

**Dr Goran Dajović**  
Pravni fakultet u Beogradu

UDK: 340.12  
Originalni naučni rad

## HARTOVA TEORIJA PRAVA – OSNOVNE CRTE<sup>1</sup>

“Then, there was only him. A  
Now, a hundred flowers bloom.  
This is his lasting contribution.”<sup>2</sup>

*Ove godine se navršilo pola veka od objavljivanja knjige *The Concept of Law* engleskog pravnog filozofa Herberta Harta. To je bio povod da se u ovom članku predstave i analiziraju neke od glavnih ideja u toj knjizi, ideja koje su izvršile ogroman uticaj na pravnu filozofiju i teoriju tokom nekoliko poslednjih decenija. Među tim idejama naročito su važne i dalekosežne dve: jedna prema kojoj se pravo i njegova normativnost ne mogu razumeti ukoliko se u obzir ne uzme takozvana interna tačka gledišta, tj. ono stajalište koje prema pravu zauzimaju zvaničnici pravnog sistema i oni koji pravo “shvataju ozbiljno”; i druga, ideja po kojoj u osnovi pravnog sistema stoji jedno konvencionalno pravilo, koje je Hart nazvao pravilom priznanja. Autor članka ističe kako je naročito ova druga ideja svojom snagom, originalnošću ali i kontroverznošću izazvala ogromnu pažnju i da zapravo predstavlja najvažniji Hartov supstancijalni doprinos savremenoj jurisprudenciji.*

**Ključne reči:** Herbert Hart, teorija prava, pravilo priznanja

---

<sup>1</sup> Ovaj članak je napisan u okviru projekta „Konstitucionalizam i vladavina prava u izgradnji nacionalne države – slučaj Srbije“

<sup>2</sup> Lacey, Nicola: *A Life of H.L.A. Hart: the Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, 2004, 361 (navod iz čitulje Zenona Bankowskog povodom Hartove smrti).

## 1. Uvodne napomene

Jubileji su po pravilu zgodna prilika da se progovori o jednom autoru ili nekom njegovom delu. To je naročito slučaj ako se o takvom autoru ili delu u nekoj sredini pre toga nije previše govorilo ili ono nije zadobilo zasluženu pažnju. I upravo takav jedan jubilej pada ove godine a i radi se o autoru koji itekako zaslužuje da se o njemu govori.<sup>3</sup> Naime, pre tačno pedeset godina, 1961. u Oksfordu je objavljena knjiga profesora Herberta Harta pod naslovom *The Concept of Law*.<sup>4</sup> Ova knjiga i dakako njen autor, nesumnjivo su najznačajnije pojave u anglosaksonskoj pravnoj filozofiji i teoriji dvadesetog veka. Ovo je nepodeljena ocena najvećeg broja anglosaksonskih pravnih mislilaca.<sup>5</sup> I ne samo to. Čak i njegovi žestoki oponenti priznaju Hartu primat, jer njegovo delo smatraju onom vrstom novouspostavljene teorijske paradigme u jurisprudenciji, kojom se menjaju shvatanja o tome šta su stvarni problemi koje jurisprudencija treba da rešava, kao i koji su kriterijumi za procenu uspešnosti tih rešenja.<sup>6</sup>

U predgovoru zbirke eseja, koji su objavljeni povodom Hartovog sedamdesetog rođendana, Džozef Raz (Joseph Raz) navodi da je Hartovo

---

<sup>3</sup> Kad je već reč o jubilejima, zanimljiva je koincidencija da Institut za uporedno pravo, koji izdaje ovaj cenjeni časopis, ove godine godini takođe slavi, za našu pravnu kulturu važan jubilej, 55 godina postojanja i uglavnom uspešnog rada.

<sup>4</sup> U tom trenutku, Hart je već deset godina predavao jurisprudenciju na Oksfordu i ta knjiga zapravo je bila sažetak njegovih predavanja. Ovo Hartovo delo, kako kroz recepciju i razradu njegovih ideja u radovima učenika i sledbenika, tako i kroz osporavanja i polemike, koje je izazvalo, podsticajno je delovalo na razmah teorijske pravne misli u Engleskoj i drugde. Rečju, verovatno nijedna knjiga iz oblasti jurisprudencije u poslednjih pola veka nije izvršila toliki uticaj u ovoj oblasti koliko *The Concept of Law*. I jedna zanimljivost: kada je Hart predložen za profesora jurisprudencije, zatraženo je mišljenje o njegovim sposobnostima od čuvenog filozofa Isaije Berlina, koji ga je inače dobro poznavao. Iako je predvideo da će Hart biti 'odličan predavač' (Lacey, *op.cit.* 117-118), Berlin je sumnjao da će "napisati bilo šta vredno pamćenja". Štaviše bio je izričit u stavu da Hart 'ne bi dao neke nove i uzbudljive uvide'...već da bi pre njegovi rezultati bili solidni" (Lacey, *op.cit.* 118). Za običnog smrtnika pomalo je utešno kada vidi da i najveći umovi prave ovako pogrešne procene!

<sup>5</sup> Up. na primer Morris, Herbert: *Hart: The Concept of Law*, Harvard Law Review, vol. 75 [1962] n° 7, 1461; Cohen, J. L.: *Hart: The Concept of Law*, Mind, vol. 71 [1962], 395; Summers, Robert *Professor H.L.A. Hart's Concept of Law*, Duke Law Journal [1963], 629, itd.

<sup>6</sup> Up. Dworkin, Ronald: *Hard Cases*, Harvard Law Review, vol. 88 [1975] n° 6, 1057. Dworkin dodaje da je Hart uticao ne samo na sadržinu, već i na formu jurisprudencije kao nauke, jer je "u njegovim rukama jasnoća [izlaganja] unapredila, a ne raspršila snagu ideje. To je magija i to je ona magija koja je jurisprudenciji potrebna da bi delovala" (*ibid.*, 1058).

delo postavilo osnove savremene *pravne filozofije* u anglosaksonskom svetu ali i van njega. Hart je, veli Raz, direktno odgovoran za njenu renesansu. I zaista, veoma je rasprostranjeno gledište da je najveće Hartovo dostignuće reafirmacija uloge i uticaja filozofije i njenih rezultata i tehnika na pravnu nauku i teoriju, tj. uspostavljanje trajne i plodne veze između pravne nauke i analitičke filozofije.<sup>7</sup> Jasno se iz njegovih tekstova promovira jedan konzistentan stav o koristima koje pravna nauka može da ima od primene metoda i tehnika analitičke filozofije na rešavanje pravnih problema. Takva vrsta analize je od posebne vrednosti za razjašnjavanje najvažnijih pravnih pojmova, kao i za preformulaciju tradicionalnih, a pogrešno postavljenih pitanja na koja bi pravna nauka trebalo da daje odgovore. Dakle, kako stvari stoje, filozofsko zaleđe Hartove teorije i metodološke inovacije koje su iz njega proizašle, bitan su deo njegovog doprinosa modernoj jurisprudenciji.

Ipak, ono što je pre svega Hartovu teoriju lansiralo u stabilnu i trajnu orbitu interesovanja pravnih filozofa su njegove supstancijalne ideje, među kojima su najvažnije ideja o internom stajalištu kao osnovi za objašnjenje prava (i pravne obaveze) i na njoj zasnovana ideja o pravu kao sistemu primarnih i sekundarnih pravila (i tzv. pravilu priznanja kao najvažnijem sekundarnom pravilu). Ove dve ključne ideje, Hart je izneo upravo u svom glavnom delu Pojam prava (*The Concept of Law*). Ali ono što je još zanimljivije je da je Hart sopstvene ideje izostrio kritikujući osnovne postavke imperativne teorije prava Džona Ostina. Tom kritikom, Hart je želeo da, ostajući u okvirima pravnog pozitivizma, ipak „osamostali“ normativni, regulativni aspekt prava, tačnije da ga izvede iz senke prinude i moći, odnosno naviknute poslušnosti koja je u Ostinovoj teoriji, kao paradigmatičkoj pozitivističkoj teoriji taj aspekt potpuno prekrila.<sup>8</sup> Iz tog razloga, u ovom članku će se, pre nego se pređe na opis osnovnih supstancijalnih ideja Hartove teorije (odjeljak 3.) prvo prikazati Hartova kritika Ostinove pravne teorije.

---

<sup>7</sup> „Deo originalnosti *The Concept of Law* leži u autorovom uviđanju značaja novih analitičkih tehnika ... opšte filozofije za klasična pitanja pravne teorije” (Hacker, Peter M.S: 'Hart's Philosophy of Law', 2). „On je bio taj koji je vratio teoriju prava u maticu filozofije” (*Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, sixth edition by M.D.A.Freeman, London, Sweet & Maxwell ltd, 1994, 342).

<sup>8</sup> Coleman, Jules i Leiter, Brian: *Legal positivism*, u *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. by D. Patterson, Oxford, Blackwell publishing, 1996, 246.

## 2. "Pravo kao prinudni poredak" – Hartova kritika imperativne teorije prava

Kao što je rečeno, za polaznu tačku u izlaganju svoje pravne teorije, Hart je odabrao kritiku imperativne teorije Džona Ostina. Ostinova teorija je u vreme kada je Hart preuzeo katedru za Jurisprudenciju na Oksfordu (1952) već dugo predstavljala uzor teorijskopravnog mišljenja, naveliko zastupana i propovedana u anglosaksonskoj jurisprudenciji.<sup>9</sup> Istine radi, treba reći da su i pre Harta postojale izvesne kritike na račun Ostinove teorije. Gudhart pominje<sup>10</sup> tri glavne vrste kritike. Prva je dolazila od istorijsko-pravne škole, tj. od Henri Mejna (*Maine*). Njena glavna primedba Ostinovoj definiciji prava kao zapovesti suverena bila je istorijska činjenica da nije uvek i u svim zajednicama suveren bio iznad prava. Drugi pravac kritike zastupali su specijalisti za uporedno pravo koji su Ostinu zamerali da je njegova definicija prava kao zapovesti suverena neprimenljiva na pravne sisteme s pisanim ustavom, gde je suveren pod ustavom iako norme ustava nisu garantovane prinudnom sankcijom. I konačno, treća grupa kritičara bili su sociološki orijentisani autori, koji su branili tezu, suprotnu Ostinovoj, da se ljudi ne pokoravaju pravu zato što im je ono nametnuto, već zato što se njime osećaju (oba)vezanim.

Dakle, bilo bi pogrešno da se tvrdi kako u engleskoj jurisprudenciji između Ostinovog i Hartovog vremena ništa nije događalo. Ipak, uprkos pomenutim kritikama i kritičarima, kako je to ubojito formulisao jedan dobar poznavalac stvari, "nije se događalo ništa što bi bilo zapamćeno".<sup>11</sup> Objavljivane su mnoge knjige i članci iz teorije prava, ali do pojave Hartovih radova, nije se pojavilo ništa što bi navelo većinu pravnih filozofa i teoretičara da ponovo procene njihove temeljne teorijske postavke i poglede zasnovane na Ostinovom radu, tj. da obave ono što bi se moglo nazvati konceptualnom revizijom pozitivističke teorije

Ipak, Hart nije kritikovao Ostinovu teoriju samo zato što je ona bila paradigmatičan obrazac pravnog mišljenja i to pogrešan obrazac. On je, naime, smatrao da su njeni neuspesi i propusti *poučni*, jer je bilo moguće da se jasno uoče razlozi tih propusta i da se na taj način otvore vrata boljim rešenjima (CL, 78).

A koje su bile osnovne teze Ostinove teorije? U najkraćem, njena suština je prilično jednostavna. Ona može biti sažeto iskazana u sledeće dve postavke. Prvo, za Ostina, "svaki pozitivni zakon ...postavlja, izričito ili

<sup>9</sup> Među istaknutim autorima koji su se kretali po njegovom tragu smatrali su se u Engleskoj Salmond, Amos, Holand (Holland), a u Americi Hohfeld (Hohfield).

<sup>10</sup> V. Goodhart, Arthur: *Les théories anglaises du droit*, u *Droits, morale, mœurs*, Paris: Surey, 1936, 99.

<sup>11</sup> V. Duxbury, Neil: *English Jurisprudence between Austin and Hart*, Virginia Law Review, vol. 91 (2005) march, No 1, 3.

prećutno, suvereno telo ili pojedinac za pripadnike nezavisne političke zajednice u kojoj je on suveren.”<sup>12</sup> A ti pripadnici, članovi zajednice, obično (većina njih u većini slučajeva) ispoljavaju naviku da slušaju zakone suverena. I drugo, suština svakog pozitivnog zakona jeste da on predstavlja zapovest.<sup>13</sup> Zapovest je, prema tome, onaj ključni element Ostinove jurisprudencije koji treba objasniti. Pojam zapovesti, onako kako ga je shvatao Ostin, ima tri osnovna elementa

- želju određenog pojedinca (ili grupe pojedinaca) da se neko drugi (bilo pojedinac ili grupa) ponaša na izvestan način

- izraz ove želje pomoću spolja vidljivih znakova (reči, simbola, pokreta),

- zlo ili sankciju koju kreator zapovesti stavlja u izgled adresatima zapovesti u slučaju da oni zapovest ne poslušaju.<sup>14</sup>

Ono što jeste u ovoj Ostinovoj definiciji najvažnije je upravo zlo kojim se pretilo u slučaju neposlušnosti, a koje on u pravu naziva sankcijom. Bez ove pretnje zlom nema zapovesti, ali što je još značajnije, nema ni dužnosti. Jer pojam dužnosti Ostin određuje kao podložnost zlu u slučaju neizvršenja zapovesti.<sup>15</sup> Zapovest, dužnost i sankcija su, prema tome, nerazdvojno povezani u Ostinovoj koncepciji.<sup>16</sup>

Prema Ostinovom „redukcionističkom“ pogledu na koncept “dužnosti”, normativni aspekt prava bio je sveden na sposobnost njegovih adresata da predvide primenu sankcije u slučaju kršenja zapovesti. Dakle, Ostin je smatrao da pravo utiče na pravne subjekte da se ponašaju na željeni način isključivo pomoću sankcija kojima suverena vlast pretilo potencijalnim prekršiocima njenih zapovesti. Hartova temeljna zamerka ovakvom pogledu na normativnost prava sastojala se u tome da, kako on veli, „predskazujuća teorija zamagljuje činjenicu da postojanje pravila (i dužnosti na osnovu pravila – prim G.D.) ne predstavlja samo osnov za predviđanje nepovoljnih

---

<sup>12</sup> Hart pominje da Bentam definiše suverena direktno ne-normativnim, deskriptivnim terminima kao nekoga koga po navici potčinjeni slušaju dok se on sam sa svoje strane nikome ne pokorava. Sasvim je jasno da se i Ostin u ovom smislu može smatrati Bentamovim istomišljenikom. U ovoj stvari i Bentam i Ostin se oštro razlikuju od Hobza koji suverenovu moć da izdaje zakone – koje on prvi izjednačava sa zapovestima suverena – smatra emanacijom njegove normativne vlasti stvorene sporazumom svih sa svima kojim se stvara politička zajednica sa suverenom načelu (Hart, Herbert: *Essays on Bentham*, Oxford, 1982, 253).

<sup>13</sup> Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, 1955 (preštampano 1971), 13.

<sup>14</sup> Austin, John, *op. cit.*, 14.

<sup>15</sup> "Being liable to an evil from you if I comply not with a wish which you signify, I am bound or obliged by your command, or I lie under a duty to obey it" (Austin, John: *op. cit.*, 14).

<sup>16</sup> Austin, John: *op. cit.*, 15.

reakcija vlasti prema prekšiocu pravila, već takođe i *razlog* ili *opravdanje* za takve reakcije i za primenu sankcija“ (CL, 82 - kurziv G.D.). Dužnost podrazumeva opravdanje, a ne predviđanje nekog ponašanja. Drugim rečima, ponašanje koje predstavlja dužnost je nešto što *treba da bude* prema *pravilu* koje ga propisuje, a ne nešto što *će biti* prema predikciji, predviđanju. Dužnost i pravilo su normativni koncepti, a nametanje sankcije je faktička okolnost – u propustu da uvidi ovu prostu tezu i leži osnovna Ostinova greška.<sup>17</sup>

Na ovaj način, takođe, Ostin celokupan odnos između stvaraoca prava i adresata svodi na naviknutu poslušnost koju adresat iskazuje prema stvaraocu prava – suverenu koji takvu poslušnost ne iskazuje nikom iznad sebe. Drugim rečima, Ostinovo objašnjenje uslova pod kojima postoji jedan pravni poredak i pod kojima je pravo autoritativno, oslonjeno je na fakte: suveren je aktuelni pojedinac ili grupa lica koje je obezbedilo (najčešće pomoću straha od sankcije) poslušnost adresata koju mu oni izražavaju takoreći po navici.<sup>18</sup> Svodeći uslove za postojanje i autoritet prava na postojanje suverena i naviknute pokornosti podanika, Ostin ideju pravnog autoriteta zapravo eliminiše, jer ideja da pravo poseduje autoritet jeste ideja da pravo svoje adresate snabdeva specifičnom vrstom razloga za delanje, a ne da pravo prosto *eksploatiše* naviku svojih adresata da mu se pokoravaju.<sup>19</sup>

Secirajući imperativnu teoriju (CL, glave 2,3 i 4), Hart je u njoj konstatovao četiri značajna nedostatka.<sup>20</sup> Prvi je taj što se čak ni odredbe krivičnog prava, kojima je Ostinov imperativni model naredbi pod pretnjom najbliži ne odnose samo na druga lica, već i na ona koja ih donose. Drugi je da pored zapovesti koje uspostavljaju obaveze, postoje i one vrste pravnih pravila koje daju ovlašćenja (javna ili privatna) a ne nameću obaveze, i takve se vrste pravnih pravila samo uz krajnju distorziju mogu uvrstiti u naredbe pod pretnjom. Treći nedostatak je u tome da njegova teorija zanemaruje da

<sup>17</sup> Zapravo, kada pokuša da definiše dužnost, Ostin nije uvek dosledan. Naime, ponekad se čini da on dužnost definiše kao verovatnoću ili predviđanje da će njenim kršenjem adresat navući zlo državne pravne sankcije na sebe i to je koncept koji kritikuje Hart. Ali Ostin, kako je napred u tekstu rečeno, definiše dužnost i kao “podložnost zlu” što je, na izvestan način, “objektivno” određenje, jer je postojanje dužnosti prema ovoj definiciji nezavisno od toga da li subjekt čak zna ili ne zna da postoji norma koja ga obavezuje, on objektivno *ima dužnost* da tu normu posluša (Vranjanac, Dušan: *Džon Ostin: imperativni model pravnog pozitivizma*, Beograd, Institut za uporedno pravo, 2000, 74-76).

<sup>18</sup> U smislu stvaranja razloga za delanje za njegove adresate.

<sup>19</sup> Coleman, Jules: *The Practice of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 75.

<sup>20</sup> Svakako, da ovi “nedostaci” nisu jedini koji su spočitavani Ostinovoj teoriji (v. Tur, Richard H. S.: *Jurisprudence Lectures: Hart's Concept of Law*, 2001, <http://users.ox.ac.uk/~lawf0013/>). Ali kako tema ovog predgovor nije Ostinova teorija, u te kritike nema potrebe detaljnije da se ulazi.

postoje pravna pravila koja se razlikuju po načinu nastanka od zapovesti, jer neka pravna pravila nastaju iz običaja i ne duguju svoj pravni status bilo kakvom aktu svesnog stvaranja prava. I poslednji nedostatak jeste da uslov koji za egzistenciju pravnog sistema postavlja Ostin – a to je da postoji pravno neograničeni suveren kojem se podanici uobičajeno pokoravaju – taj uslov, naime, ne uspeva da objasni kontinuitet zakonodavne vlasti, koji je karakterističan za sve moderne pravne sisteme (CL, 77). Na ovaj način, Hart jasno i nedvosmisleno ukazuje na deskriptivnu neadekvatnost Ostinove teorije, tj. na njenu nemoć da objasni neke fenomene naše socijalne prakse koji su bez sumnje pravni, odnosno koji su deo našeg poimanja prava.

Ono što je, međutim, najvažniji ishod celokupne njegove kritike, jeste konstatacija da svi ovi nedostaci Ostinovog objašnjenja prava imaju svoj uzrok "u tome što analitički elementi iz kojih je teorija konstruisana, naime pojmovi zapovesti, poslušnosti, navika i pretnji ne uključuju i svojom kombinacijom ne mogu da daju *pojam* pravila, bez kojeg se ne možemo nadati da ćemo razjasniti čak i najelementarnije forme prava" (CL, 78). A pojam pravila ima za pravnu teoriju i praksu opštepriznat značaj. Hart kaže da "i oni koji su ključ za razumevanje prava pronašli u pojmu naredbi pod pretnjom i oni koji su ga videli u sprezi s moralom i pravdom, podjednako govore da pravo sadrži ili se uglavnom sastoji od pravila" (CL, 8).

### 3. "Novi početak"

Hartova "promena" centralnog teorijskog koncepta, od koncepta zapovesti ka konceptu pravila kao i na nju nadovezana ideja da je pravo sistem primarnih i sekundarnih pravila postala je po njegovom vlastitom sudu „*novi ključ za jurisprudenciju*“.<sup>21</sup> A šta za Harta u stvari znači izraz da je pravo „sistem primarnih i sekundarnih pravila“? Koja su to pravila primarna, a koja sekundarna? Primarne norme ili primarna pravila obaveze, zahtevaju od adresata da nešto učine ili da se uzdrže od činjenja. Sekundarna pravila postoje na račun primarnih, jer ona propisuju kako se uvode ili menjaju postojeća primarna pravila (sekundarna pravila promene), na koji način se utvđuje da li se ona poštuju ili su možda prekršena i na koji način se ti prekršaji kažnjavaju (sekundarna pravila presuđivanja) i najzad, koja društvena pravila uopšte jesu pravna pravila (pravilo priznanja).<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Groudine, Candace J.: *Authority: H. L. A. Hart and the Problem with Legal Positivism*, The Journal of Libertarian Studies, Vol. IV. (1980) No.3 summer, 274-275.

<sup>22</sup> O karakteristikama Hartove podele pravila pravnog sistema na primarna i sekundarna opširnije sam govorio u Dajović, Goran: *Pravna obaveznost i važenje prava*, Beograd, Pravni fakultet - Službeni glasnik, 2008, 108-112. Na istom mestu je ukazano i da sama ideja nije originalno Hartova (108, fusnota 322).

Da bi se, međutim, jasnije razumeo teorijski zaokret koji je donela Hartova teorija nije od ključnog značaja analizirati *samu za sebe* ideju o pravnom sistemu kao spoju primarnih i sekundarnih pravila. Mnogo je značajnije da se analiziraju dva najvažnija originalna koncepta koja stoje u samom temelju Hartove ideje o “sistemskom kvalitetu prava”: ideja o socijalnim pravilima (*practice theory of rules*) i koncept pravila priznanja (*rule of recognition*) kao najvažnijeg sekundarnog pravila.<sup>23</sup> Kako je samo pravilo priznanja jedna vrsta socijalnog pravila (a još preciznije, konvencionalno pravilo) potrebno je prvo da se opiše Hartova teorija pravila, a tek potom da se upusti u analizu pojma pravila priznanja kao jedne podvrste socijalnih pravila.

### 3. 1. Hartova teorija pravila (Practice theory of rules)

Umesto Ostinovog oslanjanja na sankcije kao osnov za objašnjenje “normativnosti” prava, Hart je istakao ideju da se pravo sastoji od pravila, i to od one vrste pravila koju je on nazvao *social rules*.<sup>24</sup> Pravila su ta, a ne prateća sankcija, kao pretnja neposlušnim adresatima, koja jedino mogu da objasne kako pravo, *samo po sebi* može na specifičan način da bude noramtivno, tj. da predstavlja razlog za naše delanje.

Međutim, postoji jasna razlika između *norme* i normalnosti, *pravila* i pravilnosti. A Hart bi na ovo verovatno dodao, i između onoga što *po pravilu* radimo i onoga što radimo *sledeći pravilo*. U ovom drugom slučaju (za razliku od prvog, ostinovskog, opisanog u terminima navike) pravilo nam daje razlog za radnju. Ono, dakle, ne sadrži u sebi samo eksterni, deskriptivni element – kojim se opisuje model ponašanja koji se redovno pojavljuje i ponavlja. Ono sadrži i normativni element – razloge za radnje i za kritiku delanja drugih koji ih ne poštuju. Kada postoji jedno socijalno pravilo, tj. kada je ono *praktikovano i prihvaćeno*, onda ono adresatu pruža razloge za zahtevanu radnju, nezavisno i mimo razloga koje ima za vršenje te radnje iz čisto racionalnog razloga – izbegavanja sankcije.

Jasno je, prema tome, da je Hartova namera bila da izbegne Ostinov redukcionizam i da svoj koncept socijalnih pravila “odmakne” od Ostinove

---

<sup>23</sup> Inače, samu klasifikaciju pravila priznanja kao sekundarnih pravila doveo sam ranije u pitanje (v. *Pravna obaveznost i važenje prava*, 115).

<sup>24</sup> Hartov termin *social rule* se ne može doslovno prevesti na srpski jezik kao društveno pravilo, jer ono što na srpskom jeziku znači društveno pravilo (tj. sve vrste društvenih normi - moralne, običajne, pravne, verske, itd) nije adekvatno značenju sintagme *social rule*. *Social rule* (možda bi na engleskom precizniji izraz bio izraz *custom-type rule*) predstavlja onu vrstu “naših” društvenih pravila koju mi zovemo običajima, konvencijama i konvencionalnim moralom. To su pravila koja nemaju institucionalno poreklo, tj. poreklo u aktu neku institucije i čiji je nužan uslov postojanja da se vrše.



navike na poslušnost. Navika je samo *fakt* koji pokazuje kako se ponaša većina članova socijalne grupe. Ona je ukorenjena rutina, bez refleksije ustaljen obrazac delanja u dužem periodu za koji postoji verovatnoća da će se i dalje upražnjavati. Ona dakle nije svesno niti promišljeno odabran obrazac. A od socijalnog pravila *upravo* taj interni aspekt, taj kritički misaoni stav, koji navici nedostaje, čini obrazac delanja koji *treba* slediti. Može se reći i ovako: Ostin je bio okupiran činjenicom uobičajenog pokoravanja podanika suverenu, a Hart više s "kvalitetom" tog pokoravanja. Samo ako je ono reflektivno i "kritičko", onda se podrazumeva da postoji "prihvatanje". I ako iz navike ne može da nastane nikakvo *treba*, iz "prihvatanja" smatra Hart, može.

Šta je zapravo suština ove Hartove ideje? Prema *practice theory*, postojanje socijalnog pravila podrazumeva (a) postojanje regularnog ponašanja većine pripadnika zajednice u određenoj situaciji i (b) određenog normativnog stava adresata prema datom obrascu ponašanja – taj normativni, misaoni stav prema pravilima Hart naziva i "internim stajalištem" (*internal point of view*), a on je posledica tzv. "prihvatanja" pravila kao razloga za ponašanje i razloga za kritiku ponašanja drugih.<sup>25</sup> I dok je jasno da prvi element postoji i u Ostinovoj ideji navike ili naviknute poslušnosti, dotle ovog drugog nema i stoga je za Hartovu ideju pravila od ključnog značaja da se objasni upravo taj drugi element.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Sam Hart je u razvijanju svog viđenja internog stajališta kao ključne tačke za razlikovanje društvenog pravila od društvene navike išao utabanim stazama kojima su pre njega prošli Vinč (čiji uticaj na Harta MekKormik smatra očiglednim), Vitgeštajn i Veber. Nedvosmisleno u prilog ovakvom zaključku stoji i izričito Hartovo upućivanje (CL, 242) na Vinča i posebno na delove njegove knjige u kojima on u prilog svojih teza iznosi i stavove Vitgeštajna i Vebera (ipak, postoje i određene razlike između Hartove i Vinčove ideje o internom stajalištu - o tome v. Rodriguez-Blanco, Veronica: *Winch and H.L.A Hart: Two Concepts of the 'Internal Point of View'*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 20 (2007) No. 2, 453-473).

<sup>26</sup> Hart je dobio opšte priznanje da je svojom idejom interne tačke gledišta kao konstitutivnog elementa socijalnog pravila, unapredio naše razumevanje prava. Čitav niz istaknutih pravnih mislilaca, ne samo pozitivista, to ističe. Na primer, Nila MekKormika (*Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, University Press, 1994, 277) je kontrast između interne i eksterne tačke gledišta "glavni element Hartovog doprinosa filozofiji prava". Prema Džozefu Razu, (Raz, Joseph: *The Concept of Legal System*, second ed., Oxford, Clarendon Press, 1980. 148), Hart je ispravno insistirao da je u prirodi prava da ono bude poznato i delom prihvaćeno od njegovih adresata i da normalno igra određenu ulogu u njihovim životima. Najzad, čak je i jusnaturalista Finis (Finnis) uvažio značaj interne tačke gledišta za konstrukciju pravne teorije, s tim što je on otišao i korak dalje od Harta, smatrajući da pravna teorija *mora* kao idealni, centralni slučaj prava da uzme internu tačku gledišta onih pravnih adresata koji pravo slede iz moralnih razloga, a čiji su sudovi o

Neko se socijalno pravilo "prihvata" ako njegovo postojanje (i praktikovanje od strane većine u zajednici) za adresata predstavlja *razlog za delanje*,<sup>27</sup> odnosno ako se koristi kao *razlog* za kritiku ne-pravilnog ponašanja drugih, tj. kao opravdanje za kažnjavanje i socijalni pritisak prema prekršiocima pravila.<sup>28</sup> Pravilo poseduje karakterističan tzv. "interni aspekt", jer adresati "posmatraju takvo ponašanje kao opšti standard koji treba da bude poštovan od grupe kao celine". Oni imaju, kako to Hart naglašava, *misaoni kritički stav* prema ponašanju članova grupe koji pravilo krše. Taj stav se pokazuje kroz *kritiku* (tuđeg i vlastitog) ponašanja, kroz *zahtev* da se ponašanje upodobi pravilu i kroz *priznanje* da su takve kritike i zahtevi opravdani. Konačno, sve to oni iskazuju upotrebom odgovarajuće normativne terminologije<sup>29</sup> ("treba", "mora", "ispravno", "pogrešno") (CL, 54-55.)

Ovaj osobeni *normativni stav* koji društvena pravila posmatra kao uputstvo za vlastito ponašanje i kao osnov za opravdanu *kritiku i zahteve* upućene onima čije ponašanje odstupa od pravila Hart, to je već napred pomenuto, naziva i *prihvatanjem (acceptance)*. Jer, bez prihvatanja pravila nema ni "kritike" ni "zahteva" ni "priznanja", jednostavno nema *misaonog kritičkog stava* prema pravilima, nema ni samog pravila. Rečju, prihvatanje, normativni stav, misaoni kritički stav - sve su to izrazi koji označavaju karakterističan interni aspekt pravila.

Šta, dakle, Hart podrazumeva pod "prihvatanjem"? Odgovor na ovo pitanje nije sasvim jednostavan, jer Hart nigde u svom radu ne daje izričitu definiciju toga pojma. Njegov stav prema konceptu prihvatanja možda se

moralnim pitanjima *dobri, ispravni*. (Finnis, John: *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, 9-15; isto i Finnis, John: *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, London, 1998, 257-8).

<sup>27</sup> Kada se pravilo prihvata, onda se ono uzima kao razlog da se učini radnja koju pravilo nalaže. Dakle, kada postoji "interni" odnos prema pravilu, onda to ne znači da se samo dela u skladu s pravilom, već da se dela, upravo *iz razloga* što postoji pravilo (Coleman, Jules: *The Practice of Principle*, 82).

<sup>28</sup> Suština je da je pravilo *razlog* za ponašanje, za delanje. Karakteristika koju nema recimo društvena navika jeste da je pravilo i *opravdanje* za ponašanje i osnov za kritikovanje drugih ako se ponašaju suprotno pravilu, odnosno osnov za opravdani zahtev da to ubuduće ne čine, zahtev praćen različitim socijalnim pritiscima.

<sup>29</sup> Mekkormik kritikuje Hartovo vezivanje "upotrebe normativne terminologije" kao jednog od karakterističnih znakova prisustva "kritičkog misaonog stava" (koji predstavlja srž internog stajališta), tj. tvrdnju da zahtevi i kritike prema prekršiocima normi "nalaze svoj karakterističan izraz u normativnoj terminologiji" (CL, 56) Umesto ovog empiristički obojenog Hartovog iskaza, Mekkormik smatra da kritike i zahtevi nisu u toj meri izraženi normativnom terminologijom, koliko je *prikladno* da budu tako izraženi. Oni, dakle, mogu u stvarnosti biti izraženi i drugačije, ali to nimalo neće uticati na njihovu egzistenciju, koja je "logički nezavisna od načina na koji su izraženi" (MacCormick, Neil: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, University Press, 1994, 285).

najbolje može prepoznati kroz konstataciju da u svakom društvu i u svakom trenutku postoji tenzija između onih koji prihvataju i *svojevoljno* saraduju u održavanju pravila i onih koji odbacuju pravila i paze na njih samo zbog zaprečenih kazni (CL, 88).<sup>30</sup> Nije od značaja da li je interno stajalište, da tako kažem “toplo” ili “hladno” - razlozi koji prema Hartu (CL, 198), mogu da motivišu adresate da *prihvate* pravila s interne tačke su raznovrsni. To može biti racionalna računica o sopstvenom interesu, nasleđeni tradicionalni stav o pravilu, oponašanje drugih, itd. Naravno, to mogu biti i moralni razlozi, tj. moralno odobravanje pravila, ali nikako nije nužno da to budu uvek moralni razlozi.<sup>31</sup> To je i razlog zbog kojeg Hart, prihvatanje pravila ne povezuje s upotrebom tzv. ”vrednosne” ili ”odobravajuće” terminologije (”dobro”, ”izvrsno”, ”vredno”, ”dostojno podrške”) – koja je rezervisana za moralna pravila, već s upotrebom ”normativne terminologije” (CL, 56).<sup>32</sup>

Ništa od svega ovoga što je upravo rečeno o Hartovoj teoriji pravila ne bi imalo značaja za jurisprudenciju da Hart na ovo nije nadovezao svoju drugu bitnu tezu, tačnije da nije ustanovio drugi ključni koncept koji je u direktnoj vezi s *practice theory* a to je koncept pravila priznanja, kao jedne osobene vrste socijalnih pravila ali i kao pravila koje stoji u samom temelju svakog pravnog sistema kao njegovo najviše i krajnje pravilo. Međutim pre nego što se pređe na detaljniji opis ovog Hartovog koncepta, treba da se

---

<sup>30</sup> Kao svojevrsno naličje prihvatanja pojavljuje se odbijanje, a pravilo se odbija ako se ne uzima kao standard za sopstveno i za ponašanje drugih, već se o njemu vodi računa *samo zato* što bi njegovo kršenje moglo da izazove neprijatne posledice.

<sup>31</sup> U savremenim filozofskim debatama moralnim razlozima se smatraju oni koji imaju sledeće tri ključne karakteristike: oni su univerzalni, zatim nisu zavisni od adresata (na neki način su „objektivni“) i najzad, obično se ne odnose na egoistične interese adresata. Prva odlika je još od Kanta nesporna – moralni razlozi (ili tačnije principi i norme koji funkcionišu kao razlozi za delanje) važe uvek i svuda i za sve adresate u istoj datoj situaciji. Drugo, moralni razlozi postoje nezavisno od bilo kakvog osećanja vezanosti adresata ili njegovog stava prema njima, oni da tako kažem odražavaju principe koji su „izvan“ subjekta. I najzad, i kao svojevrsna posledica prethodnih svojstava, ovi razlozi nisu egoistični, to nisu sebični, samo prema ličnim interesima usmereni razlozi (v. Culver, Keith C.: *Legal Obligation and Aesthetic Ideals: A Renewed Legal Positivist Theory of Law's Normativity*, Ratio Juris, vol 14 (2001) No 2, 186-87).

<sup>32</sup> Ako već sam Hart nije bio baš detaljan u vezi s konceptom prihvatanja, Nil Mekkormik donekle ga je “dopisao” Naime, raščlanjujući njegov sinonim, sintagmu *misaoni kritički stav*, Mekkormik je otkrio u njemu dva elementa: *kognitivni element* (izkazan u sintagmi terminom ”misaoni”) i *voljni element* (izkazan u sintagmi terminom ”kritički”). *Kognitivni element* odnosi se na tačno poimanje obrasca ponašanja koji pravilo sadrži, tj. na sposobnost da se razume neka apstraktna korelacija između određenih okolnosti i određene radnje. *Voljni element* obuhvata želju ili sklonost da se takva radnja i izvrši kada odgovarajuće okolnosti nastupe (v. MacCormick, Neil: *H.L.A. Hart*, London, Edward Arnold Ltd, 1981. 33).

naglasiti da u *The Concept of Law* postoji još jedno značenje termina pravilo, koje je drugačije od ovog opisanog u sintagmi "društveno pravilo" i to značenje on ima na umu kada govori o većini pravnih pravila. To je značenje koje Hart utvrđuje kada analizira tzv. "važeca" pravila (a u pravnom sistemu konkretno, kada govori o primarnim i sekundarnim pravilima). On opisuje "važeca pravilo" kao deo *sistema* pravila u kojem postoji "neki opšti kriterijum za identifikaciju pravila".<sup>33</sup> Konstatovati da ovakvo pravilo postoji znači utvrditi njegovo važenje unutar relevantnog sistema pravila pomoću odgovarajućeg testa važenja, tj. drugog pravila – već pomenutog pravila priznanja. Isto tako, konstatovati da je pravilo važeca/postojeće nije isto što i utvrditi da se ono *zaista* regularno praktikuje od strane većine u zajednici. Zapravo "pravilo sistema može biti važeca i u tom smislu može 'postojati', čak i ako je *generalno zanemarivano*" (CL, 107 - podvukao G.D.). Prema tome, iskaz "pravilo važi" *uvek* znači isto što i iskaz "pravilo postoji". Ali obrnuto nije *uvek* slučaj, jer u skupu socijalnih pravila pravila postoje ako se generalno poštuju i ako se (zbog toga) prihvataju, ali ne važe jer nema pravila priznanja, nema sistema. U pravnom sistemu pravilo može da važi (i da zato "postoji"), čak i ako se ne vrši.

### 3.2. Pravilo priznanja

Kao što je već rečeno, u osobenom spoju dva tipa normi – primarnih i sekundarnih – Hart je video ključnu karakteristiku paradigmatičnog oblika pravnog sistema. Međutim, ovaj njegov uvid, kao što je poznato, nije bio sasvim originalan, jer su na sličan način razmišljali i drugi autori i pre Harta. I to kako u anglosaksonskoj jurisprudenciji (npr. Hohfeld<sup>34</sup>), tako i van nje (Kelzen). Međutim, Hartov originalan doprinos jeste bila teza da u pravnom sistemu postoji fundamentalna sekundarna norma koja sadrži kriterijume za identifikovanje ostalih (kako primarnih tako i sekundarnih) normi, kao pravnih normi, tj. da ta fundamentalna norma *ima oblik socijalnog pravila*. On je to pravilo nazvao *pravilom priznanja*.<sup>35</sup>

Kao što je na samom kraju prethodnog odeljka utvrđeno, Hart je ovo pravilo smatrao podvrstom socijalnih pravila (u smislu njegove *practice theory*), tako da sve ono što važi za druga socijalna pravila važi i za pravilo priznanja. Ipak, ostaje da se objasni (1) šta zapravo pravilo priznanja jeste,

<sup>33</sup> Hart, Herbert: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon press, 1983, 164.

<sup>34</sup> Hohfeld, Wesley N.: *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven: Yale University Press, 1919.

<sup>35</sup> U jednom prethodnom radu, izraz *rule of recognition* prevodio sam kao *pravilo priznavanja*, jer sam smatrao da termin „*priznavanje*“ preciznije odražava sadržaj tog Hartovog koncepta. Međutim, kako se u našoj teoriji već uobičajio termin *pravilo priznanja*, ovom prilikom ću ga i sam koristiti.

(2) da li je i na koji način ono obavezujuće i najzad, (3) kakva može biti njegova sadržina. Upravo tim redosledom će se ova pitanja razmotriti u delu koji sledi.

### 3.2.1. Šta je pravilo priznanja

Pravilo priznanja je, kao što je rečeno, *socijalno*, najviše (*supreme*)<sup>36</sup> i krajnje<sup>37</sup> (*ultimate*) pravilo, koje utvrđuje kriterijume važenja ostalih pravila. U skladu s *practice theory*, pravilo priznanja "postoji samo kao složena, ali normalno usaglašena *praksa* sudova, zvaničnika i privatnih lica u identifikovanju prava, upućivanjem na izvesne kriterijume". Ono je jedna vrsta socijalne konvencije, koju pre svega *sudovi i ostali zvaničnici* prihvataju poput svakog drugog socijalnog pravila i *vrše* ga s interne tačke gledišta. Dakle, postojanje pravila priznanja je pitanje činjenica, a ne stvar saglasnosti s nekim višim pravilom (CL, 107).<sup>38</sup>

Sadržina pravila priznanja menja se od društva do društva. Na primer, u jednostavnoj zajednici, u kojoj je jedini "organ" starešina zajednice pravilo priznanja toga sistema bilo bi da je pravo sve ono što zapoveda starešina. U arhaičnim pravima često je upućivanje na tekst drevnih pravila predstavljao pravilo priznanja, dok se u modernom pravnom poretku pravilo priznanja često poziva na pisani ustav, na proglašavanje zakonodavnog tela ili na sudske precedente. Kada je reč o sadržini pravila priznanja, treba istaći da, prema Hartovom mišljenju, ono ne mora samo da se bavi *načinom* na koji se važeća pravila usvajaju ili stvaraju (kao što je to slučaj s pravilom o starešini) već je moguće da kao kriterijum važenja ono u sebe uključi i pojedine supstantivne moralne vrednosti, kao što je slučaj, recimo s pravnim sistemom Sjedinjenih Država, gde su takvi principi sadržani u određenim ustavnopravnim ograničenjima (Postscript, 247,258).<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Najviše je zato što pravila koja su na osnovu njega važeća ne mogu biti derogirana pravilim koja bi bila važeća na osnovu nekog drugog pravila.

<sup>37</sup> Krajnje je zato što ono ne duguje svoje postojanje nijednom drugom pravilu – njegovo postojanje je zasnovano na činjenici da je prihvaćeno i praktikovano.

<sup>38</sup> U ovome stavu nahodi se i ključna razlika između Hartovog koncepta pravila priznanja i Kelzenove osnovne norme. A može se reći, verovatno i ključna prednost tog koncepta u odnosu na Kelzenov. Jer, iako Kelzen uzima da je osnovna norma samo pretpostavka, i on sam priznaje da je njen sadržaj *uvek determinisan praksom*, što zapravo narušava „čistoću“ njegove teorije (koja se inače samorazumeva kao antiredukcioniistička, podjednako i prema empirijskim i prema moralnim pitanjima) (up. Dajović, Goran: *Rule of Recognition and Written Constitution*, The Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review, No 3/2010, 256).

<sup>39</sup> I upravo oko ovog pitanja da li pravilo priznanja može da sadrži i supstantivne moralne principe u poslednjih dvadesetak godina pravni pozitivisti su se oštro podelili na dva tabora: na tzv. inkluzivne (ili meke) pozitiviste koji takvu ideju prihvataju i na one druge, ekskluzivne koji je odbacuju.

### 3.2.2. Obaveznost pravila priznanja

Već je u jednom od prethodnih odeljaka (2.) spomenuto da je jedna od krupnih zamerki koje je Hart uputio na račun Ostinove teorije bila da ona ne objašnjava normativnost prava. Drugim rečima, prema Hartu, postojanje pravila nije samo osnov za predviđanje negativnih reakcija zvaničnika prema prekršiocu pravila u vidu primene sankcije, kao što to tvrde sve predskazujuće teorije, već i *opravdanje ili razlog* za takve nepovoljne reakcije. U tom smislu i pravne obaveze ne proističu iz predviđanja nekog ponašanja, one nisu nešto što će se *biti* prema tom predviđanju, već su to ponašanja koje *treba* da budu u skladu s pravilom koje ih propisuje. U skladu s ovim osnovnim stavom o odnosu pravila i obaveze jeste i Hartov odgovor na pitanje da li *pravilo priznanja* stvara obaveze. Prema Hartu, pravilo priznanja je konvencionalno pravilo, dakle pravilo koje se svrstava u socijalna pravila. A svako takvo pravilo – kako objašnjava *practice theory of rules* - sadrži podjednako eksterni i interni aspekt, koji on označava sintagmom da je ono "efektivno prihvaćeno", te da se na taj način prepoznaje kao pravilo koje stvara i dužnost. Sam interni aspekt pravila priznanja se manifestuje kroz *prihvatanje* tog pravila kao kriterijuma za utvrđivanje važenja ostalih pravila, odnosno kroz interne iskaze o važenju ostalih pravnih pravila onih lica koja pravilo priznanja koriste da bi utvrdili važenje tih ostalih pravila.<sup>40</sup>

A kakva je zapravo priroda ove obaveznosti pravila priznanja? Ona očigledno nije moralnog karaktera, već se pre može opisati na sledeći način. Ako pojedinac (recimo sudija, tužilac i sl.) *već jeste deo prakse* prava koju pravilo priznanja na određeni način i konstituiše, onda on ima obavezu da pravilo priznanja poštuje i praktikuje, baš kao i što postoji obaveza sudija i košarkaša koji su ušli na teren da odigraju utakmicu, da poštuju pravila igre ili dvojice šahista koji na klupi u parku sednu da odigraju partiju, da slede pravila šaha. U pogledu prirode ove obaveze, dakle, pravo nije nikakav izuzetak u odnosu na druge konvencionalno zasnovane socijalne prakse. I ukoliko je shvatljivo i prihvatljivo da smo obavezni da sledimo pravila šaha kad započnemo partiju, ukoliko nema ničeg neobičnog u tome da jedna konvencionalna igra može na ovaj način da obavezuje, utoliko slična, samo ovaj put *pravna*, obaveza postoji *na strani zvaničnika* koji su *prihvatili da*

---

<sup>40</sup> Da Hart smatra kako pravilo priznanja stvara obaveze za zvaničnike, u to ne sumnja ni njegov večiti oponent, Dworkin, koji kaže: "... master convention Hart imagined is a convention not just about what should be called valid law but also about how legal officials should act. He insisted that no proposition of law is true or, in the language he preferred, "valid" — unless a rule making it true has been created or identified in the manner stipulated by a social convention accepted by at least the bulk of legal officials of the pertinent community." (Dworkin, Ronald: *Hart and the Concept of Laws*, Harvard Law Review, vol. 119 (2006) No 1, 101).

igraju “igru” zvanu *pravo*.<sup>41</sup> Uz to, za postojanje ove obaveze nije bitna vrsta i priroda razloga zbog kojih se prihvata igra. “Igrači” ne moraju svi da budu vođeni istim razlozima, zbog kojih prihvataju da učestvuju u igri (osim što moraju u osnovi da prihvataju svrhu same konvencionalne prakse). Istina je da ljudi mogu da igraju šah zbog njegove lepote ili zbog želje za nadmetanjem ili da bi vežbali svoje mentalne sposobnosti. Na sličan način se i pravo (odnosno pravilo priznanja) može, kako to Hart ističe, prihvatati iz niza različitih razloga. Međutim, postoje ipak i određene specifičnosti. Prvo, iz same konvencionalne prirode prava (tačnije iz koordinirajuće funkcije koju delimično ima pravilo priznanja) proizilazi da deo razloga, jedan od razloga, makar i implicitan, za prihvatanje pravila priznanja jeste uvek taj da jedan broj drugih ljudi takođe prihvata pravilo priznanja. Ovaj uvek prisutan razlog ukazuje na *konvencionalnost* pravila priznanja – jer bez obzira na sve druge razloge koje recimo neki sudija može da ima za prihvatanje pravila priznanja, ako *određeno* pravilo priznanja ne prihvataju i druge sudije, onda ono neće zasnovati nikakvu praksu, neće jednostavno postojati, jer ne može svako da ima “svoje” pravilo priznanja. Na taj način, implicitno, samo postojanje određenog pravila priznanja, sugerise da su ga zvaničnici prihvatili delimično i zato jer su ga i njihove kolege prihvatile. Drugačije ne bi mogla da se objasni konvergencija njihovih ponašanja u prihvatanju i praktikovanju pravila priznanja.

Druga specifičnost, možda još i važnija je nearbitrnost pravila priznanja. Naime, iako je dobro poznato da sam koncept konvencionalnog pravila podrazumeva izvesnu arbitrnost<sup>42</sup> kada je u pitanju sama sadržina konvencije, za pravilo priznanja kao konvencionalno pravilo ne bi se moglo reći da je arbitrno. Štaviše, svako pravilo priznanja je u principu

---

<sup>41</sup> Naravno, da pored ove jedne sličnosti između prava i igara, postoje i mnoge razlike. A za normativnost su najvažnije da pravo pretenduje na autoritet, suprematiju i sveobuhvatnost u normativnom domenu. Ali, kad je reč o pitanju *koje se tretira u ovom odeljku*, te se razlike do izvesne mere mogu zanemariti.

<sup>42</sup> Prema Dejvidu Luisu, konvencije su arbitrna pravila u tom smislu da je uvek moguće zamisliti (barem jednu) konvenciju koja bi po sadržaju bila suprotna postojećoj, ali koju bi adresati mogli da poštuju, jer bi ostvarivala istu svrhu. Klasičan i najjednostavniji primer je izbor strane kojom će se kretati vozila. Jer za vozače kojima konvencija treba da pronađe rešenje problema koordinacije, manje je bitno da li će se voziti desnom ili levom stranom kolovoza, a više da *svi* prihvate isto rešenje. Kako mogućih rešenja uvek ima nekoliko, tako je uvek moguće da svako od njih reši i problem koordinacije. Ali treba ponoviti, oni koje problem koordinacije muči, više od bilo kojeg od alternativnih rešenja, preferiraju pronalaženje rešenja *kao takvog*. Može se reći da jedno pravilo dolazi do granice arbitrnosti onda kada adresat više ne preferira određenu radnju zbog raširenosti i uniformnosti njene primene i samo zbog nje, već preferira drugu, njoj suprotnu, čak i uprkos činjenici da tu drugu radnju ostali ne praktikuju (V. Lewis, David: *Convention: a Philosophical study*, London, 1968).

prihvaćeno od strane zvaničnika zato što poseduje specifične karakteristike koje se od strane tih istih zvaničnika smatraju kao poželjnije od karakteristika bilo kog drugog potencijalnog pravila priznanja. Istina je da pravilo priznanja rešava problem koordinacije između zvaničnika i da omogućava nesmetano funkcionisanje državne mašinerije, ali ako se postavi pitanje zašto je konkretno, *određeno* pravilo priznanja obavezujuće, odgovor nije u toj njegovoj karakteristici. Za jedan broj, a možda i za većinu zvaničnika, odgovor se nalazi u određenim supstancijalnim razlozima, a ne samo u potrebi za koordinacijom. Odgovor se nalazi u krajnjoj liniji u određenim normativnim principima, političkim i moralnim opravdavajućim razlozima, a zbog toga se i *moralna obaveza* zvaničnika da slede određeno pravilo priznanja u konačnom ne može da zasnuje na samoj praksi, već mora da zasnuje negde izvan nje same.

### 3.2.3. Sadržina pravila priznanja - ekskluzivni i inkluzivni pozitivizam

Mnogi savremeni pozitivisti prihvataju Hartovu ideju o konvencionalnom osnovu prava. Štaviše, tzv. teza o konvencionalnosti (*conventionality thesis*<sup>43</sup>) postala je gotovo zaštitni znak anglosaksonskog pozitivizma.<sup>44</sup> Prema njoj, pravo je zamislivo kao autoritativna i socijalna institucija samo zahvaljujući konvergenciji ponašanja i stavova<sup>45</sup> među zvaničnicima, izraženoj kroz postojanje konvencionalnog pravila priznanja.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Opširnije o ovoj tezi i njenom značaju za pravne pozitiviste, v. Coleman, Jules: *The Practice of Principle*, 70-1.

<sup>44</sup> Uz "tezu o odvojivosti" (*separability thesis*), koja se najčešće formuliše tako da "određivanje šta pravo jeste, *nužno i konceptualno* ne zavisi od moralnih ili drugih vrednosnih razmatranja o tome šta pravo *treba da bude* u datim okolnostima" (Marmor, Andrei: *Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral*, str. 686-7; slično i Dyzenhaus, David: *Positivism's Stagnant Research Programme*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 20 (2000) No 4, 704, 706, 718). Međutim, danas se dovodi u pitanje ideja da je "teza o odvojivosti", definisana kao *no necessary connection* sastavni deo pozitivističkog creda. U tom pravcu na primer ide argumentacija koju daju Gardner i Grin (v. Gardner, John: *Legal Positivism: 5 ½ myths*, American Journal of Jurisprudence, vol. 46 (2001), 199-227, str. 222-225; Green, Leslie J.: *Legal Positivism, The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2003, <http://plato.stanford.edu/archives/spr2003/entries/legal-positivism/>).

<sup>45</sup> Za razliku od Ostinove navike, kod koje postoji samo kovergencija ponašanja (ali ne i stavova) - i to među podanicima.

<sup>46</sup> Ovo je tzv. "slabija" verzija "teze o konvencionalnosti". Postoji i "jača" verzija, prema kojoj RR nameće dužnost zvaničnicima da primenjuju kriterijume važenja kojii su u njemu sadržani. Međutim, ovu "jaču" verziju ne prihvataju svi, i o njenoj kontroverznosti raspravljano je šire u prethodnom odeljku (v. Himma, Kenneth Einar: *Inclusive Legal Positivism*, u *The Oxford Handbook of Jurisprudence and*



U ovom značenju, tezu o konvencionalnosti prihvataju svi pozitivisti. Ali postoje i oni među njima koji prihvataju da moralna (a hipotetički, i druga vrednosna<sup>47</sup>) razmatranja *mogu* pod određenim okolnostima predviđenim konvencionalnim pravilom, da određuju šta je pravo. I upravo povodom ovog pitanja sadržine ključnih, temeljnih pravila priznanja, razvila se u okrilju modernog anglosaksonskog pozitivizma jedna od najživljih debata u poslednje dve decenije, debata koja je podelila pozitiviste na one koji podržavaju tzv. ekskluzivni pozitivizam i na one druge koji se nazivaju inkluzivnim pozitivistima. Ekskluzivni pravni pozitivizam smatra da norma *nikada* nije pravno važeća zbog svog moralnog sadržaja. Prema ovom gledištu važenje prava u potpunosti zavisi od faktičkih izvora prava. A kako to formuliše Raz, “pravo se zasniva na (empirijskom, faktičkom) izvoru ako njegovo *postojanje i sadržaj* mogu da se identifikuju isključivo pozivanjem na društvene činjenice, bez pribegavanja bilo kojem evaluativnom argumentu” (kurziv. G.D.).<sup>48</sup> Ova takozvana “teza o izvorima” (*sources thesis*) - teza da se celo pravo zasniva na empirijskim izvorima ili možda preciznije, da proces utvrđivanja prava ne uključuje moralne argumente ili kriterijume - ta teza je srž ekskluzivnog pozitivizma .

Inkluzivni pozitivisti, međutim, ne misle tako. Oni stoje na stanovištu da moralnost može<sup>49</sup> da igra ulogu u određivanju važenja prava. Tako, na primer, jedan od najpoznatijih inkluzivista, Vil Valučov (Waluchow) ističe da se unutar testa važenja prava koji se postavlja pravilom priznanja mogu naći i moralni principi i da se ti moralni principi mogu jednoznačno i jednodušno tumačiti u praksi te da na taj način oni postaju isto tako faktički određivi i pouzdani kriterijum za utvrđivanje važenja određenih pravila, kao što su to i socijalne činjenice da je recimo zakon donet od određenog tela i na određeni način.<sup>50</sup> Dakle, nije moralna vrednost norme, sama po sebi, uslov njenog

---

Philosophy of Law, by Jules Coleman, Scott Shapiro, and Kenneth Einar Himma, Oxford University Press, New York, 2002, 129-135).

<sup>47</sup> U konceptualnom smislu, nema prepreke da, ukoliko se prihvati mogućnost da kriterijum važenja bude zasnovan na moralnim evaluacijama, i drugi evaluativni razlozi (poput političkih ili estetskih) ne budu isto tako prihvaćeni kao konceptualno mogući.

<sup>48</sup> Raz, Joseph: *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, str. 37-52; Raz, Džozef: *Vlast, pravo i moralnost*, u *Etika u javnom domenu* - ogledi iz moralnosti prava i politike, Podgorica, CID, 2005, 230, 250 i.d.

<sup>49</sup> Međutim i oni ostaju privrženi *par excellence* pozitivističkoj „tezi o odvojjivosti“ (*separability thesis*) prema kojoj nije *nužno* u svim pravnim sistemima da jedna norma da bi bila pravna *mora* da poseduje moralnu vrednost. za razliku od ove *no necessary connection* teze, postoji i starija *necessary no connection* (i danas uglavnom odbačena) “teza o odvojenosti (*separation thesis*) prema kojoj *nužno ne postoji* ova veza,

<sup>50</sup> Waluchow, Wilfrid: *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 115-116.

važnja, već je to uvek stvar konvencije koju upražnjavaju pravni zvaničnici prilikom identifikovanja prava. A da li će kriterijum važnja koji je konvencijom utvrđen biti (i) moralne prirode to je stvar kontingentna, ali svakako i konceptualno moguća.

Postoji slabija i jača verzija inkluzivizma. Prema prvoj, moralne vrednosti mogu biti *nužan uslov* važnja (uz činjenicu da se norma nalazi u socijalnom izvoru). Prema njoj je moguće da moralnost bude jedna vrsta korektiva ili granice za one norme koje su već utvrđene u faktičkim izvorima. Međutim, prema drugoj, jačoj verziji, moralnost može biti *dovoljan uslov*<sup>51</sup> za važenje određene norme kao pravne, tj. da bi norma bila važeća dovoljno je da njena sadržina bude u skladu sa sadržinom neke moralne norme. Svakako, i u ovoj drugoj verziji, potrebno je da ovakav uslov bude predviđen konvencijom – jer u suprotnom ne bi više ni imali posla s pozitivističkom, već s jasno jusnaturalističkom pozicijom.

Dakle, ono što spaja ekskluzivni i inkluzivni pozitivizam je njihovo prihvatanje konceptualne teze da je pravo jedna vrsta konvencionalno zasnovane socijalne prakse, sa svojim vlastitim kriterijumom važnja. A da li taj kriterijum važnja može, u makar ponekom slučaju, da upućuje i na moralnost ili naprotiv, kako kaže Gardner, moralnost *nužno nikada ne može biti* uslov za važenje prava<sup>52</sup>, to je tačka u kojoj se ove dve frakcije pozitivizma razlikuju<sup>53</sup>

Gde je u ovoj podeli Hartovo mesto? Hart je već u prvom izdanju *The Concept of Law* bio eksplicitan oko eventualnog uključivanja ovih materijalnih principa u pravilo priznanja, kada je na primer ustvrdio da "u nekim sistemima, kao u SAD, osnovni kriterijum pravne validnosti na eksplicitan način uključuje načela pravde ili bitne moralne vrednosti" (CL, 199), a pominjao je takvu tvrdnju i pre toga.<sup>54</sup> Kasnije, dokazujući da pravni pozitivizam može na valjan način da objasni postojanje važećih *pravnih*

<sup>51</sup> Himma, Kenneth Einar: Inclusive Legal Positivism, u *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 136.

<sup>52</sup> Gardner, John, *op.cit.*, 201.

<sup>53</sup> Ova razlika može na prvi pogled da se poveže i sa, u našoj pravnoj nauci već odomaćenom, razlikom između materijalnih ili vrednosnih i formalnih *izvora prava* (Lukić, Radomir i Košutić, Budimir: *Uvod u pravo*, 20. izd., Beograd, Pravni fakultet, 2004, 289. i.d). Tako bi, grubo rečeno, formalni izvori bili oni o kojima govore ekskluzivisti, a vrednosni (dakako uz formalne koji su i za njih na prvom mestu) bi bili oni koje priznaju inkluzivisti. Međutim, to je samo na prvi pogled tako. Treba, naime, imati na umu da se ova debata ne vodi o samim izvorima prava, već o kriterijumu na osnovu kojeg nešto *jeste/nije* izvor prava. Šta može biti kriterijum za utvrđivanje izvora prava (a ne šta su sami izvori prava), to je pitanje oko kojeg se spore ekskluzivni i inkluzivni pozitivisti. Dakako, prema ekskluzivistima, kriterijumi su takvi da ne mogu biti konceptualno mogući vrednosni izvori prava, dok je prema inkluzivistima to konceptualno moguće.

<sup>54</sup> Hart, Herbert: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 54-55.

principa (onako kako ih je Dworkin odredio) a da ne odstupa od svojih osnovnih postavki, Hart je u *Postscriptu*<sup>55</sup> podvukao da ne postoji ništa u pojmu pravila priznanja što bi sprečilo da, u njemu sadržan test važenja prava, ne predviđa i određene supstancijalne, materijalne, a ne samo formalne kriterijume (Postscript, 247, 250-4).

#### 4. Zaključak

Jedan od ključnih uvida Hartove jurisprudencije je ideja da pravni sistem nije samo sačinjen od pravila, već da je i zasnovan na pravilima. Kako je već prethodno i opisano, umesto Ostinove ideje pravno neograničenog Suverena koji je tvorac svih pravnih pravila (kao zapovesti), Hart je zapravo izneo ideju da su pravila ta koja tvore Suverena.<sup>56</sup> U skladu s ovom idejom koja nesumnjivo predstavlja potpuni zaokret u odnosu na dotadašnju tradiciju anglosaksonskog pravnog pozitivizma, on je predložio i pojam tzv. pravila priznanja, kao posebne vrste društvenog pravila koje određuje status svih drugih pravila kao pravila pravnog sistema i ustanovljava kriterijum njihovog važenja kao pravnih pravila.

Zbog svega toga, čini se da se nesumnjivo nameće zaključak kako je ovaj koncept najznačajniji Hartov teorijski doprinos i to na dva načina. Prvo, svi drugi njegovi pojmovi, koji su takođe doprineli našem boljem razumevanju prava, poslužili su samo kao osnova za ovaj pojam. I drugo, sam pojam pravila priznanja i danas, više nego bilo koji drugi Hartov pojam, pokreće debate, otkriva nove probleme i poboljšava konceptualni okvir pomoću kojeg nastojimo da shvatimo naš savremeni pravni sistem i narocito normativnost kao njegovu bitnu karakteristiku. U ovom članku upravo sam pokušao da ukažem kako je Hart dospao do tog pojma, koja su glavna svojstva ovog ključnog Hartovog koncepta i najzad oko čega se pletu i najvažnije kontroverze. Kako je sam članak zbog same prirode teme više preglednog nego analitičkog karaktera, to nije bilo prostora da se o ovim (i drugim brojnim) kontroverzama detaljnije raspravlja, već je njegova svrha bila da širu publiku upozna s jednim tumačenjem osnovnih crta Hartove teorije prava koje pretenduje da bude, barem u domaćim okvirima, neupadljiv ali pouzdan putokaz za dalje proučavanje ove značajne pravne teorije.

---

<sup>55</sup> *Postscript* – dodatak u Hart, Herbert: *The Concept of Law*, Second Edition with Postscript, Raz & Bulloch eds., Oxford, 1994.

<sup>56</sup> Schapiro, Scott: What is the Rule of Recognition (and does it exist?), 2009, <http://papers.ssrn.com/abstract#1304645>.

**Goran Dajović, PhD**  
Faculty at Law,  
Belgrade

## **HART'S THEORY OF LAW – BASIC ACCOUNT**

*One of the key insights of Hart's jurisprudence is the idea that legal systems are not only comprised of rules, but also grounded on them. Instead of Austin's idea of an unlimited Sovereign who makes all of the legal rules, Hart proposed a thesis that the rules actually make the Sovereign. Consistent with this "fresh start", he also proposed a concept he described as the Rule of Recognition. This rule is a special sort of social rule which determines the status of every other rule as a part of a particular legal system.*

*According to this, the article mainly deals with three questions: Hart's critic of Austin's imperative theory of law and afterwards, with two central tenets of Hart's theory. First of all, it is his theory of social rules (so-called practice theory of rules). In the core of this theory is the idea of internal point of view or acceptance of social rules. The internal point with regard to a certain constant pattern of behavior makes this pattern not only regular, but regulated as well (by the accepted social rule). The internal point makes a difference between two widespread social practices: social habit and social normative practice, exhibited in the social rule. Secondly, author analysis the concept of Rule of recognition. The Rule of recognition is the master rule that exists by virtue of the fact of social acceptance (it is a kind of social rule) and it establishes criteria of validity for all other legal rules. Some of the essential properties of the Rule of recognition as a theoretical concept are listed.*

*In the conclusion, author points out that Hart's crucial theoretical achievement, i.e. his conventional explication of legal system via the concept of the Rule of recognition is still viable and fruitful ground for debates in modern jurisprudence about the nature of law.*