

1995

IZMEĐU ČULNOSTI I UMNOSTI PRAVA

Uvodna usmena reč koju je Autor održao na IX sesiji Kopaoničke škole prirodnog prava koja je bila posvećena temi »SUD I PRAVO« u okviru stalnog naslova škole »Pravda i pravo« koja je održana 13–16. decembra 1995. godine.

Na ovom simpozijumu podneseno je 249 referata raspoređenih u 6 tematskih oblasti (katedri) Heksagona prirodnog prava: I. *Pravo na život* (život, zdravlje, ekologija); II. *Pravo na slobodu* (zakonske determinante lišenja slobode, sloboda ličnosti, upravno-pravna zaštita slobode); III. *Pravo na imovinu* (svojina, denacionalizacija i privatizacija, porezi, nepokretnosti, ugovor, šteta, bankarski poslovi, privredna društva, privredni ugovori, osiguranje, radni odnosi); IV. *Pravo na intelektualnu tvorevinu*; V. *Pravo na pravdu* (opšte značenje, sud u koneksitetu pravde – ustavno sudstvo, sudska praksa i uloga suda, arbitraže, međunarodni odnosi i pravda – elementi inostranosti, pravo Evropske Unije); VI. *Pravo na pravnu državu*.

Tekst ove usmene reči zabeležen je audio-tehnikom i kasnije autorizovan i publikovan u časopisu »Pravni život« br. 1–2 iz 1996.

*Dame i Gospodo,
Veoma uvaženi gosti,
Poštovane Kolege,
članovi velike porodice pravednog prava,*

Svi smo delo prirode. Svi smo i deo prirode. Jednaki u dolasku i jednaki u odlasku. Kome onda ići po pravdu? Ići sudiji, znači ići pravdi. U ovih pet antičkih reči smeštena je civilizacija prava i civilizacija sudstva. Ovim rečima određena je svrha prava i položaj sudije u ostvarenju te svrhe. Razdvojeno je pravedno pravo od nepravednog. Povučena je granica koja deli polje prava od pustinje neprava.

Ali da bi nam sudija, kao živi pravednik, mogao dati tu pravdu, potrebno je, da postoji pravedno pravo i da sudija takvo pravo pravedno primenjuje. Ukoliko izostane jedno od ova dva svojstva, eto nam manljivosti u ishodištu prava. Ako izostanu oba svojstva, tako da nemamo ni pravedno pravo ni pravednog sudiju, onda se pravo pretvara u volju, samovolju, monopol nekog vlasnika vremena. I tada pravo doživljava brodolom. Ići takvom pravu i takvom sudiji znači ići anti-pravdi.

Još od antičke filozofije, od grčkih sofista, a na prošlogodišnjem kopaoničkom decembru rekosmo od Antigone i Kreonta, pa preko Platona i Aristotela, postavlja se pitanje da li pored pozitivnog prava kao izraza zajedničke ljudske volje, postoji i neko drugo univerzalno i večno pravo, kao što je i priroda večna; da li postoji takvo pravo koje je pravedno *po sebi* i koje je iznad pozitivnog. Na tom pitanju na-

stala je filozofija prirodnog prava koja je od perioda ljudskog detinjstva preživljavala vreme i evo je danas ovde u našoj dvorani, na našem skupu pravničke savesti i pravničkoga znanja.

I pored negacija prirodnog prava kroz školu pozitivista, kroz školu istorijsku, evo pisaca i danas koji će nam kazati da je neophodnost prirodnog prava danas očigledna isto onako kao što je to bilo nekad pre više vekova. Ovog trenutka u tom smislu pomislio sam na Lea Strausa i njegovo delo »Istorija prirodnog prava«. Ali ne samo pisci našeg vremena, već svih vremena, iskazivali su sebe, svoj intelekt u znanje, svoju filozofiju – da objasne taj fenomen koji se zove prirodno pravo. Još nas Cezar obaveštava da su se stari Gali plašili da ne pomešaju *zakon* i *pravo*. I oni narodi koji su bili od nekih drugih nazivani varvarskim, znali su da čine razliku između onoga što mi nazivamo *ius* i *leges*. Razume se, u rimskoj stoičkoj školi, eto Paulusa koji će izgovoriti te čuvene reči – »*ius quod est*«.

Dakle, od prvih dana, od perioda ljudskog detinjstva, uvek se postavljalo pitanje, ima li duha ili je samo slovo zakona tu. I evo, proćice ko zna koliko vekova, recimo 18, i pojaviće se jedno delo koje se upravo zove »Duh zakona« (L'Ésprit de lois) u kome ćemo čitati, ako je samo pozitivnim pravom određeno šta je pravedno a šta nepravedno, to je isto kao kada bi rekli da su svi poluprečnici nejednaki u jednom krugu koji još nismo opisali. Monteskiye će, dakle, kazati da postoji nešto i pre pozitivnog prava, a to je pravednost koju pozitivno pravo može samo prihvatiti.

Ali, kada sam već u toj domovini pravničke kulture i ako uzmeo period XVIII veka, evo nam osnivača sociološke škole u Francuskoj Emila Dirckema koji će nam kazati, ako bi samo volja zakonodavčeva bila izvor prava, onda bi to značilo uzeti spoljašnjost za stvarnost, uzeti slovo za duh zakona. Kao da je čuo reči našeg nezaboravnog Bogišića koji će nam kazati »Ko samo riječi zakona znade, taj još zakona ne zna, dok mu ne shvati razum i smisao«.

Šta iz ovoga sledi? Transcendentno svojstvo prava i empirijsko svojstvo prava postavlja i održava večito pitanje. Koja su to pravila po kojima mi upravljamo naša htenja, naš život, naše afekcije i naše interese? Koji je suštinski temelj tih pravila po kojima mi živimo?

Odgovor na to pitanje vraća nas prirodnom pravu. I zato, pitanje istorijskog prestanka prirodnog prava istovremeno je i pitanje nje-

govog daljeg nastanka i održavanja. Ustvari, ideja prirodnog prava živi u većitoj mladosti. Da li prirodno pravo kao celovit unapred dat sistem, ili prirodno pravo kao ideja vodilja, kao uzor, supstrat.

Da pomenem Jovana Steriju Popovića, prvog profesora Pravnog fakulteta u Srbiji, koji će 1841. godine na ovo pitanje ovako odgovoriti: Prirodno pravo kao celovit sistem daleko je od stvarnosti. Ali nije nemoguć, jer se ljudska priroda stalno usavršava. A čovečanstvo jako napreduje ka duševnom punoletstvu. Prema tome, ako nas od toga vremena, od tog zlatnog veka, deli više stotina godina i više hiljada godina, ipak će to ostati kao najplemenitiji zadatak za ljudski rod.

Na prošlogodišnjem decembru dali smo skalu razlikovanja pozitivnog prava od prirodnog prava. I ja ću, zbog daljih reči, biti slobodan da još jedanput suprotstavim tu tezu sa njenom antitezom.

Kaže se, da je prirodno pravo autonomno, a da je pozitivno pravo heteronomno. Pozitivno pravo zavisi od mnogih faktora društvenog života; zavisi od volje koja se javlja ili kao konvencija ili kao nasilje izraženo zakonima državne prinude. Pozitivno pravo je zbog toga nesavršeno i nedovršeno pravo. Pozitivno pravo je neopšte, nacionalno, ono je često i nepravedno. Svemu tome stoji suprotnost. Prirodno pravo je autonomno. Ono leži u biću čoveka kao prirodne pojave. Prirodno pravo ne zavisi od ljudskog faktora, ono je postavljeno kao svaki fizički zakon prirode, ono je pravedno *po sebi*, ono je univerzalno, i nadnacionalno.

To suprotstavljanje može kao u svakom vidokrugu nauke, imati i druge uglove. Mislim da na svaku nesavršenost pozitivnog prava ne treba odgovarati savršenošću prirodnog prava. Ta teza i antiteza koja je u opštoj teoriji prava pravljena, možda može trpeti kritiku. Ne mislim, dakle, da se te dve pojave tako drastično odvajaju i da nema mesta koji ih spajaju.

Smatram da se fenomen prava uvek sastoji od dva svojstva: jedno je transcendentno i drugo je imanentno. Prvo je apriorno, univerzalno i apsolutno; drugo je posteriorno, relativno i empirijsko. Ne postoji nijedno pravo, a da nije na obe komponente sazidano. Kompozicija transcendentnog i empirijskog svojstva čini postojbinu svakog prava. Dualitet, pozitivnog i prirodnog prava je ono što ispoljava naš pravnički život. Taj dualitet predstavlja jedan živi svod ispod koga se odigrava i svaka evolucija i svaka revolucija prava. Umna i fizič-

ka priroda naša, određuju koliko će prirodno pravo u transcendentiji čiste misli biti prisutno i koliko će pravedno pravo biti više sa nama. Umna priroda, vođena racionalnom snagom, gradi evoluciju prava. Ona druga, fizička i čulna, vodi pravo u nasilje. Da li će biti više čulnosti ili više umnosti, to zavisi od stepena kulture jedne sredine: od filozofske prosvjećenosti, od ekonomske i moralne konstitucije i od svakog drugog atributa jedne celine i jedne kulture. Dakle, ako shvatimo prirodno i pozitivno pravo u jednoj simbiozi, u povezanosti ta dva svojstva, ja vas molim za trenutak pažnje, da vam iznesem jedan svoj pokušaj zasnivanja teorije triparticije pozitivnog i prirodnog prava.

Prirodno pravo se, najpre, javlja kao supstrat i kao uzor mnogim rešenjima pozitivnog prava. Drugo, prirodno pravo se javlja kao supsidijaran i neposredni izvor prava, i treće, prirodno pravo se javlja kao korektivni faktor pozitivnom pravu. Prirodno pravo dakle može biti uzorno, supsidijarno i korektivno u odnosu na pozitivno pravo. Da razložim ovu misao.

Velika porodica prirodnog prava će naročito insistirati na tome da su mnoga rešanja našeg pozitivnog prava u suštini načela *ius nature*. Često mi to i ne osećamo. Sudija koji primenjuje pozitivno pravo ne ulazi u njegovo poreklo, ali je prirodno pravo tu. Tako, na primer pravilo pozitivnog prava prema kome niko ne može na drugoga preneti više prava nego što i sam ima, je u suštini pravilo prirodnog prava. A šta tek reći za ugovor koji najčešće počiva na načelu uzajamne prestacije i načelu srazmernosti; to je komutativna pravda u Aristotelovom smislu tog pojma.

Nadalje, kod naknade štete, pravilo o integralnoj naknadi, samo je pravna konkretizacija pravila o komutativnoj i distributivnoj pravdi. Tu je i načelo objektivne odgovornosti, pa zatim i načelo socijalizacije odgovornosti itd. A šta reći o onom velikom pravilu, o onoj maksimi, *Nemo auditur propriam turpitudinem alegans* (ne može se niko pozivati na svoju sopstvenu nedozvoljenu radnju), nego to da je i ovde prirodno pravo na delu, evo ga ovde u slovu nekog zakona. Šta je na primer, čitava ustanova neosnovanog obogaćenja (*condictione sine causa*), šta je ustanova javnog poretka duga časti, pravilne cene, itd., nego primena načela prirodnog prava u odredbama pozitivnog prava.

Druga tačka ove triparticije ogleda se u tome, da je prirodno pravo često supsidijaran neposredni izvor po kome se vrši presuđenje. Pozitivno pravo je nesavremeno pravo, verovatno zbog toga što čovek

nije savršeno biće. Nikada pozitivno pravo ne može biti sveobuhvatno: postoje pravne praznine. Koliko puta ste u vašoj praksi stali i niste mogli odmah da presudite, jer sporno pitanje koje je pred vama, nije zakonski regulisano. Po francuskom pravu, sudija koji odbije da sudi jer nema zakona, odgovara krivično. Prema tome, svaki spor se mora rešiti. Ako se ide metodom *stricti iuris*, kako će se rešiti ako nema zakonskog pravila. Onda sledi analogija, suđenje po sličnosti. Ali često nije moguća ni analogija. Onda se primenjuju načela prirodnog prava *neposredno*, isto onako kao što se zakon primenjuje. Nije to nikakvo filozofsko ili pravno-teorijsko razmišljanje. Uzmimo tekstove velikog Bogišića, koji će kazati, da se uvek sudi po pravdi i pravici u slučaju da nema sličnosti i u slučaju da nema potpune pravne regulacije. Isto je to činio i austrijski Građanski zakonik od 1811. kao i Srpski građanski zakonik od 1844. godine.

Najzad, treća tačka ove triparticije ogleda se u korektivnom faktoru prirodnog prava u odnosu na pozitivno pravo. Ovde se vide dva pravca, dve mogućnosti. Ili sâm zakonodavac upućuje sudiju na primenu nekih metapравnih kriterijuma, kao što je pravičnost, ili će sud putem tumačenja zakona izvršiti tu korektivnu funkciju. Zar je potrebno ovde navoditi veliki broj slučajeva u pozitivnom pravu kada teče jedna misao, neka hipoteza i dispozicija pravne norme, a onda se kaže, osim ako to nije suprotno načelu savesnosti i poštenja; osim ako pravičnost raskida i revizije ugovora zbog promenjenih okolnosti, gde se, u našem pozitivnom pravu predviđa da se jedan ugovor može raskinuti ili revidirati, ako je zbog promenjenih okolnosti po opštem mišljenju nepravično održati ga na snazi takvog kakav jeste. Pravičnost je, dakle, zakonski kriterijum u mnogim pravnim situacijama. Tu je i kriterijum o savesnosti i poštenju, na koji zakon često upućuje, kao poziv na dobre poslovne običaje itd. Zakonodavac, dakle, hoće ako je uman, da izbegne, da mu se zakon ne proprati rečima *summum ius summa iniuria*.

Starost rodne kuće prirodnog prava utvrđuje se brojem stoleća. Najstarija era njena je postojbina. Od Aristotela i pre njega, do Kanta i posle njega, ideja prirodnog prava se stalno obnavljala, da bi se danas predstavila imenom ljudskih prava. Počev od grčkih sofista, pa preko stoičke škole pa nadalje, imamo koncentraciju misli antičke škole prirodnog prava. Sumarno u tri tačke, ona glasi: svaki zakon kao izraz ljudske volje, potčinjen je nekim višim zakonima prirode; svaki zakon

mora biti prožet pravdom kao moralnom odredbom u smislu antičke filozofije o komutativnoj i distributivnoj pravdi. Prema tome, pozitivno pravo može biti pravedno ili nepravedno. I to je ta kolekva škole prirodnog prava na koju će doći svi docniji mislioci, počev od teološke interpretacije prirodnog prava, pa preko biološko-racionalne, sve do čisto racionalne koncepcije prirodnog prava.

Na tom izvoru antičke filozofije i antičke pravne misli, započinje jedna teološka interpretacija prirodnog prava koja će trajati vekovima. Sve negde do XVII veka, do Huga Grocijusa. Ali u toj teološkoj interpretaciji u hrišćanskoj civilizaciji Srednjeg veka, primećuju se dva pravca: onaj koji je ostao ortodoksni po kome se izvor prava nalazi u volji Božijoj i drugi, u okviru iste teološke interpretacije, koji će stalno i sve više naglašavati racio u svemu tome. Imamo Tomu Akvinskog («Summa Theologiae») kao dokaz upravo jedne racionalne interpretacije teološkog smera. Trajaće to sve do prve polovine XVII veka, kada će Hugo Grocijus, prvi otac prirodnog prava, u smislu jedne naučne sistematike odvojiti nauku prirodnog prava od teološkog objašnjenja i reći, prirodno pravo postoji i postojalo bi i kada Boga ne bi bilo. Sa njim počinje laicizacija prirodnog prava. Dakle, već u XVII veku, mi imamo jedno veliko raskršće. U nauci se napušta teološka interpretacija i ide se prvo biološko-racionalnim pravcem na čijem čelu stoji Hugo Grocijus, pa onda preko mnogih drugih, sve do Kanta koji će biti sublimirano postavljen racionalista i tvorac racionalističke (umne) koncepcije prirodnog prava.

Šta da kažem za ovaj razvoj od Huga Grocijusa pa nadalje. Tu ima veoma mnogo istaknutih pisaca koji su vam dobro znani. Tu je Hobs, pa onda Pufendorf, Tomazijus, Spenser, ali sve je to na neki način fragmentarno do Arensa i njegovog dela u XIX veku. Zajedničko svim ovim autorima je: prirodno pravo se izvodi iz jednog biološkog svojstva čovekovog, čovek je društveno biće i ima nagon društvenosti. Za razliku od drugih živih bića na ovoj planeti koja takođe imaju nagon društvenosti, čovek se izdvaja svojim umom. I otuda cela ova koncepcija nazvaće se biološkom ili biološko-racionalnom koncepcijom prirodnog prava.

Razvoj ove koncepcije veoma značajne u istoriji prirodnog prava, završiće se delom Arensa koji je dao koherentnu teoriju prirodnog prava u svom opštem delu i u svom delu u kome raspravlja o primeni

prirodnog prava na instituciji svojine, ugovora, štete, ljudskih prava. Kao što se vidi, ljudska prava itekako imaju svoju istoriju.

Posle Arensa nije bilo teško ući u školu potpunog racionalizma koji vodi, sasvim sigurno, Rene Dekart. Ali, doćiće jedna prelomna tačka u kritici tog tradicionalnog racionalizma, razume se to će biti filozofija Kanta. Osnovno pitanje je izvor saznanja koji se, po Kantu, prostire na čulnu i nečulnu oblast. U čulnoj oblasti izvor saznanja je iskustvo (empiriya), dok u nečulnoj oblasti deluje čisti um (transcendentno saznanje). Ja nazivam transcendentnim svako saznanje koje se ne bavi predmetima, već našim apriornim pojmovima o predmetima – reći će Kant. Razume se, čisti um neće ostati samo čisti, već će biti i praktični um, a to je um zakonodavca. Ali, ima li te transcendentne misli, ima li čulnosti i razuma u uslovima neslobode. Evo ga Fichte koji će biti naučni potomak Kanta i koji će više označiti slobodu kao nužni preduslov svakog razmišljanja o prirodnom pravu. Ali, ima li mogućnosti o toj slobodi govoriti bez Hegelove sintagme *sfera prava je sfera slobode*. Kada sam pomenuo Hegela, sigurno je da je jednim korakom i on u ovoj školi, ali on će tu slobodu vezati za istorijsku nužnost i zato mislim da nije sa obe noge u ovoj školi.

Imala je Srbija XIX veka zastupnike umnog prava negde još od 1840. godine. Imala je Srbija i »svoga Kanta« i »svoga Hegela«, mislim u prenesenom smislu, ali nažalost, ti tragovi u zakonodavstvu, pa i u pravnoj misli nisu tako jaki. Oni koji su se inspirisali i učili i obrazovali na tim izvorima doćiće u Srbiju da šire ovu filozofiju i ovu pravničku kulturu. Pomenuću Dimitrija Matića koji će završiti filozofski doktorat u Lajpcigu, biti u raznim mestima-kolevkama kulture, završivši svoj boravak u Parizu 1848. godine u svome dnevniku kaže »a sada zbogom Parizu, ja idem u srpske lugove, da služim našem otečestvu«. Došao je ovde, bio profesor otečestvenoga prava, nažalost samo tri godine, jer je bio suviše slobodouman. Jovan Sterija Popović koji će biti sledbenik Kanta u najboljem izdanju, biće profesor prava na Liceju samo dve godine. Suviše je i on bio slobodouman. Jovan Filipović koji će načiniti jedan divan spoj Kanta i Aristotela i koji će 1839. godine napisati prvu filozofiju prava u Srbiji, kao predsednik Kasacionog suda, biće osuđen na tri godine zatvora, izdržavajući tu kaznu u Karanovu odnosno današnjem Kraljevu. Posle toga, bio je pušten i kao prevodilac dokrajčio svoj život.

Imali smo dakle i mi, u vreme kada je to trebalo da imamo, upravo takve ljude koji su širili tu ideju i tu veliku filozofiju prirodnog prava. Nismo se mnogo koristovali čak i kada je prestala turska vlast. Došle su druge stege, ratne i nasilničke, i najzad stega ideološka i jednosmerna. Dimitrije Matić će reći, ono što najviše sada želim to je da na našem Liceumu, po Hegelu filozofija počne da se predaje. Ostaće te reči samo kao jedan pokušaj da se u to vreme sa obe noge nađemo na izvorima evropske pravne kulture. Ne treba se predavati, razume se. I evo nam Tome Živanovića, koji će nam na jedan sublimirani i filozofski način, itekako predstaviti (vreme između I i II svetskog rata) sintetičku filozofiju prirodnog prava – u nečemu modifikovanu Hegelovu filozofiju; dakle, Živanović sa svojom idejom o podideji prava.

I najzad, da pomenem ovde i ime Božidara Markovića, koji je i danas sa svojih 93 godine života sa nama. On će nam prošle godine na Kopaoničkim danima dati teorijski zakon 12 tablica prirodnog prava koji je bio štampan za ovu priliku.

Šta sada reći posle ovog sazvežđa filozofske misli. Mislim da moramo poći od jedne činjenice; pozitivno pravo je stalno pod opsesijom i optikom promena. Zašto se pozitivno pravo stalno menja? Verovatno zato što smatramo da nam rešenja nisu dobra i da tražimo bolja. Dakle, uvek pozitivno pravo ima neku metu poređenja. Uvek pozitivno pravo traži neko ishodište iz neke teškoće. Zašto je tako? Verovatno zato što nije savršeno. I zato mislim da je svako pozitivno pravo ustvari dvojstvo umnosti i čulnosti. Umnošću pravo ostvaruje apsolutnu ideju prava, ostvaruje univerzalnost, stalnost; čulnošću pravo iskazuje relativnost i prostornu vremensku ograničenost. Dakle, postavljam ovu konstataciju: na globusu svakog pozitivnog prava imamo dva pola – umnost i čulnost. Veći stepen umnosti daje pozitivnom pravu pravedniju, opštiju i postojaniju dimenziju. Naprotiv, ako pozitivno pravo sadrži više elemenata čulnosti, ono je nepravednije i lokalnije. Prema tome, svako pozitivno pravo je istovremeno i umno i čulno, pa se postavlja pitanje, šta odlučuje o količini umnosti i čulnosti u jednom pozitivnom pravu. Mislim da možemo konstatovati da je to stupanj kulture: filozofska prosvećenost i moralna zasnovanost, a zatim, pravna, ekonomska i politička emancipacija i tehnička civilizacija jedne sredine.

Da ostavimo sada ova razmišljanja na stranu i da učinimo još jednu konstataciju: prirodno pravo nije bilo samo predmet pravno-fi-

lozofskih rasprava, već su ga u prošlosti predviđale mnoge povelje, deklaracije, i to u vidu osnovnih prirodnih prava čoveka. Razume se, danas je to više slučaj, nego što je negda bilo.

Ako se, dakle, upitamo kada je i gde je ta pravno-filozofska misao prirodnog prava bila pretočena u neki zakonski tekst, onda je to, po mnogim mišljenjima, bio pravni akt koji je garantovao slobode čoveka u Engleskoj 1215. godine, i to svim slobodnim ljudima zauvek – Magna carta libertatum. Zatim, kada je reč o Engleskoj, tu je i Habeas corpus act (1679) i Bil o pravima (1689), koji označavaju početak moderne državno-pravne istorije Engleske. Na ovaj način, prirodna prava čoveka (život, sloboda, svojina) su dobila mesta i u pozitivnom pravu. Ista ta prava, našla su mesta i u Deklaraciji nezavisnosti Amerike (1776). Razume se, kada je reč o evropskom prostoru, tu je pre svih čuvena francuska Deklaracija prava čoveka i građanina iz 1789. godine, koja tako snažno utemeljuje prirodna prava čoveka (život, sloboda, otpor ugnjetavanju), da ih smatra neotudivim i svetim.

A onda kao po nekim zakonima oscilacije i klatna, posle uspona ideje prirodnog prava na zakonodavnom planu, dolazi dobrim delom u prošlom i u prvoj polovini našeg veka, sve do Drugog svetskog rata, do zastoja i stagnacije prirodnog prava, pod snagom pozitivističke škole koja pravo vidi samo u onome što je u zakonu zapisano.

Međutim, prirodno pravo u svom normativnom izrazu je doživelo snažan uspon odmah po završetku Drugog svetskog rata osnivanjem OUN koja je već u svojim prvim dokumentima »Ustoličila« prava čoveka i njihovu zaštitu. Sam izraz »prirodno pravo« bio je zamenjen izrazom »prava čoveka«, da bi i on bio supstituisan izrazom »ljudska prava« koji je danas u velikoj upotrebi. To znači, kako je već u pravnoj teoriji konstatovano (Mekferson), da svaka doktrina o ljudskim pravima mora biti u izvesnom smislu i doktrina o prirodnim pravima.

Pre svih dokumenata OUN, treba pomenuti Opštu deklaraciju o pravima čoveka iz 1948. godine koja predstavlja najpotpuniju kodifikaciju prirodnog prava čoveka (ili ljudskih prava), i to na taj način, što je klasičnim »političkim i građanskim pravima« dodala i kategoriju »ekonomskih i socijalnih prava« što je prvi put učinjeno na takav način. Deklaracija svojom osnovnom i uvodnom odredbom prihvata racionalnu koncepciju prirodnog prava koja je poslužila kao temelj zdanju ljudskih prava. Ona počinje tako, da se svi ljudi rađaju kao slo-

bodni i jednaki u dostojanstvu i pravima i da su obdareni razumom i svešću da treba jedni prema drugima da postupaju u duhu bratstva. Svako ima pravo na život, slobodu i bezbednost ličnosti.

Iz ove deklaracije, kao iz nekog stabla, nikle su grane za pojedine delove sveta i to: Američka konvencija o ljudskim pravima (1969), Afrička povelja o pravima čoveka (1981) i za nas značajna Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava u vidu dokumenta sa završnim aktima iz Helsinkija (1975), Madrida (1980) i Beča (1986), a zatim KEBS – Kopenhagen (1990) i Pariska povelja za Evropu (1990). Neću dalje da vas opterećujem tom hronologijom i faktografijom, ali hoću da podvučem da već skoro pola veka živimo pod režimom različitih konvencija koje predviđaju ljudska ili prirodna prava čoveka i koje, poput mostova, spajaju različite civilizacije.

Tu je, dakle, čitavo zakonodavstvo, jedan pravnički svet sa svojom praksom, međunarodnom i našom. Kada se svemu ovome dodaju i konkretna pitanja iz našeg prava, onda Kopaonička škola prirodnog prava već danas ima donesen nastavni plan i program za sledeću deceniju života.

Šta iz svega ovoga izvući kao stožere, kao gravitacione tačke oko kojih se grupišu sva druga pitanja? Mislím da to može biti onaj Heksagon prirodnog prava koji sam imao prošle godine priliku da vam ga izložim, a koji je danas već postao stub našeg okupljanja: pravo na život, pravo na slobodu, pravo na imovinu, pravo na intelektualnu tvorevinu, pravo na pravdu i pravo na pravnu državu. To su šest stubova oko kojih stalno obitavaju naša htenja, misao, naš život u celini.

Može se pomisliti da se ovim Heksagonom narušava jedna minuciozno izgrađena naučna i pedagoška slika pojedinih pravnih disciplina za koje smo naučili da im pronalazimo poseban predmet i metod proučavanja i da ih time razdvajamo jedne od drugih. Predloženim Heksagonom prirodnih prava ne dira se u takvu sliku. Hoću da kažem, da život jedne ćelije nema nikakvog smisla bez života organizma kome ta ćelija pripada. Drugim rečima, sve naše pravne discipline se nalaze u Heksagonu, ali u smislu jedne životne i naučne sinteze. Uzmimo na primer prva dva stuba Heksagona – pravo na život i pravo na slobodu. Gotovo svaka pravna disciplina tu pronalazi svoje mesto, kao što je krivično pravo, građansko pravo, ekološko pravo, upravno pravo, međunarodno pravo, itd. Okupimo, dakle, našu pravnu misao oko tih šest velikih stubova prava i pravde koje sam ovde

prošle godine nazvao Heksagonom prirodnog prava. Obrazložiću to sada u kratkim notama obrazloženja.

Život je delo prirode. Prema tom aktu, zakon može imati različit odnos. Oni zakoni koji su prožeti većim stepenom umnosti poštuju ovu činjenicu prirode i istim stepenom pružaju zaštitu titularu prava na život. Naprotiv, oni drugi, kod kojih je čulnost iznad umnosti, zaštićuju titulara prava na život onoliko koliko im dopušta njihova čulnost. Sva druga pitanja koja su neposredno vezana za ovo osnovno pravo, kao što su pitanja smrtne kazne, prekida života pre rođenja, eutanazija, i sl., regulisana su na način koji je u sledstvu pomenutog kriterijuma. Stepem kulture jednog naroda, između ostalog, određuje se i u ovim tačkama.

Pravo na slobodu treba videti kao racionalnu slobodu. Život čoveka se odvija u zajednici, a robinzonski pristup nije pravilo života. Otuda, svaki čovek ima prirodno pravo da živi u zajednici. To je posledica njegovog socijalnog nagona koji proizilazi iz njegovog biološkog svojstva. Samim tim što živi u zajednici njegova sloboda je ograničena slobodom drugih. Ako zakon tako shvati i reguliše slobodu u njenoj ukupnosti (sloboda kretanja, misli i izražavanja, veroispovesti, ličnosti uopšte), onda on predstavlja opstanak samosvesne slobode. Zakon koji bi bio izvan te slobode, bio bi zakon samovoljne vlasti ili strasti koji štiti nacionalni, rasni, politički, materijalni ili neki drugi parcijalni interes.

Da bi čovek opstao i da bi ispunio svoje pravo na život i slobodu, on ima pravo da svojom fizičkom i umnom snagom stvara uslove za život. To znači da on ima pravo da se koristi predmetima i plodovima prirode i da svojim radom stiže predmete. Organizovana koegzistencija slobode u vidu državne tvorevine to pravo mu potvrđuje u smislu kategorije pozitivnog prava koja se zove svojina. Svaka sloboda, pa i svojinska sloboda, je racionalna sloboda, jer se javlja u uslovima društvenosti. Svojina je uzajamno priznavanje, bez obzira na različitost njenog titulara. Kada se, dakle, svojina shvati kao deo opšte slobode, onda i za nju važi odredba o opštoj racionalnoj slobodi, što znači da je ona ograničena slobodom drugih. Razume se, postavlja se pitanje gde su granice te slobode i koliki je stepen društvene tolerancije u svojinskim razlikama i da li ta sloboda može ići preko onoga što je titular te slobode stvorio.

Kada u jednom pravnom sistemu u kome ima više čulnosti nego umnosti, svojinska sloboda naraste preko granica društvene tolerancije i time ugrozi i slobodu drugih (velike svojinske i društvene razlike) tada i u tom stepenu svojina više nije prirodno pravo već plod nepravednog prava. Ono se tada ispravlja evolucijom umnosti onih koji stvaraju i primenjuju pravo, a ne revolucijom čulnosti onih koji nasilje izvode i sprovode.

Područje svojinske slobode odnosi se i na intelektualne tvorevine i u tom smislu svako ima pravo na zaštitu moralnih i materijalnih interesa koji proističu iz naučnog, književnog ili umetničkog dela čiji je on tvorac. Ali i pravo na intelektualne tvorevine podleže opštim pravilima slobode kao koegzistencije ljudi. Drugim rečima, čovek ima prirodno pravo na sve tekovine civilizacije – naučne, umetničke, tehničko-tehnološke, kulturne uopšte. Njih čovek zatiče kao delove prirode koji su ljudskim umom od ranije stvoreni. Otuda, prirodno pravo svakog čoveka je da slobodno učestvuje u kulturnom životu zajednice, i da koristi i uživa u umetničkim i drugim intelektualnim delima. Razume se, na način i pod uslovima koji su zakonom predviđeni.

Međutim, da li ova osnovna prirodna prava (život, sloboda, svojina) mogu biti ostvarena u nekom društvu u kome nema pravde kao stožerne vrline u smislu komutativne i distributivne pravde. Ta pravda, kao večiti aksiom, nadživela je sve oscilacije pravednog i nepravednog prava. Prema tome, pravo na pravdu, tačnije, pravo na dostup do pravde je peti ugaoni kamen Heksagona prirodnog prava.

Razume se, da sva ova prirodna prava mogu biti ostvarena samo u hipotezi postojanja pravne države (vladavine prava) koja svoj pravni sistem zasniva na načelu legitimiteta prava i načelu legaliteta prava u postupku njegove primene. Prirodno pravo je svakog čoveka na takvu državu.

To bi bilo kratko obrazloženje šest stubova Heksagona prirodnog prava.

A sada, da se upitamo, ima li ikakvog smisla govoriti o svemu što sam ovde izložio vašoj pažnji, ako bih izostavio pitanje praktične primene ovih prava. Drugim rečima, hoću da se ukratko zadržim na pitanju primene prava od strane sudija. Usvajajući racionalnu koncepciju prirodnog prava, usvojili smo i triparticiju odnosa prirodnog

i pozitivnog prava, što u sistemu trojne podele vlasti, u najvećoj meri zavisi od suda, njegove stručnosti i umnosti.

Sudije vršeći svoju sudijsku dužnost, izjašnjavaju se o životu i slobodama drugih, o njihovoj imovini i uopšte o svim pravima i obavezama drugih, što znači da oni primenjuju opšte pravne norme pozitivnog i prirodnog prava. Sudije učestvuju u upravljanju pravdom. Veće dužnosti od ove nema.

Više nego drugi, sudija svojom stručnošću, savesnošću i mudrošću primenjuje pravo tako, da njegova reč, poput svete reči, ostaje da preživi vreme. Samo takav sudija može da primenjuje teoriju triparticije koju sam ovde izneo, a koja utvrđuje odnos između pozitivnog i prirodnog prava.

Da bi sudija to mogao biti, pored pomenutih svojstava neophodno je sprovesti princip nezavisnosti sudstva i sudije, i to ne samo deklarativno, već suštinski i stvarno.

Nezavisnost sudije neminovni je atribut njegove funkcije. Njegova »*patria potestas*« može biti samo stručnost, savesnost i mudrost. Nikakvi drugi uticaji ne mogu imati bilo kakvo dejstvo bez obzira od koga dolaze i iz bilo kojih razloga.

Nezavisnost sudija zavisi i od načina njihovog izbora. Tu postoje različiti sistemi, počev od izbora na opštim izborima, pa preko imenovanja od strane upravne vlasti, sve do izbora od parlamentarne vlasti, ali na predlog upravne vlasti ili posebnog sudskog veća pri parlamentu. Izgleda da bi najviše odgovarao izbor po sistemu kako se biraju univerzitetski profesori, a to znači da izbor vrše sudska kolegijalna tela, posle napisanog i objavljenog referata o svakom kandidatu koji je izložen javnosti mesec dana. U stvari, najbolji je onaj način koji obezbeđuje izbor sudije po kriterijumu stručnosti, savesti i mudrosti.

Samo takav sudija, kako smo već istakli, sposoban bi bio da primenjuje predloženu triparticiju odnosa prirodnog i pozitivnog prava. Takav sudija mora nositi glas zakona, ali ne po načinu automata, već po neophodnosti rečena tri svojstva.

Kada se, dakle, takav sudija nađe pred dualitetom pozitivnog i prirodnog prava, on, pre svega, mora razlikovati pravne situacije, jer ko dobro razlikuje, dobro uči (*qui bene distinguit, bene docet*).

Tako, u velikom broju slučajeva zakon je jasan i pravedan. To je posledica uzornog odnosa prirodnog prava prema pozitivnom koji je

više upućen zakonodavcu nego sudiji. U pitanju je, dakle, neposredna primena pravednog i jasnog pozitivnog prava i to je za sudije, nadamo se, jednostavna i čista situacija.

Međutim, nijedan sistem pozitivnog prava nije savršen, pravedan i postojan. Moguće je da takav sistem ne reguliše neki odnos ili čitavu oblast društvenog života ili ga nepotpuno reguliše. Tada sudija primenjuje pravilo analogije – suđenje po sličnosti. Ako to nije moguće, onda sudija primenjuje supsidijarno ili neposredno pravila prirodnog prava i to je tzv. suđenje po pravdi ili pravici.

Nadalje, kada zakon upućuje na primenu pravičnosti, onda sudija mora voditi računa o pravilima komutativne i distributivne pravde.

Ako zakonodavac ne upućuje sud na primenu pravičnosti, a u pitanju je norma pozitivnog prava koja je nepravedna ili očigledno nepravedna, onda sud pristupa tumačenju takve norme primenom svih metoda tumačenja, ali tako da mu ciljno tumačenje bude osnovno i da putem takvog tumačenja dođe do velikih principa pravednog prava, razume se, ne vređajući pri tome načelo legaliteta.

Najzad, ako u konkretnom slučaju sve to nije moguće, jer nema pretpostavki za tumačenje pravne norme u rečenom smislu ili je postupak tumačenja bio takav da se nije moglo otkloniti nepravično rešenje, onda sud primenjuje takvu normu takva kakva je – *dura lex sed lex*.

Prema tome, kada se sud nađe licem u lice sa takvom zakonskom odredbom i kada ne postoji mogućnost primene pomenutih kriterijuma kojima se takva norma privodi načelu pravičnosti, onda, zbog održanja neophodnog načela legaliteta i pravne sigurnosti, sud primenjuje takvu normu.

Nepravedna sudska odluka tada je delo nepravednog zakonodavca, a ne nepravednog sudije. Takva sudska odluka će ostati kao dokaz nemoći suda da prevlada svemoć nepravednog zakonodavca.

Zaključujemo: pozitivno pravo u svom nastanku i u svojoj primeni treba da teži pravednom pravu. Da bi se našlo na tom putu potrebno je više umnosti a manje čulnosti kod svih koji odlučuju o pravu, od zakonodavca do sudije i svih drugih.

*
* *
*

Ova naša Škola na visokom brdu stoji. Ona nije pod brdom. Samim tim njen vidik se prostire do horizonta prava. Ali, i pored toga, kada je u pitanju pravda i pravedno pravo, ona ne može da vidi i meritorne istine sve dok, kako kaže Ulpianus, ne saznamo ljudske i božanske stvari.

Ali, ima nešto što ona može. Ovaj decembar otvorio je deveti prozor koji je uzidan u naše misaono zdanje, u Heksagon prava i pravde. Iduće godine, eto nam i desetog prozora.

Ovaj decembar (1995) produbljuje našu dosadašnju reč. Doneo nam je još četiri toma i time uvećao našu biblioteku na 26 tomova. Pravnici koji uđu u ovu biblioteku, ušao je u prostrano polje koje se zove *Homo iuridicus*, na kome su veće mogućnosti umnosti u odnosu na oskudicu čulnosti pozitivnog prava.

I zato ova Škola, ovaj Univerzitet prirodnog prava, prava čoveka ili ljudskih prava, koji je prošle godine ponovio Dekartov aksiom *cogito ergo sum*, danas kao naučno utemeljena ustanova, ima ovlašćenja da njen spis i opus uživa prirodno pravo na život i slobodu.

