

# eudaimonia

Revija za pravnu, političku i  
socijalnu teoriju i filozofiju

Vol. 5 No. 2 • 2021.

Izdavač

IVR **S**RBIJA

Srpsko udruženje za pravnu  
i socijalnu filozofiju

---

## REVITALIZACIJA RADBRUHOVE FORMULE U TEORIJI ROBERTA ALEKSIJA

**Sava Vojnović**

Strane: 93–135



Sava Vojnović\*

## REVITALIZACIJA RADBRUHOVE FORMULE U TEORIJI ROBERTA ALEKSIIJA\*\*

*Pokušavajući da odgonetne pitanje koncepta prava, Robert Aleksi formira jednu vrstu eklektičke nepozitivističke teorije o pravu koja se sastoji od tri argumenta: ispravnosti, nepravde i principa. On polazi od racionalne mogućnosti za utvrđivanjem objektivnog morala, koji inkorporira u pomenuta tri argumenta, pokušavajući da dokaže konceptualnu povezanost prava i morala, odnosno pravde. Ovaj rad će preispitati domete takvog pristupa. Argument ispravnosti postulira da se nijedan sistem ne može smatrati pravnim ukoliko ne tvrdi ispravnost, dok će se smatrati pravno defektnim ukoliko je ne ispunjava, kao što će i sve individualno uzete norme biti manljive ako ne tvrde ili ne ispunjavaju ispravnost. S druge strane, argument nepravde dopunjuje prethodne teze time što obnavlja Radbruhovu formulu nepodnošljivosti i poricanja – oduzimajući pravnu prirodu normama koje su nepodnošljivo nepravedne. Rad se osvrće na glavne zamerke upućene takvoj koncepciji prava i to prevashodno spram prevelike nedorečenosti Aleksijevih teza, kao i načelnih problema koji se mogu javiti u okviru argumenta nepravde i ispravnosti, na kojima će biti fokus.*

Ključne reči: *Aleksi, Radbruch, pravda, ispravnost, nepozitivizam.*

### 1. UVOD

Debata o konceptu prava jedna je od najdugotrajnijih rasprava u pravnoj filozofiji. Uprkos tome što postoje sve jače tendencije da se težište prebaci na druga pitanja iz pravne filozofije, odnosno da se problemi definisanja, zbog svoje neminovne ograničenosti i cirkularnosti, ostave po strani, i dalje opstaju pokušaji da se pojam prava i njegovi elementi izlože što je preciznije moguće. Jedan od bitnijih aspekata u

---

\* Autor je doktorand prve godine Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, [sava.vojnovich@ius.bg.ac.rs](mailto:sava.vojnovich@ius.bg.ac.rs).

\*\* Članak je zasnovan na master radu pod istim naslovom, koji je autor odbranio 4. oktobra 2021. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, pred komisijom koju su činili prof. dr Miodrag Jovanović (mentor) i prof. dr Goran Dajović.

toj oblasti jeste zagonetka odnosa prava i morala, tačnije pitanje postojanja, slučajnog ili nužnog, moralnih vrednosti u jednoj kompleksnoj pojavi koju nazivamo pravom. Savremeni pojmovi prirodnog prava ne podrazumevaju iste ideje kao njihove preteče, pogotovo imajući na umu kritike koje im upućuju filozofi sa pozicije pravnog pozitivizma. Robert Aleksi (*Robert Alexy*) primer je savremenog teoretičara koji pokušava da istakne čvrstu vezu morala i prava, tako da se moral učini njegovim sastavim delom. Tzv. „argumentom ispravnosti“, „argumentom nepravde“<sup>1</sup>, „argumentom principa“ i teorijom o dualnoj prirodi prava, koji revitalizuju posleratnu pravnu teoriju Gustava Radbruha (*Gustav Radbruch*), Aleksi nastoji da dokaže da moralni elementi postoje u konceptu prava. U dijalogu sa pravnim pozitivizmom, on nudi alternativu razumevanju pravnih pojava, sa kompromisnim pristupom u kojem ima prostora i za vrednosti pravne sigurnosti, ali i za pravdu. Time se ističe i praktični značaj metapравниh dilema jer različiti koncepti povlače različite posledice sa sobom, što se prevashodno ogleda u važenju prava. Cilj ovog rada je da se što vernije predstavi Aleksijeva pravna teorija, sa aktuelnim kritikama i komentarima, kako bi se preispitale prednosti i nedostaci nepozitivističke pozicije<sup>2</sup> u datom kontekstu. Rad će se fokusirati na glavne zamerke koje se mogu uputiti tvrdnji ispravnosti i konceptu prava u kojem moralne vrednosti mogu biti iznad svake vrste autoriteta, pri čemu će strukturalno prvo biti predstavljena Radbruhova teorija, a potom će biti izneti glavni elementi Aleksijeve inkorporacije morala u pravo, zajedno sa kritičkim osvrtom na kraju.

## 2. RADBRUHOVA PRAVNA FILOZOFIJA<sup>3</sup>

Upravo zbog toga što je Aleksi oživeo Radbruhovu teoriju, neophodno je prethodno, u kraćim crtama, izložiti ideje na kojima se temelji ta filozofija. Pod uticajem političko-istorijskog konteksta u periodu neposredno pre i tokom Drugog svetskog rata, Radbruch je postulirao tzv. „formulu nepodnošljivosti“ i „formulu poricanja“. On je time predočio tezu da sudija ne bi trebalo da primeni pravo koje je

<sup>1</sup> Originalni termin na nemačkom je *Unrechtsargument*, a engleski prevod je *The argument from injustice*.

<sup>2</sup> Aleksi svoju teoriju najčešće naziva nepozitivističkom, a ne prirodnopravnom.

<sup>3</sup> Poglavlje o Radbruhovoj filozofiji je pretežno preuzeto iz Vojnović 2020, 263-281.

izrazito moralno nepodnošljivo jer time krši načelo jednakosti, tačnije da se sudija može smatrati pravno odgovornim ukoliko primeni takve propise. To je najvažniji aspekt njegove posleratne teorije, koja se u velikoj meri temelji i na postulatima njegove predratne misli, iako je istovremeno u određenim delovima odbacuje i menja.

## 2.1. Predratna pravna filozofija

Prva značajna polazna premisa u Radbruhovoj teoriji jeste razdvajanje sveta *Sein* (biti) i *Sollen* (trebati), što predstavlja srž metodskog dualizma kojim se ukazuje na to da je nemoguće dokučiti šta ima vrednost (šta treba da bude) iz onoga što jeste (Radbruh 1980a, 18). Dakle, vrednosni sudovi se mogu zasnovati samo deduktivno, na stavovima iste vrste, a nikako induktivno – na stavovima o biću. Odgovarajući na čest pravnički zahtev da se ispravno regulisanje izvede iz datog konteksta, Radbruh ističe da iz perspektive metodskog dualizma određenost ideje samom građom koju ona treba da oblikuje – može biti samo srećan slučaj intuicije, a ne metod saznanja.

Centralno mesto u Radbruhovom teorijskom okviru zauzima sama definicija prava, zajedno sa elementima koji ga čine. Na početku je značajno naglasiti da je, prema njegovom mišljenju, pravo jedan kulturni pojam – pojam stvarnosti koja je povezana sa vrednošću, tj. čiji je smisao da služi nekoj vrednosti (Radbruh 1980a, 44). To znači da pravo, nezavisno od toga da li postoji objektivni moral, uvek štiti, odnosno zastupa neke vrednosti.

Pravo je ona stvarnost čiji je smisao da služi pravnoj vrednosti, ideji prava. Pojam prava je dakle usmeren na ideju prava. Ideja prava, pak, ne može biti ništa drugo nego pravda (Radbruh 1980a, 44–45).

Iz toga se može zaključiti da svet „trebanja“ nije nepremostivo odvojen od sveta „bića“ jer se pravo nalazi pomalo u oba (Jovanovic 2013, 155).

Dalje, pravda se može shvatiti kao oblik moralnog dobra, ukoliko se učini vrlinom po sebi, odnosno odredi kao duhovna nastrojenost. Međutim, takva pravda je subjektivna i prosto usmerena ka objektivnoj pravdi, o kojoj je ovde zapravo reč (Radbruh 1980a, 45). Objektivna pravda se tiče međuljudskih odnosa i njen ideal se odražava u idealu društvenog poretka. Osim toga, pravda se može odrediti još dvojako:

kao zakonitost – pravedna primena zakona, ili kao pravedan zakon. U tom smislu, Radbruch pravdu vidi kao jednakost, iako odmah nakon te konstatacije ističe da se jednakost može raznoliko tumačiti – ne samo što se može ticati dobara ili ljudi, već se može postaviti pitanje koga treba tretirati kao jednakog, a koga kao nejednakog (Radbruch 1980a, 47). Materijalno (vrednosno) dopunjavanje formalnog zahteva za jednakošću direktno upućuje na određena načela izvan same pravde.

Osim pravde, kao fundamentalnog principa prava, postoje još dva konstitutivna pojma: svrsishodnost i pravna sigurnost. Pojam svrhe prava Radbruch uvodi kao sadržinski korektiv formalnom zahtevu pravde, naglašavajući da je reč o nadempirijskoj ideji svrhe – čiju suštinu moramo odrediti apsolutnim vrednostima (Radbruch 1980a, 71). On te aksiomske vrednosti pronalazi u tri (iskustveno) najčešća predmeta: ljudska dela, pojedinačne i kolektivne ličnosti, čiji su pandani vrednosti dela, individue i kolektiva. Moglo bi se reći da je to pokušaj razlikovanja i sagledavanja tri bazična pogleda na svet, od kojih svaki polazi od drugačijih vrednosti. Da bi se odredila svrha prava – između njih mora jedno da se odabere. Time nam već ukazuje na sukob u samoj svrsishodnosti kao jednom elementu, što će uticati i na njenu antinomiju sa pravdom i pravnom sigurnošću. Ukoliko se prednost da slobodi kao vrednosti, onda će biti reč o individualističkom shvatanju, dok nacija upućuje na nadindividualističko, a kultura na transpersonalističko shvatanje (Radbruch 1980a, 75). Time nam Radbruch već stavlja do znanja da pravda, kao opšti princip jednakosti, dolazi u koliziju sa svrsishodnošću – zbog njenog relativističkog temelja, koji ne želi jednakost. S druge strane, „pravo kao poredak zajedničkog života ne može ostati prepušteno razlikama u shvatanjima pojedinaca“ (Radbruch 1980a, 95). Pravna sigurnost traži pozitivnost prava, te kada već nije moguće odrediti šta je pravedno – onda se makar mora propisati šta je po pravu. Važnije je da postoji sigurnost, oličena u pravnom poretku, nego pravda i svrsishodnost (Radbruch 1980a, 95). Takav zaključak je *prima facie* opravdan, ali je interesantna jedna kontradiktorna činjenica da, sa aspekta relativizma<sup>4</sup>, pravnoj sigurnosti, kao vrednosti, možemo suprotstaviti stav da ona nije vrednost, koji će biti podjednako istinit (Spaak 2009, 271).

Opravdanje sile ima svoje korene u nemogućnosti uma i nauke da pronađu ispravno pravo: „Onaj pravni poredak će važiti koji je u stanju da sebi pribavi faktičku delotvornost“ (Radbruch 1980a, 103).

<sup>4</sup> Koji Radbruch zastupa (Radbruch 1980a, 20–23).

Radbruch nam time predočava osnov za opravdanje i povezivanje prava sa silom, jer pravo ne važi zato što može da se uspešno sprovede nego kad može da se uspešno sprovede, zato što samo tada može da pruži pravnu sigurnost (Radbruch 1980a, 109). Dakle, pozitivno pravo legitimše i nepravdu i nesvrshodnost.

Sudija ne treba da zna ni za koju pravnu teoriju važenja do za onu koja smisao važenja zakona [...] izjednačuje sa stvarnim važenjem. [...] samo da pita šta je po pravu i nikada da li je to pravedno (Radbruch 1980a, 110).

## 2.2. Posleratna pravna filozofija

Prvu značajnu promenu u svom teorijskom sistemu Radbruch ističe u problemu bespomoćnosti pravnika i naroda pred prethodno izloženom teorijom važenja, koja opravdava samovoljne i zločinačke zakone. Zamisao da je pravo „ono što koristi narodu“ značila bi da svaka ćud despota, kazne i presude izvan zakona čine pravo (Radbruch 1980b, 265–266). Odnosno:

Kada se slavi ubijanje političkih protivnika, kad se naređuje ubijanje ljudi neke druge rase [...] onda to nije ni pravda ni pravo. [...] Postoje, dakle, pravna načela koja su jaća od svakog pravnog propisa, tako da je zakon, koji je suprotan njima, bez važenja. [...] Svakako da oko njih postoje izvesne nedoumice, ali vekovni rad im je ipak dao trajnu ćvrstinu, i sa tako dalekosežnom saglasnošću mišljenja sakupio ih je u takozvanim deklaracijama prava ćoveka i građanina, da te nedoumice može održati samo još namerna skepsa (Radbruch 1980b, 267).

Time se već ukazuje na gubitak apsolutnog primata pravne sigurnosti, taćnije pravna sigurnost zauzima neko ćudno srednje mesto između svrshodnosti i pravde, dok je, s druge strane, zahtev i same pravde – da se pravo ne primenjuje ili tumaći u jednom trenutku ili prostoru na jedan naćin, a onda na sasvim drugaćiji naćin u drugom (Radbruch 1980c, 288). Potom Radbruch ističe formulu nepodnošljivosti:

Sukob između pravde i pravne sigurnosti bi se mogao rešiti tako da pozitivno pravo [...] ima prednost i onda kada je sadržinski nepravedno i nesvrshodno, osim u slućaju kada pozitivni zakon u toliko nepodnošljivoj meri protivreći pravdi, da [...] mora odstupiti pred pravdom (Radbruch 1980c, 288),

koju prati formula poricanja:

[...] kad se čak i ne teži za pravdom, kad se jednakost, koja čini jezgro pravde, prilikom donošenja propisa pozitivnog prava svesno osporava, onda zakon nije, recimo, samo „neispravno pravo“, on štaviše nema pravnu prirodu (Radbruch 1980c, 288–289).

Tu se iskazuje i jedan subjektivni element „svesnog osporavanja“, što znači da se može zamisliti da zakonodavac nema pomenutu nameru, a ipak stvori zakon nepodnošljive nepravde (Alexy 1999, 16). Međutim, u većini slučajeva će se preklapati dve formule, koje su u suštini sasvim kompatibilne. Aleksi, u svojoj obnovi formule, preuzima gubitak pravne prirode kao jedinu posledicu (Alexy 2002, 40).

Radbruch je svestan i problema subjektivnosti odabira jedne od tri grupe vrednosti jer se ciljevi prava razlikuju zavisno od osećaja za pravdu (ispravnost), shvatanja države i partijskog opredeljenja, religije ili pogleda na svet (Radbruch 1965, 28). Učenjem o „prirodi stvari“, koja bi trebalo da bude ideja kojom se zakonodavac rukovodi, on olakšava oštrinu metodskog dualizma – ukazujući na to da je ta „stvar“ materija koju pravo treba da oblikuje (koju čine zajednički život ljudi i ukupnost okolnosti i životnih poredaka u društvu), dok je „priroda“ objektivni smisao te materije, koji treba izvući iz samog sklopa životnih odnosa (Radbruch 1990, 220–222). Etički osećaj za obavezu (trebanje) nužno je odluka slobode i zato ne može pravo da nametne moral već ono može samo da ga omogućuje – pravo je mera bez koje se unutrašnja sloboda moralnih odluka ne može ostvariti. Upravo zato je, naglašava Radbruch, neophodno garantovati ljudska prava, nezavisno od različitih vrednosti i uređenja, jer su ona „*absoluter Natur*“<sup>5</sup> svakog pravnog sistema (Radbruch 1965, 29). Vrednosni odnos između individualizma, nadindividualizma i transpersonalizma određuje distributivna pravda, ali ukoliko se dogodi potpuna negacija ljudskih prava – to će biti potpuno neispravno pravo. Na taj način biva uveden moralni minimum prava, koji bi najpre trebalo okarakterisati kao „prirodno pravo sa promenljivom sadržinom“, jer se ono razlikuje od klasične doktrine prirodnog prava koje zahteva univerzalno važenje nekih vrednosti, nezavisno od mesta i vremena (Jovanovic 2013, 163). Suština Radbruchovog straha od istorijskog pojma nadzakonskog prava svodi se na to da i takvo nepromenjivo poimanje određenih vrednosti može ozbiljno da ugrozi pravnu sigurnost, upravo time što može dati prostora zabludi i

<sup>5</sup> Srž ili suština – nužni element svakog pravnog sistema.



samovolji (Radbruch 2002, 234). Pred kraj, on precizira na koja prava se treba usmeriti, uvodeći pojmove „humanosti“ i „ljudskog dostojanstva“, sa lapidarnim osvrtom na istoriju razvoja tih pojmova (Radbruch 1965, 97–98). Zatim precizira na koje načine bi pravo trebalo da ostvari ljudsko dostojanstvo: garancijom spoljašnje slobode, inkriminisanjem zločina protiv čovečnosti (čovečanstva) i zaštitom pojedinaca od arbitrarnog kažnjavanja – naglašavajući da svrha krivičnog prava ne bi trebalo da bude samo u zaštiti društva od kriminalaca (Radbruch 1965, 99). To je kasnije, u sličnom obliku, usvojeno u jednoj od najvažnijih međunarodnih deklaracija – Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima (Jovanovic 2013, 164).

### 2.3. Različita tumačenja<sup>6</sup>

U jednoj od glavnih debata koje okružuju Radbruchovu celokupnu teoriju postavlja se pitanje da li je reč o preokretu ili o jedinstvu njegovih shvatanja prava pre i nakon rata. S obzirom na snažnu povezanost celovite konstrukcije njegovog filozofskog sistema, nekolicina autora smatra da je reč o jedinstvu njegove teorije. Primera radi, Stenli Polson poziva se na već istaknuti Radbruchov citat o pojmu prava, koji je usmeren na ideju prava – što je pravda (Paulson 1995, 496). Takav stav se ponavlja i u posleratnom razumevanju pojma prava. Takođe, samo Radbruchovo naglašavanje da su formule primenljive isključivo u izuzetnim okolnostima (Leawoods 2000, 508–515), za koje se nadamo da nikada više neće biti deo ljudskog iskustva – ukazuje na to da nije reč o preokretu, zajedno sa tvrdnjom da pomenuto „prirodno pravo sa promenljivom sadržinom“ nije isto što i klasična doktrina prirodnog prava (čime se ublažava preokret) (Paulson 1995, 497–498.) Time se hoće reći da je Radbruch promenio akcenat u tripartitnom shvatanju prava, ali ispravivši (nakon rata) pogrešno preneglašavanje značaja pravne sigurnosti. S druge strane, Herbert Hart i nekolicina autora eksplicitno ističu da je Radbruch izvršio preokret svoje pozitivističke pozicije pre Drugog svetskog rata, odbacivši tezu odvajanja (Hart 1958, 616; Meyer 2002, 319–361).

Čini se da je ključno naglasiti da Radbruch zaista ostavlja ogroman prostor sopstvenim predratnim stavovima (pretežno ih ne odbacujući) time što se ljudska prava, kao neprikosnovena vrednosna

---

<sup>6</sup> Za ovu temu je značajna i debata između Harta i Fulera, koja će biti obrađena u poglavlju o argumentu nepravde.

granica svakom pravnom poretku, uspostavljaju samo kao granica ekstremnih slučajeva. Nijedan aspekt njegove posleratne misli ne može biti celovit bez usvajanja najvećeg dela prethodeće filozofije, iako se ne može osporiti ni da je on ublažio sopstveni relativizam moralnih vrednosti, čime je napravio nezanemarljivu promenu. Čini se da je Polsonovo kompromisno tumačenje najviše na tragu istine – reč je o jedinstvu teorije, sa ispravljenim pogledom na srazmeran odnos značaja pravne sigurnosti i pravde.

### 3. ALEKSIJEVA PРАВNA FILOZOFIЈА

#### 3.1. Teorijski okvir

Alexi ističe da je centralni aspekt debate o konceptu prava pitanje odnosa prava i morala, u kojem se mogu pronaći dve suprotstavljene pozicije: „teza odvajanja“ i „teza spajanja“ (Alexy 2002, 3). Pozitivistička teorija zastupa tezu odvajanja, tvrdeći da se koncept prava može definisati bez elemenata morala, odnosno da ne postoji konceptualno nužna veza između ta dva faktora ili između prava kakvo jeste i kakvo treba da bude, dok nepozitivistička teorija podržava tezu spajanja, ističući upravo suprotno. Pitanje koncepta prava odnosi se na debatu o tome šta pravo jeste, što je izraženo i u nekim teškim pravnim slučajevima u kojima je sud bio prinuđen da se pozove na fundamentalni princip pravde kao nadzakonski (Alexy 2002, 5–9). Ako su pravni pozitivisti u poslu analiziranja koncepta prava, oni moraju smatrati da je teza odvajanja konceptualno nužna tvrdnja o pravnoj prirodi (Spaak 2020, 152). U tom kontekstu se formula nepodnošljivosti, zajedno sa formulom poricanja, može protumačiti kao pokušaj da se pomire dve teze, jer kompromisno daje prostora i jednom i drugom (Leawoods 2000, 500). Na tom tragu je Aleksijevo svrstavanje Radbruha među „inkluzivne nepozitiviste“, pošto formula ukazuje na to da moralni defekti niti uvek proizvode pravno nevaženje, niti da nikada ne proizvode (Alexy 2008, 287).

Džozef Raz direktno napada takvo razumevanje pojma prava, navodeći da, na primer, njegova teza o legitimnom autoritetu kao nužnoj tvrdnji prava, koja je u osnovi moralne prirode<sup>7</sup> – ne implicira da definicija prava u sebi mora da sadrži moralne elemente (Raz 2007,

---

<sup>7</sup> Videti Raz 1985, 3–29.

19). Koncepti ne moraju imati definicije, a ponekad podrazumevaju i više definicija. Bilo bi bolje fokusirati se na nužne karakteristike koncepta, pre nego na definisanje, jer stav da definicija prava ne sadrži u sebi moralne elemente – ne znači da ne postoji nužna veza prava i morala (Raz 2007, 20). „Teza kontingentnosti“, prema kojoj je stvar slučajnosti da li pravne norme nekog sistema imaju moralnu zaslugu ili ne, ne bi trebalo da se pobrka sa onim što Aleksi spominje kao pretpostavku teze odvajanja, a to je nepostojanje konceptualno nužne veze između prava i morala. Na primer, konceptualni je sud da se pravo može procenjivati kao pravedno ili nepravedno, pri čemu nijedan pozitivista nema razloga da takav sud ne prihvati kao konceptualno nužnu vezu prava i morala. Prema Razovom razumevanju, obojica se slažu da je teza kontingentnosti pogrešna, samo što razlozi za njeno odbacivanje nemaju veze sa glavnim tvrdnjama u pravno pozitivističkoj tradiciji (Raz 2007, 21). Zato bi moglo da se kaže da je zajednička teza svih teorija u tradiciji pravnog pozitivizma da utvrđivanje šta pravo jeste – ne zavisi nužno od moralnih razmatranja šta pravo treba da bude (Raz 2007, 22).

S druge strane, Aleksi smatra da je njegovo viđenje teze odvajanja poprilično blisko pomenutoj modifikaciji koju navodi Raz, jer se i sam poziva na razliku „prava kakvo jeste i prava kakvo treba da bude“ (Alexy 2007, 39). Upravo ta razlika ukazuje na razdvojenost pravnog važenja i ispravnosti, s jedne strane, i moralne ispravnosti, s druge strane (Alexy 2007, 43). Relacija između prava i mogućnosti njegove moralne procene je prost uslov mogućnosti takve zavisnosti, što ne obuhvata nikakvu nužnu zavisnost pravne ispravnosti od moralne.

Osim toga, može se postaviti pitanje koji je koncept prava ispravan, a odgovor će zavisiti od odnosa tri nova elementa koja moraju biti uvedena – autoritativne zapovesti, socijalne efikasnosti i ispravnosti u sadržinskom smislu (Alexy 2002, 13). Jasno je da će zanemarivanje faktora ispravnosti voditi pravnom pozitivizmu, a obrnuto – jusnaturalizmu, pri čemu postoje i brojne varijacije u tim okvirima, s obzirom na međusobni odnos preostalih faktora i konkretne uloge u konstituisanju koncepta prava.

Koncepti prava orijentisani prema autoritativnosti nalaze se uglavnom u analitičkoj pravnoj teoriji, gde je fokus na učesničkoj perspektivi (Alexy 2002, 17). Nju Aleksi objašnjava kao perspektivu samih pravnika, prevashodno sudija, koji tragaju za ispravnim odgovorom na pravno pitanje, odnosno za učesnike koncept prava nije samo pitanje

socijalnih činjenica već i moralne ispravnosti – što ukazuje na dualnu prirodu prava (Alexy 2008, 297).

Takođe, treba razlikovati analitičke i normativne argumente u prilog tezi odvajanja ili spajanja. Analitički se tiču konceptualne povezanosti prava i morala, dok normativni preispituju tu povezanost iz ugla određenog cilja koji treba postići (npr. pravna sigurnost ili jezička jasnoća) ili usklađenosti sa normom, kao što je zabrana retroaktivnosti (Alexy 2002, 21; 1999, 25). U poslednje vreme, navodi Aleksi, preovlađuje mišljenje da nikakvi konceptualni pristupi ne mogu da objasne pojam prava, za koji se tvrdi da je suviše nejasan. On predlaže dve važne hipoteze:

- 1) postoji konceptualno nužna veza između prava i morala;
- 2) postoje normativni argumenti za uključenje moralnih elemenata u koncept prava, koji delom osnažuju, a delom nadilaze konceptualno nužnu povezanost (Alexy 2002, 23).

Teorijski okvir za te dve hipoteze obuhvata još nekoliko distinkcija. Prva se odnosi na podelu koncepata prava na one koji ne obuhvataju i one koji obuhvataju važenje prava. Za diskusiju o pozitivizmu bolje je držati se ovog drugog jer se time izbegava negiranje povezanosti prava i morala prostom tvrdnjom da važenje nije bitan aspekt, te se može prihvatiti bilo kakav sadržaj normi (Alexy 2002, 24). Druga razlika (već spomenuta) je najvažnija – perspektiva učesnika i posmatrača. Posmatrač samo postavlja pitanje „kako se stvara jedna pravna odluka u pravnom sistemu“, dok su učesnici oni koji sudeluju u sporu o tome šta je zabranjeno, dozvoljeno ili zapovedeno u pravnom sistemu (Alexy 2002, 25). Treća distinkcija se ustanovljava prema klasifikujućoj i kvalifikujućoj vezi prava i morala, pri čemu klasifikujuća znači da norme bez odgovarajućeg moralnog sadržaja uopšte nisu pravne prirode, dok kvalifikujuća ne osporava pravnu prirodu takvih normi već ih naziva pravno defektnim ili manljivim (dakle, ne samo moralno defektnim).

## 3.2. Argument ispravnosti

### 3.2.1. Perspektiva posmatrača

Problem pravnog pozitivizma se pretežno predstavlja kao problem klasifikujuće veze prava i morala, što se fokusira na pitanje gubitka pravnog karaktera normi ili sistema. Pre nego što uvede pojam ispravnosti, Aleksi pomalo neobično predstavlja prvo *argument*

*nepravde*, koji podržava upravo klasifikujući pristup. Taj argument bi trebalo preispitati iz perspektive posmatrača, vodeći računa o tome da individualne norme nisu isto što i sistem u celini. On se potom poziva na Radbruha i njegovu formulu nepodnošljivosti (i poricanja), koja predstavlja primenu argumenta nepravde na individualnu normu (Alexy 2002, 28). Postavlja se dilema prihvatljivosti formule nepodnošljivosti za individualne norme iz perspektive posmatrača. U praksi nemačkih sudova primenjena je teza spajanja u slučaju iz 1968. koji se ticao pitanja gubitka nemačkog državljanstva prema zakonu iz 1941. godine. Naime, sud je odlučio da pozitivnopravni propis učini ništavim zbog kršenja principa pravde oduzimanjem državljanstva emigrantima jevrejskog porekla. Drugi slučaj davanja naknade za nematerijalnu štetu, iz 1973. godine, ukazuje na dozvoljenost *contra legem* odlučivanja sudija u izuzetnim okolnostima, sa direktnim pozivanjem na nadzakonska prava (Alexy 2002, 5–8). Međutim, ako bismo slučajeve sagledali iz perspektive posmatrača, odluke bi delovale potpuno nerazumljivo, s obzirom na to da je posmatraču (primera radi, pravniku iz inostranstva koji piše izveštaj o pravnom sistemu Nemačke) dostupan samo kontradiktoran zaključak da lice u prvom slučaju nije lišeno državljanstva, kako bi trebalo prema nemačkom pravu, iako sudovi delaju na osnovu jezičkog značenja teksta pravnog akta koji je autoritativno usvojen u skladu sa kriterijumom važenja, koji je deo efikasnog pravnog sistema Nemačke (Alexy 2002, 28–31). Iz toga proističe da je formula nepodnošljivosti *neprihvatljiva za posmatrača*, odnosno da je konceptualno nemoguća kada je reč o individualnim normama.

Međutim, može se postaviti pitanje jasnoće povučene granice između posmatrača i učesnika. Pre svega, nejasno je šta znači sintagma „u pravnom sistemu“, odnosno na osnovu čega se pravi razlika između pozicija (Raz 2007, 23). Zar nije pozicija sudije podjednako usmerena ka otkrivanju istine o pravu koliko i pozicija bilo kojih drugih zainteresovanih lica, poput akademskog istraživača? Aleksi ne pruža nikakvo dublje objašnjenje sadržine dve suprotstavljene perspektive, odnosno ne nudi različite metodološke pristupe, pa zato Raz pretpostavlja da se učesnička pozicija prosto tiče toga „kako sudovi rešavaju sporove“ (Raz 2007, 24). Takođe, čini se da je ideja o kontradiktornosti stava iz posmatračke perspektive neosnovana, polazeći od toga da su kontradiktornosti generalno odlike izjava ili logičkih sudova, što znači da ne bi trebalo da variraju zavisno od perspektiva. Ne postoji razlog da perspektive uslovljavaju različite koncepte prava, tačnije proučavanje

toga šta pravo jeste i kako ga sudije primenjuju može (i treba) da se zasniva na istim konceptima (Raz 2007, 25).

Aleksi odgovara na te nedoumice naglašavajući da postoje situacije u kojima se dve perspektive preklapaju, na primer, u rečenici: „U Nemačkoj svako može da podnese ustavnu žalbu na osnovu povrede ustavnog prava od državnog organa“, iako se perspektive razdvajaju čim se postavi pitanje tumačenja (Alexy 2007, 46). Posmatrač bi mogao da odgovori na pitanje tumačenja samo na osnovu prakse Ustavnog suda, dok bi učesnik davao argumente u prilog rešenja koje smatra pravno ispravnim. Tačno je da učesnik nije samo onaj koji učestvuje u sporu, ali Aleksi smatra da je metodološka razlika u pozicijama jasna: učesnik koristi bogat dijapazon pravne argumentacije, a posmatrač samo empirijska opisivanja prava kao socijalne činjenice<sup>8</sup> (Alexy 2007, 46). Kada je reč o sintagmi „u pravnom sistemu“, bitno je reći da pravni sistem obuhvata pravna pravila i procedure koje mogu i ne moraju biti institucionalizovane, što se ispoljava u diskursu o tome šta zaista kažu pozitivnopravne norme jednog sistema. Shodno tome, ko god izvodi argumente u okviru tog pitanja – nalazi se u sistemu. Takođe, odbrana kontradiktornosti u slučaju posmatračke perspektive, koja kao takva uslovljava logičke sudove, može se zasnovati na činjenici da posmatrači pretpostavljaju drugačiji koncept prava od učesnika (koji uvode i moralnu ispravnost), što dalje vodi u razlike pri razmatranju istih sudova (Alexy 2007, 47). Drugi deo rečenice koju napada Raz:

<sup>8</sup> Kada Aleksi govori o argumentu principa, on ističe da se taj argument fokusira na svakodnevni život prava i počiva na zajedničkim osnovama prirodnopravne i pozitivnopravne teorije. To je da u svakom sistemu postoji tzv. otvorena oblast pozitivnog prava, koja obuhvata mogućnost sukoba normi, relativnost pravnog jezika, pravne praznine i u izuzetnim slučajevima – mogućnost donošenja sudske odluke protivno doslovnom jeziku norme (Alexy 2002, 69). Iz učesničke perspektive sudije koji odlučuje u teškom slučaju, tačnije u otvorenoj oblasti prava (čije tumačenje ne može biti zasnovano samo na autoritativnim odredbama već pri sukobu razloga pribegava principima) – može se pokazati da svaki pravni sistem mora da sadrži principe. Argument ispravnosti zahteva da sudija uspostavi ravnotežu u rešavanju slučaja, a to se ostvaruje jedino pozivanjem na principe. Time se oni svrstavaju u delove pravnog sistema, jer tvrdnja ispravnosti nije samo moralnog karaktera već se tiče i same sudijske uloge (Alexy 2002, 74). Sudija koji stoji pred izborom između dva tumačenja istog pravnog propisa može, koristeći moralni argument, da prevagne u korist jednog ili drugog tumačenja. Sa pozitivističke tačke gledišta, odabir tumačenja koje je moralno pogrešno ne čini odluku manjkavom, ali Aleksi smatra da bi se time sudska odluka učinila ne samo moralno već i pravno defektnom. Zašto? Zato što pravo ima i svoju idealnu dimenziju, oličenu u zahtevu za ispravnošću (Alexy 2008, 295).

A nije izgubio državljanstvo prema nemačkom pravu, iako svi nemački sudovi i zvaničnici tretiraju A kao denaturalizovanog i zasnivaju svoje delanje na jezičkom značenju norme koja je autoritativno usvojena u skladu sa kriterijumom važenja, koji su deo važećeg i efikasnog pravnog sistema u Nemačkoj (Alexy 2002, 29–30),

odnosi se na lanac pravnih izvora, što implicira da je svako sprovođenje vlasti na osnovu tih izvora – deo pravnog sistema. S druge strane, ako uzmemo u obzir nepozitivistički koncept prava i dodamo Radbruchovu formulu, ne pravi se logička greška ako se tvrdi da ekstremno nepravedno delanje organa zasnovano na datim izvorima prava – nije pravo, što odgovara učesničkoj koncepciji prava (Alexy 2007, 48). Odgovor učesnika na pitanje šta pravo jeste podrazumeva i tvrdnje o tome šta bi pravo trebalo da bude, odnosno idealnu dimenziju prava.

Definitivno se može reći da nisu precizirana razgraničenja konkretnih uloga učesnika i posmatrača. Raz je u pravu kada naglašava upitnost konceptualnih razlika koje Aleksi povezuje sa dvema pozicijama. Osim toga, interesantno je i pitati se kakve su sličnosti i razlike spram Hartove interne i eksterne perspektive, s obzirom na to da je ideja o pomenutoj dihotomiji nesumnjivo uticala na Aleksija. Teorijski kontekst u kojem Hart gradi svoje perspektive je vrlo specifičan (Hart 2013, 148–150) i zato bi trebalo obazrivo vršiti poređenje, za šta nema prostora u ovom radu.

S druge strane, moguće je da ono što važi za normu – ne važi na isti način za sistem kao celinu, pri čemu ostaje ključno pitanje konceptualno nužnog odnosa prava i morala. Može postojati formalna i materijalna veza morala i pravnog sistema. Fulerova unutrašnja moralnost prava primer je formalnog moralnog kriterijuma (Fuller 1969, 33–95), a Hefeovo (*Otfried Höffe*) pozivanje na principe pravde i zabrane ubistva i krađe predstavlja materijalni kriterijum (Alexy 2002, 32). Aleksi smatra da je empirijska činjenica da nijedan pravni sistem ne može da opstane ako ima retroaktivne norme ili nema opšte norme, dok su konceptualna pitanja drugačije prirode. Postoje dve vrste društvenih poredaka koji se iz konceptualnih razloga ne mogu nazvati pravnim porecima – „besmisleni“ i „predatorski“. Prvi postoji kada je grupa pojedinaca pod vlašću određenih ljudi u čijoj vladavini nije moguće odrediti ili uočiti konzistentnu svrhu niti je dugoročna težnja ka ispunjenju određenih ciljeva moguća. Aleksi potom ilustruje hipotetički poredak vlasti naoružanih razbojnika, koji neograničeno koriste

silu (dok podanici nemaju nikakva prava) i donose samo pojedinačne norme, koje su često kontradiktorne, nemoguće ili promenljive. Takav poredak prerasta u predatorski kada se banditska grupacija organizuje tako što barem uvede neku vrstu hijerarhije u sopstvene redove i propiše korišćenje sile (Alexy 2002, 33). Dalje se može pretpostaviti da je jedini cilj te vlasti da eksploatiše svoje podanike, tako što ih, na primer, ubija zarad prodaje njihovih organa. Osim toga, banditi zaogrću svoju moć u veo normi – poput zabrane pušenja zarad očuvanja zdravlja žrtvi, iako ne kriju da je jedini smisao njihovog poretka da zloupotrebe silu. Pošto bi se takav poredak vremenom pokazao kao neefikasan, razbojnici bi počeli da tragaju za legitimnošću. Potom bi sebe formalno proglasili vlašću (stvorivši treću vrstu poretka – „sistem vlasti“), pri čemu bi i dalje eksploatisali podređene, samo bi ih sada ubeđivali u to da je to zarad nekog višeg cilja (npr. zarad razvoja pojedinaca). Sila bi ostala glavno sredstvo, a njihova lična korist suštinski glavni cilj društva, iako bi sada korišćenje sile bile uslovljeno pozivanjem na *legitimni cilj*, dok bi odluke morale biti donete u skladu sa određenom formom (Alexy 2002, 34). Konceptualno gledano, takav sistem se *može* nazvati „pravni sistem“, ali se postavlja pitanje zašto, odnosno – šta je suštinska razlika u odnosu na besmisleni i predatorski sistem? Pošto u tim sistemima postoje i određena pravila ponašanja i neka vrsta jednake koristi (u tom kontekstu, mogućnost da se ubija i pljačka) – jedina istinska razlika je tvrdnja ispravnosti<sup>9</sup>, koja svakako nedostaje pomenutim sistemima jer nisu isticali nikakav opravdan cilj zarad kojeg su delali. Drugim rečima, svaki pravni sistem (i individualne norme) mora implicitno ili eksplicitno da teži ispravnosti – ona je nužni deo koncepta prava, što se naziva argumentom ispravnosti (Alexy 2002, 34). Tom tezom se dovode u odnos perspektiva posmatrača i učesnika, tačnije tačka oslonca se premešta iz jedne u drugu perspektivu. Čak i sa posmatračke tačke gledišta, teza odvajanja biva ograničena kada se uvede pojam ispravnosti, iako bismo načelno mogli da kažemo da je ta teza ispravna kada je reč o posmatračima (Alexy 2002, 35).

### 3.2.2. Perspektiva učesnika

Učesnička perspektiva se tiče argumenta ispravnosti, koji obuhvata i argument principa i argument nepravde i koji je primenljiv i na individualne norme i na sistem kao celinu. Aleksijeva razmatranja

<sup>9</sup> Originalni nemački termin je *Anspruch auf Richtigkeit*, koji je preveden na engleski kao *claim to correctness*, što se na srpskom jeziku može izraziti kao „zahtev za ispravnnošću“ ili kao „tvrdnja ispravnosti“.



ispravnosti iz te perspektive praktično se sprovode kroz prizmu zakonodavca i sudije, kao očiglednih primera učesnika.

### 3.2.2.1. *Pravne posledice argumenta ispravnosti*

S jedne strane, *sistemi* koji ni eksplicitno ni implicitno ne postavljaju tvrdnju ispravnosti ne mogu se smatrati pravnim sistemima (klasifikujuća veza prava i morala), dok se oni koji imaju težnju ka ispravnosti ali je ne ostvaruju – smatraju pravno defektnim, što je kvalifikujući karakter argumenta ispravnosti (Alexy 2002, 36). S druge strane, *individualne norme*<sup>10</sup> koje ili uopšte ne tvrde ispravnost ili je ne ispunjavaju – smatraju se pravno defektnim (ponovo samo kvalifikujuća veza). To su premise koje postoje nezavisno od argumenta nepravde, jer se on primenjuje kao dopuna (u slučajevima ekstremne nemoralnosti).

Eugenio Buligin oštro kritikuje te teze, ističući problematično korišćenje pojma nužnosti:

Objašnjenje sugerije da ispunjenje tvrdnje ispravnosti nije osobina koja definiše pravne sisteme, kao što, podjednako, ni postavljanje tvrdnje nije osobina koja definiše pravne norme ili odluke (Bulygin 2000, 135).

Ali ako nije suštinska karakteristika, nije li onda slučajna, a ne nužna? Aleksi argumentuje da je ipak reč o nužnoj kvalifikujućoj vezi jer *mora* doći do manljivosti pravnog sistema ili norme (Bulygin 2000, 135). Međutim, smatra Buligin, to je trivijalno – pošto se manljiv pravni sistem *definiše* kao onaj koji ne ispunjava zahtev ispravnosti, što znači da je reč o suštinskoj karakteristici, samo ovog puta – defektnog sistema ili norme. Dakle, logičnije bi bilo reći da nužnost postoji samo spram tvrdnje ispravnosti pravnog sistema kao celine, jer se tu ispravnost pokazuje kao karakteristika koja uslovljava pravnu prirodu sistema. On povlači jednu ilustrativnu paralelu, koristeći Aleksijevu liniju rezonovanja:

[...] mogli bismo da kažemo da postoji kvalifikujuća, ali nužna veza između žena i lepote, odnosno da žene nužno tvrde da su lepe. Ako žena ne ispunji ovaj zahtev, tj. ako nije lepa, i dalje je žena, samo je ružna i to je konceptualna greška. Nedostatak lepo-

---

<sup>10</sup> Misli se na pojedinačno uzete norme, što nema veze sa podelom na opšte i pojedinačna norme.

te nije samo negativna osobina nekih žena jer zahtev za lepotom dodeljuje ženama idealnu dimenziju i na taj način nužno povezuje jedno sa drugim (Bulygin 2000, 136).

Shodno tome, čini se da je termin nužnosti pogrešno iskorišćen u datom kontekstu, jer on inače podrazumeva da je nešto uvek i u svim mogućim okolnostima istinito.

Aleksi pokušava da detaljnije razjasni datu problematiku, ponavljajući da sistemi koji ne ističu tvrdnju ispravnosti – nisu pravni sistemi, već sistemi sile i prinude (Alexy 2000, 144). U tom smislu, postavljanje zahteva ima definišući karakter, što nije slučaj i sa samim ostvarenjem ispravnosti jer bi to imalo katastrofalne posledice – usled gubitka pravne prirode propisa ili sistema, a samim tim i njihovog važenja. To nije prihvatljivo zbog pravne sigurnosti, odnosno iz normativnih razloga (Alexy 2000, 144). Opet, individualne norme su manljive, odnosno pravno pogrešne kada ne postavljaju ili ne ispunjavaju tvrdnju ispravnosti – sem kada su toliko manljive da prelaze granicu uspostavljenu Radbruchovom formulom. Tada one gube i svoju pravnu prirodu (Alexy 2000, 144). Ovde dolazi do izražaja već istaknuta povezanost dveju Radbruchovih formula, kao što se i argument nepravde povezuje sa individualnim normama, a ne sa sistemima.<sup>11</sup>

Vraćajući se na Buliginovu zamerku – zaista se pokazuje kao kontradiktoran stav da nešto što nužno tvrdi ispravnost može da bude i u situaciji da je ne tvrdi. Međutim, Aleksi veruje da se taj spor može odgonetnuti distinkcijom između subjektivne i objektivne perspektive ispravnosti (Alexy 2000, 145). Sa javnom funkcijom se nužno povezuje tvrdnja ispravnosti, sve dok je sam sistem kao celina ističe (kao preduslov). Sudija koji negira tvrdnju može to činiti samo subjektivno.

### 3.2.2.2. Analiza ustavnog iskaza i iskaza presude

Prigovor zahtevu ispravnosti može biti tvrdnja da zahtev nije *konceptualno* povezan sa pravom, na šta se, ističe Aleksi, može odgovoriti analizom dva primera (Alexy 2002, 36). Prvi primer može biti hipotetički član ustava: „*X je suverena, federalna i nepravедna država*“, pri čemu je nepravедna, recimo, zbog toga što postoji tiranija manjine. Takav iskaz je apsurdan, pri čemu se možemo pitati šta sa njim tačno nije u redu. Jedna mogućnost je da se kaže da tu postoji tehnički defekt jer manjina pokušava na neefikasan način da održi *status quo* – bilo bi

<sup>11</sup> Vid. str. 29 ovog rada.

lakše da se bar prave da nije nepravedna. Neko bi mogao ukazati i na moralni defekt, koji je očigledan, pri čemu bi apsurdnost člana nestala kada bismo deo o nepravednosti zamenili konkretnim odredbama o oduzimanju prava određenoj rasi ljudi, dok bi za pitanje moralnosti posledice ostale iste (Alexy 2002, 37). Objašnjenje može ležati i u činjenici da je apsurdnost povezana sa konvencionalnim defektom usvajanja ustavnog akta (pošto nije u skladu sa praksom), iako ni to ne bi bilo dovoljno precizno i tačno. Nijedna od pomenutih mana nije zadovoljavajuća. Ovde defekt ima još dublji značaj – kao konceptualni nedostatak koji povezujemo sa aktom donošenja ustava (Alexy 2002, 37). Ustavotvorac pravi performativnu kontradikciju ako je sadržina ustava takva da negira tvrdnju pravde, uprkos tome što je takva tvrdnja nužan deo stvaranja ustava. Isto tako, iskaz „*X je pravedna država*“ sam po sebi predstavlja performativnu suvišnost. Ispravnost u sebi obuhvata i osam Fulerovih principa unutrašnje moralnosti prava, ali i materijalnu pravdu (Alexy 1999, 28).

Buligin kritikuje kao opskurno Aleksijevo objašnjenje performativne kontradikcije, naglašavajući da je u najboljem slučaju reč o pragmatičkoj neusaglašenosti između akta donošenja norme i sadržinskog odbacivanja tvrdnje ispravnosti (Bulygin 2000, 134). Aleksi na to odgovara da performativni karakter neusaglašenosti proističe iz činjenice da je jedan deo kontradiktornosti uzrokovan eksplicitnim iskazom u samom aktu, dok je drugi implicitno sadržan u stavu koji je generalno povezan sa pravnom radnjom (Alexy 2000, 141).

Pitanje je, ipak, da li je ta performativnost dovoljno snažna da dokaže konceptualnu istinu o nužnosti tvrdnje ispravnosti (Spaak 2020, 157). Spaak veruje da jeste, pri čemu ujedno smatra da je performativna kontradikcija negde između logičke i pragmatičke, jer se pojavljuje kada moralni agent zloupotrebi koncept koji je sadržan u njegovoj tvrdnji.

Reći „Mačka je na tepihu, ali ja ne verujem u to“ znači prenebregnuti da znanje... implicira verovanje [...]; kao što reći „*X je suverena, federalna i nepravedna država*“ znači prenebregnuti da zakonodavni akt implicira tvrdnju (moralne) ispravnosti koja protivreći sadržini izjave (Spaak 2020, 158).

Iako takva objašnjenja deluju razumno, ipak ostaje sporno da li postoji jasan logički dokaz o nužnosti tvrdnje ispravnosti ili je to prost vrednosni postulat koji se oslanja na intuiciju.

Osim toga, iznetim idejama se upućuje još nekoliko kritika: čak i ako bismo pretpostavili da svaki autoritativni pravni subjekt pri donošenju pravnih akata zaista tvrdi ispravnost, i dalje ostaje sporno kakvi su njihovi pojedinačni pogledi na moralnost (Bulygin 2000, 134). Pošto teza spajanja podrazumeva postojanje nužne veze između bilo kog pravnog sistema, s jedne strane, i tačno određene moralnosti, tj. pravde, s druge strane, treba dokazati ne samo objektivnost moralnih vrednosti već i to da svaki zakonodavac (poput Nerona ili Kaligule) prihvata ili podržava takav pogled na svet.

Aleksi se utemeljeno brani ponovo osvrtnom na već iznetu distinkciju između subjektivnog i objektivnog isticanja ispravnosti (Alexy 2000, 142), čime se pojedinačna moralnost može izdvojiti kao konceptualno nevažna. Ideja pravde koju zastupaju različiti vladari nebitna je za tvrdnju ispravnosti jer oni (zbog svoje funkcije) svakim pravnim aktom nužno tvrde pravdu (shvaćenu vrednosno objektivno), iako svojom voljom mogu da je negiraju. Slučajevi kao što je Neronov u suštini su veoma skandalozni jer se lični interes pojedinca poistovećuje sa javnom ulogom koju ima s obzirom na poziciju u državi. Osim toga, Aleksi ukazuje na razliku između individualnih pravnih normi i pravnog sistema kao celine, koja se odnosi na to da pravni sistem ne gubi svoju pravnu prirodu ukoliko samo neke norme ne sadrže tvrdnju ispravnosti (Alexy 2000, 142). Takođe, on opravdano odbacuje kritiku da je njegova teorija nekompatibilna sa istorijskim iskustvom različitosti moralnih shvatanja, pozivajući se na razliku između ispravnosti u moralu i u pravu. Pravo je mnogo složenije, zbog svog institucionalnog konteksta. Pravni zahtev za ispravnosću ne tiče se samo moralne ispravnosti pravnih normi već i forme prava – ispravnosti procedura i primene (npr. demokratski izbori, parlamentarizam i sudska načela). Ideja o ispravnosti u pravu ne traži da ne postoje razilaženja u pogledu na moral između pravnih učesnika, iako ideja ispravnosti zahteva „snažno“ tumačenje, odnosno shvatanje ispravnosti isključivo kao usklađenosti sa objektivnim ili opravdivim moralom (Alexy 2000, 144). Pošto Aleksi veruje da postoji mogućnost argumentacije za i protiv određene moralnosti<sup>12</sup>, onda se tvrdnja ispravnosti postavlja prema opravdivom tumačenju pravde.

Ideja ispravne moralnosti, praksa racionalne argumentacije o tome šta je moralno ispravno i mogućnost konstruisanja praktičke racionalnosti na toj bazi – dovoljne su (Alexy 2000, 144).

---

<sup>12</sup> O tome će biti reči u delu rada u kojem će se ukratko govoriti o teoriji diskursa.

S druge strane, trebalo bi spomenuti i prigovore pomenutoj elaboraciji o apsurdnosti hipotetičkog člana ustava, koji ukazuju na to da je reč o pobrkanom opštem zaključku o jeziku i zagovaranju nečega što je specifično povezano sa pravom (Bix 2006, 147). Aleksi bi se mogao braniti time da nije reč o nečemu što razlikuje pravo od drugih pojava, ali jeste suštinsko za pravo. Brajan Biks smatra da to nije ni održivo jer se može zamisliti da se država javno odriče pravde, a da norme ne izgube etiketu „prava“ (Bix 2006, 148). Time se vraćamo na argument ispravnosti, koji se sam po sebi ne čini ispravnim jer iz činjenice da neki sistem mora da tvrdi ispravnost ne proističe *logički* da nezadovoljavanje te tvrdnje dovodi do gubitka pravne prirode.

Potom, u drugom primeru sudija donosi sledeću odluku: „*Optuženom je izrečena kazna doživotnog zatvora, što je pogrešno.*“ Pojam pogrešnosti se može tumačiti ili kao neusaglašenost sa pozitivnim pravom ili kao protivnost pravdi, pri čemu Aleksi razmatra samo prvu situaciju (Alexy 2002, 38). Sudija bi u tom slučaju svakako kršio norme pozitivnog prava, koje ga obavezuju na ispravno tumačenje, čak i kada bi verovao da je ispravno primenio pozitivno pravo, kao što bi kršio i običajno pravo ako bi došao na suđenje u prljavoj odeždi. Međutim, i kada bi pogrešno razumeo da je netačno protumačio i primenio pozitivno pravo (odnosno kada bi u stvarnosti ispravno primenio, iako misli drugačije) – postojao bi konceptualni nedostatak, jer je ponovo suštinski deo donošenja sudijske odluke tvrdnja da je pravo ispravno primenjeno (Alexy 2002, 39).

Prema Aleksijevom mišljenju, pomenuta dva primera ukazuju na to da je tvrdnja ispravnosti u pravnom sistemu neophodna iz perspektive učesnika.

On još navodi da se tome može prigovoriti na dva načina. Prvo, primeri ne dokazuju istinitost teze spajanja, jer pozitivista može da prihvati argument ispravnosti a da istovremeno ostane pri tezi odvajanja. Može pre svega da se kaže da u slučaju neispunjenosti tvrdnje ispravnosti ne nestaje nužno pravni karakter normi. Sem u izuzetnom slučaju, kada sistem uopšte ne tvrdi ispravnost, tvrdnja ispravnosti formira samo kvalifikujuću vezu, što znači da to ne utiče na tezu odvajanja (Alexy 2002, 39). Druga linija kritike jeste da zahtev za ispravnošću, zbog svoje trivijalnosti i manjka moralnih implikacija, ne vodi do konceptualno neophodne veze između prava i morala. Prvi prigovor upućuje na argument nepravde, a drugi na argument principa<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Argument principa neće biti obrađen zbog ograničenosti forme rada.

### 3.2.2.4. Kritike argumenta ispravnosti

Argument ispravnosti se može razumeti kao samoevidentna tvrdnja samog prava ili pojedine norme da su ono što i treba da budu, uopštenije govoreći – da svaki govorni akt sebe predstavlja kao vrstu radnje ili akcije, ali tako da ujedno i podrazumeva sebe kao ispravno činjenje, u datim okolnostima (Raz 2007, 26). To se može dalje povezati sa svim namernim radnjama moralnih agenata, koje obavezuju subjekta na sopstvenu ispravnost, što ukazuje samo na to da su radnje određene vrste podložne procenjivanju kao dela koja pripadaju toj grupi i da je deo koncepta namerne radnje to da je subjekt svestan te mogućnosti procene. Pravo nije radnja već je rezultat namernih radnji, pri čemu nije neuobičajeno rezultatu radnje pripisati odlike same radnje, tako da se zakonodavac obavezuje time da je pravo stvoreno na ispravan način (ono kako treba da bude). Problem sa tako predstavljenom tezom ispravnosti je što se onda ona ne može pripisati pravu kao njegova autentična odlika (Raz 2007, 27).

Aleksi ne prihvata takav zaključak, jer Razova načelna „tvrdnja prikladnosti“<sup>14</sup> sadržana u svim namernim radnjama nije isto što i zahtev ispravnosti. Recimo, generalno opravdanje banditskih radnji iz navedenog primera ne sadrži u sebi i tvrdnju da su te razloge prihvatila i ostala lica, na primer podanici, dok je tvrdnja ispravnosti upućena svima (Alexy 2007, 49). Aleksi naglašava da tvrdnja ispravnosti podrazumeva objektivnost, tačnije da obuhvata i tvrdnju prihvatljivosti od svih koji zauzmu perspektivu pravnog sistema koji je u pitanju, što ne znači da postavlja zahtev prihvatljivosti bez bilo kakve dublje kvalifikacije, kao što to čini objektivnost u moralu. Dakle, pravo je fenomen koji suštinski obuhvata pojam objektivnosti, što nije slučaj sa svim namernim radnjama generalno, koje uvek imaju i jedan subjektivni aspekt sa kojim se namera obično i povezuje (Alexy 2007, 49). Naravno, to nije dovoljno da se povežu pravo i moral jer sama ideja objektivnosti ne implicira moralnu ispravnost. Tvrdnja ispravnosti, koju ističe pravo, sadrži i zahtev pravde. Ona je zapravo ispravnost s obzirom na distribuciju i balansiranje, koji su neodvojivi od prava. Pitanje pravde je moralno pitanje i samim tim ispravnost, kao sastavni deo prava – pretvara moralnu manjkavost u pravnu. To se nikako ne može smatrati trivijalnim, kaže Aleksi (Alexy 2000, 146).

---

<sup>14</sup> U originalu: *claim to appropriateness*.

Međutim, formulacija objektivnosti kao „prihvatljivosti od svih koji zauzmu perspektivu pravnog sistema koji je u pitanju“ čini se prilično nejasnom. Tvrdnja ispravnosti se odnosi na učesničku perspektivu, pa se možemo pitati kako licima koja zauzimaju takvu perspektivu izgleda taj pojam objektivnosti. Da li to znači da svaka sudska odluka prosto kaže: „Zato što pripadam pravnom sistemu kao zvanična odluka autoritativnog organa, ja polažem pravo na objektivnu prihvatljivost od svih lica u tom poretku“, iako to ne znači da je reč o moralnoj prihvatljivosti, već o nekakvoj apstraktnoj ideji prihvatljivosti koja je samo metodološka posledica Aleksijeve teorijske tačke gledišta? Da li se to može poistovetiti sa Spakovim tumačenjem da neisticanje tvrdnje ispravnosti zapravo ruši učesničku ulogu (Spaak 2020, 156)? Sem toga, čini se da je Aleksijeva odbrana oslonjena u potpunosti na zasebno izvođenje zaključaka o povezanosti prava i pravde, koja se onda inkorporira u ispravnost. Takvim pristupom gotovo da potvrđuje Razovo tumačenje, koje tvrdi da teza ispravnosti nije ispražnjena već je formalna – utoliko što je konceptualna istina koja se tiče prirode teleoloških radnji (Raz 2007, 28). Imati svrhu znači podvrgnuti sebe nekim standardima ispravnosti, pri čemu sama teza ne govori o tome koji su to standardi ponašanja i vrednosti. Ako se pravo podvrgava standardima pravde, onda to proističe iz prirode prava, a ne iz prirode teleološkog delanja. Time se dolazi do zaključka da tvrdnja ispravnosti ne daje uvid u prirodu prava, odnosno tek kada shvatimo prirodu prava, možemo da se bavimo njegovim tvrdnjama (Raz 2007, 28).

Spak sumnja da se teza ispravnosti može primeniti na sve namerne radnje, kao što bi bilo prodavanje droge ili podmićivanje policije, a pogotovo na one banalne poput pranja zuba ili češljanja (Spaak 2020, 159). Osim toga, čak iako bismo pretpostavili da je Raz u pravu kada ističe da je teza ispravnosti samo poseban slučaj generalne ideje prikladnosti – to ne znači da nije moguće iskoristiti je za rasvetljavanje pojma prava. Ako su argumenti u prilog ispravnosti, izneti u analizi dva hipotetička slučaja (ustava i presude), opravdani – onda je ukazano na idealnu sferu prava, što spada u domen pitanja pravne prirode (Spaak 2020, 159). S druge strane, može se reći da ni Aleksi nije na dobrom tragu kada ukazuje na razliku između teze ispravnosti i prikladnosti jer bi se i za Razovu tezu prikladnosti moglo reći da je upućena svima, s tim što bi trebalo razdvojiti prikladnost radnje kao banditske radnje od *moralne* prikladnosti banditske radnje, jer Raz ne govori o ovoj drugoj vrsti. To dalje znači da Aleksijeva primedba nije u skladu

sa suštinom Razove kritike, zato što teza prikladnosti sadrži u sebi i jednu formu objektivnosti, koja se tiče prikladnosti same vrste akcije kojoj ta radnja pripada; odnosno, ako je reč o banditskoj radnji, ona se tiče svih, kao prikladna banditska akcija (Spaak 2020, 160).

Kako treba na kraju shvatiti tvrdnju ispravnosti? Pošto Aleksijevo pozivanje na objektivnost podrazumeva da učesnici *moraju* svojom zvaničnom ulogom u sistemu da tvrde ispravnost, kakva je veza subjektivnog negiranja i objektivne nužnosti tvrdnje ispravnosti? Deluje kao da se time kaže da učesnik svojom odlukom nikad ne može da prenebregne objektivnost koja je sadržana u njegovoj funkciji ili koja *bi trebalo* da bude sastavni deo prirode prava, iako on to eksplicitno uradi. Drugim rečima, kao da Aleksi pokušava po svaku cenu da zadrži konceptualnu nužnost veze prava i morala, uprkos tome što dozvoljava mogućnost subjektivnog negiranja te veze – unoseći pojam prava kakvo treba da bude u pojam prava kakvo jeste. Povrh toga, dodaje se da sistem kao celina mora da ističe zahtev ispravnosti. Ako bismo pokušali da zamislimo situaciju u praksi koja bi odgovarala tome, mogli bismo da pretpostavimo jednu državu sa modernim tipom ustava, kao osnovnim pravnim aktom, u kojem ne postoji direktno ni indirektno negiranje pravde. To bi se verovatno ostvarilo time što se zagovaraju uobičajene savremene političke vrednosti poput socijalne države i demokratije, dok sama vlast sprovodi svoju funkciju makar sa formalnim opravdanjem. Pomenuto je da Aleksi govori o snažnoj moralnoj tezi, što znači da se pojam ispravnosti ravna prema objektivnom moralu, kao što se pojam pravde nalazi u samoj srži ispravnosti. Ali pošto nam on daje samo nekoliko primera na osnovu kojih preispituje i dokazuje tvrdnju ispravnosti (a koji su sami po sebi vrlo svedeni), teško je zaključiti bilo šta konačno.

Ako primer ustava Aleksiju treba da posluži samo kao podloga za ukazivanje na to da je pravda nužni deo prava, onda nam taj primer nije ni od kakvog značaja za ovo pitanje. On ističe da pomenuti dokazi ipak govore nešto supstantivno o tvrdnji ispravnosti, ukazujući na tačnost pravila koje povezuje tvrdnju sa ustavnim aktom ili sudskom odlukom – što performativnu kontradiktornost stavlja samo u ulogu sredstva (Alexy 1998, 213). Povrh toga, može se reći da Aleksi samostalno potvrđuje Razovu kritiku i time što se poziva na naše razumevanje jezika i čoveka kao bića, kada pokušava da objasni zašto je neophodna tvrdnja ispravnosti. Naime, na prigovor da dati primeri ne dokazuju nužnost tvrdnje ispravnosti, zato što se pravni akti mogu



pojmiti i kao proizvodi čiste sile, volje ili emocija – on odgovara da se tvrdnja ispravnosti javlja u svojoj opštoj formi i u moralnim tvrdnjama (Alexy 1998, 214). Moralni iskazi koji su lišeni težnje ispravnosti prosti su emocionalni sudovi, što mimoilazi njihovu suštinu. Ako bi se pravo shvatalo nezavisno od pojmova ispravnosti i istinitosti, onda bi se zaista izgubila performativna kontradiktornost u primerima i oni bi se mogli videti kao besmisleni. Ipak, takav pristup bi negirao prirodu ljudskog govora i delanja (Alexy 1998, 214). Time smo usmereni na univerzalnost tvrdnje ispravnosti, shvaćenu kroz prizmu svakog govornog akta. Nije li to upravo srž ideje da tvrdnja ispravnosti onda nije jedinstvena karakteristika prava?

Ispunjenje ispravnosti deluje jasnije – ako se ne ostvaruju vrednosti koje su opravdive, onda nema ispravnosti; to i sam Aleksi precizira u jednom ranijem članku: „[...] pravna odluka, koja na ispravan način primenjuje nerazumno ili nepravedno pozitivno pravo, nikako ne ispunjava zahtev za ispravnošću<sup>15</sup> [...]“ (Alexy 1989, 181). To ukazuje samo na kvalifikujuću prirodu zahteva – takva odluka ne gubi svoj pravni karakter već postaje pravno manljiva. Znači, tvrdnja ispravnosti se tiče sadržine samih normi, dok se ispunjenje odnosi na primenu od strane sudskih i izvršnih organa.

Teško je iskoristiti primere ustava i sistema vlasti kao potporu za tvrdnju ispravnosti, jer oni ne mogu da *dokažu* konceptualnu povezanost prava i morala, već služe samo kao ilustracija za ono što Aleksi smatra samorazumljivim. Argumentacija koja povezuje moral i pravo mogla bi, sasvim nezavisno od tvrdnje ispravnosti, da se izvede posredstvom ideje pravde.

Jedna od mogućnosti je sledeći skup premisa:

- (1) Pravo je skup normi kojima se uređuje ponašanje ljudi u jednoj zajednici.
- (2) Svako uređivanje ponašanja ljudi podrazumeva neku vrstu balansiranja i raspodele<sup>16</sup>.
- (3) Balansiranje i raspodela su pitanja pravde, koja je moralne prirode.

*Zaključak:* Pravo, zato što se nužno tiče raspodele – tiče se i pravde, što zapravo znači da pravo konceptualno (po svojoj prirodi)

---

<sup>15</sup> Tada sudska odluka samo tvrdi ispravnost.

<sup>16</sup> Slična vrsta argumentacije se može naći i u Dajović 2017, 99–104.

mora da stane na poziciju zaštite određenih moralnih vrednosti. To je nužna povezanost prava i *nekog* morala.

Već je napomenuto da je i sam Aleksi u krajnjoj liniji bio primoran da poveže pravo i pravdu na sličan način<sup>17</sup>, kao što bi se nešto nalik tome moglo pronaći i u Razovoj teoriji o odnosu prava i morala:

Pravo je, po svojoj prirodi, institucija koja ima da ispuni moralni zadatak (Raz 2009, 177).

To, međutim, ne znači da je bolje biti pod pravnim sistemom (čak i ako je pravedan) nego biti izvan njega, pošto bi i anarhisti mogli da prihvate pomenutu tezu. Drugo, ta teza ne onemogućava postojanje nemoralnog pravnog sistema, kao što ne tvrdi ni da je specifična karakteristika prava kao takvog (Raz 2009, 178). Ipak, taj stav je bitan jer aludira na činjenicu da pravo možemo moralno procenjivati, kao što procenjujemo i određene predmete (poput stolice) u odnosu na njihovu namenu (sedenje). Ne možemo da razumemo pojave ako nam nisu jasne njihove funkcije, pri čemu za ciljeve ove debate nije značajno koji bi tačno bili moralni zadaci prava (Raz 2009, 178).

Ovakvo rezonovanje deluje ispravno i tačno. Drugim rečima, moglo bi se zaključiti da pravo na taj način (uz izneti zaključak o pravdi) jeste konceptualno povezano sa moralom, tj. pravdom kao odrazom određenih moralnih vrednosti, iako to nema mnogo veze sa tvrdnjom ispravnosti. Ona se može shvatiti samo kao puka posledica konceptualne povezanosti prava i pravde, pri čemu ta povezanost nije izgrađena na osnovu intuitivne tvrdnje ispravnosti. Tačnije, ako je pravda sastavni deo prirode prava, onda se tvrdnja ispravnosti, kao tvrdnja koja je primenljiva na bilo kakvu namernu radnju i sadržana, između ostalog, u svakom pravnom aktu – može meriti kriterijumom pravde. Takav stav ne ugrožava pravni pozitivizam, pošto ne mora da uključi ideju o tome šta pravo treba da bude, odnosno na koje moralne vrednosti mora da se osloni.

### 3.3. Argument nepravde

Argument nepravde služi kao dopuna i odbrana argumenta ispravnosti od napada koji mu se upućuju zbog toga što između prava

---

<sup>17</sup> Sa važnom razlikom u pogledu toga što on zahteva vezu između prava i *objektivnog* morala, koja je nužna i koja dovodi do raznovrsnih posledica u slučaju kada nije ostvarena.

i morala postoji samo kvalifikujuća veza, utoliko što se epitet pravnog sistema gubi samo kada on uopšte i ne ističe tvrdnju ispravnosti.

Već je pomenut slučaj Radbruchove formule nepodnošljivosti i njene neprihvatljivosti iz perspektive posmatrača, dok za perspektivu učesnika treba uvesti i normativne argumente, osim analitičkih (Alexy 2002, 40). Aleksi se u tom kontekstu osvrće i na primedbe prirodno-pravnoj poziciji (ovde: Radbruchovoj formuli) u nekoliko sfera, pre svega spram individualnih normi.

### 3.3.1. Jezik

Lingvističke analize ne mogu da se iskoriste kao argumenti za ili protiv Radbruchove formule, ali teoretski mogu ukazati na neprikladnost ili nesvršishodnost korišćenja pojma „pravo“ u nepozitivističkoj poziciji, koja podrazumeva i moralnost kao deo prava (Alexy 2002, 41). Aleksi smatra da bi, sa tačke gledišta učesnika, bilo kontradiktorno da se „pravom“ istovremeno nazovu i zakon koji sudija vidi kao krajnje nemoralan (i nalazi razloge za njegovo neprimenjivanje) i odluka sudije koja je protivna jeziku tog istog zakona. Takva kontradiktornost se prevazilazi time što bi sudija, kao učesnik, negirao pravnu prirodu tom zakonu. Zato, smatra Aleksi, Norbert Hoersterov (*Norbert Hoerster*) argument da je za posebnu vrstu nepozitivističkog shvatanja prava potreban drugačiji izraz od „prava“ – nije validan za perspektivu učesnika. Uvidi o jezičkim upotrebama određenih termina ne bi trebalo da protivreče supstantivnim tezama o prirodi prava (Alexy 2002, 42). Ako bi sudija smatrao da ne postoje pravni razlozi za primenu određene norme te donese odluku protivno njoj, bilo bi neprihvatljivo da on tu normu nazove pravnom, zato što bi tada zapao u kontradiktorne tvrdnje o istom pojmu sa suprotnom sadržinom. Samo ako nikada ne bismo mogli da nađemo materijalne razloge za postupanje sudija protivno jeziku zakona, bismo mogli da prihvatimo zahtev da se mora naći supstitucija za pojam prava koji obuhvata i moralne elemente (Alexy 2002, 42). Kada postoje pravni razlozi za sudiju da oduzme pravnu prirodu, odnosno važenje nepravednim propisima – koncept prava može da obuhvati i moralne elemente.

Međutim, smatra Raz, ne postoji ništa u ovoj konkretnoj argumentaciji što bi potvrdilo poslednji zaključak. Jedino možemo reći da pravo može da uključi normu koja nalaže da je ekstremna nepravda jednaka nepravu, tj. da tada gubi svoje važenje – ukoliko to zakonoda-

vac naredi (Raz 2007, 29–30). Pod tom pretpostavkom opet dolazimo u situaciju u kojoj je dovoljno tvrditi da koncept prava obuhvata samo ono što zakonodavac kaže da je pravo. Kada Aleksi ističe da sudija svoju odluku mora da nazove pravnom jer odlučuje na osnovu pravnih razloga – to ne znači da pravna obaveznost proističe iz toga, nego da proizilazi iz činjenice da sudija ima pravno ovlašćenje da odlučuje. Ona će biti obavezujuća čak i ako nije ispravno zasnovana na pravnim razlozima (Raz 2007, 30). Hipotetički primer donošenja norme koja bi sudijama dozvolila da odriču primenu pozitivnog prava – nije protivan pozitivnopravnim teorijama, koje takođe insistiraju na tome da sudovi ponekad imaju moć da menjaju pravo. Da bi zaista oborio pravni pozitivizam, Aleksi mora da dokaže, smatra Raz, da pravo nužno daje sudijama u svakom pravnom sistemu *pravnu moć* da obaraju nepravedne zakone – zato što je u suprotnom moguće da pomenuta norma koja postulira takvo ovlašćenje ne postoji u svakom pravnom sistemu, što onda tu moć čini samo socijalnom činjenicom. Dakle, ne sme biti stvar prakse (empirije) da li je sudijama u konkretnom pravnom sistemu garantovana mogućnost da ne primenjuju nepravedne zakone već to mora biti univerzalna karakteristika prava. Ipak, takvog dokaza nema u Aleksijevoj teoriji (Raz 2007, 31).

Aleksi veruje da Razova kritika mimoilazi poentu elaboracije jer se argument nepravde tiče samo neautoritativnih razloga, koji suštinski utiču na koncept prava (Alexy 2007, 51). Teorijski, tvrdnja ispravnosti obuhvata idealnu i institucionalnu (autoritativnu) stranu, što je u skladu sa dualnom prirodom prava. Da bi se mogao rešiti težak slučaj u praksi, sudija mora da balansira između pravne sigurnosti (kao realne dimenzije) i pravde (kao idealne) – što uvodi normativni argument u prilog formule nepodnošljivosti (Alexy 2007, 53). To dalje vodi u pitanje opravdanosti tih vrednosnih stavova, za koje Aleksi smatra da su odbranjeni teorijom diskursa.

S druge strane, čini se da iz Aleksijeve teorije ipak direktno proističe suprotan zaključak od primedbe koju upućuje Raz jer izuzetno nepravedni propisi nužno gube pravnu prirodu, tačnije sudija u svakom pravnom sistemu ima pravnu moć da im oduzme važenje. Druga je stvar da li ikako može „dokazati“ da je ono što Radbruch zagovara (a Aleksi preuzima) zaista univerzalna karakteristika prava, odnosno kako se može opravdati pozivanje na minimum morala kao na sastavni deo prava. Takođe, načelni uvidi o odnosu koncepata i terminologije trebalo bi da budu dovoljni kao odbrana od jezičkih zamerki, imajući

na umu da bismo koncept prava mogli da objasnimo i bez korišćenja reči „pravo“. Koncepti prava služe objašnjenju prirode sličnih socijalnih institucija, a razumevanje prirode prava ne može da se izjednači sa analizom značenja reči (Raz 2009, 20, 29–30).

### 3.3.2. *Jasnoća, pravna sigurnost, demokratija, retroaktivnost i iskrenost*

U oblasti *jasnoće* najpoznatiji je Hartov stav da je bolje govoriti o nemoralnim zakonima kao pravu koje ne treba poštovati, umesto kao o nečemu što uopšte nije pravo. On smatra da je ljudima prva formulacija mnogo jasnija i prihvatljivija nego druga, tačnije da moralnu kritiku institucija ne smemo predstaviti kroz filozofske koncepte koji su podložni debati. Ipak, odgovara Aleksi, jasnoća kao vid jednostavnosti nije dovoljna da bi prevagnula u odnosu na adekvatnost (Alexy 1999, 29).

Takođe, Hoerster ističe da je Rabruhova formula suviše zahtevna i da zanemaruje ostale aspekte prava (poput efikasnosti), čime se nekritički legitimše nepoštovanje normi. Međutim, važno je napraviti distinkciju između slabe i jake teze spajanja, imajući na umu da Radbruh ne poistovećuje moral i pravo već daje prednost pozitivnom pravu sve dok ne postane ekstremno nemoralno, čime se onemogućuje arbitrarnost (Alexy 2002, 47). Ovde bi se mogla uputiti zamerka u vezi sa problemom subjektivne procene, odnosno problemom teškoće objektivnog povlačenja granice nepodnošljive nemoralnosti, oličene u ideji pravde (Spaak 2009, 281–290; Kelzen 2017, 137–139, 148, 154–156). Nezavisno od toga, postoji i prigovor nepozitivističkom stanovištu da pitanje koncepta prava nema uticaja na realnost, tačnije da sudijski doživljaji propisa kao nemoralnih ili kao nepravni – ne prave nikakvu razliku, jer je teško pružati otpor banditskom režimu koji raspolaže monopolom prinude (Alexy 2002, 50). Ipak, to ne znači da će biti manje svrsishodno pružati otpor ako se on zasniva na nepozitivističkoj koncepciji prava nego što bi to bilo sa suprotnom koncepcijom. Aleksi smatra da postoji još jedan vid prednosti koju pruža teza spajanja, a to je „efekat rizika“. Sudija koji stoji pred izborom primene nepravednog pozitivnog prava snosi drugačiji rizik shodno tome da li će prevladati jedna ili druga koncepcija prava. Ako pretpostavi prirodnopravnu teoriju, nakon smene banditskog režima biće mu suđeno zbog primene propisa koji i nisu bili pravni, što stvara kakav-takav podsticaj da se ne postupa po „zakonskom nepravu“ (Alexy 2002, 51).

Kada je reč o *pravnoj sigurnosti*, čini se da ona nije ugrožena slabom težom povezanosti prava i morala, s obzirom na to da se pomenuta vrednost u velikoj meri prihvata i uvažava. Jedino odstupanje od pravne sigurnosti je u slučajevima nepodnošljive nepravde, što se može prihvatiti zato što ponekad materijalni aspekt pravde mora da bude snažniji od drugih delova prava (Alexy 2002, 52). Ako je pravda racionalno opravdiva, onda važi da što je veći stepen njenog kršenja – to je ona očiglednije izražena. U tom smislu argument nepravde kompromisno daje prostora i tezi odvajanja i tezi spajanja (Leawoods 2000, 500).

Sledeća zamerka prirodnopravnom stanovištu jeste da pozivanje na univerzalne principe pravde može da se sukobi sa normama koje je doneo *legitimno* (demokratski) izabran zakonodavac, pri čemu je odgovor isti kao i za većinu prigovora – reč je samo o ekstremnim slučajevima (Alexy 2002, 56).

Dalje, često se ističe da je moguće *retroaktivno kažnjavanje*, umesto odricanja pravne prirode određenim propisima. Problem sa retroaktivnošću je izričita garancija pravila *nulla poena sine lege* u krivičnom pravu, kao i nemogućnost stvaranja dovoljne sigurnosti da će zakonodavac zaista retroaktivno regulisati određenu sferu prava (Alexy 2002, 57). Takođe, kada bi sudija u oblasti građanskog prava, gde bi možda mogla da postoji mogućnost retroaktivnosti, donosio odluke na osnovu krajnje nemoralnog zakona samo sa ciljem da zakonodavac reaguje – građanima bi bila ugrožena osnovna ljudska prava jer bi bili korišćeni kao sredstvo. Zbog svega navedenog je neophodan argument nepravde, što ukazuje na to da takav pristup ne možemo otpisati kao nepotreban (Alexy 2002, 58). Da bi se Nirnberški proces shvatio kao neretroaktivno kažnjavanje, neophodne su dve pretpostavke: 1) dela učinjena u Hitlerovom poretku jesu krivična dela jer su nevažeći zakoni koji su ih dozvoljavali i 2) postojale su norme (nadzakonskog karaktera) koje su zabranjivale takva dela (Bongiovanni, Valentini, Sartor 2014, 754).

S tim u vezi je i pretposlednja oblast kritike – *iskrenost*<sup>18</sup>. Hart analizira slučaj žene koja je 1944. godine potkazala svog muža za govor protiv Hitlera i njegovog režima sa ciljem da ga se otarasi, iako nije imala dužnost da to učini (Hart 1958, 618-619). Žena je, 1949. godine pred sudom osuđena za ilegalno lišavanje slobode jer je njen muž usled denuncijacije bio uhapšen. Viši sud je na kraju odlučio da je žena kri-

<sup>18</sup> Deo o debati između Harta i Fullera je pretežno preuzet iz Vojnović 2020, 273-274.

va, iako je sud koji je osudio muža tada samo postupao po pozitivnom pravu jer je to pravo bilo lišeno savesti i osećaja za pravdu. Hart ističe da, uprkos tome što bismo možda podržali kažnjavanje nemoralnog akta žene, ipak nam stoje na raspolaganju samo dve opcije: ili da ne bude kažnjena (što bi bilo pogrešno – kaže on) ili da se uvede zakon sa retroaktivnim važenjem (Hart 1958, 619). Koliko god da je neprijatno retroaktivno kažnjavanje, moramo se odlučiti za manje od dva zla. Prema njegovom mišljenju – iskrenost, otvorenost (*candour*), nije mali deo moralnosti, odnosno prava, a ono se izražava u transparentnoj žrtvi principa zarad određenih vrednosti.

Ako smo iskreni [...] rekli bismo da pravo može biti pravo, ali suviše nemoralno da bi se poštovalo (Hart 1958, 620).

Osim toga, Hart zapaža da bismo se i u misaonom eksperimentu u kojem bismo odbacili moralni relativizam i rekli da se vrednosti mogu razumno opravdati kao istinite, i dalje našli pred zakonima koji važe, uprkos tome što su dokazivo nemoralni (Hart 1958, 626).

Fuler, s druge strane, ističe svoju veru u usmerenost ljudskih odluka ka pojmu dobrog i naglašava da pravo ne može da se gradi na sebi samom, već mora da prihvati unutrašnju moralnost prava i eksternu moralnost autoriteta (Fuller 1958, 636, 645). On smatra da Hartovo rešenje nije u skladu sa tezom odvajanja, jer je nužna implikacija retroaktivnosti upravo nevaženje zakona po kojima je muž osuđen, što premešta težište fokusa sa pitanja pravne prirode na pitanje da li bi prljav posao trebalo da obavi sud ili zakonodavstvo (Fuller 1958, 649). Ako se dilema postavi tako da se mora birati između manjeg od dva zla: nemoralnog prava prema kome imamo generalnu moralnu dužnost da se pokorimo, s jedne strane, i lične moralne dužnosti da učinimo ono što mislimo da je ispravno, s druge strane – dilema ne postoji. Besmisleno je na taj način postaviti izbor jer su, prema pozitivističkoj tezi – sfera prava i morala potpuno odvojene, što negira postojanje veze između obaveze da se poštuje pravo i ostalih moralnih obaveza (Fuller 1958, 656). Time što bi se Radbruchova formula poricanja zamenila tvrdnjom da jeste reč o pravu koje, međutim, ne treba da se primeni zbog moralne nepodnošljivosti – ništa se ne bi promenilo.

Moralna zbunjenost bi dostigla svoj vrhunac kada bi sud odbio da primeni nešto što priznaje za pravo, a profesor Hart ne predlaže takvo „suočavanje sa istinom“ za sudove (Fuller 1958, 655).

Interesantno je da, s obzirom na svoj teorijski okvir u čijem je centru sudija, Hart bira retroaktivnost. Da je sudije stavio pred pomenutu dilemu, morao bi da odgovori da li se razlikovanje između važnja i odbijanja primene prava iz moralnih razloga odnosi i na sudije (Jovanovic 2013, 158). Pred kraj, Fuller zaključuje da nije zapanjujuće tvrditi da diktatura ogrnuta u pozitivno pravo, koja je otuđena od „moralnosti reda“ i „unutrašnje moralnosti prava“ – prestaje da bude pravni sistem (Fuller 1958, 660). Kao konkretno rešenje za pomenuti slučaj, on bi takođe odabrao retroaktivnost, ali samo zato što bi se time oštro raskinulo sa prošlošću, što bi omogućilo sistemu da se brže oporavi (Fuller 1958, 660–661).

Aleksi u tom kontekstu odgovara da primena Radbruchove formule nije nikakva prikrivena retroaktivnost, odnosno da joj ne nedostaje iskrenost, jer je reč o neprimenjivanju zakona koji je očigledno ekstremno nemoralan, što znači da se u trenutku činjenja dela on već smatra za nepravu (Alexy 2002, 61). Međutim, sporno je da li se zaista može govoriti o „otvorenosti“ Radbruchove formule u okolnostima u kojima većina učesnika u jednom sistemu nema nikakvu svest o takvom nadzakonskom institutu, pošto je on pre svega nameren sudijama.

### 3.3.3. *Problem moralnog relativizma*

Problem pravne sigurnosti pojačan je problemom relativizma i već pomenutim pitanjem uspostavljanja granice formule. Aleksi prati sličnu liniju razmišljanja kao (posleratni) Radbruch o univerzalnosti ili objektivnosti ljudskih prava, argumentujući da se stav „fizička i materijalna destrukcija manjine po osnovu rase nije pravedna“ može prihvatiti kao racionalan i utemeljen. Drugim rečima, ne bi trebalo da se preopterećujemo hipotetičkim situacijama za koje postoji premalo šanse da se ostvare. Primera radi, bilo bi banalno pozivati se na mogućnost da sudija negira pravnu prirodu pravednim propisima, pozivajući se na kršenje „nacističke moralnosti“ (Alexy 2002, 55).

On postulira teoriju diskursa, koja mora da odbrani pravila praktičkog diskursa kako bi, u sledećem koraku, opravdala postojanje ljudskih prava na tim temeljima (Alexy 1996, 210–211). Diskurs je procedura argumentacije i obuhvata pravila poput slobode od kontradiktornosti, univerzalizacije, jezičko-konceptualne jasnoće, empirijskih istina, posledičnosti i vaganja (Alexy 1996, 211). Cilj pravila je da se postigne nepristranost diskursa, a to se postiže kada se osiguraju sloboda i jednakost argumentacije. Ako su tačne polazne premise – da svako



može da učestvuje u diskursu, da slobodno preispita svaki stav i iskaže spostveni – onda proističe da je validan uslov univerzalne saglasnosti:

Norma je u skladu sa generalnom saglasnošću ako se posledice njenog sagledavanja zarad zadovoljenja svačijeg interesa mogu prihvatiti od strane svih (Alexy 1996, 211).

Povezanost uslova saglasnosti i koncepta ispravnosti se može izraziti na sledeći način – ispravne i samim tim važeće su one (moralne) norme koje bi u idealnom diskursu bile procenjene kao ispravne od strane svih učesnika u diskursu.<sup>19</sup>

Zarad života u zajednici, pojedinci moraju da poštuju konsenzualno uspostavljena ljudska prava (Alexy 1996, 228). Zbog problema realnog određenja konsenzusa, za najefikasnije ostvarenje tih prava u praksi je neophodna demokratska institucionalizacija, odnosno konstitucionalna država (Alexy 1996, 228, 233). Najozbiljniji prigovor se tiče hipotetičke situacije u kojoj osoba prihvata pravila diskursa i zainteresovana je za ispravnost, ali se ujedno ne slaže sa idejom o jednakosti ljudskih prava u idealnim uslovima. Primer toga je rasizam, gde se tvrdi nejednakost po osnovu rase. Aleksi ističe da je ipak neophodno racionalno i empirijsko objašnjenje stavova – kao osnova diskursa, čime se teorija rasizma isključuje, kao i sva metafizička opravdavanja (Alexy 1996, 230).

Takav pristup govori u prilog objektivnosti morala, odnosno Aleksijeve pozicije metaetičkog objektivizma (Spaak 2009, 282). Ipak, takva pozicija se može protumačiti, isto kao i Radbruhova, kao umerena – ukoliko se objektivizam odnosi samo na neke moralne vrednosti (istaknute u formuli nepodnošljivosti), dok se relativistička pozicija zadržava za sve ostale vrednosti (Spaak 2009, 286). Međutim, teško je pronaći filozofsko opravdanje za takvo shvatanje odnosa vrednosti jer se uvek može postaviti pitanje kriterijuma razlikovanja vrednosti. U tom slučaju, većina autora se poziva na vrednosti koje su neophodne za ljudsku egzistenciju i da povodom njih kao moralnih vrednosti postoji znatni konsenzus, iako takva tvrdnja nije nikakav dokaz njihove objektivnosti (Spaak 2009, 287). Ne zalazeći u to da li ljudska prava uopšte postoje, Aleksi ih određuje kao moralna, univerzalna, fundamentalna, apstraktna i prioritarna (u odnosu na sve druge norme), pri čemu će njihova validnost zavisiti od mogućnosti opravdanja (Alexy 2012, 10).

---

<sup>19</sup> Za ostatak uvida o teoriji diskursa videti Alexy 1996, 212–235.

Da bi učvrstio stavove o odbrani ljudskih prava, Aleksi uvodi i „egzistencijalni“ argument, koji čoveka tera da se suoči sa sopstvenim postojanjem ili prirodom (diskurzivnog bića). Potrebna je i subjektivna egzistencijalna odluka da se ljudska sposobnost argumentacije prihvati i sprovede u praksi (Alexy 2012, 13). Problem sa takvim argumentima je u tome što pravila diskursa dejstvuju tek nakon što neko poželi da istakne nekakvu tvrdnju i u tome što niko nije obavezan da prizna drugima određena prava van samog diskursa, odnosno van „jezičke igre“ (Heidemann 2017, 315).

I sam Aleksi priznaje da postoje problemi sa teorijom diskursa, a jedan od njih je da njegova procedura ne dovodi uvek samo do jednog tačnog odgovora (Alexy 2010, 172). Ona ima normativne uslove (vrednosti slobode i jednakosti), koji služe opravdanju ljudskih prava, što je diskurzivna nužnost. Takođe, postoji i širok dijapazon diskurzivno mogućeg – kada neko može da opravda sud bez kršenja pravila diskursa, dok neko drugi istovremeno može da uradi istu stvar, samo tvrdeći nešto sadržinski sasvim suprotno (Alexy 2010, 173). To se može nazvati problemom „praktičkog znanja“, što nam nameće oslanjanje na realnu stranu prava, kako bi se izbegli moralni troškovi anarhije. Zanimljivo je dodati i to da – da bi se zaobišla anarhija, nije zahtev samo racionalnosti da se zaštiti vrednost pravne sigurnosti već je i zahtev moralnosti (Alexy 2015, 443). To implicira da je sud X diskurzivno nužan ako i samo ako je u skladu sa pravilima diskursa (Spaak 2020, 161). Uprkos tome što se takve tvrdnje mogu prihvatiti kao razumne, to i dalje ne rešava problem metaetičke relativnosti – što se takođe ne mora uzeti kao barijera za Aleksijevu teoriju. Naime, on sam ističe da se tvrdnja ispravnosti neće uvek ostvarivati, što znači da nije nekompatibilna sa „teorijom greške“, jer postoji diskurzivna mogućnost da u mnogim slučajevima postoji pravna defektnost (Spaak 2020, 161). Iz svih tih razloga neophodne su pravne institucije kao vodič u praktičkoj sferi, čime pravna sigurnost upotpunjava praktičku sigurnost (Bartea 2007, 75).

Na osnovu svega iznetog, Aleksi smatra da je odbrana argumenta nepravde uspešna iz perspektive učesnika (u ovim slučajevima – sudija) i u primeni pojedinačnih normi. S druge strane, moguće je preispitati da li se pomenuti argument može primeniti i na pravni *sistem kao celinu*. Rečeno je da pravni sistemi koji ne tvrde ispravnost nisu pravni sistemi čak ni iz perspektive posmatrača, ali, zato što su veoma

retki sistemi u praksi koji uopšte ne tvrde ispravnost (koliko god ona bila slabo opravdiva) – veći praktični značaj ima pitanje neispunjenja ispravnosti, i to u slučaju ekstremne nepravde. Tu postoje dve opcije: „teza produžavanja“ i „teza kolapsa“ (Alexy 2002, 64). Teza produžavanja podrazumeva da se posledice ekstremne nepravde normi fundamentalnih za sistem kao celinu protežu i na delove samog sistema, tačnije i na konkretne norme koje su „tipične za takav sistem“<sup>20</sup>, uprkos tome što one nisu ekstremno nemoralne kada se sagledaju nezavisno. Očigledno je da se time ozbiljno ugrožava pravna sigurnost, pošto se normama koje ne prelaze granicu uspostavljenu Radbruchovom formulom odriče pravni karakter (Alexy 2002, 65). Drugim rečima, čini se da je ova teza neprihvatljiva za argument nepravde.

Teza kolapsa se praktično oslanja samo na argument nepravde za individualne norme, sa jednostavnim osvrtom na sistem kao celinu – utoliko što se sistem ruši ako veliki broj individualnih normi, a pogotovo onih bitnih (za sistem), prestupi granicu određenu Radbruchovom formulom. Međutim, na taj način se ne može dogoditi kolaps sistema kao pravnog sistema, pošto bi opstali ostali aspekti sistema, odnosno barem onaj minimum normi koji je potreban. Primera radi, ako bi ustav dao moć diktatoru da samostalno donosi norme bez ograničenja, koji bi potom usvojio 30% ekstremno nemoralnih normi bitnih za sistem – pravni sistem bi bio ugrožen samo ako bi ta grupa normi imala toliki uticaj na pomenutu odredbu ustava da bi prouzrokovala gubitak pravne prirode duž celog svog spektra (Alexy 2002, 67). Tek tada bi ostalih 70% normi izgubilo svoje važenje, pošto bi osnovna norma postala ne-pravna, čime bi se urušila hijerarhijska struktura. Da je takav postupak nerazuman – postaje jasno ako diktatora iz primera zamenimo demokratskim parlamentom, jer onda sama osnovna norma nije nepravdna već samo onih 30% – što ne dovodi do urušavanja sistema. Moguće je da se promeni identitet sistema, ali ne i da on izgubi svoj pravni karakter. Dakle, može se reći da ne postoje posledice argumenta nepravde za sistem kao celinu (Alexy 2002, 68).

Iz ovog odeljka se može zaključiti da je ustav nosilac celokupnog pravnog sistema, pri čemu se onda stvar komplikuje spram tvrdnje ispravnosti jer nju Aleksi analizira u odnosu na postupanje organa vlasti. Dakle, nejasno je šta tačno obuhvata pojam sistema.

---

<sup>20</sup> Pri čemu je veoma sporno šta se smatra tipičnom normom za određeni sistem.

#### 4. ZAKLJUČNE KRITIKE

Ispod granice ekstremne nepravde govorimo samo o pravnoj defektnosti nemoralnih zakona, a ne i o gubitku pravne prirode tih propisa. Shodno tome, Radbruchova formula se ne može izvući iz same teze ispravnosti, pošto se ona tiče pravne defektnosti, a to ne implicira dalje nevaženje (Alexy 2008, 296). Tu je vidljiva pomenuta dualna priroda prava. Moralni razlozi su normativne prirode i u ovom kontekstu – odnose se na zaštitu osnovnih ljudskih prava. Na taj način Aleksi uvodi normativne argumente u prilog sopstvene teorije o idealnoj i realnoj sferi prava, iako je ujedno svestan da je takav pristup osporavan u teoriji, jer je upitno da li se normativnim argumentima može osvetliti pitanje pravne prirode – onoga što jeste<sup>21</sup> (Alexy 2008, 296). Opet, on odgovara da razlikovanje učesničke i posmatračke perspektive omogućava takvu sponu.

Pre nego što budu izneti krajnja kritika i nedostaci teorije, važno je rezimirati dosadašnje teze. Aleksi sumira svoje argumente na sledeći način:

Pravo je sistem normi koji: 1) postavlja tvrdnju ispravnosti; 2) sastoji se iz skupa normi koje pripadaju u velikoj meri efikasnom ustavu i koje nisu same po sebi krajnje nemoralne i od skupa normi koje su donete u skladu sa ustavom, manifestuju minimum društvene efikasnosti i nisu ekstremno nemoralne; i, na kraju, 3) obuhvata principe i druge normativne argumente na kojima se zasniva ili mora zasnivati proces primene prava kako bi se zadovoljila tvrdnja ispravnosti (Alexy 2002, 127).

To je definicija prava iz učesničke perspektive, koja obuhvata i koncept važenja, a čiji segmenti odgovaraju trima argumentima (ispravnosti, nepravde i principa). Drugi uslov se tiče efikasnosti sistema kao celine jer je ustav efikasan samo ako je isto takav i sistem, pri čemu se argument nepravde tiče pojedinačnih normi samog ustava. Dakle, pravni sistem gubi pravnu prirodu ako ne postavlja zahtev za ispravnošću (može biti pitanje kako se to ispoljava u praksi), dok u svim ostalim slučajevima (kada ga postavlja, ali ne ispunjava ili kada je u bilo kom aspektu reč o normama ili odlukama) nema gubitka pravne prirode, već ima samo pravne manljivosti. Izuzeci od toga prave se jedino u slučajevima ekstremne nemoralnosti individualnih normi

---

<sup>21</sup> To je već spomenuti problem odnosa *Sein* i *Sollen*.

(Radbruchova formula). Shodno tome, moglo bi se reći da je Aleksijeva teorija značajna za praksu sudijskog donošenja odluka u pravnom sistemu samo za vrlo mali broj slučajeva, dok u ostalim aspektima nema nikakvog uticaja (Bix 2006, 143).

Pošto Aleksij naglašava da bavljenje konceptima podrazumeva težnju da se zađe u prirodu stvari što je preciznije i tačnije moguće, njegovo proučavanje koncepta prava tvrdi ispravnost moralnih argumenata koje koristi.<sup>22</sup> S druge strane, on mora da prihvati da, u skladu sa teorijom diskursa i stavovima o diskurzivnoj mogućnosti (oba suprotstavljena suda su moguća), u nekim slučajevima nije moguće tako precizno sagledati prirodu prava. Čini se nespornim da se Aleksij ponovo poziva na opravdivi moral, te cela njegova teorija zavisi od mogućnosti odbrane teorije diskursa, kojoj su iznete ozbiljne zamerke.

Kada bismo pretpostavili da je teorija diskursa utemeljena do kraja i da može da bude dobra polazna osnova, susreli bismo se sa nedoumicama i previše svedenim objašnjenjima ideje o tvrdnji ispravnosti. Čini se da je Raz u pravu kada ističe da bismo mogli da zaključimo da tvrdnja ispravnosti nije posebno značajna za razumevanje prirode prava, jer se povezanost prava i pravde može izvesti sasvim nezavisno, čime ispravnost postaje samo instrument (odnosno suvišna komponenta). Aleksij polazi od sopstvenog poimanja prava kakvo treba da bude i implementira ga u prirodu prava kao takvog, tačnije u pravo kakvo jeste – govoreći da je objektivna pravda, oličena u ispravnosti, nužno sadržana u svim pravnim normama (uz potencijal subjektivne negacije u praksi). Time što Aleksij navodi da radnja donošenja pravnih normi zahteva balansiranje i raspodelu (što je pitanje pravde, koje je moralne prirode) – on potvrđuje nepotrebnost ideje o ispravnosti, jer se ona procenjuje standardima izvan nje same. Dakle, ispostavlja se da Aleksij ne unosi ništa posebno novo u debatu o odnosu prava i morala, zato što prosto aludira na pravdu kao idealnu dimenziju, uz jednostavno preuzimanje Radbruchove formule.

Ako bismo zamislili sistem u kojem je monarh nosilac svih najvažnijih ovlašćenja, ali ne tvrdi ispravnost, već sve svoje odluke otvoreno pripisuje cilju ličnog zadovoljstva – takav sistem ne bio pravni niti bi imao važenje. Ali, šta ako bi se u praksi u takvom sistemu ostvarivale vrednosti za koje bi Aleksij rekao da su opravdive, uprkos tome što je monarhov zvanični stav da je to zarad njegove lične koristi? Najjed-

---

<sup>22</sup> To se pre svega odnosi na poziciju moralne objektivnosti koju Aleksij zastupa (Spaak 2020, 162).

nostavnije rečeno, ispravne vrednosti se u praksi ne moraju sukobiti sa interesom monarha, kome te vrednosti, shodno tome, ne smetaju. Da li bi Aleksi prihvatio tako snažne posledice svoje teorije u tom slučaju (gubitak pravne prirode sistema), koji se uzgred i može vizuelizovati nekim istorijskim uvidima, jer su monarsi zaista bili nosioci celokupnog sistema (barem u odnosu na ono što možemo zaključiti o pojmu pravnog sistema kod Aleksija)? Tom prilikom se može reći i da je sasvim nerazjašnjeno šta bi tačno podrazumevao pojam pravnog sistema u savremenom svetu: da li je bitan samo ustav ili i postupanje izvršne i zakonodavne vlasti? Ako jeste, u kojoj tačno meri? Šta je sa ostalim granama vlasti i kako bi se merilo da li sistem tvrdi ispravnost ili ne ukoliko samo neki od stubova sistema ne ističu tvrdnju? Krajnje, šta bi tačno podrazumevalo isticanje ispravnosti u sadržinskom smislu? Sve su to pitanja na koja čitalac ostaje uskraćen za odgovor.

Raz smatra da se krajnje teze Aleksijeve teorije mogu odrediti pomoću nekoliko sledećih premisa:

- 1) Pravo suštinski tvrdi sopstvenu moralnu ispravnost;
- 2) Iz perspektive učesnika, tvrdnja moralne ispravnosti formira deo razloga za postupanje po pravu, a u slučaju sudija – za primenu prava;
- 3) Pošto krajnje nepravedne norme nisu moralno ispravne, sudije bi trebalo da tumače pravo tako da ekstremno nepravedni propisi nisu važeći;
- 4) Shodno tome, iz interne perspektive, iz ugla posmatranja samih sudija, nepravedno pravo nije pravo. (Raz 2007, 31)

Prema njegovom mišljenju, prva premissa je pretežno tačna, ali je prevashodno treba tumačiti u svetlu pojma autoritativnosti, odnosno ideje da pravne institucije delaju kao da imaju legitimni autoritet – što jeste moralna tvrdnja, ali nije i tvrdnja ispravnosti (Raz 2007, 31–32). U prirodi autoritativnih odluka je da su obavezujuće, čak i kada nisu ispravne. S druge strane, naredne teze sadrže ozbiljniju grešku, jer pretpostavljaju da ekstremna nemoralnost prevazilazi svaku vrstu legitimne autoritativnosti. Doduše, takva pretpostavka ne implicira nužno da učesnici imaju uvek moralno opravdanje da ne primene takvo pravo, jer se često dešava da se time nanese veće zlo. Ipak, čak i da pretpostavimo da postoje ekstremni slučajevi koji se nalaze iznad svakog autoriteta, iz toga i dalje ne sledi da treba odreći pravnu prirodu tim propisima, jer bi to zahtevalo dodatan stav – da pravo nikada ne može

da bude tako nepravedno. Drugim rečima, sve se svodi na pitanje istinitosti tog poslednjeg argumenta (Raz 2007, 32).

Na tom tragu su i bojazni autora poput Kanta (*Immanuel Kant*) ili Finisa (*John Finnis*), koji bi, kako ih Aleksy shvata, mogli biti svrstani u kategoriju „superinkluzivnih nepozitivista“ (Alexy 2008, 288–290). Oni smatraju da postoje određena prirodna prava (*a priori* principi ili praktičkim razumom spoznate vrednosti) koja dovode ne samo do moralne defektnosti ukoliko nisu zagarantovana pozitivnim pravom – već i do pravne defektnosti (kao i u slučaju Aleksijeve teze o ispravnosti, ali bez argumenta nepravde). Međutim, Kant smatra da kada se uspostavi pozitivnopravni sistem, nikakva vrsta otpora (odbacivanje pravne prirode) nije dozvoljena, čak ni ukoliko su ugrožena prirodna prava (Alexy 2008, 288–290), dok Finis ističe da su nepravedni zakoni u nekom ograničenom smislu pravno validni: 1) ako potiču iz pravno ovlašćenog izvora; 2) ako će ih sudovi ili drugi zvaničnici zaista sprovesti; 3) ako se o njima uobičajeno govori kao o zakonima, poput drugih zakona (Finnis 2011, 360–361). On pravi razliku između pravne i moralne dužnosti da se poštuje pravo, naglašavajući da ne postoji nikakva moralna dužnost u slučajevima u kojima vlast koristi svoj autoritet da bi donosila propise protivno opštem dobru ili načelima praktičke razboritosti, iako je ujedno u interesu opšteg dobra da se pravo generalno poštuje, tačnije da *u okviru prava* postoji obaveza da se postupa u skladu sa onim što pravo priznaje kao obavezujuće ponašanje (Finnis 2011, 316–318, 360). Ovo poslednje je razumna posledica potrebe za sigurnošću i predvidljivošću, što je uostalom i zahtev pravde, uz napomenu da i u razvijenim sistemima postoji mogućnost da se „unutarsistemski“ postavi pitanje pravne obavezanosti nepravednih propisa.<sup>23</sup> Pitanje *obavezanosti* u Finisovoj teoriji veoma je složeno jer se obaveza razume kao nezavisna od sadržine prava, dok, s druge strane, nepravedni propisi, kao što je već istaknuto, imaju uticaja na moralnu dužnost. Naime, opšte dobro je moguće ostvariti na više različitih načina, što stvara problem koordinacije koji autoritet mora da reši, pa zato tu nezavisnost od sadržine treba shvatiti samo kao dužnost građana da postupaju onako kako autoritet propiše, a ne onako kako oni smatraju da bi najbolje ostvarilo opšte dobro (Aiyar 2000, 478). U prirodnopravna načela (praktičke razboritosti) se, prema Finisovom

---

<sup>23</sup> Npr. „zlatno pravilo“ (izbegavanje apsurdnosti ili nepravde) tumačenja pravnih propisa, što se opet podvodi pod pozitivnopravnu mogućnost, odnosno nije isto što i „nadzakonsko pravo“ (Finnis 2011, 355–357).

mišljenju, ubraja sedam samoevidentnih vrednosti: život, znanje, igra, estetsko iskustvo, društvenost, praktička razboritost i religija (Finnis 2011, 86–90). S druge strane, ukoliko postuliramo perspektivu u kojoj je postojanje pravnog poretka poželjan moralni ideal (ako ne i zahtev pravde), a pravna obaveza – ujedno i moralna, onda će takva perspektiva biti centralni slučaj pravne perspektive, pošto samo u njoj dolazi do izražaja značaj prava kao različitog od ostalih socijalnih poredaka (Finnis 2011, 14–15). Na Finisovu superinkluzivnu poziciju nepozitivizma ključno ukazuje upravo njegovo isticanje razlike između perifernih (nerazvijenih, primitivnih, devijantnih) i centralnih (s sofisticiranih, sazrelih) oblika jedne pojave, što se, naravno, tiče i prava (Finnis 2011, 10–11). Pošto moral ima spornu konotaciju, Finis koristi termin praktičke razboritosti, a pravo određuje, između ostalog, kao skup pravila koja streme ostvarenju opšteg dobra zajednice, koje se odnosi na stvaranje uslova za uspešan lični razvoj svih njenih pojedinaca (Finnis 2011, 154, 276–277). Drugim rečima, iako ostavlja prostor za postojanje nepravednog prava (Finnis 2011, 432 fn. 13), on ukazuje na centralno značenje prava kao jednog aspekta praktičke razboritosti u čijoj srži je objektivni moral. Znači, norme ne gube svoju pravnu prirodu (ni važenje) ukoliko su nepravedne, čak ni u ekstremnom slučaju.

Zbog nepostojanja moralne obaveze da se poštuje nepravedno pravo, Aleksi kaže da Finis zastupa neku vrstu moralne Radbruchove formule, pri čemu on ne vidi kako takva distinkcija (između pravne i moralne obaveze) može da bude zadovoljavajuća. Istovremeno ga kritikuje i normativnim argumentima – da je suviše prednosti dato pravnoj sigurnosti spram pravde, što nije slučaj sa Radbruchovom formulom, kojom se uspostavlja bolji balans između te dve vrednosti (Alexy 2013, 108). Osim toga, Aleksi tvrdi i da se kasnije Finisove izmene i interpolacije mogu protumačiti kao preusmerenje ka inkluzivnom pozitivizmu, jer spominje mogućnost pravne nevažnosti krajnje nemoralnih normi, ali samo ako pravni sistem dozvoli takvu mogućnost (Alexy 2013, 109–110; Finnis 2011, 476).

Bez obzira na to da li je Aleksijevo poslednje tumačenje ispravno ili ne, može se reći da je Finisova analiza korisna alternativna razmatranju problema odnosa prava i morala. Kao što Aleksi povezuje, doduše ne tako direktno – objektivni moral i ispravnost, tako i Finis (decidirano) stavlja u prvi plan objektivne moralne vrednosti praktičke razboritosti. Potom, on ostavlja dovoljno prostora za kritiku prava sa moralne tačke gledišta, formirajući ideju o defektnosti prava sličnu



Aleksijevoj. Međutim, za razliku od Aleksija, Finis ne zalazi u neodređene i kontroverzne distinkcije između isticanja i ispunjenja ispravnosti (a time i teze o gubitku pravne prirode celokupnog sistema usled neisticanja ispravnosti), kao što ne dopušta ni žrtvu pravne sigurnosti u korist pravde u ekstremnim slučajevima, procenjenu prema objektivnom moralu. Biks ističe da bismo mogli, da bismo proverili Aleksijevu ideju, da se zapitamo kako bi on prokomentarisao državni sistem koji u praksi sa krajnje nepravednim normama ne postupa na način na koji on predlaže da bi trebalo? Da li bi Aleksii zahtevao da kažemo da to prosto nije pravni sistem ili da je to nemoralan ili pogrešan način da se vodi sistem (Bix 2006, 149)? Čini se da bi Aleksii pre smatrao da je to loše vođen pravni sistem, koji su sebi sadrži „zakonsko nepravno“, a samim tim bi zahtevao i da se te norme ne primenjuju. Može se pretpostaviti da je njegovo rezonovanje isto kao i Radbruchovo po tom pitanju: postupajući po nalogima koji se ne mogu smatrati pravom – stvara se osnov za primenu (ostatka) važećeg prava na lica koja su, postupajući po nepravu, zapravo kršila pozitivno pravo. U tom kontekstu, Radbruch kaže da sudiji koji je izricao smrtnu kaznu prema Hitlerovom nepravu (a zapravo izvršavao ubistvo) preostaje samo mogućnost sramnog pozivanja na stanje krajnje nužde (sa ciljem da se oslobodi od kazne) – zbog ugroženog života usled shvatanja tadašnjeg prava kao neprava (Radbruch 1980c, 292). Interesantno je ponovo ukazati na Finisovo razlikovanje pravne i moralne obaveze da se pravo poštuje, jer se time negira pomenuta posledica Radbruchove i Aleksijeve ideje o kažnjavanju neprava.

Ispravnost se odnosi na pravdu generalno, dok se argument nepravde koristi kao dopuna u slučajevima ekstremne nepravde, što se ne može svesti na kršenje bilo kojih ljudskih prava već samo najbitnijih. Iskustvo Trećeg rajha je jedan specifičan kontekst u kojem se javila potreba za preispitivanjem dometa pravno pozitivističke pozicije, što je na kraju rezultiralo i promenama u sudskoj praksi. Međutim, upravo zbog toga što se Radbruchova formula, sa kasnije uspostavljenom granicom ljudskog dostojanstva, odnosi na moralni minimum koji je danas u međunarodnopravnim konvencijama uzet kao nesporan – deluje da bi bilo bolje osloniti se na pravnu sigurnost, a ostatak prepustiti međunarodnom pravu. Naravno, određeni manji broj država se može naći izvan dometa međunarodne zajednice, kao što se ponekad dešava da međunarodnopravne norme ne uspevaju da budu primenjene u praksi, pa načelno može postojati nekakva potreba za „nadzakon-

skom garancijom<sup>24</sup>. Ipak, takav pristup zaista otvara prostor (i mnoge praktične nedoumice<sup>24</sup>) za haotično funkcionisanje pravnog poretka, u kojem bi sudije imale jedno suviše snažno diskreciono ovlašćenje. Osim toga, upitno je da li preostaje ikakav praktični značaj takvog instituta, pošto međunarodno pravo služi kao pozitivnopravni korektor u svakom trenutku (pa i nakon sloma ekstremno nemoralnih sistema), kao što je sporno i da li bi takvo ovlašćenje sudija uspelo da dođe do izražaja. Istorija pokazuje da se totalitarni poreci pretežno zasnivaju na gojoj sili<sup>25</sup>, što neminovno briše razliku između posledica pružanja otpora na osnovu morala i pružanja otpora na osnovu implikacija prirodnopravne teorije – oba postupanja bi bila ugušena silom. Zato bi pravno-filozofska i politička analiza trebalo prevashodno da se usredsrede na poluge za sprečavanje arbitrarnog zakonodavstva, tj. vlasti u celini, i na rešavanje potencijalnih problema u sprovođenju zaštite u praksi (pitanja neposredne demokratske kontrole, odnosa moći različitih grana vlasti ili država u različitim međunarodnim institucijama), koje bi morale da imaju preventivnu ulogu.

## LITERATURA

1. Aiyar, Swaminathan. 4/2000. The Problem of Law's Authority: John Finnis and Joseph Raz on Legal Obligation. *Law and Philosophy* 19: 465-489.
2. Alexy, Robert. 2/1989. On Necessary Relations Between Law and Morality. *Ratio Juris* 2: 167-183.
3. Alexy, Robert. 3/1996. Discourse theory and human rights. *Ratio Juris* 9: 209-235.
4. Alexy, Robert. 1/1998. Law and Correctness. *Current Legal Problems* 51: 205-221.
5. Alexy, Robert. 1999. A Defence of Radbruch's Formula. *Recrafting the Rule of Law: The Limits of the Legal Order* (ed. D. Dyzenhaus): 15-39.
6. Alexy, Robert. 2/2000. On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique. *Ratio Juris* 13: 138-147.
7. Alexy, Robert. 2002. *The Argument from Injustice – a Reply to Legal Positivism* (trans. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson). Oxford: Clarendon.

<sup>24</sup> Na primer, kako bi takva nepozitivistička koncepcija prava uticala na same građane? Da li bi svako mogao samostalno da predviđa šta će se smatrati pravom, a šta ne, pa na osnovu toga i da dela?

<sup>25</sup> Iako to ne negira postojanje podrške naroda, kao što je bio slučaj sa Nacionalsocijalističkom radničkom partijom u Nemačkoj.

8. Alexy, Robert. 2007. An Answer to Joseph Raz. *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* (ed. George Pavlakos): 37–55.
9. Alexy, Robert. 3/2008. On the Concept and Nature of Law. *Ratio Juris* 21: 281–299.
10. Alexy, Robert. 2/2010. The Dual Nature of Law. *Ratio Juris* 23: 167–182.
11. Alexy, Robert. 1/2012. Law, Morality, and the Existence of Human Rights. *Ratio Juris* 25: 2–14.
12. Alexy Robert. 2/2013. Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis. *The American Journal of Jurisprudence* 58: 97–110.
13. Alexy, Robert. 4/2015. Legal Certainty and Correctness: *Ratio Juris* 28: 441–451.
14. Berteza, Stefano. 2007. How Non-Positivism can Accommodate Legal Certainty. *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* (ed. George Pavlakos): 69–83.
15. Bix, Brian. 2006. Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory. *Rechtstheorie* 37: 139–149.
16. Bongiovanni, Giorgio, Chiara Valentini, Giovanni Sartor. 2014. Philosophy of Law and International Criminal Law: Between Peace and Morality. *International criminal law review*: 738–767.
17. Bulygin, Eugenio. 2/2000. Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality. *Ratio Juris* 13: 133–137.
18. Војновић, Сава. 2020. Критичка допуна Радбрухове теорије о моралној одговорности судства. *Идејни и тејски преображај Србије*: 263–281.
19. Дајовић, Горан. 1/2017. Правда и право: Нови одговори на старо питање. *Анали Правној факултета у Београду* 65: 82–108.
20. Jovanovic, Miodrag. 137/2013. Legal Validity and Human Dignity – On Radbruch's Formula. *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 145–167.
21. Келзен, Ханс. 2017. Шта је правда. *Право и правда, христотоматија* (ур. Бојан Спаић) 2: 137–156.
22. Leawoods, Heather. 2000. Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher. *Washington University Journal of Law & Policy* 2: 489–515.
23. Meyer, Lukas. 2002. Gesetzen ihrer Ungerechtigkeit wegen die Geltung absprechen – Gustav Radbruch und der Relativismus. *Neukantianismus und Rechtsphilosophie* (eds. Robert Alexy et al.): 319–361.
24. Paulson, Stanley. 3/1995. Radbruch on Unjust Laws – Competing Earlier and Later Views? *Oxford Journal of Legal Studies* 15: 489–500.
25. Radbruch, Gustav. 1965. *Vorschule der Rechtsphilosophie*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht.
26. Radbruch, Gustav. 1980a. *Filozofija prava*. Beograd: Nolit.

27. Radbruch, Gustav. 1980b. Pet minuta filozofije prava. *Filozofija prava*: 265-267.
28. Radbruch, Gustav. 1980c. Zakonsko nepravo i nadzakonsko pravo. *Filozofija prava*: 281-293.
29. Радбрух, Густав. 1990. Природа ствари као облик правног мишљења. *Зборник за теорију права* (ур. Радомир Лукић), књ. IV: 217-237.
30. Radbruch, Gustav. 2002. *Gesamtausgabe, Vol. 4* (ed. Arthur Kaufman). Heidelberg: C. F. Müller Verlag.
31. Raz, Joseph. 2007. The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism. *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* (ed. George Pavlakos): 17-36.
32. Raz, Joseph. 1/1985. Authority and Justification. *Philosophy & Public Affairs* 14: 3-29.
33. Raz, Joseph. 2009. *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.
34. Spaak, Torben. 2009. Meta-ethics and legal theory: The case of Gustav Radbruch. *Law and Philosophy*: 261-290.
35. Spaak, Torben. 2/2020. Robert Alexy and the Dual Nature of Law. *Ratio Juris* 33: 150-168.
36. Finnis, John. 2011. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2<sup>nd</sup> edition.
37. Fuller, Lon. 4/1958. Positivism and fidelity to law – a reply to professor Hart, *Harvard Law Review* 71: 630-672.
38. Fuller, Lon. 1969. *The Morality of Law*. London: Yale University Press.
39. Харт, Херберт. 2013. *Појам права*. Београд: Службени гласник – Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП.
40. Hart, Herbert. 4/1958. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review* 71: 593-629.
41. Heidemann, Carsten. 2007. The Concept of Validity in a Theory of Social Action. *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* (George Pavlakos ed.): 301-319.

REVITALIZATION OF RADBRUCH'S FORMULA  
IN THE THEORY OF ROBERT ALEXY

*Summary*

In trying to unravel the quandary of the concept of law, Robert Alexy stipulated some sort of an eclectic non-positivistic theory of law which consists of three arguments: from Correctness, Injustice and Principles. He believes in the possibility of a rational justification of objective morality, which he incorporates into the aforementioned three arguments, claiming that law and morality are conceptually connected. This paper will question the limitations of such an approach. The Argument from Correctness states that no system can be considered to have a legal nature if it does not claim correctness, while it will be seen as defective if it does claim, but does not fulfill correctness. On the other hand, the Argument from Injustice is an addition to the previous thesis, through the revitalization of the Radbruch Intolerability and Disavowal Formula – subtracting legal nature from extremely unjust norms. The paper evaluates main objections pointed towards such a conception of law, as well as general problems which may occur within the Arguments from Correctness and Injustice.

Key words: *Alexy, Radbruch, justice, correctness, nonpositivism.*