

*Виши асистент Брано Хаџи Стевић, ма*

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

## ХАРТОВО ПОИМАЊЕ ОДНОСА ПРАВА И МОРАЛА У КОНТЕКСТУ ПРАВНОГ РАСУЂИВАЊА

*Аутор у рад анализира један аспект односа права и морала у теоријској мисли Херберта Харта – онај који се тиче расуђивања судије у тзв. тешким случајевима (hard cases), када нарочито долази до изражаја питање правне квалификације. У таквим случајевима у највећој мери је видљива дијалектичка природа правног расуђивања, будући да судија до рационалне одлуке долази ваљаном аргументацијом а не простом дедукцијом. Харт је истицао да у тешким случајевима, које он назива случајевима из полусенке, судија расуђује тако што има на уму концепцију о томе какво право треба да буде, али да то није знак да постоји нужна веза између права и морала, будући да је реч „треба“ указује само на то да постоје нека мерила критике, која нису нужно морална мерила. Аутор ће да настоји да анализира његов став уопште, па у контексту правног расуђивања. Циљ је да се утврди да ли је Харт заиста раздвајао право од морала, каква је веза између природе права и морала, те шта у ствари, по Хартовом мишљењу, подразумева свест о томе какво право треба да буде у поступку правног расуђивања.*

**Кључне речи:** Тешки случајеви; Правна квалификација; Дијалектичко расуђивање; Право и морал.

### 1. УВОД

Питање односа права и морала једно је од најстаријих и најспорнијих питања у теорији и филозофији права, али и питање које изнова заокупља пажњу бројних аутора и дели чак и позитивисте на ексклузивне и инклузивне. Док први сматрају да између права и морала нема никакве везе, докле други не заузимају аподиктички став.<sup>1</sup> Харт је вероватно најпозна-

Брано Хаџи Стевић, *brano.hadzi.stevic@pravni.ues.rs.ba*.

<sup>1</sup> Ексклузивни позитивисти сматрају да једна правна норма никад није правно важећа због свог моралног садржаја, него је она важећа зато што потиче од друштвених

тији по своја два доприноса јуриспруденцији: правилу признања<sup>2</sup> и тези о непостојању нужне везе између права и морала.<sup>3</sup> У редовима пред нама се анализира један аспект односа права и морала у теоријској мисли Херберта Харта – онај који се тиче расуђивања судије у тешким случајевима,<sup>4</sup> када нарочито долази до изражаја питање правне квалификације. У таквим случајевима у највећој мери је видљива дијалектичка природа правног расуђивања, будући да судија до рационалне одлуке долази ваљаном аргументацијом а не простом дедукцијом. Харт је истицао да у тешким случајевима, које он назива случајевима из полусенке, судија расуђује тако што има на уму концепцију о томе какво право треба да буде, али да то није знак да постоји нужна веза између права и морала, будући да је реч „треба“ указује само на то да постоје нека мерила критике, која нису нужно морална мерила. Аутор ће да настоји да анализира његов став и утврди да ли је Харт заиста раздвајао право од морала, каква је веза између природе права и морала, те шта у ствари, по Хартовом мишљењу, подразумева свест о томе какво право треба да буде. Прва хипотезе од које се полази у раду је да Харт прихвата тезу да право има дијалектичку природу. Друга хипотеза је да он није доказао непостојање нужне везе између права и морала (начелно посматрано), али да ненужност те везе ипак постоји у односу на правно расуђивање.

## 2. ПРИРОДА ПРАВНОГ РАСУЂИВАЊА

Најопштије речено, правно расуђивање може да се одреди као расуђивање на основу права, тј. у складу са правом, и оно подразумева доношење одлуке о нормативним посљедицама одређеног односа. Другим речима, посљедица правног расуђивања је одлука о субјективним правима, правним обавезама или о одговорности правних субјекта. Саобразно томе, правно расуђивање је увек практично усмјерено – његов циљ је

чинилица и представља друштвену чињеницу (*source thesis*). Рецимо, норма је важећа јер је њу донео законодавац у складу са прописаним поступком. С друге стране, инклузивни позитивисти тврде да моралност неке норме може да буде *нужан* услов њеног важења заједно са *source thesis* (слабија верзија инклузивног позитивизма), а неки истичу да је моралност норме *довољан* услов за њено важење као праве норме (јача верзија инклузивног позитивизма). Вид. о томе J. Gardner, “Legal Positivism: 5½ Myths”, *The American Journal of Jurisprudence* 1/2001, 199–202. и L. Green, “Postivism and the Inseparability of Law and Morals”, *New York University Law Review* 4/2008, 1039–1041.

<sup>2</sup> О Хартовој теорији да је право јединство примарних и секундарних норми вид. J. Starr, “Law and Morality in H. L. A. Hart’s Legal Philosophy”, *Marquette Law Review* 4/1984, 675–680.

<sup>3</sup> „Харт је правни позитивиста, али је и критички морални филозоф.“ – *Ibid.*, 680.

<sup>4</sup> Синтагма *hard cases* се обично код нас преводи као „тешки случајеви“. Иако сматрамо да то није најсрећнији превод, ипак ћемо у раду да поштујемо конвенцију, уз напомену да нам се прикладнијом чини синтагма „сложени случајеви“.

да, корак по корак, доведе оног ко расуђује до решења неког практичког проблема.<sup>5</sup> Прецизније, правно расуђивање подразумева да се решавањем фактичких и правних питања (која представљају премисе) долази до утврђивања шта је право у конкретном случају (закључак).

## 2.1. Да ли право може да се сведе на прост силогизам? или Судије – уста која говоре закон?

Још је Монтескје сматрао да улога судије у правном расуђивању нема никакве стваралачке елементе, будући да су судије само „уста која говоре закон“ јер би њихов друкчији положај довео до правне несигурности. Монтескје додаје да би допуштање судијама да износе неко посебно мишљење значило трасирање пута „друштву у којем се не познају прецизно прописане обавезе“.<sup>6</sup> Будући да је судија парадигма правног расуђивања, у нашем раду ћемо често да помињемо судско расуђивање, али како горенаведена Монтескјеова мисао тако и редови пред нама могу аналогно да важе за све државне органе који правно расуђују. Монтескјеов став дели и Френсис Бекон који сматра да „судије треба да упамте да је њихова дужност *ius dicere*, а не *ius dare*; да тумаче закон, а не да граде закон, или да дају закон“.<sup>7</sup> Међутим, чини нам се да Монтескје и Бекон својим тезама одударају од стварности, а циљ сваког, па и нашег рада о правном расуђивању би требало да буде спознаја стварности, односно, Харт би рекао да треба да утврдимо шта се стварно дешава кад судови одлучују. Пре свега, чињеница је да закон садржи опште норме које захтевају конкретизацију а да судија не може да дела као аутомат при примени сваке опште норме. Индивидуализација казне у кривичном поступку је, такође, доказ да судија не може да само говори оно што закон прописује, него да мора донесе мноштво одлука (о степену кривице, о држању након учињеног дела, о околностима под којим је дело учиње-

<sup>5</sup> Р. Васић, М. Јовановић, Г. Дајовић, *Увод у право*, Београд 2018, 313. Правно расуђивање је „институционализовано дијалектичко расуђивање које одликује општа примена правила и брига за правну сигурност у јединственом правном поретку, затим, употреба специфичних техника и процедура и постојање ауторитета који одлукама даје статус пресуђене ствари.“ – Ј. Хасанбеговић, *Перелманова правна логика као нова реторика*, Београд 2006, 103.

<sup>6</sup> С. Montesquieu, *De l'esprit des lois*. Paris 1894, 134.

<sup>7</sup> Ф. Бекон, *Есеји или савети политички и морални*, Матица Српска, Нови Сад 1952, 179. Како Роско Паунд увиђа, они који заговарају аналитичку природу правног расуђивања (тзв. школа механичке јуриспруденције) у ствари настоје да пронађу пут којим ће сваки појединачан случај да подведу под норму чисто логичким путем, те да истакну да језик и логика представљају довољна средства тумачења. Вид. R. Pound, *Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven 1961, 61. Вебер истиче да је посебан квалитет права његов највиши степен методичко-логичке рационалности, утемељен на пет постулата. О томе вид. К. Чавошки, Р. Васић, *Увод у право*, Београд 2010, 369.

но), а при њиховом доношењу он дијалектички расуђује. Примера ради, да ли би судија из Бијељине и судија из Бањалуке донели потпуно исте одлуке о горенаведеним питањима у вези са индивидуализацијом санкције? Ако бисмо касније анализирали те две пресуде (претпостављајући да су их донели независно поводом исте кривичне ствари), да ли бисмо рекли да је нека од њих ирационална јер је судија из Бијељине изрекао казну затвора од 20 месеци, а други судија затвор у трајању од 22 месеца? На концу, да ли бисмо рекли да неких од њих није применио закон? Дакле, обојица су применили закон, али кад би судије биле, како вели Монтескје, уста која говоре закон, одлуке не би биле различите. Такође и сам појам тумачења подразумева да се правном тексту приписује одређено значење, а тешко да ико може да оспори да ћемо између намере законодавца (субјективног тумачења) и друштвених интереса које треба да заштити општа норма (циљног тумачења), првенство да дамо намери творца норме. Приписујући одређено значење правном тексту, судије не могу да се задрже само на тексту иако од њега морају да пођу и поштују прописане оквири. Раз би рекао да је законска норма искључујући разлог за делање судије, али и то би упућивало да судија само изговара закон, што не одговара стварности. Кад судија уводи моралне принципе у правно расуђивање, Раз каже да то и није правно расуђивање, него расуђивање на основу ванправних стандарда, што нам се чини погрешним.<sup>8</sup>

Иако би се из овог могло *prima facie* да закључи да се држимо језичког тумачења Монтескјеових речи, ипак ће редови пред нама да то оповргну јер судија полази од закона поимајући га као оквир, али је стварност расуђивања таква да судија, правно расуђујући, често укључује и моралне принципе при тумачењу правне норме. Иако не поричемо да Монтескјеова теорија често важи, она не важи нужно, па аподиктички став, какав је Монтескјеов, не можемо да подржимо, док став о контингентности не можемо да не подржимо.

## 2.2. Дијалектичка природа правног расуђивања

Традиционално, наша теорија сматра да правно расуђивање укратко може да се представи као подвођење чињеница конкретног случаја

<sup>8</sup> Раз оваквом тезом у ствари негира несавршеност правне норме и њеног творца. Сигурно да је она примаран и јак разлог за делање судије, али одрицање сваког значаја ванправним стандардима у правном расуђивању није прихватљиво. Сваки судија приликом тумачења правне норме треба да има на уму представу о томе који циљ би норма требало да оствари, а то укључује и моралне принципе. Не постоји законодавац који би могао да предвиди норму која би регулисала апсолутно сваку могућу животну ситуацију која је правно релевантна. А познато је да судија не може да одбије да реши неки случај по римском принципу *non liquet*, па мора да „позове у помоћ“ ванправне стандарде, али то није знак да он не расуђује правно.

под правну норму, тако што ће да се утврди да ли конкретан случај садржи обележја која су на апстрактан начин одређена у правној норми.<sup>9</sup> Често је правно расуђивање управо такво – силогистичко, и тада је задатак тумача прилично лаган. Примера ради, ако правна норма утврђује да је усмено завјештање пуноважно ако је изречено пред три сведока, онда у правном расуђивању нема недоумица – ако је тај услов испуњен, завјештање је пуноважно. Али ако правна одредба прописује пуноважност таквог завјештања само ако изузетне прилике нису допустиле да завешталац своју вољу искаже у писаној форми, процес правног расуђивања се усложњава јер се питамо које су то прилике изузетне. У том случају, судија ће да утврђује да ли су изузетне прилике, примера ради, то што завешталац нема хартију и оловку при руци или то што због епидемиолошке ситуације узроковане коронавирусом избегава контакте са другим људима, или је све то неубедљиво за разлику од случаја кад се усмени тестамент сачињава услед ратних дејстава. При доношењу одлуке засигурно је да ће судија ће да себе стави на место законодавца и рационално донесе одлуку о томе.<sup>10</sup>

У таквим случајевима, до одговора на спорно питање не можемо да дођемо формалнолошким, тј. аналитичким путем него искључиво дијалектичким путем. Напросто, логика нам не налаже како да тумачимо одређене појмове из правних текстова јер „судија мора да направи избор који није одређен лингвистичким концепцијама“.<sup>11</sup> Стога је правно расуђивање дијалектичког карактера, што представља чињеницу од прворазредног значаја. Тумач правне норме нема на располагању две премисе које су нужно истините (правну норму као вишу премису и чињенично стање као нижу премису), па да из њих следи нужно истинит закључак, него тумач правне норме (пре свега судија) мора да своју одлуку аргументује. Одлука о томе да ли неко чињенично стање потпада под правну норму или не није питање истине него је питање одлуке,

<sup>9</sup> То одговара Монтеѕкјеовом поимању судије који представља „уста која говоре закон“. Вид. Р. Д. Лукић, *Увод у право*, Београд 2020, 262–263. Посљедишно, то ствара „свођење улоге суда у тумачењу и примени права на пуки логички аутоматизам“. – К. Чавошки, Р. Васић, 369. Насупрот овој – механичкој, постоји школа стваралачке јуриспруденције која полази од тога да је нужно „застарело законодавство саобразити новим околностима“. Вид. *Ibid.*, 372–373.

<sup>10</sup> „Судија мора колико је то могуће да делује као заступник правне заједнице који је у обавези да пружа образложења“ и мора „наставити са покушајем изналажења оног тумачења које се најбоље уклапа у постојећи правни систем“. Вид. Ф. Бидлински, *Правна методологија*, Подгорица 2011, 40. „Ако су судије дужне да реше случајеве применом само важећег права, нужно би било да морају да одбију да реше неке случајеве јер је једнако нужно да неки случајеви не могу да се реше применом важећег права.“ – J. Gardner, 211.

<sup>11</sup> Х. Харт, *Огледи из јуриспруденције и филозофије*, Београд 2015, 75.

и то не било какве одлуке него рационалне одлуке. Другим речима, тумач настоји да да убеди сваког ко анализира његову одлуку у исправност такве одлуке. То не важи само за коначну одлуку (примера ради, пресуду као исход поступка) него и за сваку другу одлуку коју тумач доноси кад правно расуђује. Јер, сваки тумач доноси низ одлука при правном расуђивању – одлучује да нека чињеница може да се подведе под одређени појам, да ли је нека околност олакшавајућа или отежавајућа, да ли да ослободи оптуженог или да га осуди, да ли да изрекне новчану казну или казну затвора, итд.

Дијалектичка природа правног расуђивања је посебно видљива онда кад судија тумачи неодређене појмове<sup>12</sup> али и онда кад тумачи правне принципе а не правна правила. Овим редом ћемо да размотримо ова два важна момента који могу да имају велики значај за разумевање проблема који изазива Хартов став о непостојању нужне везе између права и морала.

### 2.3. „Тешки“ случајеви: језгро и предворје појма

Харт је изричит у тврдњи да приликом правног расуђивања постоје појмови који не задају веће тешкоће приликом тумачења, али да то није увек случај. Сваки појам има своје језгро и област полусенке (или предворје), па то има знатне реперкусије у односу на тумачење норме. Језгро појма обухвата оне појаве које редовно подводимо под неки појам, док предворје појам подразумева да се под тај појам некад подводи одређена појава а некад не.<sup>13</sup> Чувен је пример којим се Харт користи о правилу којим се забрањује коришћења возила у јавном парку, а оно може да зада проблеме при расуђивању. Споран појам у његовом примеру је „возило“, будући да интуитивно не бисмо под појам „возило“ приликом тумачења датог правила подвели све што уобичајено сматрамо возилом. Јер, возилом ћемо у свакодневном животу да назовемо и играчку аутомобил, тротинет и ролшуге, а не само аутомобил, камион, мотор и слично. Али има ли смисла да казним оног ко се кроз јавни парк креће ролшугама? Интуитивно је одговор одричан, али нам није довољна интуиција у образложењу одлуке, него нам је потребна јака аргументација. Касније ћемо да видимо како Харт ту недоумицу решава.

<sup>12</sup> Иако се често изједначавају, неодређени појмови и правни стандарди нису синоними, будући да међу њима постоји битна практична разлика. Док неодређени појам није прескриптиван него је дескрипција (нпр. *већа* количина ствари, *знатна* имовинска штета), дотле правни стандард јесте прескриптиван исказ и он представља правило, тј. исказује како људи треба да се понашају (нпр. као добри домаћини или савесни возачи).

<sup>13</sup> „Језгро појма простире се на све објекте које фактички свако ко је иоле језички и стручно оспособљен третира, односно замишља као случајеве на које се примењује појам. „Предворју“ појма припадају објекти на које се у језичкој заједници некада односи, а некада и не односи одређени појам.“ – Ф. Бидлински, 27.

И стандардан и тежак, тј. споран случај имају неке заједничке одлике, али спорном случају недостају нека обележја која су опредељујућа *in concreto*. На судији је, каже Харт, да „преузме одговорност за то да ли речи покривају или не покривају неки правни предмет који се решава, са свим практичним последицама које та одлука носи“.<sup>14</sup> Управо ту се налази приметак увођења ванправних стандарда у правно расуђивање, у које спадају и морални принципи.

## 2.4. Правила и принципи

Свако ко је иоле упознат са Хартовим критичарима, зна да је Роналд Дворкин неко ко несумњиво заслужује да се спомене, и то пре свега због његовог доприноса разликовању правила и принципа. И правила и принципи представљају правне норме, али међу њима постоји једна логичка разлика – док правила могу да се примењују по принципу све или ништа, дотле то не важи за принципе.<sup>15</sup> Сваки принцип има своју тежину и он се одмерава са другим принципима, па чак и кад буде надјачан неким другим принципом, не губи својство правно важећег принципа.

Веза права и морала се види на Дворкиновом примеру из судске праксе. У случају *Riggs v. Palmer*,<sup>16</sup> унук који је био завештајни наследник свог деде, одлучио је да убије деду плашећи се да би овај могао да измени завјештање. Кћерке убијеног декујуса су подигле тужбу истичући да убица нема право да буде наследник. Законима држање Њујорк је било изричито прописано кад завештајни наследник губи право на наслеђе и изричито је наведено да други начини искључења из наслеђа нису допуштени. Судија Греј (који је издвојио мишљење) се управо позивао на ту одредбу истичући да су судије везане законима (*we are bound by the rigid rules of law*) и пошто чињенице конкретног случаја не одговарају ниједном од законски разлога за опозив тестаментa, последња воља завештаоца је непроменљива. Греј признаје да би правично било да убица декујуса остане без наслеђа, али да принцип да нико од сопственог неправa не треба да стекне корист јесте само путоказ законодавцу у којем смеру треба да измени закон. Суд је пак већином гласова донео одлуку да унук-убица нема право на наследство јер се

<sup>14</sup> Х. Харт, 72. „И код ситуација који су на први поглед јасне... треба извршити неку врсту „пробе у супротном смеру“ да ли ће лако добијено решење уз један најпре глобални поглед на принципе и циљеве права изазвати сумњу да оно због своје супротности са принципима, системом и стварима крши основна начела идеје права.“ – Ф. Бидлински, 258.

<sup>15</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge–Massachusetts 1977, 24–25.

<sup>16</sup> *Riggs v. Palmer* – 115. N. Y. 506, 22 N. E. 188 (1889). Пресуда је доступна на: [http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs\\_palmer.htm](http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm), последњи приступ 27. јануар 2021.

сви закони и уговори морају преиспитивати у контексту главних принципа *common law* система. Принцип на који се суд позвао је да нико не може да оствари корист од сопственог неправга. Јасно је да је овде суд расуђивао насупрот изричитости важећег права и да је у ствари увео у поступак тумачења принцип који има моралну позадину, па видимо да се право и морал у датом случају и те како укрштају у судском расуђивању. Да је већина судија утврдила да убица ипак има право на наслеђе, тј. да је поступила саобразно слову закона, тешко да би ко рекао да је одлука противправна, али тешко и да би неко порекао да је она неморална и да су обје рационалне, те почивају на јакој аргументацији.

С друге стране, да право и морал нису нужно повезани, види се на примеру одржаја: ту не важи принцип да нико не може од незаконитог акта да стекне право. Овде правни поредак штити неправго које постаје право, али се сигурно не може одбранити са моралног становишта. Кад би се пред судијом појавила тужба лица А на чијој је кући лице Б стекло право својине одржајем, суд би одбио тужбени захтев лица А које би тражило да се призна његово право својине. Такав став суда не био саобразан моралу, али би био правно перфектан. Дакле, у првом случају, у поступку правног расуђивања принципи који имају моралну позадину потискују језички протумачен јасан текст закона, а у другом случају слово закона је јаче од принципа који имају моралну позадину, што значи да веза права и морала у судском расуђивању није нужна, иако судови често дају превагу моралним принципима у процесу правног расуђивања.

Иако је Дворкин изричит у томе да у свом делу настоји да побие је позитивистичке тезе, а као мету означава Хартову теорију,<sup>17</sup> редови пред нама ће да нам дају коначан одговор: да ли Харт негира сваку везу права и морала – како уопште, тако и у правном расуђивању?

### 3. ПРАВО И МОРАЛ У ХАРТОВОЈ МИСЛИ

#### 3.1. Да ли судија морално расуђује?

Хартово поимање односа права и морала може да се нађе у његовом критичком проучавању судског поступка. Цитирајући Остина (чију теорију о праву као принудној наредби суверена којем се већина поданика по навици покоравају побига), Харт разматра Остинову тврдњу да је постојање права једно, а његова ваљаност друго,<sup>18</sup> те преиспитује тврдње других аутора који говоре о суштинској повезаности права и морала када се правни пропис примењује у конкретном случају.<sup>19</sup> Хар-

<sup>17</sup> R. Dworkin, 22.

<sup>18</sup> Х. Харт, (2015), 60.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 65.



това даља разматрања која нас и воде ка питању односа права и морала у контексту правног расуђивања јесу оријентисана на решавање у појединачним случајевима.

Критичко проучавање судског поступка даје нам одговор на питање шта се уистину догађа кад судови решавају правне предмете. Вратимо се горенаведеном Хартовом примеру – зашто да судија не казни оног ко иде кроз јавни парк ролшуама или зашто да судија призна пуноважност усменог завјештања које се сачињено у доба епидемије? Јасно је да одлука тумача није питање просте дедукције, него питање аргументације, а управо ту Харт износи своју тврдњу да тумач мора да има на уму представу о томе *какво право треба да буде*. Свака правна норма јесте једно „треба“, тј. она представља прескриптиван исказ који усмерава људско понашање, али судија (управо због дијалектичке природе правног расуђивања) није аутомат који изговара закон (како Монтеѕкје говори) него и он примењујући једно „треба“ развија норму – има на уму концепцију о томе *какво право треба да буде*.<sup>20</sup> Тумач мора да донесе одлуку која је рационална, али њена рационалност није у логичкој вези закључка са премисама него је у нечему другом, што нас води ка одлуци у конкретном случају која је исправна или барем боља од других алтернативних одлука. И ту се види дијалектичка природа правног расуђивања, будући да коначног и јединог исправног одговора на питање нема. Судија може да буде убедљив у својој аргументацији, али не може да за сва времена одговори на питање које се јавља као спорно. Полазећи од истоветног чињеничног стања и истоветних норми (које ће различито да тумаче) судије могу да изведу различите закључке, тј. да донесу различите одлуке.

Да ли концепција о томе *какво право треба да буде* води ка ставу да постоји нужност везе између права и морала? Харт сматра да су Бентам и Остин занемаривали тзв. случајеве из полусенке, оштро раздвајајући право *какво јесте* од права *какво треба да буде*, што не значи да Харт сматра да постоји нужна веза између права и морала него само напомиње значај концепције о томе *какво право треба да буде*. Дакле, и Харт прихвата дијалектичку природу правног расуђивања<sup>21</sup> јер истиче

<sup>20</sup> Судија мора да правило анализира и утврди „за које сврхе је оно подобно“ и то „на основу једног општег искуства једног добро информисаног оцењивача“ те мора да има на уму „циљне и вредносне основе“ правила које је предмет тумачења. Вид. Ф. Бидлински, 43–44. „Морал одређује основне вредности (добро, правду, врлину, част, поштење, племенитост и др.) којима ваљано устројено друштво треба да тежи, док правна правила, са санкцијама које су им придружене, треба да обезбеде услове за остварење ових моралних идеала.“ – К. Чавошки, Р. Васић, 23.

<sup>21</sup> „Он не сматра да је правни систем затворен логички систем у којем се до правилне одлуке долази дедукцијом из унапред прописаних правила.“ – W. Starr, 681.

заблуде формализма теоретичара који су сматрали да „практични избори или одлуке судија немају никакву улогу“ јер се правно расуђивање састоји у „дедукцији из премиса“ за шта „одговорност треба приписати... мислиоцима попут Блекстона и Монтескјеа“. Сматрамо да је Харт у праву кад додаје да је то консеквенца опседнутости поделом власти према којој „судије само проналазе а никад не стварају право“.<sup>22</sup>

### 3.2. Хартова мерила критике

Харт истиче да је кључно да судија буде свестан да у одређеним случајевима не решава стандардни предмет него случај из полусенке, на основу чега прави разлику између интелигентних и механичких одлука.<sup>23</sup> Пре свега, морамо да имамо на уму садржај неког појма, али не смемо да се ту зауставимо и занемаримо друштвене последице таквог тумачења јер „пресуде донете на овако непромишљен начин једва да би заслуживале да се назову пресудама“.<sup>24</sup> Дакле, први корак је да утврдимо садржај одређеног појма, будући да не можемо да идемо даље од језички могућег значења правног текста.<sup>25</sup> Примера ради, садржај појма возило подразумева три карактеристике: возњу на копну, превоз људи као сврху, покретање на сопствени мотор. Кад би судија остао на овом кораку, онда би могао да санкционише и родитеље који су детету допустили да се парком вози деџим електромобилом. Али има ли то смисла, тј. да ли је таква одлука рационална? Харт узима да је одговор одричан – то је пример механичке одлуке, будући да рационална одлука (коју би Харт назвао интелигентном) мора да испуњава два услова.<sup>26</sup> Први услов подразумева да одлука мора да буде донесена саобразно концепцији о томе какво право треба да буде, а други је да судија сматра саставним делом правне норме циљеве, друштвене политике и сврхе које она латентно садржи.<sup>27</sup> То не значи да Харт прокламује судско стварање права, али аргументује у прилогу тврдњи

<sup>22</sup> Х. Харт, (2015), 73–74. Наравно, увек ће да буде и супротних мишљења. Вид. Г. Фасо, *Историја филозофије права*, Подгорица 2007, 133. „Једном кад се утврде закони, судијама није задатак да суде о њима, већ само према њима.“

<sup>23</sup> Х. Харт, (2015), 78.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 72.

<sup>25</sup> Р. Д. Лукић, 297–298.

<sup>26</sup> Вид. Х. Харт, (2015), 77.

<sup>27</sup> „Кад ниједан нормативни извор не може да се примени на важеће право, шта друго преостаје судији него да случај реши узимајући и обзир вредносни аспект“, тј. размишљајући о томе какво право треба да буде. „Право које створе судије није ништа мање право него оно које створе други надлежни органи“ али „судија може да створи нову правну норму само на основама друге норме“, тако што постојећу норму примени и развије је. Вид. J. Gardner, 212–217.

да поменута латентност представља последицу његовог разликовања стандардних случајева и случајева из полусенке. Уистину, не може да се не сложимо са Хартовим ставом – некад је примена норме, како смо на почетку аргументовали, лак посао (Хартовим речником: то је стандардан случај) али постоје случајеви у којим се процес правног расуђивања усложњава (случајеви из полусенке) и који напросто дају судији већу слободу али и намећу обавезу да своју одлуку убедљиво аргументује. *Prima facie*, закључило би се да Харт речима „треба да буде“ позива морал у помоћ судији. Али Харт је изричит: „реч треба само одражава постојање неког мерила критике“ а само „једно од тих мерила јесте морално мерило, али нису сва мерила морална“.<sup>28</sup> Дакле, Харт одриче нужну везу права и морала, али не одриче да она може да постоји.<sup>29</sup> Штавише, случај *Riggs v. Palmer* је најбољи доказ у прилог тези да правно расуђивање у неким случајевима обухвата и увођење моралних принципа у тај процес. Харт додаје да речи „не треба да лажеш“ јесу одлика моралног расуђивања, али да и тровач које није успео у својој намери може да каже „требало је да удвостручим дозу“. Поставља се питање да ли једно „треба“ које представља свака правна норма јесте концептуално повезано са једним „добро“, „исправно“, „праведно“? Другим речима, да ли се правна норма и морална норма у том смислу *нужно* укрштају? Одговор је одричан, будући да закон треба да тежи да буде исправан, односно право у целости претендује на легитимност,<sup>30</sup> али закон који је негативно вредносно оцењен је важећи. Норме које су биле садржане у нацистичким законима такође су биле једно „треба“ али тешко да ће иоле разуман човек закону који одузима Јеврејима својину да припише својство исправности или моралности. Дакле, право и морал нису нужно повезани са аспекта важења нити са аспекта примене, будући да је судија дужан да примени норму за коју је уверен да оличава неморалност<sup>31</sup> једнако као што је дужан да примени норму коју сматра еталоном моралности. Али то што они нису нужно повезани, не значи да је морал ирелевантан приликом примене права, прецизније приликом тумачења, о чему Дворкин аргументује.

<sup>28</sup> Х. Харт, (2015), 77.

<sup>29</sup> „Важно је да се нагласи да Харт моралности даје значај. Харт тврди да су право и морал уско повезани, али не и нужно повезани... и верује да право константно треба да се преиспитује у светлу моралности.“ – W. Starr, 681.

<sup>30</sup> J. Raz, “Authority, Law and Morality”, *The Monist* 1/1985, 305.

<sup>31</sup> „Чињеница да захтеви права могу да буду морално неприхватљиви не ослобађа суд од дужности њихове примене.“ – L. Green, 1051.

#### 4. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ: ШТА ЈЕ ХАРТ У СТВАРИ МИСЛИО О ОДНОСУ ПРАВА И МОРАЛА?

Анализа Хартовог „минималног садржаја природног права“ нам указује на то Харт ипак признаје постојање нужне везе између права и морала, начелно посматрано. Говорећи о односу природног и позитивног права, Харт тврди да сви људи идентификују одређене ствари као људске потребе које је добро задовољити, а друге ствари поимају као лоше. Суштински, овде Харт износи дефиницију морала, који нам налаже да се уздржимо од чињења оног што је лоше, а подстиче нас да радимо оно што је добро. Укрштање права и морала је видљиво у томе што „постоје одређена правила понашања која свака друштвена организација мора да има да би се одржала“ и она су „заједнички елемент у праву и конвенционалном моралу свих друштва“.<sup>32</sup> Ова заједничка црте права и морала, утемељена на истој сврси – опстанку, по Хартовом мишљењу може да се означи као минималан садржај природног права.<sup>33</sup>

Неминовно је да постоје неки заједнички елементи права и морала.<sup>34</sup> И право и морал подразумевају постојање правила, дакле директива које утичу на људско понашање, а која представљају предуслов за суживот и опстанак заједнице. Стога, прва нужна веза права и морала је да истим инструментом – правилима, усмеравају људско понашање. Затим, иста је тежња права и морала, па је то друга нужна веза, и то садржинског карактера. Право и морал почивају на систему узајамне трпеливости и компромиса, те су и правна и морална обавеза на томе утемељене.<sup>35</sup> Ако се осврнемо на примену права, моралност сваког

<sup>32</sup> Х. Харт, *Појам права*, Београд 2013, 250.

<sup>33</sup> Пресек права и морала се огледа у сљедећим њиховим особинама: рањивост људи, приближна једнакост, ограничен алтруизам, ограничено богатство и ограничен разум и снага воље. Вид. Х. Харт, (2013), 252–255. Фулеров осврт на Хартов минималан садржај природног права вид. Л. Фулер, 185–188.

<sup>34</sup> Иако Харт тврди да нема нужне концептуалне везе између права и морала, „ова теза је нетачна: постоје бројне нужне везе између права и морала, од којих су неке концептуалне“. Вид. L. Green, 1035. и 1044. Фулер је најпознатији по својој „унутрашњој моралности која права чини могућим“. Он каже да су то: општост права, обнародовање, забрана ретроактивности права, јасност, непротивречност, захтевање само оног што је могуће, сталност закона и подударност између прописаног и примењеног. Вид. Л. Фулер, 49–102. „Постоји нужна веза права и морала ако су они бар у нечему слични. И наравно да јесу слични.“ – J. Gardner, 223.

<sup>35</sup> Харт каже да људи нису ни анђели ни ђаволи. Да су анђели, правила би била непотребна јер никад не би дошли у искушење да другом нанесу зло. А кад би људи били ђаволи, правила не би била могућа, тј. ефикасна, будући да би они уништавали све пред собом зарад циља. И управо у томе, сматра Харт, видљива је истина: на средини између те две крајности се налази узајамна трпеливост и компромис. Вид. Х. Харт, (2013), 253.

права је видљива и кад исправност не посматрамо у контексту садржине права, него у контексту његове примене. И Харт признаје да свако право представља клицу, односно заматак правде (која је морална вредност, једно „добро“).<sup>36</sup> Право и морал укрштају се у том смислу што свако право претендује на легитимност,<sup>37</sup> односно *тежи* ка томе да адресати прихвате правну обавезу коју им налаже норма истовремено и као моралну обавезу,<sup>38</sup> иако то не значи да адресат уистину схвата правну обавезу као моралну. Или, Хартовим речима – „право нормално следи морал“<sup>39</sup> и ако „систем правила треба било коме наметнути силом, мора да постоји довољан број оних који га доброволно прихватају“.<sup>40</sup> На крају крајева, право увек преиспитујемо у контексту моралних принципа и оцењујемо га као (не)праведно, добро, лоше, итд.<sup>41</sup> Дакле, начелна веза између права и морала ипак постоји.

Иако неки аутори приписују Харту да је он сматрао да право и морал морају да буду одвојени,<sup>42</sup> то је погрешно тумачење Хартовог става. Харт не каже да право и морал нису повезани, него да они нису *нужно* повезани. Дакле, његов став није аподиктички него он сматра да је та веза контингентног карактера<sup>43</sup> – право и морал могу да буду повезани,

<sup>36</sup> С тим ставом се не слаже Гарднер. Вид. J. Gardner, 205–206. Критички осврт на Хартово поимање тзв. формалне правде вид. D. Lyons, “On Formal Justice“, *Cornell Law Review* 5/1973, 848–858.

<sup>37</sup> Легитимност ће власт настојати да покаже и преко назива правних аката. Примера ради, ниједан парламент неће да донесе закон који ће да назове „Закон о ограничењу слободе говора“ него ће да га назове „Закон о слободи говора“, а његове одредбе су инструмент којим ће творац норме да се служи да оствари политичке циљеве и ограничи слободу говора.

<sup>38</sup> О томе вид. и L. Fuller, 656. О Разовом ставу да судија правну дужност мора да схвата истовремено и као моралну дужности вид. J. Raz, *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*, New York 2009, 169–170. и J. Raz, “Hart on Moral Rights and Legal Duties“, *Oxford Journal of Legal Studies* 1/1984, 130–131.

<sup>39</sup> „Право нужно има моралне претензије.“ – L. Green, 1049.

<sup>40</sup> Х. Харт, (2013), 257–258. Иако право претендује на легитимни морални ауторитет, то не значи да оно нужно и ствара моралну обавезу за адресате. Могуће је да адресат норме и из других разлога поштује норму, адресатова „лојалност систему може да буде заснована на много различитих основа“ као што су дугорочни интерес, навика, очекивање награде, поступање саобразно традицији, итд. Вид. *Ibid.*, 260.

<sup>41</sup> Грин правило каже да је право подесно да се преиспитује у светлу правде (*law is justice-apt*). Вид. L. Green, 1050–1052.

<sup>42</sup> L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law – A Replay to Professor Hart“, *Harvard Law Review* 4/1958, 630. Нити је Харт тврдио да морал и право треба да буду раздвојени нити је тврдио да јесу нужно раздвојени јер „њихова повезаност је видљива на сваком кораку“. Вид. L. Green, 1036. Анализу Хартових и Фулерових ставова вид. у J. Mendola, “Hart, Fuller, Dworkin and Fragile Norms“, *SMU Law Review* 1/1999, 110–121.

<sup>43</sup> Хартова теза „допушта сваку врсту контингентне везе између права и морала“. Вид. L. Green, 1042.

често и јесу, али та веза није концептуалног карактера. Друго је питање да ли је Харт уистину доказао да нема нужне везе између права и морала, а сматрамо да је кроз минималну садржину природног права ипак доказа да, начелно, нужна веза постоји. Харт закључује да морал утиче на право сваке државе, било нагло и јавно кроз законодавство, било тихо и поступно кроз судски поступак, па „ниједан позитивиста не може да негира да... стабилност правних система делом зависи од таквих врста подударности с моралом“.<sup>44</sup>

Нужна веза између права и морала коју, на концу, и Харт прећутно признаје, захтева да утврдимо значај те везе за правно расуђивање. Будући да општост правних норми нужно рађа њихову порозност, јасно је да судија приликом тумачења има мањи или већи степен слободе. Саобразно томе, судија не може да механички примењује правну норму него мора да донесе низ одлука у процесу правног расуђивања и да их убедљиво аргументују, те на тај начин реши тежак случај. Харт наводи да судија има на уму представу о томе какво право треба да буде, што не значи да он тад морално расуђује и не значи да постоји нужна веза права и морала, али „правила нису смишљена да чине неправду или да вређају устаљена морална начела“.<sup>45</sup> Дакле, и кад судија уводи моралне принципе у процес доношења одлуке, то не значи да он морално расуђује, него се и даље ради о правном расуђивању. Морални принципи своју примену налазе у поступку тумачења односне норме, кад судија има на уму концепцију о томе какво право треба да буде. Кад судија не би одлучивао на основу текст и узимајући у обзир моралне принципе, онда то и не би било правно, него политичко расуђивање.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

### Библиографске референце

1. Бекон, Френсис, *Есеји или савети политички и морални*, Матица Српска, Нови Сад 1952;
2. Бидлинкси, Франс, *Правна методологија*, Подгорица 2011;
3. Васић, Радмила, Јовановић, Миодраг, Дајовић, Горан, *Увод у право*, Београд 2018;
4. Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge–Massachusetts 1977;
5. Fuller, Lon, “Positivism and Fidelity to Law – A Replay to Professor Hart“, *Harvard Law Review* 4/1958;
6. Gardner, John, “Legal Positivism: 5½ Myths“, *The American Journal of Jurisprudence* 1/2001;

<sup>44</sup> Х. Харт, (2013), 261.

<sup>45</sup> *Ibid.*

7. Green, Leslie, “Postivism and th Inseparability of Law and Morals“, *New York University Law Review* 4/2008;
8. Лукић, Радомир, *Увод у право*, Београд 2020;
9. Lyons, David, “On Formal Justice“, *Cornell Law Review* 5/1973;
10. Mendola, Joseph, “Hart, Fuller, Dworkin and Fragile Norms“, *SMU Law Review* 1/1999;
11. Montesquieu, Charles, *De l’ esprit des lois*. Paris 1894;
12. Pound, Roscoe, *Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven 1961;
13. Raz, Joseph, “Authority, Law and Morality“, *The Monist* 1/1985;
14. Raz, Joseph, “Hart on Moral Rights and Legal Duties“, *Oxford Journal of Legal Studies* 1/1984;
15. Raz, Joseph, *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*. New York 2009;
16. Starr, William, “Law and Morality in H. L. A. Hart’s Legal Philosophy“, *Marquette Law Review* 4/1984;
17. Фасо, Гвидо, *Историја филозофије права*, ЦИД, Подгорица 2007;
18. Харт, Херберт, *Огледи из јуриспруденције и филозофије*, Београд 2015;
19. Харт, Херберт, *Појам права*, Београд 2013;
20. Хасанбеговић, Јасминка, *Перелманова правна логика као нова реторика*, Београд 2006;
21. Чавошки, Коста, Васић, Радмила, *Увод у право*, Београд 2010.

#### Судске одлуке

1. *Riggs v. Palmer* – 115. N. Y. 506, 22 N. E. 188 (1889). Пресуда је доступна на: [http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs\\_palmer.htm](http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm).

*Senior Assistant Brano Hadži Stević, LL.M.*

Faculty of Law, University of East Sarajevo

## **HART’S UNDERSTANDING OF THE RELATION BETWEEN LAW AND MORALITY IN THE CONTEXT OF LEGAL REASONING**

### *Summary*

The author analyzes one aspect of the relationship between law and morality in Herbert Hart’s theory – the one that deals with the judge’s reasoning in hard cases, when the issue of legal qualification comes to the fore. In such cases, the dialectical nature of legal reasoning is visible, since the judge comes to a rational decision by valid argumentation rather than by simple deduction. Hart pointed out that in hard cases, the judges have in mind the

concept of what law should be, but that is not a sign that there is a necessary connection between law and morality, since the word “should” indicates only that there are some criteria of criticism, which are not necessarily moral criteria. The author will try to analyze his position and determine whether Hart really separated law from morality, what type of connection between the nature of law and moral exists, and what, in Hart's opinion, awareness of what law should be actually implies.

**Key words:** *Hard cases; Legal qualification; Dialectic nature of legal reasoning; Law and morality.*