

MORAL I PRAVO U SAVREMENOJ PRAVNOJ FILOZOFIJI*

Apstrakt: U ovom članku autor nastoji da analizira odnos morala i prava u okviru savremene pravne teorije. Odnos prava i morala može se posmatrati na tri različita načina: teza o identitetu-pravo i moral su osnovi identični sistemi normi pri čemu su pozitivne pravne norme podređene osnovnim moralnim principima (prirodna pravna teorija), teza o odvajanju-pravo i moral su konačno različiti sistemi normi (pravni pozitivizam), teza o polaritetu-pravo i moral su dva različita normativna sistema, ali se oni međusobno radikalno ne isključuju, već između njih postoji značajan nivo dodirivanja i nadopunjavanja. Ova teza na najbolji način je predstavljena u pravnim teorijama H.L.A Harta i Ronalda Dworkina. Na logičkom nivou, teza o polaritetu na specifičan način sintetiše i prevladava jednostranosti teze o identitetu i teze o odvajanju. U isti mah na socio-istorijskom nivou, ova teza proizvod je specifičnog istorijsko-socijalnog razvitka angloameričkih pravnih i političkih institucija. U tekstu se ukazuje i na relevanciju ove teorijske kontraverze pri suočavanju sa prošloću posttotalitarnih političkih poredaka i društava.

Ključne reči: pravo, moral, identitet, odvajanje, polarnost.

Uvod

U društvenoj svakodnevnici ali i u domenu teorije teško je osporiti tvrđenje da su pravo i moral od izuzetnog značaja za formiranje i regulisanje odnosa unutar ljudske zajednice. I za pravo kao i za moral može se reći da predstavljaju sisteme pravila na osnovu kojih se određuje, usmerava i vrednosno procenjuje ljudsko ponašanje. Iz grubo skiciranog pojmovnog određenja oba fenomena očigledna

* Članak je rađen u okviru naučnoistraživačkog projekta Instituta za filozofiju i društvenu teoriju u Beogradu *Mogućnost primene modernih filozofsko-političkih paradigmi na procese društvene transformacije u Srbiji/Jugoslaviji*, koji finansira Ministarstvo za nauku, tehnologije i razvoj Republike Srbije (br. 2156).

je relevantnost prava i morala za aristotelovski rečeno „svet ljudskih stvari“. Stoga svaki pokušaj razumevanja čoveka, društva ili države direktno ili indirektno vodi ka tematizaciji kako prava tako i morala. Složeni karakter društvenih odnosa pokazuje da se moral i pravo teško mogu posmatrati kao dve u potpunosti zasebne i u sebi zaokružene celine. I konkretni život i teorija saglasni su u stavu da se usmeravanje i procenjivanje ljudskih postupaka putem prava i morala na najadekvatniji način može predstaviti ako se i pravo i moral kao zasebne celine postave u složeni kontekst njihovih odnosa. Isprepleteni karakter odnosa između morala i prava najbolje se može iskazati u stavu o njegovom polarnom karakteru. Tvđenje o polarosti jeste tvđenje o relativnoj suprotnosti. Ono implicira da se u osnovi različiti elementi relacije međusobno potpuno ne isključuju već i da postoji određeni veoma specifični nivo njihovog posredovanja. Konkretno, reč je o tome da u odnosu između morala i prava nema radikalne suprotnosti ni potpunog identiteta. Već na prvi pogled postaje jasno da zamisao o relativnoj suprotnosti otvara široko i bogato polje za filozofsko-pravničku refleksiju. Ona treba da uoči nijanse u relaciji moral-pravo ili kako je to formulisao Artur Kaufman da otkrije „bogato polje njihovog uzajamnog dodirivanja, dopunjavanja ali i odbijanja“. Pravna filozofija H.L.A Harta kao i njegovog učenika Ronalda Dworkina upečatljivi su primeri teze o polaritetu.

Istorio-filozofski kontekst rasprave o pravu i moralu

Kao i većina filozofskih pojmova i pojam polarosti nije ni izbliza samorazumljiv niti je oduvek bio pretpostavljen i zastupan u istoriji pravne filozofije. Takođe kao i gotovo svi relevantni filozofski pojmovi i navedeni smisao i značenje zadobija nasuprot drugim pojmovima. Dakle, radi se o polemičnom pojmu. Interpretacija odnosa prava i morala u kontekstu pojma polarosti podrazumeva kritičku reviziju uticajnih škola pravnog mišljenja-klasičnu teoriju prirodnog prava i pravni pozitivizam. Oba navedena pravno-filozofska stanovišta iskazuju vrlo decidne ali i u mnogo čemu uprošćene stavove po pitanju odnosa prava ili morala.

Odnos prava i morala prirodno-pravna teorija posmatra iz perspektive teze o identitetu. Glavno tvđenje ove filozofsko-pravne teorije je stav o jedinstvu pravnih i etičkih normi. Istraživanje istorijskih

izvora prirodno-pravne teorije vodi ka filozofiji Sv Tome Akvinskog. Za najpoznatijeg filozofa Srednjeg Veka razumom saznatljivi principi morala i etike čine „viši poredak“ ili sistem normi koji je naređen pozitivno pravnom poretku. Svaki pravni propis koji nije izveden ili koji nije u skladu sa prirodno-pravnim principima ne može imati bilo kakvu pravnu validnost. U periodu Moderne, prirodno-pravne teorije dobijaju centralno mesto u okviru političke i pravne teorije a posredno utiču i na konkretne društveno istorijske procese. Uz neizbežni dodatak novovekovnog shvatanja racionalnosti, te u odnosu na hrišćanski Srednji Vek različito tumačenje ljudske prirode, prirodno-pravna shvatanja Hobsa, Loka i Rusoa u manjoj ili većoj meri variraju glavnu zamisao klasičnog prirodno pravnog učenja.

Prirodno-pravni principi važe kao normativni uzor pozitivno pravnim propisima. Iz apstraktnih pravnoetičkih normi mogu se doći do pozitivne pravne norme, dok se dalje iz ovih izvode konkretne pravne odluke. Bez obzira na to koliko je teorijski brižljivo razvijan, koncept prirodno prava doveo je do niza neprihvatljivih konsekvenci. Odveć apstraktni karakter prirodno pravnih principa manifestovao se kroz pravnu samovolju u zakonodavstvu i proizvoljnost u primeni zakona, što je proizvelo pravnu nesigurnost i opštu društvenu nestabilnost. Socijalno neprihvatljive konsekvence kao i potreba za pravnom sigurnošću kapitalističke ekonomije u ekspanzivnom razvoju dovela je do kritičke revizije a potom i do odbacivanja koncepta prirodno prava u XIX veku. S jedne strane snažno inspirisan intelektualnom težnjom ka odbacivanju metafizike, a s druge strane primarno fokusiran na činjeničko iskustvo i principe logike, pravni pozitivizam stvara potpuno drugačiji teorijski okvir za razumevanje prava.

Umesto prirodno pravnih principa iz kojih se dedukuje pravo, težište istraživanja je na formama i strukturama prava. Pravo se shvata kao skup procedura lišenih moralnog ili bilo kog drugog za pravnu normu relevantnog sadržaja. Kao credo pravnog pozitivizma može poslužiti čuvena formulacija britanskog pravnika Džona Ostina „Egzistencija prava je jedna stvar; njegova vrlina ili porok je druga“ Sloganom „Pravo je pravo“ pravni pozitivizam emfatično naglašava već pomenutu tendenciju kao odbacivanju metafizičke obskurnosti i bilo kakve normativne nejasnoće i neodređenosti. Istovremeno insistiranjem na krajnoj određenosti kako u domenu dono-

šenja tako i u domenu primene pravnog propisa on nastoji da uspostavi stabilan pravni poredak.

Nalik prirodno-pravnom učenju, bez bilo kakvog pozivanja na iskustvo, iz skupa odgovarajućih formalnih procedura moguće je doći do skupa konkretnih pravno validnih odluka. Težnja ka što jasnijem i razgovetnijem saznanju, i gotovo opsesivno pozivanje na činjenice inicira težnju ka što potpunijom kodifikacijom pravnog života. Razvoj pozitivistički orijentisane pravne nauke doveo je do značajne kodifikacije pravnog života u XIX-vekovnoj Evropi. Pojava francuskog Code Civil, austrijskog Opšteg građanskog zakonika, nemačkog Građanskog zakonika samo su neke od konkretnih manifestacija pozitivističke težnje. Težište pozitivističke analize jesu država i njene institucije, tačnije rečeno pravila koja definiše njihov raspored i utvrđuju načine funkcionisanja. Posebnu važnost davana je sudskoj vlasti, čija uloga je bila da sankcioniše sve formalno korektne zakone, ne izuzimajući one koji su po svom sadržaju bili nepravedni. Iskustvo autoritarnih, a posebno totalitarnih političkih poredaka pokazalo je katastrofalne učinke bezuslovnog sankcionisanja svih formalnog korektno donetih i primenjivanih zakona. Istovremeno, ispostavilo se da je logika pravnog pozitivizma zasnovana na striktnom odvajanju prava i morala sporna.

Činjenica postojanja pravnog sistema nedovoljna je da se na adekvatan način napišu obaveze i zaštite prava i interesi građana. Naprotiv, u političkom poretku zasnovanom na duboko nemoralnim i nepravednim ideološkim sadržajima, pravni sistem prelazi u svoju suprotnost. Život u ovakvim političkim porecima karakteriše fenomen „zakonskog neprava“ odnosno „postojanje moralno loših zakona“. Lišavanje života nemalog broja nevinih ljudi i masovna kršenja osnovnih ljudskih prava nisu samo svedočanstvo o upotrebi državnog aparata u cilju ostvarivanja moralno spornih ideala, već i dokaz da formalno korektno doneti propisi bez odgovarajućeg moralnog supstrata mogu dovesti do uspostavljanja režima organizovanog terora. Iskustvo autoritarnih, a posebno totalitarnih političkih poredaka u XX veku skreće pažnju na fatalnu i bolnu realnost pomenutih činjenica pravnog života.

Totalitarni politički poredak reaktuelizuje i stare debate u pravnoj filozofiji. Već pomenuti primer posleratne Nemačke postaje relevantan budući da se u Nemačkoj tog perioda pokreće kontraver-

za između učenja o prirodnom pravu i pravnog pozitivizma. Renesansa prirodno pravnih učenja i njihovo živo prisustvo u sudskim procesima u kojima su ispravljane nepravde neposredne nacističke prošlosti ponovo su kao glavno filozofsko-pravno stanovište postavili tvrđenje o identitetu prava i morala. Ipak, ovaj politički uslovljen i kratkotrajni zanos prirodno pravnom teorijom nije dobio značajnije teorijske implikacije, premda se ne može reći da nije na novi način otvorio i ukazao na svu složenost odnosa morala i prava.

Pravo i moral u svetlu savremene analitičke jurisprudencije

Za razliku od prethodeće tradicije koja se kretala u rasponu između dveju teorijskih jednostranosti identiteta i isključivanja, savremenija teorijska stanovišta u pravnoj filozofiji, pre svih analitička jurisprudencija H.L.H Harta i njegovog eminentnog američkog nastavljača Ronalda Dworkina, uviđaju svu složenost relacije moral-pravo.

Slično klasičnim prirodno pravnim teorijama i anglo-američka analitička jurisprudencija odnos morala i prava smatra bitnim za razmatranje ključnih problema filozofije prava. Teorijska shvatanja Dworkina i Harta mogla bi se označiti kao primeri već navedene teze o polarnosti. Relacija moral-pravo ima složenu i isprepletenu strukturu. U određenim tačkama moral i pravo se međusobno dodiruju i nadopunjavaju ali istovremenu i veoma jasno razlikuju. Treba naglasiti da je kao i svaka druga pravna, moralna ili politička filozofija i pravna filozofija pomenutih autora značajnim delom je određena političko-pravnom i običajnosno-etičkom tradicijom u ovom slučaju Velike Britanije i SAD. Precedentno pravo, viševjekovna tradicija Common Law-a, specifično otvoreni karakter američkog Ustava, principijelno shvatanje pravnog života po modelu case law-a, to jest od slučaja do slučaja, političke institucije liberalne demokratije, te individualistička etika racionalno shvaćenih interesa predstavljaju skup najznačajnijih društvenih okolnosti koje omogućavaju konceptualizaciju relacije moral-pravo..

Za Harta, pravo je skup pravila čiji je cilj uspostavljanje i održanje društvene kontrole kao preduslova za društveni život. Hartova doslovna definicija prava glasi: „Pravo je skup obaveza kao primarnih i sekundarnih normi.“ Kada se govori o pravu kao skupu normi

misli se na sistematski ustrojeni skup dva kvalitativno različita tipa normi: primarnih i sekundarnih. Primarne norme definišu skup zahteva koje treba ispuniti nezavisno od želja pojedinačnog ili grupe delatnika. Reč je o postupcima koji izražavaju dužnosti i koji se odnose na ograničenje slobode u primeni nasilja kao i zabranjivanju pljačke ili obmanjivanja. Ovo norme prevashodno se tiču fizičkih pokreta ili promena. S druge strane, sekundarne norme bave se distribucijom bilo privatnih bilo javnih ovlašćenja. Reč je o normama koje parazitiraju na primarnim normama. U ovu vrstu normi ubrajaju se: pravilo priznanja (norma na osnovu koje se vrši identifikacija norme kao norme pravnog sistema kao i uspostavlja postupak utvrđivanja validnosti norme; u savremenim pravnim sistemima, npr. u Velikoj Britaniji, u pravila priznanja ubrajaju se akti Parlamenta, precedenti, običaji koji su prošli test racionalnosti...), norma promene (definiše ko i kako može promeniti norme u okviru jednog pravnog sistema) i norma presuđivanja (norma koja daje ovlašćenja pojedincima da donose autoritativne odluke da li su primarne norme prekršene ili ne) Funkcija sekundarnih normi je da uspostave određenost, dinamičnost i efikasnost u funkcionisanju pravnog sistema.

Čak i letimičan osvrt na Hartovu zamisao o strukturi pravnog poretka ukazuje da postoji značajan stepen preklapanja između prava i morala. Naime, primarne norme ili pravila obligacije gotovo da se u potpunosti poklapaju sa svakodnevnim moralnim standardima ponašanja u kojima se takođe sreću zabrane koje se odnose na slobodu u primeni nasilja, pljačku ili obmanjivanje. Hart tumači zajednički sadržaj pravnih i moralnih normi njihovim zajedničkim racionalnim osnovama. U skupu empirijskih činjenica koje opisuju ljudsku prirodu i društvene odnose nalazi se racionalno izvorište prava i morala. Među činjenice koje opravdavaju određen stepen moralnosti pravnog poretka ubrajaju se ljudska ranjivost, približna jednakost, ograničeni altruizam i oskudica resursa. Pomenuta fakta predstavljaju osnovu za kritičko preispitivanje svakog faktičkog pravnog poretka. U zavisnosti od toga da li pravni sistem na adekvatan način uzima u obzir faktičke karakteristike ljudske prirode i socijalnih odnosa, određuje se moralnost našeg pokoravanja istom. Hart premda insistira na osebnosti pravnih normi, specifičnosti procedure(a) pomoću kojih nastaju i menjaju se pravne norme, u isti mah govori i o određenom „minimalnom prirodno pravnom sadržaju“. Stoga se s razlogom može reći

da njegova teorija prava nosi naziv i empirijska prirodno pravna teorija. U Hartovoj filozofiji prava tačke preklapanja morala i prava prisutne su u pogledu primene pravnih pravila na pojedinačne slučajeve koji ne potpadaju pod ista. Reč je o tzv. „penumbra cases“ ili „slučajevima zasenčenja“ koji se konačno razrešavaju odlukama sudija. Suočen sa pravilom nepredviđenom situacijom, sudija nastoji da pronađe na najadekvatnije rešenje. Neretko postupak razrešenja spornog slučaja biva okončan pozivanjem na određeni moralni standard ili običaj. Posredno kroz sudsku odluku moralni principi ili pak neki drugi ne-pravni principi kreiraju pravne norme.

U značajnoj meri određen činjenicama pravnog života SAD, delimično i Velike Britanije, Ronald Dworkin više posredno nego neposredno tumači odnos prava i morala. Njegova osnovna intencija je da što više relativizuje od pozitivista proklamovano radikalno razlikovanje između moralnih principa i pravnih pravila.

Posve u duhu američke jurisprudencije autor sada već čuvene „Taking Rights Seriously“ istražuje osnove za donošenje pravosnažnih sudskih odluka. Posmatrajući presude sudova u nekim slučajevima, poput Riggs vs Palmer iz 1889 god, Dworkin utvrđuje da pravno dejstvo ne moraju isključivo imati pravila neposredno nastala primenom određene pravne procedure, već i principi, a delimično i politike. Pod principima Dworkin podrazumeva normativne standarde ili moralne principe koji imaju za cilj zaštitu individualnih prava, dok se kao politike tretiraju oni principi čiji je prevashodni cilj zaštita ili pak unapređivanje interesa zajednice. Za razliku od pravila koja funkcionišu po principu sve ili ništa odnosno po principu primene ili neprimene u konkretnom slučaju, moralni principi utiču na sudsku odluku tako što daju određeni stepen težine potencijalnoj presudi. U već navedenom slučaju Palmer vs Riggs, moralni princip „Niko ne može steći korist iz zlog postupka“ izvršio je odlučujući uticaj na sudsku odluku. Tačka razlikovanja pravnog pravila i moralnog principa ogleda se i u pitanju opsega važenja principa odnosno pravila. Pravila funkcionišu po principu sve ili ništa. Konkretno, ukoliko ne može da bude primenjeno na dati slučaj pravilo biva zamenjeno novim. S druge strane principi su po logičkom karakteru takvi da ostavljaju određenu vrstu manevarskog prostora, dajući odlukama sudskih organa posebnu vrstu težine i značaja. U delu „A Matter of Principle“ Dworkin proširuje dejstvo principa na sve komponente

pravnog sistema: legalislativu, judikativu i egzekutivu. Pravda, nepristrasnost i pravna država predstavljaju fundamentalne vrednosti političke zajednice koje posebno dolaze do izražaja u sudskim odlukama u tzv „hard cases“, odnosno slučajevima koji se ne mogu podvesti pod već ustanovljene pozitivne pravne propise. U tim slučajevima, sudijska odluka nema smisao stvaranja nekog novog pravosnažnog propisa, već predstavlja reinterpretaciju tradicijom ustanovljenih moralnih i političkih vrednosti.

Zaključak

Istraživanje kompleksne relacije pravo-moral jedno je od fundamentalnih pitanja pravne filozofije. Kao i svako teorijsko i ovo pitanje ima svoju naglašeno istorijsku i problemsku dimenziju. Isto tako kao i svako filozofsko pitanje i ovo pitanje nije pošteđeno duha teorijskih i praktičnih kontraverzi, beskrajnog suočavanja argumenata i kontraargumenta strana u sporu, težnje ka suptilnijim analizama i nijansiranjima ali i čitavom nizu simplifikacija a katkad i mistifikacija. No ono što svakako pomenutu problematiku čini značajnom jeste njena moguća povezanost sa ili bolje reći njena uključenost u sadašnji trenutak. Nakon više od decenije života u poretku neprava i nasilja aktuelni smisao istraživanja relacije pravo-moral indirektno može doprineti procesu lustracije-procesu traganja za istinom i odgovornošću za kulturno-civilizacijsko propadanje na ex jugoslovenskim prostorima. Istovremeno, ova na prvi pogled isključivo akademska tema, može imati i konstruktivan smisao u procesu institucionalnog ozbiljenja zamisli o „novom početku“

Literatura

Knjige

H.L.H. Hart „Pojam prava“ preveo Nikola Krznarić, Izdavački Centar Cetinje i CID-Podgorica, 1994.

H.L.H Hart „The essays in Jurisprudence and Philosophy“ Clarendon Oxford Press, Oxford, 1989.

Lon Fuller „Moralnost prava“ preveo dr Milorad Ivović, CID, Podgorica, 1999.

D'Entreves.A „Natural Law“, Hutchinson, London, 1970.

- J.Raz „Practical Reason and Norms“, Hutchinson, London, 1975,
- A.Kaufman „Pravo i razumevanje prava“ preveo Danilo Basta, Gutenbergova Galaksija, Beograd-Valjevo, 1998
- H. Kelzen „Opšta teorija prava i države“ preveli prof.dr Radomir Lukić i dr Milan Simić, Pravni Fakultet-Centar za publikacije, Beograd 1998.
- H. Kelzen „Čista teorija prava“ preveo Danilo Basta, Pravni Fakultet-Centar za publikacije, Beograd, 1998.
- G. Radbruch „Filozofija prava“ prevela Dušica Guteša, Pravni Fakultet-Centar za publikacije, Beograd, 1998
- R.Dworkin „Taking Rights Seriously“ Harvard Universit Press, Cambridge-Massachusets, 1977.

Odabrani članci

- Fuller, L.L., „Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart“, Harvard Law Review 71 (1958), 630-72.
- Ross, A., „Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law“, Revista Juridica de Buenos Aires 4 (1961), 46-92
- Lyons, D., „The Internal Morality of Law“, Proceedings of the Aristotelian Society 71 (1970-1), 105-19
- Nicholson, P.P., „The Internal Morality of Law: Fuller and his Critics“, Ethics 84 (1974), 307-26.
- Mullock, P., „The Inner Morality of Law“, Ethics 84 (1974), 327-31.
- Maccallum, G.C., „Dworkin on Judicial Discretion „. The Journal of Philosophy 60 (1963), 638-41.
- Christie, G.C., „The Model of Principles“, Duke Law Journal (1968), 649-69.
- Raz, J., „The Identity of Legal Systems“, California Law Review 59 (1971), 795-815.
- Raz, J., „Legal Principles and the Limits of Law“, Yale Law Journal 81 (1972), 795-815
- Dworkin, R., „Social Rules and Legal Theory“, Yale Law Journal 81 (1972), 855-890
- Kearns, T.R., „Rules, Principles and the Law“, American Journal of Jurisprudence 18 (1973), 114-35.

Dejan Vuk Stanković

LAW AND MORALITY
IN CONTEMPORARY PHILOSOPHY OF LAW

Summary

In this paper, author tries to analyze complex character of the relation between law and morality in contemporary law philosophy. There are three approaches to the issue of relation between law and morality: natural law theory (identity thesis), positivist (separation thesis) and Anglo-American analytical jurisprudence (polarity thesis). The identity thesis-law and morality are basically identical, although basic principles of morality are subordinated to the positive legal rules; the separation thesis-law and morality are quite different system of norms; positive legal rules are completely deprived of any moral content; Polarity thesis – law and morality are different systems of norms which complement to each other. The polarity thesis is exemplified in theories of Herbert Hart and Ronald Dworkin's. At the logical level, polarity thesis overcomes and specifically synthesizes abstract character and reductionism of identity and separation thesis. At the socio-historical level, the polarity thesis is result of historical development of legal and political institutions.

Key words: law, morality, identity, separation, polarity.