

Библиотека
Преводи дела великих правника
Девета књига

Наслов оригинала
Lon L. Fuller
The Morality of Law
New Haven and London,
Yale University Press, 1964

Издавач

Правни факултет Универзитета у Београду —
Центар за публикације

За издавача

проф. др Драгутин Шошкић

Уредник издања

проф. др Драган М. М. Митровић

Превод

Силва Митровић

Стручна редакција

проф. др Коста Чавошки

Извршни издавач

А©СИЈЕ

Технички уредник

Јован Ђорђевић

Корисе

Мирко Милићевић

Тираж

300

Штампа

Марго-арт, Београд
ISBN 86-80763-98-5

Лон Л. Фулер

Моралност права

Београд, 2001

то случај са отпуштањима. Док се грешке у безболу званично оцењују од стране стручњака и јавно се објављују, докле сјајне игре на терену – као што је то на пример „хватање“ Вилија Мерса – зависе од признања независног мњења навијача и спортистких извештача. Таква пракса наравно може да да лажну представу о просечној постигнутој успећу бацача, али ми такву искривљену слику прихватамо као малу цену коју треба платити за избегавање обавезе да се тачно утврди оно што не може да буде утврђено на такав начин.

Начелно смо задовољни често од јавности закљоњеним незваничним методама одлучивања кад се доносе одлуке о по-часним степенима, војним одликовањима, медаљама за храброст, књижевним и научним наградама, наградама за здужбина и свечаним вечерама у нечију част. Чини се да један ванредан изузетак у односу на такву опуштеност, представља сложен поступак проглашавања за блаженог у Римокатоличкој цркви. Али, тај поступак у ствари не чини изузетак. Његов циљ није давање почести свету, него озваничавање култа. Изражено језиком управног права, то је поступак потврђивања. Тражена потребност делана – укључујући, као што и укључује, чуда која делују – умножава се на врху лествице људског постигнућа. Препоставља се, међутим, да спада у ниже ступњеве натприродног.

У друштвеним праксама које сам управо описао, постоји стално одбацивање појма, тако уобичајеног у моралном доказивању, да морамо да знамо шта је савршено добро пре него што можемо да препознамо рђаво или једва достатно. Да је то тачно, чини се да би било много лакше да се процени петопроцентно одступање од савршенства него деведесетдеветопроцентно одступање. Али, кад се то напокон појави у конкретним случајевима, наш здрав разум нам каже да објективније стандарде можемо да применимо кад је реч о одступањима од задовољавајућег делања, него што то можемо да учинимо кад је реч о деланима која сежу ка савршенству. И, управо на том гледишту заснованом на здравом разуму, ми и изграђујемо наше инстинктивне и праксе.

Моралност која право чини могућним

II ГЛАВА

Закон, који човек не може да поштује, ништа га делује саобрано њему, ништаван је и није закон; јер, немогуће је поштовати противуречности или деловати сагласно њима.

Walden, C. J. in
Thomas v. Sorrell, 1677.

Било би пожељно кад би наши учени првеншти одговорили на ова питања која следе ... да ли држава икад, кад изабере парламенти, даје овом разудану неодраничену моћ да по својем нахођењу иде против њених сојствених закона и уредби пре него што их је она сама укинула?

Liberty, England's Birth-Right
Justified, 1645

Ова глава ће започети релативно дугачком алегоријом. У њој се говори о несрећној владавини монарха који је носио згодан, али не баш много маштовито и не баш много краљевски звучно име – Рекс (Rex).

Осам услова да се не успе у стварању права

Рекс је ступио на престо испуњен одушевљеним реформатором. Сматрао је да је највећи неуспех његових претходника био у области права. Поколењима правни систем није познавао ништа налик темељној реформи. Судски поступци били су гломашни, законска правила су говорила застарелим језиком једног другачијег времена, правда је била скупа, судије немарне, а понекад и поткупљиве. Рекс је био решен да све то исправи и да створи себи име великог законодавца у историји. Његова злосрећна судбина била је да не успе у својим стремљенијима. Занимљиво је да је претрпео изузетан неуспех, пошто не само да никад није успео да спроведе неопходне реформе, већ штавише никад чак није успео да створи било какво право, добро или рђаво.

Његова прва званична одлука, међутим, била је драматична и обешавајућа. Пошто му је било потребна чиста табла на којој би писао, својим поданицима је обнародовао своју одлуку о тренутном укидању целокупног постојећег права, без обзира на његову врсту. Тад се латин састављања новог закона. Нажалост, пошто је школован као једини краљевић, његово образовање је било врло мањкаво. Поглавито, открио је да није у стању да направи ни најједноставнију генерализацију. Према му није доспегло познање кад се радило о решавању појединачних спорова, покушај да јасно изнесе образложење ма које одлуке оштерећивао је његове способности до тачке пуцања.

Како је постао свестан својих ограничења, Рекс је одустао од рада на законнику и обнародовао својим поданицима да ће убудуће да ради посао судије у ма ком спору који би могао да настане између њих. Надао се да ће на тај начин његове приврене способности за генерализацију подстрекнуте различитим случајевима, можда да се развију и да ће, решавајући случај по случај, постепено разградити систем правила која ће моћи да уврсти у законик. Нажалост, мањкавости у његовом образовању биле су много дубље укорењене него што је претпостављао. Тај смео подухват је потпуно пропao. Пошто је донео буквално на

стотине пресуда, ни он ни његови поданици нису у тим одлукама уопште могли да открију баш никакав образац. Такви пробни покушаји ка генерализацији какви су могли да се нађу у његовим одлукама само су повећавали збрку, јер су његове поданике наводили на погрешан пут, а код његових сопствених оскудних способности расуђивања су изазивали пометњу при одлучивању у доцнијим случајевима.

Рекс је после тог краха схватио да је неопходно да крене испочетка. Његов први корак је био да започне учење на основу низа подука о уопштавању. Са тако ојачаним интелектуалним снагама, он се поново вратио пројекту законика и после много сати усамљеничког рада, успео је да припреми прилично дугачак документ. Међутим, он још увек није био сигуран у то да ли је у потпуности превазишао своје раније мањкавости. Стога је својим поданицима обнародовао да је написао законик и да ће убудуће њиме да се управља код решавања случајева, али да ће садржај законика још неопређено време да остане државна тајна, позната само њему и његовом писару. На Рексово изненађење, тај разуман план је дубоко озлогледио његове поданике. Они су изјавили да је врло непријатно кад се о нечијем случају одлучује на основу правила, а не постоји начин да се сазна која су то правила.

Рекс се згранут овим одушевљањем, подухватио ревносно састављања прегледа својих сопствених врлина и слабости. Залучио је да га је живот јасно подучио једној ствари, наиме, да је лакше решити случајеве кад се они разматрају гледајући уназад, него покушати да се предвиди или контролише будућност. Не само да је гледање уназад олакшавало решавање случајева, већ је – што је за Рекса било од највећег значаја – исто тако олакшавало и изношење образложења. Одлучивши да искористи то што је увидео, Рекс је дошао до следећег плана. Он ће на почетку сваке календарске године решавати све спорове који су настали између његових поданика током претходне године. Своје пресуде ће да допуни подробно изнетим образложењима. Наравно, тако изнета образложења схватиће се као образложења којима се одлуке неће управљати у наредним годинама, пошто би се на тај начин осујетио укupan циљ новог појетка, а он се састојао у искористићавању те напредне мудро-

сти. Рекс је са пуно поуздања објавио нов план својим поданицима, напомињући да ће објавити целовит текст својих пресуда са правилима које је применио, те ће на тај начин задовољити главну замјерку која је била упућена његовом старом плану. Рексови поданици су ту објаву примили ћутке, а затим су тихо преко својих вођа објаснили да су, кад су рекли да морају да знају правила, под тим подразумевају да морају да их знају *улићред*, како би могли да на основу њих поступају. Рекс је промрмљао нешто у смислу да су свој став могли мало јасније да изразе, али је рекао да ће видјети шта може да се учини.

Рекс је сад схватио да не може да измакне од објављивања законика који ће да установи правила која ће да се примењују у будућим споровима. Настављајући са својим појмама о уопштавању, Рекс је марљиво радио на ревидираном законнику и напоскон је огласио да ће законик ускоро да буде објављен. То саопштење је примљено са свеопштим задовољством. Потписаност Рексових поданика била је тим већа кад је његов законик постао доступан и кад је откривено да је он представљао истинско ремек дело нејасности. Правни стручњаци који су га проучавали, изјавили су да у њему не постоји ни једна једина реченица коју би могао да разумје било обичан грађанин, било учени правник. Дошло је до општег оправданог негодовања и закратко се пред краљевским двором појавио дежурни штрајкач који је носио паролу која је гласила: „Како ма ко може да се придржава правила које нико не може да разумје?“

Законик је убрзо повучен. Схвативши по први пут да му је потребна помоћ, Рекс је поставио једно тела стручњака да гаде на преиспитивању законика. Дао им је упутства да садржину не мењају, али да начин изражавања појасне у целом тексту. Законик који је проистекао из тог рада представљао је модел јасности, али је током његовог даљег изучавања постао очигледно да је његова нова јасност само осветлила чинишницу да је прожет противречностима. С поузданошћу је извештено да у законнику није постојала ни једна једина одредаба коју није пониптавала друта њој противуречна одредаба. Поново се пред краљевим двором појавио дежурни штрајкач са паролом која је гласила: „Овог пута је краљ био јасан – у оба правца“.

Законик је још једном повучен ради преиспитивања. Рекс је, међутим, до тада већ изгубио стрпљење према својим поданицима и према негативном ставу који су они изгледа увејали према свему што је он покушао да учини за њих. Одлучио је да им одржи лекцију и да оконча њихово критиковање. Својим стручњацима је дао упутства да очисте законик од противречности, али да сваки захтев садржан у њему истовремено учине драстично строжим и да додају другачајак списак нових прекршаја. Тако, тамо где је раније грађанину позваном пред краљевску власт био дат рок од десет дана да се појави пред њом, у ревидираном законнику је тај рок скраћен на десет секунди. За кривично дело, које је кажњавано затворском казном од десет година, проглашени су кашљање, кијање, штудцање, онесвештавање или пацање у несвест у присуству краља. Не разумети, као и веровати и правилно проповедати учење о постепеном, демократском спасењу, послало је издаја.

Кад је објављен, нов законик је скоро довео до револуције. Виђени грађани су објавили своју намеру да се с презрењем оглуше о његове одреде. Неко је код једног старог аутора пронашао пасус који је деловао прикладно: „Наредити нешто што не може да буде учињено, не значи створити право, то значи пониптити право, јер наредба која не може да се поштује не служи никаквом циљу доли збрци, страху и хаосу“. Закратко је тај пасус био цитиран у сто петиција упућених краљу.

Законик је поново повучен, а групи стручњака је додељен задатак да га још једном преиспита. Упутства која је Рекс дао стручњацима била су да увек кад наиђу на неко правило које захтева немогуће, оно треба да буде промењено на такав начин да придржавање учини могућним. Показао се да је свака одредаба у законнику требало суштински да се преформулише да би се тај задатак остварио. Коначан резултат је, међутим, био триумф законописања. Законик је био јасан, сагласан сам са собом и од поданика није захтевао ништа што он није лако могао да изврши у оквиру својих моћи. Штампан је и бесплатно делен на сваком уличном углу.

Међутим, дан пре ступања на снагу новог законика, утврђено је да је на непрекидне измене Рексовог првобитног нацрта

Утрошено толико много времена да је суштину законика озбиљно претпази развој догађаја. Од Рексовог преузимања краљевске власти, постојала је обустава редовних судских поступака, што је довело до значајних економских и институционалних промена у земљи. Усклађивање са тим променама околностима, захтевало је бројне промене у садржини права. Следило је томе, чим је законик постао правно важећи, поврнут је сваконедном низу допуна. Народно незадовољство је поново нарасло; на улицама се појавила анонимна брошура у којој су се налазили увредљиви пртежи краља и ударни чланак са насловом: „Закон које се свакодневно мења, гори је него кад уопште нема закона“.

Закратко је извор тог незадовољства почео да јенјава сразмерно постепеном опадању стопе измена и допуна. Пре него што се то испољило у ма ком видљивом степену, Рекс је најавио једну важну одлуку. Размишљајући о недаћама своје владавине, закључио је да су многе невоље потекле из лоших савета које је добијао од стручњака. Стога је саопштио да ће он лично поново да преузме судијску власт. На тај начин, он ће непосредно моћи да прати примену новог законика и да своју земљу осигура од неке друге кризе. Све своје време је практично почео да проводи саслушавајући и решавајући настале спорове према новом законнику.

Како је краљ наставио са тим послом, изгледало је као да су са закашњењем краљеве дуго успаване способности за уопштавање почеле да се развијају. Његове одлуке су заиста почеле да откривају поуздано и готово пребогато умеће кад је, у вештом разликовању своје сопствене раније одлуке, изнео начела према којима поступа, и поставио смернице за решавање будућих спорова. Изгледало је као да ће Рексовим поданицима ускоро да сване дан кад ће напакон своје понашање моћи да саобразе усаглашеном законнику.

То очекивање је, међутим, убрзо пропало. Како су учоричени томови Рексових пресуда постајали све доступнији и како су подвргавани све подобијем изучавању, тако су његови поданици постајали све запрепашћенији кад су открили да између тих пресуда и законика чији је садржај требало да примене,

није постојала распознатљива веза. Што се тиче мере у којој је нашао свој израз у стварном решавању спорова, нови законик уопште није ни требало да постоји. Па ипак, Рекс је готово свим својим одлукама, стално изнова, износио како је кодекс основни закон његовог краљевства.

Виђенији грађани су почели приватно да се састају да би расправљали о оним мерама које би, осим отворене побуне, могле да се предузму како би краља са дужности судије вратиле на обављање краљевске дужности. Док су се водиле такве расправе, Рекс је изненада преминуо, остарео пре времена и дубоко разочаран својим поданицима.

Прва одлука његовог наследника, Рекса II, било је да прогласи како правницима одузима власт и да их ставља у руке психијатара и стручњака за одnose са јавношћу. На тај начин, објаснио је он, народ може да се усређи и без правила.

Последнице неуспеха

Рексова каријера законодавца и судије, која је била пуна погрешака, показује како постоји барем осам начина на које покушај да се створи и одржи систем правних правила може да претрпи неуспех; ако баш хоћете, у том подухвату постоји осам оделитивних праваца који воде ка пропастима. Први и најочигледнији лежи у неуспелом покушају да се правила уопште створе, тако да одлучивање о сваком питању мора да буде засновано на *ad hoc* основи. Остали правци су следећи: (2) пропуст да се објаве или бар учине доступним правила за која се очекује да ће их поштовати субјект на кога се односе; (3) злоупотреба регулативног законодавства, које не само да не може само да управља дељанем, већ нарушава интегритет правила која важе за унапред (проспективна правила), пошто их тако излаже опасности од ретроспективне промене; (4) неуспех да се правила учине разумљивим; (5) прописивање противречних правила или (6) таквих правила која од стране које се тичу захтевају понашање које је изван њене моћи; (7) предузимање толико честих измена

правила тако да сујект на основу њих не може да управља своје радње; и коначно (8) неуспех у погледу подударана између правила онако како су објављена и њихове стварне примене.

Потпун крах у било ком од ових осам правала не доводи само до постојања рђавог система права; то доводи до нечега што уопште у правом смислу не може да се назове правим системом, осим можда у Пиквиковом смислу, према коме и за ништав уговор ипак може да се каже да представља неку врсту уговора. Сигурно је да не постоји рационалан основ за тврђњу како човек може да има моралну дужност да поштује правно правило које не постоји, или које се од њега држи у тајности, или које је настало тек пошто је он депао, или које је било неразумљиво, или је противречило другом правилу истог система, или је захтевало немогуће, или се мењало сваког часа. Није немогуће да човек поштује правило на које се оглушују они који су најлежни за његову примену, али поштовање у одређеном тренутку постаје узалудно — у ствари, исто толико узалудно колико и давање гласа који никад неће да се уброји. Како је то приметно социолог Зимел, између власти и грађанина постоји нека врста узајамности у односу на поштовање правила.²⁷ Власт се обраћа грађанину у смислу: „Очекујемо од вас да се придржавате ових правила. Ако их се придржавате, јемчимо вам да су то правила која ће се примењивати на ваше понашање“. Кад власт напокон и потпуно раскине ту везу узајамности, не остаје ништа на чему може да се заснива дужност грађанина да поштује правила.

Положај грађанина постаје тежи кад, и поред тога што не постоји потпуни неуспех ни у једном правцу, постоји опште и грубо изолациравање законитости, до каквог је дошло у Немачкој под владавином Хитлера.²⁸ Починье да се развија таква ситуација

27 *The Sociologist of Georg Simmel* (1950), trans. §4, „Integration in the Idea of Law“, стр. 186–189; такође видети: главу IV, „Subordination under a Principle“, стр. 250–267. Зимелова расправа је вредна изучавања за оне који се баве дефинисањем услова у оквиру којих може да се оствари „владавина права“.

28 Неке од тих одлика изолациравања разматрао сам у свом чланку „Positivism and Fidelity to Law“, *71 Harvard Law Review*, стр. 630, 648–657 (1958). Тај чланак инуколико не покушава да пружи свеобухватан преглед свих

ција у којој се, на пример, и поред тога што се одређени закони објављују, ипак не објављују неки други закони, укључујући и оне најважније. И према већина закона ступа на снагу после објављивања, ретроактивно законодавство се толико слободно користи да ниједан закон није *ex post facto* заштићен од измена, ако то одговара прохтевима оних који су на власти. За вођење кривичних судских поступака који се баве случајевима везаним за лојалност режиму, успостављени су специјални војни судови који су увек, кад год су нашли за сходно, занемаривали правила која треба да контролишу њихове одлуке. Чини се да све више и више главни циљ власти није да грађанину да правила према којима ће он да саобрази своје понашање, већ да га застрашвањем учини немоћним. С даљим развојем такве ситуације, проблем с којим се сусреће гласач који сигурно зна да његов гласачки листић неће да буде пребројен. То више нагикује проблему гласача који зна да је сва вероватноћа да његов гласачки листић уопште неће бити пребројен и да, ако и буде убројен, постоје велики изгледи да ће се он бројити као глас за страну против које је он у ствари гласао. У свом предвиђању, грађанин треба за себе да одлучи да ли да се придржава система и да убади свој гласачки листић, показујући тако неким својим симболичким поступком да очекује боље дане. Тако је било и са немачким грађанином под Хитлеровом влашћу, који је био суочен са

последатних судских пресуда у Немачкој, које се тичу договора који су се збили за време Хитлеровог режима. Неке од доцнијих пресуда пису ништавост судских одлука, које су донели судови за време Хитлерове владавине, засниване на разлогу да су применене одредбе биле ништаве, већ на разлогу да су нацистичке судије погрешно тумачиле одредбе своје сопствене владе. Видети: Парре, „On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era“, *23 Modern Law Review*, стр. 260–274 (1960). Чини ми се да др Пап тој разлици придије већи значај него што јој припада. Напокон, смисло одребе деликатно зависи од прихваћених начина тумачења. Може ли да се каже да су послератни немачки судови потпуно уважили нацистичке законе кад су их тумачили помоћу својих властитих стандарда уместо помоћу својим друштвених стандарда који су били на снази за време нацистичког режима? Штавише, кад су у питању одредбе такве врсте које су, као што и јесу, биле испуњене нејасним фразама и неотграниченим проношењем олапаћена, чини се да није баш на месту испитивати питање њиховог правичног тумачења.

одлуком да ли има дужност да поштује оне делове закона које је најистички терор оставио недирутим.

У таквим ситуацијама не може да постоји једноставно начело помоћу кога може да се испита грађанска дужност верности праву, исто тако као што не може да постоји ни такво начело за испитивање његовог грађанског права да учествује у општој револуцији. Једно је, међутим, јасно. Чисто поштовање конституисане власти не сме да се меша са верношћу праву. Рекови поданици су, на пример, остали верни њему као краљу током целе његове дуге и неспретне владавине. Али, они нису били верни његовом праву, пошто он никад није ни створио некакво право.

Тежња ка савршенству у законитости

Досад смо се бавили распознавањем осам праваца који воде ка неуспеху у покушају стварања права. Саобразно њима постоји осам врста правног савршенства ка коме систем правила може да тежи. Они неминовни услови за постојање права уопште, који се јављају на најнижем нивоу, постају, како се пењемо лествицом остварена, све захтевнији изазови који се постављају пред људске способности. На врхунцу успона долазимо у искушење да замислимо једну утопију законитости где су правила савршено јасна, међусобно усаглашена, позната сваком грађанину и никад немају повратну снагу. Правила у тој утопији остају непроменљива протоком времена, захтевају само оно што је могуће, и савесно се поштују од стране судова, полиције и свих осталих који су надлежни за њихово примењивање. Из разлога које ћу закратко да изнесем, та утопија — у којој је свих осам начела законитости остварено до савршенства — није у ствари користан циљ за вођење тежње ка законитости; циљ савршенства је много сложенији. Па и поред тога, он доиста наговештава осам оделитих стандарда помоћу којих може да се испита савршенство у законитости.

Кад сам у првој глави своје књиге образлагао разлику између моралности дужности и моралности тежње, говорио сам о једној замислиjenoј лествици која почиње од најнижег ступња са најочигледнијим и најсуптилственијим моралним дужностима и пење се ка врху, све до највиших домаћа који су отворени за остварење људских способности. Такође сам говорио и о једном невидљивом показатељу, који означава линију разграничења — место где престаје притисак дужности и почиње изазов савршенства. Унутрашња моралност права, што би сада требало да буде јасно, представља све те стране. Она такође обухвата и моралност дужности и моралност тежње. Она нас исто тако повучељава и са проблемом који се односи на сазнање где да се налази граница испод које ће људи бити осуђени због неуспеха, али не могу да очекују никаква похвалу за успех, и изнад које ће им се у једном случају дивити, а у најгорем ће бити сажалежавани због неуспеха.

Примењујући поступак рашчлањавања из прве главе на наш садашњи предмет, важно је да се узму у разматрање одређена оделита својстава унутрашње моралности права. У ономе што би могло да се назове основном моралношћу друштвеног живота, дужности које су на снази у односу на друга лица уопште (за разлику од оних које су на снази у односу на специфичне личности), обично захтевају само уздржавања или, како ми то кажемо, по својој природи су такве да садрже негативне убиј, не чини неправду, не варај, не клевети и слично. Такве дужности представљају најмању телскоћу за давање формализоване дефиниције. То значи да без обзира на то да ли се бавимо правним или моралним дужностима, да смо у стању да развијемо стандарде који с одређеном тачношћу — премда никад коначном — означавају ону врсту понашања коју треба избегавати.

Међутим, мада се захтеви унутрашње моралности тичу односа између лица уопште, они захтевају више од уздржавања; они су, како ми то слободно кажемо, по својој природи такви да садрже потврду: учините право познатим, учините га повезаним и јасним, постарайте се да ваше одлуке које доносите као званичник буду у складу са правом, итд. Да би се задовољили ти захтеви, људске радне способности морају да буду умерене

ка особеним врстама остварења, а не само ка одвраћању од шкoдљивих радњи.

Због афирмативног и стваралачког својства својих захтева, унутрашња моралност права рђаво се остварује кроз дужности, биле оне моралне или правне. Без обзира на то колико може да буде пожељан извештај правац људске радности, ако ми прокламујемо да постоји дужност која треба да се следи, суочићемо се са отповорношћу везаном за одређивање места на коме је та дужност повређена. Иако је истинасти како законодавац има моралну дужност да своје законе учини јасним и разумљивим. Али, то у најбољем случају остаје подстицај, осим ако нисмо спремни да одредимо онај степен јасности који он мора да постигне како би извршио своју дужност. Склоност да се јасност подвргне квантитативном мерилу поставља очигледне тешкоће. Можемо наравно да се задовољимо тиме што ћемо рећи да законодавац има бар моралну дужност да покуша да буде јасан. Али, тиме се тешкоћа само одлаже, јер у неким случајевима ништа не може више да збуни од покушаја да се измери колико енергично је човек намеравао да учини оно у чему је претрпео неуспех. У сваком случају, добре намере су код моралности права од мале користи, како је то краљ, Рекс, сјајно показао. Све то говори у прилог закључку да је унутрашња моралност права осуђена да остане углавном моралност тежње, а не дужности. Њена превентивна привлачност мора да се обраћа осећају поверења и поноса вештином законописања.

У односу на те замерке постоји један значајан изузетак. Он се односи на пожељност да закони буду познати, или да су барем доступни онима којих се тичу. Овде имамо захтев који показује неуобичајену подобност за формализовање. Писани устав може да проишле да ниједан закон неће ступити на снагу све докле док не буде проглашен у посебном облику. Ако судови имају овлашћења да примене ту одредбу, тад можемо да говоримо о правном устолу за стварање права. Али, у погледу објављивања, лако је замислити и морална дужност. Обичај, на пример, може да одреди каква се врста промуглгације закона очекује, истовремено не разјашњавајући какве последице прате одступање од прихваћеног начина објављивања. Формализација

потребе за објављивањем има очигледна преимућства над нека-написаним покушајима, чак и онда кад се они разумно и савесно спроводе. Формализован стандард проглашења не говори законодавцу само где да објави своје законе, већ он исто тако омогућава субјекту — или адвокату који заснупа његове интересе — да сазна где треба да оде да би се упознао с тим законом.

Могло би да се претпостави да би и начело које осуђује законе с повратном снагом (ретроактивне законе) такође лако могло да се формализује у једноставно правило да ниједан такав закон никад неће бити донет или да неће важити ако буде донет. Таково правило, међутим, било би крајње шкoдљиво за циљу законитости. Зачудо, испоставља се да један од на изглед најочигледнијих захтева законитости — да правило донето данас треба да управља оним што се дешава сутра, а не оним што се десило јуче — изазива неке од најтежих проблема целокупне моралности права.

У вези са захтевима законитости, који су друшгацији од оног о промуглгацији, највише што тад можемо да очекујемо од устава и судова јесте да нас спасау од суноврата; од них не може да се очекује да поставе много обавезних мера управљених ка истински значајном постигнућу.

Законитост и економска рачуница

У првој глави своје књиге покушао сам да покажем како напуштањем моралности дужности и успињањем ка највишим нивоима моралности тежње, начело граничне добити игра све већу улогу у одлучивању. На нивоу дужности, ма шта што је налик економској рачуници — не отговара. У моралности тежње, пак, не само да отговара, већ постаје и саставни део саме моралне одлуке — и то углавном више укључено стремимо ка највишим нивоима испуњења.

Није тешко показати да нешто попут економске рачунице може да постане неопходно кад настане сукоб између унут-

рашње и спољашње моралности права. Са становишта унутрашње моралности права, на пример, пожељно је да закони остану постојани током времена. Али, очигледно је да промене околности, или промене људских уверења, могу да захтевају и промене у материјалним циљевима права, а каткад и узнемиравајући честе измене. Ту смо често осуђени да, између увођења сувишне честих промена и одсуства промена уопште, следимо непостојан средњи пут, и то не зато што нас у томе одржава уверење да је пут који смо одабрали баш онај прави пут, већ зато што у сваком случају морамо да се чувамо од погубељне опасности која лежи на обе стране.

Верујем да је много мање очигледно да супротности могу да настану и унутар саме унутрашње моралности права. Па ипак, лако је показати да различити захтеви који сачињавају ту моралност, могу каткад да буду међусобно противречни. Тако, истовремено је пожељно да закони остану постојани током времена и да не буду такви да онима који треба да их поштују намећу непремостиве препреке. Па ипак, брзе промене какве су оне које прате инфлацију, могу да доведу до тога да поштовање посебног закона, које је раније било лако, постане толико тешко да у једном тренутку дође до оне тачке кад је оно практично скоро немогућно. Овде би поново могла бити потребно да се следи средњи пут, који укључује напосење одређене штете и једном и другом захтеву.

За време посете Полској у мају 1961. године, водио сам са бившом министарком правде један разговор који је значајан за део о коме овде говорим. Рекла ми је како је у првим данима комунистичке владавине ревносно и непрекидно улаган напор да се закони саставе на тако јасан начин да буду разумљиви и раднику и сељаку. Убрзо је, међутим, откривено да таква врста јасности може да се постигне једино науштрб оних системских елемената правног система који уобичавају неговта правила у повезану целину и омогућавају њихову доследну примену од стране судова. Другим речима, утврђено је да стварање таквих закона који су лако разумљиви сваком грађанину, носи сабом скривену штету која се састоји у томе што судови могу произ-

вољније и непредвидљивије да их применују. Стога је постало неопходно одређено повлачење ка уравнотежењем гледишту.

Број таквих примера и илустрација могао би да се увећа. Довољно је, верујем, речено како би се показало да утолиција законитости не може да се сматра стањем у коме је сваки захтев посебно моралности права остварен до савршенства. То није нарочито својство – а сигурно ни посебан недостатак – унутрашње моралности права. У сваком људском подухвату ћемо увек на неком месту да наиђемо на проблем равнотеже, док прелазимо дуг пут који води од провалије потпуне пропасти до врхунца људског савршенства.

Сад је време да сваки од осам захтева унутрашње моралности права размотримо кроз један шири преглед. Тај преглед ће се бавити одређеним, досад само овлаш поменутиим тешкоћама, и то посебно оним које се тичу односа између унутрашње и спољашње моралности права. Он ће такође да садржи и нека запажања о начинима на који су проблеми унутрашње моралности права заправо настали у историји.

Општост права

Први захтев система који људско понашање потчињава управљању према правилима, очигледан је: правила морају да постоје. То би могло да се назове захтевом општости.

У новијој историји се можда најзначајнији неуспех у утврђивању општих правила види у неуспешности неких од напних регулативних служби, и то посебно оних које немају централно зоване функције. Као и краљ, Рекс, и оне су своју каријеру отпочеле у уверењу да ће најпре решавањем једног по једног случаја постепено доћи до сазнања које ће им омогућити да развију опште стандарде за доношење одлука. Та очекивања су у неким случајевима била готово потпуно изневерена, што је посебно био случај са Одбором за цивилну авионаутику (Civil Aeronautics Board) и Федералном комисијом за комуникације (Fe-

dental Communications Commission). Верујем да узрок тог неуспеха лежи у природи задатака који су додељени тим службама; оне покушавају да у облику пресуђивања учине нешто што није подесно да се оствари у том облику.²⁹ Али без обзира на разлог, ако се посматрају као покушаји стварања повезаних правних система, те службе су биле наглашено неуспешне.

Уложен и заведен преговор против тих служби не односи се толико на неправичност њихових правила, колико на то да оне уопште нису успеле да развију било каква значајна правила. Та разлика је важна због тога што се захтев општости каткад тумачи тако да значи да право мора да делује безлично, да његова правила морају да важе за опште категорије и да не треба да садрже лична имена. Уставне одредбе које пониптавају „Приватне законе“ и „специјално законодавство“ изражавају то начело.³⁰ Али начело које те одредбе иптите, јесте начело правичности, које у смислу овде изложеног рапчглавања, припада спољашњој моралности права.

29 Ограничена процеса доношења судских одлука сам покушао да рачуна-
ним у два чланка: „Arbitration and the Rule of Law”, *Proceedings of the
American Society of Intentional Law* (1960), стр. 1-8; „Collective Bargaining
and the Arbitrator”, *Wisconsin Law Review*, стр. 3-46 (1963). Доцније планирам
да објавим једну општу анализу под називом *The Forms and Limits of
Arbitration*. Видети такође: стр 170-177, *infra*.

30 Видети одрецину „Special, Local or Private Laws” in *Index Digest of State
Constitutions* (2d ed. 1959), који је објавио Legislative Drafting Research Fund
of Columbia University. Одредбе те врсте су судовима и законодавним
телима донеле доста тешкоћа. Понекад се њихови захтеви заповољавају
са тако очигледно непоштеним средствима, као што је одреба да ће
одређени закон да важи, за све градове у држави, чим је број становника
према последњем попису становништва био већи од 165.000 и мањи од
166.000”. Пре него што осудимо ово очигледно изврљавање, треба да се
посетимо да једночлан ред или низ представља познату и суштинску
замисао логике и теорије низова. Понекад је забрала специјалних закона
управљена против прилично очекиваних злоупотреба законодавне власти.
Калифорнијски устав на пример забрањује специјалне законе који се
односе на „кажњавање кривичних дела регулисање рада судова одоб-
рљаване развоја проглашавања ма кој лица пунолетним” (члан VI § 25,
сагласно додату извршеној до 4. новембра 1952. године). Исти члан,
међутим, садржи општу забрану специјалних или локалних правних аката
„у свим случајевима у којима општи закон може да се учини применљив-
ним”. То је довело до праве гунгуле у перници.

То начело се разликује од захтева унутрашње моралности
права у томе да, у најмањој могућој мери, морају да постоје
правила неке врсте, ма како правична или неправична она могла
да буду. Може да се замисли правни систем управљен ка једном
једином именованом лицу, који регулише његово понашање у
односу на остала именована лица. Тако нешто може да постоји
између послодавца и наменштеника. Ако послодавац жели да
избегне потребу да стално надзире свог наменштеника и да уп-
равља сваком његовом радњом, он може да дође до закључка
да је најважније да свом наменштенику јасно изрази и пренесе
одређена општа начела понашања. Покушавајући то да учини,
послодавац су отворени сви путеви ка неуспеху, које је прешао
крај. Рекс. Он може да буде неуспешан у јасном изражавању
општих правила, а ако је пак успешан у томе, тад може да не
успе да их пренесе свом наменштенику, итд. Ако послодавац успе
да створи систем правила који функционисше, откриће да је за
тај успех и он сам морао да плати одређену цену. Јер, не само
што у тај подухват мора да уложи одређен напор и способности
расуђивања, него и сам успех таквог покушаја ограничава ње-
гову сопствену способност делања. Ако приликом дељења похвала
и покуда, он по нависти занемарује своја сопствена правила, тад
може да открије да се његов систем права руши и да, чак и без
неке отворене побуне, може да престане да му доноси оно што
је преко њега тежио да оствари.

У стварним системима који надзире људско понашање и
њиме управљају, ретко долази до потпуног неуспеха приликом
утврђивању нечега као што је опште правило. Одредбено уоп-
штавање је садржано и у радњи којом треба да се саопшти
макар и једна једина жеља. Кад се псу изда заповест „Поздрав
шапом”, и она захтева одређену способност уопштавања и код
газде и код пса. Пре него што може да изврши заповест, пас
прегледно мора да схвати колики ће распон незнатно разли-
читих радњи да буде прихваћен као поздрав шапом. Штавише,
добро обучен пас ће временом да спозна у каквој врсти ситуа-
ција ће од њега вероватно да се захтева поздрав, и често ће да
наслути да треба да пружи своју палу и пре издавања заповести.
Очигледно је да тако нешто може да се деси и да се заиста
дешава и у људским пословима, и то чак и онда кад они који
имају власт да издају заповести, уопште немају жељу да поставе

општа правила. Али ако је за потпун неуспех приликом уопштавања потребна таква посебна неспретна надареност какву је имао један краљ, Рекс, тад стоји чиненица да многи, велики и мали, системи трпе велику штету због непостојања општерначег.³¹

Проблему општости је посвећена врло неодговарајућа пажања у литератури о јуриспруденцији. Остин је правилно схватио да правни систем представља нешто више од низа непатерналистичких образаца за вршење политичке власти. Па ипак, његов покушај да направи разлику између опште и посебне заповести био је толико произвољан и тако неповезан са његовим системом као целином, да се англоамеричка литература од његовог времена једва опоравила од тог првобитног погрешног упућивања.³²

Можда је основна мањкавост Остинове анализе лежала у томе што није успео да раздвоји два питања: (1) шта је од суштинског значаја за ефикасност система правних правила, и (2) шта ћемо називати „правом“? У рапчиљавању које је изложено у овим предавањима, захтев за општошћу почиња на општеприхваћеној истини да ако људско понашање жели да се потчини владавини правила, тад правила морају да постоје. Тиме се никако не тврди да сваки државни акт који има „силу закона“ — као што је судска одлука изречена одређеном општуженику — и сам мора да узме форму постављања општер правила. Исто тако, ове не постоји ни покушај да се о таквим питањима језичке уместности одлучује као о питањима која ће пресудно да утичу на то да ли треба да се назове законом правни акт којим се оснива канцеларије за наплату пореза у Сентервилу.

31 Приговор Херберта Векстера да неким од нових одлука Врховног суда о уставним питањима неостаје степен разумне општости који ће да осигура „неутралност“ Суду, представља најновији израз јадикове која дајига још од времена настанка самог права. Видети: Wechsler, *Principles, Policies, and Fundamental Law* (1961).

32 Видети: Austin, *Lectures on Jurisprudence* (1879), Lecture I, стр. 94-98; Gray, *The Nature and Sources of the Law* (2d ed. 1921), стр. 161-62; Brown, *The Austin Theory of Law* (1906), note on стр. 17-20; упоређити: Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945) стр. 37-39; Somló, *Juristische Grundgedenke* (2d ed. 1927), §20, стр. 64-65. Најбољу обраду тог питања на енглеском језику нашао сам у: Patterson, *Jurisprudence-Men and Ideas of the Law* (1953), ch. 5.

Обнародовање

Окрећући се сада обнародовању закона, том старом проблему који се увек изнова јавља, вратимо се уназад бар до времена отцепљена плебејаца у Риму.³³ Ма како да је такав захтев очигледан и врло важан, мора да се призна да је он потчињен начелу граничне корисности. У ствари, било би будаласто кад би се учинило покушај да се сваки грађанин изобрази у толикој мери да у потпуности може да разумје сваки закон који би могао да буде применен у односу на њега, мада је Бенгам био спреман да се зацупти тим тежким путем.³⁴

Потреба за таквом врстом образовања, свакако, зависиће од мере у којој се захтеви права удаљавају од мишљења која се уопште заједнички деле о добру и злу. Током већег дела своје историје, common law се углавном бавио откривањем импликација у оним схватањима која су биле опште прихваћена у друштву тог времена. Таква велика мера подударности између моралних и правних захтева знатно је смањила снагу приговора да су правила common law-a, насупрот онима из законика, тежко приступачна.

Проблем обнародовања се компликује постављањем питања: „Шта се заправо рачуна као закон у погледу тог захтева?“ Службе које одлучују, посебно управни судови, често заузимају став да се — и поред тога што правила која примењују у споровима треба да буду објављена — исти захтев не прикључује правилима и пракси њихових унутрашњих процедура. Па ипак, сваком искушеном правнику је познато да је за предвиђање исхода случајева често неопходно да се знају не само формална правила којима се они управљају, већ и унутрашње процедуре већања и договарања према којима се у ствари та правила примењују. Можда је у знак признавања тога у Швајцарској и Мексику и

33 У вези са одговарајућим расправљама, видети: Austin, *Lectures on Jurisprudence* (1879), стр. 542-544; Gray, *Nature and Sources of Law* (2d ed. 1921), стр. 162-170. Остин без педијалачења прихвата традиционално енглеско гледиште које држи да је сваки правни акт Парламента важан, чак и ако није објављен.

34 Видети, на пример, покушаје изобјављивања, која се препоручују у: *Rationale of Judicial Evidence*, Ch. IV, „Of Preappointed Evidence“, *Notes*, Bowling's ed., 4, стр. 508-585.

развијен, иначе на изглед чудан захтев да одређени судови своја већања морају да држе јавно.

Човек кога Терман Арнолд понекад назива „чистим реалистом“ (кад ту улогу не задржава за себе),³⁵ могао би да се нађе у искушењу да о захтеву за обнародовање каже нешто попут овога: „Напокон, имамо на хиљаде закона од којих је обичном грађанину, непосредно или посредно, познат тек њихов најмањи део. Чему онда сва та безразложна унамиреност око њиховог обнародовања? И не читајући кривични законик, грађанин зна да не сме да убије и да украде. Кад је пак реч о езотеричним законима, на сваком уличном ћошку би могао да се дели целовит текст тих закона, који ипак ни један од сто људи никад не би прочитао“. На ово мора да се узврати неколиким одговорима. Чак и ако се само један од сто људи потруди да се обавести о, рецимо, законима применљивим на обављање неговог позива, и само то је дозвољено да оправда напоре који су предузети да би се такви закони учинили опште доступним. Тај грађанин, кога је тешко унапред идентификовати, бар има право да буде упознат с њима. Штавише, људи у многим делатностима поштују законе, и то не зато што су непосредно упознати с њима, већ зато што следе модел који су утврдили други за које знају да су боље обавештени од њих. Познавање права од стране неколицине на тај начин посредно утиче на радње многих. Законични би исто тако требало да буду обавештени на одговарајући начин и због тога да би могли да буду подвргнути оцени јавности, укључујући и такву врсту оцене према којој они представљају законе какве не би требало доносити, осим ако њихова садржина не може успешно да се пренесе онима на које се односе. Такође, јасно је да ако се закони не учине лако доступним, тад не може да се провери ни то да ли их поштују они који

35 Понекад је суштина Арнолд изгледа у стану да стоји улоге. У раду професора Харта „Theology“, *73 Harvard Law Review* 1298, на стр. 1311 (1960), он се уздиже изнад „чистог реализма“ уверљиво саопштавајући: „Без неприкритог и искреног стремљења сјајном али никад потпуно остварљивом идеалу владавине права над човеком, 'разум' над 'личном повлашћеношћу', не бисмо имали провешћену владу“. Али, он у истом чланку куди професора Хенрија М. Харта због његовог наговештаја да Врховни суд треба више времена да провере у „развијању колективне мисли“. Арнолд изјављује: „Не постоји ниједан такав поступак, и никад није ни постојао; људи поузданог миљења само се још више учвршћују у таквим миљењима вођењем расправа“ (стр. 1312).

су задужени да их примењују и принудом спроводе. Најзад, највећи део модерних закона тиче се особенних облика делатности, као што је обављање посебних позива или послова; отуда дакле следи да је сасвим безначајно то што су они обичном грађанину непознати. Захтев везан за обнародовање закона не почива ни на каквом бесмисленом очекивању какво је оно да ће послушан грађанин да седне и да их све ишчита.

Ретроактивни закони

У овој земљи се ретроактивним законима изричито баве одређене одређе Устава Сједињених Америчких Држава,³⁶ а у споредици мери и одређени уставни савезних држава.³⁷ Изван области покривених тим одредбама, вредност ретроактивног законодавства углавном се сматра проблемом одговарајућег правног поступка. Овде нећу да се бавим замршеношћу тог дела

36 Трећи став члана I, одељка IX, предрича: „Никав закон о губитку часних и грађанских права или *ex post facto* закон неће бити донет“ од стране Конгреса. Без обзира на превелику слободу језичког израза, одредба која се тиче *ex post facto* закона, састављена је тако да важи за кривичне законе. (Видети чланове цитиране у напомени 12. *infra*.) Овај је Устав, у првом реду, подразумевао казнене законодавне акте који су уперени против појединца. Забрана доношења таквих закона подржана је не само уверљивом да закони треба да буду проспективни по дејству, већ такође и то, што је можда важније, уверљивом да казнене мере треба да буду намењене правилима која су општеважећа.

Забрана закона о оузимању часних и грађанских права и *ex post facto* закона проширена је на савезне државе чланом I, одељка X. Тај одељак долаје одредбу да ниједна „држава неће ... донети ... ниједан закон на штету уговорне обавезе“. Та последња одредба се најчешће сматра одредбом која обеснажђује посебну врсту „ретроактивног“ закона. Међутим, у развијању тачне дефиниције „ретроактивних“ закона, као што ћу показати у тексту, постоје стварне тешкоће. Оне посебно долазе до изражаја у вези са „кључулом која умањује уговорне обавезе“.

37 Видети одређнице: „*Ex Post Facto Laws and Retrospective Laws*“ in the *Index Digest of State Constitutions* (2d ed. 1959). Дух тих закона налази свој снажан израз у: Part I, Section 23, of the New Hampshire Constitution of 1784 (део I, одељак 23, Устава Новог Хемпшира из 1784. године); „Ретроспективни закони су изузетно штетни, опресивни и неправедни“. Стога се неће донети ниједан такав закон, било за одлику у грађанској парници, било за кажњавање прекршаја“.

установног права.³⁸ Уместо тога, бавићу се основним проблемима који се тичу односа између ретроактивности и осталих елемената законитости.³⁹

Узет сам за себе и апстрахован од могуће функције у систему закона који су углавном проспективни, ретроактиван закон представља истинску монструозност. Закони се баве управљањем људским понашањима помоћу правила. Говорити о управљању или усмеравању понашања данас, помоћу правила која ће бити донета сутра, значи говорити у правно. Упитати како треба да вреднујемо замишљени правни систем који се састоји од ретроактивних закона, и то само ретроактивних, јесте као питати се колико ваздушнот притиска има у савршеном вакууму.

38 Вилети: Нале, „The Supreme Court and the Contract Clause”, 57 *Harvard Law Review*, стр. 512–557, 612–674, 852–892 (1944); Нохман, „The Supreme Court and the Constitutionality of Retrospective Legislation”, 73 *Harvard Law Review*, стр. 692–727 (1969); „Prospective Overruling and Retrospective Application in the Federal Courts”, 71 *Yale Law Journal*, стр. 907–951 (1962); непотписана примедба.

39 Литература о јуриспруденцији једна и да посвећује пажњу ретроактивним законима. Греј прилично опширно разматра снагу судских одлука *ex post facto* (*The Nature and Sources of the Law*, 2d ed. 1921, стр. 89–101, 218–233), али он о законима има да каже само ово: „Законодавство може, у одсуству било које уставне забране, чак и нови закон да учини ретроактивним” (*Ibid.*, стр. 187). Према изгледа да ретроактивни закон помало забринjava Келзена, он ипак примећује да пошто је опште признато да непознавање закона не представља изговор и пошто стога савим исправно може да се примени на онага ко га није познавао – ретроактивни закон то помера само мало даље тако што закон примећује на онага коме он никако није могао да буде познат. *General Theory of Law and State* (1945), стр. 43–44, 73, 146, 149. За Шомла се ради о питању правичности; не постоји ниједан суштински разлог у самој природи права због кога закони не би били ретроспективни. *Juristische Grundlegung* (2d. ed. 1927), стр. 302–303. Само Остин, изгледа, сматра да ретроактивни закони представљају озбиљан проблем за правно рашчлањавање. Посматрајући право као заповест којој је придодата санкција, он примећује да „штета или неправда претпостављају незакониту намеру, односно један од оних начина незаконитих *provisoria* који се називају непажња, немарност и непорочност. Јер, изузев ако је странка знала да криши своју дужност, односно ако није могла да зна да криши своју дужност, тада санкција није могла да делује у тренутку неправде с циљем да га нагера” да поштује заповест. *Lectures on Jurisprudence* (4th ed. 1879), стр. 485.

Ако стога треба паметно да проценимо ретроактивне законе, морамо их довести у смисао са системом правила која се уопште односе на будућност. Необично је то, да у овом смислу могу да се јаве ситуације кад даваше ретроактивног дејства правном правилу не само да постаје пошлошљиво, већ у ствари може да буде и од суштинског значаја за остварење идеје законитости.

Као и сваки други људски поухват, напор да се удовољди, често сложеним захтевима унутрашње моралности права, може да претрпи разне врсте бродолома. И управо, кад ствари крену погрешним путем, ретроактивни закон постаје неопходан као куративна мера; иако је правило куративна закона у времену унапред, ми каткад морамо да се зауставимо, окренемо и покушамо делове. Претпоставимо да закон прописује да после негов ступања на снагу више неће важити ниједан брак, изузев ако се посебна марка, коју издаје држава, не стави на сертификат о браку од стране лица које врши церемонију. Квар у државном штатларском предузећу има за резултат да марке нису достављене у тренутку ступања на снагу закона. Мада је закон прописно обнародован, мало му је публициитета дато, а метод помоћу кога би он обично био сазнат, усмено, међу онима који закључују бракове, неуспешан је зато што марке нису дистрибуиране. Много се бракова склопи између лица која ништа не знају о овом закону и, такође, пред свештеником који такође ништа не зна о њему. Све ово се деси пошто је законодавство прекинуло са радом. Кад се поново позове на заседање, законодавство донесе закон о признавању бракова који су према одредбама претходног закона били ништави. Иако, узета за себе, ретроактивна последица другог закона слаби начело законитости, она ублажава последицу претходног неуспеха да се остваре друге две пожељне законитости; да закон треба да су познати онима којих се тичу и да су погодно да буду поштовани.⁴⁰

40 Због тога што њихови законодписи обично превиде повремену потребу за „куративним” законима, једносмерне уставне забране ретроактивних закона треба да буду суштински преформулисане од стране суда. Тако, члан I, § 20. Устава Тенесија из 1870. предвиђа да „ниједан ретроспективни закон или закон који умањује обавезе из уговора, неће бити донет”.

Може се доћи у искушење да се из ове илустрације извуче лекција како су закони са повратном снагом увек оправдани, или барем невини, кад им је циљ да исправе неправилности форме. Пре него што пожуримо да прихватимо тај закључак, било би добро да се подсетимо чистке Рема из 1934. године. Хитлер је одлучио да одређени елементи Нацистичке партије окупљени око Рема представљају терет његовом режиму. Нормална процедура за диктатуру у таквом случају била би да се нареди тобожње суђење после кога следе осуда и егзекуција. Ипак, због краткоће времена, Хитлер и његови сарадници су на брзину отпужовали ка југу и у време тог пута убили су скоро стотину људи. Вративши се у Берлин, Хитлер је одмах уредио да се донесе ретроактивни закон, којим су ова убиства претворена у законите егзекуције. Касније је Хитлер изјавио да је у току те афере „он лично био Врховни суд немачког народа“, показујући тако да су према његовом мишљењу, убиства била пражена простом неправилношћу форме, која се састојала у чињеници да је он у својој рупи имао пиптољ, а не жезло правде.⁴¹ С обзиром на ово гледиште о реченој ствари, он је чак могао да наведе изреку нашег Врховног суда, којом се подржава доношење оног што се назива „хуративни закон који је прикладно пројектован да исправи... недостатке у вршењу власти“.⁴²

Друга страна ретроактивног стварања права не тиче се толико било каквог позитивног доприноса који може, с обзиром на прилику, да допринесе унутрашњој моралности права, већ се више тиче околности да се у извесној мери неизбежно везује за функцију судије. Важно је да се у подмуче како систем за управљање људским понашањем помоћу формално донетих правила не захтева нужно судове или било какве друге институције процедуре за одлучивање у споровима о значењу правила. У малом и пријатељском друштву које се управља према релативно једноставним правилима, такви спорови не морају ни да се

⁴¹ У почетку је ово протумачено да значи: „ниједан ретросективни закон или други закон који умањује обавезу из уговора неће бити донет“. Рани случајеви разлагају се у: *Wylie's Lessee v. Wylie*, 32 Temp., стр. 405 (1852).
⁴² Реглантне одређенице могу се наћи у мом чланку у: *71 Harvard Law Review*, стр. 650 (1958).

⁴² *Graham v. Goodsell*, 282 U.S. стр. 409, и 429 (1930).

појаве. Ако се пак појаве, они могу да се разреше вољним усклађивањем интереса. Па чак и да се они не реше, извештан број сталних спорова на периферији не може озбиљно да ослаби ефикасност система као целине.

Наглашавам ову тачку зато што се често узима здраво за готово да судови једноставно представљају одблесак основног циља права, а претпоставља се да се тај циљ састоји у решавању спорова. Потреба за правилима – тако се изгледа мисли – настаје у потпуности због човекове себичне, свађалачке и расправљачке природе. У друштву анђела не би било потребе за правом.

То, међутим, зависи од анђела. Ако анђели могу да живе заједно и да врше своја анђеоска дела без икаквих правила, тада наравно, њима право не треба. Такође, право им не треба ни онда кад су правила на основу којих они дељају прећутна, неформална и интуитивно опазива. Међутим, ако су анђелима ипак потребна „створена“ правила, правила која су створена неком изричитом одлуком у циљу ефикасног обављања њихових небеских дела, тада им је потребно право, и то онако како је схваћено у овим есејима. Краљ, Рекс, који би био позван да њима влада и да установи правила за њихово понашање, не би пропустио прилику да свој посао поквари само због тога што би анђели били његови поданици. Може се приметити да се барем не би појавио проблем одржања подударности између званичне радње и донетог правила; али ни то није тачно, јер би Рекс лако могао да падне у замку да се својим анђеоским поданицима обрати са захтевима који противурече општим правилима која је он сам поставио за њихово понашање. Ова пракса могла би да произведе стање збрке у коме би опште правило изгубило своју усмеравајућу снагу.

У сложеном и великом политичком друштву судови обављају важну улогу. Ниједан систем права – било да је у питању право створено од суда, било створено од законодавца – не може да буде тако савршено рочен, а да не остави простора за спор. Кад се појави спор у погледу значења појединог правила, неопходно је да постоји нека одредаба за решење спора. Најприкладнији начин да се то постигне лежи у некој облику судског поступања.

Претпоставимо, дакле, да се појави спор између *A* и *B* у погледу значења законског правила којим су одређена њихова респективна права. Њихов спор се преда суду. Пошто је пажљиво проценио разлоге, судија може да сматра да су она равномerno уравнотежена између позиције коју је заузео *A* и позиције коју је заузео *B*. У том смислу, закон судији стварно не даје јасан стандард за решење спора. Па ипак, значајна начела за доношење одлуке налазе се у том закону, чије одредбе у девет од десет случајева не изазивају никакав проблем. Ако судија не успе да донесе одлуку, он је неуспешан у својој дужности да решава спорове који настају из постојеће скупине права. Ако пак реши случај, он се неизбежно упушта у чин доношења закона са повратном снагом.

Очигледно је да судија мора да реши случај. Ако би се сваког пута појавила сумња у погледу значења правила, а судија огласио постојање правног вакуума, ефикасност целокупног система проспективних правила била би озбиљно ослабљена. Да би доуздано делали на основу правила, људи морају не само да имају прилику да сазнају како правила гласе, већ морају и да буду уверени да у случају спора о њиховом значењу постоји неки метод за разрешење спора.

Разлог за одлуку са повратном снагом веома је снажан управо у претпостављеном случају. Претпоставимо, пак, да се суд не понаша тако да разјашњава сумњу о праву, него одбаци један од својих сопствених прецедената. Након случаја *A* против случаја *B*, на пример, појави се исти спор између *B* и *G*. *B* одбије да уреди спор на основу одлуке која је донета у случају *A* против *B*, и уместо тога изнесе спор на суд. *B* убеђи суд да је његова одлука у случају *A* против *B* била погрешна и да је због тога треба одбацили. Ако ово одбацивање одлучи да повратну снагу, *G* губи иако се ослонио на одлуку у случају *A* против *B*, која је јасно била у његову корист. *C* друге стране, ако је одлука у случају *A* против *B* била погрешна и ако је требало одбацили, *B* је извршио јавну услугу одбијајући да је прихвати, износећи је на суд ради поновног испитивања. Сигурно би било иронично да се једина награда коју би *B* добио за своје услуге састојала у томе да се правило, додуше, сада већ погрешно, примени

против њега. Ако би суд одбацио прецедент само проспективно, тако да се ново правило примењује само на случајеве који се јаве после одлуке о одбацивању, тешко је увидети зашто би приватни парничар икад показивао иницијативу да обезбеди одбацивање одлуке која је погрешна или одлуке која је изгубила своје оправдање због промена у околностима. (Истакнуто је да овај разлог губи своју снагу у случају „институционалног парничара”, речимо, синдиката или трговачког удружења, који има сталан интерес за развитак права који се протеже изван појединачних спорова.)⁴³

Ситуација о којој је управо расправљано тиче се грађанских спорова. Потпуно другачији разлози важе у кривичним случајевима. Ово се почело признавати у случајевима одбацивања прецедената, као на пример кад је суд погрешно протумачио да се закон не примењује на одређен облик деловања, па у каснијем случају промени мишљење и одбаци своје претходно тумачење.⁴⁴ Ако би се ова одлука о одбацивању применила уназад, као криминалци били би жигосани и људи који су делали ослањајући се на судско тумачење закона.

Претпоставило се да различити разлози важе за случајеве кад суд реши претходно нерешене неодређености у примени кривичног закона и да такве случајеве треба третирати управо као и грађански случај *A* против *B*, који је горе разматран. Ово је гледиште – бар ја тако верујем – погрешно. Тачно је да овде постоје извесна јемства која облажавају крупну неправду респективног претварања у противправно оног што раније очигледно није било противправно. Ако је кривични закон као целина неизвесан у примени, он се може оценити као противустановно неодређен. Надаље, прихваћено је начело тумачења да кривични закон треба тумачити уско, тако да дела која се налазе изван његовог нормалног значења не могу бити сматрана противправним само зато што представљају исру врсту опасости као она која су описана језиком закона. Ипак, могуће је да кривични закон буде тако сročен да, иако је његово значење разумно јасно у девет од десет случајева, у десетом случају, у

43 Видети у: *Yale Law Journal*, фебруар 12.

44 Видети референце у последњој фусноти.

коме се појави посебна чинњенична ситуација, закон може да буде тако нејасан да не омогући посебном оптуженику стварну опомену да оно што он ради представља кривично дело. То ће вероватно бити случај кад је у питању економска регулатива. Судови су, уопште, прихватили да у таквој врсти случајева они немају другог избора осим да разреше сумњу, повратно на тај начин стварајући кривично право. Другим речима, проблем се третира као да је у питању грађанска парница. Ипак, у тако претпостављеном кривичном случају, ослобађајућа пресуда не оставља спор нерешеним; она једноставно значи да се оптуженик ослобађа.

Сматрам да треба прихватити начело према коме оптуженика не треба сматрати кривим за дело кад је закон, примњен на његову посебну ситуацију, толико нејасан да би се – у случају да је једнако нејасан у свим случајевима примене – сматрао ништавим због неодређености. Ово начело би одстрањило лажну сличност са грађанским парницама, доводећи оно што се може назвати особеном неодређеношћу у склад са правилима која се односе на кривичне законе који су као целина неодређени.

Остаје да испитамо најтежи од свих проблема – да сазнамо кад се у ствари тако донет закон може сматрати повратно важећим. Нарлакши случај представља онај закон који има за циљ да учини прекршајем оно дело које је било савршено законито кад је почињено. Уставне одређе које забрањују *ex post facto* законе, углавном су усмерене против таквих закона. Начело *nulla poene sine lege* представља такво начело које се опште ујажава од стране свих цивилизованих нација. Разлог да се кривични закон са повратном снагом тако универзално осуђује не настаје једноставно из чинјенице што су у кривичном случају углози високи. Разлог се појављује, такође – и углавном – зато што је од свих грана права, кривично право најочигледније и најнепосредније повезано са обичајем и контролисаним људског понашања. Управо, ретроактивни кривични закон најнепосредније подсећа на грубу бесмисленост заповедања човечу данас да јуче нешто учини.

Упоредимо са *ex post facto* кривичним законом један порески закон, донет рецимо 1963. године, који прописује порез на

финансијске добити остварене 1960. године, у време кад те добити још нису биле опорезоване. Такав закон може да буде веома неправедан, али за њега се строго узевши не може рећи да је ретроактиван. Наравно, он заснива висину пореза на нечему што се десило у прошлости. Међутим, једини акт који он захтева од адресата веома је једноставан – да овај плати захтевани порез. Другим речима, закони се не доносе данас да бисмо човеку наредили да јуче плати порез, мада данас можемо да донесемо порески закон који разрешује висину пореза на основу догађаја који су се десили у прошлости.

Обичном грађанину управо изнети разлог вероватно ће да изгледа као најобичнија игра речима. Он ће вероватно рећи да управо као што човек може да изврши неки акт јер зна да је он законит према постојећем кривичном закону, он исто тако може ући у трансакцију зато што зна да према постојећем закону добит која се оствари не подлеже порезу. Ако је *ex post facto* кривични закон крајње опак зато што узвуче казну за акт који није био кажњив кад је учињен, ипак постоји једна неправда у случају закона који разрешује порез човеку зато што је његова радност била ослобођена пореза кад се он у ту делатност укључио.

Одговор на овај аргумент пажњу усмерава на последице које би следиле кад би се импликације у потпуности прихватиле. Законе свих врста, а не само пореске законе, човек узима у обзир кад израчунава и доноси одлуке. Човек може донети одлуку да учи за одређену професију, да се ожени, да ограничи или повећа број чланова своје породице, да сачини коначно расподелање својом имовином – све у вези са постојећом скупином права која не укључује само пореске законе, него и законе о својини и уговору, а можда чак и изборне законе који одлучују о расподели политичке моћи. Ако би се човек сваки пут основно на постојеће право кад уређује своје послове, осигуравши се против сваке промене правних правила, целокупно наше право заувек би се окаменило.

Овом разлогу могло би се одговорити у следећим пртама: порески закони нису као други закони. Као прво, они непосредније улазе у планирање човекових послова. Штравитише, и много

важније, њихов циљ често није просто подизања прихода државе, већ обликовање људског понашања на начин који законодавца сматра пожељним. У овом погледу, они су у блиском сродству са кривичним законима. Закони о својини и уговору нити прописују, нити препоручују неки посебан смер делатности; њихов циљ је просто да заштите стипања која су резултат непобројаних делатности. Порески закони, с друге стране, намамљују људе или их обесхрабрују од одређених врста понашања, и то је често управо њихов циљ. Кад они тако постану једна врста замене за кривично право, они, тако рећи, губе своју првобитну невиност. У случају којим је ова расправа започета (кад закон изворно није намегао порез на извесне врсте добити), циљ закона могао је бити да подстакне људе да уђу у трансакције оне врсте које управо доносе ове добити. Кад се касније прописује порез на добити које проистичу из ове добити, људи се у ствари кажњавају зато што су урадили оно на шта их је закон изворно подстицао.

На овом месту мора се истаћи одговор у следећем смислу. Закони сваке врсте могу подстицати или одвраћати људе од одређених облика понашања. На пример, целокупно уговорно право, може се рећи, има за циљ подстицање људи на организоване операције делатносно планирају на тај начин што се узима у обзир постороје уговорно право, питање је да ли то право треба заувек да буде имуно на промене? Претпоставимо да неписмен човек постане посредник у трговини непокретностима у време кад су усмено посредовани уговори били на снази. Да ли такав човек треба да буде заштићен од каснијег закона, који може да захтева да се такви уговори докажу у потписаним писменим уговором? Што се тиче разлога да порески закони често имају изричит циљ да привуку људе или да их одврате од одређених делатности, ко може да каже у чему се састоји прецизна улога пореза, изузев да они повећавају државни приход. Један законодавац је можда подржавао порез из једног разлога, други из потпуно другог разлога. Шта да кажемо о порезу на алкохолна пића? Да ли је његов циљ био да обесхрабри потрошњу алкохола или да повећа приход држави тако што ће да наметне посебан порез онима чије животне навике указују да су они

посебно способни да носе трошкове власти? Не може бити јасног одговора на оваква питања.

На овом месту морамо да скратимо наш разговор и оставимо питање нерешеним. Циљ његовог излагања био је, једноставно, да се укаже на неке од тешкоћа које окружују појам ретроактивног закона, а које ни у ком случају нису ограничене на пореско право. Судови су приликом саветодавања ових тешкоћа често прибегавали појму уговора између државне власти и грађанина. Тако, ако се омогућава ослобађање од пореза у корист неких делатности, да то касније буде повучено, то је тешко који се често примењује да бисмо се упитали може ли се сматрати да је држава правично закључила уговор како би одржала ослобођање од пореза. Треба приметити да је ово схватање о уговору између државе и грађанина могуће проширивање неограничено. Као што је показао Георг Зимел, најмоћнији појокај државе у крајњој линији почиња на прећутној узajамности.⁴⁵ Ова узajамност, кад је једном учињена изричитом, може бити проширена на свих осам начела законитости. Да је Краљ, Рекс, уместо што је наследни монарх, изабран на животну дужност на основу обећања да ће реформисати правни систем, његови поданици би имали добар разлог да га свргну. Схватње да револуција може бити оправдана прекршајем уговора од стране власти, наравно, представља древно схватање. То је схватање за које се сматра да почиња потпуно изван уобичајених претпоставки правног расуђивања. Па ипак, блажа варијанта овог схватања појављује се унутар самог правног система, кад се вредност законодавства са повратном снагом доведе у зависност од верности државе уговору између ње саме и грађанина.

У овој расправи о ретроактивним законима, велики нагласак је стављен на тешкоће расуђивања. Из тог разлога не бих желео да оставим овај предмет без подсећања да свака његова страна није обавијена нејасноћама. Као и са другим пожељностима које чине унутрашњу моралност права, тешкоће и нијансе не треба да нас спрече да видимо чињеницу како је савршенство неухватљив циљ, па зато и није тешко препознати очигледне неприличности. У тражењу очигледних злоупотреба ми не треба да ограничимо наше тражење на Хитлерову Не-

⁴⁵ Видети Фулериу 1, горе.

мачку или стаљинистичку Русију. Ми, такође, имамо законодаваца који су, на свој скромнији начин, пружили доказе како верују да циљ оправдава средство. Узмимо, на пример, савезни закон који је донет 1938. године. Овај закон је прописан: „Незаконито је да било које лице које је осуђено због насилног кривичног дела ... прими било какво ватрено оружје или муницију који су отпремљени или транспортовани у трговини међу државама САД или у иностраној трговини”. Редактори овог закона су савим оправдано сматрали да лица, обухваћена језиком закона у целини, не представљају наше грађане у које се може имати најпотпуније поверење. Они су, такође, потпуно разумљиво гајили наду да ће њихов закон бити ретроактиван. Ипак, схватајући да је то немогуће, они су покушали да ураде другу по реду најбољу ствар. Унели су у закон правило да уколико се било какво ватрено оружје прими у трговини међу државама од лица које одговара опису у овом закону, треба претпоставити да се то примање догодило после стварног датума доношења тог закона. Овај део законодавствене превелике памети поништен је од стране Врховног суда у случају *Толи против Сједињених Држава*.⁴⁶

ЈАСНОСТ ЗАКОНА

Пожељност јасности представља један од најважнијих састојака законитости.⁴⁷ Иако се ова претпоставка скоро не до-

46 *Толи v. United States*, 319 U.S., стр. 463 (1943). Суд је, такође, поништио и другу претпоставку предвиђену овим законом. Она је предвиђала да поседовање ватреног оружја или муниције од лица које је обухваћено законским описом, омогућава претпоставку да је то привремено тек пошто је отпремљено у трговину међу државама САД или у иностраној трговини.

47 Мало је расправа о овој пожељности у књижевности и јуриспруденцији. Крџа обрада, која се налази у Бенгхамовом поскупљеном издању *The Limits of Infringement Defined*, Everett, ed. (1945), стр. 195, у потпуности је посвећена укидањем појму да се разлике једна номенклатура која је подобна за разликovanje различитих врста нејасноћа. Од Оспина се могло очекивати да међу своје „законе који се таквим неоправдано називају” (*Lectures*, стр. 100–101) уброји и потпуно неразумљив закон.

води у питање, нисам сигуран да се увек схвата колика одговорност постоји како би се удовољило овим захтеву.

Данас постоји снажна тежња да се право не поистовети са правилима о понашању, већ са хијерархијом власти, односно заповедања. Ово гледиште – које бржа верност праву са покривањем уставовљеној власти – лако наводи на закључак да док судије, полицијаци или тужиоци могу да крше законитост, догале законодавац то не може, изузев ако не сме да прекрши изричита уставна ограничења своје власти. Ипак, очигледно је да нејасно и неповезано законодавство законитост сваком може да учини недостижном или бар недостижном без неодолашеног преципитивана, које само по себи већ крши законитост. Вода из загађеног извора може понекад да се пречисти, али само по цену да се претвори у нешто друго од оног што је била. Иако је на врху ланца заповедања, законодавац се не ослобађа одговорности да поштује тај врх унутрашње моралности права; штавише, он појачава ту одговорност.

Високо вредновати законодавчеву јасност, то не значи олмах осудити правила која чине да правне последице зависе од стандарда као што су „савесност” и „дужна нажна”. Понекад је најбољи начин да се постигне јасност, искористити и унети у право стандарде здраворазумског расуђивања који су настали у обичном животу изван законодавствене дворане. Уосталом, то је нешто што неизбежно радимо кад користимо свакодневни језик,

Међутим, тога нема у његовој расправи. Закемаривање овог предмета од стране позитивистички усмерених писца ипак је потпуно схватљиво. Признање да закони могу да се разликују према овој јасности имало би за нужду последично признање да закони могу да имају различите степене ефикасности, да је нејасан закон у правом смислу мање закон од јасног закона. То би значило да је усвојена пропозиција која је противна основној позитивистичкој претпоставци.

У САД је испитано, без икаквог позивања на правни стандард који су устави посредно наметнули, да судови треба да одбоју примену оних закона који су очигледно нејасни. *Alder, Legislation in Vacuo or Semel Tempt. 21 Michigan Review*, стр. 831–851 (1922). Како се, пак, право развило, захтев за јасношћу је усвојен у доктринари о неуставној неопређености, а примена ове доктрине је скоро у потпуности ограничена на кривичне случајеве. Видети опсежну напомену: „*The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court*”, *109 University of Pennsylvania Law Review*, стр. 67–116 (1960).

који је сам по себи носилац и преносилац законодавачеве намере. Као што је Аристотел одавно приметио, никад не можемо да будемо прецизнији него што то дозвољава природа предмета којим се бавимо. Привидна јасност може да буде штетнија од поштене и отворене неодређености.

С друге стране, озбиљна је грешка – а то је грешка која се стално прави – кад се претпостави да због презапслености редактора закона не може да се пронађе начин за претварање његовог циља у јасно исказана правила, као и да он увек може безбедно да пренесе овај свој задатак судовима или посебним управним судовима. Ово, у ствари, зависи од природе проблема на који се ово преношење односи. На пример, у трговачком праву захтев за „правичношћу” може да црпи одређено значење из целине трговачке праксе и начела понашања којих се држи заједница трговаца. Међутим, била би погрешка кад би се из тога закључило како сви људски сукоби могу без остатка да се обухвате изведеним правилима из стандарда правичности, и то случај-по-случај.

Због тога постоји потреба – кад се сусретнемо са Хајекловом далекосежном осудом таквих одредаби – да разликујемо правне одредабе које захтевају „правично” или „разумно”:

Могла би се најшисаши историја проналазања владавине права ... у условима прогресивног увећања оних формули у законима, вештаца и јурисдикици,⁴⁸ о повећаној арбитрарности и неизвесности, као и о последичном неопштовању права и јудикације.⁴⁹

У садашњем времену, веома погрешно поглавље јуриспруденције и даље је углавном ненаписано. Ово поглавље треба да буде посвећено рапчиљавању околности под којима се регулативни проблеми могу безбедно препустити пресудујућој одлуци, са разумним очекивањем да ће довољно јасни стандарди одлучивања проистећи из третмана спорова случај-по-случај, како се они појаве. У решавању проблема овако темелног карактера, политика „чекај и види” или „друпљивеног експериментисања” тешко може да се препоручи.

⁴⁸ Овде се очигледно не мисли на „јурисдикицију”, већ на „јудикацију”.
⁴⁹ *The Road to Serfdom* (1944), стр. 78.

Противуречности у законима

Веома је очигледно да избегавање нехотичних противуречности у праву захтева посебно уредсређену пажњу законодавца. Међутим, оно што није толико очигледно јесте то да може постојати тешкоћа да се сазна кад противуречност постоји или то како одредити противуречност апстрактним терминима.

Уопште, сматра се да је овај проблем једноставно логичке природе. Противуречност је нешто што руши закон идентитета према коме *A* не може да буде *не-A*. Ово формално правило, пак, ако уопште и има неке вредности, нема никакву вредност кад су у питању противуречни закони.⁵⁰

Узмимо у обзир ситуацију у којој је противуречност „у логичком смислу” најочигледнија. У једном закону, претпоставимо, наглазимо на две одредабе: једна прописује да власник аутомобила може да постави нове регистрарске таблице 1. јануара; друга одредаба прописује да на тај дан прекршцај представља вршење било каквог рада. Овде изгледа да постоји прекршцај закона извесности; један чин не може истовремено бити и забрањен и заповеђен. Међутим, да ли постоји логичка грешка у томе што ће се човеку прво нешто наредити, а затим га због тога кажњавати? Извесно је, можемо рећи да ова процедура нема смисла, али доносили такав суд, прелатно прихватамо циљ давања значајног смера људском труду. Од човека који се обично кажњава због онога што му је наредено да уради, тешко да можемо очекивати да се он одазове наредбама које ће му се издати у будућности. Ако то како га третирамо представља део покушаја да се изгради систем правила за управљањем његовим понашањем, тада нећемо успети у том покушају. С друге стране, ако нам је циљ да код човека изазовемо нервни слом, у томе можемо успети. Међутим, ни у једном случају нећемо нарушити логичку.

⁵⁰ Келзенова строго формално рапчиљавање проблема противуречних норми, сматрам, не нуди било какву помоћ законодавцу који покушава да избегне противуречности или судци који их реши. *General Theory of Law and State* (1945), стр. 374–375. et passim; видети индике у: „Non-contradiction principle of”. Такође, не може много да се добије ни из Бенгтсове расправе о „опречностима”. *Everett, Bentham's Limits of Jurisprudence Defined* (1945), стр. 195–198.

Једно од прихваћених начела да се изборимо са очигледним противуречностима у праву јесте да видимо да ли постоји такав начин да се помире наизглед противуречне одредбе. Следећи ово начело, суд може доћи на идеју да одлучи да је човек који је поставио регистарске таблице на Нову годину крив за прекршај, а да затим опрости казну, јер је радио под законском принудом. Ово личи на усилјено решење, али су још чуднији поступци усвајани у историји права. У једно време, у канонском праву, постојало је начело према коме свака изјава воље која је дата под заклетвом обавезује, и друго начело, према коме одређене врсте изјава воље, као што су оне дате под претњом или принудом, као и у случају зеленацког уговора, не намећу никакву обавезу. Шта, дакле, суд треба да уради у случају изјаве под законом, којом се закључује зеленацки уговор? Решење се састојало у томе да се даваоцу изјаве нареди извршење, а да се одмах нареди другој страни да врати оно што је примила.⁵¹ У овом чудном поступку могла је да постоји извесна симболичка вредност. Извршавајући прво уговор, суд би драматизовао правило да су људи обавезани изјавама воље које су дате под заклетвом, а затим, одређењем од своје одлуке, суд би опомену повериоца колико га кошта његово претерано посезање.

Препостављајући да суд суочен са Законом о Новој години не би више никакву вредност у кажњавању прекршиоца и затим му опраштао казну, суд би могао да усвоји једно од два тумачења закона: (1) да одредаба према којој радни дан Нове године представља прекршај, претеже над одредбом у погледу регистарских таблица, тако да власник може законито одложити постављање регистарских таблица за други јануар; или (2) да одредаба у погледу регистарских таблица претеже над одредбом о забрани рада, тако да власник мора да инсталира таблице 1. јануара, али да радиће тако не чини прекршај. Мане очигледно, али много боље решење било би да се комбинирају ова два тумачења, тако да власник који инсталира таблице 1. јануара не чини прекршај закона, а да власник који одложи постављање нових таблица до 2. јануара једнако не чини прекршај. Овим решењем би се признало да је основни проблем који поставља закон збрка усмерења грађанину, тако да треба да му буде

⁵¹ Rudolph von Ihering, *Geist des römischen Rechts*, II^e (6. и 7. ed.), § 45, стр. 491.

дозвољено да реши ту збрку на један или други начин, и то без штете по себе.

Било би добро да се размотри други, „самом-себи-противуречан“ закон – овог пута онако како је постављен у стварној одлуци. У случају *United States v. Cardiff* председник компаније која је производила храну осуђен је зато што није дозволио савезном инспектору да уђе у фабрику како би утврдио да ли се поштује Савезни закон о храни, лековима и козметички. Одјелак 704 тог закона дефинише услове под којима инспектор може да уђе у фабрику; један од тих услова је да он прво добије дозволу од власника. Одјелак 331 прописује да власник који одбије да, дозволи улазак или инспекцију прописану одјелком 704“ чини прекршај. Изгледа, дакле, да закон прописује да инспектор има право да уђе у фабрику, али и да власник има право да одбије да му да дозволу да уђе. Међутим, постоји један веома једноставан начин да се отклони очигледна противуречност. То би значило да се закон потумачи тако да власник крши закон ако је, *након* што се сагласио да инспектор уђе, овоме тек онда забрањено улазак. Није никакав недостатак учинити да његова одговорност зависи од његовог сопственог акта воље; човек није дужан да изјави вољу, али ако то уради, он постаје одговоран.

Врховни суд је размотрио ово тумачење, али је одбио да га прихвати. Оно што је незгодно са тим тумачењем не састоји се у томе да му недостаје логика, него у томе да оно не одговара било каквом разборитом законодавном циљу. Разумљиво је да Конгрес може желети да обезбеди да инспектор буде у стању да уђе у фабрику упркос власничкомвом протесту. Није разумљиво да Конгрес ограничи право инспектора да уђе, у случају једног екстензивног власника фабрике, који прво може да да дозволу, а онда да затвори врата. Закону би могао да се да смисао конструисањем услова да инспектор прво добије дозволу у погледу нормалних околности везаних за одговарајући датум и време, мада им језик говори против оваквог тумачења. Врховни суд је сматрао да противречност ове две одредбе производи сувише неодређен резултат да се њиме пружа адекватна опомена о природи прекршаја; суд је стога одлучио тужбу.

⁵² 344 U.S. 174 (1952).

Све до сада ова расправа се односила на противвучечности које се јављају у оквиру истог закона. Много тежи проблеми могу да се појаве кад се установи да је закон, који је речимо Донег 1963. године, у сукобу са веома удаљеним законом који је Донег 1953. године. У овом случају решење, санкционисано обичајем, јесте да се посредно сматра укинутим свака одредба ранијег закона која је противвучечна касније донетој одредби, према посвећеној максими *lex posterior derogat priori*.⁵³ Међутим, у неким случајевима прикладнији начин да се изађе на крај с проблемом јесте да се следи сада примењено начело на противвучечности које се јављају у оквиру истог закона, тј. да се изведе узјамно усклађивање два закона, тумачећи један у светлу другог. Међутим, ово решење има своје сопствене тешкоће. Једна од њих је да се зна кад се треба зауставити, јер судови лако могу да се улупсте у опасну авантуру покушавајући да прераде целокупно наше законско право у повнзанију целину. Поновно тумачење старих закона у светлу нових, такође би довела до неугодних проблема поводом законодавства које делује са поратном снагом. Нећу покушавати да даље расправљам ова питања. Довољно је саопштено да би се пренела једна важна лекција: законодавна немарност у погледу сагласности једног закона са другим може бити веома штетна за законитост и не постоји једноставно правилно помоћу кога штета може да се поправи.

Било је предложено, уместо што говоримо о „контрадикцијама“ у правном и моралном разлогу, да говоримо о „инкопабилностима“⁵⁴ – стварима које не могу заједно или не могу заједно добро. Други израз, веома омиљен у историји *common law*-а, овде је од користи. То је реч „опречан“ (*repugnant*). Она

53 У једној давној расправи о тумачењу лорд Елсмијер је поставио правило да кад се супротности јаве унутар једног закона, прва одредаба, тј. она која приликом читања пре дође, треба да је одређујућа. *Thompson, A Discourse upon Statutes*, (1942), стр. 132–133. Можемо само да се питамо који је био основ овог чудног гледишта. Да ли је можда у питању била претпоставка да редактори закона, карактеристично, постају уморни и мање пажљиви при крају свог задатка?

54 *Revelman and Olbrechts-Tyteca, La Nouvelle Rhétorique – Traité de l'Argumentation* (1958), стр. 262–276.

је посебно прикладна, јер оно што се назива противвучечним законима јесу закони који се међу собом боре, мада се нужно не поништавају, као што се у логици претпоставља за противвучечне законе. Други добар термин, који се више не употребљава, јесте „неприличан“ (*inconvenient*) у његовом изворном значењу. Неприличан закон је онај који не одговара или се не слаже са другим законима (Упоредити савремену француску реч *convenir* – слатати се, одговарати.)

Из рачуналавања које је овде представљено требало би да је очигледно, кад утврђујемо кад су два правила о људском понашању неспојива, да често морамо да узмемо у обзир цело мноштво околности које се налазе изван језика самих правила. У једном времену, у историји је заповест „Пређи реку, али немој да се сквасиш“ садржала опречност. После изума мостова и чамца, то више није тачно. Ако данас кажем неком човеку да скочи у ваздух, али тако да ногама задржи додир са тлом, моја заповест изгледа „самој-себи-противвучечна“ просто зато што ми претпостављамо да човек нема начина да са собом понесе тло својим скоком. Значење који мора да се узме у обзир приликом одређивања питања инкопабилности, наравно, није прост или чак претежно технологишки, него укључује цело институционално постављање проблема: правно, морално, политичко, економско и социолошко. Да би се проверила ова тврђња, можемо претпоставити да Закон о Новој години захтева постављање регистарских таблица на тај дан, али да у другом одељку прописује акцизу од једног долара за сваки рад извршен тог дана. Било би поучно видети како би неко могао да покаже како су ове одредбе „опречне“ и како је њихово укључивање у закон морало претстављати законодавни превид.

Закони који захтевају немогуће

Закони који захтевају немогуће представљају такву бесмисленост да се налазимо у искушењу да претпоставимо како ниједан разуман законодавац, чак ни најозлоглашенији диктатор,

тор, не би имао разлога да донесе такав закон.⁵⁵ На несрећу, животне чињенице се супротстављају овој претпоставци. Такав закон може самим својим бесмислом служити ономе што је Лигбурн назвао „незаконита неограничена моћ“, нена труба бесмисленост омогућава поданику да разуме како нема ничег што од њега не може да се захтева и да он мора бити спреман да скочи у било ком правцу.

Техника захтевања немогућег подређена је финансијем и по-некад, чак, благотворном искористићавању. Добар учитељ често захтева од својих ученика више него што мисли да су они способни да пруже. Он то чини из веома похвалног мотива проширења њихових способности. Нажалост, у многим људским односима прта између енергичног подстицаја и наметнуте дужности може да постане нејасна. Стога се законодавац лако може завести да поверује како је његова улога иста као и учитељева. Он заборавља да учитељ чији браци не успеју да постигну оно што је он од њих захтевао, може без икакве неискрености или противуречности по себе, да брацима честита на ономе што су они стварно постигли. У сличној ситуацији се налази државни службеник који је суочен са наношењем озбиљне неправде или са стабљењем поштовања права кад зајмури на одступање од његових захтева.

55 На овом месту може да се постави питање да ли се већина других добара која чине унутрашњу моралност права у крајњој линији не тичу могућности поштовања права. Није реч о питању да ли ова материја може да се посматра у овом светлу. Као што је немогуће поштовати закон који захтева да будемо високи десет стопа, исто тако је немогуће поштовати закон који не може да се зна, који је неразумљив, који још није ни донет, итд. Међутим, као оправдање за раздвајање које је извршено у тексту, треба применити да ме не занима да се упитам у вежбу логичких нужности, већ да развијем начела за свресходно људско делане. Потичар може, ако то жељи, да посматра право које је у противуречности са самим собом као посебан случај немогућности поштовања, мада овајдаћћи ово гледашце он може, као што сам указао, да утврди како је тешко дефинисати шта он подразумева под „контрадикцијом“. У сваком случају, с гледишта законодавца, постоји битна разлика између мера опреза које он мора узети у обзир како би његови закони били међусобно усаглашени, и оних које мора да узме у обзир како би био сигуран да захтеви које поставља право леже унутар моћи оних који су им подврнути. Битне разлике ове врсте биле би заматљене било каквим покушајем да се све подвесе под наслов „немогућност поштовања“.

Начело да закон не треба да тражи немогуће од субјекта, силом се може турати до донкихотске крајности у којој завршава тако што од законодавца тражи немогуће. Понекад се претпоставља да никакав облик правне одговорности не може бити оправдан ако не почива на (1) намери да се учини штетан чин и на (2) кривици или непажњи. Ако се неки субјект сматра одговорним због стања околности за које није крив – зато што их је намерно изазвао или зато што су оне такве због његовог пропуштања – тад не може да му се приписне одговорност за догађаје изван његових моћи. Кад се право прогумачи тако да се дође до тог резултата, оно у ствари сматра да субјект криви заповест: „То не сме да се деси“, јер му је било немогуће да заповест поштује.

Атмосфера разумности која окружује овај закључак прикрива прави домашњај оног што се стварно захтева. На пример, у погледу доказа кривике, право се налази пред нерешивом недоумицом. Ако према некој одређеној утуженој странци применимо објективан стандард – традиционалан стандард „разумног човека“ – тад се очигледно излажемо ризику да јој наметнемо захтеве којима она не може да удовољи јер њено образовање и урођене способности не попиру до овог стандарда. Ако изаберемо други смер и покушамо да се упитамо да ли човек пред нама, са свим својим ограничењима и хировима, није успео у ономе што је требало да оствари, преузимамо на себе опасно испитивање у коме свака способност објективног суда може да буде изгубљена. Овакво испитивање захтева саосећајно постојећивање са животоном другом. Очигледно је да разлике према класи, раси, вери, старосном добу и култури могу да осујете или да изитгопепере ово постојећивање. Произилази да, иако је несаосећајна правда склона понекад томе да буде сурова – присна правда, која покушава да истражи и схвати границе приватног света, не може по природи ствари да буде непристрасна. Право не зна ни за какву чаролију која би му омогућила да превазиђе ову противуречност. Оно је стога осуђено да корача неизвесним средњим путем, ублажавајући стандард разумног човека у којем се очигледних недостатака, па чак и да формализује своје дефиниције истих.

Може се рећи како се управо описане тешкоће јављају зато што одређивање кривице у суштини укључује доношење моралног суда. Насупрот томе, изгледа да одређивање намере с којом је акт извршен захтева само испитивање чињеница. Али, стварност је изнова сложенија. Ако је намера чињеница, она је скривена чињеница о којој се закључује на основу спољашњих приказаивања. Понекад је закључак релативно лак. Холмс је једном приметио да чак и пас зна да разликује кад смо се саптели о њега, а кад га ударамо. Понекад је намера коју право захтева веома одређена, као у случају кривично-правних казни које зависе од доказа да ли је оптужени намерно прекршио право. Ова врста одређе, понекад, може да се нађе у сложеним економским регулативама, с циљем да се избегне неправедно кажњавање човека због тога што је учинио дело које на први поглед изгледа сасвим нејужно. Посматрано са мог сопственог становишта, често се поставља питање да ли је лек гори од болести. Тражена намера је толико мало осетљива на дефинитиван доказ или противдоказ, да је онај ко испитује чињеницу неизбежно присиљен да се упита: „Да ли ја личим на ону врсту људи који се држе правила или, пак, на ону врсту која ће да их прекрши чим се укаже прилика?“ На жалост, ово питање лако доводи до другог питања: „Да ли је он човек као што сам ја?“⁵⁶

Дакле, то су тешкоће са којима се суочавамо кад се, у циљу да се право држи унутар грађаннове способности поштовања, његова одговорност оправичава на случајеве у којима се може доказати кривица или зта намера да се нанесе штета. Међутим, у нашем праву постоје бројни случајеви о правној одговорности који изричито не зависе од било каквог доказа о кривци или намери.

56 У вези са овим треба указати на чланак „The Modern Concept of *Animus*”, 19 *Green Bag*, стр. 12–33 (1906), од Брука Анамса, брата Хенријевог и унука Џона Квинсија. У овом чланку Адамс представља доказивање и зачуло марксистички аргуменат да су владајуће класе увек у свом сопственом интересу манипулисале намером (*animus*) која је захтевана за одређена кривична дела или за доношење штеге. Такође, Адамс покушава да докаже како је стична манипулација изведена и у погледу правила о доказима, која одређују шта је довољно да се докаже или не докаже захтевана намера. Иако је његова теза повремено више посветљива него што је уверљива, овај чланак вреди прочитати због указивања на тешкоће у доказивању кад одговорност зависи од намере.

Један свепожмицајући облик одговорности ове врсте не представља проблем за унутрашњу моралност права. Претпоставимо да неки лудак украде мој новчаник. Његово ментално стање може бити такво да не може да схвати или да поштује право приватног власништва. Ова окољност пружа добар разлог да се такав човек не шаље у затвор, али уопште не пружа никакав разлог да он задржи мој новчаник. По закону ја имам право да повратим свој новчаник, и такав човек је у овом смислу правно одговоран да га врати иако у тренутку његовог узимања он није био крив и није имао никакву намеру да нанесе штету. Други случај који илуструје исто начело настаје кад дужник, намирујући обавезу, преплати свог повериоца, а притом оба делују невинно и оба деле исто погрешно убеђење у погледу оног што се догађа. У овом случају, поверилац је принуђен да врати вишак, иако његово примање вишка ни у ком смислу није представљало незаконит чин.

Знатан део права односи се на спречавање и исправљање неправилног обогатења до кога може да дође кад људи дележу или некажљиво, или у заблуди, или без уобичајене способности да схвате природу својих поступака. Један део овог права изричито се односи на квазиконтракте; остатак свој утицај врши — често тихи утицај — у уговорном и општежном праву. И у common law-у, и у римском праву, рашчлађивање је било конфузно због чињенице што су тужбе, које су формално класификоване као „деликтне“ или као „квазиделиктне“, коришћене за исправљање неправилног обогатења једне стране на рачун друге у ситуацијама у којима је незаконито понашање туженог било сасвим неважно.

Постојање скупа права који се односи на исправљање непажње може навести на примедбу у погледу рашчлађивања које је представљено у овим есејима. Право је промишљено као „подухват подрђавања људског понашања владавини правила“. Ипак, кад људи поступају у заблуди или због непажње, они очигледно не усклађују — нити то могу — своје понашање са правом; нико не проучава право квазиконтраката да би сазнао шта треба да уради у тренутцима кад не зна у потпуности шта заправо ради. Решење ове тешкоће је доста очигледно. Да би се сачувао интегритет система правних односа који су успостав-

љени на основу пажње, постоји потреба за додатним системом правила за исправљање последица насталих непажњом. Овде постоји тесна паралела са проблемом закона са повратном снагом. Систем права који је састављен искључиво од правила која се односе на оно што је „прошло“, могао би да постоји само као протектна замисао вредна нера једног Луис Керола или Франца Кафке. Ипак, „куративни“ закон са повратном снагом може да изврши корисну улогу да се изађе на крај са негодима које се могу догодити у систему правила која су генерално проспективна.⁵⁷ Исто је и са правилима која исправљају последице непажње. Кад би се све догађало из непажње, тад чак не би постојао ни начин да се схвати проблем исправљања непажљивости. Правила створена у ту сврху, не само своје оправдање већ и значење, изгубе из своје функције додатка ширем систему правила намењених усмеравању понашања.

Начело исправљања неправичног обогаћења које се јавља због непажње, ипак не може да објасни све случајеве кад се појави одговорност без кривице или без намере. У ствари, постоји знатан скуп правних норми који се односи на одређивање објективне или апсолутне одговорности за штете које настају из одређених облика делатности. Тако, операцију дизања у ваздух експлозијом прати одговорност за сваку штету која може другима да се деси, иако не може да се покаже никаква намера наношења штете или занемаривања у погледу предузимања пражњих мера предострожности.⁵⁸ У таквим случајевима право прописује, према посвећеној фрази, да „људи поступају на свој ризик“.

Објективна одговорност ове врсте најлакше се оправдава економским начелом да предвидљива друштвена цена предузетничке иницијативе треба да буде рефлектована у приватној цени извршења те иницијативе. Тако су опасности, својствене једној операцији дизања у ваздух експлозијом, управо такве да никаква мера пажње или предвиђања не може да спречи повремене штете лицима или имовини. Ако би градитељ аутопута, који

57 Видети поглавље: *Ретрорактивни закони*.

58 American Law Institute, *Restatement of Torts* (1938), § 519, „Miscellaneous Ultrahazardous Activities Carefully Cautied On“.

експлозијом отвара пролаз у брду, одговарао само за показану кривицу, његова побуда да своја ископавања врши безбеднијим средствима, била би умањена. Другим речима, његове економске рачунице су погрешне и цену ове потрешке плаћа заједница. Да би се та ситуација исправила, операцији дизања у ваздух одређујемо неку врсту пореза у облику правила да градитељ мора да одговара за сваку штету која проистекне из таквих операција, и то без обзира да ли се штете могу приписати било каквој непажњи са његове стране.

Сличност са порезом је корисна за разјашњавање односа између објективне одговорности ове врсте и унутрашње моралности права. Не сматрамо да општи порез на промет представља заповест људима да не продају робу; сматрамо да се њиме једноставно одређује једна врста накнадног оптерећења чина продаје. Стога, не треба да сматрамо посебно правило о дизању у ваздух експлозијом као правило које заповеда људима који користе експлозив да никад не проузрокују штету, колико год они то чинили без кривице. Првенствено, треба да сматрамо да правило одређује посебну одговорност за одређено понашање. Оно што унутрашња моралност права захтева од правила о објективној одговорности, није то да она престану да заповедају немогуће, већ да она што јасније одреде врсту делатности која повлачи посебно накнадно оптерећење правном одговорношћу.

Могуће је знатно проширити начело: да за делатности које изазивају посебне опасности треба да се сноси цена штета које проистичу из таквих операција. На пример, у неким земљама то начело је проширено на управљање аутомобилима, укључујући и оне за забаву или приватно коришћење. Данас је нека врста клишеа да постоји „општи тренд“ ка објективној одговорности. И заиста, изгледа да се често претпоставља да нас овај тренд немилосрдно води у будућност у којој ће појмови кривице и намере престати да играју било какву улогу у праву.

Мислим да можемо разумно бити сигурни да таква будућност не лежи пред нама. Ако објективна одговорност не треба да прати неке одређене облике делатности, нешто сасвим другачије, сама замисао о узрочној вези између радње и проивремене штете била би изгубљена. Песник пише тужну песму.

Одбачени љубавник чита ту песму и пада у такву депресију да изврши самоубиство. Ко је „проузроковао” губитак његовог живота? Да ли је то био песник или дама која га је одбацила, или можда учитељ који је код њега подстакао занимање за поезију? У алкохолничарском бесу човек успрели своју жену. Ко међу онима који су повезани овим догађајем дели одговорност за догађај: сâм убица, човек који му је позјамио пиштољ, продавац алкохола који га је снабдео цинком или можда пријатељ који га је одговорио од развода којим би се окончао несрећна заједница?

Природу ових врста проблема можемо да наслутимо тек кад се сусретнемо са тешкоћама у примени оних облика објективне одговорности који већ постоје. Једну такву одговорност одређује Закон о одштетама радницима. Очигледно је да се мора установити нека узрочна веза између намештениковог посла и болести или повреде за коју треба дати одштету. У законима се користи фраза да болест или повреда морају да „настану из посла и у вези са послом”. Тумачење ове одређе проишло је веома незадовољавајући и често чудноват скупи правних норми. Да бисмо видели шта је обухватала универзална примена објективне одговорности, треба само да се упитамо како бисмо применили правило које само захтева да су тужитељ тужитак или повреда „настали из” понашања туженог.

Управо дати приказ проблема објективне грађанске одговорности ни у ком случају није исцрпљен. Неки облици такве одговорности постоје и не могу лако да се објасне на основи која је овде испитивана. Постоје бројни случајеви неизвесних или мешовитих законодавних мотива, а једно од додатних оправдања правила о објективној одговорности, на пример, јесте да та правила теже да осигурају дужну пажњу на делотворности начин од правила која заснивају објективну одговорност на изричитом доказу о недостатку дужне пажње. Неке случајеве објективне одговорности вероватно треба посматрати као неравности које се јављају или због аналитичке збрке или као историјска незгода. Линија разграничења између објективне одговорности и одговорности засноване на трубој непажњи, такође, учињена је нејасном претпоставкама непажње, а неке од њих су веома круте у смислу да намећу тежак терет онима који

покупачу да их побију. Коначно, треба се подсетити да је уговорна одговорност генерално „објективна”, и мада извесно кастрофално или неочекивано уплитање догађаја приликом извршења може да буде извинљавајуће, оно генерално не предлања одбрану ако извођач који не изврши своју обавезу тврди да је учинио све што је могао. Једва да је потребно показивати да овај последњи облик објективне одговорности не представља проблем за унутрашњу моралност права, право не треба само по себи да намеће немогућ терет човеку, али оно није обавезно да га штити од уговорног преузимања одговорности за догађај који лежи изван његових моћи.

Сада долазимо до најозбиљнијег кршења начела да право не треба да заповеда нешто што је немогуће. То кршење се појављује у законима који прописују објективну кривичну одговорност – законима према којима човек може бити проглашен кривим иако је поступио са дужном пажњом и безазленим намером. У савременим временима најшира употреба таквих закона може да се нађе у областима економских, здравствених и осигуравајућих прописа, иако, такође, није неуобичајено одредити објективну одговорност и у областима које се тичу поседовања наркотика, колкарских апарата и забрањених алкохолних пића.

Објективна кривична одговорност никад није стекла углед у нашем кривичном праву. Увек је доношење закона који су одређивали такву одговорност изазивало протесте и одбрану која је ретко кад ишла даље од извинјења за претпостављену нужност. Не постоји, пак, никаква мистерија у погледу разлика за њихово стајно и можда проширено појављивање у савременом законодавству; они веома снажно служе у корист јавног тужилоца. Њихова очигледна неправедност, како би нас он вероватно уверавао, уклања се „селективном применом”. Иако теоријски такви закони представљају замку за невинце, у ствари само прави кривци бивају гонвени у пракси. Што се њих тиче, њихово привођење правди је умногоме олакшано, јер су власти, доказујући случај, ослобођене терета доказивања намере или кривце, што представља посебно тежак задатак кад су у питању сложене регулативне мере. Кад се апсолутна одговорност повеже са суровим казнама – као што је то често случај –

положјај тужилоца је и даље побољшан. Он обично уопште неће ни морати да случај износи пред суд; претња затвором или великом новчаном глобом биће довољна да изазове признане кривнице или кад за то постоји овлашћење – поравнање изван суда. Такође, и сурове казне побољшавају односе са јавношћу органа за њихову примену. Недужан човек, који се мало сагледо о закон и који зна да је могао да буде осуђен, дубоко је захваљан кад га пуште и тако спасу жигосања као криминалца. Он са свом искреношћу обећава да ће у будућности мудрије сарађивати.

Прикладност онога што се назива „груба примена“ – која немигосудније може да се назове „уцењивачком применом“ – постала је позната за време прозничавих дана Другог светског рата, кад су пренапрегнути примењивачи сложених економских прописа морали да пронађу неки начин да поједноставе свој задатак. Стагна употреба тог средства треба да буде извор бриге за сваког ко воли да сматра да верност праву значи поштовање правилно донетих норми, и то више од спремности да се неулађљиво среди било какав захтев који могу да затраже органи за примену. На срећу, утицајни и убедљиви гласови ускоро су се подигли против овог зла и других злоупотреба које прате објективну кривичноправну одговорност.⁵⁹

Пре него што напустимо проблем закона који захтевају немогуће, треба истакнути даља два запажана. Прво је у смислу да једноставно и очигледно не може да се поднуче јасна и општа граница између крајње тешкоће и немогућности. Правило које на неки начин захтева сувише може да буде округло и неправично, али оно не мора да се супротставља основној сврси правног поретка, као правило које захтева оно што је очигледно немогуће. Између она два правила постоји неодређено подручје на коме се сусрећу унутрашња и спољашња моралност права.

Моје коначно запажање јесте да наши појмови о томе шта је стварно немогуће могу да се одреде на основу претпоставки о природи човека и универзума, претпоставки које су подређене

⁵⁹ Hall, *General Principles of Criminal Law* (2d. ed. 1960), глава X, стр. 325-359; Hart, „The Aims of Criminal Law”, *23 Law & Contemporary Problems* (1958), стр. 401-441; The American Law Institute, *Model Penal Code, Proposed Official Draft* (1962), Sections 1.04/1.05, 2.01-2.13.

историјској промени. Данас се супротстављање законима који имају за циљ да наметну верска или политичка убеђења заснива на схватању да такви закони представљају неоправдано ушпитање у индивидуалну слободу. Другачије гледати је заузимао Томас Џеферсон. У изворном Нацрту преамбуле Закона о верским слободама Вирџиније, он је следећим речима осудио оне законе који покушавају да принуде на немогуће:

*Веома свесни да мишљења и уверења људи не зависе од њихове воље, него да несвесно следе доказе који се предају њиховом уму ...*⁶⁰

Може се поставити питање: нема ли можда у овом схватању неког дубљег поштовања исказаног према истини и људској моћи, него ли у нашем?

Стагност закона у времену

Од свих начела која сачињавају унутрашњу моралност права, ономе који захтева да законе не треба сувише често мењати, ово изгледа као начело које је најмање погодно за формализацију и уставно ограничење. На пример, тешко је замислити уставотворну скупштину која би била довољно поместена да одлучи да ниједан закон не сме да се мења чешће него, рецимо, једном годишње. С друге стране, код уставотвораца су ограничења у следећу ретроактивног законодавства била омилена.⁶¹ Ипак, постоји блиска сродност између штета које се чине законодавством које располаже моћу повратног дејства и оних штета које проистичу из сувише честих промена закона. Обе проистичу из оног што можемо да назовемо законодажном несталношћу. Интересантно је да се напомене о томе како је Медисон, кад је покушавао да одбрани одредбе Устава о забрани *ex post facto* закона и закона који смањују уговорне обавезе, користио језик који више одговара опису зала због сувише честе

⁶⁰ Boyd, *The Papers of Thomas Jefferson*, II, стр. 545.

⁶¹ Видети фусноте 10 и 11, горе.

примене, него ли оних зала која проистичу из деловања ретро-активних закона:

Трзвени људи Америке су испуљени због несталне по-литике која је управљана јавним ветрима. Они су са жаљењем и озорчењем приметили да нагле промене и законодавна уједна-ња ... постојау ... замке за марљивци и необвештеници гео-зиденице. Они су, такође, приметили да једно законодавно уједи-цање предостава само први беоуџ дугог ланца понављања.⁶²

Блискост између проблема који постављају сувише честе или нагле промене права и проблема које изазива законодавство које дела дајући својим актима повратну снагу, своју потврду налази и у одлукима Врховног суда. Эта закона са повратном снагом јављају се зато што су људи могли да поступају по претходном стању права и да њихови поступци буду осујеђени или неочекивано отежани законима који у назад мењају њихове произведене правне последице. Међутим, понекад чин који је предузет с ослонцем на претходно право може да буде разврт-нут, под условом да је дато некако упозорење о предстојећој промени, при чему сама та промена не почиње да делује толико брзо а да не остави довољно времена за прилагођавање новом стању права.

На основу тога, Суд је изрекао:

Већ је ваљано устиковано да (закон о заштителости) може да буде преобличен скраћивањем прошлог времена, али само кад се то учини док време још тече, тако да остале још нешто разумно довољног времена за оштринвање чиниња пре него ли само ођраничење поине да делује.⁶³

Полударност између званичне радње и објављеног правила

Конечно спикемо до најискоженјег од свих добара која чине унутрашњу моралност права: до полударности између зва-

62 *The Federalist*, № 44.

63 *Schoa v. Hendler* у *Morales*, 230 U.S. 139, на стр. 161-162 (1913).

ничне радње и права. Та полударност може да се уништи или опшети на бројне и различите начине: погрешним тумачењем, недоступношћу права, неразумовањем онога што је потребно да се очува интегритет правног система, подмиђивањем, предаосу-лама, равнодушносту, глупосту и нагоном за личном влашћу.

И као што су претње полударности многоструке, тако се и процесурална средства створена да полударност одрже нужно јављају у различитим облицима. Овде можемо да уврстимо ве-ћину елемената „процедуралног одговарајућег поступка“, као што су право на стручну помоћ адвоката и право на унакрсно испитивање противничких сведока. Такође, у то можемо да укључимо, као део који је управљен ка истом циљу, и *habeas corpus*, као и право да се вишем суду поднесе жалба против одлуке. Овome је, као припадајуће, значајно и питање активне легитимације да се покрене уставни спор; случајна и колебљива начела у погледу овог питања могу само да произведу поклдани и арбитражни образац полударности између Устава и његовог остварења у пракси.

Супству у овој земљи је углавном поверен задатак спре-чавања неслагања између права онаквог какво је објављено и онаквог какво се стварно примењује. Ово премештање улога има ту предност што се одговорност ставља у искусне руке, њено вршење подвргава јавној пажњи и што се драматизује интегритет права. Постоје, међутим, озбиљне мане у сваком систему који једино у судовима види брану против незаконите примене права. Систем исправља злоупотребе зависно од спрем-ности и финансијске способности општене стране да спор из-несе пред суд. Он се показао релативно неделотворним прили-ком контролисања незаконитог рада полиције, а ово зло се, у ствари, повећава тежњом нижих судова да своју мисију иденти-фикају са одржањем духа полицијске принуде. У погледу делот-ворне контроле полицијског безаконја, много тога похвалног може се рећи за неке надзорне органе, као што је скандинавски омбудсман, који је овлашћен да реагује брзо и еластично на основу неформалних притужби.

На оним подручјима где постоји право које стварају судије, може се рећи да — иако се битна полударност између права и

Званичне радње може нарушити од стране нижих судова — она не може бити нарушена од Врховног суда, пошто он ствара право. Врховни суд једне јурисдикције, изгледа, не може бити у раскорјаку, јер је он тај који „бира музику“. Међутим, по његовој музици можда нико не може да игра, укључујући и сам суд. Све последичне које може да произведе недостатак полударности између судске делатности и законског права, кад сам суд ствара право, производе једнако шпетања од других начела законитости; неуспех да се формално разумно јасна општа правила и несталност у одлучивању испољава се у противу-речним пресудама, честим променама смера или променама права са повратном снагом.

Најграндијни елемент на задатку очувања поузданости између права и званичне радње, наравно, почиња на проблему тумачења. Законитост захтева да судије и други функционери не примењују законско право по свом хиру или по чантризавој дословности, него у складу са начелима тумачења која одговарају њиховом положају у укупном правном поретку. Која су то начела? Најбољи кратак одговор за који знам потиче из 1584. године, кад су се састали начелници Државне بلاгајне Енглеске да размотре тежак проблем тумачења у случају Хедјон:

И рашили су они га за сигурно и право тумачење закона уопште (били они канени или у кориса, били рескриптивни или они који шире саппон law), четвори ствари треба разицковати и размацхрати:

Прво, каква је био саппон law пре доношења закона; друго, која су био невоља и недостатак за које саппон law није имао решење;

штре, који је био лек за који се Парламент одлучио и наменио га за излечење болести државе;

четврто, прави разлог лека — и сада је увек дужност свих судија да вођу до таквог тумачења које ће притиснути невољу и унапредити лек.⁶⁴

⁶⁴ 3 Co. Rep. 7a. Очигледно је да се у овом одломку реч „невоља“ употребљавала у смислу који више није у употреби. Онако како је употребљена у случају Хедјон, она у ствари није била у блиском родству са друге две речи које су тада биле омилјене: „супротност“ (*reversiter*) и „неодличност“ (*incometence*). Сви ови изрази описују ситуацију кад се ствара

Ако овом рашчлањавању може да се упути било каква критика, онда је то да је требало укључити и пегу тачку, коју је требало „разликовати и размотрити“, а која би отприлике гласила овако: „Да би они који морају да усмеравају саме себе на основу његових речи, разумно схватили намеру Закона, јер закон не сме да постане замка за оне који не могу да знају његове разлоге у онако потпуној мери као што их знају судије“.

Имајући пред очима главну истину садржану у одлуци о случају Хедјон, наиме: да би се разумео закон мора се разумети „болест“ државе којој је он намењен, омогућиће нам да ослободимо проблема тумачења од свих нејасноћа које су га убичајено засенјивале. Неке од њих одицу привидном атмосфером здравог разума која им је доделила незаслужену дуготечност. Ово је посебно тачно за мисао коју садржи следећи Грејов одломак:

О тумачењу, уопштено говорећи, говори се као да је његова главна функција да открије значење шта је била стварна намера законодавца. Кад је законодавство имало овакву или онкову стварну намеру у погледу неког питања, ниједном од сто случајева не јавља се сумња шта је била његова намера ... Чиница је да се тешкоће таквог тумачења јављају кад законодавство уопште ништа није имало на уму, кад питање које је стављено у закон, њему никад није пало на памет ... (У таквим случајевима), кад судије штре да изјаве оно што је законодавство подразумевало, они заиста сами стварају закон како би појинили саппон missi.⁶⁵

Наравно, тачно је да се повремено, приликом писања закона нека вероватна ситуација потпуно заборави, тако да је могуће замислити редактора који ће да узвикне нешто као „уф“ кад му се укаже на превид. Међутим, случајеви као овај далеко су од типичних проблема тумачења. Чешће се дешава да је закон неповршен и непотпун, него да потпуно промаћује очигледан циљ.

међусобно не слажу, комаде хаоса који још нису људским претпућем сведени на разуман поредак.

Можда, с обзиром на Коукв извештај о овој резолуцији, такође, треба приметити како је могуће да он извештава о оном што је требало да рече барон, а не о оном што су они стварно мислили и рекли.

⁶⁵ *The Nature and Sources of the Law*, (2d ed. 1921), стр. 172–173.

Основу Грејовог гледишта представља атомистичка замисао намере која је уједињена са оним што може да се назове индикативна теорија значења. Ово гледиште сматра да је ум усмерен ка појединачним стварима пре него ка општим идејама, према јасно одвојеним чињеничним ситуацијама пре него ка неком значењу у људским односима које ове ситуације могу да садрже. Ако би се ово гледиште озбиљно схватило, тад бисмо морали да сматрамо како је намера редактора закона против „опасних оружја“ усмерена према бесконачном низу појединачних објеката: револвера, аутоматских пиштоља, бомбежа, ножева, итд. Ако суд примени закон на оружје које редактор закона није имао у виду, тад се ради о „стварању“ а не о „тумачењу“ права, што би још више било очигледно кад би се закон применио на оружје које у време кад је закон донет још није пронађено.⁶⁶

Атомистичко гледиште о намери врши, посредно или непосредно, толико велик утицај на теорије тумачења да постаје битно да се против њега изричито истакне истинитије гледиште о овом проблему. У том циљу, нека ми буде дозвољено да сугеришем једну аналогију. На пример, проналазач корисног уређаја за домаћинство премине, остављајући неразрађену скицу изума на коме је радио у време непосредно пре своје сврти. На самртничкој постељи он захтева од свог сина да он настави рад на изуму, али умире не казавши му ком циљу изум треба да послужи или, пак, било шта о својим плановима за довршавање изума. Синовлев први корак био би, испуњавајући очеву жељу, да проучи у чему се састоји циљ пројектованог изума или које дефекте и недостатке на постојећим уређајима отац има за циљ да поправи. Син би тад требало да покуша да разуме основно начело пројектованог изума, „прави разлог лека“, речено језиком случаја Хедон. Кад реши све ове проблеме, тад би требало да настави са радом како би довршио оно што је битно за комплетирање нацрта пројектованог уређаја.

66 „Атомистичко“ схватање намере, што је описано у тексту, повезано је са филозофским номинализмом и може се сматрати његовим изразом. Ја сам обратио утицај овог гледишта на покрет познат као правни реализам у свом раду: „American Legal Realism“, 82, *University of Pennsylvania Law Review*, 1934, стр. 429, 443-447.

Поставимо сада у погледу синовлевих радњи ону врсту питања која се обично постављају приликом тумачења закона. Да ли је син био веран очевој намери? Ако под тим подразумевамо „да ли је извршио намеру коју је отац стварно одредио у погледу начина комплетирања нацрта?“, на то питање, наравно, немогуће је одговорити у потпуности, јер ми не знамо да ли је отац имао било какву сличну намеру, и, ако јесте, каква је она била. Ако, пак, под тим подразумевамо „да ли је он остао унутар оквира које је одредио отац, прихватајући очево схватање о потреби за пројектованим уређајем и очев општи приступ про- блему удовољавања тој потреби?“, тад је одговор, на основу изнетих чињеница – потврдан. Да је син у стању да се позове на очев дух за помоћ, сва је прилика да би ова помоћ имала облик сарадње са сином у решавању проблема које је отац оставио нерешеним. Обично, управо такав случај производи тешке проблеме за тумачење. Кад би редактор закона био позван на непосредну консултацију, нормално, он би морао да настави на исти начин као и судија, постављајући питања као што су: да ли овај случај спада у исту „невољу“ коју је закон покушао да излечи?; да ли случај спада под „прави разлог лека“ који закон одређује, тј. да ли је прописани „лек“ одговарајући за ово посебно приказивање опште „невоље“ против које је закон уперен?

Сличност са недовршеним изумом може бити од помоћи да се разјасни једна друга нејасноћа – која се јавила у језику о тумачењу. Стремимо ка томе да о намери размислимо као о појави индивидуалне психологије, мада оно што тумачимо представља колективни чин. Тако, на пример, можемо да се упитамо: шта је законодавчева намера, иако знамо да такво „биће“ не постоји. Следећи пут говоримо о намери „законодавства“, иако знамо да они који гласају за закон често то чине упркос различитим схватањима у погледу његовог значења, а често и без правог разумевања његових израза. Приближавајући се индивидуалној психологији, можемо да говоримо о намери „редактора“. Али, опет смо на мучкама. Јер, може да постоји већи број редактора који раде у различитим временима и без заједничког схватања у погледу циља који се тражи. Надаље, свака приватна

или несоопштена намера редактора закона, исправно се сматра као правно неважна за његово исправно тумачење.⁶⁷

Вратимо се сличности са недовршеним изумом, како бисмо видели да ли она нуди било какву помоћ у овом ћорсокаку. Јасно је да син, решавајући проблем, може да закључи како му је од помоћи да себе у извесној мери стави у стање очевог размишљања, подсећајући се његовог начина размишљања и његових карактеристичних начина за решавање проблема. Међутим, јасно је да ова процена може да неће бити ни битна, нити од помоћи. Да је некомплетан пројект закључа добијен из руке потпуно непознатог проналазача, синовиљев задатак можда суштински не би ни морао да буде измењен. Он би из самог напрта учини којој сврси је намењен проналазак и које се опште начело или начела налазе у самој основи пројектованог плана. У таквом случају, могли бисмо да говоримо и о „намери самог пројекта”. То значи увести метафору, али, она је барем корисна, јер погрешно не описује синовиљев задатак. Зато, уместо да се говори о законодавчевој намери, мислим да би било боље кад би се говорило о „намери закона”, управо онако како би говорио и сам Менсфилд, разматрајући уговорну намеру, кад је једном приликом запазио да се ради о „намери трансакције”.

Верност донетим законима често се изједначава са судијиним чисто пасивним ставом и ставом прихватања. Ако се судија понаша „креативно”, мора бити да је тај прекорачио свој задатак тумача. Они који више од законâ цене право које стварају судије, теже да поздраве ово одступање и задовољни су кад судија очигледно постигне из тако мало толико много. С друге стране, они који немају поверења у судијско овапашење, теже да сваку стваралачку улогу оцене као напуштање начела и покушај освајања личне власти. Кад се питање веже за ове

67 Говорећи о „Закону против превара”, лорд Нотингем је у случају *Ash v. Abdy*, 3 Swinson 664 (1678) истакао следеће: „Имао сам некакав разлог да знам значење овог закона, јер његово прво појављивање потиче од мене”.

Упореди: „Ако га је лорд Нотингем написао, он је утолико мане би квалификован да га тумачи, пошто га као аутор текста размагнута више пита је приватно имао намеру, него значење које је изражао”. Campbell's *Lives of the Lord Chancellors of England*, 3 (3d ed. 1848), стр. 423.
68 *Kingston v. Preston*, 2 Douglas 689 (1773).

услове, део проблем постаје погрешно схваћен. У случају недовршеног изума, кад је син преузео креативну улогу, он самим тим актом није заслужио ни похвалу ни покуду. Једноставно, он је удовољљавао захтевима свог задатка, радећи оно што је требало да уради како би извршио очеву жељу. Време за похвалу или покуду наступило би кад бисмо ми могли да претледамо оно што је он постигао својом неизбежно стваралачком улогом. Исто тако је и са судијама.

Може се притворити да је сличност која је овде коришћена – обманујућа. Може се рећи да закон не служи сврси коју је тако једноставно и лако одредити, као што се, на пример, може одредити намена усисивача за прашину. Друштвена невоља коју он покушава да излечи, често је испанчана и сложена, док је само њено постојање приметно само онима који имају извесне вредносне судове. Надаље, лек који закон одреди за лечење „болести државе” није ни налик врегену које повезује један механизам са другим. Законодавство често мора да бира између широког спектра могућих лекова, од којих неки пружају само посредну врсту лека за недостатак који се жели исправити.

Све се то може признати, али ја ипак мислим да управо у овој тачки привидног недостатка слика недовршеног изума постаје најкориснија. Може се допуштати одређена нејасност у односу на неволу која се законом жели излечити. Међутим, ако ова нејасност пређе одређену пресудну тачку, тада никаква редакторска виртуозност или велитина у тумачењу не може њом оптерећен закон да претвори у акт који има значење. Надаље, извесна непрецизност мишљења о вези лека и недостатка за чије лечење је лек одређен, не обезвређује закон неминовно. Међутим, ако је ова веза у самој својој основи погрешно схваћена, тад је свака могућност повезаног тумачења изгубљена. А претпоставити другачије, значило би претпоставити да изум, који је у основи погрешан, може да буде спасен ако се уредно технички направи.

Дозволите ми да дам пример законске одредбе која је обезвређена основним недостатком у свом напрту. Параграф 5 оделјка 4 тзв. „Закона против превара” који је донет 1677. године. Оделјак 4 Закона заснован је на претпоставци да извесне

врсте уговора не треба да буду судски извршиве, осим ако не постоји потписани документ као доказ о њиховом постојању. С друге стране, није се сматрало паметним проширивање тако строгог услова на све уговоре, пошто неки од њих треба да буду правно важни иако су закључени усмено. Зато се редактор нашао у ситуацији да одлучује које врсте уговора треба да буду у писменом облику, а које без опасности могу да се прецупте усменом изразу. Једна таква одлука била је исказана следећим језиком: "... никаква тужба неће се поднети ... (5) на основу било каквог споразума који неће бити извршен у року од једне године од дана закључења; изузев ако споразум на основу кога се подноси тужба ... није у писменом облику и потписан од оне стране против које се тужба подноси".

Вероватно, са сигурношћу се може рећи да је мало која законска одредаба изазвала толико много неусклађених и чудноватих тумачења као управо наведене речи. Шта је било по-решно? Закон је исказан једноставним, незамршеним енглеским језиком. Неволја на коју се пила изгледа довољно очигледна. Такође, прилично лако може да се види зашто је редактор морао да као уговоре којима је посебно потребан писмени доказ, одреди оне уговоре који су предвиђени да трају дуже времена; према Холтовим речима „идеја закона била је да се не даје поверење сећању сведока за време које је дуже од годину дана”⁶⁹.

Тешкоћа се једноставно појавила зато што редактори нису довољно добро проанализирали однос између невоље и лека који су одредили за његово излечење. На првом месту, јасно је да не постоји непосредан однос између времена кад ће сведок бити позван да сведочи и времена које је одређено за извршење уговора; може бити одређено да се уговор изврши у року од месец дана, а да се на суду докажује две године касније. Надаље, редактори су пропустили да се запитају шта судови треба да раде са уобичајеним случајем оних уговора у погледу којих је унапред немогуће рећи колико ће времена бити потребно за њихово извршење, као што су уговори о доживотног запослењу човека или да му се плаћа месечни износ све до излечења од

69 *Smith v. Westfall*, 1 Lord Raymoud 317 (1697).

болести. Замислињем неочекиваних догађаја који убрзавају или одлажу извршење, ова врста уговора може знатно да се прошири. У једном случају, који се убрзо појавио на суду после доношења Закона, предложено је да важење уговора треба да зависи од стварног тока догађаја.⁷⁰ Ако извршење доспева у року од годину дана, усмени уговор је важећи; ако не, тада је уговор неугужив. Међутим, ово решење никад није било прихваћено, нити је могло да буде прихваћено. Стране од почетка треба да знају, или бар кад се појави невоља, да ли међу њима постоји уговор. А учинити да постојање обавезујућих уговора зависи од каснијих догађаја, значило би изазивати сваку врсту преваре ради заузимања позиција и произвело би највећу замесливу збрку. Укратко, судови су били суочени са законом који, једноставно, није могао да буде примењен на начин којим би се спровела непрецизно замислињена редакторова намера. Бриганди су коначно, тек 1954. године, пронашли једини лек за ову ситуацију: потпуно укидање одељка о коме је реч. Ми и даље посежемо за решењем загонетке која нема решења.

Мој други случај, у самој основи погрешно замислињеног законодавства, јесте бар за три века савременији. Случај се односи на закон који паги од таквог недостатка, да је немогуће јасним језиком одредити у чему се уистину састоји невоља коју он треба да лечи. Укидањем прохнобиције, Американци су били веома одлучни да „спрече повратак старог *saluti*”. Шта је то значило? Стари салут је био сложена ствар јер је у себи садржао архитектонске, амбијенталне, уметничке, комерцијалне, правне и социјалне аспекте, комбинујући их. Било је веома невероватно да ће се вратити или да чак може да се врати на свој стари облик после одсуства од петнаест година у којима су се одиграле султинске друштвене промене. Ипак, многе државе, да би се двоструко осигурале, сматрале су да о томе „треба да постоји некакав закон”.

Међутим, како може да се донесе закон против ствари као што је „стари салут”? Па, стари салут је имао њипућа врата; нека, према томе, буде незаконито отварање њиха у било чему што се налази иза онога што се званично може назвати њи-

70 Вилети горе наведен случај.

пућим вратима. У старом салуну гости су пили стојећи; нека, стога, буде прописано да саца морају да седе – мада, заиста, као изворна пропозиција постоји довољно разлога да се препостави како би се пилх трезвенећтва боље остварио кад би се од оних који пију захтевало да стоје док се опијају. У старом салуну није могло да купите оброк, мада сте бесплатно могли да добијете један. Створимо, према томе, нешто што има атмосферу породичног ресторана у новом салуну тако што ће бити наметнут захтев да се у њему служе оброци. Али, са тим се не може ићи предалеко. Било би веома неприлично захтевати да жејдна муштерија купи храну пре нешто што јој се послужи пиће. Нека, дакле, један од правних услова буде да нови салун буде спреман да служи храну свакоме ко је наручи, без обзира на то колико ће мало таквих да буде међу његовим посетиоцима.

Првенствена одговорност за примењивање овако алопатски (пријатељски) склованих правила не почиња на јавном тужиоцу, него на органу који издаје дозволе. Да ли ико може да замисли како извлагчи било какав смисао о корисној социјалној функцији послуживши се таквим овлашћењем? Да ли предствља икакво чудо то што је ово попураче регулативе општепознато по својој неефикасности и корупцији? Чак и ако се пронађе савестан бирократа који сматра да му је живиот испуњен мисијом коју треба да оствари, уколико би му се једноставно дозволило да примењује правила, ма колико та правила била бесмислена, проблем и даље не би био решен. Остали би нерешиви проблеми тумачења, да се на пример одлучи шта значи „бити одговарајуће спреман за послужење оброка”, госту који никад не долази.

На овом месту морамо да прекинемо нашу расправу о тумачењу. То је сувише богато саздан пример да би био испрцпан једном аналогном или метафором. Његова питања толико много зависе од смисла, тако да илустровани случајеви могу да послуже само да би се открила општа начела, али не могу да пренесу нијансе које прати примена тих начела у посебним случајима права. Са свим својим истанчаностима, проблем тумачења заузима осетљив, централни положај у унутрашњој моралности права. Он открива, како то ниједан други проблем не може, кооперативну природу задатка одржавања законитости.

Ако тумач треба да очува смисао корисне мисије, законодавство не сме да му намеће бесмислене задатке. Ако законодавни редактор треба да испуни своје одговорности, он, са своје стране, мора бити у стању да предвиди рационалне и регулативно постојане начине тумачења. Ова узјајамна зависност прожима, на мање непосредно очигледан начин, целокупни правни поредак. Ниједна појединачна концептрација интелигенције, разумевања и добре воље, без обзира у којој мери сталешки смештена, не може да обезбеди успех подухвату подређивања људског понашања владавини правила.

Законитост као практична вештина

Овом другом, управо закљученом рапгчањавању, треба додати извесна коначна запажања која се тичу практичне примене начела законитости.

Прво, потребно је упозорење у погледу речи „право”. Године 1941. Збирци закона Масачусетса (II глава, § 9) додата је одредба да мада птица сеница буде званична птица државе. Очигледно је да народно благостање не би претрпело никакав назадак да је овај закон држан у тајности од јавности и да му је дата повратна снага уназад до „Мајског цвета” (*Mayflower*). И заиста, ако назив закон употребимо за сваки званични акт законодавног тела, тај могу да постоје околности под којима се пуни детаљи закона морају чувати као тајна. Такав случај може да се појави кад је донет закон о сакупљању средстава за финансирање истраживања новог војног оружја. Увек је несрећа кад било који акт владе мора да се скрива од јавности и тиме заштити од јавне критике. Међутим, постоје времена кад морамо да се приклонимо овако неумољивој нужди. Сам Устав САД у члану V⁷¹ предвиђа да „Сваки дом води записник о својем раду и с времена на време га објављује, с изузетком оних делова за које се, по мишљењу дома, захтева тајност”. Ипак, све ово има

71 У ставу, реч је о петом делу или одељку америчког устава – прим. прев.

маго значаја за законе који су предмет расправе.⁷² Не могу да замислим, на пример, никакву нужду која би оправдала скривање од јавности закона којим се прописује ново кривично дело или мењају услови за сачињавање важећег тестамената.

Друго, прекршаји правне моралности теже да се кумулирају. Заменаривање јасности, усатлашености или јавности могу да изазову доношење ретроактивних закона. Сувише честе промене права могу да пониште користи од формалних али спорих процедура да се право учини познатим. Немарност у погледу одржавања могућности да закон буде поглаван може да изазове потребу за дискреционом применом која, са своје стране, крши подударност између званичне радње и донетог правила.

Треће, у мери у којој само право износи до изричитог исказа схватања о добру и злу која су у заједници напиром прихваћена, гуди на значају потреба да донети закони буду објављени и јасно формулисани. Исто тако стоји ствар и са ретроактивношћу: тамо где је закон углавном одраз ванправне моралности, оно што се појављује у облику законодавства које делује на прошлост у суштини може да буде једноставна потврда уверења која се већ широко гаје или се већ налазе у развојном поступку који води ка правилу које се коначно доноси. Кад су при крају XVI века енглески судови коначно правно санкционисали извршне двостране уговоре, они су само ухватили корак са трговачком праксом, дозвољавајући странкама да непосредно ураде оно што су претходно биле приморане да учине посредно.

Четири, стротост са којом свих осам пожељности треба примењивати као целину, као и првенство у погледу њиховог међусобног рангирања, биће под утицајем гране права о којој је реч, као и под утицајем врсте правних правила која се размаatraју. Стога, уопштено речено, важније је да је човек јасно упознат са својим правним дужностима, него да прецизно зна које ће непријатности да прате прекршаји. Ретроактивни закон, којим се уводи ново кривично дело, у потпуности је вредан

⁷² Расправа о неким проблемима публициста, онако како она учине на подухватне власти – другачије него што је доношење закона у уобичајеном смислу, може да се нађе у мом раду „Governmental Secrecy and the Forms of Social Order”, у: *2 Notos* („Comphity”), 1959, стр. 256–268.

прекора, док мањи прекор може да се упутти сличном закону којим се продужава затворска казна за постојеће кривично дело. Уобичајено је разликовање међу правним правилима оних којима се намећу дужности од оних којима се дају овлашћења. Обе врсте правила су у одређеној мери под утицајем свих осам захтева правне моралности. Истовремено, правила која дају и одређују правна овлашћења ретко кад имају некакву противтежу у свакодневной пракси – руковање приликом закључења уговора никад није прихваћено као одговарајућа правна формалност. Стога, у погледу правила којима се одређују правна овлашћења, посебно су погодно да буду наглашени захтеви јавности и јасности. Насупрот томе, даваше ретроактивног важења ономе што по постојећем праву представља узалудан покушај да се врше правна овлашћења, често ће бити схваћено као унапређење законитости спречавањем збрке законских права.

Пето и коначно, треба се подсетити да смо у нашем детаљном разгледивању сваког од захтева правне моралности заузели уопштено становиште савесног законодавца који ревносно жели да схвати природу своје одговорности и вољан је да се суочи са њеним тежиштама. Ово наглашавање нијанси и тежких проблема не треба да учини да заборавимо да сви случајеви нису тежки. Сваки од захтева законитости може да се наружи начинима који не остављају никакву сумњу. На пример, Калигула је, каже се, поштовао традицију да закони Рима буду постављени на јавном месту, али се постарао да његови сопствени закони буду исписани ситним словима, а истакнути толико високо да их нико није могао прочитати.

Чудноватост да неки предмет истовремено може да буде и веома лак и веома тежак, можемо да осветлимо једном Аристотеловом сликом. Аристотел у својој „Етики” посваља питање да ли је лако поступати праведно са другима. Он примећује како изгледа да се то може, јер постоје извесна установљена правила праведног поступања која лако могу да се науче. Примена једноставног правила, сама по себи, треба да буде једноставна. То, међутим, није тако, каже Аристотел, позивајући се на овом месту на своју омиљену аналогију са медицинама: „Пака је ствар знати последиче меда, вина, кукурека, катеризације и

резанџа. Али знати како, за кога и кад њх треба применити као лекове, није мој задатак, већ лекаров.”⁷³

Тако и ми, с наше стране, можемо да кажемо: лако је видети да закони треба да буду јасно изражени као општа правила која су по свом дејству проспективна и доступна сазнању сваког грађанина. Међутим, знати како, под којим околностима и у којој равнотежи ове ствари треба постићи, не захтева ништа мање већ да се буде законодавац.

III ГЛАВА Појам права

*Како су цетеје о шоме чему служи право
у великој мери обухватене цетејама штиа
право јесте, крајтак црејед цетеја о
природи црава ... биле користиан.*

Roscoe Pound

*Das Vergessen der Absichten ist die häufigste Dummheit, die gemacht wird.*⁷⁴

Friedrich Nietzsche

Циљ ове главе јесте да рашчлањавање које је представљено у другој глави постави у исправан однос са преовлађујућим теоријама права и о праву. Овај задатак се не предузима првенствено због тога да бих оправдао оно што сам рекао против супротних гледишта других, него због даљег разјашњења оног што је већ речено. И док се ја слажем да књига о правној теорији не треба да буде једнострано „књига у којој се научи оно што садрже друге књиге”,⁷⁵ остаје чињеница да оно што је човек научио из других књига (некад посредно, а да њх није читао) делује као призма кроз коју са свако ново рашчлањавање посматра. Одређено постављање сопствених гледишта, насупрот оних која су дубоко укорењена у речник и мисао сопственог предмета, представља султински део излагања.

⁷⁴ „Заборављена намера је најчешћа глупост која се чини”.

⁷⁵ Hart, *The Concept of Law* (1961), viii.