

Др Радомир Г. Зекавица, ванредни професор
Криминалистичко-полицajsка академија
Београд
radomir.zekavica@kpa.edu.rs

О ОБАВЕЗИ ПОКОРАВАЊА ПРАВУ¹

Сажетак: У раду се разматра питање ошће обавезе поковања праву. Аутор износи и анализира најзначајнија схваћања и аргумените у прилогу тезе да ошћа обавеза поковања праву постоји (Дворкин, Харп, Ролс), као и она схваћања која ову тезу ошоравају (Раз, Смиј). У завршним разматрањима аутор даје критички осврт нека кључна питања ошће обавезе поковања праву и износи своје уверење да је о шаквој обавези могуће зговорити искључиво као о шћу *prima facie* обавезе поковања. У прилогу шоме, аутор скицира хипотетички модел друштва и правног система у оквиру које је шаква обавеза могућа и износи своје уверење о основним претпоставкама и принципима на основу којих она може бити уштемељена и ошравана.

Кључне речи: право, обавеза поковања, обавезност, *prima facie* обавеза, морал

1. УВОД

Нека питања наизглед нуде јасан и очигледан одговор. Такво је питање да ли постоји обавеза поковања праву? Уколико на уму имамо правну обавезност права онда је одговор релативно лако дати. Наиме, одговор правника позитивисте у вези са овим питањем може бити да обавеза поковања праву настаје као резултат нормативно-правног (идеалног) важења правне норме, па сходно томе, и правне обавезе. Правна норма обавезује јер важи, а важи зато што испуњава формалне критеријуме важења на основу чега она постаје обавезујућа по све правне субјекте. Рећи да једна норма важи,

¹ Рад је резултат реализације интерног научно-истраживачког пројекта Криминалистичко-полицajsке академије под називом „Криминалшћей у Србији и инштрументшћ државне реакције“, за период 2015-2018.

како је то Келзен давно дефинисао, значи да она има обавезну снагу за оне чије понашање регулише.² При томе, обавезујућа снага правних норми поткрепљена је и могућношћу принудног санкционисања у случајевима извршења деликта. Да ли ће правни субјекти заиста да се поковају праву ли не и који ће мотиви тог поковања бити (страх од санкције или пак добровољни пристанак на обавезу), су засебна питања која се баве разлозима због којих се неко сматра обавезним да следи правна правила, а не питањем постојања правне обавезе. Другим речима, правна обавеза поковања праву постоји без обзира на наш унутрашњи став, вољу и хтење. Када ствари тако посматрамо поменуто питање не звучи тешко, а одговор се лако намеће.

Међутим, ствари постају знатно комплексније када се питање обавезности права посматра кроз призму моралног ауторитета права и, сходно томе, моралног типа обавезности да се праву поковамо. Питања онда гласе: Да ли постоји општа морална обавеза поковања праву? Да ли она значи да су субјекти права обавезни да се поковају праву, самим тим, што је реч о праву? Да ли право ужива морални ауторитет *per se*, и шта је основ тог ауторитета? Шта је за моралним захтевима и очекивањима који сваки појединац може да има наспрам права које треба да поштује и како поступити у случајевима када право захтева од нас нешто што је у супротности са нашим моралним ставом и личним вредностима – када се просто не слажемо са оним што право захтева од нас? Да ли се и тада треба поковати таквом праву или не?

Пре скоро две и по хиљада година одговор на ова питања дао је Сократ у аргументацији своје одлуке да не послуша савет Критона и не побегне из Атине у којој га је чекала сигурна смрт. Његова одлука да остане је уједно значила потврду његовог става према законима полиса, а то је да законе треба поштовати чак и онда када смо интимно дубоко сигурни у то да нам они наносе неправду.³ И данас, после толико времена, значај расправе о поменутих питањима не губи на значају. Разлог томе треба видети у чињеници да ова расправа, као ретко која друга у филозофији и теорији права, има свој практични значај јер у зависности од одговора на ова питања у великој мери може да зависи легитимитет (па и стабилност) политичке власти. Отуда је расправа о обавези поковања праву уједно и расправа о политичкој облигацији грађана, политичком ауторитету и легитимитету власти уопште. У тексту који следи указаћемо на најзначајнија схватања и аргументе *pro et contra* постојања опште обавезе поковања праву.

² Ханс Келзен, *Ојшћиа теорија права и државе*, Правни факултет у Београду, 1998, 83.

³ О овој теми у контексту обавезе поковања праву видети, Anthony D. Woosley, *Law and Obidiance: The arguments of Plato's Crito*, University of North Carolina Press, 1979, као и студију професора Картледа и његову аргументацију о Сократовој кривици изнетој у њој: Paul Cartledge, *Ancient Greek Political Thought in Prectice*, Cambridge University Press, New York, 2009.

2. ДА ЛИ ПОСТОЈИ И КАКАВ ЈЕ КАРАКТЕР ОПШТЕ ОБАВЕЗЕ ПОКОРАВАЊА ПРАВУ?

Почетак полемике око ових питања везује се за период 60-их и 70-их година XX века у САД када су, услед јачања покрета за грађанска права и рата у Вијетнаму, ова питања изнова отворила дебату о обавезама и дужностима појединаца према друштву.⁴ Бројни радови који су настали као резултат те дебате понудили су одговоре на нека есенцијална питања правне теорије, између осталог и питање постојања и карактера опште обавезе покоравања праву.

Пolemика је била фокусирана на два основна тумачења ове обавезе. Једно, по којем је обавеза покоравања праву општа обавеза покоравања правном систему, која настаје зато што право то тако захтева, те да она не може бити предметом процене од случаја до случаја. Друго тумачење полази од тога да је обавеза покоравања праву специфичан вид *prima facie*⁵ обавезе покоравања. Као таква, она подразумева општу обавезу покоравања али не у њеном апсолутном смислу речи, већ тако да она може бити доведена у везу са конкретним садржајем одређеног закона услед чега се може поставити питање постојања обавезе покоравања.⁶ Ричард Васерстром издваја три основне позиције које је могуће имати приликом разматрања обавезе покоравања праву, а које су биле предмет разматрања и потоњих аутора. Прва је она по којој неко има апсолутну обавезу да се покораву праву и непокораване никада није дозвољено; друга, неко има обавезу покоравања, али она може бити превазиђена значајнијим разлозима и околностима; трећа, неко нема посебну обавезу покоравања праву, али уобичајено је испуњава из неких других разлога.⁷ Када говори о *prima facie* обавези покоравања праву Смит има на уму дилему да ли се оваква обавеза може сматрати општом обавезом покоравања (а не партикуларном обавезом да се поштују одређене забране попут забране убиства, крађе, силовања које свакако постоје у сваком друштву), у смислу да ли постоји морална веза између грађана и власти која је таква да они имају *prima facie* обавезу покоравања на основу тога што закон то захтева од њих. Према његовим речима „особа S

⁴ Joseph Raz, The Obligation to Obey: Revision and Tradition, *Notre Dam Journal of Law, Ethics and Public Policy*, Vol. 1, Article 10, 1985, 139.

⁵ *Lat. prima facie* – на први поглед. У судским поступцима (превасходно англосаксонског судског система) овај термин се користи да би се њиме означило постојање довољног доказа у судском поступку за утврђивање неке чињенице или нечијег става, при чему је он подобан оспоравању, тј побијању.

⁶ Thomas May, On Raz and the Obligation to Obey the Law, *Law and Philosophy*, Vol. 16, No. 1, 1997, 23-24.

⁷ Richard Wasserstrom, The Obligation to Obey the Law, *UCLA Law Review*, Vol. 10, 1962-1963, 784-785.

има *prima facie* обавезу да делује на начин *X*, само уколико постоји морални разлог за особу *S* да чини *X*, једино уколико нема морални разлог да тако не учини који је бар једнако јак као и да учини, а који је такав да пропуштање *S* да учини *X* је погрешно („*I shall say that a person S has a prima facie obligation to do an act X if, and only if, there is a moral reason for S to do X which is such that, unless he has a moral reason not to do X at least as strong as his reason to do X, S's failure to do X is wrong*“)⁸. Основно питање је, дакле, да ли постоји општа *prima facie* обавеза поковавања праву, што имплицира да пука незаконитост неког акта је увек релевантна за утврђивање тог акта као моралног или неморалног, без обзира на постојање других разлога?⁹

Погледајмо, најпре, аргументацију у прилог тезе да општа обавеза поковавања праву постоји. Међу најзначајније представнике ове тезе спадају нека од најутицајнијих имена у историји правне теорије, а овом приликом указаћемо на схватања Роналда Дворкина, Херберта Харта и Џона Ролса.¹⁰

Обавеза поковавања праву је, за Роналда Дворкина, специфичан вид обавезе која проистиче из удруживања, тј. заједничког живота одређеног типа друштвене заједнице (*associative obligation*). Дворкин овде, како сам истиче, мисли на посебне одговорности које друштвени живот поставља својим члановима у некој биолошкој или социјалној групи, попут одговорности породице, пријатеља или суседа.¹¹ Међутим, прихватање те обавезе није безусловно. Дужност да се прихвате обавезе у једној заједници постоји, најпре, под условом реципроцитета, односно под условом да се сви чланови заједнице једнако сматрају обавезним. Друго, обавезе које произлазе из удруживања условљене су карактером, односно квалитетима саме заједнице. Дворкин, наиме, прави разлику између тзв. „просте“ и „праве“ (истинске) заједнице и истиче да само у правој заједници важе такве обавезе. Оно што једну заједницу чини правом су четири основна услова која она треба да испуни да би била сматрана таквом. То су: чланови групе морају сматрати да су одговорности групе нешто посебно и да на засебан начин важе унутар групе; они морају прихватити да су ове одговорности личне; они морају да прихвате да све одговорности проистичу из једне много шире одговорности коју има сваки члан као бригу за добробит других у групи; и, чланови морају претпоставити да живот у групи повлачи са собом једнаку бригу за све чланове.¹²

⁸ M.B.E. Smith, Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law, *The Yale Law Journal*, vol. 82, 1973, 951.

⁹ *Ibid.*, 952.

¹⁰ У плејади врло утицајних представника ове тезе треба свакако навести и Џона Финиса. За његово схватање опште обавезе поковавања праву видети: John Finnis, The Authority of Law in the Predicament of the Contemporary Social Theory, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 1/1984; Џ. Финис, *Природно право*, ЦИД, Подгорица, 2005.

¹¹ Роналд Дворкин, *Царство права*, Филип Вишњић, Београд, 2003, 211.

¹² *Ibid.*, 214-215.

Дворкин не оставља по страни питање шта уколико је истинска заједница неправедна? Оне могу бити неправедне како према члановима саме групе, тако и према онима који су ван ње. Потешкоће у решавању питања одговорности у неправедним истинским заједницама произлазе, најпре, из интерпретативног карактера процене испуњености услова за постојање истинске друштвене заједнице, а затим из интерпретације сагласности партикуларне неправде са остатком друштвене структуре. Тада се, како истиче Дворкин, поставља питање да ли је неправда толико велика и дубока да захтева да се укину *prima facie* обавезе настале из удруживања.¹³ Одговор на ово питање зависи од тога да ли учињена неправда крши неки од услова постојања истинске заједнице или не, јер ако то чини онда из таквог удруживања не проистиче одговорност било које врсте.¹⁴

Горе описано Дворкиново схватање указује на његово виђење обавезе поковања праву као специфичног вида обавезе која настаје из удруживања, али потпуно разумевање његовог схватања могуће је постићи сагледавањем основних Дворкинових идеја из његовог схватања права, политичког легитимитета државне власти и најважнијих политичких врлина којима право треба да служи. У свом настојању да пружи своје схватање поменутих тема Дворкин напушта позитивистички концепт о одвојености права и морала и тиме отвара врата ка разматрањима из области политичке теорије и етике.¹⁵ Највиша политичка врлина јесте интегритет, који Дворкин посматра као независни идеал (заједно са правичношћу, правдом и прописаним законским поступком) оличен у два основна принципа – законодавном који налаже да законодавци покушају да уреде све законе на морално кохерентан начин, и правосудном принципу који налаже да се закон, колико је то могуће, сагледа као кохерентан у том смислу.¹⁶ Веза између интегритета као политичке врлине, политичког легитимитета и обавезе поковања праву

¹³ *Ibid.*, 219.

¹⁴ Дворкин наводи случај дискриминације жена у неком друштву, односно питање да ли кћер има обавезу да се не сложи са жељама свог оца у културама које дају право родитељима да кћерима бирају младожење, али не и синовима супруге? Одговор на ово питање повлачи решавање мноштва интерпретативних питања која су условљена прихваћеним концептом правде, попут да ли култура заиста прихвата став да су жене подједнако важне као и мушкарци, да ли посебна власт родитеља над кћерима заиста одговара интересима њихових кћери, јер ако то није случај, каже Дворкин, ако дискриминаторски однос почива на шире заснованом уверењу да су оне мање вредне него синови, онда таква обавеза нестaje, јер нема ни истинске заједнице. С друге стране, ако култура прихвата равноправност полова, дискриминација према кћерима унутар једне породице може бити несагласна са поступцима остатка друштвене структуре, па тако сматрана грешком услед чега нема ни обавезе. *Ibid.*, 219-220.

¹⁵ Гордана Вукадиновић, Радивоје Степанов, *Теорија њправа I*, Futura, Petrovaradin, 2001, 505.

¹⁶ Р. Дворкин, 2003, 191.

је од суштинског значаја за разумевање Дворкиновог схватања моралног ауторитета права. Јер, морални ауторитет права (право као интегритет) произлази из исправне судске интерпретације случајева у пракси која је могућа не само применом правних правила, већ и применом правних принципа чија је сврха да на најбољи могући начин дају морално оправдање друштвеној пракси у целини, најбољу интерпретацију позитивног права, а све у циљу успостављања интегритета као политичке врлине једног друштва. Принцип је мерило, како истиче Дворкин, којег се треба придржавати не зато што унапређује или осигурава економску, политичку или друштвену ситуацију која се сматра пожељном, него зато што је то захтев правде, нерпристрасности или неке друге димензије моралности.¹⁷ Принципи, отуда, имају моралну димензију и њиховом применом у судским интерпретацијама конкретних спорова (посебно тзв. тешким случајевима) омогућава се, на непосредан начин, очување интегритета као политичког идеала и врлине, чиме се и само право манифестује као интегритет и, самим тим, као морална вредност. Коначно, на том темељу се заснива и политички легитимитет државне власти који истински постоји само уколико постоји општа обавеза грађана да поштују политичке одлуке, укључујући и обавезу покорвања праву.¹⁸ А таква обавеза, да закључимо, постоји уколико је цела друштвена структура, укључујући и право, усмерена ка истинском остваривању интегритета заједнице као врховног политичког идеала.

Јединствен приступ у објашњењу постојања обавезе покорвања праву понудили су Херберт Харт и Џон Ролс. Основна Хартова идеја, коју је убрзо преузео и детаљно разрадио Ролс, јесте да је обавеза покорвања праву специфичан вид обавезе фер плеја (*fair play*). У свом чланку *Are There Any Natural Rights?*, Харт наглашава да је ту реч, заправо, о посебној врсти права и обавеза (попут оних које настају на основу обећања или пристанка) која постоје у многим сферама живота а које он назива „узајамним ограничењима“ (*mutuality of restrictions*), а затим прецизно дефинише шта сматра под тим: „када се одређен број особа руководе сходно правилима неког заједничког удружења, и тиме ограниче једним делом своју слободу, они који су прихватили таква ограничења имају право на то да и други прихвате иста таква ограничења уколико ти други имају користи од прихваћених ограничења осталих чланова заједнице“.¹⁹ Харт каже да власт свакако има право на том основу да захтева послушност свих и да тако у систему нових правила створи правне дужности и овлашћења, али да је овде, пре свега, реч о моралној обавези да се правила

¹⁷ Р. Дворкин, *Суштина индивидуалних њрава*, ЦИД, Подгорица, 2001, 45.

¹⁸ Р. Дворкин, 2003, 207.

¹⁹ Herbert Hart, *Are There Any Natural Rights*, *The Philosophical Review*, Vol. 64, No. 2, 1955, 185.

поштују.²⁰ Осим тога, за Харта, као и за Ролса касније, ову обавезу појединци дугују не заједници као ентитету, већ једни другима, односно свима онима чија покорност законима омогућава бенефите сваком члану заједнице.

Надахнут Хартовим идејама, Џон Ролс је свој став поводом питања обавезе покорвања праву изнео најпре у чланку *Justice as Fairness*,²¹ а посебно у чланку *Legal Obligation and the Duty of Fair Play*,²² да би га, уз извесне модификације, теоријски у потпуности заокружио у свом капиталном делу *Теорија правде*. Обавеза покорвања праву је, и према Ролсовом мишљењу, специфичан вид обавезе фер плеја. Као основне претпоставке овог принципа Ролс издваја три: активна схема друштвене сарадње која почива на скоро универзалној спремности за сарадњом чланова; сарадња мора да подразумева спремност на одређену жртву сваке особе, у најмању руку извесна ограничења њихове слободе; и треће, корист од сарадње унутар дате схеме се добија и онда када неко од чланова на кога је ред да пружи свој допринос то не учини. Под овим условима, како истиче Ролс, особа која је прихватила користи из удружења и сарадње осталих чланова је обавезна принципом фер плеја да пружи свој допринос датој схеми, а не да прихвата предности а да сама не сарађује.²³ Апсолутно неопходан предуслов настанка ове обавезе тиче се праведности самог система, односно схеме у оквиру којег се појединци могу сматрати обавезним на основу принципа фер плеја. Сумирајући овај принцип, Ролс констатује да принцип фер плеја и обавеза покорвања праву која настаје на основу њега значи да је правни поредак конструисан као систем друштвене сарадње према којем смо обавезни зато што: прво, схема је праведна (то значи да испуњава два основна принципа правде), при чему сама праведност није и не може да буде гарант тога да понекад нећемо бити у мањини приликом гласања; друго, зато што смо прихватили и настаљамо даље да прихватамо користи таквог система.²⁴ Како истиче Симонс,

²⁰ Покушајмо да Хартову идеју што једноставније објаснимо на следећи начин – примера ради, ако особа А следи правила која су прихваћена у некој заједници и својим покорвањем чини корист особи Б, особа Б има моралну обавезу да поступа на исти начин, тј. да такође следи иста та правила, јер није фер да неко убира бенефите од туђе покорности правилима, а да сам то не чини. Битно је нагласити и то да корист као термин који се овде употребљава не треба тумачити у утилитаристичком маниру који почива на калкулацији да ли неким појединачним поступком доприносимо максимизацији среће што већег броја људи. Овде је реч о моралном типу обавезе да се одбаци, у суштини, етички неисправан став да можемо да убирамо бенефите од туђих обавеза и ограничавања, а да сами не партиципирамо у заједници којој припадамо на исти начин.

²¹ Видети, John Rawls, *Justice as Fairness*, *The Philosophical Review*, Vol. 67, No. 2, 1958, 164-194.

²² J. Rawls, *Legal Obligation and the Duty of Fair Play*, in: J. Rawls: *Collected Papers*, ed. S. Freeman, Harvard University Press, Massachusetts, 1999, 117-130.

²³ *Ibid.*, 122.

²⁴ *Ibid.*, 128.

Ролс је учинио корак напред у односу на Хартову тезу фер плеја управо у овој последњој тврдњи (односно другом услову постојања обавезе фер плеја), да корист таквог система прихватамо и настављамо да прихватамо и у будућности, што је разлика од великог моралног значаја.²⁵

Ове своје тезе Ролс је детаљно разрадио у *Теорији љравде* посебно у делу који се односи на анализу основних принципа правичног поступања појединаца. Он више не користи термин *фер љлеј*, већ термин *љравичносћ* (*fairness*), али у основи Ролсова идеја остаје иста, а то је – да уколико се један број особа укључи у кооперативни подухват (добровољну заједницу као систем друштвених односа и сарадње – Р. 3.²⁶) чији је циљ узајамна добит у складу са правилима, и стога ограниче своју слободу на начин на који је нужен да донесе корист свима, они који су се подвргли овим ограничењима имају право на сличан пристанак од оних који су имали користи из њиховог покорвања. Ова идеја почива на два кључним претпоставкама. Прва је да су установе (као делови основне друштвене структуре коју Ролсови принципи правде треба да учине праведном) праведне и, друга, да је појединац добровољно прихватио добробит уређења или искористио предности које праведно уређење нуди за остваривање сопствених интереса.²⁷ Оно што установе чини праведним јесу два позната и препознатљива принципа Ролсове теорије правде – први је, да свака особа треба да има једнако право на најширу схему једнаких основних слобода која је спојива са сличном схемом слобода за друге; и други, друштвене и економске неједнакости треба да буду уређене тако да је истовремено разумно очекивати да буду свакоме од користи и да су повезане са положајима и службама који су отворени за све.²⁸ Иако обавезе, према Ролсу, произлазе из принципа правичности, оне посредно произлазе и из принципа природних дужности појединаца. Ролс ту, пре свега, мисли на природну дужност сваког од нас да подржавамо праведне установе које се односе на нас и да се понашамо у складу са њима, као и да унапређујемо праведна уређења која још нису установљена, бар када се то може учинити без сувише великих трошкова за нас.²⁹ Шта више, Ролс каже да позивање на ову природну дужност може да буде довољно за оправдање постојања обавеза, али ипак наглашава значај разликовања оних установа које настају као израз наших природних дужности и оних које настају као израз наших обавеза, јер прве нису зависне од наше воље док друге јесу. Тако, природна дужност постоји да поштујемо устав или законе који регулишу

²⁵ Videti, John Simmons, *The Principle of Fair Play, Philosophy and Public Affairs*, Vol. 8, No. 4, 1979, 311-312.

²⁶ Неадекватност превода појединих термина Ролсовог дела на српски језик и самог читаоца ставља често у ситуацију да сам тражи адекватнији превод од понуђеног.

²⁷ Dž. Rols, *Teorija pravde*, CID, Podgorica, 1998, 113.

²⁸ *Ibid.*, 70.

²⁹ *Ibid.*, 116.

својину, док имамо обавезу да извршимо дужности службеног положаја који смо заузели или да следимо правила удружења којем смо се придружили.³⁰ Према мишљењу Смита, у овој тези је могуће видети кључну разлику у односу на Ролсову ранију идеју *prima facie* обавезе покорвања праву, јер Ролс сада ову обавезу везује само за оне појединце који су носиоци одређених положаја у друштву и оне који остварују своје интересе захваљујући влади. Сви остали грађани су обавезани природном дужношћу правде, тј. поменутом дужношћу подржавања праведних установа.³¹

Као што се може уочити, за Ролса не постоји никаква дилема око питања постојања моралне обавезе покорвања праву у систему праведних установа. Међутим, попут Дворкина, и Ролс поставља питање обавезе поштовања неправедних закона. И у вези овог питања изгледа да нема пуно дилема код Ролса. Наиме, он на више места, сасвим експлицитно, наглашава да никаква обавеза не може да настане из неправедног уређења. Међутим, за Ролса је од пресудне важности степен и обим неправедности основне друштвене структуре, јер неправедни закони, сами по себи, нису довољан разлог да их не поштујемо, као што ни праведност закона није довољан разлог да се они поштују. Када је основна структура друштва, каже Ролс, разумно праведна, треба да признамо неправедне законе као обавезујуће под условом да не прелазе извесне границе неправде.³² Као што се јасно види из Ролсових речи, ова неправда не сме да се односи на основу друштвеног уређења, односно основне принципе правде који, како и сам Ролс тврди, припадају идеалној теорији. Неправедност као појава је феномен својствен примени идеалног схватања, а не самом схватању праведних принципа друштвеног уређења, јер би у том случају неправда била толико велика да никаква обавеза не би произлазила из таквог типа уређења. Овде је од користи напоменути да је Ролсова структура праведног друштва, односно примена начела праведности, вишестепена, те да полази од најапстрактнијег и идеалног нивоа који се огледа у прихватању основних принципа правде у изворном положају (под велом незнања), преко усвајања и прихватања праведног устава у уставној конвенцији, па до стварања закона који ближе уређују друштвено-економску структуру друштва и коначно саму примену закона (судства). Дакле, оно што према Ролсовом схватању даје основ за престанак било какве обавезе покорвања јесте „корупција“ базичног нивоа праведне структуре, односно непостојање консензуса око основних принципа правде (она онда и не може бити чак ни минимално праведна). Оперативни нивои примене ових принципа, чак и уколико имају у себи елементе неправедног поступања, нису сами по себи довољни за престанак обавезе.

³⁰ *Ibid.*, 314.

³¹ M.B.E. Smith, 959.

³² Dž. Rols, 1998, 320.

У плејади врло утицајних писаца који су се посветили питању обавезе покорвања праву,³³ издвојићемо аргументацију оних аутора чији су ставови најрепрезентативнији пример супротне тезе – да не постоји општа обавеза покорвања праву нити да је она посебан вид *prima facie* обавезе.³⁴ Посебно место међу њима припада Џозефу Разу.

Основна Разова теза јесте да не постоји апсолутна, нити *prima facie* обавеза покорвања праву, чак ни у праведним друштвима.³⁵ Ова теза, која на први поглед може да звучи радикално, добија свој пуни смисао након увида у Разово схватање карактера обавезе покорвања праву. Наиме, обавеза покорвања праву подразумева да разлог због којег се нешто чини јесте управо тај што право то захтева. Међутим, многи разлози, како истиче Раз, због којих радимо оно што право захтева немају никакве везе са обавезом покорвања праву. За Раза није спорно да постоје бројни случајеви у којима чинимо нешто зато што право то захтева, али то су појединачни случајеви у којим неки конкретни разлог мотивише неко лице да не учини нешто што може да има негативне последице по њега (да неко може да изгуби посао ако гласине о томе да он крши законе дођу до његовог послодавца). У таквим случајевима право је разлог за очекивано понашање у вези појединачног случаја и конкретне особе и ситуације. Обавеза покорвања праву се, међутим, мора третирати као општа обавеза покорвања коју имају сви правни субјекти према свим законима и у свим случајевима.³⁶ То даље значи да је право независни разлог које намеће такву обавезу покорвања. Управо ово уверење, Раз категорички оспорава, тврдећи да право не представља такав разлог, већ да су такви разлози у вези моралног убеђења који претходи и које је независно од права. Тако рецимо, обавеза уздржавања од убистава и силовања је примарно морална обавеза савесних људи коју они имају независно од тога што право то забрањује, тако да ми очекујемо да људи избегавају те радње независно од тога да ли оне јесу или нису законски забрањене,

³³ Значајан број њих су о овој теми расправљали у оквиру анализе политичког ауторитета власти и политичке облигације грађана. Вид. Leslie Green, *The Authority of the State*, Clarendon Press, Oxford, 1988; Kent Greenawalt, *Conflicts of Law and Morality*, Oxford University Press, New York, 1987; Rolf Sartorius, *Political Authority and Political Obligations*, *Virginia Law Review*, 67, 1981, 3-17; John Simmons, *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton University Press, Princeton, N. J. 1979; Robert P. Wolff, *In Defense of Anarchism*, Harper and Row, New York, 1970; A. D. Woosley, 1979.

³⁴ Кључни представници оваквог схватања су осим Раза и Смита, чије аргументе износимо у раду, још и: R. Wasserstrom, 1962; J. Simmons, 1979; Richard Brandt, *Utility and the Obligation to Obey the Law*, *UCLA Law Review*, 10/1963; Mark Tunick, *The Moral Obligation to Obey the Law*, *Journal of Social Philosophy*, Vol. 33, No. 3, 2002.

³⁵ J. Raz, *Authority of Law*, Oxford University Press, 1979, 233; J. Raz, *Authority and Consent*, *Virginia Law Review*, Vol. 67, No. 1, 1981, 103.

³⁶ J. Raz, 1979, 234.

на основу разлога који немају никакве везе са правом.³⁷ Обавезу покорвања законима који забрањују овакве радње Раз назива пуком сенком других моралних дужности, тј. редундантном дужношћу чија се тежина или строгост мери сходно тежини и строгости усвојене моралне дужности. Поступајући на основу тих независних разлога, човек се не покорва закону, не саглашава се са њима зато што то закон захтева, већ он радије поступа према учењу о правди, са којим је сагласан и сам закон.³⁸ Раз је свестан тога да примере које наводи (убиства, силовања) јесу екстремни примери неморалних радњи, те да нису сви закони кривичног карактера. Међутим, то, како истиче Раз, не мења битно ствар, јер ако законске забране убиства, силовања и томе слично не намећу никакву независну моралну обавезу, нити утичу на дужност да она буде јача или слабија него што би била без закона, онда је ствар доказана, тј. онда не постоји општа обавеза покорвања закону. Може постојати само морална обавеза да се поштују неки закони, али то никада није био предмет спора, каже Раз.³⁹

Својим чланком *Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law* Смит је пружио врло детаљну и уверљиву критику кључних аргумената у прилог тезе о постојању опште обавезе покорвања праву. Смит истиче како није очигледно да општа обавеза покорвања праву постоји, већ да тако нешто мора бити потврђено, а не претпостављено. Он оспорава готове све кључне аргументе у прилог тези о постојању такве обавезе, почев од оних који се заснивају на идеји о захвалности (*gratitude*), фер плеју, природној дужности да се подрже праведне установе, аргументима сагласности и обећања (*consent and promise*), па до утилитаристичке аргументације. Тако рецимо, разлог захвалности полази од тога да грађани дугују захвалност држави због бенефита које добијају од ње услед чега они ту захвалност могу, у најмању руку, да покажу поштовањем права. Смит овај разлог и аргументацију сматра крајње неувељивим с обзиром да таква обавеза не може да постоји уколико појединци уопште не желе те бенефите.⁴⁰ Посебну пажњу, Смит посвећује Хартовој и Ролсовој идеји фер плеја (правичности) као разлога на основу којег настаје општа обавеза покорвања праву. Смит истиче како њихов аргумент заслужује велико поштовање, али га ипак одбацује. Он у основи не оспорава у потпуности овај принцип, али истиче значајну моралну разлику између оних ситуација у којима акт непокорвања праву (чак и у савршеним и праведним заједницама) не наноси никакву штету или корист члановима једне групе и оних ситуација када такав поступак то чини. У првом случају принцип фер плеја не може да представља основ за обавезу покорвања.

³⁷ J. Raz, 1985, 141.

³⁸ *Ibid.*, 142.

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ M.B.E. Smith, 1973, 953.

Другим речима, принцип фер плеја управља људским акцијама само онда када корист или штета неког поступка зависе од тога да ли се поковавамо праву или не.⁴¹ Сваки правни систем, како истиче Смит, садржи бројне бесмислене и чак потенцијално штетне законе, према којима обавеза поковавања не користи никоме или, што је још горе, наноси штету (забрана хомосексуалних активности или контрола рађања). Услед тога општа обавеза поковавања праву не може почивати на принципу фер плеја. Исту логику Смит употребљава у оспоравању Ролсове тврдње о постојању опште обавезе поковавања на темељу обавезе свих грађана да подрже праведне установе, јер таква обавеза не може да постоји када поступци који нису у складу са правом не наносе штету таквим институцијама.⁴²

3. ЗАВРШНА РАЗМАТРАЊА – СКИЦИРАЊЕ ХИПОТЕТИЧКОГ МОДЕЛА И ПРЕТПОСТАВКИ ЗА ПОСТОЈАЊЕ *PRIMA FACIE* ОБАВЕЗЕ ПОКОВАВАЊА ПРАВУ

Чињеница да су најзначајнији представници правне теорије XX века у великој мери подељени око питања опште обавезе поковавања праву јасно говори о томе да општи консензус око тог питања није могућ те да је, као и у случају бројних других питања друштвене теорије уопште, могућа само мање или више уверљива аргументација у прилог прихватања или неприхватања одговарајућег става. С обзиром да је реч о моралној обавези поковавања праву то значи да аргументација треба да буде усмерена ка утврђивању критеријума моралног ауторитета права услед чега постоји и сама дужност чланова једне заједнице да извршавају оно што тај ауторитет захтева од њих. Настанак моралне обавезе не можемо посматрати изоловано од нашег унутрашњег становишта. Ако се у неком односу осећамо морално обавезним да нешто учинимо или не учинимо, то онда значи да очекивани поступак има нашу унутрашњу сагласност услед које смо спремни да тако поступимо. Примера ради, такав је случај са давањем обећања. Дато обећање је израз личне спремности да се нешто обећа и учини и оно ствара моралну обавезу да се учини оно што је обећано управо због тога што је обећање дато.⁴³

⁴¹ *Ibid*, 957.

⁴² *Ibid*, 959.

⁴³ Иако је ово у основи тачно, ипак треба бити свестан контраверзи обећања као принципа моралне обавезности. Харт га означава као садржинско независни принцип што подразумева да на постојање моралне обавезе да се учини оно што је обећано не утиче то да ли је обећана радња морално прихватљива или не. Међутим, снага обећања јесте под утицајем онога што је обећано, каже Клоско што обећање као принцип чини врло комплексним институтом чија морална снага може да зависи од случаја до случаја, па тако вредност обећања зависи од интеракције садржаја обећања и последица евентуалног придржавања или

Кључно питање је да ли обавеза покорвања праву може бити утемељена на сличан начин, тј. да ли се право може сматрати неком врстом базичког принципа моралности, па да самим тим што право нешто прописује постоји морална обавеза да се тако и учини. Јасно је да у том случају право мора бити третирано као морални ауторитет *per se*, јер једино тако може да настане морална обавеза да му се покорвамо.

Као што смо видели, Раз оспорава праву карактер независног моралног разлога услед чега негира постојање опште обавезе покорвања праву, чак и у праведним друштвима. С тим у вези, неоспорна је чињеница да многе правне забране немају утицај на нас због тога што су правне, већ због тога што забрањују оно што наш лични, морални систем вредности дефинише као радњу коју не желимо да чинимо. Када је реч о таквим моралним обавезама попут обавезе да се не убија, не краде и томе слично, право нема ефекта јер са становишта разумног људског бића ова обавеза је потпуно независна од права, већ зависна од рационално-хуманог става да је такво понашање неприхватљиво само по себи. Ту је Раз у потпуности у праву.

Оваквим приступом Раз неминовно улази на терен разлога због којих се људи покорвају праву, у намери да види да ли такав разлог може да буде сâмо право, тј. то што право као ауторитет заповеда неку радњу. Разлози због којих се људи покорвају праву су од великог значаја у дефинисању права као ауторитета јер ауторитет, по дефиницији, подразумева добровољну сагласност да се неко или нешто прихвати као ауторитет. Ауторитет (посебно морални) настаје и опстаје у сфери аутономије, а не хетерономије воље, па отуда ауторитет права може да настане и одржи се само уколико производи сагласност оних који треба да му се покорвају. Дакле, уколико желимо да утврдимо постојање опште обавезе покорвања праву, онда морамо видети да ли право може да ужива такву врсту ауторитета који га чини независним моралним (личним) разлогом обавезе покорвања.

У једној од најобимнијих емпиријских студија о разлозима због којих се људи покорвају праву Том Тајлер указује на четири групе таквих разлога. То су: 1) легитимитет ауторитета власти, 2) лична морална уверења, 3) страх од санкције и 4) страх од реакције окружења.⁴⁴ Ни у једном од ових случајева право није независни морални разлог обавезе покорвања. Други је већ

непридржавања датом обећању. У складу са тим, Клоско види и обавезу покорвања праву. Видети, George Klosko, The Moral Force of Political Obligation, *The American Political Science Review*, Vol. 84, No. 4, 1990, 1238-1240.

⁴⁴ Тајлер је спровео истраживање ставова 1575 грађана Чикага 1984 године (телефонски интервју), да би годину дана касније исто истраживање поновио на 804 случајно изабраних испитаника исте групе. Циљ истраживања је био да се утврде основни разлози због којих се људи покорвају праву, али и начин на који они реагују на државне ауторитете који то право најчешће спроведе у односу према њима, као што су суд и полиција. Вид., Tom Tyler, *Why People Obey the Law*, Yale University Press, New Haven, 1990.

објашњен кроз Разову аргументацију, али ствари слично стоје и са остала три случаја. Тако у првом случају, ауторитет права води порекло из ауторитета политичке власти. Људи се поковају праву јер прихватају политичку власт као ауторитет, па отуда исказују спремност да следе вољу тог ауторитета оличену у правним правилима. У трећем и четвртном случају, истински ауторитет права и не постоји, јер разлог због којег се поковамо праву је страх (принцип хетерономије). У оба та случаја страх је покретач калкулације појединаца да ли својим поступком могу себи да нанесу штету (да оду у затвор, плате новчану казну или их пак средина осуди и одбаци). Дакле, обавеза поковања ни у тим случајевима није утемељена у праву као независном моралном разлогу поковања, па је отуда Разова аргументација и више него уверљива. Питање је да ли постоје случајеви када она то јесте?

Једини случајиви у којима право може да буде посматрано тако јесу они у којима би као појединци требало да осећамо моралну обавезу да поштујемо право из разлога који је искључиво везан за право. Такву врсту моралне обавезе може да створи савремено право демократских држава и то на тај начин што својом садржином, декларисаном и у пракси потврђеном сврхом, пружа ону врсту заштите, и самим тим користи, коју ниједан други нормативни систем не пружа. Право нам није дало живот, али оно га директно штити, врло ефикасно, не само нормативно-садржинском заштитом те вредности, већ и правилима која дефинишу потребне процедуралне гаранције те заштите у пракси.⁴⁵ Исто тако то важи и за слободу, имовинска права, достојанство, част и многе друге вредности. Право је кроз историју квалитативно еволуирало тако да данас пружа заштиту грађанима коју раније није, бар не у мери и на начин на који то данас чини.

Сходно томе, морални ауторитет права и могућност да право буде независни разлог постојања опште обавезе поковања произлази из онога што можемо назвати *принципом давања*. Наиме, за разлику од обећања које ствара моралну обавезу за оног ко је дао обећање, давање ствара моралну обавезу за оног ко добија. Та обавеза јесте да се на нечије давање узврати на исти или бар сличан начин, или, у најмању руку, бар захвалношћу за оно што се добија.⁴⁶ У овом случају оно што се добија од права. А то је ефикасна нормативно-процедурална заштита наших личних вредности. Принцип давања је очигледно повезан са принципом захвалности (води ка њој), али то ипак није она

⁴⁵ Тачно је да и морал захтева да се људи не убијају, али ефикасну заштиту од нарушавања права на живот појединац добија захваљујући тек правним прописима и свим оним гаранцијама које оно предвиђа (примера ради, негативне и позитивне обавезе државе у заштити права на живот).

⁴⁶ Типичан пример овог принципа је морална дужност деце да на давање (бригу, негу, старање) својих родитеља узврате истом мером у њиховој старости и то не само због љубави коју могу да осећају, већ као резултат моралне дужности да се узврати на исти начин због онога што су они као деца добили.

захвалност која се у досадашњој аргументацији обавезе покорвања праву често наводила, јер се на њу гледало као на захвалност коју ми генерално дугујемо државној власти због самог њеног постојања.⁴⁷ Ова захвалност је знатно конкретнија и она се односи на право, а не на државну власт. Она је израз онога што ми као појединци непосредно или посредно добијамо од права, а то је конкретна корист, тј. заштита наших индивидуалних права и слобода. Апсолутно је неуверљив Смитов аргумент да оваква захвалност не може да постоји уколико нисмо уопште ни тражили од некога или нечега да нам нешто да и тиме учини корист. Рационално људско биће не може да одбије корист коју оно или његови ближњи могу да имају од заштите њихових основних вредности, јер би у супротном престало да буде рационално (постало би деструктивно по себе и друге). И сама корист је специфична у односу на ону коју Харт и Ролс помињу у свом концепту фер плеја, јер, као што смо видели, она се, према њиховом мишљењу, добија захваљујући томе што су остали чланови заједнице добровољно прихватили ограничења (дакле није право разлог, већ жртва, односно давање, осталих чланова заједнице на основу чега треба да настане осећај моралне дужности да и ми тако чинимо), а не непосредно и посредно од самог права коју такву корист даје.

Да би право било независни морални разлог покорвања оно се мора посматрати као ауторитет независно од ауторитета политичке власти, као и независно од чињенице да право доноси та иста власт. На то, усталом, упућује и основна идеја владавине права, а то је идеја владавине умних закона, који квалитативно доприносе очувању индивидуалног интегритета и који као такви обавезују и саму државну власт (у том смислу право постаје независно од власти, а власт зависна од права). Једино на такав начин право може да буде независни морални разлог обавезе покорвања који је утемељен у принципу давања, на основу којег онда може да настане осећај захвалности и моралне дужности да му се покорвамо као таквом.

Обавеза покорвања праву, утемељена на том основу, није и не може бити апсолутног карактера. У околностима савремених држава о њој је могуће говорити искључиво као о *prima facie* обавези у значењу у којем смо навели. Међутим, и таква обавеза је могућа уколико имамо на уму хипотетички модел друштва и правног система, односно уколико су испуњене одређене претпоставке и принципи на основу којих ова обавеза може да настане.

Покушаћемо да скицирамо хипотетички модел који подразумева опис оних претпоставки које су кључне у стварању и одржавању права као моралног ауторитета на основу чега је онда могуће бранити постојање *prima facie* обавези покорвања праву. Тај модел треба да почива на рационалним принципима конституисања друштвених феномена и на неколико кључних

⁴⁷ Вид. М.В.Е. Smith, 1973, 953.

претпоставки. То су: 1) учешће грађана у поступку доношења правних правила (изражавање сагласности кроз демократске процедуре), 2) остваривање користи од права (услед тога, осећај захвалности и моралне обавезе покорвања праву које нам ту корист даје), 3) континуитет моралног интегритета права и 4) могућност независне и објективне судске интерпретације испуњености услова за постојање моралне обавезности права у сваком конкретном случају.

Треба, најпре, кренути од демократског модела политичког поретка у оквиру којег постојање демократских правила и процедура омогућава активно учешће грађана не само у избору представника политичке власти, већ и посредно у стварању државне воље путем законодавне делатности парламента као демократски изабраног државног органа. Демократски карактер политичког модела је кључна претпоставка постојања опште обавезе покорвања праву из тог разлога што једино у оквиру таквог политичког модела је могућа активна партиципација грађана у стварању општих правила понашања која онда могу да обавезују на основу саме чињенице да смо као грађани учествовали у њиховом доношењу. Сходно томе, покорност тако донетим правилима значи уједно и покорност сопственој вољи. То је основни услов моралне аутономије у Кантовом смислу речи и уједно предуслов политичке слободе сваког појединца унутар политичке заједнице која подразумева примену принуде према њеним члановима. Другим речима, обавезу покорвања праву је апсолутно немогуће замислити у недемократском режиму власти.

Друга претпоставка опште обавезе покорвања праву јесте да су правила таква да чланови заједнице имају и могу имати корист од покорвања таквим правилима о чему је већ било речи. Начелно, корист је могуће препознати полазећи, најпре, од базичних функција права попут регулативне и интегративне функције (Парсонс), па до оних које су данас остварују у оквиру демократских поредака власти, као што су дефинисани и универзално усвојени стандарди заштите индивидуалних и колективних права и слобода.⁴⁸ Основна претпоставка је да право демократских друштава доноси начелну корист како самим постојањем регулативних правила друштвеног понашања и најзначајнијих друштвених институција, тако и самом садржином и циљевима те регулације која савремена друштва чине демократским.

⁴⁸ Питање универзалности људских права и слобода и могућности издвајања јасних критеријума на основу којих се она могу ценити као таква је и даље отворено, али не може бити спорно да поједина „суштинска“ људска права су стекла карактер универзалности. Такође, треба уважавати чињеницу партикуларног, релативног карактера вредносног садржаја права које варира од друштва до друштва и различитих културолошких система вредности, због чега треба размислити о идеји да и обавеза покорвања праву може бити третирана локално, тј у оквиру партикуларног правно-културолошког система, а не глобално. О питању универзалности и релативности људских права видети: Драгутин Аврамовић, *Људска људска на њанској црвеној линији између универзалности и релативности*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 3/2014, 291-301.

Обавеза која настаје на темељу ових принципа може да опстане само уколико право представља и чува свој морални ауторитет. Дакле, потребан је континуитет моралног интегритета права. Сваки ауторитет, па и ауторитет права, није дат *a priori*, већ се он стиче и одржава на основу испуњености одређених критеријума који га објективно чине ауторитетом. Ако се закони доносе без учешћа грађана, или ако поковавање законима доводи до користи само неким, а не свима (посвећеност права интересима класе и других друштвених група или ужем кругу политичке елите), онда право губи морални ауторитет и, самим тим, престаје морална обавеза поковавања. Отуда, о обавези поковавања праву није могуће говорити као о обавези у апсолутном смислу речи, већ искључиво као о *prima facie* обавези поковавања, тј. таквој обавези која може бити ревидирана у случају да постоје други, већи морални разлози за непоковавање.⁴⁹

Због тога је од пресудне важности још једна претпоставка опште обавезе поковавања праву, а то је адекватна улога суда у оквиру система владавине права. Та улога подразумева могућност независне и објективне судске интерпретације испуњености услова за постојање обавезе поковавања праву, па сходно томе, и могућност судије да правним нормама, које не уживају морални интегритет, одузме моћ не само моралне, већ и правне обавезности. Таква улога судије (попут Дворкиновог Херкулеса) даје гаранцију да етичко-правно контраверзне ситуације (у смислу сукоба етике и права), до којих пуко придржавање формалним изворима права може да доведе, буду разрешене у корист већих моралних принципа права, чиме се морални ауторитет права додатно поткрепљује еластичном применом правних норми која има у виду специфичности конкретног случаја и његово просуђивање не само на основу формалних правних правила, већ и на основу правних принципа, у Дворкиновом смислу речи (право као интегритет).

Ако се наведени принципи поштују и у пракси спроводе, онда је заиста могуће говорити о праву као моралном ауторитету који са становишта рационалног људског бића треба да буде прихваћено као такво и коме се треба покоравати јер оно то заслужује. У супротном, морална обавезност права би била пука нормативна прокламација чије утемељене у пракси не би било успостављено на темељу рационалних, већ ирационалних разлога.

⁴⁹ Начелно је могуће да правни систем у целини изгуби свој морални интегритет, рецимо услед насилне промене политичког система и урушавања свих демократских принципа владавине. Знатно реалнија могућност је она у којој поједини делови правног система или, још конкретније, поједини закони или њихове норме немају морални интегритет. У таквим околностима преостаје само правна обавеза поковавања, али не и морална. Оваквих случајева, на жалост, има пуно, чак и у пракси савремених демократских држава, попут читавог сета тзв. антитерористичких закона који зарад ефикасности борбе против тероризма доводе до ерозије заштите људских права и слобода.

*Radomir G. Zekavica, Ph.D., Associate Professor
Academy of Criminalistic and Police Studies
Belgrade
radomir.zekavica@kpa.edu.rs*

On the Obligation to Obey the Law

Abstract: *The paper considers the question of a general obligation to obey the law. The author presents and analyzes the most significant views and arguments in support of the thesis that there is a general obligation to obey the law, as well as those understandings which are refuse this thesis. In concluding remarks the author presents a critical review of some key issues about general obligation to obey the law. In addition, the author outlines a hypothetical model of society and the legal system under which such an obligation is possible and has also asserted the basic assumptions and principles upon which it can be justified and reasonable.*

Key words: *law, the obligation of obedience, responsibility, prima facie obligations, moral.*

Датум пријема рада: 01.03.2016.