

## **МОРАЛНИ РЕЛАТИВИЗАМ У АНГЛО-АМЕРИЧКОЈ ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ**

**Апстракт:** Предмет рада је анализа одвајања права од морала, у англо-америчкој јуриспруденцији. Дакле, разматрамо разлоге зашто теорија морала не би требало да учествује у уобличавању права. Ово чинимо пратећи захтев позитивиста, за ослобађање права од морала. Зато је следећа тачка изучавања, то да правна питања не би требало проучавати из угла филозофије морала, већ их ваља посматрати са прагматичког становишта. Један од разлога за ово је и то, што морално теоретисање, према њима, не ствара добру основу за моралне судове. Чак и када би оно створило ваљану основу за моралне судове, ови не би смели да буду употребљени код доношења правних одлука. Разматрамо и став да нема универзалних моралних принципа, већ да постоје само „помодне“ друштвене норме које се разликују од друштва до друштва.

**Кључне речи:** право, морал, морални судови, правне одлуке, морални принципи.

---

<sup>1</sup> Асистент на Правном факултету у Нишу.

## УВОД

Позитивизам се превасходно бави изучавањем права. Прихвата преовлађујући став да адвокати, судије и професори права не могу да се баве правом без помоћи других дисциплина. Разлог лежи у томе што правници недовољно познају све области друштвеног живота које су уређене правом. Ричард А. Познер сматра, да је правницима помоћ неопходна, али да постоји неслагање у погледу тога коме се треба обратити.<sup>2</sup>

Позитивисти сматрају, да је постојање права једна ствар, његова ваљаност или неваљаност – у смислу моралности права – друга. Једно је питање, да ли право постоји или не постоји, а сасвим друго, да ли оно одговара неком предходно датом моралном стандарду. Сматрало се, да право ваља ослободити од „мртвог тела“ морала које се још „лепи“ за њега.

Херберт Харт сматра, да је такозвано „концептуално јединство“ између права и морала погрешно, и он га назива „фантомским“.<sup>3</sup> Харт је ове своје тврдње изнео у тексту „Позитивизам и раздвајање морала и права“<sup>4</sup>, у коме је оспорио постојање било какве нужне везе између морала и права. Ова теза била је предмет спора најпре између Харта и Дворкина, а касније Дворкина и Познера. Хартова теорија је дескриптивна и морално неутрална, и није везана за посебан правни систем или правну културу.<sup>5</sup> Познер, не прихвата значајнију улогу моралне теорије у правном

---

<sup>2</sup> Према часопису *Legal Affairs*, Ричард А. Познер је међу двадесет највећих правника Америке. Међутим, његов прагматизам и морални релативизам као и приврженост филозофији Фридриха Ничеа, одваја га од конзервативне Америке. Његови утицаји су правници Холмс и Хенд. Написао је неколико књига о јуриспруденцији и филозофији права: *Право, прагматизам и демократија, Проблеми јуриспруденције, Проблеми теорије морала и права*. Познерова филозофија је често конзервативна, али је њен допринос без обзира на поље истраживања велики.

<sup>3</sup> Cristobal Orrego, *H. L. A. Hart's Arguments Against Classical Natural Law Theory*, *The American Journal of Jurisprudence*, University of Notre Dame, Volume 48, 2003, p. 310.

<sup>4</sup> Први пут штампано 1958. године у *Harvard Law Review*, vol. 71.

<sup>5</sup> H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, 1963, p. 25.

истраживању, залажући се за прагматизам, слично како је то чинио и Холмс.<sup>6</sup>

Харт и Познер заузимају став, да филозофија морала нема шта да понуди ученим правницима или судијама у доношењу пресуда, или у стварању правних доктрина. Сматрају, очигледним да правна питања не би требало проучавати из угла филозофије морала, већ их ваља посматрати са прагматичког становишта.

### **1. Немогућност утицаја морала на право**

Судија Холмс, је за Енглеze остао водећа личност у јуриспруденцији, ма како се променила његова америчка репутација. Он, обједињује следећа два квалитета: прво, снагу имагинације, која често недостаје енглеском промишљању права, и друго, јасноћу, коју енглеска правна мисао обично има. Енглески правник који проучава Холмсове идеје, почиње да схвата, да је оно што је сматрао утврђеним и сталним, заправо увек у кретању. Ако се то открива са Холмсом, може деловати неуверљиво, понекад чак и одбојно, али никад загонетно. Међутим, Холмс је, као и Остин са којим је делио многе мисли и идеале, понекад сигурно грешио.

Бентам и Остин, стално су инсистирали на потреби да се разликују, одлучно и максимално јасно, право какво јесте од права какво би оно требало да буде. Бентам сматра, да ће нам инсистирање на разлици између јесте и треба, помоћи да избегнемо две опасности: опасност да се право и ауторитет права изгубе у човековој представи о томе шта право треба да буде, и опасност да постојеће право потисне морал као крајњи тест понашања и могуће критике.<sup>7</sup> Насупрот томе, данас се у САД и Енглеској раздвајање права и морала сматра површним и погрешним.

Грин, Греј и Холмс су сматрали да је инсистирање на дистинкцији између права и морала, омогућило схватање права као средства друштвене контроле. Ова дистинкција је једна од значајних

---

<sup>6</sup> Гордана Вукадиновић, *Савремена америчка јуриспруденција и наша теорија права на почетку XXI века, Америчка јуриспруденција XX века*, Новосадска асоцијација за теорију, етику и филозофију права, Нови Сад, 2006, стр. 25.

<sup>7</sup> Jeremy Bentham, *Principles of Morals and Legislation*, Works I, p. 84.

тема Холмсовог чувеног огледа „Пут права“<sup>8</sup>, и Грејовог дела „Природа и извори права“<sup>9</sup>. Греј је сматрао, да је велика добит фундаменталне концепције, коју је јуриспруденција усвојила, била признавање истине да право једне државе није никакав идеал, већ нешто што стварно постоји. То није нешто што треба да буде, већ је нешто што јесте. Остинова је заслуга, да је ову истину коначно уградио у јуриспруденцију „општег права“.

Несумњиво да су Бентам и Остин, када су инсистирали на дистинкцији између права које јесте и права какво би требало да буде, имали на уму појединачне законе чије је значење било јасно и неспорно, те су настојали да докажу да су такви закони, чак и ако су морално неприхватљиви, ипак закони.

Остин је својом теоријом, инаугурисао доба правног позитивизма.<sup>10</sup> Његово, неслагање са замагљивањем дистинкције између онога што право јесте и какво оно треба да буде, сасвим је, по Харту, опште природе. То је, за Харта, увек погрешно, ма какав био наш стандард о томе какво право треба да буде, и ма какав био садржај који регулише наше одобравање или неодобравање тог права.<sup>11</sup>

Познер, који је био под Холмсовим утицајем, сматра да, морално теоретисање не ствара добру основу за моралне судове. Чак и када би оно створило ваљану основу за моралне судове, ови не би смели да буду употребљени код доношења правних одлука.

Према Харту, реч „морал“ и с њом повезана или синонимна реч „етика“, носи у себи поље нејасности или „отвореног садржаја“. Извесне норме неки људи сматрају моралним, а други не. „Односни морал“ датог друштва или „прихваћени“ или „конвенционални“ морал друштвене групе, о којој се говори, су стандарди понашања које је широко присутно у одређеном друштву, и треба их разликовати од моралних принципа или идеала који могу усмеравати живот појединаца, али које он не дели с било којим већим бројем оних с којима живи.<sup>12</sup> Харт сматра, да су правне норме далеко

<sup>8</sup> Штампано у *Harvard Law Review*, 1897.

<sup>9</sup> John C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, Oxford University Press, Oxford, 1921

<sup>10</sup> John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Library of Ideas, 1954.

<sup>11</sup> H. L. A. Hart, *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*, UCLR, 1967, p. 8.

<sup>12</sup> H. L. A. Hart, *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 48.

одређеније од моралних. Морални кодекси се међу собом разликују, а та разлика може да настане или из особених али реалних потреба датог друштва, или из незнања.

Под правним позитивизмом, сматра Харт, подразумевамо просту тврдњу да на нужан начин не представља истину, да закони постављају или задовољавају извесне моралне захтеве. Харт је истицао, да Лон Фулер својим начелима унутрашње моралности права<sup>13</sup>, није у потпуности успео да се ослободи правног позитивизма против кога се залагао у свом учењу. Интересантно је да и Артур Кауфман заступа мишљење слично Хартовом. Према њему, Фулерово учење спада у тзв. „емпиријски позитивизам“, иако таква оцена о Фулеровом научном делу нема „праву боју истине“.<sup>14</sup>

Познер, са филозофије морала премешта своје интересовање на правну теорију, испитујући како теорија морала утиче и може да утиче на право. Према њему, утицај је веома мали. Наводи такозване, морално-правне случајеве, од еутаназije и абортуса до сегрегације, и налази да је филозофија морала у основи одсутна и непотребна у судским одлукама, поводом ових случајева. Познер сматра, да сам термин „теорија права“, није јасан колико би требало да буде. Његово позитивистичко настојање, посвећено је професионалним напорима да се одупремо продору теорије морала у област права.<sup>15</sup> Ово чини позивајући се на Дворкина, Харта и Јиргена Хабермаса. Одлика теорија ових аутора, коју он жели да нагласи је претензија на универзалност. Сви они, наводе принципе за које сматрају да су применљиви у сваком правном систему. Ипак принципи су боље разумљиви ако се примењују на национални правни систем: Енглески у случају Харта<sup>16</sup>, Амерички у случају Дворкина<sup>17</sup> и Немачки у случају Хабермаса.

<sup>13</sup> О унутрашњој моралности права Лон Фулер говори у својој књизи *Моралност права*.

<sup>14</sup> Драган М. Митровић, *Правно учење Лона Фулера о моралности права у светлу учења његових противника и бранилаца, Америчка јуриспруденција XX века*, Новосадска асоцијација за теорију, етику и филозофију права, Нови Сад, 2006, стр. 143.

<sup>15</sup> Richard A. Posner, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, Hofstra Law Review, vol. 8, 1980, p. 487.

<sup>16</sup> H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, p. 56.

<sup>17</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, p. 89.

Неслагање права и правде је вековни проблем, али се чини још мање разумљивим због коришћења моралних термина, као што су „поштено“ и „неправедно“. Водећи се Холмсовим мислима, Познер истиче, да је Холмс одавно упозорио на замке у разумевању права, због исувише озбиљног прихватања речника морала. Право користи моралне термине, делимично због свог порекла и импресивности. Да би га боље разумели они на које се односе његове наредбе. На крају, и сам Познер признаје да постоји знатно преплитање права и морала. Али је преплитање ипак ограничено. Зато није велики промашај, када право пропусти да веже санкцију за неко неморално понашање, или када придода санкцију моралном понашању.

Позитивизам се противи идеји, да постоји ван временски и ван просторни морал. Морал, је скуп обавеза које имамо према другима, он би требало да ограничи наш егоизам. Проблем није у поставци да је морал облик социјалне контроле, али јесте проблем то што он има мањи утицај на понашање људи него што то моралисти мисле. Употреба морала у нормативном промишљању, ствара конфузију.

Следећи проблем, је изједначавање морала и етике. Боље је, сматра Познер, појам етика везати за покушаје да се одговори на питање: Како ваља да живим? А појам морала, за скуп одговора који треба да нагласе дужности према другима. Оно што, Познер, највише критикује, јесте „академски морализам“.<sup>18</sup> Према њему, „академски морализам“ заступају Елизабет Андерсон, Роналд Дворкин, Џон Финис, Џозеф Раз и Џон Ролс. Они верују, да морално теоретисање које се обавља на универзитетима, има одлучујућу улогу код моралних одлука и моралног понашања људи. Неки од ових моралиста су правни филозофи (какви су Дворкин, Финис и Раз), или политички филозофи (какав је Ролс), а не филозофи морала. Неки од њих, бране читав систем морала, као што је утилитаризам или Кантова етика, а други се баве применом моралне теорије на сам морал и правне расправе око абортуса и еутаназije. Али, сви они желе да право следи учење моралне теорије.

---

<sup>18</sup> Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, p. 4.

Познер, заступа „прагматички морални скептицизам“. Одбија помисао, да постоје универзални морални закони. Он је морални релативиста. Али не сматра, да је морална теорија бескорисна.

Познер сматра, да је морал локална ствар и да нема универзалног морала.<sup>19</sup> Наводи пример таутологије када се каже „убиство је погрешно“, онда када убиство значи неправедно убијање. Али шта је убиство, различито се схвата од друштва до друштва. Постоји велики број рудиментарних принципа социјалне кооперације – као што су не лажи стално, или не крши обећања без разлога, или не убиј – који су присутни у сваком друштву и он пристаје на то да су они рудиментарни принципи универзалног моралног права. Али, према њему, они су исувише апстрактни да би били критеријуми. Зато одбацује морални реализам, и прихвата морални релативизам. Морални релативизам, заступа тезу да појам „морални прогрес“, ваља обазриво користити, зато што је то само могућност, а не и објективна стварност

Познер сматра, да многи морални феномени могу да буду објашњени без позива на моралне категорије. Према позитивистима, речник морала је полемички и лицемеран. Морални принципи који претендују на универзалност, могу боље да буду разумљиви, као „помодне норме“ које се разликују од друштва до друштва. Оно што је универзално су морални сентименти, односно моралне емоције. Али, према Познеру, морални сентимент је неутралан и уствари није морал. „Моралистички“ би био бољи израз за њих. Жаљење и мржња, на пример, су универзални али није објект на који се односе.

И опет позитивисти понављају, да „академски морал“ нема за перспективу побољшање људског понашања. Познавање морала не може да нас покрене или да створи мотивацију за морално деловање, мотив и мотивација морају да дођу изван морала. „Академски моралисти“ немају никакве могућности, или вештине које би им помогле да реше супротстављена мишљења или институционалне проблеме. Позитивизам додаје да, „модерни академски моралисти“ немају могућност да унапреде морал.

---

<sup>19</sup> Richard A. Posner, *The Value of Wealth: A Replay to Dworkin and Kronman*, 9 J. Legal Stud, 1980. p. 243.

Познер, своје становиште назива „прагматички морални скептицизам“, и разликује га од моралног релативизма, моралног плурализма, моралног субјективизма, моралног скептицизма и моралног партикуларизма.

Морални релативизам сматра, да су критеријуми за морално тврђење дати унутар саме конкретне културе, а не од стране универзалних моралних вредности, тако да ми не можемо назвати другу културу неморалном, ако је просуђујемо само по својим стандардима. Али, Харт и Познер одбацују „вулгарни релативизам“, који инсистира на томе да је наша дужност да толеришемо културе које имају другачија морална виђења и вредности од наше. Према њима, „вулгарни релативизам“ је само још једна школа „академског морала“. Али Харт и Познер, нису ни припадници моралног субјективизма, „све је могуће“.<sup>20</sup>

Морални плурализам, је идеја да су моралне вредности невероватно различите, тако да правда и лојалност, на пример, не могу да буду пропорционално извагане у решавању моралних проблема. Ово јесте повезано са моралним релативизмом, али није њему идентично, зато што многи плуралисти верују да нас разлог онемогућава да бирамо између несразмере.<sup>21</sup>

Морални субјективизам, сматра да је моралност везана за морална убеђења сваког од нас, тако да индивидуа дела неморално, само ако је то делање супротно од оних моралних убеђења, која је он прихватио. Тако да није могуће доказати моралну кривицу особе која је одбацила морал свог друштва, као што је то учино Ахил, Едмунд у „Краљу Лиру“, или завереници против Хитлера. Једино што се може рећи за ову особу јесте, да она дела супротно моралним убеђењима заједнице.<sup>22</sup>

Морални скептицизам, није онај који у строгом смислу речи верује да је морална истина несазнатљива. Чињеница је да је децеубиство у нашем и сличним друштвима неморално, осим ако одојче није способно за живот. Свако ко би се залагао за убиство нормалне одојчади, био би проглашен неморалним од сваког. Ту би чак, Харт и Познер постали морални реалисти.

---

<sup>20</sup> Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, p. 8.

<sup>21</sup> Richard A. Posner, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, p. 507.

<sup>22</sup> Richard A. Posner, *The Value of Wealth: A Replay to Dworkin and Kronman*, p. 244.

Харт и Познер тврде, да нема ваљаних одговора на спорна морална питања, ако питања нису сводљива на чињенице. Све ово их чини моралним скептицима, односно онима који изражавају сумњу у могућност стварања објективних тврђења, која морална теорија жели да прикаже. Особа која убије одојче дела неморално, а она која тврди да је ово убиство исправно, износиће аргументе излагао би то са позиције приватног морала. Познер би могао да га сматра лудаком, монструмом, или прекршиоцем локалног моралног кодекса. Али би оклевао да га назове неморалним, као што би оклевао да назове Исуса Христа неморалним, због кршења норми, или Понтија Пилата због спровођења норми.

Било је исправно судити нацистима, а не стрелјати их без суђења. Али то је било политичко право. То је створило ваљану основу за памћење шта су нацисти учинили. Требало је да подстакне Немце да прихвате правну државу, пре него тоталитаризам. Али суђење је било исправно, не зато што је доказало да су нацисти били неморални, што они и јесу, али по нашим правилима, а не по њиховим. То што су они покушали да сакрију своје геноцидне активности, према Харту и Познеру, може да изгледа као да они признају универзално морално право. Постоје и другачија мишљења. Јавност је могла да упозори потенцијалне жртве. И Немци који су били демократски настројени, имали би сумње у геноцид. Да је Хитлер добио рат, супротно мишљење би нестало.<sup>23</sup>

Морални партикуларизам, верује да нема генералних моралних принципа, постоје само партикуларне моралне институције – и у том случају је и Познер морални партикулариста – или, што је још интересантније, да постоје универзална морална правила, али она морају да буду примењена на морална питања са већом дозом пажње у односу на социјални контекст, него што је то учинио Кант.<sup>24</sup>

## **2. Релативност морала и морални прогрес**

Могао би да постоји „универзално морални кодекс“, као скуп принципа које би прихватили као обавезе за решавање специфичних

<sup>23</sup> Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, p. 11.

<sup>24</sup> Richard A. Posner, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, p. 508.

моралних проблема. Могло би, али не постоји такав кодекс, помоћу кога је могуће да се реше конкретни морални проблеми. Свако друштво које је до сада постојало имало је свој морални кодекс, али њега је стварао друштвени живот и околности, а не неки недодирљиви извор.<sup>25</sup> Ропство је било рутина, када победник није могао да прехрани побеђене. Дакле, алтернатива је била да их побије. Да ли је ропство под овим околностима погрешно? Према Познеру, није исправно рећи да су Грци били неморални и да се ропство код њих разликује од ропства које је постојало у САД до грађанског рата.

Релативност морала, указује на то да нема моралног прогреса у смислу модерне здраве нације, према њему, ми не можемо да мислимо да смо морално напреднији од канибала. Ако неко предложи поновно увођење ропства, ми ћемо то одбити као ретроградан захтев. То би указивало на морални прогрес у односу на 1860. годину. Али, ми нећемо моћи да кажемо да смо морално бољи од људи из тог времена, зато што ми знамо да је ропство неисправно, а већина тада то није знала, или једноставно зато што та институција просто више не постоји. Ако кажемо, да је поново увођење ропства морално ретроградан процес, ми износимо наш морални став.

Опремљени бољим знањем људи могу да кажу, да су неке моралне норме ишчезле, зато што нису биле адекватне за постизање друштвених циљева. Ако моралне норме нису више адекватне водећим друштвеним групама или слабе друштво до те мере да је рањиво и освојиво, онда ће нестати или те моралне норме, или друштво. Примери су: моралне норме Нацистичке Немачке и Совјетског Савеза. Како имамо различите моралне кодексе, а најбољи је наш, описујемо разлику између лоших старих моралних кодекса и нових као морални прогрес. И оно предходно називамо неморалним. То је само епитет. Оно што би требало да кажемо јесте, да су ови кодекси били неадаптивни. Да су они адаптивни, ми не бисмо могли ништа друго него да заузмемо вредносни став. Да је Хитлер успео у својој замисли и да је његов морални кодекс имао

---

<sup>25</sup> Радомир Лукић, *Систем филозофије права*, Савремена администрација, Београд, 1992, стр. 418.

улогу у томе, наша морална убеђења би можда била другачија. На крају Хитлер и Стаљин нису успели, не зато што су њихови програми били неморални, него зато што су њихови системи били екстремно централизовани, и одатле крхки упркос илузији снаге.

Према Познеру, реалност моралног прогреса је доведена у питање, на изненађење анти-релативисте као што је Муди-Адамс. Она сматра, да су људи одувек знали да је ропство погрешно, али су игнорисали ту чињеницу. Имали су лични интерес да прихвате чињеницу неморалности ропства. Тако да нема моралног прогреса, јер смо ми одувек знали шта је морално исправно. Она износи мишљење, да постоје универзални морални принципи (као што је неисправност ропства), али су њени много прецизнији од рудиментарних принципа који претендују на универзалност. Али, за Познера је ово неубедљив доказ. Да ли је, како она мисли, некада било искрених поборника ропства? Како можемо да будемо сигурни да Аристотел није чврсто веровао у ропство? Или Лок?<sup>26</sup>

Амбиција „академских моралиста“ да промене морална убеђења људи и њихово понашања, на крају крајева је нереална. Није до краја јасно зашто би промена моралних убеђења, требало да води промени понашања. „Академски моралисти“ мисле, да ако је неко убеђен да је нешто морално да се учини да ће он бити мотивисан да то учини, кантисти сматрају да је ирационално учинити другачије.

Позитивисти сматрају, да није довољно оно што заступају „академски моралисти“, да је само потребно убедити људе у моралност нечега, потребна је и нека врста унутрашњег или државног притиска. Некад је довољно убеђивање, и људи који пристану то чине зато што им је част да буду исправни, односно бољи од других. Али, то је част а не моралност. То је истовремено жеља за друштвеним статусом. Ако „академски моралисти“ могу да убеде довољно људи да промене своје виђење, онда ће се лакше применити морални кодекс, нарочито ако су моралне норме претворене у право, или заштићене правом. Морал је скуп обавеза, дужности. Јер, иако је највећи број људи добар, или је то постао образовањем, или му је част да то буде, највећи број не жели да се лиши комфора који је

---

<sup>26</sup> Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, p. 26.

нарушен наметањем обавеза. Уствари, ми смо невољни да платимо било коју цену да би смо били исправни. Ми то можемо да избегнемо, избегавањем или порицањем онога што морал од нас захтева.

Сваки „академски моралиста“ сматра да његово убеђење сви морају да следе. Сви морају да се сложе са његовом тврдњом, на пример, да је абортус неморалан. Али како имамо различите положаје и статусе у друштву, немогуће је начинити морално униформну популацију.

Позитивизам настоји да објасни, како ће се социјални морални кодекс променити када дође до промена у материјалним условима, или када харизматични лидер користећи неконвенционална средства, може да промени наша морална убеђења. „Академски моралиста“ није тај који мења морална убеђења људи. Моралност, морални плурализам, моралне промене и моралне емоције, могу да створе добру расправу која ће генерисати комплетне моралне циљеве.

Теорија морала, нема шта да пружи праву. Идеја о неморалности расне дискриминације дугује врло мало „академским моралистима“, она дугује морално предузимљивим људима као што су Абрахам Линколн, Мартин Лутер Кинг. Познер, не тврди да „академски моралисти“ нису цитирани у судским одлукама, али они нису били ауторитети због којих се заузимала један или друга страна у одлучивању.

## ЗАКЉУЧАК

Али ако морална теорија није извор права, шта је? Одговор је лак, за оне који верују да сва уставна питања могу бити решена реконструисањем намера састављача. Дворкин и Фулер су превише експлоатисали тај мит.<sup>27</sup> Одговор на ово питање даје Харт, када каже да: „Данас се сматра да морамо признати нешто што су правни позитивисти, чије је време прошло, прикрили: да постоји тачка у којој се укрштају право и морал, да су оно што јесте и оно што треба да буде некако нераздвојно повезани или неодвојиви, иако то

---

<sup>27</sup> Дворкин је то учинио у делима *Суштина индивидуалних права* и *Царство права*, а Лон Фулер у делу *Моралност права*.

позитивизам оспорава.<sup>28</sup> Практично, узимање у обзир овога је адекватно да реши многа уставна питања, која не воде сукобу морала и политике. Али шта са питањима која не могу да буду тако решена? Судије имају избор. Једно решење је, да ако је јавно мњење подељено око моралног питања, суд остави решење овога политичком процесу. Друго, са којим се Холмс сретао и примењивао је, да иако је политички процес уобичајена ствар, судије с времена на време сами ово реше на основу својих моралних емоција. Ово друго решење прихвата Познер, а прихватао га је пре њега и Холмс који је сматрао, да морални скептик и релативиста има исте моралне емоције као и свако други, а једино се разликује од других, по томе што сматра да морална неслагања не могу да буду решена моралним расуђивањем.

Добар део моралног и неморалног понашања, објашњив је без позивања на моралне категорије. Ово указује, на то да теорија морала нема велики утицај на понашање и да је ту само да бисмо се ми видели у бољем светлу.<sup>29</sup> На пример, ако претпоставимо да постоји алтруизам, а он стварно и постоји, он нема никакве везе са моралном теоријом, моралним правом, моралношћу. Алтруизам као делање у смислу помоћи није мотивисан обећањем, страхом од казне, он је нешто што је често мотивисано љубављу, сажаљењем или наклоношћу. Али ово нема никакве веза са моралним емоцијама, ово није позив на обавезу. „Моралиста“, не може да нас убеди путем метода расуђивања да прихватимо неке моралне стандарде. Он само може да нам понуди моралност, коју ми можемо да прихватимо или одбијемо због части, комфора, убеђења или предности, а не зато што је добар или лош. Ако га прихватимо, ми може да се потрудимо да га примењујемо на неке случајеве, и да се надамо да ће га и други људи прихватити.

Речник морала је локалан. Дворкин, који није метафизички морални реалиста, сматра да неморалност абортуса, ако је он неморалан (што није његово мишљење) не зависи ни од чијег мишљења.<sup>30</sup> Чак и ако он није у праву, као што то Познер сматра, и

<sup>28</sup> H. L. A. Hart, *The Philosophy of Law*, p. 65.

<sup>29</sup> Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, p. 45.

<sup>30</sup> Ronald Dworkin, *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1977, p. 23.

ако је морал ствар локалних убеђења у оквиру сваке заједнице могуће је да се створи морални систем:

Најозбиљнији проблем за моралну теорију, у данашњој Америци, није одсуство независног мишљења. Није ни интернационални морални плурализам. То је морални плурализам у самој САД. Либерали из Њујорка, немају иста морална убеђења као и мормони или бизнисмени са Мајамија, или Јевреји. Проблем моралног плурализма је проблем теорије морала. Сви ови мормони, Јевреји, бизнисмени се слажу да су геноцид и ропство, неморално. Али њихов договор није релевантан, зато што не може да буде искоришћен да би решио сукоб моралних питања. Прихватљивост моралних принципа је обрнуто од њихових могућности да реше актуелна питања.

Сматрамо, да је позитивистичка и релативистичка струја у правној мисли, одбијајући да прихвати укрштање права и морала, донекле прихватила и могућност неморалности читавог правног система. Морал снажно утиче на развој правног система, и обратно право суштински утиче на моралне стандарде. Тако садржај великог броја правних правила одсликава морална правила или принципе. Извесни морални принципи могу да се уведу у правни систем и постану његов део, преко експлицитних законских прописа, а судови могу бити законски обавезни да пресуђују сходно ономе што сматрају праведним, односно најбољим. Слажемо се да, из пуке чињенице да једно правило нарушава неки морални стандард, не следи да то правило никако и није правно правило; и обрнуто, из пуке чињенице да је једно правило морално пожељно не следи да је оно самим тим и правно правило. Али, одбијање присуства морала у праву, сигурно доводи до постхумане будућности, или ако желимо да се окренемо ка прошлости, до страха нацистичког режима.

До тога ће сигурно довести тврдња да, је правни систем један затворени логички систем, у којем се исправне правне одлуке могу логичким средствима дедуковати из претходно одређених правних правила, без обзира на друштвене циљеве, политике и моралне стандарде. Као и тврдња да, морални судови не могу бити утемељени или се бранити као ставови о чињеницама путем рационалних аргумената, евиденције или доказа.

Остинова концепција, да је појам наредбе кључ за науке јуриспруденције и морала је погрешна. Чак и у најједноставнијем

правном систему има много тога што се искривљује ако се представи као наредба. На то је указао Греј рекавши: „Могуће да је грешио када је сматрао да је право у држави наредба суверена“.<sup>31</sup>

Лако је увидети да је оваква представа правног система застарела. Такође се кроз историју види зашто су ужаси нацизма, у директној вези са одрицањем битне везе права и морала. Ситуација која се описује једноставном трилогијом наредба, санкција и суверен, уколико се ти појмови схвате дословно, личи на ситуацију у којој разбојник каже својој жртви: „Новац или живот“. Право свакако не личи на овај опис, а правне одредбе се не смеју поједностављено идентификовати са принудом.

Дакле, нешто изузетно неморално не може бити закон.

---

<sup>31</sup> John C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, Oxford University Press, Oxford, 1921, p. 94.

Marko Trajković, LL.M., Assistant

## **THE MORAL RELATIVISM WITHIN THE ANGLO-AMERICAN JURISPRUDENCE**

### **Summary**

*According to the main request of the Positivists, the Theory of Morality shouldn't be taken into consideration while enacting the law. Thus, law should be freed of any influence of morality. Therefore, Posner believes that law shouldn't be studied from the point of view of the Philosophy of Morality. It should be considered from the pragmatic standpoint. Moral theorizing cannot contribute to the development of the legal science. Hart believes that the conceptual unity between law and morality is wrong and he names it "phantom". As said by those two, the Philosophy of Morality has nothing to offer to the learned lawyers or judges when passing judgement, or establishing legal doctrines.*

*This attitude either leads to the posthumous future or takes us back to the horrors of Nazi regime. It is easy to realize that the assumption is outdated. Legal regulations cannot be simply identified with the compulsion. Thus, something downright immoral cannot be accepted as the law.*

**Key Words:** *law, morality, moral judgements, legal decisions, moral principles*