

Др Горан Дајовић*

ПРАВДА И ПРАВО: НОВИ ОДГОВОРИ НА СТАРО ПИТАЊЕ

У чланку се анализира однос два концепта: концепта праведног делања и концепта права. При томе се следи увид савремених правних филозофа, и то оних с обе стране „борбене линије“ у јуриспруденцији (и позитивиста и јуснатуралиста), који сматрају да је погрешно да се тај однос своди на питање да ли је неправедно (или неморално) право право, то јест да ли је важеће право или није. Ипак, то не значи да не постоје нужне или значајне везе између правде и права које јуриспруденција треба да утврди и које ће нам помоћи да боље разумемо „наш“ правни систем и властиту социјалну праксу. Након анализе два концепта, долази се до закључка, прво, да су две кључне везе између правде (праведног делања) и права у томе да је право подобно да буде процењивано као праведно или неправедно и, друго, да право треба да остварује правду. Из те две нужне везе проистиче да право које не остварује формалну правду и процедуралну правду, концептуално гледано, не може да буде посматрано као типичан правни систем већ као „дефектно“ или изопачено право.

Кључне речи: *Правда*. – *Праведно делање*. – *Право*. – *Формална „правда“*. – *Процедурална правда*,

1. ОДНОС ПРАВДЕ И ПРАВА У ПАСИВНОМ ОФСАЈДУ ЈУРИСПРУДЕНЦИЈЕ

Пре више од три деценије, чувени јуснатуралиста Џон Финис је у свом капиталном делу *Natural Law and Natural Rights*, између осталог, утврдио да теза *Lex injusta non est lex*, која се сматра „борбеним“ слоганом јуснатуралиста и уједно њиховим решењем проблема односа правде и права није теза коју је истину заступао било

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, gorand@ius.bg.ac.rs.

који јуснатуралиста! Штавише, не само да ту тезу није нико заступао него, како то формулише Финис, „[a] theory of natural law need not have as its principal concern, either theoretical or pedagogical, the affirmation that ‘unjust laws are not law’.“¹ Другим речима, јуснатуралисти нити треба да негирају позитивност позитивног права због његове наводне неправедности нити су они то чинили.

С друге стране, две деценије касније, у другом главном табору јуриспруденције, међу позитивистима, јављају се продорни гласови који обзнањују да централна позитивистичка теза о одвојености права од морала (такозвана *separability thesis*) не само да није *централна*, већ у ствари није ни *теза*. Лесли Грин, Џон Гарднер и Андреј Мармор аргументовано и детаљно оповргавају раширено уверење да су позитивисти икада то тврдили, односно да чак ни они који то најзглед *јесу* тврдили (рецимо Харт²) нису оспоравали да постоје многе *неужне* везе између морала и права.³

Ако се замислимо над те две опсервације, долазимо до једног, најблаже речено, занимљивог закључка: обе магистралне теорије у јуриспруденцији – јуснатурализам и правни позитивизам – заступале су, свака са своје стране, по једну очигледно погрешну идеју. Али још је чудније то што нас савремени заступници тих теорија уверавају да, у ствари, обе те идеје заправо нико није озбиљно заступао! Излази да су се филозофи, а касније и јуриспруденти расправљали око два проблема која сви сматрају грешком, али која, сматрају Финис, Гарднер и Грин, заправо не постоје!? Имајући то у виду, поводом питања односа правде и права (а нешто шире и морала и права) јуриспруденција подсећа на фудбалера у пасивном офсајду. Као што љубитељи фудбала знају, такав играч је „у прекршају“, али пошто то *не утиче на игру*, онда га треба игнорисати, као да не постоји.⁴ Тако

¹ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford 2011², 351.

² У најмању руку се за Харта може рећи да је „флертовао“ с тезом о одвојености, према се његова верзија правног позитивизма одлично држи и без те тезе (уп. Leslie Green, *The Germ of Justice*, 2010, <http://ssrn.com/abstract=1703008>, 9. јул 2016).

³ Сâм Харт је својом тезом о „праву као клици правде“ (*germ of justice thesis*) заправо тврдио да таква веза постоји и између права и правде као једне од моралних вредности (уп. Херберт Харт, *Појам права*, Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник, Београд 2013, 263). О томе како је он гледао на однос права, правде и моралности инструктивно говори Џон Гарднер у чланку John Gardner, „Hart on Legality, Justice, and Morality“, *University of Oxford Legal Research Paper Series* 44/2010, 1–22.

⁴ Према правилима фудбалске игре (Правило 10), „играч у *офсајд* положају се кажњава само ако се, у тренутку када је саиграч додирнуо или одиграо лопту, према мишљењу судије, *активно укључује у игру*: ометањем игре, ометањем противника, или извлачећи предност из овог положаја“ (<http://www.fsb.org.rs/sites/default/files/>

исто испада да су тезе о којима се у правној теорији расправљало и које су јуриспруденти једни другима пришивали – погрешне, али да оне у ствари *не постоје*, да их, другим речима, треба игнорисати као што судија игнорише фудбалера у пасивном офсајду.

Али чак и ако оне „не постоје“, и даље постоји проблем који те „непостојеће“ тезе наводно решавају. То је проблем односа правде и права. Овај прилог је управо покушај да се тај проблем „извуче“ из поменутог пасивног офсајда⁵, да се, другим речима, он не решава на погрешан начин и не сагледава кроз „лажне“ дилеме попут оне да ли је *важење позитивног права повезано с правдом или није*. Однос правде и права заиста као проблем *постоји* или, ако следимо наведену метафору, и те како „активно утиче на игру“ јер су правда и право (иако различити!) до те мере повезани социјални и људски феномени да ће проблем њиховог односа увек бити практички и теоријски релевантан, те се стога и јуриспруденција с њим неизбежно и изнова суочава.

Први корак у том суочавању, према мом уверењу, јесу извесна *концептуална разјашњења*. Та разјашњења ће врло јасно показати да су Финис, Грин и остали поменути аутори у праву када одбацују помињане тезе које су питање односа правде и права довеле у пасиван офсајд јуриспруденције. Тек је на основу што јасније одређених концепата правде (тачније, праведног делања) и права могуће разликовати та два феномена један од другог (а затим и од осталих „околних“ феномена и нормативних пракси), а након тога предузети и други корак и утврдити какве су природе *везе* које између њих постоје. Најпоследње, тек на основу тако утврђених веза могуће је кренути ка једној *теорији* права у којој би концепт правде имао своје достојно место.

У овом прилогу решаваће се прва два задатка, док ће се трећи (за чије решавање је предуслов да се реше претходна два) оставити или за неку другу прилику или неком другом. Из тог разлога, у првом одељку ће се изложити појам праведног делања. Затим ће се стипулирати један прототипски концепт права, описивањем типичних ка-

pravila_fudbalske_igre_1.pdf, 9. јул 2016). Ако се према мишљењу судије играч у офсајд положају активно *не* укључује у игру на један од поменутих начина, онда се, према устаљеној терминологији, такав фудбалер налази у „пасивном офсајду“ а судија га *занемарује и не досуђује прекршај*.

⁵ То „извлачење из пасивног офсајда“ је у савременој јуриспруденцији у ствари већ предузето, и то од неколико аутора (Гарднер, Грин, Волдрон), тако да овај прилог, у извесној мери, следи те подухвате. Такође, у том контексту истичем и један мастер рад на Правном факултету Универзитета у Београду, из октобра 2015, под насловом *Правда у теоријама правног позитивизма*, аутора Милоша Марковића, као хвале вредан покушај да се скрене пажња на поменуте подухвате у савременој јуриспруденцији.

рактеристика права, које се у јуриспруденцији неспорно прихватају као такве. Најзад, на основу изложених концепата, одредиће се које то концептуално нужне везе спајају правду и право, а што је неопходан предуслов да би се уопште могло кренути ка заокруженој идеји (да не кажем теорији) о праву у којој правда заузима одговарајуће место.

2. КОНЦЕПТ ПРАВЕДНОГ ДЕЛАЊА

2.1. Проблеми око дефинисања правде

Правда је сложен феномен и тешко ју је дефинисати. За то постоје најмање три разлога. Прво, правда је универзалан феномен људске егзистенције. Истраживања Жана Пијажеа показују да се интуитивно „разумевање“ правде усваја у раном детињству и да одражава, премда не сасвим јасно, једну врсту осећаја за праведно који људска бића у себи носе такорећи од рођења.⁶ И када га појединац током социјализације адекватно артикулише, тај његов урођени осећај се освешћује, понекад формирајући и конкретно схватање о праведном односно неправедном. Ипак без обзира на конкретна схватања појединаца и група о томе шта је праведно а шта не (Ролс би ова схватања назвао *концепцијама правде*⁷) имајући на уму чињеницу да је њихово прапорекло у оном урођеном осећају, не изненађује да упркос разноликости концепција правде⁸ постоји и извесна транскултурна и транстемпорална сродност концепата правде.⁹

⁶ Код деце, како је то објаснио Пијаже (уп. Jean Piaget, *The Moral Judgment of the Child*, The Free Press, 1948, 195 и даље) схватање правде је више формално, а мање суштинско, супстантивно. Ипак, већ и деца могу да развију један од два основна супстантивна прилаза правди: схватање да је правда нешто у вези са заслугама, али и схватање да је правда поглавито везана за једнак третман *свих*.

⁷ Овде, пре свега, имам на уму дистинкцију коју изводи Џон Ролс између *концепта* правде и *концепција* које су подвиге под исти концепт (уп. John Rawls, *The Concept of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge – London 1995, 5–6, 9). О стварној плодотворности те дистинкције опширније говори Волдрон (уп. Jeremy Waldron, „The Primacy of Justice“, *Legal Theory* 9/2003, 269–294).

⁸ То потврђују и компаративна правноантрополошка истраживања. „Сва друштва имају концепт правичности (fairness), али шта се има сматрати правичним (equitable) варира од друштва до друштва.“ – Laura Nader, June Starr, „Is Equity Universal?“, *Equity in the World's legal Systems: A Comparative Study* (ed. Ralph A. Newman), Établissements Émile Bruylant, Brussels 1973, 126.

⁹ Познати су експерименти које су когнитивни психолози изводили (на пример, *ultimatum game experiment*), који иду у прилог постојања универзалног људског осећаја за праведно, премда је тумачење исхода тих експеримената донекле контроверзно. О идејама о правди које превазилазе културе и епохе уп. Отфрид

Други разлог за комплексност појма правде је њен значај за људску заједницу. Проблем правде, праведности и праведног делања је у центру друштвених дебата и одлучивања. Где и како год да људи егзистирају, они с једне стране живе у друштву, међу другим људима. У свакој заједници највећи део онога што нам припада или чак и што „заслужујемо“ не бисмо добили/имали да није заједнице саме, да не постоје други људи захваљујући којима се наша добра¹⁰ стичу, увећавају и штите. Из тога, нужно, произилази потреба за сарадњом, а онда и за расподелом или разменом ствари (материјалних добара и других вредности) које заједница односно појединац „стварају“ у најширем смислу речи. Потреба за сарадњом у стварању и *расподели* добара као и потреба за *разменом* јасан је наговештај потребе за правдом. И стога се правда неизбежно и свуда појављује као правни и политички појам.

Оба споменута разлога природно доводе до трећег. Наиме, због његове свеprisутности и значаја, моралног, правног и социјалног, највећи мислиоци су још од античког доба разматрали феномен правде и извојили одговарајуће појмове о њему. Вероватно да је тај појам, уз појам слободе, највише расправљан појам моралне, политичке и правне филозофије. Постоје колоне књига и текстова посвећених правди, али не постоји сагласност ни о концепту правде, а још мање о концепцији праведности. Зато се свако *концептуално* разматрање правде (и праведног делања) суочава с једноставним питањем: одакле га започети? Којим год путем да се крене, на њему је много раскрсница, скретања и кружних токова, тако да је врло лако током „путовања“ изгубити оријентацију.

Ако се сада имају на уму сва три разлога која отежавају поимање правде, како онда у једном краћем тексту изаћи на крај с јединственом комплексношћу тако значајног феномена и доћи до релативно заокруженог појма праведног делања? Јер, без обзира на различите своје видове (етичке, правне, политичке) и специфичности сваког од њих, обично се сматра да су сви они довољно повезани да се могу обухватити једним заједничким оквиром – заједничким

Хефе, *Правда – Филозофски увод*, Академска књига, Нови Сад 2008, 11–13. С друге стране, Еренцвајг, примера ради, вели: „Ми можемо да замислимо друштво које би хтело и успело да створи право као прост рационални механизам за унапређење реда и сигурности. Али природа је била превише мудра да би се ослонила само на човеков разум и интелект, па, једнако као што му је подарила инстинкте за глад и секс, тако му је подарила и осећај за правду и моралност.“ – Albert A. Ehrenzweig, „Psychoanalytical Jurisprudence: A Common Language for Babylon“, *Columbia Law Review* 8/1965, 1353. О универзалном људском осећају за правду говоре и многи други аутори, од Роса (уп. Alf Ross, *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London 1958, 268–269) до Ролса (уп. J. Rawls, 12, 19).

¹⁰ О термину „добра“ у контексту појма правде, биће више речи касније, али одмах треба јасно истаћи да нису у питању само материјална добра.

(истина сложеним) концептом правде или барем базичним концептом праведног делања.¹¹

У уводној напомени поменуо сам шта ће бити садржај овог прилога и шта ћу настојати да учиним. Из тога је јасно и шта *нећу* чинити када је реч о правди. Нећу говорити о *концепцијама* правде, о критеријумима према којима се неко понашање процењује као праведно и неправедно, о томе да ли су такви критеријуми уопште објективни или субјективни, то јест да ли су сазнатљиви или не. Другим речима, оставићу по страни питања *филозофије и епистемологије правде* и уопште питања која се тичу филозофских и епистемолошких промишљања о (моралним) вредностима уопште. Из разлога једноставности и подесности за анализу коју предузимам, у наредном пододељку фокусираћу се само на концептуализовање праведног делања.

2.2. Одређење концепта праведног делања

Управо је споменуто да правда није само правни или политички феномен. Као *универзалан* људски феномен, она је пре свега морални феномен. Чак и у заједницама које не познају правне или политичке институције, правда игра значајну улогу у животу њених чланова. Неспорно, правда је универзална морална вредност, а бити праведан значи поседовати једну моралну врлину. И обрнуто, бити неправедан значи имати једну моралну ману. Дакле, све што је праведно у исто време је и морално. Али није и обрнуто. Другим речима, правда је *само једна* у низу моралних вредности, а праведност само једна од моралних врлина, као што је и неправедност само један од моралних порока. Пошто су моралне врлине релативно трајне диспозиције карактера које се испољавају у људском понашању у одређеним *практичким ситуацијама*,¹² оне су увек усмерене ка *делању*. А оно што врли људи остварују одређеним моралним *делањем* јесте извесна морална вредност. Сходно томе, правда као морална вредност, праведност као врлина и праведно делање јесу три стране једне исте појаве.¹³

Међутим, сада се поставља кључно питање: по чему се праведност, као морална врлина, разликује од других врлина, рецимо

¹¹ Уп. David D. Raphael, *Concepts of Justice*, Clarendon Press, Oxford 2001, 2.

¹² Уп. Aristotel, *Complete Works of Aristotle* (ed. J. Burns), Princeton University Press, Sixth Printing, with Corrections, Princeton 1995, 49, 3753.

¹³ Данило Баста би овде додао и праведника јер, како он примећује, „правда, праведан чин и праведник свагда иду заједно“. – Данило Баста, „Праведност као врлина (судије)“, *Право и правда, Хрестоматија* (прир. Бојан Спаић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 28.

храбрости, умерености, дарежљивости, марљивости итд.¹⁴ Или, ако посматрамо правду првенствено као дела(ње), а не као врлину, какво *делање* можемо да квалификујемо као праведно или неправедно? Које је његово главно својство? До одговора на то питање (питања) мора се доћи корак по корак. Наиме, ако следимо највећег мислиоца кад је о правди реч, одмах можемо констатовати да је *праведно* делање делање *према другима*.¹⁵ Правда је морална вредност која се не тиче изолованих појединаца. Она је, како се то често каже, интерсубјективна или социјална вредност.¹⁶ И премда је та тврдња неспорна, она је сувише неодређена јер се у том смислу праведност не разликује од, рецимо, оданости или дарежљивости, пошто се може бити лојалан или дарежљив такође *само према некоме другом*. Треба, дакле, ићи даље у прецизирању праведног делања. И то не још један, него још неколико корака даље. Који су то кораци? Овде нам, уз већ помињаног Аристотела, у помоћ могу прискочити Цицерон и Улпијан. И један и други су, само различитим речима, изrekli врло сличну мисао која би се могла парафразирати на следећи начин: „правда значи дати свакоме његово, дати оно што му припада“.¹⁷ И ако следимо ту мисао, јасно је да „концептуализација“ појма праведног делања изискује да се прецизира *давање* као врста делања које је подобно да буде оцењено као (не)праведно. То прецизирање захтева да се испита (1) шта значи, у смислу праведног делања „дати“, затим (2) шта значи „његово“ или „оно што му припада“ и, најзад, (3) шта је „добро“ које се таквим делањем „даје“.

Најпре, треба нагласити да „давање“ у ствари није *само* давање, то јест додела добара или повластица. Реч је заправо о расподели, алокацији како повластица, права, тако и *терета или штете*. Могло би се рећи и да је то „давање“ и пожељних и непожељних „добра“, али ми се чини да је уместо речи „давање“ прикладније да се користи реч (*рас*)*подела, алокација*. Стога ће се у даљем тексту, уз израз „давање“, равноправно користити и та два израза.

Друго, није свако морално делање које подразумева радњу *расподеле* добара праведно делање или индуковано врлином праведно-

¹⁴ То питање се може и обрнути („По чему се неправедност разликује од других моралних мана какве су кукавичлук, неумереност, тврдичлук, лењост итд.?”) а да заправо трагамо за истим одговором.

¹⁵ „Праведно и неправедно увек укључује више од једног лица“. Aristotel, 3857.

¹⁶ Уп. Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, II–II, Q 57, A1, Q 58, A1, A2, <http://www.ccel.org/ccel/aquinas/summa.html>, 9. јул 2016.

¹⁷ Улпијанова знаменита изрека гласи: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. – *Digestorum seu Pandectarum Liber primus*, I.10, Службени гласник, Београд 1997, 68.

сти. Често људи делају на тај начин („расподељују“ нека добра) али подстакнути врлинама дарежљивости, милосрђа или солидарности. Некад то чине из љубави или пријатељства, а некад из чисте користи. А ако се, рецимо, унутар породице помаже („даје“) немоћнима, болеснима то јесте алокација добара, али која није у вези с праведношћу него је у вези са ситуационом, моралном обавезом чланова породице да помогну својим ближњима. Према томе, *није* свака радња којом се алоцирају нека добра подесна да се оцењује као (не)праведна. Да би „давање“ као радња било подесно да се оцењује у светлу (не)праведности, алокација треба да се врши према мерилу, чија *форма* је *сразмера*. Тим „мерилом“, на крају крајева, одмерава се шта коме припада или, другим речима, само се „постојаном и трајном“ („*constans et perpetua...*“, како вели Улпијан) *применом* принципа сразмерности према којем се алоцирају предметна добра заиста сваком *даје његово*. Да се поново позovem на Аристотела: „[Праведан човек дела тако] да када расподељује између себе и другог или између друга два човека не дела тако да себи даје више а другоме мање онога што сматра пожељним (и обрнуто када је реч о ономе што је штетно), него и себи и другом даје једнако у складу са *сразмером (пропорцијом)*, а исто тако и када су у питању друга два лица. Неправда је... оно што је у супротности са *сразмером...*“¹⁸ Стога је праведно да, примера ради, одштета буде сразмерна причињеној штети, казна почињеном злочину, пореска обавеза у сразмери с економском моћи, а оцена на испиту у сразмери с показаним знањем.

Најзад, остаје да се одговори на последње, треће питање: какво је то „добро“ које се праведним делањем „даје“? Како вели Ролс, „[T]he concept of justice applies whenever there is an allotment of something rationally regarded as *advantageous* or *disadvantageous*“.¹⁹ А према Аристотеловом мишљењу, ствари које могу бити вредне (од којих имамо корист или ако их немамо, онда имамо штету) јесу оне које су потребне – потреба је дакле мерило вредности „добра“²⁰ које

¹⁸ Aristotel, 3843. Истини за вољу, сам Аристотел је био склон да о праведном говори *и* као о ономе што је у складу с *једнакошћу*, али је очигледно сматрао да је, у контексту правде, делање према начелу једнакости заправо делање које је у складу с пропорцијом, сразмером, јер он каже да је „праведно пропорционално (сразмерно) а неправедно оно што се огрешује о пропорцију“ (с тим што та пропорција може бити геометријска или аритметичка).

¹⁹ J. Rawls, 8.

²⁰ Аристотел полази, пре свега, од потреба које су индивидуалне, то јест субјективно одређене. С друге стране, Џон Ролс као критеријум за одређење да ли је нешто *расподељиво* „добро“ узима апстрактну рационалност. Најзад, као критеријум „потребности“ односно „расподељивости“ неког добра може се, као што то чини Волцер, узети његова социјална прихваћеност односно друштвено разумевање неког добра као „потребног“. – M. Walzer, *Spheres of Justice – A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, New York 1983, 8–9. Имајући на уму да је правда, како је

је подобно да буде предмет алокације према принципу сразмерности. Осим тога, јасно је да „добро“ о којем је реч мора бити на неки начин (из)мерљиво, будући да се праведним делањем оно расподељује према некој пропорцији. Оно што није мерљиво, што нема *меру*, не може да има ни *сраз-меру*. Уз те две одлике „добра“ које се расподељује, у филозофији и јуриспруденцији се још помињу и оскудност²¹ и ограниченост (у смислу коначности броја расподељујућих добара²²), али будући да та својства немају пресудни значај за однос правде и права, колико прва два, о питању да ли су она заиста *својства* или нису неће се на овом месту дискутовати.

Из свега што је до сада речено произилази својеврсна дефиниција праведног делања. Да би једно делање било подесно да се оцењује у светлу (не)правде као моралне вредности, оно мора да буде предузето тако да делатник *алоцира (даје или узима) добра*²³ *на основу алокативног мерила чија форма је сразмерност*. Уз такву дефиницију нужна су два кратка појашњења. Прво, где год се (у наредном тексту) говори о праведном делању, не говори се о делању као *праведном по себи*. То што се једна врста практичког делања назива „праведним“ само је елиптичан израз за делање које је подесно, подобно да уопште буде (процењивано као) праведно или неправедно. И друго, према стипулираној дефиницији, делатник који у *конкретној* ситуацији алоцира добра према алокационом принципу сразмерности дела праведно (или неправедно). То значи да за праведно делање није нужно да се дела према неком општем начелу праведности (према некој општој норми) већ делатник може казуистички, од случаја до случаја, узимајући у обзир све конкретне околности, да даје „свакоме његово“.²⁴ Ипак, праведност као „постојана и трајна тежња да се свакоме даје његово“ *у свакој ситуацији* води ка томе да праведни делатник често успостави неки супстантивни

напоменуто, интерсубјективна, социјална вредност, ово последње схватање је и најплаузибилније. Ипак, пошто то питање нема пресудни значај за тему прилога, нећемо се њиме подробније бавити.

²¹ Уп. О. Хефе, 26–27.

²² Уп. John Gardner, „The Virtue of Justice and the Character of Law“, *Current Legal Problems* 53/2000 (eds. M. D. A. Freeman, A. D. E. Lewis), Oxford University Press, Oxford, 167.

²³ „Добро“ у смислу како је то управо описано.

²⁴ Управо таква дефиниција праведног делања дозвољава да се разуме и Аристотелов појам правичности као „правде појединачног случаја“, као корекције позитивног закона. Јер, уколико би се праведно делање дефинисало *искључиво* као делање на основу неког постојаног општег алокативног правила (што се касније у тексту назива формалном „правдом“), онда би нам било неразумљиво зашто је Аристотел сматрао да су „правично и праведно једно исто“ и чак да је „правично ипак боље [него праведно]“. – Aristotel, 3855.

општи критеријум, норму праведног делања, коју ће следити како би у свим истим случајевима поступао исто и тако свима који су исти дао оно што им припада. То има посебан значај, како ће се показати касније, за однос праведног делања и права.

2.3. „Врсте“ правде

Током векова, уз умножавање текстова и књига о правди, умножавале су се и различите типологије правде. Тако се од Аристотела преко Томе Аквинског па до савремених аутора говорило о различитим врстама правде, расправљало се о томе да ли су оне адекватно дефинисане, да ли су уопште подводиве под један заједнички концепт правде итд.²⁵ Већ Платон и Аристотел термином „правда“ означавају разнородне ствари, од потпуне врлине до примене позитивних закона („законска“ правда). Аристотел уводи и појмове као што су „дистрибутивна“ и „корективна“ правда, који ће опстати до данас, а потоњи филозофи и правници ће нас „обогатити“ и божанском, комутативном, ретрибутивном, социјалном, политичком, институционалном, природном и процедуралном правдом. У овом прилогу нема ни простора ни потребе да се разматрају све „врсте“ правде већ ће бити представљена једна типологија правде која је заснована на управо предложеној дефиницији (не)праведног делања и на различитим „облицима“ тог делања које оно има у различитим типовима правде. Типологија која ће бити представљена има искључиво хеуристичку вредност јер јој је сврха боље разумевање везе између концепта правде и концепта права.

2.3.1. Дистрибутивна правда

Дистрибутивна правда постоји када се применом алокационог принципа сразмерности деле бенефиције и терети које су исход живота у заједници. Њоме се бави држава када грађанима додељује нека права и слободе (као што је право гласа или слобода вероисповести) или када помоћу прикупљеног пореза помаже привредне субјекте који не би самостално опстали на тржишту или грађане који су социјално угрожени. Држава, дакако, не расподељује само повластице него и терете, попут пореза или војне обавезе, тако да и том приликом може да се говори о (не)праведном опорезивању или (не)праведно распоређеном терету одбране земље.

Према Аристотеловом схватању дистрибутивне правде, њена форма је увек *геометријска* пропорција, а њена *садржина* је заслу-

²⁵ Уп. Stephen Perry, „On the Relationship between Corrective and Distributive Justice“, *Oxford Essays in Jurisprudence* (ed. Jeremy Horder), 4th series, OUP, Oxford 2000, 237–264.

га – она се увек односи на расподелу која је сразмерна *заслузи*.²⁶ Дакле, речи из темељног поклича правде „дати свакоме што му припада“ заправо значе „дати свакоме оно што заслужује“! Заслужено је, примера ради, да најбољи студент добије студентску стипендију, да највреднији радник буде унапређен, да најхрабрији војник прими орден. Такво аристотеловско схватање супстантивног мерила алокације (расподела према заслуги) постоји, наравно, и данас. Међутим, ново доба је донело и неке друге принципе – једнаку алокацију свима, односно алокацију према *потребама*,²⁷ алокацију према способностима или алокацију према учинку.²⁸

Као што се види, схватање *супстантивног* мерила дистрибутивне правде се мењало. Поједини аутори чак сматрају да је то довело до промене у сâмом концепту дистрибутивне правде, а не само у њеној *концепцији*.²⁹ Чини се, ипак, да и данашње и некадашње разумевање критеријума према којем се терети и повластице деле може да се подведе под исти формални алокативни принцип правде (мерило сразмерности), а о томе сведочи и чињеница да се у модерно доба воде веома жустре полемике управо поводом критеријума дистрибутивне правде, у којима сами учесници препознају и прихватају да не полемичу пре свега о форми дистрибутивне правде него о критеријумима на основу којих се оцењује ваљаност супстантивног мерила правде.

2.3.2. *Корективна правда*

Праведно делање, показано је, пре свега значи „дати свакоме његово“. Општи алокативни принцип правде је да појединци имају своје место релативне (не)једнакости у односу на то шта им (не) припада у једној заједници. Међутим, тај принцип се не примењује само у ситуацијама када појединци на основу њега добијају оно што им припада (или им се, респективно, нешто узима). Он је увек актуелан и када је постојећа равнотежа нарушена, то јест када се иде за тим да се нарушена равнотежа поново успостави. Стога је увек и свуда један од примарних захтева правде да се другоме не наноси зло, бол, увреда или штета, да му се у ширем смислу речи не „узима“ оно што му припада. Или, како то вели Улпијан у својој другој формулацији налога праведног поступања, да се „другоме не шкоди“ (*neminum laedere*).

²⁶ Aristotel, 3835.

²⁷ D. D. Raphael, 5; Samuel Fleischacker, *Short history of distributive justice*, Harvard University Press, Cambridge – London 2004, 2.

²⁸ Уп. А. Ross, 269–272.

²⁹ Уп. S. Fleischacker, 15.

Уколико се ипак догоди да се таква равнотежа поремети, оно што према алокативном принципу праведног размештаја „припада“ појединцу који прекши своје обећање или не изврши уговор или на други начин нанесе штету другоме јесте да он ту штету надокнади, да се коригује нарушена равнотежа и да се тако алокативни принцип правде примени у виду *аритметичке пропорције*.³⁰

Треба нагласити да је и корективна правда, баш као и дистрибутивна, заснована на извесним супстантивним принципима који дају одговор на питање ко одговара за учињену штету, како и због чега. Штавише, у савременом одштетном праву воде се веома „вруће“ расправе о томе шта би требало да буде сврха накнаде причињене штете и у којој мери и ко је тај који би требало штету да надокнади. Док једни заступају принцип да корективна правда захтева да штету увек и потпуно надокнади онај ко је за њу *крив*, други не обраћају пажњу толико на кривицу штетника, колико на последице настале штете и на то да те последице буду отклоњене а да се у будућности причињавање штете сведе на минимум, док трећи посматрају штету и њену накнаду као вид (ре)дистрибуције добара који треба да послужи циљевима неке концепције дистрибутивне правде.

2.3.3. Процедурална правда

Да би се правда из претходне две „инкарнације“ оваплотила у стварном животу, то јест да би се донела конкретна одлука поводом дистрибуције терета или повластица у *конкретном* случају или да би се кориговала нанета штета, често одлучилац треба претходно да спроведе одређени поступак како би дошао до исправне одлуке.

Будући да се таква процедура појављује у контексту дистрибуције терета/повластица, као и приликом примене корективне правде (код које, такође, постоји одређена, алокационим принципом правде, спроведена „редистрибуција“), уобичајило се да се о правилима такве процедуре говори као о правилима процедуралне правде. Иако се та правила тичу *процедуре* или начина долажења до (праведне) одлуке, а не и *садржине* саме одлуке, она се ипак тичу доношења одлуке *која је подобна да буде праведна односно неправедна*, те се, према томе, правила такве процедуре могу назвати процедуралном правдом.

Међутим, постоји значајнији разлог због којег одређена процедурална правила можемо сврстати у посебан тип правде. Наиме, често нека правила поступка могу бити оцењивана као (не)праведна, будући да су она сама по себи алокативна јер алоцирају права и обавезе учесника у разним врстама поступака и то, када је у питању

³⁰ Aristotel, 3836–3839.

решавање спорова, имајући у виду принцип једнакости страна у поступку. И уколико се због тог разлога правила процедуре посматрају као (не)праведна, онда је јасно да не спадају *сва* процедурална правила под процедуралну правду, већ само она која према алокативном принципу једнакости алоцирају права и обавезе учесницима у поступку доношења оне врсте одлука које су подобне да се оцењују као (не)праведне. Тако, примера ради, постоји читав низ принципа које судска процедура мора да садржи да би и сама по себи била фер и праведна. Ти су принципи установљени општим нормама којима се утврђују процесна права странака у спору. Чим једно правило процедуре обе стране третира као равноправне, додељујући им процесна права која ту равноправност пред судом треба да гарантују, можемо рећи да је оно (процедурално) праведно. Неки од тих принципа су на најдиректнији начин надахнути алокативним принципом правде, попут принципа *audiatur et altera pars* или *nemo est iudex in causa sua* или омогућавања правне помоћи неугој и сиромашној странци или „претпоставка невиности“ итд. Такви процедурални стандарди свуда се сматрају захтевима правде³¹ јер се увиђа да правда и неправда могу да постоје не само у коначној одлуци него и у поступку који претходи доношењу одлуке. Ипак, не треба сметнути с ума да примена и најправеднијих процедуралних правила не гарантује праведан исход, то јест коначну одлуку која је супстантивно праведна.

2.3.4. Формална правда

Најзад, на овом месту треба рећи неколико речи о још једној (наводној) врсти правде – *формалној* правди. Ово нарочито стога што на њој инсистирају управо правници и правни теоретичари.³² Обично се каже да се формална правда препознаје у свакој ситуацији у којој се *постојано и непристрасно* примењују законске и друге опште правне норме независно од околности да ли су те норме супстантивно праведне или не. Стога поборници идеје формалне „правде“ сматрају да минимум праведне примене права налаже да се одлука заснива на општем правилу, а не на самовољи, хиру или предрасудама доносилаца одлука. Они свој став заснивају на формули која, наводно, представља принцип праведности да „с једнаким случајевима треба поступати једнако, а с неједнаким неједнако у мери у којој су неједнаки“.³³ Дакле, сумарно говорећи, теза о такозваној формалној правди почива на три стуба: први је да

³¹ У англосаксонској правној култури правила процедуралне правде називају се још и начелима природне правде (*natural justice*) (уп. Х. Харт, 218).

³² Међу њима, Дејвид Лајонс нарочито истиче Келзена, Роса, Перелмана и Харта (уп. David Lyons, „On Formal Justice“, *Cornell Law Review* 58, 3/1973, 833).

³³ Х. Харт, 217.

она постоји када се опште правно правило постојано примењује, други је да се то правило примењује непристрасно и трећи да начело „једнаке третирај једнако...“ јесте основно формално начело правде и да се оно у праву остварује када се примењује формална правда.³⁴

Међутим, идеја о формалној правди подвргнута је критикама с неколико страна.³⁵ И стога што ми се оне чине оправданим, формалну правду сам назвао „наводном“ и такозваном. Наиме, формална „правда“ заправо није врста *правде*, коју треба сврстати уз поменуте (и друге непоменуте) врсте правде. Први разлог за то је што ниједан од стубова који су у темељу идеје о формалној правди није сводив на описани алокативни принцип правде.³⁶ Наравно, то не значи да сваки од њих није у некој вези с тим принципом. Тако, примера ради, алокациони принцип сразмерности не поклапа се већ се само понекад *преклапа* с принципом „једнаке третирај једнако...“. Наиме, уколико тај принцип значи униформно третирање истих случајева према алокационом принципу сразмерности, онда се два принципа преклапају. Али принцип „једнаке третирај једнако...“ не примењује се само на *праведно делање* већ и на друге видове практичког делања. Примера ради, ако васпитавам своју ћерку тако што тражим од ње да не разговара с непознатим људима, уистину тражим да поступа „једнако у једнаким ситуацијама“, то јест с једнаким људима (с непознатима) једнако, али не може се рећи да тражим од ње да с њима поступа праведно јер у таквој ситуацији не постоји радња расподеле у складу с алокационим принципом правде.

Осим тог, постоји један још важнији разлог због којег се формална правда не може називати *правдом*. Реч је о следећем. Делатник који тежи правди такође тежи да његово праведно делање буде постојано, а то значи нужно и униформно у истим или сличним случајевима. Стога такав делатник³⁷ настоји да своје делање, пре или касније, заснује на општем правилу које ће му омогућити да на једноставнији начин него казуистичким одлучивањем праведно дела и да у свим *истим* случајевима доноси исте одлуке. У том смислу, принцип формалне „правде“ може да се примењује код било које врсте правде. И тај принцип је задовољен, баш као што је то и Харт уочио, увек када постоји неко *опште* правило којим се алоцирају терети и повластице и када се оно доследно и непристрасно примењује.³⁸

³⁴ Уп. D. Lyons, 848.

³⁵ Уп. *ibid.*, 848–858; J. Gardner, 163–168.

³⁶ Ти принципи, такође, нису ни сводиви један на други, али нема ни простора ни потребе да се о томе на овом месту детаљније говори.

³⁷ А поготово правни званичник из разлога због којих је право заиста право, о којима ће више речи бити у наредном одељку.

³⁸ С тим што је он погрешно сматрао да право, баш због тога што се састоји од општих правила (наравно, под условом да се та правила постојано и једнако

Међутим, да ли ће исход те примене бити *праведан* или *неправедан*, не зависи само од *примене* општег правила у конкретном случају већ од тога да ли је сâмо правило *супстантивно* праведно односно морално. Уколико се доследно и непристрасно примењују правила која, примера ради, дискриминишу жене, црнце или хомосексуалце, коначна одлука ће бити супстантивно неправедна. Из тог разлога, формална правда није никаква правда већ само *форма* коју (не)праведна алокација у *праву* најчешће задобија.³⁹ И утолико је она, барем када је реч о праву, нужан али не и довољан услов за праведно поступање. Заправо, будући да је она форма алокативног принципа правде у праву, да бисмо неко правно делање уопште могли да процењујемо као (не)праведно, оно мора да буде делање у тој форми. Међутим, овим задњим тврдњама већ сам на неки начин закорачио у тему следећег одељка јер, говорећи о томе шта је *форма* (не)праведне алокације у праву, говори се заправо о самом концепту права. У том смислу, о тој форми као и о другим карактеристикама савременог правног система биће више речи у редовима који следе.

3. ОДРЕЂЕЊЕ КОНЦЕПТА ПРАВА

Поменуто је на самом почетку како се осећај за правду сматра такорећи урођеним, а како се рудиментарне представе о правди стичу већ у раном детињству. За разлику од правде, представа о томе шта је право стиче се много касније. И то сведочи о извесној артифицијелности феномена права у односу на правду. Упркос томе, образован човек разуме да савремено право има одређене карактеристике⁴⁰ и такво (само)разумевање сопствене социјалне нормативне праксе коју називамо правом може бити полазна тачка у одређењу концепта права. Међутим, од те полазне тачке јуриспруденција је стигла до веома различитих схватања о појму права. У том мноштву схватања, издваја се једно језгро, један збир карактеристика, које се додуше не могу сматрати нужним и довољним да бисмо право појмили у смислу класичне дефиниције, али се могу сврстати у ка-

примењују на све на које се односе), садржи „клицу *правде*“. Општа правила једноставно не садрже клицу правде јер формална „*правда*“ коју наводно применом општих правила постижемо није уопште *правда*, будући да формално „*праведна*“ одлука може бити веома неправедна у супстантивном смислу.

³⁹ „Ваљани принципи правде, баш као и они који нису ваљани [...] имају исту особену форму. Утврђујући само ту форму, Аристотел тиме није покушао да разликује праведно од неправедног“. – J. Gardner, 160.

⁴⁰ Рецимо, да садржи правила која забрањују или наређују извесан начин понашања под претњом казне, као и правила која захтевају да људи надокнаде другима штету, те да постоје законодавци која та правила стварају и мењају као и судови који решавају спорове у вези с применом тих правила (уп. X. Харт, 61).

рактеристике које поседује типични правни поредак. Стипулирање једне такве прототипске дефиниције концепта права⁴¹ биће сасвим довољно за сврхе овог прилога.

Према једној од таквих дефиниција, наводи се да су три типичне (и најзначајније) карактеристике права институционалност, нормативност и принудност.⁴² Институционалност права у најкраћем значи да су стварање, промена и примена права у најтешњој вези с институцијама, то јест да право доноси, мењају и примењују одређене институције. Те институције, барем у модерно доба, обухватају неку врсту законодавних институција, као и судских и административних институција задужених за решавање спорова и примену права. Разлика између те две врсте институција, између осталог, јесте у томе што прве делују проспективно, њихове одлуке се по правилу односе на будуће догађаје, док друге делују и одлучују о постојећим или већ свршеним догађајима и односима. Друга битна разлика је у томе што су одлуке прве врсте институција општег карактера (то су општа правила), док друге доноси појединачне одлуке у односу на појединачна лица. Осим тога, имајући на уму тему овог прилога, није наодмет поменути да и у другој групи институција постоје специфичности које издвајају правосуђе у односу на остале институције које примењују право (управу, агенције итд.). Наиме, правосуђе увек делује када (већ) постоји *спор* у којем су увек укључене две (конкретне) стране, а трећа, непристрасна страна (суд) тај спор по правилу решава на основу унапред познатих општих норми, а на основу чињеница и аргумената које су обе стране изнеле пред њу током поступка решавања спора.⁴³

Надаље, право је нормативно јер путем општих норми које се практикују и које представљају специфичну врсту разлога за поступање усмерава понашање сопствених адресата⁴⁴ и утиче конклузивно на одлуке у споровима који се у друштву појављују.⁴⁵ Од-

⁴¹ О прототипским дефиницијама уопште као и о дефинисању права на тај начин уп. Радмила Васић, Миоџаг Јовановић, Горан Дајовић, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 8–27.

⁴² Уп. Joseph Raz, *The Concept of Legal System*, Clarendon Press, Oxford 1975, 168.

⁴³ Уп. Martin Golding, *Philosophy of Law*, Prentice-Hall, Upper Saddle River, 1974, 108–112.

⁴⁴ Ради прецизности, треба додати да „усмерава понашање“ барем неких адресата. Ако никог другог, а оно правних званичника.

⁴⁵ Како је то истакао Харт: „Мислим да је потпуно узалудно тражити било какву даљу специфичну сврху којој право као такво служи, него што је пружање смерница за понашање људи и *стандарда* (нагласио Г. Д.) за критику таквог понашања.“ – Х. Харт, 303. Раз, као и Харт сматра да је главна функција права да обезбеди „јавно доступне стандарде за усмеравање понашања“. – J. Raz, *The Authori-*

луке у тим споровима се, дакле, доносе на основу постојећих општих норми, чије постојање се утврђује призивом на неки социјални факт. И чак и када се у појединим правним ситемима одлука која би била сматрана правном донесе без ослањања на постојећа правила (казуистички), разлог који је до ње довео постаје опште правило за све наредне сличне случајеве (систем прецедената). Дакле, ни казуистичко одлучивање не лебди у правном вакууму. И оно се руководи принципима, разлозима за и против неке одлуке у појединачном случају.⁴⁶ Али, што је још важније, таквим одлукама се ствара право, у смислу опште, унапред познате норме, која усмерава наше радње и која ће се примењивати на будуће сличне случајеве.

Најзад, у оба своја аспекта (и институционалном и нормативном) типичан правни поредак је и принудан. То значи да је (1) право везано за институције које поседују моћ принуде (пре свега, физичке) и да (2) садржи норме којима се регулише употреба принуде и норме којима се регулишу принудно спроводиве санкције за кршење правних норми.

Осим поменутих типичних карактеристика права, треба додати још једну уобичајену карактеристику која произилази из претходних а која је значајна за тему овог прилога. Наиме, право као институционализовани нормативни принудни систем сматра се потенцијално *свеобухватним*.⁴⁷ Шта то значи? Сфере понашања које (и принудним) нормама регулишу неке друге институције (на пример, црква или спортске асоцијације) ограничене су на сасвим одређене делатности и понашања (на пример, однос према Богу или правила спортске игре и пропозиције такмичења). Право не „познаје“ таква ограничења. Према томе, оно барем хипотетички јесте *свеобухватан* систем норми. Кажем „хипотетички“ јер правни поредак у стварности никад не регулише *све* друштвене односе. Међутим, сматра се неспорним да право *извесне* односе увек регулише. Предмет правног регулисања *увек и свуда* су односи који се у једној заједници сматрају *важним*.⁴⁸ Харт је чак сматрао да у том смислу постоји један минимум типичних односа који се у *свакој* заједници сматрао важним и

ty of Law, Clarendon Press, Oxford 1979, 50–51. Мерју Кремер истиче како „практично сваки правни позитивист... приписује праву функцију да усмерава понашање“. – Matthew Kramer, *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press, Oxford 2005, 6. Али такав став није идиосинкразија правног позитивизма. И Тома Аквински каже нешто слично када констатује да је „закон правило и мера људског деловања“. – Т. Aquinas, II–I, Q90, A1.

⁴⁶ Уп. Cass Sunstein, „Problems with Rules“, *California Law Review* 83/1995, 956–958.

⁴⁷ Уп. Р. Васић, М. Јовановић, Г. Дајовић, 16–17.

⁴⁸ Уп. L. Green (2010), 17.

да регулисање тих односа спада у минималан садржај сваког права.⁴⁹ Било то тачно или не, битно је имати на уму да право као институционални нормативни систем увек уређује *важне* друштвене односе.

На крају одељка о концепту права треба додати једну напомену, као уводну за наредни. Поимању права према оваквој прототипској дефиницији често се придодаје још један елемент – *правда*. Не залазећи у детаље дуговечне дебате о томе да ли је правда *необходно* својство (концепта) права или није, данас и с једне и с друге стране линије поделе поводом тог питања на јуснатуралисте и позитивисте постоје аутори чији се ставови готово не разликују, без обзира на то с које стране те линије да се налазе.⁵⁰ У том смислу, подсетићу на оно што је на самом почетку већ речено: данашњи јуснатуралисти прихватају да право може бити право чак и ако је неправедно, премда такво право не сматрају централним или жаришним случајем права⁵¹, док савремени позитивисти јасно истичу да између права и морала *постоје* неке везе, а да је једна од њих да је право *погодно* да буде процењивано у светлу (не)праведности као моралне вредности.⁵² У наредном одељку ће се показати не само да таква веза постоји, већ и да она имплицира постојање неких других важних веза између правде и права.

4. ОДНОС ИЗМЕЂУ ДВА КОНЦЕПТА – ПОСТОЈИ ЛИ КОНЦЕПТУАЛНА ВЕЗА ПРАВДЕ И ПРАВА?

Баш као што свако практичко делање, да би било подесно да се процењује као (не)праведно, мора да буде у форми праведног делања како је оно стипулирано у првом одељку, тако и делање правних институција, да бисмо уопште могли да говоримо о *вези* правде и права, мора да буде у једној од форми тог делања. Према томе, треба испитати *да ли* и *како* правне институције о којима сам управо говорио у свом делању примењују алокативни принцип сразмерности.

⁴⁹ Уп. Х. Харт, 251–257.

⁵⁰ А то нам потврђује да су у праву аутори који говоре да можда та јасна линија данас више уопште не постоји или барем да више није „Берлински зид“ јуриспруденције, који се тешко прелази.

⁵¹ Многи савремени јуснатуралисти следе такво схватање, које је осамдесетих година прошлог века уобличио Џон Финис.

⁵² Такво схватање на најупечатљивији начин у модерној јуриспруденцији изнео је Лесли Грин (уп. L. Green, „Positivism and the Inseparability of Laws and Morals“, *New York University Law Review* 83/2008, 1047–1054). Али већина истакнутих позитивиста (почев од Раза, па до Коулмена, али и помињаних Гарднера и Мармора), на овај или онај начин, налази многе везе између права и морала па и ову о којој говори Грин.

У претходном одељку споменуто је да постоје две главне врсте правних институција: прве које се углавном баве апстрактним регулисањем друштвених односа путем општих норми и друге које одлучују на основу тих општих норми у постојећим или већ свршеним ситуацијама, дакле, *ex post*. У савременој држави један од главних задатака прве врсте институција (законодавца) јесте да између припадника заједнице на апстрактан начин расподељује друштвена добра и терете, права и обавезе. Другим речима, да путем закона формулише супстантивне принципе дистрибутивне правде. Имајући на уму стипулативну дефиницију праведног делања, одлуке законодавних институција могу се процењивати као посредно (не)праведне само под условом да (1) алоцирају сразмерно (2) извесну врсту добара. То значи да није сваки могући закон подесан да се процењује у светлу (не)правде⁵³ већ само онај чији је циљ да осигура или утврди извесну расподелу терета и повластица међу појединцима путем алокативног принципа сразмерности, с тим што мора да буде реч о „важним“, „потребним“⁵⁴ добрима, што је, подсетићу, услов који правни поредак у начелу испуњава, будући да се правом увек и свуда регулишу и *важни* друштвени односи.

Осим законодавца, још једна правна институција игра важну улогу, у ствари и важнију, у остваривању правде – суд. Чак се може утврдити да је суд правна институција која је концептуално везана за праведно делање. Наиме, за разлику од одлука законодавца, које представљају праведно делање на посредан, апстрактан начин, судови *праведно делају* непосредно, у конкретном случају. Осим тога, одлуке законодавца *нису увек* у форми алокативног принципа правде (за примере вид. фусногу 53), док, с друге стране, суд *увек* својом одлуком решава ко треба шта да добије (изгуби) и по ком основу, то јест увек *расподељује* терет (изгубљен спор) или „повластицу“ (добијен спор) на основу алокативног принципа сразмерности.⁵⁵ И то не важи само за одлуке којима се спроводи корективна правда већ и за оне које се тичу спорова поводом општих *норми које не алоцирају* терете и повластице. Јер чак и они закони који имају неки други циљ а не сразмерну алокацију терета или повластица или корекцију неправде, могу бити разлог за спор који долази пред суд.⁵⁶

⁵³ Велики број општих законских норми нема за свој предмет било какву алокацију добара или алокацију „важних“ добара. Примера ради, норме које служе да координирају понашања појединаца не служе превасходно алокацији. С друге стране, неке норме могу да алоцирају извесна добра, али не на основу алокативног принципа правде, као што су норме које прописују одређене церемоније, процедуралне норме које следе ефикасност или опортунитет као алокативне принципе или норме које следе принцип корисности.

⁵⁴ „Потребним“, имајући на уму оно што је речено у фусноти 20.

⁵⁵ Уп. L. Green (2008), 1050 и даље; J. Gardner, 171, 174, 184.

⁵⁶ Када се, примера ради, пропише да се у градски аутобус улази на предња а излази на задња врата, тиме се на путнике не расподељује никакав „важан“ терет

Према томе, без обзира на то да ли је реч о апстрактној, посредној правди (правди законодавца) или непосредној, делујућој правди (правди судова), која је још значајнија јер одиста представља праведно *делање*, право је дефинитивно институционални артефакт који је, како је то већ споменуто, „подесан да се испитује и процењује у светлу правде“ („justice-art“). То је нужна веза правде и права. Али то је и *значајна* веза, будући да, прво, није свака људска творевина „justice-art“ и друго, право као такво је превасходно подобно да се оцењује у светлу правде, али не и у светлу већине других моралних вредности (скоро никада нећемо право оцењивати као храбро, одано, искрено итд.). Та веза проистиче, да поновим, из чињенице да правне институције у типичном правном поретку доносе одлуке које се могу процењивати као (не)праведне јер испуњавају услов из дефиниције делања које (можемо да) назовемо (не)праведним. Такође, из те концептуално нужне везе произилази друга важна веза права и правде. Наиме, право *треба да* остварује правду.⁵⁷ Јер све што може бити (процењивано као) праведно или неправедно, треба да буде праведно⁵⁸, баш као што и свако делање које може да буде морално исправно и треба да буде морално исправно.⁵⁹

или повластица (јер се може прописати и обрнут начин уласка/изласка у аутобус) већ се само координира њихово понашање које се без такве ауторитативне координације може теже практиковати. Ипак, у случају прекршаја те одредбе настаје спор и тада ће се прекршиоцу алоцирати изванредан терет (казна), која обично неће бити казна дугогодишњег затвора или милионска новчана казна, већ казна *сразмерна* учињеном прекршају.

⁵⁷ „[T]he mere fact that law has a certain form and remains true to it can't ensure that it is in any way just. But maybe it *can* explain, all the same, why law is the kind of thing that *ought* to be just. Maybe the form of law matches the form of justice (or one of the forms of justice) and that is why law necessarily holds itself out for evaluation specifically in the dimension of justice and injustice. Whatever takes justice's form, you may say, stands or falls by justice's lights, for necessarily – by its very form – it purports to be just.“ – J. Gardner, 163–164. У сличном смислу изјашњава се и Волдрон: „[L]aw does not present itself to us as an arbitrary array of decrees and regulations any more than science presents itself as a set of idle assertions. A legal system presents itself as having a commitment to justice from start to finish [...] you cannot begin to understand the legal system without recognizing that it presents itself as having this aspiration, any more than you can understand what scientists are doing apart from their professed aim of verisimilitude.“ – J. Waldron, 273.

⁵⁸ Да ли је то *прва* функција права, да парафразирам Ролса, то јест да ли она треба да ужива примат над осталим функцијама, односно да ли правда као вредност треба да буде изнад осталих вредности које право треба да остварује, није питање на које је нужно претходно одговорити да би се одговорило на питање да ли право треба да има функцију да остварује правду. Јер, да ли право треба да има и неке друге функције и ако треба, да ли је ова која се тиче правде примарна, не утиче на аргумент на основу којег се дошло до тога да право треба да има и ову функцију.

⁵⁹ Уп. J. Gardner, 151.

Међутим, када се констатује да је право „justice-apt“, те да треба да има функцију да остварује правду, какве то концептуалне консеквенце носи када је у питању однос права и *појединих* „*типова*“ правде? Директан одговор гласи: прво својство да је право „justice-apt“ има везе с такозваном формалном „правдом“, а друга карактеристика да право треба да има функцију да остварује правду у вези је с процедуралном правдом. Али шта је с дистрибутивном и корективном правдом?

Како је на одговарајућим местима већ објашњено, истинску праведност дистрибутивне и корективне правде одређује *садржина* а не *форма* алокативног принципа правде. То што и праведни и неправедни закони имају исту форму указује само на то да одлуке законодавца којима се постављају правила дистрибутивне и корективне правде могу бити процењиване и као праведне и као неправедне. Многи аутори сматрају да историјска контингентност и концептуална „неухватљивост“ критеријума дистрибутивне правде (а *mutatis mutandis* то важи и за критеријуме корективне правде) не допушта да *правду као такву* дефинишемо помоћу „супстантивних“ елемената, а самим тим и онемогућава да се *на нивоу концепта* дистрибутивне и корективне правде, *као таквих*, успоставе нужне везе између појма правде и појма права.

Међутим, независно од тога да ли је такво гледиште исправно, постоји други разлог који „спречава“ директну концептуалну везу на нивоу супстантивних принципа дистрибутивне и корективне правде и права, који би постојао чак и ако био овај претходни отпао. Примера ради, он би постојао чак и ако бисмо прихватили да је нужан елемент концепта правде, рецимо, принцип који се учестало истиче као основни супстантивни принцип дистрибутивне правде: „слобода и право једног условљена је истим таквим слободама и правима свих других“. ⁶⁰ У чему се састоји тај разлог?

Ако је полазна тачка у сваком разматрању о правди и праведном *делању* слоган „дати свакоме оно што је његово“, онда правда не може да постоји ако се заиста не *даје* свакоме његово, макар обзнањена општа правила сразмерне алокације била неспорно *супстантивно* праведна. Нема правде без праведног *делања*, а то значи без *примене* алокативног принципа сразмерности на појединце. Другим речима, да би правда постојала, неопходно је да се у стварности *непристрасно примењују* општа правна правила која алоцирају добра према принципу праведности. Из тога је већ на први поглед видљиво да су у том смислу од кључног значаја друге две врсте правде из типологије која је представљена у одељку 1.3, то јест процедурална и формална правда.

⁶⁰ У овој или оној форми, тај принцип помињу Русо, Кант, Хабермас, Ролс и многи други истакнути мислиоци.

Наиме, да би се задатак „примене“ правде заиста обавио *непристрасно*, уколико тај задатак обавља суд, обе стране у спору морају *пред* њим да буду у истом положају. Непристрасност суда (судије) као треће стране у поступку поводом спора који постоји између две странке изискује *једнак* третман обе. Као што је наведено у претходном одељку, суд доноси коначну одлуку „на основу чињеница и аргумената које су *обе стране* изнеле пред њу током поступка решавања спора“. Историјски посматрано, то су учили још и стари Египћани, који су још хиљаду и по година пре наше ере прописали: „Гледај на онога кога познајеш као на онога кога не познајеш, а на онога ко ти је близак као на онога ко је туђ твојој кући“, док једна стара немачка изрека вели: *Говор једног човека је као ничији говор, право је да се саслушају обојица*“.⁶¹ И не само да се та *формална* једнакост две странке одувек препознавала и признавала као услов за непристрасно (а без чега не постоји ни праведно) решење спора него она, будући да је процедуралне природе, не зависи ни од каквих контингентних својстава те две стране. Стога, ако се основни принципи процедуралне правде не остварују⁶², онда је право неправедно јер се базични алокативни принцип правде (принцип једнакости који је у случају процедуре само појавни облик алокативног принципа сразмерности) не остварује, *не примењује* већ у *процесу* доношења одлука које се тичу алокације, расподеле.⁶³ А неправедно право није право које извршава функцију коју треба да има – функцију да остварује правду.

С друге стране, још је тешња концептуална веза права с такзваном формалном „правдом“. Наиме, типичне карактеристике које право поседује кореспондирају с тенденцијом праведног делања да буде постојано, устаљено примењивање алокативног принципа сразмерности. Општост правних норми, те институционална природа права излазе тој тежњи у сусрет јер кад постоји правни систем, делатник који хоће праведно да дела више не примењује алокативни принцип сразмерности казуистички или *ad hoc* већ иде за тим да, следећи опште норме, „с једнакима поступа једнако...“ (у ситуацијама у којима је праведно делање уопште могуће) и тиме

⁶¹ Нав. према О. Хефе, 49.

⁶² О којима је било више речи у одељку 1.3.3.

⁶³ Ипак, треба поновити да је примена правила процедуралне правде нужан, али не и довољан услов за праведан исход судског спора. Јер, чак и кад се „ваљана“ процедурална правила поштују, а судија заиста суди непристрасно, не значи да ће његова одлука аутоматски бити праведна. Она то не мора да буде, прво, ако је сам закон који примењује супстантивно неправедан – као у случају закона који дискриминише црнци или хомосексуалце, на пример, и друго, уколико сам судија из неких разлога (несавесност, нестручност) донесе пресуду која није у складу са супстантивно праведним општим правилом.

знатно поједностављује пут до тога да „свако добије његово“.⁶⁴ Или краће речено, он спроводи формалну „правду“. Али поновићу да формална „правда“ у ствари није правда него само *форма* коју праведно делање задобија у праву (респективно, такође, и неправедно делање), али да она истовремено кореспондира с типичним карактеристикама права, то јест с нормативношћу и институционалношћу. То значи да право које није формално „праведно“ није ни типично право. Рецимо, правни систем који није подобан да се оцењује као праведан или неправедан (који није „justice-art“) заправо и није правни систем у његовом прототипском одређењу. Шта то заправо значи? Примера ради, судија који би у време апартејда у Јужној Африци ускратио сваком црнци бирачко право поступао би формално „праведно“ јер би непристрасно и постојано примењивао тада важећи закон који такво право црнцима није давао. Наравно, имајући на уму оно што је речено у пододелку о формалној „правди“, такав судија заправо уопште не би делао праведно већ би његово делање само било у форми *која је подобна да се уопште оцењује као праведна или неправедна*. Међутим, ако би се његово делање у таквим ситуацијама руководило личним интересом, хиром или бацањем новчића, рецимо, те би у неким случајевима поједини црнци добили право гласа а неки други не, он не би делао у било којој форми (не)праведног делања јер не би алоцирао право гласа у складу с алокационим принципом сразмерности. И због тога би такав „поредак“ више личио на оно што је Џозеф Раз називао „системом апсолутне дискреције“⁶⁵ него на правни систем. И због тога би за њега било концептуално бесмислено рећи чак и да је неправедан, док је то смислено рећи у првом случају.

5. ЗАКЉУЧАК

Пред теорију права, када је реч о односу права и правде, поставља се читав низ питања. У овом прилогу настојао сам да

⁶⁴ У тој вези општости права и праведног делања крије се једна од добро познатих „напетости“ у којој се право и правда могу наћи. Наиме, право као систем норми „стеже“ алокативни принцип сразмерности у стеге униформности општих норми. Међутим, праведно делање (онако како је стипулативном дефиницијом одређено) не може се увек преточити у општу правну норму. И управо увиђајући ту „напетост“ Аристотел је високо ценио *правичност* која треба да, зарад остварења правде у појединачном случају, „ублажи“ типичну карактеристику оне врсте правних институција које делају и одлучују у појединачним случајевима (а пре свега судова) да у свом делању примењују опште норме. Или како то формулише Гарднер: „[T] here are some just rulings... which are not amenable to being rendered as rules; but legal systems, being systems of rules, will tend to insist on trying to render them as rules all the same, a tendency which, for the sake of justice itself, sometimes needs to have its wings clipped. That, as Aristotle explains, is where equity comes into play.“ – J. Gardner, 170.

⁶⁵ Уп. J. Raz (1979), 111–114, 173–175.

одговорим само на питање концептуалне везе између базичног концепта праведног делања и прототипског концепта права. Међутим, као што сам у уводним напоменама назначио, за једну теорију права у којој би правда била сагледана на свеобухватан начин, треба анализирати још бројна питања за која у овом прилогу једноставно није било места. Само провизорно и примера ради помињем: питање дискреције судског одлучивања и утицаја прихваћених доктрина тумачења на примену формалне „правде“; питање односа правде као моралне вредности према другим правним и моралним вредностима које право (треба да) остварује; питање везе права и супстантивних принципа дистрибутивне и корективне правде (рецимо, питање релевантности супстантивног принципа дистрибутивне правде у виду „цивилизацијски достигнутог нивоа људских права“⁶⁶) итд.

На самом крају ћу се осврнути на једно од тих могућих питања, на оно које, *додуше само привидно*,⁶⁷ личи на питање с почетка, а које је довело правду у пасиван офсајд јуриспруденције. Оно се у ствари природно надовезује на досадашње излагање и овај прилог ћу закључити одговором на то питање. Оно се може формулисати на следећи начин: ако се прихвате у претходном одељку изнете концептуалне везе између правде и права које сугеришу да је право „justice-art“, те да треба да остварује правду, да ли се може утврдити да право које није праведно или које чак није ни подобно да се оцењује као (не)праведно, *право* право или је само „наизглед“ право?

Настојао сам да покажем да на концептуалном нивоу може да се установи веза између правде и права када је реч о такозваној формалној „правди“.⁶⁸ Јер, не може се говорити о правном поретку ако то о чему говоримо нема *форму* правног поретка (институционалност + нормативност + принудност). Исто важи и за *форму правде*. Ако те форме у праву нема (формалне „правде“), онда у праву нема ни (не)праведног делања. Такво право не би било „justice-art“. Али будући да право, концептуално гледано, *јесте* „justice-art“, то би значило да право које не остварује формалну „правду“ (у смислу

⁶⁶ Од свих питања, ово је вероватно и најзначајније јер ако право *треба* да остварује правду, онда дакако та концептуална веза мора да постоји и на нивоу дистрибутивне и корективне правде, а не само „формалне“ и процедуралне, како се у овом чланку тврди. Ипак, из разлога који су већ помињани (ограниченост простора, као и логички приоритет предузете концептуалне анализе у односу на питање односа права и супстантивних принципа дистрибутивне и корективне правде) њиме се нисам позабавио већ сам га само нотирао.

⁶⁷ Ипак, то питање није исто као оно „офсајд“ питање којим је овај прилог започет јер оно се, прво, не тиче питања важења позитивног права и, друго, оно није само концептуално или чак пуко терминолошко питање већ је и практички важно питање.

⁶⁸ Уз напомену да, као што је речено у одељку 1.3.4, формална „правда“ заправо није посебан тип правде.

постојања општих норми као форме алокативног принципа сразмерности у праву *које се постојано и непристрасно примењују*) није у пуном смислу те речи право.

Ипак, то није само концептуално или семантичко питање већ је нарочито битно практичко питање. Наиме, право није само по себи морално супериорније од других нормативних друштвених поредака.⁶⁹ И могуће је замислити *праведне* међуљудске односе без постојања законодавног и правосудног система, дакле без закона и судова који их спроводе и штите. Међутим, с друге стране, тешко је замислити да је *данас* могуће да постоји друштво које не живи у некој форми правног поретка. Из тога произилази да је на данашњем ступњу развоја људске цивилизације такав поредак једини *реалан* оквир⁷⁰ у којем, барем до неке мере, правда као морална вредност може да буде остварена, а урођени осећај људи за правду барем до неке мере задовољен. Стога, ако је право на овај начин нужно (преко одлука својих институција) у вези с праведним делањем, а уколико тог делања нема већ на нивоу *формалне и процедуралне* правде (а то се, како је показано, може несумњиво утврдити), онда може да се каже да у том друштву нема ни права у пуном смислу те речи. Може се утврдити да се, примера ради, друштво у којем маскирани људи ноћу и насилно руше наводно нелегално саграђене објекте, а да при томе оштећенима полиција, тужилаштва и судови одбијају да пруже зајемчену правну заштиту налази, кад је реч о праву и правди, у цивилизацијском офсајду. И то не пасивном.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Aristotel, *Complete Works of Aristotle* (ed. J. Burns), Princeton University Press, Princeton 1995⁶.

Aquinas, T., *Summa Theologica*, <http://www.ccel.org/ccel/aquinas/summa.html>.

Баста, Д. „Праведност као врлина (судије)“, *Право и правда, Хрестоматија* (прир. Б. Спаић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014. (Basta, D., „Pravednost kao vrlina (sudije)“, *Pravo i pravda, Hrestomatija* [прир. В. Спаић], Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014)

⁶⁹ Штавише, оно чак може бити морално „опасније“ ако, рецимо, у друштву не постиже правду, будући да је, „технички“ посматрано, ефикасније од других друштвених поредака и стога потенцијално од њих више угњетавачко. – Уп. L. Green (2008), 1052.

⁷⁰ С тим се, наравно, не би сложили заступници различитих анархистичких политичких теорија. Али управо зато се и користи термин „реалан“, а не, рецимо, „нужан“ или „општеприхваћен“.

- Ehrenzweig, A. A., „Psychoanalytical Jurisprudence: A Common Language for Babylon“, *Columbia Law Review* 8/1965.
- Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford 2011².
- Fleischacker, S., *Short history of distributive justice*, Harvard University Press, Cambridge – London 2004.
- Gardner, J., „Hart on Legality, Justice, and Morality“, *University of Oxford Legal Research Paper Series* 44/2010.
- Gardner, J., „The Virtue of Justice and the Character of Law“, *Current Legal Problems* 53/2000 (eds. M. D. A. Freeman, A. D. E. Lewis), Oxford University Press, Oxford.
- Golding, M., *Philosophy of Law*, Prentice-Hall, Upper Saddle River, 1974.
- Green, L., „Positivism and the Inseparability of Laws and Morals“, *New York University Law Review* 83/2008.
- Green, L., *The Germ of Justice*, <http://ssrn.com/abstract=1703008>.
- Харт, Х., *Појам права*, Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник, Београд 2013. (Hart, H., *Pojam prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Sluzbeni glasnik, Beograd 2013)
- Хефе, О., *Правда – Филозофски увод*, Академска књига, Нови Сад 2008. (Hefe, O., *Pravda – Filozofski uvod*, Akademska knjiga, Novi Sad 2008)
- Kramer, M., *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press, Oxford 2005.
- Lyons, D., „On Formal Justice“, *Cornell Law Review* 3/1973.
- Nader, L., Starr, J., „Is Equity Universal?“, *Equity in the World's legal Systems: A Comparative Study* (ed. Ralph A. Newman), Établissements Émile Bruylant, Brussels 1973.
- Perry, S., „On the Relationship between Corrective and Distributive Justice“, *Oxford Essays in Jurisprudence* (ed. J. Horder), 4th series, OUP, Oxford 2000.
- Piaget, J., *The Moral Judgment of the Child*, The Free Press, 1948.
- Raphael, D. D., *Concepts of Justice*, Clarendon Press, Oxford 2001.
- Rawls, J., *The Concept of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge – London 1995.
- Raz, J., *The Concept of Legal System*, Clarendon Press, Oxford 1975.
- Raz, J., *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford 1979.
- Ross, A., *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London 1958.
- Sunnstein, C., „Problems with Rules“, *California Law Review* 83/1995.

Васић, Р., Јовановић, М., Дајовић, Г., *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014. (Vasić, R., Jovanović, M., Dajović, G., *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014)

Waldron, J., „The Primacy of Justice“, *Legal Theory* 9/2003.

Walzer, M., *Spheres of Justice – A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, New York 1983.

Goran Dajović, PhD

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE JUSTICE AND THE LAW IN THE PASSIVE OFFSIDE OF JURISPRUDENCE

Summary

In the article, the author analyzes the relationship between two concepts: the concept of a just action and the concept of the law. In doing so, he follows insight of contemporary legal philosophers, those on both sides of the „front lines“ in the jurisprudence (positivists as well as natural law theorists), according to which it is wrong to confine that relationship to the question of whether *Lex injusta* has legal validity or not.

However, this does not mean that there are no essential or significant relationships between the two concepts. The task of jurisprudence is to deal with these questions and in that respect help us to better understand of „our“ own legal system and social practices.

After analyzing the two concepts, it can be concluded, first, that the two key links between justice (just action), and the law is that the law is „justice-apt“, and second, that the law is the kind of thing that *ought* to be just. From these two necessary connections, it follows that the law which does not succeed to actualize so-called formal „justice“ and procedural justice, conceptually speaking, can not be recognized as a typical legal system, but can be regarded as the „defective“ or perverted law.

Key words: *Justice. – Just action – The Law. – Formal „Justice“. – Procedural Justice.*

Article history:

Received: 14. 7. 2016.

Accepted: 4. 4. 2017.