

KRISTIAN KÜHL

Freiheitliche Rechtsphilosophie

Nomos, Baden-Baden, 2008, 536 str.

Knjiga Kristian-a Kühl-a „Slobodarska pravna filozofija“ (*Freiheitliche Rechtsphilosophie*) je zapravo zbirka radova koje je autor ranije objavio, ali koji su, kako on sâm u predgovoru konstatuje, ostali „sakriveni“ u zbornicima i svećanicima, te ih je on na ovaj način, 2008. godine u svom prvom izdanju, aktuelizovao i spojio, pod plaštom krupnih slova slobodarske filozofije.

Kristian Kühl, jedan od najpoznatijih nemačkih profesora krivičnog prava, čiji su udžbenik krivičnog prava (*Strafrecht AT*, 7. Aufl., 2012), jedan od vodećih među blizu 20 udžbenika krivičnog prava koji se koriste na pravnim fakultetima u Nemačkoj, a još više komentar Krivičnog zakonika (Lackner/Kühl, *StGB-Kommentar*, 27. Aufl., 2011) postali nezaobilazni izvori saznanja u nauci i praksi krivičnog prava, svoju višestranost i kvalifikovanost za bavljenje dvema izrazito kompleksnim naukama kakve su krivično pravo i filozofija, iskazao je, nakon studija na fakultetima u Würzburg-u, Heidelberg-u i Berlin-u, kroz sticanje titula doktora prava i doktora filozofije, da bi potom svoj akademski put nastavio predavajući krivično pravo, kao i krivično procesno pravo i pravnu filozofiju na fakultetima u Erlangen-Nürnberg-u i Gießen-u, da bi se 1997. godine zadržao na renomiranom Pravnom fakultetu u Tübingen-u. Pored mnoštva članaka, prikaza, komentara sudskih odluka, kao i pomenutog udžbenika i komentara krivičnog zakonika, Kühl je autor/izdavač sledećih dela monografskog karaktera: „Dovršenje umišljajnog krivičnog dela činjenja“ (*Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts*, doktorska disertacija) iz 1974. godine, „Pravnička pravna filozofija“ (*Juristen-Rechtsphilosophie*, izdavač) iz 2007. godine „O

kompetentnosti pravne filozofije za pravna pitanja: Savetovanje nemačke sekcije Međunarodnog udruženja za pravnu i društvenu filozofiju“ (*Zur Kompetenz der Rechtsphilosophie in Rechtsfragen: Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*; izdavač) iz 2011. godine, „Rim, pravo i religija. Simpozijum za Uda Eberta za 70. rođendan“ (*Rom, Recht, Religion. Symposium für Udo Ebert zum 70. Geburtstag*, izdavač) iz 2011. godine, kao i „Uvod u pravnu nauku“ (*Einführung in die Rechtswissenschaft*, koautor) iz 2011. godine.

Zbornik „Slobodarska pravna filozofija“ sadrži 27 pravnofilozofskih radova autora iz proteklih 30 godina, kao i iz monografija „Svojinski poredak kao poredak slobode“ (*Eigentumsordnung als Freiheitsordnung*) iz 1984. godine i „Značaj pravne filozofije za krivično pravo“ (*Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*) iz 2001. godine. Čitava lepeza najrazličitijih tema, polazeći od prava razuma, prirodnog prava, preko prava i morala, do prava u slučaju nužde, kazne, krivičnog prava i kriminalne politike, namenjena je takođe raznovrsnoj čitalačkoj publici – krivičarima, ali ništa manje ni filozofima, istoričarima i pravnicima generalno. Ono što sve ove teme spaja, jeste ista polazna osnova, a to je upravo slobodarska pravna filozofija, koja se ovde pojavljuje u obliku Kant-ove pravne teorije metafizike morala. Sve ovo je vođeno, kako sâm Kühl kaže, nastojanjem i željom da se rehabilituje i aktuelizuje pomenuta tematika, koju je autor obradio još pre 29 godina u svojoj doktorskoj disertaciji iz oblasti filozofije kod čuvenog Konrad-a Cramer-a na Filozofskom fakultetu u Heidelberg-u.

Radovi su razvrstani u šest poglavlja, tematski uobličjenih. Prvi nosi naslov „O Kantovom pravu razuma“ (*Zum Vernunftrecht Kants*, str. 9-68), i sadrži četiri članka: „Rehabilitovanje i aktuelizovanje kantovskog prava razuma“ (*Rehabilitierung und Aktualisierung des kantischen Vernunftrechts*), „Prirodno pravo i pozitivno pravo u Kantovoj pravnoj filozofiji“ (*Naturrecht und positives Recht in Kants Rechtsphilosophie*), „O aktuelnosti načela Kantovog učenja o pravu i svojini“ (*Zur Aktualität der Prinzipien der kantischen Rechts- und Eigentumslehre*) i „O načinu pribavljanja nečeg spoljnog, posebno o stvarnom pravu“ (*Von der Art, etwas Äußeres zu erwerben, insbesondere vom Sachenrecht*). Drugi odeljak posvećen je prirodnom pravu (*Naturrecht*, str. 69-181), i sadrži sledeće radove: „Prirodno pravo (novija rasprava)“ (*Naturrecht. Neuere Diskussion*), „Osvrt na renesansu prirodnog prava nakon Drugog svetskog rata“ (*Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg*), „Kontinuiteti i diskontinuiteti u shvatanju prirodnog prava u XX veku“ (*Kontinuitäten und Diskontinuitäten im Naturrechtsdenken des 20. Jahrhunderts*), „Dva zadatka za moderno prirodno pravo“ (*Zwei Aufgaben für ein modernes Naturrecht*). (Krivično) pravo i moral tema su trećeg odeljka (*(Straf-) Recht und Moral*, str. 182-298), sastavljenog iz članaka: „Značaj kantovskog razlikovanja legaliteta i moralnosti, kao i pravnih obaveza i moralnih obaveza za krivično pravo – postavljanje problema“ (*Die Bedeutung der kantischen Unterscheidung von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten für das Strafrecht – ein Problemaufriss*), „Prirodnopravne granice ponašanja podobnog za kažnjavanje“ (*Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens*), „Veze (krivičnog) prava i morala“ (*Verbindungen von (Straf-)Recht und Moral*), „Pravo i moral“ (*Recht und Moral*), „Krivično pravo i moral – razgraničavajuće i povezujuće“ (*Strafrecht und Moral – Trennendes und Verbindendes*), „O razgraničenju prava i moralnosti, dobrih običaja i vrlina“ (*Zur Abgrenzung des Rechts von Sittlichkeit, guten*

Sitten und Tugend). „Sloboda i solidarnost kod prava u slučaju nužde“ (*Freiheit und Solidarität bei den Notrechten*, str. 299-374) naslov je četvrtog odeljka, sastavljenog iz radova: „Nužna odbrana: borba oko prava ili neprijatni spor?“ (*Die Notwehr: Ein Kampf ums Recht oder Streit, der missfällt?*), „Prava u slučaju nužde u prirodnom pravu XIX veka. Posebno nužna odbrana u novijem prirodnom pravu“ (*Die Notrechte im Naturrecht des 19. Jahrhunderts. Insbesondere zur Notwehr im jüngeren Naturrecht*), „O pravnofilozofskom opravdanju krajnje nužde kao osnova isključenja protivpravnosti“ (*Zur rechtsphilosophischen Begründung des rechtfertigenden Notstands*), „Sloboda i solidarnost kod prava u slučaju nužde“ (*Freiheit und Solidarität bei den Notrechten*). Tema petog odeljka jeste „socijalno-etička dimenzija“ kazne i krivičnog prava (*Die „sozial-ethische“ Dimension von Strafe und Strafrecht*, str. 375-466), a čine ga: „Povezanost kazne i krivičnog prava“ (*Der Zusammenhang von Strafe und Strafrecht*), „Socijalno-etički argumenti u krivičnom pravu“ (*„Sozialethische“ Argumente im Strafrecht*), „Etičko-moralne osnove krivičnog prava“ (*Die ethisch-moralischen Grundlagen des Strafrechts*), „O prirodi kazne kao prekora“ (*Zum Missbilligungscharakter der Strafe*), „Krivično pravo i dobri običaji“ (*Das Strafrecht und die guten Sitten*). Poslednji, šesti odeljak posvećen je pravnofilozofskoj kriminalnoj politici (*Rechtsphilosophische Kriminalpolitik*, str. 467-536), a sadrži četiri podnaslova: „Vrednosni poredak ili poredak slobode?“ (*Wertordnung oder Freiheitsordnung?*), „Negiranje Aušvica kao kažnjivo izazivanje nacionalne mržnje?“ (*Auschwitz-Leugnen als strafbare Volksverhetzung?*), „Gustav Radbruch: neokantovski pravni filozof i socijalnodemokratski kriminalni političar“ (*Gustav Radbruch: Neukantianischer Rechtsphilosoph und sozialdemokratischer Kriminalpolitiker*) i „Novi sistem krivičnopravnih sankcija“ (*Neues strafrechtliches Sanktionensystem*).

U trećem odeljku „(Krivično) Pravo i moral“, pod rednim brojem XIII, nalazi se rad koji direktno, već po samom njegovom

naslovu je to očigledno, oslikava pomenutu tematsku celinu. „Krivično pravo i moral – razdvajajuće i povezujuće“ započinje konstatacijom da je, nakon perioda mirovanja sedamdesetih i osamdesetih godina prošlog veka, pravna filozofija postala ponovo vrlo značajna za krivično pravo, što se između ostalog vidi i u novijim doktorskim disertacijama koje pre samog rešavanja krivičnog problema, postavljaju široku pravnofilozofsku polaznu osnovu. Praktičan, premda ne sasvim nesporan, značaj dobija ponovo i Radbruchova formula, posebno kod ocene neprava učinjenih u doba nacionalsocijalizma i u bivšem DDR-u. *Kühl* citira *Loos*-ovo shvatanje pojma prava („Pod pojmom prava podrazumeva se sistem pravila koji zaista važi u jednom društvenom sistemu, čije se norme, ukoliko je to neophodno, mogu i prinudnim putem u jednom regulisanom postupku primeniti“), pri čemu dolazi do spora između zastupnikā prirodnog prava i pozitivnog prava, tako da *Loos* naposletku kao treću, idealnotipsku tezu postavlja to da „kod povrede elementarnih zahteva pravednosti ... pozitivno pravo ne obavezuje“, što *Kühl* vidi kao refleksiju Radbruchove formule. „Privlačnost“ sudova ovom formulom, na vetrometini između zahteva pravne sigurnosti sa jedne, i pravednosti sa druge strane, autor objašnjava njenom „otvorenosću“, odnosno time da „u normalnim okolnostima važi pozitivno pravo, iako je nepravedno“, kao i da se „pravednost ne određuje pozitivno, već – realno – negativno: samo ono što je `naprosto nepravedno` deluje određivo“. *Kühl* se u nastavku rada osvrće konkretno na odnos krivičnog prava i morala, gde polazeći od gorepomenute definicije prava, kao prvu demarkacionu liniju označava prinudni karakter prava, što ga razlikuje od ostalih poredaka zajedničkog društvenog života, poput običaja, konvencije i morala. U krivičnom pravu je stepen prinude ponajviše izražen, pošto kazna u sebi sadrži ne samo zlo koje se nanosi učinioocu, već i društveni prekor, tako da je ovo najoštrija reakcija države na nedozvoljena ponašanja građana. Potvrda ovoga može se naći i u *Kant*-ovoj

rečenici da je „pravo povezano sa ovlašćenjem za prinudavanje“. U trećem delu članka, autor govori o onome što razdvaja krivično pravo i moral, gde iznova citirajući *Kant*-a, ističe da je jedino čovekovo urođeno pravo sloboda; tačnije, „međusobno ograničena spoljna sloboda“, odnosno sloboda koja će prema jednom opštem zakonu moći da opstane zajedno, tj. da se ne sukobi sa slobodama drugih ljudi. Kao primere iz krivičnog prava, on navodi zaštićena pravna dobra poput života i (nepovredivosti) tela, lične slobode i seksualnog samoodređenja. *Kühl* dalje govori o *Kant*-ovom razlikovanju legaliteta i moralnosti, gde se pravo mora zadovoljiti zakonitim ponašanjem građana, a da se njega ne tiču motivi koji stoje iza takvog ponašanja, pošto su to unutrašnji fenomeni koji nisu podložni pravnom dokazivanju, te tako i ne mogu da budu „iznuđeni“ putem prava države. Prihvatanje ovog shvatanja nužno vodi kritici pojedinih rešenja (nemačkog) Krivičnog zakonika, poput kažnjivosti dogovora o izvršenju krivičnog dela kada ne postoje ni pripreme radnje, niti pokušaj tog dela, kao i obeležja poput „bezobzirnosti“, „zlonamernosti“ i „niskih pobuda“. Govoreći o moralnim obavezama prema sebi i prema drugima, o upitnosti aktivne eutanazije i tzv. laži o Aušvicu, o nužnosti priznavanja slobode i samostalnosti drugih jer bi se u suprotnom povredila „interpersonalno shvaćena čast“, autor ovu celinu članka zaključuje upečatljivom rečenicom *Naucke*-a da se „krivično pravo prilikom kažnjavanja krivičnih dela nečinjenja ... u velikoj meri prikazuje kao moralizirajući instrument“. Pretposlednji deo rada posvećen je povezanosti krivičnog prava i morala koji se, uprkos načelnom razdvajanju, u velikoj meri poklapaju, što i ne treba da čudi, s obzirom na to da se oba odnose na ljudsko ponašanje, odnosno na određivanje „ispravnog“ postupanja i moralno/prinudnopravno sankcionisanje odstupajućeg ponašanja. Najviše poklapanja postoji kod uticaja na spoljnu slobodu, čija moralna zabranjenost proističe i iz *Kant*-ovog kategoričkog imperativa. U tom kontekstu je autor posebnu

pažnju posvetio § 228 nemačkog Krivičnog zakonika koji glasi: „Ko drugome nanese telesnu povredu uz pristanak povredjenog, (...) taj postupa protivpravno ako delo, uprkos pristanku, povređuje dobre običaje“, a koji daje osnova za različita tumačenja. Dok jedni smatraju da je „zakonodavac sa ovakvim formulacijama svesno ostavio prostora za sudijska vrednovanja, te da primena zakona iziskuje dopunjujuću vrednosnu odluku sudije“ (*Schreiber*), odnosno da su „zakonska upućivanja na nadpozitivne norme u osnovi legitimne, jer pravo kao deo moralnog poretka u svakom trenutku mora da zadrži povratnu vezu sa dobrim običajima“ (*Lampe*), dotle drugi misle da ova odredba zapravo predstavlja „nedozvoljeni upliv morala u krivično pravo, pošto kažnjivost telesne povrede ne određuje više zakon, već moral u formi dobrih običaja“ (*Kargl*), uz dodatnu kritiku zbog neodređenosti ovakve odredbe (*Sternberg-Lieben*). Autor se nakon toga osvrće na „socijalno-etičke“ argumente u krivičnopravnim obrazloženjima, posebno kod nužne odbrane, i zaključuje da se krivično pravo u najrazličitijim oblastima uzda u socijalnu etiku, te da je pravnofilozofski interesantno dati odgovor na pitanje da li jedno krivično pravo koje je usmereno na zaštitu slobode može proizvoljno da se poziva na „socijalno-etička vrednovanja“. U poslednji delu svog rada, *Kühl* govori o ukidanju povezujućih i razdvajajućih elemenata, te ističe da je odnos prava i morala dinamičan, da dolazi do premeštanja oblasti regulisanja u oba smera, navodeći kao primere nepružanje pomoći (minimum solidarnosti), krajnju nuždu (obaveza trpljenja), prostituciju (potraživanje prostitutke se više ne ocenjuje kao ništavo), doping (nije više samo nemoralno, već i kažnjivo) i homoseksualnost (dekriminalizacija), uz napomenu da se oblast regulisanja krivičnog prava širi na račun morala, ali i da treba kritički preispitati krivičnopravne odredbe o lišenju života na zahtev (iz samilosti) i o negiranju zločina u Aušvicu.

Sedamnaesti po redu članak, sadržan u četvrtom odeljku („Sloboda i solidarnost

kod prava u slučaju nužde“), nosi naslov „O pravnofilozofskom opravdanju krajnje nužde kao osnova isključenja protivpravnosti“ (*Zur rechtsphilosophischen Begründung des rechtfertigenden Notstands*) i započinje raspravu prikazom shvatanja *Hegel*-a i *Kant*-a na datu temu. Tako *Hegel* razlikuje dve vrste nužde: nuždu siromaštva, koja proizlazi iz organizacionog oblika društva i koja se može izbeći na dva načina (u okviru građanskog društva kroz stvaranje institucija, korporacija zasnovanih na solidarnosti koje bi posredovale između individualnih i opštih interesa, kao i kroz pravo na pobunu protiv poretka, koji onemogućava ostvarivanje volje slobodnog čoveka) i nuždu „trenutnog karaktera“ („trenutne potrebe“). Govoreći o odnosu dobara života i svojine u stanju opasnosti, on smatra da „naspram čovekovom apsolutnom zahtevu za slobodom, životom, nestaje posebnost prava drugih“, tj. on priznaje objektivno-opravdavajuće dejstvo (isključenja protivpravnosti) krajnje nužde radi očuvanja dobra veće vrednosti. *Kant*, nasuprot tome, „pravednost“ i „pravo u slučaju nužde“ izdvaja kao „dvosmislena prava“ iz pravne teorije, „da njihovi nestalni principi ne bi uticali na čvrste osnove pravne nauke“. Polazeći od poznatog primera *Karneadesove* daske (i pitanja da li je opravdano lišiti života drugoga da bi se spasao sopstveni život), on ističe da „ne može da postoji nužda koja može nepravo da učini zakonitim“. Drugim rečima, zadiranje u sferu prava i slobode drugog lica u slučaju nužde ostaje i tada nepravo. On, iako ne priznaje krajnju nuždu kao osnov isključenja protivpravnosti, u ovom slučaju kolizije života sa životom ipak govori o subjektivnoj nekažnjivosti učinio-ca, što bi moglo da važi i za odnos pravnih dobara veće i manje vrednosti. Ono što je zajedničko za stavove *Hegel*-a i *Kant*-a, to je da obojica zapravo govore o jednom izuzetku od „opšteg načela da će prestupnik jedne od strane države propisane norme morati da pretrpi zaprećenu kaznu ukoliko se u vreme izvršenja nalazio u stanju nužde“. To je nesporo u slučaju nužne odbrane, kada se odbija protivpravni napad. Nesuglasice se, pak,

pojavljaju kada je reč o krajnjoj nuždi, tako da su se tu pojavile diferencirajuće teorije, što je našlo svoj odraz u važećem nemačkom Krivičnom zakoniku (StGB) iz 1975. godine. U § 34 StGB se naime govori o krajnjoj nuždi kao osnovu isključenja protivpravnosti („opravdavajuće“ dejstvo), što bi odgovaralo *Hegel*-ovom slučaju kolizije pravnih dobara života i svojine, dok se § 35 StGB odnosi na krajnju nuždu koja ima „izvinjavajuće“ dejstvo (isključuje krivicu), samim tim i na *Kant*-ov primer sukoba života dva lica. Jedno pitanje, međutim, ostaje ključno: odakle se izvodi pravo da se u slučaju nužde povredi pravo drugog lica koje nije učestvovalo u toj opasnosti? *Kühl* ispravno primećuje da § 35 StGB ne dozvoljava sudiji da kazni učinio-oca, ali da § 34 StGB ide još dalje, s obzirom na to da predviđa obavezu za sva ostala lica da moraju da trpe zadiranje u svoja prava, čime se ova dimenzija krajnje nužde nalazi u centru pažnje (kritike), posebno onih koji smatraju da je sloboda građana neodvojivi deo pravnog poretka. U nastavku rada, autor se osvrće na moguća opravdanja i kritiku ovog prava (slobodna volja postaje opšta volja putem izmirenja partikularnih interesa pojedinaca, čime sloboda postaje stvarnost/utilitaristički pristup, kojim se razdvojenim interesnim sferama pojedinaca suprotstavlja princip prebijanja interesa koji zbir svih prihvatanja vrednih interesa posmatra kao jednu celinu, koji u krajnjem ishodu može da ugrozi pravo samoodređenja i ličnog dostojanstva čoveka/princip „više koristi nego štete“, kome se prigovara da ima „kolektivističku tendenciju“), da bi naposljetku pažnju usmerio na solidarnost kao opravdanje za pomeranje opštih razgraničenja pravnih

sfera pojedinaca. On smatra da je ona prihvatljiva kao argument (što dokazuje i to što se retko stavlja pod znak pitanja), ali podvlači da ona nije prihvaćen pravni pojam iz koga bi se lako mogle izvesti obaveze, te da se, uprkos sveprisutnosti u političkoj i pravno-političkoj raspravi, ipak nalazi na slabim ustavnopravnim i pravnofilozofskim osnovama, tako da je neophodno odgovoriti na tri pitanja: da li je solidarnost suprotstavljen pojam bazičnom pravnofilozofskom pojmu spoljne slobode, pod kojim uslovima i u kojoj meri ona može da opravda ograničenja spoljne slobode i da li to mora da ima za cilj ponovno uspostavljanje (skoro izgubljene) slobode?

Kristian Kühl je u ovoj zbirci radova sačinio obimnu selekciju svojih tekstova iz proteklih 30 godina, objavljenih raznim povodima i u nikada istim vremenskim kontekstima, vođen motivima slobodarske pravne filozofije, obraćajući se u istoj meri kako teoretičaru i praktičaru krivičnog prava, tako i filozofu opšteg usmerenja, istoričaru, pravniku. Premda se zahteva izvesno predznanje i iskreno interesovanje za ove oblasti, tekstovi verno prate zacrtanu liniju izlaganja i logički red argumenata, uz povremena upućivanja na dalje izvore i predlaganje novih tema za razmišljanje i preispitivanje. Pri svemu tome, autor je uspeo u svojoj nameri, a to je da ovim kaleidoskopom nekada dalekih tema zaista stvori koherentnu sliku pravnofilozofskih razmišljanja jednog teoretičara krivičnog prava.

Ivana Marković