverila“ sudijama. To znači da je dužnost i države i sudija da uspostave i održavaju stanje u kojem će postojati poverenje javnosti u pravosuđe i uverenje u nezavisnost sudija. Zato je neophodno da i same sudije shvate i neguju svoju nezavisnost kao unutrašnje stanje sopstvenog duha.

Naravno, ovakva sudijska nezavisnost bi trebalo da postoji. To je ideal kome treba težiti. Kako Ivo Andrić kaže: „*Sve su Drine ovog sveta krive; nikad se neće one moći svekoliike ni potpuno ispraviti; nikad ne smemo prestati da ih ispravljamo.*“¹ Da je moguće dostići potpunu nezavisnost, da je moguće postići sistem u kome su sve sudije nepristrasne, ne bi se i u pravno najrazvijenijim zemljama povremeno razmatralo stanje u pravosuđu, niti bi postojali mehanizmi utvrđivanja i odstranjivanja sudijske pristrasnosti.

SRBIJA PRE REIZBORA

Srbija je do pre dve decenije imala sistem jedinstva vlasti u kome je među tehnički odeljenim vlastima zakonodavna, izvršna i sudska bile pravno-politički sjeedinjene u Skupštini, skupštinskom prevlašću, i to u jednopartijskom političkom

1 Ivo Andrić, *Znakovi pored puta*, Beograd, Prosveta, 1978, str. 45.

sistemu. U zapadnom svetu se takvo stanje kvalifikuje kao stanje diktature. Paradoksalno, i u takvom je stanju sudijska profesija – pored lekarske i oficirske – uvek bila jedna od tri najcenjenije profesije. To su u ono vreme pokazivala relevantna, pouzdana istraživanja javnog mnjenja.² Živelo se u višedecenijskom miru i stabilnosti, zakoni su bili kvalitetni, primenjivi i međusobno usaglašeni, a pažnja politike usmerena na određene, malobrojne krivične predmete u kojima se sudilo onima za koje se smatralo da dovode u pitanje ustavni poredak zemlje.

Tokom devedesetih godina XX veka, u vreme oružanih sukoba na području bivše SFRJ, u vreme kad se politika i dalje uplitala u sve društvene oblasti, kad se urušavao prethodni, a nije stvorio novi sistem vrednosti, u vreme enormne inflacije dinara i sveopšte pauperizacije, sudstvo je napustilo skoro 800 sudija, što je činilo trećinu ukupnog sudijskog kadra. Napuštena sudijska mesta nikada docnije nisu bila u potpunosti popunjena. Čak ni u periodu koalicione vlade Socijalističke partije Srbije i Srpske radikalne stranke, koja je trajala od 24.3.1998. do prelazne vlade posle 5. oktobra 2000, ukupno je izabrano tek 526 sudija, od kojih 483 sudija za sudove u Srbiji bez onih u Autonomnoj pokrajini Kosovo i Metohija. Praznina koja je nastala devedesetih bila je popunjavana neiskusnim i nedovoljno obučanim sudijama, a znatan broj sudija koji je ostao bio je demoralisan, opterećen na razne načine, zabrinut i zastrašen. Zato se i moglo desiti da neke sudije stave poslušnost ispred struke i donesu sporne odluke o prekrajanju rezultata lokalnih izbora 1996. Društvo sudija Srbije je upravo i nastalo zbog neslaganja s ovakvim i sličnim ponašanjima sudija i zbog nepristajanja na nedoličnu ulogu zahtevanu od sudija tim povodom. O tome će biti reči u nastavku.

PRAVOSUĐE U SRBIJI PRE REIZBORA

Od kraja 2000. do oktobra 2005. u Srbiji je izabrano više od dve trećine sudija: ili tako što su birani po prvi put, ili tako što su birani u sudove više instance, a sastav Vrhovnog suda izmenjen je za skoro 4/5, ili 80%.³ Pošto u Srbiji ne postoji sistem napredovanja sudija, sudije koje konkurišu u sudove više instance prijavljuju se za izbor kao da se biraju prvi put. Dakle, i sudije i tužioci prošli su mnoge „provere“ nakon 2000. godine, a izabrani su i mnogi novi. Jedino se pravosudni sistem nije menjao i imao je stalno iste, u ponekim aspektima i produbljenije probleme (pritisci na sudije, praćeni percepcijom odsustva nezavisnosti, dugo trajanje postupaka, broj predmeta koji se povećavao uprkos pojačanim naporima u rešavanju sve većeg broja predmeta⁴). Ako je nešto trebalo menjati, a trebalo je, onda je pre svega trebalo menjati pravosudni sistem, a pojedince u njemu – sudije i tužioce koji su se ogrešili o svoju profesiju – trebalo je menjati uvek, ali samo na osnovu pravila prihvaćenih u pravno civilizovanom svetu našeg doba.

2 V. Uglješa Zvekić, *Profesija sudija*, Beograd, Institut za sociološka i kriminološka istraživanja, 1985.

3 Posle toga, pune četiri godine, od oktobra 2005. do kraja 2009, iako su mnoga sudijska mesta ostajala neupražnjena, u Srbiji nije bio izabran nijedan sudija.

4 U periodu 2002/2008. broj sudija ostao je isti (ili manji), a ukupan broj predmeta u sudovima povećan je sa oko 1.552.000 na oko 2.396.000 (za oko 54%). Iako su u tom periodu sudije radile povećanim naporom, rešivši 46% više predmeta, neažurnost sudova se znatno povećala.

Uprkos tome što su nove vlasti na ovaj ili onaj način „proverile“ skoro kompletan sudijski kadar, političari su godinama posle oktobra 2000. vodili plansku i upornu kampanju protiv pravosuđa, optužujući ga za sve probleme u sistemu, javno izražavajući potrebu i nameru da „zamene“ sudije bilo lustracijom⁵ bilo reizborom – način im nije bio posebno bitan.⁶

PRISTUP POLITIČARA REFORMI PRAVOSUĐA

Iako se često pozivaju na njih, političari zanemaruju da međunarodni standardi nisu ništa drugo nego iskristalisana pravila logičnog i racionalnog ponašanja, nastala dugotrajnim demokratskom praksom, primenjiva u svakoj od država koje unapređuju svoje sudske sisteme. Takođe se zanemaruje da ti standardi nisu čudotvorni, pa da nije dovoljno da se prepisu na naš zakonski papir i da se automatski dobije pravna država. Svaka od država koja ih primenjuje mora da vodi računa o svojoj pravnoj i društvenoj tradiciji i svojim mogućnostima te da, imajući sve ovo u vidu, tumači i kreira svoja pravila „dobrog ponašanja“, da tako „stavlja u pogon“ međunarodne standarde i čini ih primenjivim i dolotvornim u svojoj sredini. Standardi se, uz to, moraju primenjivati sveukupno i sinhronizovano, a sve potrebne i moguće izmene moraju se razmotriti istovremeno i na celovit način. Zbog značaja i sveobuhvatnosti sistemskih promena, sva planirana rešenja zahtevaju pažljivo razmatranje kako njihove primenjivosti tako njihovih posledica, a stoga i preciznu, usaglašenu i transparentnu razradu. Na taj način se omogućava da se zakoni primene u predviđenom roku, bez kasnijih izmena i odlaganja, i da novoustanovljena rešenja zaista počnu da daju željene rezultate.

Reforma je uspešna kada se, dakle, omogući takav pravosudni sistem u kome sudstvo ima realne uslove za nezavisno sudovanje (vršenje sudske vlasti), koje je pretpostavka nepristrasnosti i pravičnog suđenja. Takvi uslovi se obezbeđuju ne samo kada se otklone spoljni politički uticaji izvršne i zakonodavne vlasti već i kada pravosudne vlasti obavljaju svoj posao tako da ne budu transmisija ostalih spoljnih društvenih uticaja na sudstvo, već brana od takvih uticaja. Svaka „prečica“ u ovom postupku može da obesmisli reformu, predstavlja njen privid, fasadu, i kad-tad dovede do „kvarenja“ dobrih namera i izostanka željenih ciljeva. Pogrešna i brzopleta rešenja lako i brzo prave štetu koja se kasnije decenijama otklanja.

5 *Lustracija* je kod starih Rimljana značila religiozno, ritualno čišćenje od greha (Ivan Klajn i Milan Šipka: „Veliki rečnik stranih reči i izraza“, Beograd, Prometej, 2006, str. 716 U savremeno doba ovaj izraz uveden je posle pada berlinskog zida i označava upravni ili sudski postupak koji omogućava da se otpusti državni službenik za kojeg je tokom postupka utvrđeno da je obavljajući svoju javnu funkciju u starom režimu kršio osnovna ljudska prava.

6 Dr Zoran Tomić, „*Sudije bez sudske zaštite*“, *Vreme*, br. 564 od 25. oktobra 2001, *Konferencija reforma pravosuđa*, Beograd, 27.10.2001, Centar za liberalno demokratske studije, http://www.clds.rs/newsite/aktivnosti_konf07_reformappravosudja.html, *Lustracija: Pravno savladavanje prošlosti*, B92 – Jutopija: 14.06.2002, http://www.b92.net/info/emisije/jutopija.php?mm=06&nav_id=30480&yyyy=2002, Dr Leposava Karamarković, intervju, *Nin*, br. 2723 od 6. marta 2003, Nebojša Šarkiće, *Heretik*, br. 2/2013, str. 41–44, Slobodan Vučetić, „*Opšti reizbor sudija*“, *Blic*, 17.11.2006.

Umesto da se reformi pravosudnog sistema pristupilo onako kako upućuju instrumenti Saveta Evrope i zdrava logika, za sve sistemске probleme u sudstvu i u pravosuđu uopšte optužene su prvenstveno sudije. Ministarstvo pravde, kome su zdušno pomagali političari, mediji, pa čak i određeni dobro pozicionirani tužioci, vodilo je strateški pripremanu višegodišnju kampanju kojom se među građanima širila percepcija o korumpiranosti pravosuđa.⁷ Ministarstva pravde su svoje argumente za „pripremu“ opšteg reizbora sudija i tužilaca prilagođavala onima kojima su se obraćala (međunarodnim institucijama, zvaničnicima s kojima su imala individualne kontakte, domaćoj javnosti), zatim, tipu komunikacije (formalna ili neformalna) ili, prosto, trenutku.⁸ Neke od ovih argumenata domaća javnost, uključujući čak sudije, saznala je znatno kasnije, ponekad tek posle nekoliko godina. Kao razloge za sopstveno „trebljenje žita od kukolja“ ministarstva su navodila sve čega su se dosetila samo da bi izvršna vlast stavila pravosuđe pod svoju punu kontrolu, na primer, da je pravovremena lustracija izostala zbog potrebe diskontinuiteta s prethodnim „totalitarnim“ režimom u kome je izbor sudija „kulminirao“ partijskim kvotama za vreme koalicione vlade 1998–2000, da je javnost uverena u raširenu korumpiranost sudija i tužilaca, da sudski postupci dugo traju, da brojni krivični postupci zastarevaju, da je kaznena politika blaga,⁹ da su naponi sudstva za suzbijanje korupcije slabi, da je broj sudova veliki, da je potrebno racionalizovati pravosudni sistem smanjenjem broja sudija, sudova i uspostavljanjem nove mreže sudova i tužilaštava uz ravnomernije opterećenje sudova i sudija i olakšani pristup građana pravdi. Tako je stvorena atmosfera koja je političarima dala odrešene ruke za reizbor svih sudija bez obzira na nepostojanje pravnog osnova za to.

USTAV IZ 1990 – USTAV DISKONTINUITETA

Donošenjem Ustava¹⁰ 1990. Srbija je raskinula sa socijalističkim uređenjem, što je bilo očigledno i iz novog imena države: umesto Socijalistička Republika Srbija, od 1990. zvanično ime države je Republika Srbija. Taj ustav je izjednačio sve oblike

7 Vladan Batić, intervju, *Vreme*, br. 593, 16. maj 2002, Zoran Stojković, *Vreme*, 3. januara 2007, Snežana Malović, intervju, *Pravda u tranziciji*, broj 12, Slobodan Homen, intervju, *Standard*, 29. maja 2009.

8 Evropska komisija za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija): Mišljenje CDL-AD(2007)004 broj 405/2006 od 19. marta 2007. o Ustavu Srbije, paragraf 72, Mišljenje CDL-AD(2008)007 broj 464/2007 od 19. marta 2008. o nacrtima zakona o sudijama i o uređenju sudova Republike Srbije, paragraf 126, Mišljenje CDL-AD(2009)023 broj 528/2009 od 15. juna 2009. o Nacrtu kriterijuma i merila za izbor sudija i predsednika sudova, paragraf 6, pismo Evropskog komesara za proširenje Olija Rena D(2009)30 od 5 februara 2009. ministarki pravde Snežani Malović, Izveštaj Generalnog direktorata za ljudska prava i pravna pitanja (DG-HL) Generalnog sekretarijata Saveta Evrope po okončanju projekta „Podrška reformi pravosuđa u Srbiji u svetlu standarda Saveta Evrope“ od 19. avgusta 2010, str. 10.

9 Snežana Malović, tadašnja ministarka pravde, često je potkrepljivala tezu da je reizbor potreban primerom da je Vrhovni sud Srbije ublažio na 6 godina kaznu Ljubi Vučkoviću, nekadašnjem sudiji Vrhovnog suda Srbije, osuđenom na 8 godina zatvora zbog primanja mita. Ministarka je očigledno zaboravila, ili nije znala više stvari: ne samo to da je sudija Vrhovnog suda koji je bio izvestilac u tom predmetu i koji je uradio tu odluku reizabran u Vrhovni kasacioni sud već i to da sudija ne može biti razrešen zbog mišljenja datog u presudi.

10 Ustav Republike Srbije, Službeni glasnik RS, broj 1/90.

svojine, uveo stranački pluralizam, sistem podele vlasti i trajnost sudijske funkcije do završetka radnog veka – umesto dotadašnjeg osmogodišnjeg sudijskog mandata. Saglasno tom Ustavu, sve sudije je 1992. ili kasnije republička skupština izabrala na *stalnu* sudijsku dužnost. Ustav iz 1990. bio je, dakle, klasičan ustav *diskontinuiteta*. U to vreme su *sve dotadašnje sudije* izabrane na stalnu sudijsku dužnost gotovo bez ikakve značajnije društvene tenzije povodom tog izbora, a kvalitet deljenja pravde bio je na daleko višem nivou nego danas. Tek od pre nekoliko godina počeo se iznositi stav da je tadašnji predsednik Slobodan Milošević tim reizborom „obezbedio“ da „njegove“ sudije postanu „doživotno“ sudije.¹¹ O netačnosti odnosno neosnovanosti tog stava svedoči nastanak Društva sudija Srbije.

INTEGRITET SUDIJA I NASTANAK DRUŠTVA SUDIJA SRBIJE

Strukovno udruženje sudija – Društvo sudija Srbije, koje sada ima nešto više od 1000 članova, nastalo je kao izraz nepristajanja dela sudija na očekivanja režima vladajućeg u poslednjoj deceniji XX veka da sudije u Srbiji budu izvršioci režimske volje prilikom donošenja sudskih odluka kojima su legalizovane izborne krađe na lokalnim izborima 1996. Određeni broj sudija pak bio je pristao na to. One sudije koje su odlučile da ne pristanu na nedoličnu režimsku instrumentalizaciju u sporovima povodom prekrajanja rezultata lokalnih izbora iz 1996. pokazale su da u Srbiji ima sudija koje su svesne svoje odgovornosti, koje poštuju svoju struku i namerne su da očuvaju njen ugled. Pod sloganom „ne pristajem“, oko 600 sudija, koji su činili *četvrtinu* ukupnog sudijskog kadra, osnovalo je svoje udruženje 26. aprila 1997.

Suprotno shvatanju političara, kod sudija nije postojala namera političkog delovanja. Namera je bila i ostala da se javno osudi i prekine svako mešanje politike u donošenje sudskih odluka i da se ustraje u zahtevu za sudsku nezavisnost i za poštovanje principa podele vlasti. Istovremeno, postojala je i potreba da sudije u Srbiji dobiju strukovno udruženje koje nije sindikalnog tipa, već strukovno udruženje u kome bi se sudije borile za ostvarenje nesindikálnih interesa u svojoj struci, koji su istovremeno i strateški interesi svakog modernog demokratskog društva. Odatle su proizašli i ciljevi Društva: izgradnja pravne države i vladavine prava, uspostavljanje nezavisnog i samostalnog sudstva, afirmacija prava kao struke i nauke, podizanje ugleda i materijalnog položaja sudija i unapređenje propisa o organizaciji i radu sudova.¹²

Zbog zalaganja za ove ciljeve, Društvo sudija, a posebno njegovi najistaknutiji članovi, našli su se na meti tadašnje vlasti, pa je period od osnivanja do 2000. godine predstavljao zapravo borbu za ostvarenje ustavnog prava sudija kao građana na strukovno udruživanje. Društvu sudija je uskraćivano pravo da se formalno regi-

11 Slobodan Ikonić, „*Sudije na proveri*“, NIN, broj 2637 od 12. jula 2001, Izjava Vuka Draškovića dnevnom listu *Danas*, 24.9.2012, članak „*Izbor vršilaca pravde izazvao brojne i burne reakcije*“, autor Momčilo Veljković, Čedomir Jovanović, intervju za Tanjug, 18.8.2010.

12 Odredba člana 2 Statuta Društva sudija Srbije.

struje, a njegovi članovi bili su izloženi pritiscima i progonu koji je kulminirao 1999. godine, kada je nezakonito razrešeno troje sudija: Zoran Ivošević, Slobodan Vučetić i Božo Prelević, i 2000. godine, kada je nezakonito razrešeno više desetina najuglednijih sudija samo zato što su bili članovi Društva sudija. Upravni odbor Društva sudija ostao je bez većine svojih članova, a rad Društva je zamro. Društvo sudija obnovilo je rad 7. aprila 2001, a formalni status dobilo je tek jula 2001.

Nastanak Društva sudija Srbije jasan je pokazatelj da je u sudstvu Srbije postojalo zdravo jezgro profesionalnih sudija sa integritetom. Ovakav primer „borbe“ sudija za svoje strukovno udruženje jedinstven je među društvima „u tranziciji“, jer su u ostalim istočno-evropskim državama organizovanje sudija omogućile nove vlasti nakon demokratskih promena.

USTAV IZ 2006 – USTAV KONTINUITETA

Ustav¹³ iz 2006. je, naprotiv, ustav *kontinuiteta*. Donet je u proceduri koju za promenu ustava zahteva Ustav iz 1990 (da akt o promeni Ustava bude usvojen dvo-trećinskom većinom u Skupštini i potvrđen na referendumu natpolovičnom većinom ukupnog broja birača), dakle, u skladu s prethodnim Ustavom.¹⁴ Kontinuitet se posebno odnosi na pravosuđe. I po novom Ustavu mandat sudija ostao je neograničen do penzionisanja. Telo pravosudne uprave zajedničko sudijama i javnim tužiocima, Visoki savet pravosuđa, koje je bilo ustanovljeno Zakonom o Visokom savetu pravosuđa iz 2001, „podignuto“ je na ustavni nivo, iako razdvojeno u dva tela: Visoki savet sudstva – za sudije (članovi 153–155) i Državno veće tužilaca (članovi 164 i 165 Ustava) – za javne tužioce i zamenike javnih tužilaca (u daljem tekstu: tužioci).

VISOKI SAVET SUDSTVA – ORGAN PRAVOSUDNE UPRAVE

Visoki savet sudstva (u daljem tekstu: VSS) definisan je Ustavom iz 2006. kao nezavisan i samostalan organ koji obezbeđuje i garantuje nezavisnost i samostalnost sudova i sudija. On ima 11 članova i u njegov sastav ulaze: predsednik Vrhovnog kasacionog suda, ministar nadležan za pravosuđe i predsednik nadležnog odbora Narodne skupštine, kao članovi po položaju, i osam izbornih članova koje bira Narodna skupština u skladu sa zakonom. Izborne članove čine šest sudija sa stalnom sudijskom funkcijom, od kojih je jedan s teritorije autonomnih pokrajina, i dva ugledna i istaknuta pravnika s najmanje 15 godina iskustva u struci, od kojih je jedan advokat, a drugi profesor pravnog fakulteta. Državno veće tužilaca (u daljem tekstu: DVT) ima isti broj članova i sličnu strukturu i ulogu. Osim ministra nadležnog za pravosuđe i predsednika nadležnog odbora Narodne skupštine, član po položaju je Republički tužilac, a od osam izbornih članova, osim advokata i pro-

13 Ustav Republike Srbije, Službeni glasnik RS, br. 98/2006.

14 Način promene Ustava propisan je odredbama članova od 132 do 134 Ustava RS iz 1990.

fesora, šest su zamenici javnih tužilaca. U veoma široku nadležnost Visokog saveta sudstva spada, između ostalog, da bira i razrešava sudije na stalnu sudijsku funkciju, predlaže Narodnoj skupštini kandidate za izbor sudija na prvi trogodišnji mandat, kandidate za izbor predsednika Vrhovnog kasacionog suda i predsednike sudova, učestvuje u postupku za prestanak funkcije predsednika Vrhovnog kasacionog suda i predsednike sudova i vrši i druge brojne poslove određene članom 13 Zakona o Visokom savetu sudstva.

Sudski saveti, kao tela sudske samouprave, nisu neophodnost koja se zahteva opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, niti postoje u onim evropskim državama u kojima su duboko ukorenjeni principi podele vlasti i nezavisnosti sudstva odnosno pravne države. Samim svojim postojanjem sudski saveti ne mogu da osiguraju suštinsku nezavisnost sudstva. Ipak, njihovo postojanje je korisno za približavanje principu pravne države, posebno u državama koje su se donedavno nalazile ili se još uvek nalaze u stanju velikih društvenih previranja.¹⁵ U pravnim sistemima evropskih država koje su do devedesetih godina XX veka imale komunističke društvene sisteme, sudski saveti su pravilo, s retkim izuzecima (Češka). Pravno institucionalizovanje sudskog saveta vremenski skraćuje „put“ ka pravnoj državi, jer čini pravno vidljivim i opravdanim postojanje konkretnih mehanizama kojima se omogućava sprečavanje uticanja zakonodavne i izvršne grane vlasti na sudsku i razvija neophodna društvena svest o potrebi podele vlasti i nezavisnosti sudstva, svest koja je društvena potpora i stvarna, faktička, garancija nezavisnosti sudstva. Iskustva država u kojima sudski saveti postoje više decenija (Francuska, Italija, Španija, Portugalija) iskristalisala su dobra rešenja, koja su pretočena u evropske standarde, primenjive u svakoj od država koje ustanovljavaju ili unapređuju sudske savete u skladu sa svojom tradicijom i mogućnostima.¹⁶ Nažalost, sudski saveti u državama u kojima su odskora uspostavljeni nisu uspeali da ispune svoju funkciju zaštite sudijske nezavisnosti i dobrog upravljanja pravosudnim sistemom.

15 Međunarodni standardi o nezavisnom telu sudske uprave sadržani su, između ostalog, u Preporuci br. R(2010) 12 Komiteta ministara Saveta Evrope državama članicama o nezavisnosti, efikasnosti i ulozi sudija, Evropskoj povelji o zakonu za sudije, Magni karti sudija i Mišljenjima Konsultativnog veća evropskih sudija Saveta Evrope broj 1 o nezavisnosti pravosuđa i nepremestivosti sudija i, posebno, broj 10 o sudskim savetima.

Mišljenje broj 1 Konsultativnog veća evropskih sudija <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CJJE%282001%29OP1&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3>: „45. Čak u pravnim sistemima u kojima se dobri standardi poštuju snagom tradicije i neformalne samodiscipline širi se poslednjih godina sve više, kao rezultat istraživačkog rada slobodnih medija, svest o postojanju potrebe objektivnijih i formalnijih oblika zaštite. U drugim državama, naročito onim koje su nekada bile komunističke, ta potreba je urgentna. Konsultativno veće smatra da Evropska povelja – u delu u kome preporučuje intervenciju (u smislu dovoljno širokom da uključuje mišljenje, preporuku, predlog, kao i samu odluku) nezavisnog tela u kome postoji velika zastupljenost sudija koje su na demokratski način izabrale druge sudije – pokazuje opšti pravac s kojim se Konsultativno veće slaže. Ovo je važno naročito za države koje nemaju uvržene i demokratski potvrđene sisteme.“

16 V. više o tome: Dragana Boljević, *O Visokom savetu sudstva*, „Paragraf net“, 2009.

PRIPREMA REIZBORA

Sam Ustav iz 2006. ne propisuje ni ponovni izbor dotadašnjih sudija i tužilaca čija je funkcija stalna (a ne reizborna još od Ustava iz 1990), niti propisuje lustraciju sudija i tužilaca. Stoga je Društvo sudija Srbije podnelo inicijativu Ustavnom sudu Srbije da oceni ustavnost „reizbora“.¹⁷

Ustavni zakon za sprovođenje Ustava RS¹⁸ govori o izboru članova VSS, sudija i predsednika sudova (član 7) i članova DVT, javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca (član 8), ali su ti izbori sudija i tužilaca mogli ispravno da se protumače i shvate jedino kao izbori radi popunjavanja upražnjenih sudijskih i tužilačkih mesta i kao izbori sudija na probni trogodišnji period, što se posebno odnosilo na izbor oko šest stotina sudija dotadašnjih sudija za prekršaje u novoustanovljene prekršajne sudove koji postaju deo sudskog sistema.¹⁹

„Stalna sudijska funkcija ne može se prekidati posle promene Ustava, a ponovni izbor pravdati analogijom sa izborima za organe zakonodavne i izvršne vlasti, odnosno sa potrebom za proverom izborne volje građana, iz koje zakonodavna i izvršna vlast crpe svoj legitimitet. Nosiocima ove dve grane vlasti, za razliku od sudija, Ustav ne garantuje stalnost funkcije i te se dve vlasti konstituišu po političkim merilima, bez posebnih zahteva da njeni predstavnici imaju određena svojstva, osim istovetnost političkih uverenja sa građanima. Za razliku od te dve grane vlasti, sudska vlast zasniva se na strogim profesionalnim kriterijumima, prvenstveno na stručnosti, koju su vlasna da procenjuju samo zakonom određena stručna tela, na osnovu zakonom propisanih razloga, u zakonom propisanim postupcima, za svakog sudiju pojedinačno – a ne ni građani, ni njihovi politički predstavnici, pošto oni za to nemaju stručna znanja.“²⁰

I običan zdrav razum (a kamoli pravo stručno pravno znanje) upućivao je na to da se reizbor u Srbiji 2009. ne može opravdavati praveći paralele s reizborom u

17 Inicijativu Društva sudija od 2. marta 2009. za ocenu ustavnosti „reizbora“ Ustavni sud je odbacio rešenjem od 9. jula 2009. Predloge s istom sadržinom koje su krajem 2009. podneli Okružni sudovi iz Prokuplja, Leskovca i Šapca, Opštinski sud u Kuršumliji i grupa od 30 poslanika u Narodnoj Skupštini, a koji su sadržali i predlog za ocenu ustavnosti Ustavnog zakona, Ustavni sud je odbio i odbacio odlukom od 14. jula 2011 (Odluka US I Uz broj 357/2009 od 14. 7. 2011, „Službeni glasnik RS“, br. 80/2011 od 28. 10. 2011).

18 Ustavni zakon za sprovođenje Ustava RS, „Službeni glasnik RS“, br. 98/2006.

19 Prilikom ratifikovanja Evropske konvencije, jedna od pet rezervi koje je stavila Državna zajednica Srbija i Crna Gora odnosila se na sudije za prekršaje. Iako su bili deo državne uprave, sudije za prekršaje bile su ovlašćene da izriču kazne zatvora u trajanju do 60 dana. Pošto nisu bile birane kao sudije, niti su imale status sudija i garancije sudske nezavisnosti, postupak pred sudijama za prekršaje nije zadovoljavao garancije pravičnog postupka u smislu odredbe člana 6 Evropske konvencije. Ovo pitanje moglo se rešiti ili tako što bi se prekršaji za koje je bilo moguće izreći zatvorsku kaznu „prebacili“ u nadležnost krivičnog sudstva, ili tako što bi se sudije za prekršaje integrisale u sudski sistem. Srbija se opredelila za drugo rešenje.

Sudije za prekršaje bile su oni koji su zaista u tzv. opštem izboru bile izabrane za sudije, i to na Ustavom iz 2006 ustanovljen probni, trogodišnji mandat. Samo za njih, i za one koji su izabrani za sudije, a da prethodno nisu bili sudije, to je zaista bio izbor.

20 Ratko Marković, *Reč u diskusiji za okruglim stolom „Pravosudni zakoni“ održanoj 8. novembra 2008. u organizaciji Društva sudija Srbije*, „Informator Društva sudija Srbije“, vanredni broj 2, 2009, str. 5–7.

socijalističkim državama posle pada berlinskog zida, kada je u tim državama došlo do društvenog i *ustavnog* diskontinuiteta i ustanovljavanja drugačijeg društveno-političkog sistema (u Poljskoj, Češkoj, Slovačkoj, Mađarskoj, Rumuniji, Bugarskoj, Istočnoj Nemačkoj). U tim državama sudije su do tada imale vremenski ograničeni mandat, a reizborom posle pada berlinskog zida dobile su stalni, vremenski neograničen sudijski mandat do penzije, pri čemu je broj nereizabраних sudija u tim državama bio zanemarljiv. Čak u Istočnoj Nemačkoj, koja je jedina sprovela pravu lustraciju, a ne reizbor, broj sudija koje nisu prošle lustraciju bio je tek nešto viši od 200, a sam postupak lustracije – inače brižljivo osmišljen i potpomognut iskustvom i angažmanom sudija iz nekadašnje Zapadne Nemačke i dobro razrađenim procedurama – trajao je godinama i omogućio da dve trećine sudija od onih koje su se prijavile da prođu kroz taj postupak – ostanu u sudstvu.

Nasuprot tome, sudije su u Srbiji dobile stalnost funkcije 1992, nakon usvajanja Ustava iz 1990, kojim je, uz prethodno započet postupak privatizacije, Srbija napustila socijalistički društveni sistem, izjednačila sve oblike svojine i uvela partijski pluralizam. Dakle, društveni i ustavni diskontinuitet u Srbiji učinio je, još početkom devedesetih godina XX veka, reizbor sudija ustavno i društveno opravdanim. Ustavni zakon za sprovođenje tog Ustava reizbor je pak učinio ustavnim, jasnim i izričitim, propisivanjem da sudijama koje ne budu reizabrane funkcija prestaje izborom drugih sudija.

Zbog toga nije bilo nikakvih opravdanja da se takav postupak ponavlja nakon donošenja Ustava iz 2006. Pravosudni zakoni iz 2008. „uveli“ su po prvi put u pravni sistem nekoliko važnih mehanizama: redovno vrednovanje rada sudija i tužilaca i s njim povezan sistem njihove kontinuirane obuke, kao i razrađen sistem disciplinske odgovornosti sudija i tužilaca. Takvi sistemi, pravilno razrađeni i primenjeni, sami po sebi predstavljaju sredstva koja su podobna da se otklone eventualni nedostaci stalnog sudijskog mandata (do penzionisanja), da se upravlja pravosudnim sistemom i da se poboljša kvalitet sudsko-tužilačkog kadra kako u pogledu stručnosti i osposobljenosti tako i u pogledu savesnog obavljanja pravosudne funkcije. Upravo na taj način razvijeni su pravosudni sistemi Portugalije i Španije. Nakon autoritarnih režima ove države su bez personalnih promena u pravosuđu izgradile i učinile funkcionalnim i respektabilnim svoje pravosudne sisteme, što neposredno pokazuje da se reforma pravosuđa sprovodi promenom sistema a ne ljudi.

REIZBOR

Takozvani „opšti izbor“ sudija i tužilaca izričito je propisan tek pravosudnim zakonima od 22. decembra 2008.²¹ Iako je ovaj postupak pravdan različitim razlozima u različitim prilikama s različitim sagovornicima, pa je u inostranstvu najčešće predstavljan kao lustracija, „opšti izbor“ nije bio lustracija.

21 Svi pravosudni zakoni: Zakon o sudijama, Zakon o uređenju sudova, Zakon o Visokom savetu sudstva, Zakon o javnom tužilaštvu, Zakon o Državnom veću tužilaca, Zakon o sedištim i područjima sudova i javnih tužilaštava objavljeni su u „Službenom glasniku RS“, broj 116/2008.

„Opšti izbor“ značio je prekid stalnosti sudijskog mandata prisiljavanjem svih dotadašnjih sudija da se prijave na konkurs za „opšti izbor“ jer bi im u suprotnom stalni mandat prestao na osnovu zakona, počev od 1. januara 2010 (odredba člana 101 Zakona o sudijama). „Opšti izbor“ za one dotadašnje sudije koje nisu bile ponovo izabrane bio je, zapravo, razrešenje, dok je za one koji su bili ponovno izabrani bio – reizbor. To konačno proizlazi i iz stava Ustavnog suda od 25. marta 2010. i odluka koje je Ustavni sud doneo u julu 2012. povodom žalbi nereizabranih sudija i tužilaca protiv odluka VSS i DVT u postupku revizije njihovih odluka i kojima je poništio sve te odluke VSS i DVT.

Reizbor sudija i tužilaca sproveli su Visoki savet sudstva i Državno veće tužilaca. Oba tela konstituisana su 6. aprila 2009. na sporan način²² i u nepotpunom sastavu.

I prve odluke koje su doneli VSS i DVT bile su sporne: smanjenje broja sudija bez pravnog osnova²³ i donošenje Poslovnika²⁴ kojim je ustanovljen *nejavan* rad ovih tela, koji je potom na osnovu tih Poslovnika i praktikovan tokom reizbora kao odlučivanje bez ikakve javnosti. Bila je isključena kako opšta, tako i stranačka javnost. U junu 2009. bilo je faktički nešto manje od 2380 sudija sa stalnom sudijskom funkcijom i oko 800 javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca. Broj sudija smanjen je za skoro trećinu. Kasnijim izmenama taj broj je povećavan.

22 Odredbe čl. 52 Zakona o VSS i 51 Zakona o DVT ustanovile su drugačiji postupak izbora samo za prvi sastav VSS i DVT, po kome je ranije postojeći Visoki savet pravosuđa predložio Narodnoj skupštini po jednog kandidata za svakog izbornog člana Saveta odnosno Veća iz reda sudija odnosno tužilaca, imajući u vidu predloge sednica svih sudova odnosno kolegijuma javnih tužilaštava. Taj drugačiji postupak, u kome nije bilo sudijskih odnosno tužilačkih izbora za kandidate za članove VSS i DVT čijim bi rezultatima Visoki savet pravosuđa bio „vezan“ prilikom dostavljanja predloga kandidata za članove VSS i DVT Narodnoj skupštini, bio je suprotan međunarodnom standardu da postupak izbora za pravosudni savet bude takav da kolege na demokratski način biraju svoje predstavnike u ovo telo, i to u postupku koji utvrdi sam Savet, a ne izvršna i zakonodavna vlast u proceduri predlaganja i usvajanja zakona.

23 Odluka o broju sudija u sudovima, „Službeni glasnik RS“, br. 43/2009 od 5. 6. 2009, menjana je već tokom postupka tzv. opšteg izbora u novembru 2009 („Službeni glasnik RS“, br. 91/2009) i nekoliko meseci posle uspostavljanja nove sudske mreže, početkom maja 2010 („Službeni glasnik RS“, br. 35/2010). Odluka o broju zamenika u javnim tužilaštvima, „Službeni glasnik RS“, br. 43/2009 od 5. 6. 2009, menjana je 14. 4. 2010 („Službeni glasnik RS“, br. 24/2010). Menjanje je u svakom od ovih slučajeva značilo povećavanje broja sudija i zamenika javnih tužilaca.

Prema važećim Okvirnim merilima za određivanje potrebnog broja sudija („Službeni glasnik RS“ broj 61/2006), potreban broj sudija određuje se prema zatečenom zaostatku predmeta u poslednjoj godini, prosečnom prilivu predmeta u poslednje dve godine i okvirnom broju rešenih predmeta, zavisno od materije u kojoj sudija radi (mesečna „norma“). VSS nije uopšte uzeo u obzir zaostali broj predmeta. Umesto „norme“ (očekivanog broja predmeta koje, zavisno od materije, sudije treba da reše mesečno), VSS imao je u vidu prosečan broj mesečno rešenih predmeta, koji je, inače, bio znatno viši od mesečne „norme“, pošto su u periodu 2002–2008. sudije rešavale više predmeta nego što je bila norma. Tako je broj sudija smanjen bez uzimanja u obzir, to jest poštovanja dva od tri propisana kriterijuma po kojima se određuje potreban broj sudija.

24 Poslovnik VSS, „Službeni glasnik RS“, br. 43/2009 od 5. 6. 2009. i Poslovnik o radu DVT, „Službeni glasnik RS“, br. 55/2009 od 21. 7. 2009.

REZULTATI REIZBORA

Odluka od 16. decembra 2009. o „opštem izboru“ jeste zapravo samo puki *spisak* od 1531 imena jedino onih *izabranih* sudija. Tih dana VSS predložio je Narodnoj skupštini za prvi izbor 875 kandidata za sudije, a Skupština je 29. decembra 2009. taj predlog usvojila i izabrala predložene kandidate.

Skoro 2500 odluka VSS (1531 o izboru i 837 o prestanku sudijske dužnosti) – suprotno članu 52 stav 4 Zakona o sudijama – doneto je *bez obrazloženja*. Od dotadašnjih sudija sa stalnim sudijskim mandatom 35%, to jest više od trećine ukupnog sudijskog korpusa *nije* izabrano, i to *bez* obrazloženja.

Što se tiče strukovnog udruženja sudija – Društva sudija Srbije, trećina članova Upravnog odbora nije izabrana, pojedini istaknuti članovi izabrani su u sudove nižeg ranga, a nije izabrana ni predsednica Društva sudija. Dan pre objavljivanja odluke o izboru sudija, Upravni odbor Društva sudija doneo je odluku da će svojim članovima smatrati i sudije koje ne budu izabrane, dok pitanje njihovog statusa ne bude rešeno pred nadležnim organima. To je strukovnom udruženju omogućilo da nastavi sa svojim aktivnostima u veoma teškim uslovima.

Četvrtina sudija u Srbiji izabrana u decembru 2009. prethodno nije imala nikakve veze sa sudskim sistemom. Ostalo je još nepopunjenih mesta (55 sudijskih i 44 tužilačkih). Upravo zbog preostalih nepopunjenih mesta, a odmah zatim i povećanja broja sudijskih i tužilačkih mesta, od početka su sasvim neuverljiva bila objašnjenja oba tela pravosudne samouprave da pojedine sudije i tužioci koji su ispunjavali sve kriterijume za izbor nisu bili reizabrani zbog nedovoljno mesta u sudovima i tužilaštvima za koje su konkurisali.

Skoro 840 sudija *saznalo* je da nisu izabrani tako što *nisu našli svoja imena na spisku izabranih* sudija objavljenom dana 17. decembra 2009.²⁵ U početku je javno govoreno da oni pravo na odluku i nemaju, pa da je neće ni dobiti.²⁶ Tek krajem januara 2010. dostavljena je nereizabranim sudijama *tzv. jedinstvena odluka* VSS od 25. decembra 2009, koja osim konstatacije o prestanku sudijske dužnosti 31. decembra 2009. za 837 dotadašnjih sudija čija su imena popisana na 15 strana izreke sadrži samo *uopšteno* obrazloženje, *istovetno za sve* dotadašnje a nereizabrane sudije. Dakle, najpre razrešene sudije nisu dobile *nikakvu* odluku, a onda su dobile odluku koja je bila identična za sve, zapravo odluku *bez obrazloženja*. Tokom 2010. nešto manje od 500 sudija dobilo je i *tzv. pojedinačne* odluke koje su u obrazloženju sadržale naknadno pribavljane i izmišljene podatke. *Svih tih 500 „pojedinačnih“* odluka nose *isti* datum – 14. jun 2010, pa je sve aspekte obavljanja sudijskog posla

25 Odluka o izboru na stalnu sudijsku funkciju (spisak objavljena je na elektronskoj stranici Visokog saveta sudstva: <http://www.vss.sud.rs/doc/akti/odluka-o-izboru-sudija-na-stalnu-funkciju-16-12-2009.pdf>)

26 Nata Mesarović, predsednica VSS je, posle objavljivanja odluke o reizboru sudija (17. decembra 2009), prvih desetak dana davala izjave da nereizabrane sudije neće dobiti odluku već da će moći da izjave ustavnu žalbu; pa tako i na sednici Narodne skupštine 23. decembra 2009. o čemu je izvestio Pres: <http://www.pressonline.rs/info/politika/93380/-završena-rasprava-o-sudijama-i-tužiocima.html>.

u dugogodišnjim radnim vekovima svakog od tih 500 sudija VSS tog 10. juna 2010. razmatrao i o njima odlučivao *po dvadesetak sekundi*.

Postupak (re)izbora sproveden je u *nerazumno kratkom* roku, za nešto više od tri meseca, odnosno za 5 minuta po kandidatu. Reizabran je mrtav sudija, desetak sudija reizabrano je na sudijske funkcije u po dva suda, a jedan sudija našao se i na spisku izabranih i na spisku neizabranih. Reizabrano je nekoliko sudija čije je razrešenje ranije bilo predloženo Narodnoj skupštini. Pretežan broj sudija čiji su supružnici advokati nije bio izabran. VSS je neovlašćeno koristio podatke o ličnosti sudija, između ostalog o bračnom statusu kandidata i zanimanju supružnika i podatke BIA i MUP. Javna usmena i pismena objašnjenja ministarke pravde da je reizbor bio nužan pošto je navodno veliki broj sudija bio izabran za vreme Vlade SPS i SRS jesu još jedan pokazatelj da su korišćeni tajni kriterijumi u radu VSS. Sudija nikako ne može biti razrešen zato što je izabran u političkim okolnostima koje deo javnosti smatra spornim.²⁷ Nijednom sudiji nije dato pravo učešća u postupku izbora, niti je ijedan sudija obavešten o postojanju bilo kakve sumnje u njegovu stručnost, dostojnost i sposobnost.

Za razliku od reizbora ranijih sudija, u postupku izbora sudija iz reda kandidata koji prethodno nisu bili sudije, VSS je imao obavezu da ih rangira prema već utvrđenim kriterijumima i merilima i da među njima, držeći se rang liste, izabere najbolje. Međutim, pokazalo se da VSS uopšte nije poštovao rang liste koje je sačinio jer je za prvi izbor predlagao Skupštini kandidate koji se nisu nalazili među prvima na rang listi i Skupština je te kandidate izabrala.²⁸ Štaviše, znatan broj novoiza-

27 Osnovna garancija sudske nezavisnosti jeste stalnost sudijske funkcije koja se ostvaruje trajnim mandatom (vremenski neograničenim do penzije). Upravo zato međunarodni standardi preporučuju da razlozi za prestanak sudijske funkcije budu restriktivni i propisani najvišim pravnim aktom države. Nažalost, za razliku od Ustava RS iz 1990. koji je izričito propisivao razloge za razrešenje sudije, važeći Ustav RS prepustio je zakonodavcu da propiše razloge za razrešenje. Sudija se razrešava samo u tri slučaja koji su propisani odredbom člana 62 Zakona o sudijama: kad je osuđen za krivično delo na bezuslovnu kaznu zatvora od najmanje šest meseci ili za kažnjivo delo koje ga čini nedostojnim sudijske funkcije, kad nestručno vrši funkciju, ili pak zbog učinjenog teškog disciplinskog prekršaja. Ne postoji, dakle, pravni osnov za razrešenje sudije zbog toga što je izabran u neko određeno vreme od određene političke vlasti.

Inače, pokazalo se da je navedeno objašnjenje ministarke pravde o neophodnosti reizbora zbog velikog broja sudija izabranih za vreme koalicione vlade SPS i SRS samo izgovor za reizbor, jer je ministarka zajedno s ostalima u VSS koji su smatrali da imaju moralno pravo – pa i voljebnu sposobnost da procene „pravovernost“ sudija – reizabrala 2009. apsolutnu većinu (52%) od 483 sudija koje su ranije bile izabrane u Srbiji (bez KiM) u periodu 1998–2000. Štaviše, u aprilu 2011. Narodna skupština izabrala je za stalni sastav VSS 6 članova VSS iz reda sudija od kojih je njih troje bilo izabrano na sudijsku funkciju (prvi put, ili u viši sud) upravo u navedenom periodu.

28 Od 192 sudije Prvog osnovnog suda u Beogradu, s rang liste od 246 mesta, od 25 izabranih, samo je jedan (osamnaesti) bio među prvih 25. Od ostalih 24 izabranih, čak njih 21 nalazili su se posle 50. mesta na rang listi, uključujući i one na 130, 132, 144, 168, 184 i 236 mestu. Za Drugi osnovni sud u Beogradu, koji ima 28 sudijskih mesta, s rang liste od 194 kandidata izabrano je 4, ali nije dan s prva 4 mesta (već s 88, 97 i 100. mesta).

Slična je situacija bila i u ostalim osnovnim sudovima. Primera radi, u Sremskoj Mitrovici, s rang liste od 41 mesta, od 10 izabranih sudija, samo je dvoje s prvih 10 (s drugog i 10.) mesta, a izabrani su kandidati s 26, 29, 33. i poslednjeg mesta. U Vranju je bila posebno neobična situacija. Postojala je rang lista sa samo 13 mesta, a izabrano je 17 sudija (i pri tome je ostalo još 5 nepopu-

branih sudija nije ni bio rangiran. Osim u oba osnovna suda u Beogradu, praktično nema osnovnog suda u Srbiji u kome nije izabran poneki sudija ili čak svi koji nisu bili na rang listi.²⁹

IZMENE PRAVOSUDNIH ZAKONA IZ 2010 – KRŠENJE PRINCIPA PRAVNE DRŽAVE

Zbog svih grubih povreda postupka i prava koji su učinili u svakoj radnji koju su preduzeli i u odluci koju su doneli prilikom reizbora, „ocenjujući“ rad VSS i DVT, sam zakonodavac je izmenom pravosudnih zakona iz decembra 2010. „naredio“ VSS i DVT da ponovo preispitaju svaku od više od 6.000 odluka iz 2009: o reizboru, nereizboru i prvom izboru sudija.³⁰

Ovi zakoni³¹ ne samo što potpuno izlaze iz okvira bilo kako shvaćene pravne države već su izraz čiste samovolje moćnika.

njenih mesta), od kojih je 7 izabranih van rang liste, a nisu izabrani drugorangirani i trećerangirani s liste. U Zrenjaninu s rang liste od 26 mesta nije izabran nijedan sudija, ali je izabran jedan jedini sudija van rang liste. U Valjevu je s rang liste od 29 mesta izabrano 4 sudije, ali nijedan od prvih četvoro, a izabrani su čak dvadesetdrugi, pretposlednji i poslednji. Od 43 novoizabranih sudija u Novom Sadu samo je njih 17 bilo među prvih 43 na rang listi, dok je njih čak 16 bilo rangirano ispod 50. mesta. U Osnovnom sudu u Pančevu od četvoro izabranih dvoje i nije bilo rangirano, dvoje je bilo na 23. i 27. mestu rang liste od 54 kandidata.

Slično je bilo i s izborom kandidata za prvi trogodišnji mandat u apelacionim sudovima. Najupečatljiviji primer je iz Beograda, gde je za prvi trogodišnji mandat izabrano dvoje kandidata s rang liste od 79: prvi kandidat i 75. kandidat. Konačno, u Upravni sud, koji je sud republičkog ranga, od 36 sudija, iz reda kandidata koji nikada nisu bili sudije, izabrano je 12 na probni period od 3 godine. S rang liste sudijskih pomoćnika od 31 kandidata, izabrani su kandidati s 15, 18, 19. i 21. mesta (prvi nije izabran), a s rang liste ostalih kandidata od 120 mesta, izabrani su kandidati s 4, 11, 22, 46, 61, 73, 92. i 98. mesta.

- 29 Primera radi, van rang lista kandidata izabranih je bilo: u Paraćinu dvoje od 5, u Prokuplju 4 od 10, u Nišu 10 od 25 (40% u svakom od tih sudova), u Kragujevcu 10 od 24 (42%), u Novom Pazaru 3 od 7 (43%).

U nekim sudovima nijedan izabrani nije bio kandidat s rang liste, na primer u Kruševcu, gde nijedan od 6 izabranih nije bio na rang listi, dok su u Zrenjaninu i Subotici izabrani po jedan, u Boru dva kandidata izvan rang liste.

- 30 Zanimljivo je da su i ti pravosudni zakoni iz 2010, kao i ostale strateške pravosudne mere, bili doneti u vreme božićnih praznika, po treći put zaredom u periodu od tri godine, računajući na smanjenu prisutnost predstavnika EU u to vreme (krajem decembra) i na efekat „svršenog čina“ (po Novoj godini, kada se oni vrate). Tako je set pravosudnih zakona usvojen je 22. decembra 2008, rezultati reizbora sudija objavljeni su 17. decembra 2009, a izmene pravosudnih zakona su po hitnom postupku podnete Skupštini 21. decembra 2010. popodne i uvrštene u skupštinsku raspravu sutradan, 22. decembra 2010, a usvojene 29. decembra 2010.

Ministrastvo pravde, kao predlagač zakona, javno se pozvalo, i to i napisalo u obrazloženju predloga izmena Zakona, da su zakoni „u potpunosti rađeni u saradnji sa predstavnicima Evropske komisije i Venecijanske komisije Saveta Evrope, koji su o njima dali pozitivno mišljenje“. Iako nijedna od ovih međunarodnih organizacija nije dala nikakvo formalno, a posebno ne „pozitivno“ mišljenje o tim predlozima zakona, ispostavilo se kasnije da su one zaista faktički upalile „zeleno svetlo“ za prolazak tih predloga.

- 31 Izmenama zakona iz decembra 2010. konsolidovani su rezultati sprovedenog reizbora zbog kojih je i uvedeno preispitivanje svih odluka prvog sastava VSS i DVT (revizija).

Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o sudijama³² ustavna žalba i žalba Ustavnom sudu *retroaktivno* su „*proglašene*“ novoustanovljenim pravnim lekom „*prigovorom*“, a *okončani* su *ex lege*, po samom zakonu, već započeti postupci pred Ustavnim sudom po ranije izjavljenim pravnim lekovima garantovanim Ustavom i *spisi* su iz Ustavnog suda *dostavljeni* Visokom savetu sudstva i Državnom veću tužilaca na dalju nadležnost, dakle, istim Visokom savetu sudstva i Državnom veću tužilaca protiv čijih su odluka sudije, koristeći svoje ustavno pravo, izjavile ustavne žalbe i žalbe Ustavnom sudu.

Propisano je da će se odluke VSS i DVT o prestanku sudijske funkcije smatrati *pravosnažnim* pre sudske kontrole čim se donesu kao odluke VSS i DVT o „*prigovoru*“. Time je Ustavom propisani pravni lek – žalba „*pretvoren*“ u *vanredni* pravni lek i *povređeno pravo* na efektivan pravni lek. Stupanje na snagu Zakona o izmenama i dopunama Zakona o sudijama propisano je – suprotno Ustavu – već *za naredni dan po objavljivanju* uz neutemeljeno objašnjenje da je za ubrzavanje evropskih integracija neophodno da se taj rok skрати za sedam dana.³³

Ovim zakonskim rešenjima onemogućeno je i pravo glasa (aktivno i pasivno) nereizabranim sudijama (njih preko 800) i tužiocima (oko 200) o čijem statusu još nije doneta pravosnažna odluka na izborima za novi stalni sastav VSS i DVT koji su održani u martu 2011. i predložen je način izbora koji ne može dati legitimitet iz temelja poljuljanom ugledu ovih tela.

U vezi s izmenama pravosudnih zakona od 29. decembra 2010. pedesetak eminentnih pravnih stručnjaka potpisalo je Apel stručne političkoj i opštoj javnosti.³⁴ Među potpisnicima, pored uglednih pravnih stručnjaka, advokata, profesora prava, značajan je broj profesora ustavnog prava i teoretičara države i prava. Zanimljivo je da su se oko ovog apela okupili stručnjaci različitih životnih dobi, vrsta školovanja i političke orijentacije, kojima je zajednički imenitelj – pravna struka. A u pogledu stručnih zaključaka su ti tako različiti ljudi svi bili saglasni u konstatacijama o loše

Budući da je Ustavni sud u julu 2012. poništio sve odluke VSS i DVT kojima su ta tela odbila „*prigovore*“ protiv odluka prvog sastava VSS i DVT o prestanku sudijske dužnosti sudijama i pošto je konstatovao da sudijama nije prekinuta stalnost sudijske funkcije, pa je naložio njihovu reintegraciju u sudski sistem, postalo je jasno da je tim sudijama neustavno onemogućeno da se kandiduju ili da biraju svoje predstavnike na sudskim izborima 2011. i da je status tada izabranih članova VSS i DVT iz reda sudija nelegalan. Ustavni sud je, međutim, 25. decembra 2012. odbacio ustavne žalbe ranije nereizabranih sudija koje su oni podneli zbog povrede svog sudijskog biračkog prava nakon što su dobili odluke Ustavnog suda iz jula te godine.

32 Zakon o sudijama, „Službeni glasnik RS“, broj 101/2010.

33 Predlog izmena Zakona o izmenama i dopunama Zakona o sudijama.

34 Apel su potpisali: Danilo Basta, Ratko Marković, Momčilo Grubač, Slobodan Beljanski, Vida Čok, Kosta Čavoški, Marijana Pajvančić, Lidija Basta Flajner, Đuro Kovačević, Mirko Vasiljević, Vladimir Vodinelić, Jovan Čirić, Vesna Rakić-Vodinelić, Svetislav Taboroši, Jovica Trkulja, Oliver Antić, Marko Pavlović, Zoran Ponjavić, Dušica Palačković, Branislav Simonović, Radovan Vukadinović, Zoran Ivošević, Radmila Vasić, Dragica Vujadinović, Jasminka Hasanbegović, Mirjana Stefanovski, Aleksandra Jovanović, Ljiljana Radulović, Vladimir Čolović, Irena Pejić, Miodrag Jovanović, Nebojša Šarkić, Saša Bovan, Dejan Đurđević, Vladan Petrov, Violeta Beširević, Marko Đurđević, Monika Milošević, Dejan Šuput, Marija Karanikić Mirić, Tanasije Marinković, Đorđe Sibinović, Aleksandar Simić, Svetlana Mirčov, Dragan Pavić, Milena Đorđević, Goran Petrović, Ana Knežević-Bojović, Uroš Novaković.

sprovedenim reformskim merama u pravosuđu i još lošije zacrtanom putu njihovih popravki.

Čak je Vrhovni kasacioni sud javno izrazio ozbiljnu zabrinutost izmenama seta pravosudnih zakona, koje je Narodna skupština donela bez prethodnog upoznavanja i izjašnjavanja stručne javnosti, jer se njima uvodi retroaktivnost i narušava ustavno načelo stalnosti sudijske funkcije.

Konačno, ukazujući na neustavnost novousvojenih pravosudnih zakona, Društvo sudija Srbije obratilo se Ustavnom sudu 6. januara 2010. s prvenstvenim predlogom da Ustavni sud meritorno odluči o ustavnosti prekida stalnosti sudijske funkcije. Inače, o ranije pomenutim predlozima iz decembra 2009. više sudova i grupe poslanika koji su svi bili ovlašćeni predlagači za ispitivanje neustavnosti prekida stalnosti sudijske funkcije Ustavni sud je odlučio tek 14. jula 2011, i to tako što ih je odbacio.³⁵ Za slučaj da Ustavni sud i dalje nije spreman da odluči o predlozima iz decembra 2009, Društvo sudija je predložilo da Ustavni sud nastavi s odlučivanjem po ustavnim žalbama i žalbama nereizabраних sudija po kojima je postupak već započeo i da sam pokrene postupak za ocenu ustavnosti spornih odredaba novousvojenih pravosudnih zakona, na osnovu člana 168 Ustava Republike Srbije. Ubrzo zatim Društvo sudija i nekoliko pojedinačnih sudija podnelo je inicijativu za ocenu ustavnosti novousvojenih zakona, koje je Ustavni sud ili odbacio ili po njima obustavio postupak.³⁶

Jedinstveni stav stručne javnosti u oceni da je novousvojenim zakonima grubo i višestruko povređen Ustav Republike Srbije nije „ubedio“ ni Ustavni sud ni evropske institucije, koji su time podržale tadašnje vlasti u tako koncipiranom sprovođenju postupka preispitivanja odluka prvog sastava VSS i DVT (to jest u tako koncipiranoj reviziji reizbora). Naknadno se pokazalo da je i sam postupak revizije sproveden na način potpuno suprotan svakom aspektu pravičnog suđenja, pa je odlukama Ustavnog suda počev od jula 2012. čitav postupak poništen, to jest poništene su sve odluke VSS i DVT donete tokom postupka revizije.

PREISPITIVANJE ODLUKA PRVOG SASTAVA VSS I DVT

Postupak preispitivanja odluka donetih u reizboru sprovedli su sadašnji sastavi VSS i DVT, izabrani su u martu 2011. na izborima u kojima je trećini sudija i tužilaca bilo zabranjeno da glasa za svoje predstavnike u VSS i DVT, a takođe im je bilo onemogućeno i da se sami kandiduju. Postupak preispitivanja odluka donetih u reizboru sproveden je od juna 2011. do 30. maja 2012. i vođen je tako da se opravdaju odluke donete u decembru 2009. kojima je za 837 sudija prestala sudijska dužnost. Samo je 17% odluka o nereizboru poništeno.

O zastrašivanju članova VSS u obavljanju njihove ustavne funkcije i nezakonitostima u njihovom radu svedoče sledeća dva primera. Blagoje Jakšić, član VSS

35 Odluka US I Uz 357/2011 od 14. 7. 2011, „Službeni glasnik RS“, br. 80 od 28. 10. 2011.

36 Rešenje US I Uz broj 1634/2010 od 10. 3. 2011, „Službeni glasnik RS“, br. 26/2011 od 15. 4. 2011 i I Uz 3/2011 od 10. 2. 2011, „Službeni glasnik RS“, br. 12/2011 od 25. 2. 2011.

iz reda sudija, koji je od 20. do 22. jula 2011, na prvoj sednici VSS održanoj u postupku revizije, usvojio 55% „prigovora“ nereizabраних sudija „kažnjen“ je sledećeg radnog dana nakon te sednice premeštajem supruge, inače zamenika Višeg javnog tužioca u Beogradu, u Više javno tužilaštvo u Sremskoj Mitrovici, a zatim je uhapšen 23. septembra 2011. zbog krivičnog dela koje je navodno učinio pre trinaest godina da bi omogućio sticanje imovinske koristi sedam godina nakon toga. U pritvoru je proveo skoro pola godine, do 8. marta 2012, da bi tek 16. maja 2013. bila doneta prvostepena presuda kojom je oslobođen, a još još uvek je pod suspenzijom. Sudija Milimir Lukić podneo je 23. novembra 2011. ostavku na članstvo u VSS zbog načina rada VSS koji, između ostalog, nije izradio niti usvojio nijedan zapisnik sa svojih sednica, zbog nedostatka elementarne odgovornosti članova VSS koji na sednicama VSS glasaju suprotno sopstvenim odlukama na sednicama komisije VSS a pri neizmenjenom činjeničnom stanju, te zbog načina na koji Ministarstvo pravde ignoriše i zaobilazi nadležnosti VSS. Njegova ostavka, kao i izjava koju je nekoliko dana kasnije dao za dnevni list *Politika*³⁷ jasno opisuje nezakonit i proizvoljan rad i odlučivanje VSS:

„Verujem da će doći dan kada će postojati potpuno jasna i precizna pravila i procedure za izbor i napredovanje, ali i razrešenje nosilaca sudskih funkcija, na osnovu kojih će najčestitiji i najobrazovaniji kadrovi moći da budu birani u sudove, a potom samo na osnovu ostvarenih rezultata, dosegnute dostojnosti i autoriteta moći da napreduju u sudskoj hijerarhiji.

Takođe, želim da verujem u dan kada će VSS sve napred rečeno obezbeđivati kao svoj najvažniji princip i kada će pomno bdeti da se ni na koji način i od bilo koga ne utiče na nezavisnost i samostalnost sudija i sudova. Time bi zasigurno bili stečeni autoritet, poštovanje i poverenje građana u sudove i sudije i obezbeđena nepristrasna primena zakona.“

Zaštitnik građana je odlukom iz januara 2012. rad VSS na preispitivanju odluka za nereizabrane (razrešene) ocenio kao nelegalan i nelegitiman,³⁸ a Ustavni sud je poništio sve odluke VSS i DVT donete u tom postupku.³⁹ Posmatrači koje je angažovala Evropska komisija da svakodnevno, tokom 2011. i 2012. posmatraju rad VSS i DVT u postupku revizije reizbora su u nedavno objavljenoj knjizi o reformi pravosuđa u Srbiji ocenili članove ovih tela kao nestručne, neosposobljene i nedostojne.⁴⁰ Hans-Ernst Bočer, počasni predsednik Landgerihta u Libeku, Savezna Republika Nemačka, Simon Gaborio, počasna predsednica veća Apelacionog suda u Parizu, Francuska, i Gerhard Rajzner, predsednik Becirksgerihta u Floridsdorfu u

37 „Sudija Lukić podneo ostavku na mesto u Visokom savetu sudstva“, *Politika*, Hronika, 30. novembar 2011.

38 <http://www.ombudsman.rs/index.php/lang-sr/2011-12-11-11-34-45/2104-2012-01-12-10-56-39>

39 http://www.ustavni.sud.rs/page/view/0-101661/ustavni-sud-usvojio-vise-od-120-zalbi-neizabranih-sudija?_qs=%D0%B2%D0%B8%D1%81%D0%BE%D0%BA%D0%B8%20%D1%81%D0%B0%D0%B2%D0%B5%D1%82%20%D1%81%D1%83%D0%B4%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%B0

40 Vesna Rakić-Vodinelić, Ana Knežević Bojović i Mario Reljanović, *Reforma pravosuđa u Srbiji 2008–2012*, edicija *Monografije*, knjiga 17, Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik, Beograd 2012.

Beču, Austrija, predsednik Svetskog udruženja sudija i Konsultativnog veća evropskih sudija Saveta Evrope – evropski eksperti – dostavili su decembra 2012. ministru pravde preporuke za reformske mere, od kojih je prva upravo izbor članova VSS i DVT.⁴¹

Umesto da bude garant sudijske nezavisnosti, što mu je ustavna funkcija, VSS je svojim postupanjem stvorio utisak zavisnosti, pristrasnosti, proizvoljnosti i rada po vansudskom, a posebno po političkom uticaju i zastrašio sudije svojim nezakonitim i arbitrarnim postupanjem.

EVROPSKA UNIJA I REIZBOR

Evropska unija je preko svojih raznih organa pomno promatrala proces pravosudne reforme i pre reizbora.⁴² U tom postupku njena uloga se menjala u raznim periodima: od uloge naoko pasivnog posmatrača, preko subjekta koji je aktivno uticao na dešavanja, do faktora spremnog da prihvati nastale posledice uz uslov da se reši pitanje izručenja haških optuženika i „kosovsko pitanje“.

„Odmah nakon što su početkom oktobra 2008. svetlost dana ugledali formalni nacrti pravosudnih zakona i nakon što je postalo jasno da će biti sproveden reizbor sudija, Društvo sudija upozorilo je na to i Venecijansku komisiju koja konačne verzije zakona nije nikada ni videla, a kamoli dala svoju ekspertizu o njima.⁴³ Šta više, o tom planiranom presedanu, neustavnom, nesaglasnom međunarodnim standardima i za Srbiju ne samo nepotrebnom nego veoma štetnom, Društvo sudija je obavestilo i Olija Rena, tadašnjeg komesara za pridruživanje.⁴⁴ Iako je s tim u vezi Evropska komisija reagovala, o čemu svedoči prepiska komesara za pridruživanje s

41 <http://sudije.rs/files/file/preporuke%20ekspertata%20sa%20radionice%20Kvalitet%20pravosudja%20u%20Srbiji%202012%202012%202004.pdf>

42 O ulozi i postupcima međunarodnih institucija i organizacija, posebno Evropske unije v. više Dragana Boljević, „Pregled dešavanja u pravosuđu Srbije“, *Heretik*, tematski broj: *Pravosuđe u zamci korupcije i partijske države*, tom X (2012), br. 1–2, str. 32–41 i 53–57.

43 U elektronskoj prepisci s Draganom Boljević, predsednicom Društva sudija, Tomas Markert, sekretar Venecijanske komisije, naveo je (22. oktobra 2008) da Komisija daje ekspertize o pravnim aktima samo na zahtev države članice Saveta Evrope, kakav zahtev Srbija nije stavila, ali da se, nakon što ju je Društvo sudija obavestilo 16. oktobra 2008. o dešavanjima vezanim za pravosuđe, Komisija obratila Vladi Srbije u drugoj polovini oktobra 2008, nudeći da u kratkom roku dostavi ekspertizu o konačnim nacrtima pravosudnih zakona, na šta Vlada nije odgovorila. I zaista, o pravosudnim zakonima usvojenim u decembru 2008. Venecijanska komisija nikada nije dala svoje mišljenje. Sekretar Venecijanske komisije je 5. decembra 2008. takođe u elektronskom pismu predsednici Društva sudija demantovao tvrdnje srpskih zvaničnika o navodnoj saglasnosti Venecijanske komisije s Ministarstvom pravde u vezi s odlukom da se sprovede reizbor sudija.

44 U pismu Društva sudija Oliju Renu od 16. 12. 2008. navedeno je: „*Shvatajući da je hitnost donošenja pravosudnih zakona u Srbiji motivisana potrebom što bržeg priključenja Evropskoj uniji, pored drugih razloga, uvereni smo da delimo stav da je, istovremeno i u istom cilju, neophodno i da ti zakoni budu kvalitetni, primenjivi i usaglašeni sa međunarodnim standardima, koji jesu i treba da budu deo stvarnosti Srbije – i životne i pravne.*

...*Nije sporno da sudstvo treba da se popravi. To se međutim može učiniti samo na ustavni način, u skladu sa evropskim principima i vrednostima koji su sastavni deo ustavnog sistema Srbije, jer je samo to pouzdan temelj pravne države. Inače, koji bi to viši cilj opravdavao nepoštovanje Ustava, evropskih standarda u pridruživanju Evropi?*“

ministarkom pravde s početka 2009,⁴⁵ reizbor se ipak desio. Ako nije dala „zeleno svetlo“ za takvo nešto, Evropska unija svakako nije uključila „crveno“.

Tek kada je sudijsko, a potom i tužilačko udruženje odlučno reagovalo posle objavljivanja rezultata reizbora, čemu se pridružilo i deo domaće i inostrane stručne javnosti,⁴⁶ reagovala je Evropska unija. Ona je cele 2010. veoma pažljivo promatrala događanja u pravosuđu Srbije kako iz Brisela tako i u Beogradu, održavajući brojne sastanke sa srpskim zvaničnicima, ostavljajući pisane tragove s kritičkim zapažanjima, zahtevajući da se nedostaci otklone i upozoravajući srpske vlasti da je na njima odgovornost za sve što se dešava s pravosuđem.

Stav Evropske unije u pogledu „reformе pravosuđa“ počeo je da se menja od sredine decembra 2010. Predlozi izmena i dopuna pravosudnih zakona stavljeni su tada u skupštinsku proceduru 21. decembra 2010, manje od 24 sata pre otpočinjanja rasprave, po hitnom postupku i uz obrazloženje predlagača da su zakoni „u potpunosti rađeni u saradnji sa predstavnicima Evropske i Venecijanske komisije, koji su o njima dali pozitivno mišljenje.“⁴⁷

Strukovna udruženja sudija i tužilaca obratila su se nakon izmena pravosudnih zakona u dva navrata predsedniku Evropske komisije. Pismom od 29. decembra 2010. ukazala su na svu problematičnu ustavnost, pa i nelegitimnost izmena pravosudnih zakona. Nakon što je celokupna stručna javnost Srbije, uključujući i Vrhovni kasacioni sud, osudila kao neustavne zakonske izmene, u pismu od 19. januara 2011. strukovna udruženja su ukazala da nasuprot vladinim zvaničnicima apsolutno cela stručna javnost u Srbiji tvrdi da su novousvojeni zakoni suprotni pravu, modernoj državnosti i vladavini prava i zamolila su ga za razjašnjenje o tome da li je moguće da Evropska komisija zaista podržava ovakve zakonske zahvate.

Svega mesec i po dana nakon pisma predsednika Evropske komisije od 7. decembra 2010, u kome je naglašeno da „[d]ok revizija ne bude potpuno završena, potrebno je izbeći svako konsolidovanje situacije koja je rezultat sprovedenog reizbora“,⁴⁸

Celo pismo dostupno je na adresi: <http://sudije.rs/sr/aktuelnosti/vesti/pismo-g-oliju-renu-komesaru-za-prosirenje-evropske-unije>

45 U pismu (2009)30 od 5.2.2009 dostavljenom tadašnjoj ministarki pravde Snežani Malović komesar EU za pridruživanje navodi da deli izvesne zabrinutosti s Društvom sudija, s kojim je u kontaktu, posebno u pogledu odredaba koji se tiču reizbora svih sudija i procedure izbora članova prvog sastava VSS. U pismu je naglašeno da je stalnost sudijskog mandata osnovna pretpostavka sudijske nezavisnosti i da je zaštićena Ustavom Srbije i da novim Zakonom o VSS nije obezbeđena odgovarajuća zastupljenost sudstva iako je to od posebnog značaja s obzirom na to da taj VSS treba da sprovede reizbor. On naglašava da uočava rizik od političkog uticaja koji može da ugrozi nezavisnost i nepristrasost srpskih sudija, o čemu je ukazivano u Mišljenju Venecijanske komisije i u Izveštaju Evropske komisije o napretku Srbije za 2008.

46 Već početkom februara 2010. u Beograd je došla monitoring misija MEDEL-a (udruženja Evropskih sudija i tužilaca za demokratiju i slobode) i holandskog udruženja sudija da ispita šta se u stvari desilo u pravosuđu Srbije. Svega nekoliko dana zatim došla je i petočlana stručna misija Evropske unije na osnovu čijeg izveštaja su vicepremijerka EU Vivijen Reding i komesar za pridruživanje Štefan File poslali srpskim vlastima dramatično upozoravajuće pismo od 16. marta 2010.

47 Obrazloženje predloga pravosudnih zakona iz decembra 2010.

48 Pismo C2/MV (2010) od 7. decembra 2010. koje je, u ime predsednika Evropske Komisije Žoze Manuela Baroza (Jose Manuel Barroso), dostavila Mirijam Verger (Myriam Verger) Dragani Boljević, predsednici Društva sudija Srbije.

predsednici strukovnih udruženja obavješteni su pismom od 27. januara 2011. da Evropska komisija smatra da su izmenama zakona vlasti „*napravile kompromisno rešenje i važan korak ka ispravljanju situacije, imajući u vidu nedostatke procesa reizbora i proteklo vreme koje je do određene mere već konsolidovalo situaciju.*“⁴⁹

Evropska komisija je na sve civilizacijsko-pravne manljivosti pomenutih zakona na koje joj je ukazano reagovala svojim očekivanjem da oni neće negativno uticati na otklanjanje nedostataka postupka reizbora sudija i izrazila nadu da će se nakon izbora stalnog sastava VSS postupak preispitivanja odluka prvog sastava VSS obaviti u skladu s evropskim standardima uz dužnu pažnju i u dobroj nameri, izražavajući očekivanje da će strukovna udruženja sudija i tužilaca u potpunosti učestvovati u postupku preispitivanja kako bi se došlo do najboljih mogućih rezultata.

I na poslednjem sastanku na kome se raspravljalo o pravilima za reviziju reizbora ispoljen je promenjeni stav Evropske unije u pogledu suštinskog ispravljanja nedostataka reizbora. Sastanku održanom 20. maja 2011. prisustvovali su predstavnici VSS, uključujući i ministarku pravde i predsednika skupštinskog odbora za pravosuđe, predstavnici Društva sudija, predstavnici Evropske komisije, sudija ekspert EU, ambasador EU u Srbiji, predstavnici OEBSa i predstavnici Saveta Evrope. Sastanak je trajao 15 sati, od devet ujutru do pola jedan posle ponoći. Radilo se na delovima nacrtu akta VSS-a na engleskom jeziku. Prema prethodnom dogovoru, trebalo je razmatrati i nacrt Smernica za reviziju koje su zajednički sačinili Društvo sudija i OEBS. Sve suštinske primedbe Društva sudija, kao i zapažanja predstavnika OEBS, bili su kategorički i paušalno odbijani od strane predstavnika VSS. Zato su predstavnici Društva sudija nedvosmisleno i više puta stavili do znanja prisutnima da će se o tekstu Pravila konačno izjasniti tek kada budu dobili integralni tekst na srpskom jeziku. To se međutim nije desilo. Društvo sudija je javno demantovalo da se saglasilo s Pravilima⁵⁰ i predložilo Evropskoj komisiji da njen ekspert, kako je i planirano, da konačnu ekspertizu Pravila, ali ni do toga nije došlo uprkos više puta iskazanoj spremnosti eksperta da to učini. U svom javnom saopštenju Društvo sudija je predočilo da će u takvim okolnostima odgovornost pasti i na Evropsku komisiju zbog primene Pravila u kojima je proizvoljnost i neobjektivnost još povećana i koja su protivna stavovima Venecijanske komisije i evropskim standardima.⁵¹

Izmenjeni stav Evropske unije s kraja 2010. najasnije je bio odslikan u nekritičkom Izveštaju o napretku u 2011, koji je sva pitanja, pa i pitanje stanja u pravosuđu, podredio kosovskom pitanju i „poklonio“ političarima ocenu da su reformu pravosuđa sproveli na zadovoljavajući način. U decembru 2011. izbila je na videlo drastična razlika u ocenama revizije reizbora u Izveštaju Evropske komisije o napretku u 2011. i u Izveštajima posmatrača EU.⁵² Primedbe iz prvog izveštaja postale

49 Odgovor DG ELARG C D(2011) 89934/997370 od 27. januara 2011. na pisma strukovnih udruženja sudija i tužilaca od 29. decembra 2010. i 19. januara 2011.

50 Saopštenje za javnost Društva sudija Srbije od 24. maja 2011. koje se nalazi na elektronskoj stranici <http://www.sudije.rs/sr/aktuelnosti/saopstenja-za-javnost/saopstenje-za-javnost-od-24-05-2011> prenela je većina pisanih medija.

51 V. više: Dragana Boljević, *op. cit. supra*, str. 38–40.

52 Posle izveštaja posmatrača iz avgusta 2011. sledila su još dva: u aprilu 2012, nakon okončanja svih ročišta u postupku revizije, i u avgustu 2012, nakon analize odluka VSS. Društvo sudija je

su dostupne javnosti nakon što su krajem decembra 2011. poslanice u Evropskom parlamentu Marije Kornelisen i Franciska Katarina Bratner zatražile od Evropske komisije da objasni razlike između Izveštaja Evropske komisije o napretku Srbije u 2011. iz oktobra meseca i Izveštaja posmatrača EU iz avgusta iste godine o zabrinutostima u vezi s postupkom revizije i takođe zatražile da se Komisija izjasni da li su, s obzirom na izloženo, informacije u Izveštaju o napretku bile „nepotpune i zavaravajuće“.⁵³

ATMOSFERA U PRAVOSUĐU POSLE REIZBORA

Iskustva inostranih sudija u drugim državama koji se suočavaju sa znatno manjim izazovima ukazuju da nezavisnost sudstva ne bi „preživela“ ni kod njih da su doživeli traumu reizbora. Jasno je da ovakva dešavanja ostavljaju duboke ožiljke u društvu, a posebno među sudijama i tužiocima koji sada, uprkos ustavnoj garanciji stalnosti mandata, znaju da je njihov mandat nestalan i nesiguran i da preko noći svako od njih može biti razrešen.

Uprkos povratku nelegalno razrešenih sudija, sistem se nije promenio. Opterećenost, nedovoljna stručnost i strah osnovni su faktor odsustva nezavisnosti sudija.

Sudije i dalje nemaju vremena da prate komplikovana tranziciona dešavanja u društvu, da se upoznaju sa sadržinom brojnih izmenjenih zakona i sve manje se udubljuju u njihovo sistemsko tumačenje radi njihove pravilne i pravične primene, što uzrokuje neujednačenu praksu i nejednaku pravnu zaštitu. Prioritet se stavlja na rešavanje što većeg broja predmeta u što kraćem vremenu, a ne na suštinsko, pravično i kvalitetno rešavanje spornih odnosa. Prekomerno i kontinuirano višegodišnje opterećenje sudija dovelo je i do toga da one zanemaruju sopstvenu obuku, ali i da ne stižu da se posvete radu sa sudijskim pomoćnicima i pripravnici. Takvo angažovanje u dužem vremenskom periodu, neprihvatljivo je i neizdrživo za sudije, a istovremeno dovodi i do nezadovoljstva građana pravosuđem. Neravnomerna opterećenost predmetima, koja se posle 2010. još više povećala, izvor je osećanja opasnosti i straha među sudijama. Oni koji imaju nedovoljno predmeta u radu u strahu su da će biti razrešeni ili „optuženi“ za lenjost. Oni koji su prekomerno opterećeni prisiljeni su da rešavaju predmete na brzinu i bez udubljivanja u sporni odnos. Takav rad rađa greške koje uvek mogu dovesti do razrešenja ili disciplinskog kažnjavanja. U oba slučaja, u nemogućnosti da se utiče na popravljivanje postojećeg

u pismima koje je dostavilo Visokom savetu sudstva već 3. juna i 4. jula 2011. ukazivalo na to da se ni sam VSS u postupku revizije ne pridržava čak ni sopstvenih Pravila, ali ta upozoravanja nisu urodila plodom i VSS je nastavio da se ne pridržava čak ni sopstvenih Pravila tokom celog postupka revizije.

- 53 O tome su krajem decembra 2011. objavljeni i zapaženi člaci u briselskom *EU Observeru* i u nemačkom listu *Zidooče kajtung*. Dnevnik *Zidooče kajtung* navodi ironično da „Evropska komisija ne kontroliše previše pomno razvoj pravne države u Srbiji da bi omogućila brže približavanje Srbije EU.“ U poverljivom izveštaju na koji se poziva nemački list reč je o „izrugivanju pravu“ u Srbiji, kao i o „nedopustivom uticaju politike na pravosuđe. [...] U svakom slučaju, postoji jasno nesuglasje između poverljivog izveštaja pravnih stručnjaka Komisije i službenog stava da je Srbija u pravosuđu načinila 'ogroman' napredak, kako je nedavno rekao komesar za proširenje Štefan File“, pisao je *Zidooče kajtung*.

stanja, stvara se utisak da je sudijama najbolje ćutati i „ne talasati“. Štaviše, oni koji su sistematski, brutalno i uporno povređivali principe pravne države – članovi VSS i DVT – „nagrađeni“ su ostajanjem na tim funkcijama bez pomena o pokretanju bilo kakvog postupka odgovornosti. Sve to šalje opasnu poruku i pravosuđu i građanima – ćutanjem se može „pokriti“ svaka greška kao da i nije učinjena, to jest kao da i ne postoji, a poslušnošću prema nadređenima se „ispravlja“ i dobija oprost za svako nepočinstvo prema svima ostalima.

(NE)MOGUĆNOST PROMENA

Ipak, najveći doprinos sudija pravnoj državi desio se upravo njihovim angažmanom u periodu od 2006, a posebno od 2008, zaključno s 2012. Ustavni poredak u Srbiji sačuvan je prvenstveno zahvaljujući aktivnosti strukovnih udruženja sudija i tužilaca, čiji su pojedini članovi, sticajem okolnosti, posebno oni koji su bili nezakonito razrešeni, bili u mogućnosti da posvete celokupno svoje vreme mnogobrojnim, raznovrsnim i zahtevnim aktivnostima u zemlji i inostranstvu. Upravo aktivnosti strukovnog udruženja sudija, kojima se pridružilo i strukovno udruženje tužilaca, uz pomoć njihovih kolega iz inostranstva, prvenstveno udruženja Evropskih sudija i tužilaca za demokratiju i slobode (MEDEL), holandskog udruženja Sudije za sudije i Svetskog udruženja sudija (IAJ), pomogle su da se identifikuju problemi nastali tokom neuspelog sprovođenja reforme pravosuđa, da se kreiraju mere i aktivnosti za njihovo otklanjanje i ubedljivo argumentuje potreba da se one sprovedu, što je, posle tri godine, rezultiralo poništavanjem posledica neustavnog i međunarodnim standardima suprotnog prekida stalnosti sudijske funkcije.

Ta situacija u kojoj se pokazalo da strukovna udruženja kao delovi građanskog društva postaju važni „kontrolori“ i korektori nedemokratskih aktivnosti državnih institucija učinila je očiglednim da je za suštinsko ostvarenje sudijske nezavisnosti neophodno da postoje realni uslovi za funkcionisanje strukovnog udruženja sudija i tužilaca i da Ustavom garantovana sloboda udruživanja ostaje gola proklamacija ukoliko se sudijama i tužiocima – članovima strukovnog udruženja – ne obezbede realne mogućnosti da se bave strukovnim aktivnostima.

UMESTO ZAKLJUČKA

Strah je stalni pratilac svakog čoveka. Svojim prisustvom strah ga upozorova na moguću opasnost. Strah čini da čovek razmišlja kako opasnost da izbegne ili prevaziđe.

Često se desi da strah savlada čoveka tako da on ne čini ništa u nadi da će ga opasnost zaobići. Takvo stanje Meša Selimović ovako opisuje: *„A meni se čini da je strah najveća sramota ovog svijeta, i najveće poniženje čovjekovo. Izmahnut je nad njim, kao bič, uperen u grlo, kao nož. Čovjek je opkoljen strahom, kao plamenom, potopljen njime, kao vodom. Plaši ga sudbina, plaši ga sutrašnji dan, plaši ga vladajući zakon, plaši ga moćniji čovjek, i on nije ono što bi htio biti, već ono što mora da bude. Umiļjava se sudbini, moli se sutrašnjem danu, poslušno ponavlja zakon, ponizno se*

*smiješi mrskom moćnom čovjeku, pomiren da bude nakazna tvorevina sačinjena od straha i postajanja.*⁵⁴

Strah je i sebičan jer je osobina onoga koji misli samo na sebe. Upravo da ne bi bio „nakazna tvorevina sačinjena od straha i postajanja“ čovek može, čak mu je to dužnost, da odluči da se odupre strahu, da ovlada njime.

*„Ne vrijedi se, vala, ni bojati. Nije lako ne bojati se, ali ne vrijedi. Prođe čovjeku život u strahu, pa kao da nije ni živio. Šta će mu onda i život?“*⁵⁵

54 Meša Selimović, *Tvrđava*, Sarajevo, Svijetlost, 1971.

55 Meša Selimović, *loc. cit.*

Dr Danilo N. Basta,
redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Beogradu

MLADIM PRAVOSLOVIMA SAVETI I PORUKE FILOZOFSKOPRAVNE KRISTALIZACIJE

Potrudite se da nikada i ni po koju cenu ne idete putem koji će vas dovesti jedino do „pravne nauke bez prava“ (da upotrebim jedan snažan i upečatljiv izraz-opomenu Leonarda Nelsona).

Nemojte se zanositi idejom stroge naučnosti i apodiktičnosti pravne nauke. Sciјentizam u istraživanju i razmatranju pravnog fenomena nije saobražen njegovoj prirodi. O pravnoj *nauci* se može govoriti (i ona se kao ideal može zastupati) samo uslovno. Put kojim bi trebalo da idete jeste put *jurisprudencije* (*prudentia iuris*), *pravne mudrosti*. Samo ćete tako moći da se približite suštini prava, samo ćete tako moći da je ugledate i na kraju dosegnete.

Imajte na umu i svagda vodite računa o tome da nema apriorne istovetnosti između pravnih normi i prava. U pravnim normama leži samo mogućnost prava. Put od te mogućnosti do stvarnosti prava dugačak je i težak, po pravilu mukotrpan, često neizvestan, katkad rizičan.

Ne manje nego za pravnike-praktičare, i za vas bi morala da važi misao Gustava Radbruha da valjan pravnik može postati i biti samo onaj pravnik kojeg grize savest. Nastojte da se dubokoj i razložnoj poruci te misli vraćate svakoga dana.

Nemojte se ustezati da celim svojim bićem i habitusom posumnjate u poziv koji ste izabrali, za koji ste se školovali, koji vam je dosuđen. Takva skepsa je blagotvorna i lekovita. Dobar pravoslov će biti samo onaj ko je duboko posumnjao da takav uopšte može da bude.

Budite nepoverljivi prema onima koji kopaju nepremostiv jaz između prava i morala, a još više prema onima koji stavljaju znak jednakosti između njih. Pravo i moral su bliski, ali nisu istovetni; donekle se preklapaju, ali se ne podudaraju sasvim; potpomažu se kao dobri susedi, ali zadržavaju svoje osobenosti. Nemojte stoga gubiti iz vida njihovu različnost, niti prenebregavati njihovo susedstvo. Ali, ponajviše zazirite od njihovog namernog (tačnije: zlonamernog) mešanja da bi se ono što je pravno nedopustivo opravdalo pozivanjem na tobože viša moralna načela i svrhe.

Budući da je pravo pojava ljudske kulture, istrajno se trudite da ga posmatrate i izučavate u prisnoj povezanosti s drugim kulturnim fenomenima, s drugim kulturnim tvorevinama. Tako ćete svoje saznanje prava ne samo proširiti nego i obogatiti.

Neophodno je da u vašem vidokrugu, čime se god u pravu bavili, bude i antropologija. Jer, svet prava, bilo kao celina ili u svojim pojedinim delovima, ne može se ni sagledati niti saznati bez razumevanja čoveka i njegovih suštinskih svojstava kao prirodnog bića, kao umnog bića, kao povesnog bića. Sva ta svojstva imaju neposrednog uticaja na svet prava. Antropologija je, uistinu, jedan od ključeva toga sveta. Drukčije ne može ni biti, budući da je čovek, i po mišljenju takvog svedoka kao što je slavni Hugo Grocijus, biće koje živi u pravu i koje se pravno ponaša.

Dobro odmerite svoj odnos prema pravnom pozitivizmu: nemojte ga ni potpuno prihvatiti i bezrezervno usvojiti kao jedinu istinu o pravu, ali ga, isto tako, nemojte ni sasvim odbaciti ili olako zanemariti kao pogrešan prilaz svetlu prava. Kao methodski organon, on je poput svakog drugog oruđa – pametno i umereno upotrebljen, može biti koristan; nepromišljeno i prekomerno upotrebljen, može biti štetan. Oprezno usvajanje i kritičko odstojanje – u tome se, može biti, kriju mera i merilo odnosa prema pravnom pozitivizmu.

Da ne biste nekritički i neoprezno podlegli pravnom (a pogotovo zakonskom) pozitivizmu, s vremena na vreme se opomenite one koliko slikovite toliko i istinite reči Julijusa fon Kirhmana kojom je upozorio pravnu nauku na pogubnost njene zaslepljene privrženosti pozitivizmu: da je, naime, dovoljno da zakonodavac ispravi samo tri reči u nekom zakonu pa da čitave biblioteke pravnih knjiga postanu makulatura. Iskazana sredinom devetnaestog stoleća (1848) u kratkom spisu odsečnog i opominjućeg naslova *Bezvrednost jurisprudencije kao nauke*, ta Kirhmanova reč nije početkom dvadeset prvog veka izgubila ni delić svoga smisla i otrežnjujućeg dejstva.

Hobs je odsečno i besprizivno rekao, oštro se suprotstavljajući svakom nepozitivnom (nepoložitelnom, kako su ga nazivali naši devetnaestovekovni pravoslavi) pravu: *Auctoritas, non veritas facit legem*. Razmislite dobro da li bez ostatka – iskreno i svojski – možete prihvatiti i zastupati taj stav, sa svim mogućnim posledicama i odgovornostima koje iz njega proizlaze ili mogu proizići.

Suprotno preovladavajućem uverenju, čak ni pozitivnopravna nauka – bilo koja! – nije mogućna bez pomoći filozofije. Ova joj je neophodna već na samom njenom početku, pri prvom koraku, onda kada stane da prikuplja empirijsku građu. Jer, toj građi valja dati formu, valja je uobličiti, i tu će se već methodski osvešćeni pravoslov osloniti na filozofiju. Takvo oslanjanje će biti još potrebnije i prisnije kada u svojoj disciplini pređe na izgradnju pravnih pojmova – određenih, preciznih, jasnih. Filozofija će mu biti nezamenljiva pomoćnica kada se, posle toga, lati stvaranja unutrašnjeg sklopa pravnih stavova, a pogotovo kada prione na izgradnju sistematskog sklopa pravnih učenja.

U tim trima koracima, od kojih je za odgovornog pravoslava svaki naredni teži i zahtevniji od prethodnog, slavni Anselm Foerbach je video tri formalna uslova svake nauke pozitivnog prava. S tim se možete upoznati ako pročitate njegovu pristupnu besedu održanu u Landshutu 1804. godine. Mladi (dvadeset devetogodišnji) profesor, već tada sa zamašnim delom iza sebe, govorio je o odnosu filozofije i em-

pirije prema pozitivnoj pravnoj nauci. Spis istovetnog naslova je jedini njegov rad koji je do sada preveden na srpski jezik. Nijedan mladi pravoslav neće pogrešiti niti vreme protraćiti ako se tim kratkim spisom ozbiljno pozabavi. Naprotiv, mnogo šta će mu u tom slučaju za sopstveni rad postati jasno i korisno, jer će ga epistemološki pouzdano usmeriti i sopstveni naučni put mu osvetliti.

Tome će nesumnjivo doprineti i sledeće Fojerbahove reči iz pomenutog spisa, u čijoj je pozadini filozofija, iako nepomenuta, i te kako prisutna: „Nikakva nauka se ne sastoji samo od pojmova, isto kao što zidovi za neku zgradu nisu sama zgrada. Istinsko znanje u pravnoj nauci sadržano je u *pravnim stavovima*. Ali nema znanja bez osnovâ, nema nauke bez načelâ! U njoj moraju pojedini stavovi biti međusobno povezani unutrašnjim kauzalnim sklopom, ono što je posebno mora biti zasnovano opštim, a opšte najopštijim, u njemu biti sadržano, izvedeno iz njega kao nužna istina. Samo tako se i jurisprudencija uzdiže do nauke; bez toga je ona tek teret za pamćenje, tužna zastrašujuća gomila krša sirovih i razdrobljenih materijala, koji su za državu beskorisni, a za um strahota.“

Prirodno pravo je kuća pravde, nikad trošna, vazda useljiva. U njoj stanuje i ljudsko dostojanstvo, bez kojeg je pravna subjektivnost, a time i čovekova pravna egzistencija, lišena temelja i smisla. Zato nije nikakvo čudo što je prirodno pravo opstajalo kroz vekove, preobražavajući se, ali ne gubeći svoju suštinu.

Čak i ako ste privrženici pravnog pozitivizma – bilo kao metoda, teorije ili, čak, pogleda na svet (pravnicima „urođenog“) – nemojte nikada prenebregnuti kulturno-istorijsku činjenicu najvećeg značaja: da je prirodno pravo (*ius naturae*) suštinski sastavni deo evropskog duha od antičkog doba do našeg vremena; da su ga zastupali najznatniji evropski (pravni) filozofi (Aristotel, Toma Akvinski, Grocijus, Kant, Fihte i drugi); da mu se kao spasonosnom sredstvu i pouzdanom uporištu pribegavalo posle svake krize prava ili užasnih posledica izazvanih zaslepljenim pozitivizmom; da se pomoću njega obnavljala i iznova učvršćivala vera u fundamentalne pravne vrednosti – pravdu, pravnu sigurnost, mir, čovekovo dostojanstvo, ljudska prava uopšte.

Ne zaboravite da pravo nije cilj za sebe ili svrha samom sebi. (Ne slučajno, Jeringovo slavno delo nosi naslov *Cilj U pravu*) Ono je sredstvo koje služi životu. Ono omogućuje da se zajednički život ljudi u društvu uredi, održi, olakša i obezbedi. Ako pravni poredak tome ne doprinosi, on ne može biti opravdan i legitiman. Svet prava suštinski pripada svetu života.

Iz velikih književnih dela – kao što su, primerice, Sofoklova *Antigona*, Šekspirov *Mletački trgovac*, *Zločin i kazna* Dostojevskog, Kafkin *Proces* i slična – možete o pravu (i državi) saznati više nego iz mnogobrojnih, često debelih pravničkih knjiga napisanih stručno i učeno. Ta dela nisu samo zanimljiv predmet estetike prava nego i nezaobilazno vrélo dubokih istina o pravu, istina trajnih i za pravničko izobražavanje nezaobilaznih. Zbog toga je važno da, recimo, uz Kelzena ili Digija, Savinjija ili Oriju, Štamlera ili Harta, čitate i Sofokla, i Eshila, i Šekspira, i Klajsta, i Dostojevskog, i Tolstoja, i Kafku. Tako ćete iz osobene perspektive steći dragocene uvide u egzistencijalnu dramatiku prava.

Pošto je pravo jezička tvorevina po prevashodstvu, budite čuvari jezika u pravu i pravnog jezika, tj. pravne terminologije u užem smislu. Prema rečima u pravnim normama ili pravnim aktima ophodite se s brigom i pažnjom, a prema onima kojima budete pisali svoje radove – s roditeljskom nežnošću, ali, kada zatreba, i s roditeljskom strogošću. Ne zaboravite da samo jedna reč u nekoj pravnoj normi može biti sudbonosna i da nečiji život može preokrenuti ili upropastiti.

Za pravo se mora voditi neprekidna i uporna borba, o kojoj su pisala i za koju su se zalagala najveća pravoslavna imena (na primer, Georg Jelinek). Ne samo svojim istraživačkim radom nego ujedno i ličnim činom, tu uzvišenu borbu za pravo, koja je u stvari borba za pravdu, treba i vi da vodite, pridružujući se tako običnim ljudima koji u njoj učestvuju, ali i profesionalnim pravnicima, kojima je to posao i zadatak – sudijama, tužiocima, advokatima. Pravoslavi ne bi smeli da budu manji borci za pravo i pravdu nego oni.

Kao pravoslavi, svagda ćete, do kraja svoga puta, imati dve uloge tesno povezane i međusobno uslovljene: prvu, da se istraživački bavite svojom pravnom disciplinom i da u tome stremite ka vrhovima jurisprudencije, i drugu, da učestvujete u obrazovanju i podizanju mladih pravnika. Ako i nije značajnija od prve, koja je saznanjog karaktera, ova druga uloga, budući pedagoška, zaceo je odgovornija. Jer, njome treba da kao konačan cilj postignete baš ono što je suprotno portretu tipičnog pravnika koji je naslikao Džeremi Bentam kada je napisao: „Beživotna i klonula vrsta koja je spremna da prihvati sve i da pristane na sve; nesposobna da shvati i oseti razliku između pravog i nepravog; neosetljiva, kratkoviđa i nepopustljiva; ravnodušna, a ipak sklona da bude uvučena u potrese lažnih strahovlada; gluva na glas razuma i javne koristi; poslušna samo na šapat sopstvenog interesa i na mig vlasti.“

Pravoslavi se ne mogu valjano baviti svojim poslom ako nisu upoznati s pravnom hermeneutikom (*hermeneutica iuris*). I obrnuto, ako su se s njom upoznali, ako su ovladali hermeneutičkim umećem, ispunili su nužan uslov da svoj posao obavljaju uspešno, odgovorno i plodonosno. Uložite zbog toga napor da steknete potrebna znanja o pravnohermeneutičkim načelima i postupcima. Time ćete se osposobiti da mogućnost prava, sadržanu u pravnoj normi, pretvorite u stvarnost prava. Tako ćete se na sopstvenom primeru uveriti da se pravo u punom smislu reči rađa jedino na tlu tumačenja pravnih normi. Pravna hermeneutika je svojevrсна majeutika prava.

Zanat pravoslava se ne može upražnjavati bez osobenog pravnog rezonovanja. Nastojte stoga da u svojim radovima razvijate i produbljujete to rezonovanje kao naročitu duhovnu veštinu. Pri tom vodite računa da vas pravno rezonovanje ne odvoji sasvim od pravnih normi, a pogotovo ne od konkretnog (pravnog) života, i odvede vas u svet apstraktnih, besplodnih i beskrvnih – zato i beživotnih, pa i protiv života usmerenih – konstrukcija. Ove su, doduše, u pravu neophodne i neizbežne, ali se lako mogu izroditi u opasne i (na svoj način) nasilne prema ljudima i životu. Podsetite se da i u ovom slučaju važi čuvena Savinjičeva reč iz njegove programske knjige *O pozivu našeg vremena za zakonodavstvo i pravnu nauku*, reč koju treba da uzmete kao dragocen putokaz: „Pravo, naime, nema zasebno postojanje, njegovo biće je, na protiv, život samih ljudi, posmatran s jedne posebne strane. Pa ako se nauka o pravu

odvoji od ovog svog objekta, naučna delatnost će moći da produži svojim jednostranim putem a da pri tom ne bude praćena odgovarajućim pogledom na same pravne prilike; nauka će onda moći da stekne visok stepen formalne uobličivosti, a ipak će biti lišena svake istinske realnosti.“ Za pravoslava, da bi bio dobar i uspešan u svo- me zanatu, veoma je važno, možda i presudno, svakako poželjno, da u sebi razvije duh nijanse, duh istančanosti. Jedino će mu takav duh omogućiti da uoči i dokuči one tanane prelive u pravu kojih, manje ili više, ima u svim njegovim granama i o kojima je u nas, s naročitim smislom za njih, lepo, uverljivo i poučno pisao Živojin Perić, apostol zakona i zakonitosti.

Baveći se pravom, vi se, hteli – ne hteli, samim tim bavite i državom. Čak i kada njihovu čvrstu povezanost nemate u vidu neposredno i neprekidno, ipak je posredno i implicitno morate biti svesni. Jer, pravni poredak nije moguć bez države, niti je državni poredak moguć bez prava. To, razume se, ne znači da je pravo u celini etatističko, baš kao što ni država nije u celini juristička. Njihova uzajamnost i komplementarnost, međutim, ne podležu sumnji. Tu istinu, koja je koliko jednostavna toliko i supstancijalna, nemojte nikada smetnuti s uma ili zanemariti.

Neka vam jedno od vodećih pitanja, ono iz kojeg neprestance izvire duhovni i istraživački nemir, bude sledeće: *Gde je pravo?* Da li se ono već nalazi u stvorenim (formulisanim, propisanim) pravnim normama, tj. da li je stvaranje prava u isti mah i njegovo istinsko rođenje? Ili se pravo pojavljuje tek u primeni pravnih normi, u njoj nastajući i rađajući se? Topologiju prava, zajedno s njegovom fenomenologijom, valjalo bi da prihvatite kao najbližu rođaku i najkorisniju pomoćnicu jurisprudencije.

Da je pravo sistem hijerarhijski strukturisanih pravnih normi, to je očigledno i naizgled svakome jasno. Ali, ta očiglednost i sveopšta jasnoća postaju sve manje zaoštavanjem pitanja o tome šta je, u stvari, normativnost prava i kakvu istinu o pravu želi da obelodani pravni normativizam. Postavljajući sebi to pitanje – što je neizbežno, jer treba odbaciti uverenje, u stvari predrasudu, da je normativnost prava nešto samorazumljivo – vi se suočavate s jednom od tajni prava, s jednom od njegovih zagonetki koje stalno iznova pobuđuju na traženje odgovora, na raskrivanje te tajne i odgonetanje te zagonetke. Upustite se u to s duhovnom odvažnošću, jer ćete samo na taj način koraknuti ka pronicanju u prirodu i suštinu prava, jer ćete kao pravoslavi samo tako moći da, krećući se mostom između njih, povežete *treba* i *jeste*, *trebanje* koje pravo upućuje *onome što jeste*, nastojeći da ga reguliše i pravno oblikuje.

Vama je, dabogme, poznato da u pravu (pravnim normama, pravnom poretku) ima i autonomije i heteronomije, i slobode i nužnosti, i subjektiviteta i objektiviteta. Potrebno je da o njima vodite računa i da naročito motrite na njihovu uzajamnost, usklađenost i uravnoteženost.

Ni poslednja (ona najmanja) čestica prava ne sme se izolovati od socijalnog okvira, socijalne sadržine i socijalne funkcije prava čiji je delić. Smetnuti to s uma bilo bi znatno epistemološko ogrešenje i velik epistemološki propust. Pravoslavi odgovorni prema svom poslu i svom pozivu ne smeju to sebi dozvoliti.

Promislite svestrano o smislu jednog tako čestog i uobičajenog izraza kao što je: imam(o) pravo na nešto. Imati pravo – šta to znači, šta se u tome otkriva? Upustite li se u metódsko i sistematsko promišljanje tog jednostavnog izraza, koji katkad i deca umeju da upotrebe, doći ćete do suštastvenog saznanja (tj. saznanja koje zahvata i obelodanjuje suštinu) da je primaran karakter prava sadržan u *smenju*, da je pravo u prvom redu *smenje* (da se nešto preduzme, učini), a da tek potom, sekundarno, može biti zabrana ili zapovest. U isti mah, spoznaćete – možda i na veliko sopstveno iznenađenje – da je, za razliku od prava, baš moral prvenstveno i neskriveno zapovednički (deset Božjih *zapovesti*, kategorički *imperativ* i slični nalozi). Oba saznanja će vam biti od neprocenjive pomoći u vašem pravnom rasuđivanju.

(Pro)čitajte petu knjigu Aristotelove *Nikomahove etike*, jer nigde i nikada nije rečeno ništa dublje, važnije, značajnije i jasnije o pravdi i pravičnosti. Ti pojmovi će vam se, kao zvezde-vodilje u svetu prava, rasvetliti i razjasniti jednom zasvagda, usmeravajući i oplemenjujući vaše bavljenje tim svetom. Sve što je o pravdi napisano ili rečeno posle Aristotela samo je pregršt fusnota, manje ili više zanimljivih, uz ono što sadrži peta knjiga *Nikomahove etike*.

Kada Gustav Radbruch, od kojeg pravoslóvi svih disciplina i poziva mogu mnogo da nauče, kaže: „Nijedan mladi pravnik ne ostaje pošteden unutrašnje borbe sa svojom naukom, a nisu najrđaviji među njima oni koji moraju proći kroz jedan period upravo gnušanja svojim pozivom“, onda vam se može preporučiti jedino da tu unutrašnju borbu izdržite do kraja i da kroz taj period gnušanja prođete osnaženi i očvršnuti za ono što vas u budućnosti očekuje. Tada ćete iskušenja i izazove svoga poziva lakše primiti i brže savladati.

Valjalo bi da u sebi pokušate da razvijete dva smisla međusobno protivrečna: smisao za konkretnost i smisao za apstraktnost. Naravno, to je težak zadatak, ali nije nerešiv i neostvarljiv. Ako s njim iziđete na kraj, svom pozivu ćete dati čvrstu osnovu i u rukama imati oruđa kojima se on može uspešno obavljati.

Pravo se pred našim očima (fenomenološki) pojavljuje kao statičan sistem normi. Tako se pojavljuje i pred očima pravoslóva. Uprkos toj predstavi, tom „prirodnom stavu“ naše svesti prema pravu kao statičnom sistemu, vi ste kao pravoslóvi pozvani da u toj statici otkrijete unutrašnju dinamiku prava, njegovu, da se tako kaže, imanentnu dijalektiku. Saznavanje prava mora obuhvatiti kako statiku tako i dinamiku prava.

Na pravo treba da gledate i spolja i iznutra, i parcijalno i sveobuhvatno, i s podnožja i sa vrha.

Nastojte da se ne zatvorite u granice sopstvene pravne discipline. Na taj način ćete izbeći samodovoljnost i skučenost, dve opasnosti koje prete i vašem pozivu i vašoj disciplini. Epistemološka autarkičnost sužava vidik, osiromašuje saznanje, izoluje sopstvenu pravnu disciplinu.

Ako budete pobuđeni ili osetite neodoljivu potrebu da se upustite u polemiku s nekim drugim pravoslóvom, drukčijim gledištem ili shvatanjem nego što je vaše, učinite to tako što ćete toga drugog ili to što je drukčije od vašeg uzeti s njihove najbolje i najjače strane, a ako je potrebno, sami ih dodatno potkrepiti. Tako će i

rezultati vašeg polemičkog razmatranja biti uverljiviji i plodotvorniji. Polemika sa sitnim i slabim mora i sama biti sitna i slaba, a uz to i mršava u rezultatima.

I vama treba da bude važno Kantovo razlikovanje između javne i privatne upotrebe uma. Upoznajte se s njim. Lako ćete zaključiti da je ono umesno i upotrebljivo u vašim pravoslovnim poslovima. Pomoću njega se može steći pouzdanija duhovna orijentacija i naći čvršći oslonac u vašem radu.

Trezvenom pogledu na bilo koje važeće pravo, u bilo kojoj zemlji, svedjedno da li je demokratska ili autoritarna, ne može ostati skriveno da ga podupiru moć i organizovana državna sila. To svakako možete prihvatiti kao elementarnu činjenicu i nesumnjivu istinu. Uprkos tome, pravo se, uza sve pokušaje, nikako ne može svesti na moć i silu.

Pravo, pravda, pravičnost, pravnost, uspravnost – u našem su jeziku, srećom, istog korena i etimološkog porekla; u mnogim slovenskim jezicima sačuvana je semantička bliskost pojmova pravde i istine (kao, na primer, u ruskom). Ta okolnost govori sama za sebe. Treba samo pažljivo da oslušnete šta govori, šta poručuje i na šta upućuje.

Ne zaboravite da, ko god govori o pravu, neminovno, makar je i ne pominjao, makar je i ne bio potpuno svestan, ima i pravdu u svom vidokrugu. Toliko su oni izrasli iz istoga korena, toliko su srasli jedno s drugim, da se samo grubo i nasilno mogu razdvojiti. Nema tog pravnog pozitiviste, ma koliko težio da bude strog i dosledan, kojem će poći za rukom da ostane sasvim ravnodušan prema pravdi, da je metodski neutrališe, da za nju bude slep i gluv, te da je odbaci daleko izvan svoga epistemološkog okvira.

Svakako da s potpunom ozbiljnošću valja da uzmete u obzir činjenicu da to važi i za najznatnijeg među njima, Hansa Kelzena, koji je, razvijajući i produbljujući čistotu svoje teorije prava do krajnjih granica i poslednjih konsekvencija, u isti mah, na način osoben i paradoksalan, ali i nesumnjiv, *uvažavao i potvrđivao pravdu* tako što se njenoj kritici stalno iznova vraćao, što je pravdu dovodio u pitanje i osporavao sa svih mogućnih strana, sve u težnji da je svede na „praznu formulu“ i običnu „iluziju“. Takvo zaobilazno i „negativno“ uvažavanje pravde nije, međutim, bilo dovoljno nekim Kelzenovim bliskim saradnicima i sledbenicima koji su se, poput Alfreda Ferdrosa, okrenuli prirodnom pravu i antičkom pravnofilozofskom nasleđu, ili se, poput Adolfa Merkla, zalagali da se teorija prava dopuni pravnom etikom.

Zamislite se nad ovim: sva nastojanja oko pravde, svekoliko mišljenje posvećeno pravdi, celokupna filozofija pravde pokazuju problematičnost, uzaludnost, nemogućnost, pa i jalovost svih pokušaja da se pravda logički definiše, da se sapne u pojmovni kalup, da se egzaktno odredi njen pojam koji bi bio opšteprihvatljiv i za svakoga proverljiv. Oni takođe pokazuju ne samo teškoće nego i opasnosti da se pravda shvati kao apstraktan pojam i apsolutna vrednost. Naoko primamljiva, svakako zavodljiva, apsolutizacija pravde jeste pogrešan put njenog razumevanja, poguban za njenu delotvornost u pravnom životu. Izgleda da je prohodniji, pa i probitačniji, jedan drukčiji put – onaj koji vodi ka uočavanju delatne strane pravde, ka njenom suštinskom sagledanju kao *pravednog delanja*. Po svojoj prilici, *nema pravde izvan pravednog delanja*. Isto tako, čovek može postati pravedan jedino praved-

nim delanjem. Na to je izrečno upozorio još Aristotel (upor. NE, 1105b). Odavno je, dakle, izgovorena važna reč o *actio iustitiae*, ali je ona, nažalost, ostala zanemarena, zaboravljena, bezmalo zatrpana. Pravda na delu ili, što je isto, pravedno delanje, delanje pravde, pravda kao čin – u svim tim izrazima raskriva se sama srž pravde.

Zbog toga bi filozofija pravde morala (ne tek sadržati nego) stožerno biti teorija pravednog delanja, analitika pravednog čina. Kako, pak, pravednog delanja ne može biti bez onoga ko je njegov podmet, dakle bez pravednika, onda figuri i liku pravednika mora pripasti dostojno mesto u pomenutoj analitici pravednog čina. Jer, pravednik, ispunjen voljom za pravdu i vrlinom pravednosti, tj. pravdoljubivosti, rukovođen pri tom jasnom ili rudimentarnom predstavom o pravdi, jedini je kadar da istinski vodi računa o mnogolikoj konkretnosti života, o onom živom čoveku kojem pravdu treba da odredi i dodeli. Pogotovo on mora biti kadar da ispuni ona tri uslova koja je u *Nikomahovoj etici* (upor. 1105a) odredio Aristotel bez kojih ne može biti nikakvog moralnog čina – da deluje svesno i sa znanjem, da postupa s namerom koja je jedino usmerena na moralno delo i, najzad, da deluje čvrsto i nepokolebljivo. Delujući u prostoru omeđenom opštim i apstraktnim zakonskim normama, na jednoj, i nesvodljivom konkretnošću životnog slučaja koji je pozvan da reši, na drugoj strani, upravo pravednik svojim delanjem pokazuje da se tajna pravde razrešava u pravičnosti, tj. da je pravičnost jedino mesto ispunjenja pravde. U pravičnosti se dovršava istina pravde. Pravičnost je put i način njenog oživotvorenja.

Nipošto se ne sme smetnuti s uma Paskalova opomena čije je dejstvo otrežnjujuće. U fragmentu br. 298 petog odeljka o pravdi svoga slavnog dela *Misli*, on je, svestan nemoći pravde same po sebi, povezao pravdu i silu, venčao ih, uspostavio njihov plodonosan savez. Rekao je: „Pravda bez sile je nemoćna; sila bez pravde je tiranska. ... Treba, dakle, združiti pravdu i silu; i zato nastojati da ono što je pravedno bude jako, ili da ono što je jako bude pravedno.“ Ako se to postigne, ako pravda i sila opstanu i ostanu zajedno, onda se, kako je Paskal tvrdo verovao, može održati mir, koji je za nj predstavljao vrhovno dobro (upor. fr. 299). Taj Paskalov trougao pravde, sile i mira zaslužuje punu pažnju i pomno udublјivanje, između ostalog i stoga što je on smatrao da su građanski ratovi najveće od svih zala.

Pokušajte da svoj duh uznemirite i svoju misao pokrenete onim što u pravu izgleda najjednostavnije. Recimo, stavom: pravna norma važi i obavezuje. Ubrzo ćete otkriti da su u tome najjednostavnijem, najelementarnijem, najočiglednijem, sadržani najveći i najizazovniji problemi pravne misli, koja se njima nosi vekovima. U pomenutom stavu, navedenom tek primera radi, to su u najmanju ruku ovi problemi: priroda pravne norme; šta normu čini pravnom; struktura (sastav) pravne norme; važenje prava; obaveznost prava; i slične dileme.

Problem važenja prava jedan je od najtežih i najsloženijih za teoriju i filozofiju prava. Zašto pravo važi? Koji je krajnji osnov i najdublji izvor važenja svakog skupa normi koje nazivamo pravnim? Ta pitanja, naizgled jednostavna, skoro detinjski naivna, izazivaju najveće moguće naprezanje filozofskopravnog mišljenja u njegovom pokušaju da raskrije tajnu važenja prava i dokuči istinu o njemu. Bez rizika da

se pretera, slobodno se može reći da je traganje za odgovorom na pitanje o važenju prava probni kamen valjanosti, saznavno-metodske plodotvornosti i odgovornosti filozofskopravne jurisprudencije. Jer, jedva da može biti izazovnijeg pitanja čije rešavanje toliko izoštrava, toliko istančava i toliko snaži njen duh.

Kako god se rešavao problem važenja prava, uvek će se, pre ili posle, doći do uvida u njegovu najtešnju povezanost s problemom priznanja prava. Jedan od drugoga se ne mogu odvojiti. Prilikom rešavanja oni se, u stvari, slivaju u jedan problem.

Odavno je zapaženo (i o tome pisano) da i pravo ima svoj stil. Jezik i forma pravnih propisa (ne svih, razume se) mogu imati izrazitih estetskih svojstava koja podležu estetičkim merilima i estetičkom razmatranju. Valjalo bi da, makar povremeno, kada se za to ukaže zgodna prilika, i sami svratite svoju pažnju i svoj osećaj za lepo usmerite na estetsku dimenziju (ili komponentu) prava, ne bi li tako i ona našla mesta u vašim istraživanjima i vašim radovima. Jedan od prvih koraka u tom pravcu mogao bi biti pokušaj da iskusite i izrazite svekoliku lepotu Celzusove definicije prava, unete i u *Corpus iuris*, kao „*ars boni et aequi*“. Ili da početno nadahnuće potražite u čuvenom (a kod nas malo poznatom) stavu Jakoba Grima da su „pravo i poezija zajedno ustali iz jedne postelje“.

Imajte na umu da dobar stil prava, jednako kao i dobar stil pravnih rasprava, podrazumeva izostavljanje svega nevažnog i sporednog, a očuvanje svega suštinskog i neophodnog. Kada pišete svoje radove, strogoj kontroli vašega duha naročito ne bi smeli da promaknu tautološki iskazi, dvosmisleni izrazi, prekomerno variranje uvek istoga sadržaja i slična narušavanja valjanog stila i jasne misli. Izbegavajte rasplintost, strémite ka sažetosti, téžite ka jezgrovitosti.

Svakako će vam, s obzirom na preovladavajući pogled na pravo, delovati čudnovato ako vas pozovem da u svom vidokrugu imate i milost, te da svoje razmišljanje, makar u retkim trenucima, posvetite odnosu između milosti i prava. No, ta će se čudnovatost ublažiti, a možda i sasvim nestati, ako svoj poziv potkrepim onim što je o milosti i pravu napisao – istančano, pronicljivo i uverljivo – Gustav Radbruch. Od mnogih, ne manje vrednih, navešću dva mesta. Prvo: „Milost nije tek blaga forma prava, već svetao zrak koji se u oblast prava spušta iz jednog sveta kojem je pravo potpuno strano i koji na pravi način čini vidljivom hladnu sumornost sveta prava.“ I drugo: „Milost ne zna ni za kakvu prinudu, pa ni za prinudu pravde, ona nije nalik na kanalisano staranje o blagostanju, nego na svesno iracionalnu milostinju. Što je čudo u prirodnom svetu, to je milost u pravnom svetu. Njen je smisao da ukaže na granice i uslovljenosti prava i pravde.“

Sve čime se kao pravoslavi bavite, sve što preduzimate – moralo bi da, u krajnjoj liniji, po svom konačnom dejstvu, služi ostvarivanju, obogaćivanju i učvršćivanju pravne kulture, koja je, kao i kultura u celini (kako je rekao Radbruch), neuporediv kvalitet, a ne uporediv kvantitet. A svojim doprinosom uzdizanju pravne kulture, makar malim, jedva vidljivim, vi ćete ujedno doprineti ukorenjivanju i razvijanju pravne države odnosno, drukčije kazano, vladavine prava. Pravoslov koji to nema

kao misao-vodilju, koji se, štaviše, stavio u službu poricanja tih ideala i vrednosti, odrekao se svoga poziva i njegovog smisla, izgubio je pravo da se naziva časnim i uzvišenim imenom pravoslava.

Ma kojom pravnom disciplinom da se bavite i ma kojim metodskim oruđima da to činite, potrebno je da se što potpunije i iscrpnije upoznate s naučnim nasleđem u toj disciplini, našim (u celini) i stranim (s onim što je u njemu nezaobilazno i merodavno, provereno i klasično). Svaki pravoslov stoji na ramenima svojih prethodnika u dotičnoj pravnoj disciplini. Pravne discipline ne započinju s nama, one imaju svoju istoriju i tradiciju, čije je usvajanje, pa i ono kritičko, neophodan uslov i osnovna pretpostavka uspešnog unapređivanja discipline kojom se bavite i njene budućnosti. Sadašnji pravoslavi preuzimaju ono što je najvrednije u istoriji i tradiciji svoje discipline, daju ovoj svoj prilog po meri sopstvenih mogućnosti, i predaju je budućim pravoslovima da produže tamo gde su oni morali da stanu. To je zadatak koji neizostavno morate preuzeti, ali je i teret koji neizbežno morate primiti na sebe. Zbog toga vaš poziv nije lagodan, niti vaš posao lak.

Koliko god se u pravnoj nauci težilo ka strogoj logici, aksiomatskom izvođenju, hladnom razumu, koliko god oni u njoj imali svoje mesto i opravdanje, ipak su jurisprudenciji – da bi izbegla dogmatsko okoštavanje i ostala živa i stvaralačka – neophodne imaginacija i intuicija. Zato nastojte da u svom poslu budete maštoviti (bez neobuzdanosti) i da u datom trenutku stvari sagledate i saznajete neposredno (kloneći se pada u iracionalizam ili nekakav pravnički misticizam). To će vam dati zamaha i ubrzati dolaženje do važnih rezultata.

U svakoj pravnoj disciplini (osim u onim novijim, koje se tek razvijaju) stvoren je jedan korpus manje-više proverenog i pouzdanog znanja. S njim se, naravno, morate temeljito upoznati, pa ga i usvojiti, što nipošto ne podrazumeva da u njega ne smete dirnuti ili ga, kada za to nađete dobrih razloga, podvrgnuti kritičkom (pre) ispitivanju. Ali, u svakoj disciplini, pored toga, postoji i ono što tek treba svestrano istražiti, što tek valja epistemološki zahvatiti. Ono kao nerešen problem čeka da bude izloženo svetlosti saznanja i zatim, kao osvojeno i verifikovano znanje, pripojeno pomenutom korpusu. Ako zaista želite da obogatite i unapredite svoju pravnu disciplinu, onda usmerite svoju pažnju i usredsredite svoj saznavni interes baš na ono što je u njoj još uvek neistraženo, nepotpuno istraženo ili nedovoljno saznato. To je jedini način da u njoj budete produktivan, a ne tek receptivan duh.

Problemski se misli ne samo u praktičnom i svakodnevnom pravnom životu nego, podjednako, i u jurisprudenciji. Zato je preko potrebno da se – kod Aristotela, kod Cicerona, kod Teodora Fivega – obavestite o topici kao veštini problemskog mišljenja, da njome ovladate i tako se osposobite da se svojom pravnom disciplinom, svejedno o kojoj da je reč, bavite produktivno, proširujući granice znanja u njoj.

Valjano uređena sloboda, zakonska sloboda, sloboda u okvirima legitimnog demokratskog poretka – to je veliko pravno dobro (takođe političko i državno), čijem ste ostvarivanju i vi, na tlu svoje discipline, pozvani da, koliko možete, doprinosite s nepokolebljivom istrajnošću.

Pravni nihilizam, koji se ispoljava u obliku obezvređivanja i nepoštovanja prava, veliko je zlo i opaka bolest ne samo državnopravnog poretka nego i čitavog društva. To zlo i ta bolest naročito su opasni onda kada se otvoreno ignoriše, obesmišljava, krši ili, čak, izvrgava ruglu ustav zemlje kao neprikosnoveni temelj prava i države, kao najviše jemstvo i najtvrđe uporište za građane, za narod, za državu, za njene institucije i njenu celovitost. Sve dok se ne promeni, ustav se svugde i svagda mora poštovati kao pravna svetinja najvišeg ranga. Od pravoslovâ svih uzrasta, ali od mladih ponajpre i ponajviše, očekuje se da budu u prvim redovima borbe protiv pogubnog i razornog pravnog nihilizma, protiv potkopavanja ustava i ustavnosti, ukratko: protiv svakog vida pravnog haosa, a za održavanje pravnog kosmosa koji je vrednost sam po sebi.

Borite se za ljudska prava svagda i svugde, borite se za njih kao za svetinju, ali se s ne manjim uporstvom borite i protiv njihovog, sve češćeg i nasrtljivijeg, utoliko i bezočnijeg, pretvaranja u ideologiju, zloupotrebljavanja kao instrumenta i pokrića za imperijalne ambicije i kolonijalne interese, osobito pod plaštom tobožnjih humanitarnih intervencija (a zapravo osvajačkih ratova i neokolonijalnog porobljavanja). Nemojte zatvarati oči pred vajnim borcima za ljudska prava koji su u autoritarnim prilikama svesno i dosledno ostajali nemi pred njihovim grubim kršenjem, a koji i danas čute o njihovom nasilnom gaženju i velikim izobličavanjima, bacajući time senku na čestiti poziv pravoslava, pa ga i, više od toga, nagrđujući i obeščašćujući.

Nemojte nikada prenebregnuti da pravo, po svojoj kakvoći i suštini, ulozi i nameni, pripada području ljudske prakse i da je za njega i njegovo istraživanje „nadležan“ praktički um. Stoga je od presudne važnosti da i vaša disciplina, koja je deo celokupne jurisprudencije, bude u najprisnijem doticaju s „filozofijom ljudskih stvari“, jer je i pravo jedna takva ljudska stvar.

Baviti se kakvom pravnom disciplinom, baviti se jurisprudencijom – to je poziv, to je životno opredeljenje koje iziskuje posvećenost. Da biste razumeli šta se time uistinu kaže, uzmite u obzir višeznačnost, nikako slučajnu, reči „poziv“. Ona, između ostalog, znači stalno zanimanje, profesiju, ali znači i glas koji je nekome upućen da bi mu se odazvao; kao što je, uostalom, i reč *klasa* u grčkom jeziku označavala poziv ili poslanje (od glagola *kaleo* – pozvati). Po tome bi pravoslov bio profesija kojoj se čovek celim bićem odazvao svom unutrašnjem glasu da bi posvećenički služio odabranoj pravnoj disciplini. Pravoslov se, dakle, svojim zahtevnim poslom ne bavi iz dokolice, nehajno i nezainteresovano, već se njime, naprotiv, bavi kao pozivom kojem se odazvao i posvetio slobodno, iskreno, nesebično i potpuno. Stoga ćete za sebe, za saglédanje suštine i smisla svoga poziva, učiniti nešto dobro i duhovno probitačno ako odvojite malo vremena i namenite ga čitanju rasprave Maksa Vebera „Nauka kao poziv“.

Intelektualna čestitost, nepokolebljiva istinoljubivost, čvrsta opredeljenost za saznajno unapređivanje pravne discipline kojom se bavite – to su osobine koje će vam omogućiti i zajamčiti uspešan razvoj i vredne plodove na pravoslovnom putu kojim ste krenuli i u pravoslovnom pozivu kojem ste odlučili da posvetite svoj ži-

vot. *Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, dakle: Časno živeti, drugoga ne vređati, svakome priznati ono što je njegovo – te slavne Ulpijanove reči nisu samo pravne zapovesti, kako ih je on shvatao, i nisu samo određenje pravde, kako su ih mnogi s razlogom razumevali. U isti mah, one su moralno načelo i životni putokaz za svakog pravnika. A za svakog pravoslova one su, ponad toga, uslov mogućnosti njegovog poziva. Njihov pravni smisao i etički značaj bivaju obogaćeni i zasvođeni njihovom saznajnom delotvornošću. Iz svih tih razloga, neka vam one, svagda i u svemu, budu jedan od najpouzdanijih znakova pored puta kojim hodite.

Tekst pristupne besede u Srpskoj akademiji nauka i
umetnosti, izgovorene 22. maja 2013

Dr Radmila Vasić,
redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Beogradu

POMILOVANJE KAO INSTRUMENT KOREKTIVNE PRAVDE

I. TEORIJSKI KONTEKST

1. Svaki iskaz o pravu, laika ili učenog pravnika, korespondira s pravdom, makar i samo asocijativno.

Da je pravo ontološki povezano s pravdom pokazuje već upotreba reči. Latinski izraz *directum*, iz koga reč pravo vodi poreklo u većini zapadnoevropskih jezika (*droit, diritto, derecho, right, Recht*), izražava ili fizičku predstavu „pr`avog“ (pr`avo: prav ugao, prav put) ili običajno-moralnu predstavu „ipravnog“ (prāvō: pravilan, saglasan).¹

U jusnaturalističkim koncepcijama, poznato je, pravda je rodno mesto prava. Pravo je pravedno ili nije pravo. Ali i u juspozitivističkim teorijama, bez obzira na princip važenja koji je postavljen (pozvan/promovisan) da vrednosti samerava i njihov sukob razrešava, pravo se razume kao ideja povezana s vrednošću pravde. Smisao prava je da služi pravdi.

Pravda prilazi pozitivnom pravu na različite načine. Ona nadahnjuje pravo kada ulazi u pravo kao kodifikovana pravda ili pomoćni izvor prava (*secundum legem, intra legem, praeter legem*). Otuda se pravda, najpre, stavlja u kontekst supstancijalnog izvora prava. Iako je složena, pravda je i kao pojam i kao pravilo društvenog vladanja jedinstvena. Kao bazična etička vrednost na kojoj se temelji pravilo ponašanja, pravda u vremenu i prostoru dobija različitu socijalnu sadržinu (etičku, ekonomsku, političku), ali ostaje kriterijum koji preporučuje socijalne vrednosti kojima pravo svojom prinudom (treba da) pruža zaštitu. Tako su, prema rečima Božidara S. Markovića, „ljudski život, uz opstanak i razvitak društva, najviši kriterijumi materijalne pravde i merila za ocenjivanje društvenih vrednosti, tj. šta kome pripada, šta je pravo, a šta je nepravo“.²

1 V.: Lj. Tadić, *Filozofija prava*, Naprijed, Zagreb 1983, 14. I u srpskom jeziku postoji metaforička veza između fizički prāvog i apstraktnog prāvōg (koji su se i akcenatski diferencirali: prvi je s kratkim, drugi s dugim silaznim), a rečnici potvrđuju da je sama imenica „právo“ kalkirana prema nemačkoj reči koja označava i fizički pravo i právo kao imenicu. Izvedena imenica: prāvda.

2 B. S. Marković, „Odnosi između pozitivnog i pravednog prava“, *Analiza pravnog fakulteta u Beogradu* 1-3 /1991, 203.

Ono što je pravedno uopšte, a to je npr. prema Aristotelovom mišljenju „život u skladu sa svim pozitivnim moralnim odredbama“, pozitivno pravo pretvara u pravedno u državi.³ Raspoređujući počasti i dobra, prava i dužnosti srazmerno zasluži i dostojanstvu ili poravnavajući odnose u privatnim i poslovnim ophođenjima ljudi, zakonodavac u državi uspostavlja i obezbeđuje jednakost, odn. pravdu. Jer, pravednost u užem smislu, prema Aristotelovom mišljenju, jeste jednakost, koja, opet, predstavlja sredinu između premalo i previše, gubitka i dobitka.

Pravda, razumljivo, nije samo ideal prava, vrednost koju pravo treba da ostvari. Ona je i ostvarena vrednost, bar u izvesnoj meri.

U biću pravde uobičajeno se razlikuju dva njena elementa. Formalni element (komutativna pravda) zahteva jednako postupanje s jednakim subjektima, stvarima i situacijama, ili nejednako postupanje srazmerno nejednakosti subjekata, stvari i situacija. Budući da se zasniva na prirodi stvari i logičkom zakonu identiteta, formalna pravda se pokazuje kao apsolutna i nepromenljiva. Materijalni element (distributivna pravda) treba da odgovori na pitanje koje su stvari među sobom jednake a koje nejednake i u kojoj meri. Ona je ljudsko merilo vrednosti i zato je samo relativna, što znači da je u vremenu i prostoru sadržinski promenljiva.

Prvu mogućnost za ostvarivanje distributivne pravde – kao jednako postupanje s jednakim i nejednako postupanje s različitim subjektima i odnosima – ima opšte pravno pravilo, koje se donosi unapred i važi jednako za sve subjekte koji se nalaze u istoj, predviđenoj situaciji ili će se u toj situaciji naći. Ove su situacije u osnovi iste vrste, tj. među sobom su vrsno jednake, ali su, pretpostavljeno i realno, u nizu pojedinosti različite. Kao pravnotehničko sredstvo, opšta norma apstrahuje različitost, a poopštava, generalizuje ono što je nesporno zajedničko, jednoobrazno (i jednako), i za tu tipsku situaciju propisuje pravilo ponašanja ili držanja.

Iako opštost služi tako značajnoj vrednosti kao što je jednakost, ona ujedno predstavlja i manu opšte norme jer su pojmovi koje u tu svrhu koristi nedovoljno određeni. Neodređenost, i otuda nepotpunost opšte norme jeste njeno imanentno svojstvo, pa se tako i kvalifikuje – kao „neizbežna nedovršenost“.

Neodređenost se često (ne naravno jednako rasprostranjeno u svim oblastima ili granama prava) koristi i kao prvnotehničko sredstvo kada normotvorac od početka hoće da opšta norma bude relativno neodređena, i to oba njena normativna dela kako bi se stvorila mogućnost za subjekta koji pravo tumači i primenjuje da normu prilagodi konkretnom slučaju.

Neodređenost opšte norme, u obe pomenute varijante – imanencije i svrsishodnosti, jeste druga načelna mogućnost za pristup pravde pravu. Budući, dakle, da je opšta norma jedna za mnogobrojne pojedinačne slučajeve, Aristotel, pored pravde, u život prava uvodi pravičnost (*epieikea*), čiji je zadatak da u postupku tumačenja i primene prava ispravi neodređenost ili nedovoljnost opšte zakonske pravde za konkretan slučaj i tako uspostavi pojedinačnu pravdu.

Položaj onoga ko primenjuje opštu normu, sudije koji rešava spor u (i o) pravu, jeste delikatan jer ga dužnošću da formuliše pravednu odluku smešta između zahte-

3 Aristotel, *Politika*, 1130b.

va za poštovanje zakonitosti (u strogom, doslovnom, mehaničkom smislu) i zabrane proizvoljnosti.

Ako je u postupku tumačenja prava pravda pozvana da „blaži pravo samilošću“,⁴ moglo bi se u prvi mah reći da se pomilovanjem blaži već izrečena krivična sankcija, te da je zato pomilovanje „produžena pravičnost“.

Milost (prema prestupniku) i praštanje (kazne), na koje pravni poredak u posebnim okolnostima ovlašćuje, još je jedna mogućnost pravde u pravu, kao naknadnog (postpenalnog), korektivnog uspostavljanja sredine između premalo i previše.

Moglo bi se reći da pravo i pravda nužno sadejstvuju u sferi autoritativnog uređivanja socijalnih odnosa, čak mnogo više i mnogo raznolikije nego što su prikazana povezana dejstva. Pozitivnom pravu nisu primerena samo dva granična rešenja: generalno ovlašćenje za ukidanje propisa u ime pravde i apsolutna zabrana primene pravde.

2. Pomilovanjem se na osnovu zakonskog ovlašćenja iz pravnog poretka u pojedinačnom slučaju uklanja kazna, kao legalna posledica učinjenog prekršaja pravne norme, kao i njeno, pravnom politikom predviđeno dejstvo.

Mogućnost pomilovanja poznaju već najstarije države, uglavnom kao akt vladarevog milosrđa koje proističe iz njegove moći i koje potvrđuje njegovu suverenost.

Savremene države imaju propise kojima se institut pomilovanja precizno određuje, u pogledu osnova, uslova, različitih mogućnosti delovanja na kaznu i kažnjavanje, subjekata (davaoca i primalaca), postupka, i to generalno u ustavu, detaljnije u krivičnom zakon(ik)u, i u posebnom zakonu čiji je neposredni predmet pomilovanje.

Inače, pomilovanje može biti predmet izučavanja i nepravničkih disciplina – sociologije, psihologije, politikologije, etike i dr.

Pravne nauke se ovim predmetom bave na uobičajena dva načina: dogmatički i opšteteorijski ili posebnoteorijski, korišćenjem odgovarajućih metoda, uz upotrebu uporednog i istorijskog metoda kao pomoćnih. Priroda ovoga instituta upućuje na diskreciono odlučivanje u primeni, tako da bi razmatranje prakse njegove primene, sasvim sigurno, kao u ogledalu, pokazalo i moć i nemoć prava, i uzdignuće i posrnuće pravde, i razum i volju prosuditelja, i potrebu aktuelne politike i etičko dostojanstvo zajednice. Istini za volju, pomilovanje nije tema koja zaokuplja pažnju pravnih nauka u nekoj meri za koju bi se moglo reći da je velika, a iz koje bi se zaključilo o njegovoj teorijskoj važnosti. Ovo se zapažanje ističe manje-više u svim radovima iz ove oblasti.

Ova rasprava, međutim, nema za cilj svestrano izučavanje ustanove pomilovanja. Prikazaće se samo osnovne karakteristike ovoga instituta kako ga određuje nauka krivičnog prava, kao i dileme koje izaziva u pogledu drugih, srodnih instituta, ali i u pogledu rukovodnih principa kriminalne politike. Takođe, kratko će se izložiti

4 B. S. Marković, „Pravičnost kao misao i pravno iskustvo“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 6/1937, 225. U istom smislu: „Pravičnost kao izvor prava“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 1/1939, 20, 21, 28, 29; „Pravičnost i pravni poredak“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 1–6/1938, 109.

moguće teorijske kontroverze u pogledu organizacionog načela podele vlasti i njegovih vrednosnih implikacija. Sistematski istorijski pregled i uporedno normativno i praktično iskustvo će izostati. Pozivanje na istorijske i uporedne primere služice samo kao ilustracija. U središte pažnje postaviće se pitanje o temeljnom, pa tako i razložnom principu kojim se pomilovanje, uz sve napetosti koje izaziva, može briniti ili se, konsekventno posledicama koje te napetosti izazivaju, mora osporavati.

II. KRIVIČNOPRAVNI STATUS POMILOVANJA

1. Sa stanovišta države, pomilovanje predstavlja pojedinačni akt kojim se država odriče prava na krivično gonjenje (abolicija) ili prava na izvršenje kazne, a čije je donošenje u nadležnosti njenih najviših, upravnih organa. Njime se kazna, kao posledica izvršenog krivičnog dela, izrečena pravosnažnom presudom na osnovu zakona, u celini ili delimično uklanja iz pravnog poretka. Pomilovanjem se menja sudska odluka samo u pogledu njenog izvršenja (osim u slučaju abolicije), što znači da se njime ne osporava kvalitet pravosnažnosti i zakonitosti same sudske odluke. Sa stanovišta učinioca krivičnog dela, pomilovanje je akt milosti države kojim mu se oprašta inače zaslužena kazna.

Pominjanje reči „pravo“ zahteva da se ukaže na sadržinu još jednog izraza koji se u ovoj materiji koristi – „pravo pomilovanja“ (*ius aggratiandi*), koji nije najsrećnije konstruisan. To pravo, kao pravo na davanje pomilovanja pripada nadležnom državnom organu, a kao pravo kojim je snabdeven učinilac krivičnog dela, ono predstavlja (samo) pravo na traženje pomilovanja, tj. pravo na upućivanje molbe da se pomilovanje dodeli. To važi i u slučajevima kada se praksa davanja pomilovanja u pogledu određenih krivičnih dela i načina njihovog izvršenja ustali; ni tada osuđeno lice nema „pravo“ na pomilovanje kao subjektivno pravo na dodelu pomilovanja.

Odricanje države od prava na gonjenje ili izvršenje kazne (što predstavlja sadržinu prava na davanje pomilovanja), izraženo u aktu pomilovanja, neopozivo je i nenapadljivo.⁵ Na drugoj strani, pomilovano lice („korisnik“ pomilovanja) ne može odbiti, tj. ne prihvatiti pomilovanje. Kada dejstvuje u pogledu izvršenja kazne, pomilovanje je obavezan javnopravni akt. Ovde bi se hipotetički mogle izdvojiti dve situacije koje dovode u sumnju ispravnost heteronomnog dejstva pomilovanja. Kada bi se pravosnažno izrečena kazna zamenila strožom kaznom (što bi se praktično možda i moglo desiti u nedemokratskim režimima), bilo bi logički nužno pretpostaviti pravo na žalbu.⁶ Ipak, ova situacija je *pravno nemoguća* (neosnovana), prvo jer je *ratio* ustanove pomilovanja ublažavanje ili opraštanje kazne, a ne pooštavanje; suspenzija, a ne ekstenzija izvršenja. I drugo, u odnosu na generalnu zabranu retroaktivnosti zakona, argumentom *a fortiori* moralo bi se zaključiti da nije dozvoljeno ni retroaktivno preinačenje presude pravnim sredstvom koje

5 Konačnost rešenja o pomilovanju prema našim pozitivnim propisima znači da (a) nije moguća pravna kontrola donetog akta i da (b) nije moguć opoziv, odnosno da se akt o pomilovanju ne može usloviti. Vidi o tome: S. Pihler, „Prilog raspravi o pomilovanju“, *Pravni život* 6–7/1987, 697 fn. 34.

6 Ova (ne)mogućnost se kratko pominje u: P. Blagojević, *Pomilovanje u teoriji i praksi*, Beosing, Beograd 2005, 22.

zakonom nije ustanovljenu za tu svrhu, i to povećavanjem tereta za počinioca, i još intervencijom upravnog organa u isključivi domen sudske vlasti. Mogla bi se zamisliti, takođe, situacija da lice, smatrajući da je nevino, ne želi da prihvati pomilovanje, s obzirom na to da mu pomilovanje ne ukida status osuđivanog lica, tj. da taj status zadržava nezavisno od pomilovanja. Abolicija, koja podrazumeva odustajanje od prava krivičnog gonjenja u određenim (opravdanim) pojedinačnim situacijama, ovaj (mogući) interes pokazuje na još očigledniji način. Jer, lice na koje se odnosi abolicija može imati legitiman interes da se u pravosnažno okončanom sudskom postupku dokaže nepostojanje vlastite odgovornosti za pretpostavljeno izvršeno krivično delo.

Sa stanovišta pravde, treba pomenuti još da pomilovanje, uz ostala krivično-pravno relevantna dejstva osude koja pomilovanje ne otklanja, nema uticaj na prava trećih lica koja se zasnivaju na osudi (naknada štete pričinjena izvršenjem krivičnog dela). Opet, osim u pogledu abolicije, jer, budući da u ovim slučajevima osuda nije izrečena, ona i ne može biti osnov za ostvarivanje prava trećih lica. Neprikosnovenost individualnih prava, kao i pravda uostalom, upućuje oštećenog u ovoj situaciji na ostvarivanje prava u građanskoj parnici.

2. U postupku s „krivičnim stvarima“ pomilovanje ima ili može imati nekoliko dejstava. Odlukom o pomilovanju (1) menja se dejstvo pojedinačnog sudskog akta kojim je izrečena sankcija tako što se (a) suspenduje ili (b) preinačuje njegovo izvršenje, ili se (2) sprečava donošenje pojedinačnog sudskog akta koji bi se odnosio na sankciju, ili krivičnopravnu meru u vezi s njom (pravna posledica osude) iako postoji pravni osnov za donošenje takvog akta (abolicija).⁷ Dakle, u materijalnom smislu odluka o pomilovanju je pojedinačan pravni akt čija je sadržina određena na napred opisan način – to je pojedinačan pravni akt kojim se odlučuje o dejstvu donetog, donetog i izvršnog, ili (o sudbini) mogućeg, na zakonu zasnovanog sudskog akta koji je (ili bi to bio) pojedinačan nepotpun pravni akt kojim se izriče sankcija i u formalnom i u materijalnom smislu. U formalnom smislu, odluka o pomilovanju, budući da je donosi poglavar ili šef države u posebnom upravnom postupku, jeste upravni akt (rešenje po vrsti).

U vezi s prirodom pomilovanja treba dodati još da je dejstvo akta koji ga sadrži u izvesnom smislu veće pravne snage nego što ga ima presuda, a u pogledu funkcije se ističe njegova korektivna uloga jer se aktom o pomilovanju remeti uobičajeni (pravom predviđen) odnos između pravnih akata, sa svrhom izuzimanja pravila o tom odnosu u pojedinačnom slučaju kada za to postoji razlog. Korektivna uloga pomilovanja zasnovana je pravom, s tim što treba naglasiti da čin pomilovanja uvođi u svet (relativne) izvesnosti prava neke nove činjenice s kojima, kao izvesnim, pozitivno pravo nije moglo unapred da računa, ali koje je apstraktno predvidelo

7 Up. S. Pihler, 687. Ovo je manje-više sadržina koja se obuhvata definicijom instituta „pomilovanje“. Tako i T. Živanović: „Pomilovanje u užem smislu je potpuno ili delimično oslobađanje od kazne izrečene protiv određenog krivca ili preobraćanje iste u blažiju vrstu kazne od strane vladaoca“ (T. Živanović, *Osnovi krivičnog prava – opšti deo*, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd 1922, 361); „Abolicija je odricanje prava na istragu za koje (...) krivično delo u korist određenog krivca od strane vladaoca“ (*ibid.*, 362).

kao moguće, dajući im takvu relevantnost, tako ozbiljan značaj da se zbog njih ili na osnovu njih dozvoljava suspenzija regularnih instituta krivičnog prava.⁸ Takav značaj mogu dobiti samo one činjenice i okolnosti koje su legitimisane pravdom ili moralnim obzirima.

Svrha, razlog i opravdanje instituta pomilovanja mora se potražiti i u pozitivnom pravu kao takvom a ne samo u metajurističkoj ideji.

3. Sa stanovišta aktuelnosti pravnog sistema, pomilovanje se legitimise državnim razlogom i funkcijom prava, koji se s obzirom na organsku vezu države i prava zapravo povezuju u jedan osnov opravdanja. Država je obavezna da uočava socijalne potrebe i njihove promene, kao god što je ovlašćena i moćna da te potrebe zadovoljava. Svoju moć ona institucionalizuje pravom, čijom funkcijom se, opet, proizvode dejstva poželjna sa stanovišta usvojenih temeljnih vrednosti zajednice i uspostavljenog poretka. Sa ovog stanovišta, pomilovanje je institut kojim se uspostavlja ona funkcija prava koja je u pojedinačnom slučaju preporučena državnim razlogom. Dakle, osnov pozitivističkog opravdanja pomilovanja treba tražiti u racionalističkom razumevanju funkcije prava. Pihler u tom smislu navodi da racionalni razlozi „nalažu potrebu jednog instituta u pravu kojim će se obezbediti jedan relativno gipkiji mehanizam kontrole sadržine i primene krivičnog prava nego što to dozvoljavaju 'redovni' i noseći instituti i principi u ovoj pravnoj materiji. Zbog toga pomilovanje i mora da se zasniva na drugom principu prava nego što su zasnovani instituti prava koji su njime kontrolisani“.⁹

U teoriji se takođe navodi da pomilovanje može biti opravdano i sa stanovišta pravne, odn. kriminalne politike, jer tipska praksa u pogledu pojedinih krivičnih dela u praktičnoj primeni ukazuje na to da je važeće pravo u toj vrsti inkriminiranih

8 Važno je naglasiti da se u postupku odlučivanja o pomilovanju ne razmatraju činjenice koje je sud već uzeo u obzir, kvalifikovao ih i njima se rukovodio u izricanju presude, ma kako i ma koliko organu koji odlučuje o pomilovanju njihovo utvrđivanje izgledalo sporno, kvalifikacija neprihvatljiva, a kazna neodgovarajuća, tj. nepravedna. Relevantne su samo one činjenice i okolnosti koje su nastupile u toku izvršenja kazne ili koje su se, kao već postojeće, u toku izdržavanja kazne izmenile. Razloge koji čine osnov za opravdanje pomilovanja teško je pouzdano grupisati, ali se kao tipični, ipak, izdvajaju razlozi vezani za svrhu kažnjavanja i oni koji se tiču nekog od garantovanih ljudskih prava, koji se opet, prema mom razumevanju ovog instituta, mogu objediniti i označiti kao pravo na dostojanstvo. U prvu grupu spadaju one okolnosti koje ukazuju na to da se izvršilac krivičnog dela (osuđeni) popravio, te da je resocijalizacija (specijalna prevencija) kao svrha kažnjavanja postignuta. Naravno, pod uslovom da se razlozi generalne prevencije tome ne protive. Tako se uzimaju u obzir: odnos prema izvršenom krivičnom delu – priznanje i kajanje, odnos prema izvršavanju radnih obaveza, odnos prema službenim licima i drugim osuđenici-ma, kooperativnost u procesu savlađivanja prepreka resocijalizaciji, odnos prema disciplinskim pravilima – izostanak zloupotreba u korišćenju pogodnosti i izostanak disciplinskog kažnjavanja, odnos sa porodicom, obezbeđenost tzv. postpenalnog prihvata, prava oštećenih u pogledu pretpostavljenog zahteva za pravdom itd. U drugu grupu mogu se ubrojati, pod uslovom da ih i druge relevantne okolnosti i svrhe podržavaju: starost, bolest sa izvesnim smrtnim ishodom, teška bolest za koju ne postoji mogućnost adekvatnog lečenja u datim uslovima, ugroženost egzistencije porodice, broj maloletne dece, status jedinog roditelja koji se o deci stara, mentalno obeljenje deteta kome je potrebna stalna pomoć i nega, činjenica da je osuđeno lice tzv. situacioni delinkvent koji je delo izvršio u posebno olakšavajućim okolnostima, smrtni ishod najbližih članova porodice kao posledica nehatno izvršenog krivičnog dela, i neki drugi.

9 S. Pihler, 690.

odnosa neodgovarajuće. To bi značilo priznati da praksa pomilovanja obesnažuje važeće norme, tj. da pomilovanje ima svoj legitimizirajući osnov nezavisno od sistema pozitivnog prava kojim je ustanovljeno, te da u tom smislu nalaže promenu pravnih pravila koje je korigovalo i (ponovno) uspostavljanje legaliteta.

Nema sumnje da pomilovanje, kao pokazatelj aktuelnosti potrebe za izmenama zakona, može imati i ovu funkcionalnu vrednost. Ipak, pravna politika mora koristiti metode i sredstva koji su joj primereni, i to uvek u cilju sistematske, planske i na budućnost usmerene rekonstrukcije prava. Stihijsko, *ad hoc* popravljavanje prava u pojedinačnim situacijama, čak kada je uspostavljena nova vrsta *pravilnosti*, remeti logiku prava, u kojoj je prvo pravilo izvesnost vrednosti zbog čije zaštite pravo i postoji.

Suprotno ovome, pomilovanje treba razumeti, i u tom smislu ga treba primenjivati, kao sredstvo koje potvrđuje smisao prava – opšte apstraktne norme, koja je izraz i oruđe pravne (kriminalne) politike, i na njoj zasnovane pojedinačne norme, koja se pomilovanjem popravljaju tako što se u izvesnom smislu ponovo tumači u vezi s novopridošlim činjenicama i okolnostima konkretnog slučaja relevantnim za način izvršenja – vrstu i dužinu kazne, ili za ostvarivanje svrhe kažnjavanja. Shodno tome, pozitivnopravne vrednosti i načela pravnog poretka osnažuju se institutom pomilovanja tako što se ustanovljeni način primene pojedinačne norme menja ili se primena isključuje jer je takvo postupanje *ispravno*, odn. celishodno u konkretnoj situaciji.

4. U nauci krivičnog prava raspravlja se i pitanje odnosa pomilovanja sa srodnim krivičnopravnim ustanovama, kojima se takođe interveniše u sferi kazne i njene primene. To su vanredno ublažavanje kazne i uslovni otpust. U prvom slučaju, sud odlučuje na osnovu uloženog pravnog leka preinačujući presudu kada postoji saznanje o činjenicama koje bi, da su bile poznate i kvalifikovane u momentu izricanja presude, uticale na kaznu. U postupku pomilovanja ne razmatra se i ne ceni ovaj činjenični kontekst – činjenice koje su na osnovu zakona odlučile izricanje kazne, već činjenice koje nastupe ili postoje u postupku izvršenja kazne i koje ukazuju na moguću osnovanost ispitivanja njene celishodnosti i preinačenja.¹⁰

Odluku o uslovnom otpustu¹¹ donosi sud, pod uslovima propisanim zakonom, u postupku izvršenja kazne ceneći rezultate u pogledu ostvarenja svrhe kazne. Njegova je svrha, kako se to navodi u nauci krivičnog prava, „penološka“. Pomilovanje,

10 Praktična pravednost ili osećaj za pravdu mogu da zavedu postupak pomilovanja komisijâ za pomilovanje koje u praksi našeg pravnog sistema pripremaju odluke za predsednika Republike kada on vrši ovo svoje ustavno ovlašćenje. One su katkada sklone da analiziraju i one činjenice koje je sud već utvrdio kao osnov presude i izrečene kazne i da predlogom odluke o pomilovanju, iz razloga koji nisu predviđeni za pomilovanje, zapravo menjaju presudu kada im se učini da je ona manjkava, nelogična ili očigledno nepravilna. Drugo zapažanje odnosi se na pitanje da li u očigledno nejednakom postupanju različitih mesno nadležnih sudova u istovrsnim stvarima pravičnost nalaže da se, ako je to već upadljivo a dostupno korekciji, pomilovanjem vrši ujednačavanje sudske prakse. Za obe ove situacije moj odgovor bi bio da se takvo rezonovanje i držanje u postupku pomilovanja ne sme dopustiti, štaviše da je opasno. Dobre namere, bez validnog pravnog uporišta, u krajnjem ishodu nanose štetu pravnom poretku a ne donose korist.

11 U našem pozitivnom pravu sud donosi (dakle, mora doneti) odluku o uslovnom otpustu pod uslovima propisanim zakonom kada je osuđeno lice izdržalo $\frac{2}{3}$ kazne.

međutim, nema neposredni penološki cilj, što znači da nije sredstvo predviđeno za ostvarenje takvoga cilja, mada, razumljivo, i ono utiče na ostvarivanje ciljeva kojima kazna inače služi. Drugim rečima, funkcionalni osnov pomilovanja i razlog njegovog postojanja u pravnom sistemu jesu drugačiji nego što su oni osnovi i razlozi kojima se rukovode ustanove vanrednog ublažavanja kazne i uslovnog otpusta. To, dalje, nalaže da se u primeni ovih pravnih instituta mora voditi računa o njihovim specifičnim svrhama i razlozima koji ih opravdavaju.¹²

III. POZICIJA POMILOVANJA SA STANOVIŠTA TEORIJE (PRAVNE) DRŽAVE

1. Rečeno je već da je odluka o pomilovanju upravni akt u materijalnom smislu i da se njime zapravo odlučuje o dejstvu pravosnažnog sudskog akta, što u stvari znači da se posredno ponovo odlučuje o krivičnoj sankciji. Štaviše, s obzirom na pravne posledice osude, koje nastupaju neposredno na osnovu zakona, bez konkretizacije pojedinačnim pravnim aktom, odluka o pomilovanju suspenduje primenu zakona za taj konkretan slučaj u pogledu konkretne pravne posledice osude. Ne bi bilo preterano, otuda, zaključiti da je odluka o pomilovanju u ovakvoj situaciji upravni akt u formalnom smislu a zakon u materijalnom, sa stvarnim dejstvom *lex specialis*-a.

Akt o pomilovanju je upravnopravni akt prema sadržini i donosiocu, kao što je opisano. Subjekat nadležan za njegovo donošenje i postupak donošenja regulisani su zakonom, koji ovo ovlašćenje dodeljuje subjektu donosiocu kao diskrecionu moć.

Diskreciono ovlašćenje, načelo oportuniteta i ocena celishodnosti u pravu su potrebni, katkada i nužni kao što je to ovde slučaj, ali je njihova praktična operacionalizacija veoma osetljiva.

Iako i u krivičnom pravu sud, kada ga na to upućuje objektivno pravo, diskreciono odlučuje kada utvrđuje visinu kazne između zakonskog maksimuma i minimuma, bira između alternativnih kazni, odlučuje o kumulativnoj primeni dve kazne ili kazne i mere bezbednosti, položaj upravnog organa koji odlučuje o pomilovanju, iako je jedan od najviših upravnih organa, ili baš zbog toga, jeste delikatniji.¹³

12 U prilog ovome može se navesti i postupanje komisijâ za pomilovanje u Srbiji. Dešava(lo) se da osuđeno lice koje podnese molbu za pomilovanje ispunjava (istovremeno) zakonske uslove u kojima je moguć uslovni otpust, a da prema oceni celishodnosti ne postoje razlozi kojima bi se moglo zasnovati, pravdati i obrazložiti pomilovanje, pa se u razmatranju molbe ova činjenica – mogućnost uslovnog otpusta – eksplicitno navodi.

13 Šefu države ova vrsta delatnosti ne predstavlja profesionalno zanimanje; on ne mora biti u položaju da je „osiguran“ ustaljenom praksom (naročito zbog ograničenog trajanja mandata); ne poseduje rutinu diskrecionog odlučivanja, a često ni pravničko znanje. Ove manjkavosti se otklanjaju i ispravnost postupanja obezbeđuje detaljnim uređivanjem procedure. Prema našim pozitivnopravnim propisima, uz obrazloženu molbu, predsedniku Republike se dostavljaju: izveštaj kazneno-popravne ustanove u kojoj lice izražava kaznu, mišljenje suda koji je izrekao prvostepenu odluku, mišljenje ministra pravde i obrazloženi predlog odluke koju sačinjava komisija za pomilovanje, koju predsednik obrazuje po potrebi. Molbi se, katkada, pridružuju mesne peticije građana ili mišljenja relevantnih nevladinih organizacija. Stavovi pomenutih državnih organa i institucija formiraju neku vrstu mnjenja o zadatku kaznene politike i svrsi izrečene kazne u tom

Diskreciono postupanje podrazumeva da nadležni organ u konkretnom slučaju u granicama zakona donosi celishodnu odluku. On je ograničen javnim interesom, tj. upućen je da u svakoj takvoj situaciji donese odluku koja je u javnom interesu, a to je onaj interes zbog koga mu je zakonodavac i poverio ovu vrstu ovlašćenja. Javni interes kao rukovodna svrha stavlja donosioca pojedinačnog akta u položaj zakonodavca za koga mora osnovano pretpostaviti da bi doneo (baš) akt takve sadržine da je konkretan slučaj imao pred sobom. Akt pomilovanja, moglo bise tako reći, predstavlja „svrsishodnu“ ili „ispravnu proizvoljnost“.¹⁴

Budući da je izuzetno i konkretno i da deluje kao korekcija zakonske pravde u pojedinačnom slučaju, pomilovanje je pravno zasnovano na načelu oportuniteta sadržanom u mogućnosti diskrecionog odlučivanja. Ovakvo razumevanje prirode instituta pomilovanja predstavlja u isto vreme kriterijum za njegovo teorijsko razlikovanje od srodnih, kratko prikazanih krivičnopravnih ustanova, koje se temelje na načelu zakonitosti, i, što je još važnije, predstavlja osnov rezonovanja kada i kako ih pojedinačno koristiti u praksi primene prava.

Vezanost pravnom normom koja se primenjuje je ovde slabija a sloboda veća, pa tako postupanje na osnovu diskrecionog ovlašćenja lako može skliznuti u nehotimičnu ili namernu subjektivnost, odn. arbitrarnost. Posebno zbog toga što je položaj šefa države po prirodi te funkcije državne vlasti veoma blizak svetu politike. Utoliko pre je moguće da odluke o pomilovanju budu pravno necelishodne ali zato politički shodne.¹⁵

2. S druge strane, vrsta akta o pomilovanju u formalnom i materijalnom smislu ukazuje na to da se ovom pravnom delatnošću narušava princip podele vlasti. Vrednosni, a ne samo organizacioni značaj principa podele vlasti dobro je poznat.¹⁶ Iako je predviđena ustavom i zakonom, dakle nije pravom nedopuštena, praksa davanja pomilovanja jeste intervenisanje upravne vlasti u funkciju sudske vlasti. Ponoviću još jednom da se pomilovanjem ne osporava „integritet“ sudske odluke – njena zakonitost, pravosnažnost i konstatacija da je lice koje traži pomilovanje učinilo krivično delo, ali se menja pravno dejstvo osude, što je dovoljan i ozbiljan razlog zbog koga se mora priznati da se u konkretnom slučaju upravna vlast nadređuje sudskoj. Ovome treba dodati još i to da se u postupku koji prethodi odluci, u kome se od suda koji je izrekao prvostepenu presudu traži mišljenje o tome da li postoje okolnosti zbog kojih bi pomilovanje bilo opravdano, sud nalazi u ulozi pomoćnog organa jer je obavezan da prikuplja činjenice i podatke koji bi bili od značaja za pomilovanje, kao i da proverava one koje su u molbi navedene kao mogući osnov pomilovanja prema subjektivnoj proceni molioca ili u aktu organa kada se postupak

pojedinačnom slučaju, s tim da ono ne obavezuje predsednika, pa shodno ustavnom ovlašćenju, on konkretnu molbu može i odbiti i usvojiti.

14 Frazu „ispravna proizvoljnost“ navodi Radbruch pozivajući se na autorstvo Wolfganga Heimanna. U: G. Radbruch, *Filozofija prava*, Nolit, Beograd 1980, 223 fn. 2.

15 U istoriji instituta pomilovanja poznati su zapanjujući i veoma slikoviti primeri zloupotrebe „činjenja milosrđa“.

16 Vidi: R. Vasić, *Pravna država i tranzicija. Teorijski model i kontekstualno uslovljavanje*, Dosije, Beograd 2004, 9–25.

pokreće *ex officio*. Degradirajući ili bar neobičan položaj suda ogleda se u tome što je sud o stvari koju je već razmatrao i pravosnažno o njoj zaključio obavezan ponovo da formira mišljenje, doduše kada molba već rešenu stvar i aktera prikazuje u drugačijim okolnostima, sa svrhom davanja preporuke u pogledu toka izvršenja kazne, a ne preinačenja prvobitne presude.

Zbog relativizovanja podela funkcija državne vlasti, koje u sebi uvek krije izvesne opasnosti po vrednosti pravnog poretka i status ljudskih prava, mora se obezbediti da se izuzetnost pomilovanja ne pretvori u pravilnost, koja bi onda derogirala i supstituisala nadležnost zakonodavca u kreiranju ciljeva kriminalne politike opštim normama.

Ovo naročito važi za države koje se (tek) izgrađuju kao pravne, a to su i države u tzv. demokratskoj tranziciji, u kojoj je i naša država.

3. U teoriji i političkoj filozofiji pitanje pomilovanja sigurno nije od prvorzrednog značaja, ali je interesantno spomenuti kako se pojedini državni oblici povezuju s razumevanjem potrebe za vladarevom milošću.

Razmatrajući tri oblika vladavine – republikanski, monarhijski i despotski i zakone koji odgovaraju prirodi demokratije i aristokratije, monarhijske vladavine i despotske države, Monteskeje analizira i krivične zakone, način donošenja presuda i odmeravanje kazni na osnovu njih. U monarhiji i republici zakoni formalno, a sudovi delatno dodeljuju pravdu odlučujući o životu, slobodi, dobrima i časti. U despotskim državama zemlja pripada vladaru, pa zakonodavac ne bi imao o čemu da odlučuje niti bi sud imao o čemu da presuđuje.

Razloge za odvojenost suda od suverenog položaja vladara u monarhijama Monteskeje vidi, između ostalog, u tome što izricanje presuda i dodeljivanje milosti mora biti razdvojeno kako pravne formalnosti ne bi bile ukinute, te da su vladari „pridržali“ pravo da udeljuju milost jer je to „najlepši atribut“ njihove suverenosti.¹⁷ „Od vladara bi čovek morao da izađe jedino zadovoljan.“¹⁸

Srazmera između kazne i zločina morala bi biti pravična, a kada to nije, pa među kaznama nema razlike, „valja je uneti u pogledu nade na pomilovanje“.¹⁹ Monteskeje smatra da u davanju pomilovanja leži velika moć umerenih vladavina i da je to njihova prednost ako se ova moć mudro sprovodi, za razliku od despotske vladavine u kojoj se ne prašta, ali ni kojoj se nikada ne oprašta.

Davanje milosti je svojstvo kojim se prvenstveno odlikuje monarhija. S obzirom na načelo vrline, u republici je postupanje iz milosti manje potrebno. U despotskim državama, u kojima se vlada strahom, strogost je načelo a milost retkost. Na pitanje kada treba kazniti a kad oprostiti, Monteskeje odgovara da je to „stvar koja se lakše oseća nego što se propisuje“, čime veoma dobro određuje prirodu i funkciju pomilovanja.²⁰ Kada pravedno udeljuje milost iz suverene moći kojom raspolaže, vladar stiče poštovanje i ljubav, a kada to čini iz slabosti, izlaže se preziru.

17 Monteskeje, *O duhu zakona*, tom I, Filip Višnjić, Beograd 1989, 92.

18 *Ibid.*, 93.

19 *Ibid.*, 105.

20 *Ibid.*, 108.

Ako bi se kao motiv upotrebila njegova „lako dokaziva“ tvrdnja da su se u „gotovo svim državama Evrope kazne smanjivale ili povećavale u meri u kojoj se država približavala slobodi ili se od nje udaljavala“, moglo bi se zaključiti da su u državama vladavine prava, kao i u njegovoj republici,²¹ jednakost i sloboda dovoljno zaštićeni od nepravednog kažnjavanja i nesrazmjernih kazni²² da je davanje milosti aktom pomilovanja samo izuzetno povlašćivanje počinilaca u razumnim, očiglednim i pravdom kao svrhom motivisanim okolnostima.

Kada se pomilovanjem odstupa od podele vlasti, koja predstavlja jezgro principa pravne države, njeno izvorno i postojano načelo, ta se protivrečnost (nespojivost) može odbraniti (dovesti u sklad) jedino logikom u kojoj se i odstupanje (ustanovom pomilovanja) i privilegovanje (ustanove pomilovanja) legitimišu jednim višim, nadređenim principom.

IV. TEMELJNI PRINCIP LEGITIMNOSTI POMILOVANJA

1. Naslov ovog odeljka sugeriše da je institut pomilovanja legitiman, ili da se ima legitimisati, a da samo treba ustanoviti kojim načelom i na obrazložen način pokazati njegovu funkcionalnu vrednost, uzimajući u obzir, naravno, i druge principe ustrojstva pravnog poretka, i one koji ga osporavaju i one koji ga podržavaju.

Ipak, već na prvi pogled, jasno je da je ideja zasnivajućeg legitimiteta zavisna od filozofske ili opšteteorijske koncepcije prava u sistemu konkretnog učenja, te da se jedan, afirmativan odgovor ne može izlučiti kao opšteprihvatljiv.

2. Pravo je u Radbruhoj filozofiji prava „ona stvarnost čiji je smisao da služi pravnoj vrednosti, ideji prava... Ideja prava, pak, ne može biti ništa drugo nego pravda“.²³ Pravda je za njega apsolutna vrednost jer se ne može izvesti ni iz kakve druge vrednosti.

Ovaj Radbruhoj početni stav u razumevanju prava toliko je upečatljiv i instruktivan da je dobio gotovo aforistično značenje. U bogatoj i razuđenoj konstrukciji, za

21 Ova napomena je metodološkog značaja, jer se demokratska republika može samo relativno i uslovno upodobiti savremenoj demokratskoj pravnoj državi po tome što vlast vrši narod jasno definisanim zakonima koje donosi skupština. U svemu ostalom, Monteskejeva republika odražava uglavnom antičke ideje o državi, pre svega Aristotelove. Jednakost u republici treba razumeti u smislu Aristotelovog distributivnog principa (s obzirom na to da se uglavnom primenjuje u političkim odnosima), što znači da svako u državi dobija (proporcionalno) onoliko vlasti koliko mu, prema nekoj ličnoj vrednosti koju poseduje, pripada (imovina, poreklo, zasluge za opšte dobro). Stabilnost republikanskog uređenja ne zavisi samo od strukture i organizacije vlasti (priroda vladavine) već i od poštovanja vrline kao njegovog načela (dejstveni princip vladavine), koja je političke a ne moralne ili hrišćanske prirode (*ibid.*, 3, 30). Sastoji se u usmerenosti delanja na opšte dobro, koja se postiže jednakošću i zakonima, obrazovanjem i vaspitanjem. Politička vrlina je osnov ustrojstva i „pokretač“, kazaće Monteskeje (*ibid.*, 3,4), u republici, a izražava je ljubav prema otadžbini - prema jednakosti i zakonima (u tom smislu, posebno:*ibid.*, 18–23, 31–33).

22 Pravedna je kazna „koja pogađa jednoga isto kao i drugoga“, kao što je pravedno kažnjavanje „nekolicine srazmerno njihovoj krivici“ (G. Radbruh, *op. cit.*, 46).

23 G. Radbruh, 44–45, 94...

potrebe teme koja se ovde razmatra, navešće se samo nekoliko izvedenih stavova, uz obzirnu napomenu da se poznavanje celine pretpostavlja.

Tri sastavna dela ideje prava, tri ravnopravna zahteva koja se pravu postavljaju, pored pravde, jesu svrsishodnost i pravna sigurnost. Pravda određuje formu prava a svrsishodnost sadržinu, jer pravda ne uspostavlja kriterijum za ocenu šta je čim jednako a šta nejednako, kao što ne utvrđuje ni način postupanja u odnosu jednakosti ili nejednakosti, pa se u tom smislu dopunjuje utvrđivanjem svrhe prava. Ona je pak relativna, jer se na pitanje o tome koja vrednost ima apsolutno važenje (kao pravda), kojom je pravo određeno i treba da služi, u zavisnosti od „pogleda na svet“ dobijaju se tri različita, među sobom suprotstavljena odgovora: individualne vrednosti, kolektivne vrednosti i vrednosti dela.²⁴ I dalje, pošto već ne može da se utvrditi šta je pravedno, može se propisati šta je po pravu. Tako pozitivnost prava obezbeđuje sigurnost prava, koja se kao treći deo priključuje ideji prava. Pozitivnost prava postaje, kazao Radbruch „veoma čudno“, uslov ispravnosti prava, kao god što je ispravnost „zadatak pozitivnog prava“.²⁵

Osim svrsishodnosti koja se može samo relativistički odrediti, i odnos sastavnih delova ideje prava, odn. „redosled prvenstva“, takođe je relativistički.²⁶ Činjenica da su kvalifikovani kao sastavni delovi ideje prava, jasno ukazuje na to da pravda, pravna sigurnost i svrsishodnost zahtevaju jedno drugo, ali među sobom mogu doći u izrazitu protivrečnost. Određujući *formu*, pravda služi kao kriterijum za ocenu da li neki propis (nalog) ima karakter prava, odn. da li odgovara pojmu prava. Za određivanje *sadržine* prava, međutim, merodavna su sva tri principa. Oni „zajednički vladaju pravom u svim njegovim vidovima“.²⁷ Otuda se validnost prava (važenje) ne ocenjuje samo sa stanovišta pravne sigurnosti nego i sa stanovišta načela pravde i svrsishodnosti.

„Glavninom pravne sadržine“, međutim, kako piše Radbruch, „vlada princip svrsishodnosti, ali i te pravne sadržine modifikuje pravda, u slučaju, recimo, kad neko načelo koje je nametnula svrsishodnost, sa razloga pravne jednakosti zahteva da bude primenjeno i izvan okvira njegove svrsishodnosti.“²⁸ I obrnuto, naravno, jednakost može biti korigovana svrsishodnošću, kao što je to u izvesnom smislu slučaj s pomilovanjem.

Za ustanovu pomilovanja Radbruch kaže da predstavlja „neskriveno priznanje“ postojanja „napetosti u samoj ideji prava“.²⁹ Superioran normativni princip koji bi razložnim autoritetom razrešio konflikt između zahteva pravde, svrsishodnosti i pravne sigurnosti ne postoji, pokazano je. Otuda, nije osnovano očekivati da se dejstvo pomilovanja kvalifikuje kao pomiriteljsko u punom kapacitetu. Ali ako ne rešava, pomilovanje ublažava antinomiju tako što se aktom pomilovanja sukobljeni zahtevi ponovo odmeravaju (i uravnotežavaju), sada na drugačiji način nego što je

24 Up.: *ibid.*, 71–73.

25 *Ibid.*, 95.

26 *Ibid.*, 96.

27 *Ibid.*, 99.

28 *Ibid.*, 98–99.

29 *Ibid.*, 222.

to učinjeno presudom. Iz svega što je napred rečeno jasno proizlazi će se katkada u odnosu na pravdu, koja formalno izjednačuje, aktom pomilovanja dati prednost svrsishodnosti, koja individualizuje. Katkada će se, opet, čvrstoj logici pozitivnog prava suprotstaviti pravda kao razlog pomilovanja. Konkretnije, i primera radi, Radbruch navodi da se „procesualna pravosnažnost nepravilne presude“ ispravlja pozivanjem na „materijalno pravo“, „pravda“ koriguje „pravičnošću“, a „specifična kriminalnopolitička svrsishodnost“ uklanja u konkretnom slučaju „državničkom mudrošću“ kada se ističe razlog „opštepitičke svrsishodnosti“.³⁰ Izvan pravnih i političkih razloga, pomilovanje može nemati „svrhovnu racionalnost“, kada se npr. vrši povodom nacionalnih praznika.

Kako je već više puta rečeno, aktom pomilovanja se u konkretnom slučaju ispravlja pravna odluka o kazni, odn. njeno dejstvo, pa se osnovano može tvrditi da je, ne samo u duhu Radbruchove filozofije nego i inače, pomilovanje ustanova kojom se uspostavlja „ispravno pravo“.

Ali postizanje „boljeg prava“ nije jedino dejstvo pomilovanja. Ono dejstvuje i kao „bolje nego pravo“. Ovdje se misli na to da pomilovanje, doduše, ublažava napetost između tri ravnopravna zahteva prava, ali u isto vreme ono ovu napetost ne otklanja već je, naprotiv, potvrđuje. Život prava se ne odvija samo prema naložima pravde, jer pored nje postoje i druge vrednosti kojima bi u zajednici trebalo da se udovolji i ponekad će biti opravdano ili nužno da se one ostvare nasuprot pravu – dok ne postanu pravo, ako su po svom karakteru takve da su relevantne za pravo, ili nezavisno od prava, kada ih ističe državni razlog, odn. politička svrsishodnost, ili bilo koja druga okolnost koja se na očigledan način povezuje sa smislom milosrđa.

Ovo zapažanje koje je Radbruch preuzeo iz socijalne istorije, ipak ne može biti valorizovano i postavljeno kao princip postupanja u njegovom (a to je i naše!) vremenu. Milosrđe je, prema njegovim rečima, „postalo *pravno* (podvukla R. V.) dobročinstvo, koje se primenjuje prema određenim načelima, nad milosrđem pravda želi da vlada, kao i um nad dobročinstvom“.³¹ Milosrđe traži pomoć pravde, ali ga pravda ne može prinuditi na delanje.

Pravda kao forma prava vrednuje ljude i shodno tome dodeljuje ili raspodeljuje (dobra i terete), pa tako i kaznu određuje i samerava prirodi i „zasluzi“ krivice. Milost kao sadržina pomilovanja, nasuprot, potvrđuje ljudsku prirodu (bez obzira na vrednost individue) kada oprašta greh i oslobađa od kazne.

Tako je pomilovanje jedna „ublažena forma prava“; ublaženi pravni nalog. Radbruch poetski dodaje da pravno dobročinstvo predstavlja „blistav i svetao zrak, koji u područje prava prodire iz jednog sveta potpuno stranog pravu, i na taj način baš iznosi na videlo bezosećajnu sumornost sveta prava“.³² I „kao što čudo krši zako-

30 *Ibid.*, 223. U istom smislu, „Pravda i milosrđe“. U: G. Radbruch, 272–273. Suprotno stavu koji navodim da se pomilovanjem ne ispravlja presuda, a to je savremeno razumevanje instituta pomilovanja, Radbruch, u skladu sa osnovom svoga učenja o tri sastavna dela ideje prava, kao dejstvo pomilovanja navodi upravo ispravljanje presude, kao npr., „pravosnažne pogrešne presude“ zbog nedovoljnosti dokaza ili pogrešnog tumačenja, u cilju „pribavljanja važenja“ pozitivnom pravu (*ibid.*, 272).

31 G. Radbruch (1980a), 225.

32 *Ibid.*, 225.

ne fizičkog sveta tako milosrđe predstavlja čudo bez zakona u okviru pravičnog zakonskog sveta³³. „Pored i iznad prava“, zaključuje on, „koje želi da do krajnosti bude um i svrha, postoje i drugi i viši sistemi vrednosti.“³⁴

Pored gledišta koja pokazuju razumevanje za ideju pomilovanja kao „sigurnosni ventil prava“ (Jering) ili „primenu na delu ispravnog prava“ (Štamler), a na koja se i Radbruch u svojim raspravama poziva,³⁵ postoje i one koncepcije u kojima se poriče osnov za njegovo opravdanje.

3. „Pravo veličanstva“ Kant smatra najosetljivijim („najtugljivijim“) među svim pravima kojima raspolaže suveren, jer bi dokazivanjem „sjaja svoje visosti“, on kao davalac pomilovanja, u stvari, činio nepravo.³⁶

Ovakav odnos prema pomilovanju može se razumeti samo u okviru njegove retributivističke teorije kazne, koju je sistematično izložio u *Metafizici morala*. Retributivističko učenje, za razliku od utilitarističkog, nastoji da pokaže da pravo na kažnjavanje, koje proističe iz prekršaja, sadrži u sebi i moralnu dužnost, te da prekršilac takođe ima moralno pravo na kaznu, a da sama kazna, po prirodi i težini, mora da bude srazmerna prekršaju.

Pravo se temelji na prinudi. No kako je prinuda smetnja ili otpor slobodi, a sa postojanje slobodnih htenja predstavlja zapovest (praktičkog uma) u univerzalnom zakonu prava,³⁷ prinuda će biti legitimna kada je „izvesna upotreba sama slobode prepreka slobode po opštim zakonima“ (nepravo), pa se prinuda kao „sprečavanje neke prepreke slobode“ smatra pravom jer je sama u skladu sa slobodom prema univerzalnim zakonima (pravedna je).³⁸ Pravo i ovlašćenje na primenu prinude prema prekršiocu prava za Kanta su jedno isto (princip protivrečnosti). Pošto je kazna jedan oblik pravne prinude, i ona je s ovog stanovišta opravdana u okviru pravnog sistema. Zakoni u Kantovoj filozofiji pored pravne imaju i moralnu sankciju, tako da će zakonska kazna biti i etički opravdana ako je i pravni sistem kome pripada etički prihvatljiv.

Krivično pravo predstavlja moć vladarevog zapovedanja kojim za prestupe javnog zakona svoje podanike kažnjava nekim bolom. Sudska kazna nije sredstvo koje služi postizanju ili unapređenju nekog dobra počiniočevog ili zajednice, što bi danas bile specijalna i generalna prevencija kao svrhe, već se kazna izriče prema počinioцу *zato što je izvršio zločin*. Jer, čovek ne može biti predmet – sredstvo kojim se postiže neki cilj za druge, odn. korist za njega samoga ili građansko društvo. To svojstvo „nepredmetnosti“ pripada njegovoj prirodnoj ličnosti, iako mu se kaznom može oduzeti nešto drugo – građanska personalnost.

33 *Ibidem*.

34 G. Radbruch (1980b), 275.

35 *Ibid.*, 272.

36 I. Kant, *Metafizika morala*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci – Novi Sad 1993, 138–139.

37 „Delaj spolja tako da slobodna upotreba tvoje samovolje može da postoji sa slobodom svakoga po nekom opštem zakonu...“ (*ibid.* 33).

38 *Ibidem*.

„Krivični zakon je kategorički imperativ, i teško onome! ko se provuče kroz zmijske vijuge nauke o sreći da pronade nešto što će ga, prednošću koju obećava, osloboditi kazne ili samo jednog njenog stepena, prema farisejskom geslu: 'bolje je da jedan čovek umre' za narod 'nego da propadne ceo narod'; jer ako propadne pravda, onda nema više nikakve vrednosti da ljudi žive na Zemlji. – Šta, dakle, da se misli o predlogu: da se nekom zločincu osuđenom na smrt poštedi život, ako bi pristao na to da se na njemu vrše opasni eksperimenti, i tako bio srećan da dobro prođe; da bi lekari time dobili jednu novu pouku korisnu za zajednicu? Sud bi medicinski kolegijum koji bi učinio takav predlog s prezirom odbio; jer pravda prestaje da bude pravda ako se prodaje za bilo koju cenu.“³⁹

Ovo je čuven i često citiran odlomak jer u sebi sadrži jezgrovitu sliku već pomenutih karakteristika retributivizma: (a) činjenica da je neko izvršio zločin zasniva neposredan osnov moralnog prava na kaznu; (b) zlo koje se kaznom nanosi ne traži opravdanje u dobrim dejstvima kažnjavanja; (c) iz (a) i (b): kažnjavanje je pravedno po sebi; (d) iz učinjenog prekršaja proističe moralna dužnost da se počinilac kazni; (e) iz urođenog svojstva ličnosti proističe pravo prestupnika da bude kažnjen zato što je prekršio krivični zakon, a ne zato što kazna (treba da) ima neko dobro za svrhu.

Retributivističkom razumevanju kazne mogu se dodati još dva argumenta. Prvi se poziva na „običnu moralnu svest“ koja rezonuje tako što smatra da počinilac ne može istaći prigovor nepravde kada mu se dogodi ono što je on skrivio drugome. Drugim rečima, i „nefilozofsko mnjenje“ pravo odmazde (*ius talionis*) smatra pravednim. Drugi argument na primeru pozitivne sankcije pokazuje besmislenost kazne kada bi se njena svrha razumela kao postizanje dobrih posledica. Jer, bez činjenja kao uzroka i razloga, nagrada bi bila obesmišljena jer bi se dodeljivala ne zato što se postupalo na određeni način, već da bi se na taj način u budućnosti postupalo.⁴⁰

Priroda prekršaja je osnov odmeravanja pravedne kazne, pa će sud izreći meru odmazde, po vrsti i stepenu primerenu zločinu, uspostavljajući, dakle, izvesnu proporciju, i tako postupiti u skladu s „čistom i strogom pravdom“.⁴¹

Kant, dalje, razmatra praktične poteškoće koje se mogu javiti u odmeravanju i primeni kazne kako je pojmovno utvrđena, kao i mogućnost izuzetaka od retribucijskog načela, što nas, najзад, približava temi određenoj naslovom rada.

Teškoća je u tome što (a) zbog različitog statusa ljudi (bogatstvo, npr.) neke kazne ne pogađaju jednako počinioce istovrsnog krivičnog dela, kao što se i (b) neke kazne zbog prirode krivičnog dela ne mogu primeniti principom taliona (silovanje, npr.). Rešenje je u prvom slučaju postupanje po pravičnosti, kada se sameravanje, npr. novčane kazne, vrši prema imovinskom statusu prekršioca. U drugom slučaju će pomoći tumačenje principa „oko za oko“ na taj način što se počinioцу neće uz-

39 Ibid., 133.

40 Up. I. Primorac, *Prestup i kazna. Rasprava o moralnosti kazne*, NIP Mladost, Beograd 1978, 17.

41 I. Kant, 134.

vratiti istom vrstom zlodela nego onim nanošenjem bola (kastracijom, npr.) koji će ga pogoditi na isti način kao što je žrtvu pogodilo njegovo zloredo.⁴²

Od načela retribucije ili pravednosti kazne postoje izuzeci u Kantovoj teoriji. Takav je izuzetak pomilovanje, ali pod sasvim određenim i strogim uslovima (zbog čega to i jeste izuzetak!), koji bi bili očigledni već iz dosadašnjeg prikaza njegove teorije kazne, dakle i bez eksplicitnog obrazlaganja.

Suverenu pripada pravo ukidanja ili smanjenja kazne, ali ne za delo koje podanik učini nekom drugom podaniku, jer bi u tom slučaju nekažnjavanje bilo „najveća nepravda prema njima“,⁴³ već jedino za zločin izvršen prema suverenu, ali i tada jedino kada sigurnost naroda takvom odlukom ne bi bila dovedena u opasnost. Osnov pomilovanja za uvredu veličanstva ne bi bio javni zakon nego „vrhovna odluka“ kao akt „prava veličanstva“ koji se donosi, dakako, u pojedinačnom slučaju.⁴⁴

4. Dosledna retributivna teorija kazne, nasuprot utilitarističkoj, i to načelno a ne samo u Kantovoj formulaciji, ne trpi milosrđe, praštanje i pomilovanje. Ali, osnovano se može postaviti pitanje: ako prekršaj nalaže moralnu dužnost kažnjavanja, nije li i čin milosrđa isto tako moralna dužnost, u odnosu na koju bi se nečinjenje smatralo prekršajem moralne dužnosti?

U odbacivanju ovoga prigovora moglo bi se tvrditi da načelo milosrđa uopšte nije moralno načelo ili da jeste moralno načelo, ali da nije prihvatljivo zato što se suprotstavlja jednom drugom, višem (značajnijem) moralnom načelu – pravde.

Ako bi se prihvatilo da načelo milosrđa, praštanja i pomilovanja jeste izvorno moralno načelo, i ono bi obavezivalo dužnošću, ali samo relativno, u nekim situacijama.⁴⁵ Na prvi pogled nevolja se javlja u pogledu sukoba dve dužnosti. No sum-

42 Apsolutni izuzetak u ovakvom tumačenju *lex talionis*-a za Kanta jeste smrtna kazna, koja je jedina moguća kazna srazmerna zločinu ubistva.

43 *Ibid.*, 138.

44 *Ibid.*, 136. Postoje dva zločina za koja bi princip odmazde zahtevao smrtnu kaznu – ubistvo u dvoboju (ratnog druga) i čedomorstvo (majke) vanbračnog deteta, ali za koja Kant nije odlučan da li je zakonodavstvo ovlašćeno da naredi da se smrću kazne. Javna odbrana časti u dvoboju, bez zakona i suda, uz obostrani pristanak i uz izlaganje sopstvenog života mogućnosti gubitka, ne smatra se ubistvom, prema njegovom mišljenju. Rođenje vanbračnog deteta je izvan zakona, pa tako i izvan njegove zaštite, jer se, kako kaže, takvo dete „tako reći ušunjalo (kao zabranjena roba)“ u zajednicu, pa se njegovo postojanje može zanemariti kao pravna činjenica (*ibid.*, 137–138). U oba slučaja je u pitanju oduzimanje života, ali ne i ubistvo. Kant je svestan napetosti, „škrupca“ reći će on, u pogledu pravednog izbora između „surovosti“ i „trpeljivosti“ (*ibid.*, 138). Dilemu razrešava stavom da je „javna pravda“, utemeljena kategoričkim imperativom krivičnog zakona, inferiorna u odnosu na pravdu proizašlu iz naroda kada se one sukobljavaju zbog nedovoljne izgrađenosti građanskog uređenja, i da zato „postaje nepravda“ (*ibidem*). Izuzimanje retribucije smrtnom kaznom dozvoljeno je i u okolnostima kada bi doslednost principu dovela državu u stanje u kome bi ostala bez podanika, kao i u situacijama tzv. stanja nužde. (I. P. 21) Obrazloženje osnovanosti izuzetaka u pogledu čedomorstva, opstanka državno-pravnog poretka i stanja nužde, Primorac izlaže razložnoj kritici sa stanovišta jezgra Kantovog zalaganja za retributivni kazneni princip, pokazujući da je ovde Kant manje-više „podlegao“ utilitarističkom rezonovanju i zaključivanju (v.: I. Primorac, 22).

45 Bezizuzetnost ove dužnosti, naprotiv, poništila bi svaku mogućnost moralne opravdanosti kažnjavanja.

nja u postojanje sukoba dužnosti mora se odbaciti, a retributivna teorija odbraniti pokazivanjem da ovde, ipak, nije na delu takav sukob. Naime, princip retributivnog kažnjavanja, iz kojeg proističe dužnost suda da kazni, i princip milosrđa, iz kojeg proističe dužnost žrtve da oprostí (jer jedino ona to može i u izvesnim okolnostima to treba), nisu izvor sukoba moralnih dužnosti, jer nisu u pitanju dužnosti jedne iste osobe.

Ali sukob dužnosti se može steći i u istom subjektu. Žrtva, doduše, ne može imati dužnost da (sâma) kazni, već samo mogućnost da prestupnika tuži i izloži mogućnosti da bude kažnjen, pa se dilema oprostiti ili kazniti sa stanovišta žrtve mora čitati na ovaj način. Drugi način čitanja predstavlja postavljanje iste dileme pred sud, koji ponekad treba da se opredeli između dva načela – oprostiti ili kazniti, pošto se u obzir uzme činjenica da se prekršajem nanosi zlo i društvu a ne samo žrtvi.

Milosrđe i praštanje imaju smisla kada ispravljaju srazmeru između prirode zločina i težine kazne. Iako bi inače bila pravedna, kazna bi se, u okolnostima koje na to upućuju (visina novčane kazne koja bi ugrozila egzistenciju porodice počini-telja), mogla i drugačije odmeriti. Sudija bi u tom slučaju bio ovlašćen na izricanje blaže kazne, potpunim ili delimičnim praštanjem, da bi izbegao nanošenje velikog zla nedužnoj porodici. Nasuprot Kantovom zalaganju za apsolutnu vrednost pravde, koja bi u ovom slučaju milosrđe smatrala prekršajem dužnosti, „obična moralnost“, nasuprot, bi nalagala sudiji dužnost postupanja prema kriterijumu milosrđa.⁴⁶

Čvrsta odbrana retributivizma kod Kanta zasniva se na uverenju da kažnjavanje spada u savršene dužnosti te da se mora apsolutno, bezizuzetno izvršavati. Za Kanta je maksima *fiat iustitia, pereat mundus* središnji postulat etike i filozofije države i prava, koja, kako naglašava Primorac, „prema njegovom učenju o kazni u krivičnom pravu implicira: *fiat poena, pereat mundus*“.⁴⁷

4. Bekarija je takođe bio protivnik pomilovanja. Slično Monteskejue, smatrao je da će milost i pomilovanje biti manje potrebni ako kazne budu bile blaže. Iako je milost vrlina, i kao „pravo prestola“ „najdragoceniji atribut suverena“, pomilovanje za Bekariju predstavlja tek sredstvo kojim se popravljá pravni sistem – rđavi zakoni i sudski postupak.⁴⁸ Vrlinu milosti, međutim, morao bi da obezbedi zakonodavac, a ne sudija koji primenjuje zakon. To znači da milost traži formu opštosti, jer bi davanje milosti pojedinačnom odlukom ugrozilo javno dobro, opštu sigurnost i svrhu kažnjavanja.

Iako Bekarijine pobude osporavanja pomilovanja treba tražiti u sistemu teorije krivičnog prava koju je izložio i vremenu u kome je živeo (XVIII vek), njegovi se argumenti čine apstraktno prihvatljivim u pogledu neoprezne prakse: pomilovanje ne sme imati za svrhu popravljá zakona; pomilovanjem, naročito istovrsnim po-

46 Ovo rezonovanje će se primeniti i u pogledu izvršenja kazne u zaključnom razmatranju pomilovanja.

47 I. Primorac, 33. Za njega je ovaj stav „preteran i neprihvatljiv“, s čim se moramo složiti *a priori*, a sa stanovišta pokazivanja osnovanosti pomilovanja, svakako.

48 Č. Bekarija, *O zločinima i kaznama*, Logos, Split 1984, 131. „Apsurdni zakoni i okrutne kazne“, prema njegovom mišljenju, čine pomilovanje nužnim.

stupanjem za istu vrstu krivičnog dela, ugrožava se generalna prevencija kao svrha kažnjavanja; umesto zakonom, kriminalna politika se menja ustaljenom praksom donošenja istovrsnih pojedinačnih odluka u postupku koji se zasniva na vršenju diskrecionog ovlašćenja.

On poklanja neograničenu veru moći zakona. Zakonodavac mora biti mudar, tako što će opšti interes formulisati na osnovu „zbrajanja interesa svih pojedinaca“ i što će razborito postaviti jasna i stroga pravila, ali s „blagošću, milostivošću i čovečnošću“. S takvim zakonodavcem i zakonima neće biti potrebno „blažiti“ zakon pomilovanjem, odn. u svakom pojedinom slučaju uspostavljati srazmeru u odnosu opšteg interesa i dobra pojedinca.

V. ZAKLJUČAK

Iako je u retributivnoj etičkoj teoriji kazne bezuslovni nalog „oko za oko“ konzistentno utemeljen i argumentovano obrazložen, rigorozna doslednost zahteva za njegovim poštovanjem očigledno se suprotstavlja razlogu humanosti. Etički imperativi i merila pravde usmereni su na čoveka – na humanitet kao svrhu. U kontekstu u kome se sukobljavaju nalozi za ostvarivanje različitih vrednosti, apsolutno važenje pojedinih naloga se relativizuje međusobnim poređenjem i odmeravanjem. Ako je teško utvrditi vrhovnu vrednost u apstraktnom smislu, napuštanje bezuslovnosti jednog i prihvatanje izuzetnosti nekog drugog principa u pojedinačnim, konkretnim situacijama nije samo moguće nego je i nužno ako je očigledno svrsishodno. Na taj način se može „braniti“ pomilovanje i u onim koncepcijama u kojima je pravda bezuslovna, neodstupna, kategorička vrednost u smislu *pereat mundus*.

Međutim, pomilovanje se može neposredno smestiti i u jedan drugačiji koncept pravde. Aristotel kaže da „ceo svet rečju pravednost želi da označi moralni stav na osnovu koga su ljudi spremni da čine ono što je pravedno, i stvarno postupaju pravedno i žele ono što je pravedno“.⁴⁹ Pravda je cela, potpuna vrlina, dakle identična je s vrlinom uopšte, ali se u načinu ispoljavanja od nje razlikuje tako što je vrlina individualno „moralno stanje“, a pravednost se tiče odnosa s drugima. Kako zakon „određuje život u skladu sa svim pozitivnim moralnim odredbama, a zabranjuje život saobrazan svim negativnim moralnim odredbama“,⁵⁰ pravedno će biti ono što je saobrazno zakonu, odn. pravedan će biti onaj ko poštuje zakone. Jer, ako je zakon „pravilno postavljen“, ako je „promišljen“, on pravilno naređuje i zabranjuje, a pravilno je postavljen ako je je „sastavljen prema vrlini“.⁵¹ Svrha zakona saglasnih s „pozitivnim moralnim odredbama“ jeste javni interes kome dobar građanin mora biti sposoban (kadar) da služi.⁵²

Postizanju moralne ispravnosti čoveka, „bez posebne dalje namene“, odn. definisane dalje svrhe, služe drugi oblici pravednosti, koji se tiču ili (1) dodeljivanja dobara (distributivna pravda) ili (2) poravnanja (korektivna pravda) u (a) privat-

49 Aristotel, 1129a.

50 1130b.

51 1129b.

52 1130b.

nim i (b) poslovnim odnosima među ljudima – (ba) dobrovoljnim i (bb) nedobrovoljnim.⁵³

Pravedno mora biti jednako, kao sredina između suviše i premalo, i u prvom slučaju se uspostavlja geometrijskom proporcijom, a u drugom aritmetičkom proporcijom, tj. poravnanjem. U pravnim odnosima koji nastaju na osnovu delikta, na primer, značajno je samo to da je jedno lice pričinilo štetu, a da je drugo lice trpi, ili da je jedno lice počinilo ubistvo, a da je drugo lice ubijeno („podleglo smrti“). Između onoga ko je izvršio delo i onoga ko je delo podneo, nastao je odnos nejednakosti, pa je sudija dužan „da takvu nepravednost koja se ogrešuje o jednakost izjednači“⁵⁴, što čini izricanjem kazne kojom onoj strani koja ima višak dobitka taj višak oduzima.⁵⁵

Sudija uspostavlja korektivnu pravdu kada utvrđuje sredinu između dobitka i gubitka, a to može samo ako je nepristrastan, tj. kadar da se „drži sredine“.⁵⁶ Otuda, „ići sudiji znači ići pravdi“.⁵⁷

Iako zakoni u zajednici postoje zbog mogućnosti nepravde (jer bi bez zakona neko od onoga što je opšte dobro uzimao više, a od onoga što je uopšte rđavo manje nego što mu pripada 1134a), u konkretnom pojedinačnom slučaju striktna primena zakona mogla bi se izroditi u nepravdu. Jer, zakonska odredba je po svojoj prirodi jedna i opšta u odnosu na posebne slučajeve koji su mnogobrojni (1135a). Zbog toga, uz opštu pravdu zakona, postoji i pojedinačna pravičnost slučaja, koja se uspostavlja i primenjuje kao korekcija pozitivnog prava, jer se na taj jedinstven slučaj, bez prosuđivanja po pravičnosti, ne može primeniti zakonska odredba koja se na njega odnosi samo uopšteno i nedovoljno određeno.⁵⁸

Slično rasuđivanje se može primeniti i na pomilovanje, koje je napred određeno kao „produžena pravičnost“. U okolnostima koje su promenjene u odnosu na one koje su postojale i koje su uzete u obzir pri utvrđivanju i izricanju kazne, koje su, dakle, nastupile u toku izdržavanja kazne, pokazaće se da treba iznova uspostaviti sredinu između premalo i previše. Drugim rečima, između vršenja nepravde i trpljenja nepravde pravednim delanjem uspostavlja se ta sredina. Između počinioaca delikta i onoga ko je delikt podneo vrši se novo poravnanje tako što se osuđenom licu, koje je u Aristotelovim kategorijama imalo višak dobitka i kome je taj višak

53 *Ibidem*.

54 1132a. Aristotel se protivio stanovištu da je odmazda („vraćanje milo za drago“), retribucija u Kantovom smislu kako je pokazano, opravdana. Srazmera u svim uzajamnim odnosima, u razmeni pre svega, pod uslovom komenzurabilnosti (zajednički merljive), a ne „prosta jednakost“, jeste „uslov održanja državne zajednice“ (1132b). Osveta, dakle, za njega nije pravedna (1134a).

55 Izraze „gubitak“ i „dobitak“ Aristotel upotrebljava u tom smislu da kada bi se ono što neko doživi u odnosu nastalom izvršenim deliktom podvrglo merenju, uzajamni doživljaji bi se kvalifikovali kao dobitak i gubitak.

56 *Ibidem*.

57 *Ibidem*.

58 „Pravično, budući da je bolje od izvesnog oblika pravednog, i samo je pravedno, ali ono nije bolje od pravednog u tom smislu kao da pripada nekoj drugoj pojmovnoj vrsti. Pravično i pravedno su, dakle, jedno isto i mada i jednom i drugom pripada oznaka „dobro“, ipak je pravično bolje.“ (1137b).

presudom oduzet, sada odmerava koliko je od tog viška (prvobitno utvrđenog) preostalo i da li uopšte još uvek postoji. U zavisnosti od toga, počinocu nepravde, tj. krivičnog dela, kazna će biti smanjena, preinačena ili ukinuta oslobađanjem. Organ koji donosi odluku o pomilovanju ispravlja izvršenje presude (na isti način kao kada sudija odlučuje po osnovu pravičnosti uzimajući u obzir hipotetički volju zakonodavčevu) i stavljajući se u ulogu sudije čini ono što pretpostavlja da bi on učinio da o tom slučaju u novim okolnostima ponovo odlučuje.⁵⁹

Beograd, 12. avgust 2013.

59 Ovaj zaključak se ne odnosi na aboliciju, za koju inače smatram da izmiče logici prava i da se pre može objasniti političkim razlozima u najširem smislu nego konzistentnim i argumentovanim pravnim rezonovanjem.

LAW AND JUSTICE 2013
Lectures organized, collected and edited
by Jasminka Hasanbegović

CONTENTS

<i>Jasminka Hasanbegović</i> FOREWORD	7
<i>Sima Avramović</i> GNOME DIKAIOTATE – LAW, JUSTICE AND EQUITY IN ATHENIAN COURTROOM	19
<i>Kenneth Einar Himma</i> IF YOU ARE NOT IN PRISON, YOU GOT LUCKY: CHANCE, GUILT AND RETRIBUTIVIST JUSTIFICATION OF PUNISHMENT	41
<i>Vida Petrović Škero</i> LAW AND JUSTICE AS “TO CAN” AND “TO WANT”	77
<i>Bernd Schünemann</i> A CONTRIBUTION TO THE CRITIQUE OF RADBRUCH FORMULA.	87
<i>Budimir Košutić</i> LAW AND JUSTICE IN PARTY STATE	99
<i>Milorad Todorović</i> LAW AND JUSTICE: A PSYCHOANALYTIC PERSPECTIVE	113
<i>Dragan Mitrović</i> LAW, JUSTICE AND MERCY IN WILLIAM SHAKESPEARE’S DRAMAS	145
<i>Dragana Boljević</i> FEAR AND JUSTICE IN COURTROOMS OF SERBIA AND EUROPE	161
<i>Danilo N. Basta</i> ADVICE AND MESSAGES TO YOUNG LAWYERS	183
<i>Radmila Vasić</i> PARDON AS AN INSTRUMENT OF CORRECTIVE JUSTICE	195

Priprema za štampu
Dosije studio, Beograd

Štampa
JP Službeni glasnik, Beograd

ISBN 978-86-7630-822-4

Tiraž
100

Adresa
Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet
Centar za izdavaštvo
Bulevar kralja Aleksandra 67
Tel./faks: 30-27-725, 30-27-776
e-mail: centar@ius.bg.ac.rs
web: www.ius.bg.ac.rs

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
340.11/.12(082)

PRAVO i pravda : zbornik / tekstovi predavanja koje je organizovala, sakupila i uredila Jasminka Hasanbegović. – 2. izd. – Beograd : Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo, 2019 (Beograd : Službeni glasnik). – 214 стр. ; 25 cm. – (Biblioteka Zbornici)

Tiraž 100. – Str. 7–18: Predgovor / Jasminka Hasanbegović. – Napomene i bibliografske reference uz tekst.

ISBN 978-86-7630-822-4

1. Хасанбеговић, Јасминка, 1956– [приређивач, сакупљач]
[аутор додатног текста]

а) Право – Зборници

б) Правда – Зборници

COBISS.SR-ID 276987660



Sima Avramović,
Pravni fakultet
Univerziteta u Beogradu



Kenneth Einar Himma,
University of Washington
School of Law



Vida Petrović Škero,
Republika Srbija
Vrhovni kasacioni sud



Bernd Schünemann,
Ludwig-Maximilians-Universität
München



Budimir Košutić,
Pravni fakultet
Univerziteta u Beogradu



Milorad Todorović,
Filozofski fakultet
Kosovska Mitrovica



Dragan M. Mitrović,
Pravni fakultet
Univerziteta u Beogradu



Dragana Boljević,
Društvo sudija
Srbije



Danilo N. Basta,
Pravni fakultet
Univerziteta u Beogradu



Radmila Vasić,
Pravni fakultet
Univerziteta u Beogradu



ISBN 978-86-7630-822-4

