

Др Душка Франета*

ЈЕДНА НОВИЈА ДЕБАТА О ЉУДСКОМ ДОСТОЈАНСТВУ И ПРОБЛЕМ ТРАГИЧНОГ И АПСУРДНОГ У ПРАВУ

Доминантно тумачење гаранције људског достојанства у Основном закону Немачке у другој половини XX века потицало је од немачког правника Гинтера Дирига. Средиште Диригове интерпретације појма дигнитета смеи теног на чело Бонског устава представљало је поистовећење достојанства са суштином људских права и тврдња да оно представља њихову бит која мора имати трајну и неприкосновену заштиту.

Нови миленијум доноси и један радикалнији заокрет у тумачењу немачке уставне гаранције људског достојанства. Матијас Хердеген, иако не без значајних претходника који су критиковали или чак одбацивали Диригову интерпретацију, објављује ново тумачење дигнитета на месту дотада парадигматичних Диригових објашњења. У овом раду се анализира Хердегеново тумачење гаранције неприкосновености достојанства и пореди се са њему ривалском Дириговом интерпретацијом.

Компарација Хердегеновог и Дириговог становишта је стављена у шири контекст и додатно осветљена узимањем у обзир два случаја који стоје у уској вези с разумевањем идеје неприкосновености и гаранције достојанства (случај Закона о ваздушној безбедности и случај претње мучењем отмичару дедача у Франкфурту) и који су у немачком говорном подручју изазвали звучне полемике. Примишљањем сложености ових случајева и филозофскоправних и етичких основа и консеквенци ривалских концепција неприкосновености достојанства, закључује се да без обзира на ваљаност појединачних решења, ова алтернатива право нужно оставља осуђено на извесну меру трагичног и апсурдног.

Кључне речи: *Људско достојанство. Основни закон Немачке. Матијас Хердеген. Гинтер Дириг. Неприкосновеност.*

* Аутор је доцент Факултета за правне и пословне студије у Новом Саду, dfraneta@useens.net. Основни резултати овог рада изложени су на научном скупу пу „Држава и право појмови у транзицији“ организованом од стране Српског удружења за правну и социјалну филозофију одржаног 14. маја 2011. године на Правном факултету Универзитета у Новом Саду.

1. УВОД

Литература о људском достојанству сеже све до античких времена, а у последњим деценијама постаје све непрегледнија. Нека тумачења ове идеје се у тој мери разилазе да једним потезом није могуће обухватити њена значења. Расправа о суштини и функцији појма људског достојанства је у теорији права добила посебну сложеност, а током последње деценије и додатно попримила на дивергентности. Она се највећим делом одвија у немачкој теорији и филозофији права; разлог томе је пре свега место које појам људског достојанства заузима у Основном закону, али и у немачкој филозофској баштини.

Наравно, дебата о значењу људског достојанства ипак није остала само у границама немачког говорног подручја: појам и проблем идеје достојанства одавно су предмет међународне јавне и научне полемике. Глобализовање ове дебате мање чуди када се има у виду да овај појам заузима важно место и у међународним правним документима, али и да је присутан у уставима бројних земаља. Неопходност промишљања овог појма бива још разумљивија када се сагледа његово фундаментално место у европској култури, а не само у праву, култури која се одавно разлила и по другим деловима планете.

2. ПОЈАМ НЕПРИКОСНОВЕНОГ И ЉУДСКО ДОСТОЈАНСТВО

Нови миленијум је у Немачкој донео очигледније заокрете у погледу разумевања и тумачења људског достојанства као правног појма. Ова сложена етичка и правна идеја, чија се неприкосновеност гарантује првим ставом првог члана Бонског устава, у другој половини XX века је у Немачкој разумевана пре свега полазећи од идеје неприкосновености. Неприкосновеност је схватана као апсолутна немогућност располагања и калкулисања. То је био и смисао деценијама доминатног тумачења устава Гинтера Дирига (*Günter Dürig*) који је у људском достојанству препознао објективни вредносни фундамент правног поретка¹ у коме се темеље неповредива и неотуђива људска права и који је требало да представља крајњу запреку продирању релативизма и идеологија које објективизују човека. Страх од релативизма и увођење неприкосновености достојанства у устав углавном је интерпретиран као резултат непосредног искуства националсоцијализма и инструментализовања људскости, те настојања да се постави баријера сличним режимима.

¹ Theodor Maunz, Günter Dürig, *Grundgesetz: Kommentierung der Artikel 1 und 2 Grundgesetz von Günter Dürig*, C. H. Beck, München 1958, 3.

Док су права одређена као неповредива (*unverletzlich*), достојанство је у уставу означено као неприкосновено (*unantastbar*²). Доминантно разумевање је упућивало на то да се права могу ограничавати уз адекватна оправдања, али да достојанство не може ни на који начин бити релативизовано и да захтева пуно заштиту.³ Уз ову разлику, неприкосновеност достојанства оснажена је и одредбом из чл. 79 Бонског устава према ком измена чл. 1 није дозвољена.

Како би изразио и образложио сличну идеју, Винфрид Хасемер (*Winfried Hassemer*) је користио термин нерасположивост (*die Unverfügbarkeit*). Хасемер је овај појам разумео као кључну вододелницу правнопозитивистичких и природноправних становишта. *Unverfügbarkeit* је у супротности с произвољношћу, тоталном логиком превенције и финалитета, није подложно механици одмеравања и не може бити превладано неким правним добрима.⁴ Одбацавање ове идеје је по његовом мишљењу тежишни проблем позитивистичког приступа који га доводи у опасну близину релативизма. Хасемер је о нерасположивости размишљао пре свега у контексту кривичног права, везујући је, на пример, за забрану мучења и неприхватљивост потпуног укидања подручја приватности, а њено пуно истискивање из домена права је означио као замену права политиком.

Препознатљива обележја најпознатијег тумачења достојанства у домену правне догматике, интерпретације Гинтера Дирига, била су поистовећење достојанства с *неприкосновеном* сржи права и његово операционализовање помоћу познате, Кантовим категоричким императивом инспирисане објект-формуле. Диригу је сматрао да гаранција људског достојанства недвосмислено забрањује да се човек третира само као објект. „Људско достојанство се повређује када се конкретан човек унизи до објекта, пуког средства, заменљиве величине“.⁵

Упркос широкој прихваћености, не само у теорији него и у пракси Савезног уставног суда Немачке, објект-формула је створила и бројне проблеме у примени гаранције достојанства јер је и сама остала недовољно јасна, те подложна неадекватној употреби или злоупотреби.⁶

² Дослован превод ове речи гласи „недодирљиво“.

³ Упор. Kai Möller, „The Right to Life Between Absolute and Proportional Protection“, *Law, Society and Economy Working Papers* 13/2010, 3.

⁴ Winfried Hassemer, „Unverfügbares im Strafprozess“, *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag* (Hrsg. A. Kaufmann, E. J. Mestmäcker und H. F. Zacher), Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1988, 195 197.

⁵ T. Maunz, G. Dürig, (1958), 15.

⁶ Више о Дириговом тумачењу достојанства и проблематичности објект формуле у: Душка Франета, *Људско достојанство као правна вредност* (докторска дисертација), Београд 2009, 31 39.

Објект-формула није једини проблем Дириговог тумачења достојанства. Његова интерпретација није садржала само неке недовољно јасне смернице, него и нека неутемељена, конзервативна опредељења. Поред тога, настала крајем педесетих година, Диригова интерпретација не садржи одговоре на нека значајна нова питања која су се у међувремену појавила – у првом реду изазавана упадљивим напретком биомедицинских наука – а која захтевају правне оквире. То су свакако били неки од разлога зашто је последња деценија донела покушаје редефинисања неприкосновености и „детабуизирања“⁷ достојанства.

3. ХЕРДЕГЕНОВО ДИСТАНЦИРАЊЕ ОД КЉУЧНИХ ТАЧАКА ДИРИГОВЕ ИНТЕРПРЕТАЦИЈЕ

Иако разумевање људског достојанства као правног појма није било хомогено ни непосредно након Другог светског рата, него се већ тада у многим погледима разилазило, ипак полемика о значењу неприкосновености и апсолутности није узимала великог маха. Један од текстова у којима је у новом миленијуму дошло до снажнијег заокрета у односу на преовлађујуће разумевање идеје достојанства је коментар устава немачког правника Матијаса Хердегена (*Matthias Herdegen*). Хердегенове промене су изазвале неке оштре реакције у јавности, али оно ипак није било сасвим усамљен случај другачијег разумевања улоге и смисла људског достојанства у немачком правном систему.

Хердегенов коментар првог члана Основног закона СР Немачке се појавио 2003. године⁸ у оквиру познатог и утицајног издања „Маунц-Дириговог“ коментара Бонског устава. Диригов коментар првог члана Устава из 1958. године сматран је у многим погледима доминантном интерпретацијом идеје људског достојанства, па и у тој мери да су га неки сматрали скоро квази-официјелном коментаром. У оквиру „Маунц-Дирига“ је већина тумачења других делова Устава доживела једно или више обнављања, док је Диригов коментар првог члана остао нетакнут све до новог миленијума. Из тог разлога је још упадљивија чињеница да Хердегенов коментар у многим погледима значајно одступа од Диригове интерпретације достојанства. Те разлике су неки чак означили као симптом *прекида епохе* због фундаментално другачијег тумачења темељне правне вредности.⁹

⁷ Више о достојанству као табуу немачког правног поретка, Ralf Poscher, „Die Würde des Menschen ist unantastbar“, *Juristenzeitung* 15 16/2004, 756 762.

⁸ У овом раду је анализиран коментар устава Матијаса Хердегена на основу издања из 2010. године, а који је у односу на верзију из 2003. године претрпео из мене и допуне.

⁹ Ernst Wolfgang Böckenförde, „Bleibt die Menschenwürde unantastbar?“, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 10/2004, 1216 1227; E. W. Böckenförde, „Die Menschenwürde war unantastbar“, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 204/2003.

Начелна структура Хердегеновог тумачења првог става првог члана устава не показује неке драстичније наговештаје разлика у односу на Диригову интерпретацију. Она се састоји из следећих делова: *Гаранција људског достојанства у вредносном поретку Устава, Појам људског достојанства, Носиоци људског достојанства, Неприкосновеност људског достојанства, Обавеза државе да поштује и штити и Уобличења гаранције достојанства*. Пажљивије упознавање с његовом суштином ипак показује да су у питању два тумачења која чак показују обележја различитих модела којима у основи леже различита филозофскоправна и етичка опредељења.

3.1. Методолошки оквир

Иако дели уверење с Диригом да људско достојанство представља вредносни оријентир немачког правног поретка који држави даје сврху и правац,¹⁰ Хердеген сматра да је проблем доминантног разумевања достојанства у томе што се оно посматра као метаправни појам. Неприхватљив резултат таквог, веома рапрострањеног приступа јесте довођење у питање светоназорне неутралности устава и замена примене јуристичког метода цртама извесног погледа на свет. Он пише да је „циљ напада на разумевање људског достојанства као појма позитивног права да ономогуће извесна тумачења људског достојанства не само државноправном дискурсу, него и политичкопарламентарним расправама помоћу конструкције натпозитивног нормативитета“.¹¹ Хердеген упозорава да би поистовећење устава с извесним погледом на свет било теоријско укинуће мултикултуралног друштва.¹² Према његовом уверењу, неутралности уместо „светоназорном карактеру“ текста доприноси релативна неодређеност, недовршеност, нехомогеност, па и непредвидљивост устава и његових појмова.

Допуштено уско грло метауставног *инпута* према Хердегеновом суду би смели да чине: међународноправни стандарди (нарочито стандарди који се односе на заштиту људских права), упоредно право, емпирија и историја која утиче на саморазумевање заједнице.¹³ Овим одређењем он настоји да направи рез између научног карактера подручја права и ненаучног карактера разумевања и предразумевања права. Само четири поменута метауставна подручја треба да буду ослонац у тумачењу устава поред самог текста прав-

¹⁰ Matthias Herdegen, „Kommentierung zu Art. 1 GG“, *Maunz/Dürig Kommentar zum Grundgesetz Kommentar zum Grundgesetz*, Stand 2010, I, 6, 21.

¹¹ *Ibid.*, I, 5, 19.

¹² *Ibid.*

¹³ M. Herdegen, „Verfassungsinterpretation als methodische Disziplin“, *Juristenzeitung* 18/2004, 878.

них одредаба и судске праксе. Он сматра да су се дотадашња доминантна тумачења гаранције људског достојанства, с једне стране, ослањала на неприхватљив метаправни појам достојанства, а с друге су и у неоправданој мери фаворизовала историјско тумачење и то потенцирајући један специфичан модел схватања достојанства послератног периода. Тиме је допуштено да на место јуристичког метода ступи светоназорни приступ праву. Парадигматичан пример за овај случај тумачења гаранције достојанства према Хердегеновом уверењу представљају покушаји да се на питања савремене биомедицине одговори искључиво из хоризонта искуства еугеничких злочина националсоцијалистичког режима.

У свом тумачењу првог става првог члана Основног закона, Хердеген инсистира да се у обзир узму и упоредноправна и међународноправна перспектива. Он настоји да сагледа немачки уставни систем, па и саму гаранцију достојанства као један од његових фундамената, из ширег упоредноправног контекста, а посебно из перспективе европског и међународног права и притом истиче да степен заштите и статус одредбе о људском достојанству нису исти у Немачкој и у ЕУ. Он запажа да је људско достојанство правно препознато као фундаментална заједничка вредност у ЕУ, али и да је његово разумевање и сама заштита више упућено на одмеравање и начело сразмерности него што је случај у Немачкој, те да би флексибилизација разумевања достојанства значила и приближавање немачког уставног система европском и међународном праву. У овом објашњењу је истакнут један важан разлог и мотив Хердегеновог тумачења гаранције достојанства који, међутим, није иманентно правни разлог, нити представља по себи разумљиво оправдање другачијег тумачења.

3.2. Хердеген: достојанство није суштински садржај права

Једна од упадљивих разлика Хердегеновог и Дириговог разумевања појма достојанства је у томе што Хердеген гаранцију дигнитета види не само као начело објективног права, него и као посебно субјективно право.¹⁴ За разлику од Дирига, он достојанство не сматра суштинским садржајем права (*der Wesensgehalt*¹⁵), него начелом права и једним од права. Диригово извођење права из достојанства он сматра кључним проблемом интерпретације свога претходника.¹⁶

¹⁴ Окосница Дириговог тумачења је било баш порицање Нипердејевог (*Hans Carl Nipperdey*) становишта да се гаранција људског достојанства може тумачити као субјективно право.

¹⁵ Art. 19, Abs. 2, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01.html, 9. jun 2011.

¹⁶ M. Herdegen, (2010) I, 6, 22.

На питање шта је садржај посебног права на људско достојанство, а које је представљало кључну тешкоћу свих теоретичара који су се залагали за овај пут тумачења, Хердеген не даје до краја логички заокружен одговор. Он достојанство доводи у везу с већим бројем права, а првенствено га интерпретира кроз гаранцију заштите појединца као личности која је способна за самоодређење („Људско достојанство у првој линији штити... појединца у његовом конкретном захтеву за поштовањем као личности“¹⁷), те кроз слободу делања и опште право личности, као и још неке предуслове ове слободе (нпр. право на егзистенцијални минимум). Став 1 члана 1 је према његовом мишљењу у најужој вези са ставом 2 члана 2 у коме се гарантује слобода личности, а он његово остварење види и у другим правима. Срж достојанства свакако садрже и право на телесни интегритет, слобода савести, вероисповести и погледа на свет; право на живот је предуслов достојанства, а у извесној мери језгро достојанства садрже и тзв. права на приватност. Ипак, неким правима која се уобичајено схватају као предуслов слободе и самоодређења личности, он у знатној мери оспорава уску везу с достојанством или је сасвим пориче (нпр. читавој групи партиципативних права, као и праву на азил). Његова аргументација упућује на закључак да се идеја људског достојанства у појединим случајевима више приближава идеји достојанства *држављанина* него идеји *људског* достојанства. Порицање везе права на азил и идеје људског достојанства, као и негирање јасне и чврсте везе тзв. демократских права и достојанства наводе на такав закључак. Афирмисање потоње групе права би за собом повлачило нужно признање да у земљама у којима нису постигнути задовољавајући стандарди демократије долази до повреде људског достојанства, што је закључак који Хердеген није спреман да изведе.

За разлику од Дирига, Хердеген одбацује могућност самоповреде достојанства и тиме ставља индивидуу и њену вољу у први план заштите. У контексту његовог тумачења, индивидуа није као код Дирига негативно означена. Док је Дириг заступао „средњу линију персонализма“ имајући за амбицију да пронађе пут између погрешке колективизма и погрешке индивидуализма, Хердеген увиђа начелни проблем ове стратегије која је у великој мери колебљиве и произвољне природе. У Хердегеновом тумачењу се гаранција достојанства ипак не појављује као доследно спроведена и свемоћна индивидуализована воља, него њену границу представљају „елементарни стандарди хуманости“ уобличени помоћу других права. Ти стандарди се појављују напросто као дати међународним правом и уставом, без неког даљег и дубљег образложења зашто неприкосно-

¹⁷ *Ibid.*, I, 10, 29.

вено достојанство може и треба баш на овај начин да буде ограничено.

Хердеген наике тврди да се људско достојанство и остала права узајамно одређују садржајем и употребом, те пориче „онтолошки“ и временски приоритет достојанству у односу на права. Код Дирига достојанство несумњиво има онтолошки приоритет у односу на људска права.¹⁸ Хердеген нарочито истиче како слобода вере и мишљења, али и сва тзв. „класична“ права, и сама обликују идеју достојанства, односно да је њихов однос узајаман.¹⁹ У Дириговом тумачењу, достојанство је представљало неприкосновено језгро права, а однос достојанства и права је био једносмеран, док је у Хердегеновом тумачењу дигнитет једно од права ограничено другима, те и појам неприкосновености овде бива имплицитно редефинисан.

Основна уобличења гаранције достојанства Хердеген види у јамчењу самоодређења у обликовању свога живота и заштити сфере личности, делимично у заштити телесног и духовног интегритета, заштити при настанку људског живота као и у погледу развојних перспектива пренаталног живота, друштвеном захтеву за поштовањем, заштити од намерног неједнаког третмана и у обезбеђењу егзистенцијалног минимума. Садржај самоодређења и општег подручја личности чине првенствено индивидуална одговорност за сопствене животне одлуке и слобода самопредстављања – ови садржаји се протежу на низ појединачних права и слобода која их подупиру и уоквирују. Хердеген посебно истиче право на информационо самоодређење, право на остварење жеље за потомством, али и она која назива старијим правима попут заштите од управљања вољом и контроле невољног (наношењем патње, наметањем употребе детектора лажи, дрога и сл.), заштите од приморавања на самооптуживање, заштите права на сексуално самоодређење, заштите достојанства трудница (он потврђује медицинску, криминолошку и ембриопатску индикацију за прекид трудноће, за разлику од Дирига који признаје медицинску индикацију, а одбацује социјалну, еугеничку и етичку индикацију²⁰), заштите сфере приватности и права на самоодређење на крају живота.

Право на достојанство у Хердегеновом тумачењу је у уској вези с низом права и слобода, а првенствено с идејом слободног развоја личности. Ипак, његова интерпретација већ у основи има болне тач-

¹⁸ Посматрано из хоризонта историје права тачно је да су људска права временски претходила људском достојанству, али посматрано из хоризонта историје филозофије који је у овом погледу временски много обухватнији (и сеже до античких времена), идеја људског достојанства је претходила идеји људских права.

¹⁹ *Ibid.*, I, 7, 24.

²⁰ T. Maunz, G. Dürig, (1958), 90 91.

ке, јер он не нуди одговоре на два значајна питања. Прво, Хердеген не прави јасну разлику између идеје људског достојанства и идеје неометаног („слободног“) развоја личности, те остаје необразложено због чега је уопште било потребно одвајати те идеје. Такође, ограничавање овако схваћеног достојанства постаје проблематично осим ако се појам неприкосновености знатно не ослаби. У том случају стратегија ограничавања опет на крају оскудева у образложењима.²¹ Друго, он не нуди уверљиве разлоге због којих извесне слободе и права које јесу (и уобичајено се признају као) нужни предуслови реализације слободе људске личности, остају изостављени из права на дигнитет (партиципативна права, право на азил).

3.3. Биланс и достојанство

„Омекшавање“ апсолутности гаранције достојанства Хердеген је извео тако што га је одредио као једно од права, то јест као вредност која нема само иманентне границе, него и оне оличене у другим правима и вредностима. Одговор на питање да ли је у конкретном случају дошло до повреде људског достојанства за Хердегена се у већини случајева не може добити унапред него тек сагледавањем конкретних околности, осталих вредности, права и принципа сразмерности, односно једним поступком који он назива „целовитим билансирајућим посматрањем“ („*bilanzierende Gesamtbetrachtung*“).

Хердеген сматра да је погрешно закључити да је достојанство унапред јасно дефинисано и одређено само због тога што је неприкосновено. Такав закључак он чак сматра неоправданим поједностављењем одредбе из првог члана. Он је убеђен да се тек кроз конкретне случајеве може заиста одредити да ли је до повреде достојанства дошло. Неприхватање поступка „целовитог билансирајућег посматрања“ према Хердегеновом уверењу оставља само два решења као могућа: или се мора прихватити изузетно узак круг повреда достојанства или се у супротном спајањем широког садржаја достојанства и апсолутне, ничим ограничене забране онемогућује делање државе јер се инструментализовање и објективизовање човека може препознати и у многим видовима *спровођења правде*.²² Он овим тврди да у уобичајеним случајевима државног делања не долази до повреде достојанства због тога што специфичне околности и друге вредности оправдавају такво делање. Овакав приступ он примењује и на друге случајеве у којима суди о томе да ли је дошло до повреде достојанства, а не само када су у

²¹ О овом проблему више Paul Tiedemann, *Was ist Menschenwürde?*, WBG, Darmstadt 2006, 34 35.

²² M. Herdegen, (2010), II, 4, 47.

питању поступци државе. На тај начин он радикално ослабљује Диригово схватање неприкосновености.

Хердеген оштро критикује став да „свако диференцирање представља селективно умањење заштите достојанства одређеним групама“.²³ Чињеница да су увек и друге вредности у игри када се процењује да ли је до повреде достојанства дошло према његовом мишљењу не говори у прилог томе да се достојанство релативизује, него само о томе да се не може *à priori* утврдити да ли је ова вредност повређена и да се целокупна ситуација увек мора узети у обзир. Један од примера који он наводи односи се на његов суд да не повређује свака доживотна казна затвора достојанство када се имају у виду све околности. Разликовање починилаца и жртава које право мора да прави, за њега је један од кључних аргумената у корист тврдње да достојанство захтева конкретизацију и уважавање самог случаја. Уколико се достојанство не би могло одмеравати с обзиром на конкретне околности, то јест с обзиром на дело које је неко извршио а неко не, онда би овакво разликовање према Хердегеновом уверењу било немогуће, а починиоци би морали бити третирани једнако као и жртве.

Занимљиво је и значајно пратити како Хердеген покушава да примени свој начин резонавања оријентисаног ка случају на идеју људског достојанства чији је статус обележен једном специфичном речју: неприкосновеност. Хердеген хоће да ишчупа идеју људског достојанства из система *à priori* забрана и да и у њој пронађе простор за конкретност појединачних случајева. Притом се, наравно, сусреће са сложеним проблемом: уколико идеја достојанства буде у потпуности остављена процени спрам случаја, одредница неприкосновености прети да изгуби своје значење, а садржај достојанства да постане сасвим флуидан. Хердеген овај проблем покушава да реши тако што идеју достојанства дели на њен ужи и шири оквир, при чему ужи остаје неприкосновена и неодмерива срж, док шири захтева метод процене случаја („целовито билансирајуће посматрање“). Наравно, ова стратегија захтева оправдање, а аргумент којим га Хердеген поткрепљује у вези је с међународним правом и апсолутним искључивањем извесних поступака на овом нивоу. Потпуно неподложни билансирању су само они поступци који су забрањени међународним одредбама, те би се могло рећи да се само ту ради о неприкосновености у правом смислу речи. Срж достојанства која није подложна билансу садржи првенствено категоричку забрану геноцида, мучења, масовног прогона и расне и националне дискриминације. Онај ко затражи смисаону целовитост оваквог језгра достојанства и постави питање због чега појединачни прогон није, а масовни јесте не-

²³ *Ibid.*, III, 1b, 54.

двосмислена повреда људског достојанства, биће вероватно упућен на адресу међународног права, на коју се премешта постојећа теоријска пукотина. Други, „опсежнији“ део људског достојанства подложен је „билансирајућем поступку“ и самим тим појам неприкосновености овде бива измењен. Увођењем овакве разлике између ужег и ширег оквира појма, категорицке и билансирајуће гаранције неприкосновености (поступка који и сам остаје у незадовољавајућем степену јасан иако је требало да замени мутне путоказе објект-формуле), сама идеја достојанства бива унутрашње дуализована без задовољавајућег образложења. Овакво двојство у појму достојанства оставља хронично отвореним питање: да ли је неразборито то што уска категорицка забрана никада не подлеже билансирању или је пак неразборито то што билансирајући поступак у одређеној групи случајева оспорава категорицност забране?

3.4. Достојанство и проблеми савремених биомедицинских наука

Детаљније упознавање са структуром Хердегеновог тумачења гаранције људског достојанства показује да веома значајно место у његовом разумевању овог проблема заузимају новије медицинске и биолошке праксе. Многе од њих нису биле доступне у послератном периоду, те у Дириговом тумачењу и нису узете у обзир. Хердеген одговара на питање о томе да ли долази до повреде људског достојанства приликом вантелесне оплодње, при терапеутском и репродуктивном клонирању, сурогат-мајчинству и *germ-line* генској терапији. Имајући у виду обим који ова питања заузимају у тумачењу, као и значај који им Хердеген придаје, стиче се утисак да су она у великој мери дала покретачку снагу, као и важне контуре његовој интерпретацији у целини.

Дилеме у вези с пренаталним животом Хердеген означава као најтежа питања која се тичу тумачења гаранције људског достојанства. Он све дотадашње теорије које су покушале да реше статус пренаталног људског достојанства оцењује као незадовољавајуће, а до својих закључака (да право на достојанство важи од зачећа, да не постоји једнакост између ситуације *in vivo* и *in vitro*, да тотипотентне ћелије немају достојанство, итд.²⁴) долази одмеравајући низ аргумената у појединим стадијумима развоја. Општа стратегија његовог тумачења – „целовито билансирајуће посматрање“, као и раздвајање права на достојанство и права на живот,²⁵ долазе у овом сегменту нарочито до изражаја. Хердеген верује да овакав поступак не представља довођење у питање неприкосновености достојанства, него само њено

²⁴ Сваки од ових закључака би заслуживао посебно разматрање, али то није неопходно за основни правац овог рада.

²⁵ *Ibid.*, III, 3а, 61.

утврђивање узимајући у обзир обележја конкретног случаја. У оквирима Диригове интерпретације, „биланс неприкосновености“ би се појавио као *contradictio in adjecto*, а питање о задирању у неприкосновено језгро достојанства би морало бити унапред одговорено.

4. АПРИОРНА И АПОСТЕРИОРНА КОНЦЕПЦИЈА НЕПРИКОСНОВЕНОСТИ ДОСТОЈАНСТВА

У поређењу с Дириговим становиштем, Хердегенова концепција достојанства се може назвати апостериорном. Баштинећи Кантове ставове о достојанству као апсолутној вредности, као и хришћанско појмање светости људског живота и духовности, у оквирима Диригове интерпретације нема места за појмове као што су биланс, одмеравање или финалитет. Људско достојанство је „апсолутни *tertium comparationis*“²⁶ правног поретка, његова сврха, фундаментална вредност и неопходна допуна идеје правде. Људско достојанство је према Дириговом уверењу суштински садржај права и крајњи разлог њихове заштите, те њихова вредносна суштина с којом се не може калкулисати. Оно представља ону крајњу црту испод које се даље не може ићи и та апсолутна гаранција је еквивалент појму неприкосновености.

За разлику од Дирига, Хердеген „инсталирање“ априорне неприкосновености у правни поредак види као замену јуристичког метода погледом на свет и нарушавање његове неутралности. Оно тече паралелно с табузирањем идеје достојанства и покушајима да се из једне вредности откључа сав нормативитет животног света. Из тога следи нереалан, статичан и симплификован приступ бројним питањима на које право треба да одговори. Идеја априорне концепције достојанства, према Хердегеновом уверењу, чини правни поредак неодрживим.

Хердеген достојанство види и као начело права и као посебно право, али никако као суштински садржај права. Према његовом суду, између већег броја права и достојанства, али и других вредности, постоји узајаман однос, те да ли је дошло до повреде достојанства могуће је утврдити тек узимајући у обзир конкретне околности и одмеравајући читав сплет аспеката и вредности који су у игри. Да ли се неким поступком повређује достојанство не одређује само начин поступања, него и сврха датог поступка. Хердеген зато неприкосновеност одређује апостериорно: ако је утврђено да је нечије достојанство угрожено, заштита је неопходна. Неприкосновеност се, међутим,

²⁶ Günter Dürig, „Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde“, *Archiv des öffentlichen Rechts* 2/1956, 143.

појављује тек након што је извршено одмеравање, те гаранција има знатно ослабљенији смисао него у Дириговој концепцији у којој је синоним неприкосновености неприхватљивост икаквог одмеравања у одређеним случајевима.²⁷

5. ДВА ТРАГИЧНА СЛУЧАЈА КАО ОРИЈЕНТИРИ У ПРОМИШЉАЊУ ИДЕЈЕ НЕПРИКОСНОВЕНОСТИ

Разлику између два модела приступа концепту достојанства, чији су врло илустративни, али не и идеални репрезенти Диригово и Хердегеново тумачење, додатно осветљавају два случаја из претходне деценије који су изазвали звучне полемике у немачкој јавности.

Први случај који баца светло и сенке на промишљање гаранције неприкосновености достојанства тицао се Закона о ваздушној безбедности (*das Luftsicherheitsgesetz*) који је у СР Немачкој ступио на снагу у јануару 2005. године. Спорно место овог Закона био је ст. 3,²⁸ чл. 14 којим су установљена врло широка овлашћења у случају потребе за оружаним дејством како би се спречио претећи ваздушни напад након отмице неке летелице. Ова одредба је дозвољавала употребу оружја у оним случајевима када је то једини начин да се заустави опасност да ће летелица у ваздуху бити искоришћена против људских живота. Повод и контекст који су по свему судећи имали пресудну улогу у моменту састављања ове одредбе били су преокеански терористички напади, као и претње да ће се такви напади догодити и на територији Немачке. Како би била спречена несрећа већих размера, овај закон је требало да да дозвољу обарању киднапованих авиона у случајевима у којима нема друге могућности, што је истовремено значило и прихватљивост жртвовања невиних живота путника и посаде који би се у том тренутку налазили у ваздуху.

Одредба 14.3. Закона о ваздушној безбедности која је омогућавала обарање авиона у коме су недужни путници и посада, 15. 02. 2006. године је проглашена неуставном од стране Савезног уставног суда Немачке.²⁹ Поред порицања легислативне моћи федералном нивоу да овакву одредбу донесе на основу чланова 35.2

²⁷ Већ је указано да и Хердеген тврди да постоји ужи круг категоричке заштите достојанства коју утемељује првенствено стандардима међународног права.

²⁸ „Непосредно дејство с оружаним силом је дозвољено једино ако се у постојећим околностима мора претпоставити да ће летелица бити употребљена против људских живота и да је оно једино средство одбране од те постојеће опасне сти.“ Art. 14, Abs. 3, Luftsicherheitsgesetz, <http://bundesrecht.juris.de/luftsig/14.html>, 9.06.2011.

²⁹ BVerfGE, 1 BvR 357/05 vom 15.02.2006, http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html, 9.06.2011.

(2) и 35.3 (1) Основног закона, као други основ неуставности Савезни уставни суд је навео њену неусаглашеност с гаранцијом права на живот повезаног с гаранцијом људског достојанства.³⁰ Према мишљењу судија, путници и посада у овом случају не могу бити посматрани као део опасног оружја како су неки тврдили, него само као жртве, или класичном Кантовом формулацијом, као сврхе по себи, те заслужују неприкосновену заштиту. Другим речима, одмеравања њиховог достојанства спрам могућих жртава и штете не може бити. Одбаченом одредбом путници би постали објект не само починилаца злочина него и саме државе, те изгубили статус субјеката и њега пратеће достојанство. Одлука суда је наводила да је намерно и законом одобрено лишавање живота лица која су у летелици сасвим несагласно с уставном гаранцијом људског достојанства, а претпоставка да су грађани у таквој ситуацији дужни да жртвују своје животе зарад општег добра потпуно неприхватљива. Вредно помена је да се у одлуци наглашава да уколико би починиоци били сами у летелици, одредба 14.3. не би била неуставна с обзиром на везу гаранције права на живот и гаранције достојанства, јер се починиоцима тада не би одузимао статус субјекта имајући у виду да су они сами свесни и одговорни изазивачи последица својих поступака и не налазе се у беспомоћној позицији као недужни путници или посада.

Усвајање и уставно оспоравање наведене одредбе Закона о ваздушној безбедности није остало непропраћено рекацијама стручне и грађанске јавности. Одлука Савезног уставног суда углавном је схваћена као одбацивање релативизовања и „билансирања“ неприкосновености људског достојанства, али мишљења о њеној исправности нису била само афирмативна.³¹ Хердеген је одлуку Савезног уставног суда оценио као оскудно образложено у погледу повреде људског достојанства, као правно отварање врата за несметано спровођење терористичких напада од тренутка отмице авиона и као проблематичну у њеним импликацијама по војна дејства у оружаним сукобима.³²

Догађаји у вези с терористичким нападима учинили су свакако реалнијим страх од могућности масовних отмица и злоупотреба невиних грађана у стварању жртава и штета огромних размера. Истовремено, они су пред право поставили веома тегобно питање како дати задовољавајући одговор на овакве екстремне околности. С једне

³⁰ Треба напоменути да су се судије притом позвале и на ст. 2, чл. 19 Основног закона који забрањује повреду неког права у његовом суштинском садржају, а у коме је Дириг иначе препознао значајну уставну афирмацију својих тврдњи да је достојанство суштински садржај гарантованих права.

³¹ Критички у погледу ове одлуке нпр.: Nina Naske, Georg Nolte, „Aerial Security Law“, *The American Journal of International Law* 2/2007, 469-471.

³² M. Herdegen, (2004), 2, 96.

стране, поново се поставило питање има ли неких вредности – нпр. животи невиних цивила – које су без остатка неприкосновене, те не могу бити суспендоване без обзира на околности, неких вредности које не могу бити држави на располагању, а да право и институционални поредак не изгуби смисао? С друге стране се, међутим, отворио проблем шта чинити у случајевима у којима ће уздржавање од реаговања изазвати несрећу несагледивих размера? Свако ко би категорички одбацио могућност било каквог одмеравања, лако би се могао наћи уплетен у проблем који би, да је мање реалан и тежак, личио на старе софизме: увек је могуће уместо мањих несрећа претпоставити несреће већих размера и изнова доводити у питање априорну конструкцију неприкосновености неке вредности или начела. Они који без обзира на околности ипак инсистирају на неприкосновености на крају остају приморани да прихвате ону стару, апсурдну крилатицу: *fiat iustitia, et pereat mundus*.

Други, застрашујући случај отворио је исти тегобан проблем у нешто другачијем контексту, али се такође поставио као референтна тачка у промишљању гаранције неприкосновености и људског достојанства. У септембру 2002. године, једанаестогодишњег дечака киднаповео је двадесетседмогодишњи студент права. Након што је отмичар ухваћен, потпредседник франкфуртске полиције, у нади да ће спасити дечаков живот, издао је налог вишем комесару за криминал да се током саслушања отмичару запрети наношењем телесних повреда, што је комесар и учинио. Одмах након изречених претњи, отмичар је признао да је дечаку већ одузео живот, те до остварења изнетих претњи мучењем није дошло. Наравно, након овог страшног злочина убрзо су уследили судски поступци,³³ али и јавна дебата која је задрала у темељна начела правног поретка.³⁴

Поступак потпредседника полиције и вишег комесара је изазвао полемику у којој су се појавила различита становишта. Неки су заузели критички став у погледу поступка у литератури названог *спасоносно мучење (die Rettungsfolter)*,³⁵ док су неки пресуду оценили као погрешну, аргументујући да се радило о ситуацији нужне одбране или прецизније нужне помоћи (*die Nothilfe*) у којој су се државни службеници нашли, а да је коришћени став да се достојанство

³³ Ток овог поступка у коме је отмичар у Немачкој осуђен на доживотну робију, а након тога се жалио Европском суду за људска права у Стразбуру због повреде права од стране државних службеника (којима су изречене благе санкције) овом приликом не морамо даље пратити.

³⁴ Kay Bourcarde, *Folter im Rechtsstaat*, Giessen 2004, http://www.bourcarde.eu/texte/folter_im_rechtsstaat.pdf, 9. jun 2011. 8 10; Die Chronologie der Ereignisse, http://www.anstageslicht.de/index.php?UP_ID_1&NAVZU_ID_16&STORY_ID_1&M_STORY_ID_7, 9. jun 2011.

³⁵ Нпр. претежно критички, К. Möller, 17.

не сме одмеравати неодбрањив, попут Херцберга Дитриха (*Herzberg Dietrich*).³⁶ Један од учесника ове расправе, Ерик Хилгендорф³⁷ (*Eric Hilgendorf*), оценио је да су у немачком правном систему могућа три различита пута имајући у виду дати случај, што, нажалост, представља „трагичну трилему“:³⁸ а) потпуна забрана наношења повреда и остављање евентуалних решавања хипотетичких екстремних ситуација изван домена права, б) дозвољавање наношења лакших телесних повреда које не би биле окарактерисане као мучење и ц) процена да ли су извесни поступци полиције прихватљиви у зависности од тога да ли се конкретно делање може означити као проистекло из нужности одбране.³⁹ Док се прва опција може означити као ригиднија концепција неприкосновености, а трећа као њена билансирајућа, мекша варијанта, у целини се може закључити да је и овај случај отворио шири проблем већ назначеног питања оправдања и смисла неприкосновених гаранција у праву и последица њиховог афирмисања или негирања. Забрана мучења, а нарочито забрана мучења неокривљених лица се, с једне стране, перципира као *conditio sine qua non* модерног права, али се, с друге стране, јавља и питање о постојању обавезе да се предупредe и зауставе монструозни злочини тако што ће се категоричност ових забрана ослабити њиховим редефинисањем. Застрашујуће су могуће последице категоричке забране када замислимо неки *ticking bomb* сценарио, али су такође сасвим ужасавајуће и последице релативизовања ове забране.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА: ТРАГИЧНО И АПСУРДНО У ПРЕВОЂЕЊУ ВРЕДНОСТИ У ЗАПОВЕСТИ

Промишљање Дириговог и Хердегеновог тумачења идеје достојанства, као и два скицирана случаја који отварају проблем неприкосновених гаранција у оквирима права, неизбежно упућују на поновно разматрање старе етичке алтернативе између деонтологије и консеквенцијализма. У свом чистом и свакако поједностављеном

³⁶ Rolf Dietrich Herzberg, „Folter und Menschenwürde“, *Juristenzeitung* 7/2005, 321 328.

³⁷ Вид. Eric Hilgendorf, „Folter im Rechtsstaat?“, *Juristenzeitung* 7/2004, 33 339.

³⁸ На у основи трагичну природу овог и сродних случајева експлицитно указују неки савремени правници (нпр. Хорст Драјер у Jan Feddersen, „Die Verfassung ist keine Bibel“ Interview mit Horst Dreier, *die Tageszeitung*, 26.03.2009.), а ширу филозофску елаборацију проблема редуковања и негирања феномена трагичног, коју је у XIX веку понудио Ниче у свом чувеном „Рођењу трагедије из духа музике“, на печатљив начин је развила Марта Нусбаум у „Крхкости доброте“ (М. Нусбаум, *Крхкост доброте*, Службени гласник, Београд 2009).

³⁹ *Ibid.*, 338 339.

облику, на једној страни ове дилеме налази се оцена људских поступака спрам њихове усклађености с темељним дужностима/забра-нама, а на другој њихова процена спрам последица које ће донети. Класични и донекле вулгаризовани конфликт ова два приступа оди-грава се у арени у којој је, с једне стране, извештан поступак који ни у ком случају не може бити оправдан (нпр. кажњавање невиних), док противничка страна у извесним драстичним околностима види могућност извођења чак и оваквог поступка, односно суспендовања чак и овог правила. Назначена алтернатива ни у ком случају није допадљива, јер и једном и другом начину резонувања барем хипоте-тички прети свођење на апсурд. Радикално прихватање категоричких забрана преведено у реалне околности може попримити опасан про-фил статичне и аутодеструктивне доследности, док њихово априорно одбацивање моралну разборитост и сензибилитет замењује законима великих бројева у којима се индивидуе утапају.

Још у већој сложености се тежина алтернативе деонтологије и консеквенцијализма појављује у оквирима права. Релативизовање темељних правних претпоставки и забрана као што су презумпција невиности, забрана кажњавања недужних или забрана мучења од правног поретка ствара поредак несигурности и терора. С друге стране, не само хипотетичке ситуације екстремних претњи по људске животе, здравље, живот уопште или планету које у данашњици иду до опасности несагледивих размера (помислимо само на нуклеарне реакторе) могу да доведу у питање један поредак који је у основи неконсеквенцијалистичког карактера. Није потребно чак ићи ни то-лико далеко у разматрању проблема ригидније одбране неприкосно-вености: проблем овог приступа се увек изнова отвара у ситуацијама ограничених ресурса, а знатнијих елементарних потреба опстанка, у којима неки појединци нужно остају лишени упркос томе што самом логиком поретка достојанства, слободе и једнакости то не би смело да буде могуће.

Упитаност над мишљу о постојању апсолутних вредности и могућности разборитог обликовања друштвеног света помоћу овековечења извесних правила независно од околности, довела је у историји филозофије, али и погледа на свет, до диференцирања позиција које иду од крајњег релативизма до крајњег апсолутизма. Када је у питању људско достојанство, Кант је био тај који је ову идеју на експлицитан начин означио као неприкосновену вредност: „У царству сврха све има или неку цену или неко достојанство. Оно што има цену такво је да се на његово место може постави-ти такође нешто друго као његов *еквивалент*; напротив, оно што је узвишеније од сваке цене, оно што не допушта никакав еквивалент, достојанство је“.⁴⁰

⁴⁰ Имануел Кант, *Заснивање метафизике морала*, БИГЗ, Београд 1981, 82.

На сличан начин се она појавила и у праву посредством гаранције у првом и 79. члану Бонског устава. Диригове интерпретације су под-ржале овакву духовну оријентацију. Свако релативизовање темељне вредности права и културног наслеђа у јавности мора имати при-звук скандала, али то ипак не значи да увек мора бити резултат непромишљености и неразборитости. Колико год друга страна била у многим погледима мањкава или неприхватљива, у овом случају она ипак указује на иманентне границе једне етичке позиције, једног тумачења достојанства и једног схватања права. Нажалост, ово про-тивничко, релативизујуће становиште је и само обележено предзна-ком апсурдности, те посматрано из назначене алтернативе: непри-косновеност – да или не, ткиво права у целини остаје осуђено на одређену меру трагичности.

Dr. Duška Franeta

Assistant Professor

Faculty for Legal and Business Studies, Novi Sad

A RECENT DEBATE ON HUMAN DIGNITY AND THE PROBLEM OF TRAGIC AND ABSURD IN LAW

Summary

The author of the leading interpretation of the guarantee of human dignity in German constitution of the second half of the twentieth century was German lawyer Günter Dürig. At the core of his analysis of the concept of dignity, placed on the top of the Bonn constitution, was the equalization of dignity with the essence of human rights alongside with his statement that dignity understood as their „untouchable“ (*unantastbar*) substance should be ultimately and infinitely protected.

The new millennium brought a more radical turn from this influ-entia legal understanding of human dignity. Although not isolated in his venture of critique of Dürigs analysis, Matthias Herdegens new inter-pretation of the first article was even more distinct for its clear abandon of the basic ideas of his predecessor as well as for the fact that it actually replaced the Dürigs paradigmatic commentary. The author of this article analyses Herdegens interpretation of the concept of human dignity and compares it to the preceding but also rival Dürigs understanding.

The comparison of Dürigs and Herdegens standpoint is further il-luminated and put in a wider context by taking into consideration two

cases largely debated in Germany whose interpretation showed to be dependant on the understanding of the ideas of „untouchableness“ and human dignity (*Luftsicherheitsgesetz*-case and *Rettungsfolter*-case). As result of examination of the complex nature of these cases and the legal-philosophical and ethical presuppositions and consequences of the two rival theories of „untouchableness“ and human dignity, it is concluded that notwithstanding their different success in responding to the particular problems, this alternative necessarily leaves law condemned to some degree of tragedy and absurdity.

Key words: *Human dignity. – German constitution. – Matthias Herdegen. – Günter Dürig. – Die Unantastbarkeit.*