

ОДНОС ЕТИКЕ И ПРАВА У ДЕЛУ ТОМЕ ЖИВАНОВИЋА¹²

Марица Мишић³

докторанд Правног факултета Универзитета у Нишу,

Апстракт

Методом концептуалне анализе рада „Основни проблеми етике (филозофије моралне)“, биће представљена систематика етике коју је учинио Тома Живановић, као и формални и материјални појмови основних етичких бића, (не)моралног дела, (не)моралног агента и моралне санкције. Један од разлога је тај што је, како је Андрија Стојковић то раније изнео, Тома Живановић допринео хуманизацији кривичног поступка и уношењу моралистичких елемената приликом правне квалификације деликата, у првом реду кривичних дела. Поред тога, биће изнета и његова размишљања о односу између права и морала као феномена, које представља синтетичку критичку мисао сепаратистичке и природноправне теорије, као и његово синтетичко схватање о позитивном праву којим законодавац само тумачи и изражава, постепено и еволутивно, право које је већ створено у космосу.

Кључне речи: етика, синтетичка филозофија права, трипартиција, форма, садржина, (не)морални агент

1. Увод

Тома Живановић највише је упамћен као стваралац кривичноправне трипартиције, међутим, има и аутора који, знајући да се током свог научног рада осим кривичним правом бавио и теоријом права, истичу да је он

¹ Рад је саопштен под називом „Relation ship between ethics and law in the opus of Toma Živanović“ на 11th CEE Forum of Young Legal, Political and Social Theorist одржаном у Братислави 25-26. априла 2019. .

² Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права“ (бр. 179046), који се реализује на Правном факултету Универзитета у Нишу, уз подршку Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

³ m.marica93@gmail.com

творац „двоврсне синтетичке опште и правне филозофије“ (Поповић, 2003: 9). Андрија Стојковић сматра да је развој српске правне филозофије до Томе Живановића текао „споро и неуједначено“ и да до тада нема „оригиналног правнофилозофског система и, чак, нема правог правног филозофа“ (Поповић, 2003: 12). Његова докторска дисертација доиста јесте из области кривичног права, међутим, она је „по својим основним идејама филозофског карактера“. Превазилажење традиционалног имперсоналистичког система бипартиције у науци кривичног права и кривичног законодавства, учинио је поставивши основе трипартитног система заснованог на принципу персонализма. Своје идеје прво је објавио у Француској, а потом их изложио и на Правном факултету у Београду у свом приступном предавању „Основни проблеми кривичног права“ (Поповић, 2003: 13). Свој трипартитни систем је применио приликом систематизовања знања етике, као практичне гране филозофије у раду „Основни проблеми етике (филозофије моралне)“ из 1935. године (Поповић, 2003: 14), који је представио на Осмом међународном конгресу за филозофију у Прагу 1934. године, желећи да „покаже пут за нову трипартитну или персоналистичку систематику и нов (трипартитни, персоналистички) метод изучавања проблема Етике, а донекле да скицира одговоре на сва основна етичка питања и служи као ‘предоснова’ за систем синтетичке правне филозофије“ (Стојковић, 1972: 478). Од значаја за конструкцију система синтетичке правне филозофије био је и рад „Основни проблеми кривичног и грађанског процесног права“ из 1940/41. године (Поповић, 2003: 15). Систем синтетичке правне филозофије је веома обимно дело у ком је он „у низу питања покушао на другачији начин да мисли и закључује у односу на друге правне филозофе“ (Поповић, 2003: 19).

Данас је трипартиција општа доктрина у праву, а Тома Живановић, као њен творац, запамћен је у европској науци и филозофији. Прво успостављен у кривичном праву, персоналистички систем трипартиције је „готово општеусвојен у свету, а тиме је Живановић стекао трајно место у историји етике као науке“. Његова позитивистичко-сцијентистичке етика заснована на доктрини троедобе допринела је хуманизацији кривичног поступка код нас и у свету односно увођењу моралистичких елемената при оцењивању и квалификовању деликата (Стојковић, 1972: 479-480). Пре свега у делу који је он назвао анормалном, деликтном етиком, моралом о неморалном или доктрином о неморалу, систем бипартитне етике у основи се треба заменити трипартитним системом који почива на персонализму уместо на имперсонализму. Како је у деликтном праву завладао став да осим два правна бића, кривично дело и казна (данас кривична санкција која је шири појам), постоји и кривац, такав став треба заузети и у погледу

и нормалне и деликтне етике. Дакле, основне моралне установе биле би дело (морално и неморално), морална санкција (награда и казна) и агент (морални и неморално-морални кривац) (Живановић, 1991: 139), и то независно од тога да ли се морал „схвата рационалистички као аутономни, независни, ‘сопственозаконски’, или телеолошки као ‘теономни морал’ или позитивистички“ (Трајковић, 2007: 162). Увођење моралног и неморалног агента у етику као аутономно етичко биће, има за последицу измену метода етике. Традиционални имперсоналистички метод бипартиције мења се персоналистичким, трипартитивним, чија је последица промена, било у суштини било у појединостима етичких доктрина, и допринос „дубљем разјашњењу“ етичких проблема (Живановић, 1991: 150). У раду „Основни проблеми етике (филозофије моралне)“ Тома Живановић је изложио своја схватања етичких проблема у вези са општом и филозофијом права (Стојковић, 1972: 477) о чему ће бити више речи.

2. Нови правац у филозофији права

Како би онемогућио или бар ублажио произвољности око утврђивања места и карактера своје правне филозофије, сам Живановић је нагласио да је синтетичка правна филозофија „...нов правнофилозофски и опште филозофски правац“ који омогућује потпуно и свестрано сазнавање права (Врачар, 1982: 220). Живановић је своју филозофију права називао интегралном филозофијом права, која није искључиво филозофија позитивног права, иако је у основи позитивистичка. У тежњи да изврши синтезу целокупног правнофилозофског формалног и материјалног знања, у њу је укључио природноправно и апсолутноправно знање, те је тако објединио филозофију позитивног права, филозофију природног права и филозофију позитивног права по себи. Учинио је то тако што је другу и трећу уврстио у прву и то као критичке филозофије природног и позитивног права по себи (Поповић, 2003: 24).

Критичка синтеза природноправног знања представља конструисање новог, реалистичког и то биолошког правца природног права, које иако има поједине заједничке одлике са биолошко-рационалистичким, рационалистичким и божанским правцем природноправне школе, ипак се и разликује. Сличност се огледа у тврдњи да је природно право право по себи, аутономно, универзално, свељудско. Оно што чини разлику јесте Живановићев став да природно право није непроменљиво, вечно, већ да је то карактеристика једног дела природног права, апсолутног природног права, а да је други део национално и историјски променљив – релативно или еволутивно природно право. Разлике се састоје и у питањима сред-

ства сазнања, извора и положаја природног права. Према Живановићу извор, објективисана (реализирана) идеја природног права, лежи у људској тежњи ка „социјалном облику уживања својих добара“, у нагону одбране, као допунском и стваралачком чиниоцу, инстинкту освете као допунском извору за кривично право, уз осећање мере. Средство сазнања природног права је „ум као апостериорна моћа сазнања у стварности, искуством датих чињеница, биолошких фактора који су извор (или седиште) природног права, и синтетизирања сазнатог“, а не ум који сазнаје априори. Закључује да је позитивно право несавршено, рефлекс природног права „једне више правде“, те да законодавац својим позитивноправним нормама врши тумачење природног права, а да се позитивно право, будући историјски променљиво, постепено усавршава (Поповић, 2003: 25-26).

Критичка синтеза апсолутноправног знања тј. апсолутног знања о позитивном праву представља нови идеалистички правац – трансцедентни објективни правни идеализам (трансцедентни објективни правни историцизам), који се заснива на становишту да се апсолутна идеја права реализовала „уједанпут и непосредно само у трансцедентном правном свету“ односно, у природном праву, у апсолутном делу, која се потом путем релативног природног права постепено и еволутивно остварује у позитивном праву. Дакле, долазимо опет до тога да законодавац не ствара већ само изражава, „непоуздано и постепено, у космосу већ створено право“ (Поповић, 2003: 26-27). Живановић је у развој права увео антрополошко-биолошки чинилац ставом да се идеја реализује посредно путем биолошке природе човека и творевина људског духа, које чине материјалну и људску културу, чији је део право (Лукић, 1992: 396-397).

Дакле, мада су оба чулно неопазиви објекти, позитивно право по себи је посредна, а природно право непосредна надчулна подлога позитивног права. Позитивно право (обичајно и законско) се сазнаје синтетичким умом, апостериори, дакле услов сазнања је искуство, а извор синтетички ум. Позитивно право по себи и природно право налазе се у надчулној (трансцедентној) области и стога се они сазнају трансцеденталним умом као извором сазнања, док је и овде искуство „удаљен, ближи или даљи посредан услов“ сазнања (Поповић, 2003: 31-33).

Један од циљева и задатака синтетичке филозофије права је да направи разлику између форме и материје својих објеката, да изучавајући њихову форму и материју, утврди њихов формални и материјални појам и историјски универзалну материју и форму. Даље треба да утврди порекло (извор) и узрок позитивног права, мерила праведности његових појединих норми и појма правде и правичности, да оправда његово постојање, али и

да изучава однос права и осталих социјалних феномена (Врачар, 1982: 226). Задатак Живановићеве филозофије права није само изучавање позитивног права, већ критичка анализа природног и позитивног права по себи, у циљу синтезе целокупног правног знања што подразумева утврђивање универзалних основних правних појмова, али и оцену и предлог измена позитивног права (Vasić, 1984: 556).

Право је један од основних међусобно повезаних правних појмова које наводи Живановић, одређујући га формално и материјално. Формална дефиниција појма права утврђује се на основу карактеристика правних норми како позитивног, тако и природног и позитивног права по себи. Правне норме су државног порекла, непосредно или посредно (кад су норме природног права сличне по садржини нормама позитивног или само позитивно право упућује на њихову примену, религијске и обичајноправне норме које држава изричито или прећутно признаје). Заједнички елемент правних норми се односи и на објекат, људску радњу, односно, правну дужност и право у односу узајамности. Принудљивост, као заједничко обележје, може бити унутрашња (психичка принуда правном санкцијом), редовна и спољашња (физичка принуда државног порекла) изузетна. Историјски универзална формална дефиниција позитивног права је уједно и дефиниција позитивног права по себи које формулише као принудљиву државну норму којом се регулишу људске радње и друштвени односи. Дефиниција природног права у формалном смислу разликује се у погледу порекла норми које проистичу из људске природе.

Материјална дефиниција појма права добија се одређивањем апстрактне (даље) и конкретне (ближе) садржине, супстанце, принципа или основа позитивног права. Добра или интереси не чине супстанцу права у целини, већ појединих правних норми и представљају основу из које се апстракцијом и генерализацијом извлачи оно што је заједничко као апстрактна материја позитивног права. Добро или интерес који ужива заштиту позитивног права представља неку вредност или потребу за појединца или друштво, те се, дакле, позитивно право у материјалном смислу одређује као индивидуална или колективна потреба, односно, вредност од значаја за егзистенцију државе, мада су пре узрок позитивног права, више него његов нужан услов. Спајањем појма апстрактне материје позитивног права са формалним елементом правне заштите поменутих вредности и потреба, добијамо материјално-формлану дефиницију. Конкретна материја позитивног права одређује се као идеално универзална садржина појма позитивног права, а као идеал позитивног права Живановић истиче слободу (Vasić, 1984: 557-559), слободу човека и друштва, односно, државе у личном достојанству и једнакости (Живановић, 1959: 693). Практични

значај овог појма јесте разликовање праведног од неправедног позитивног права (Vasić, 1984: 559). Материјално-формалној дефиницији позитивног права одговарају дефиниције природног и позитивног права по себи уз разлику што је код првог правна заштита не државног карактера, већ природноправног, а код другог правна заштита потреба и вредности и непроменљиве слободе утканих у апсолутну идеју права (Vasić, 1984: 560).

3. Етички систем Томе Живановића

Етика и филозофија права су духовне науке у којима није до Томе Живановића био конструисан синтетички систем појмова. Када је реч о праву као науци, Живановић изводи поделу на којој му поједини аутори мереју. Врховну деобу права на право о праву и право о неправу из које произилазе деликт, прекршилац права и правна санкција као појмови који су уврштени у систем основних правних појмова, неки сматрају претераним и неприхватљивим (Поповић, 2003: 45). Сличну деобу учинио је и у етици као науци.

У етици није било ни специјалног ни општег дела који би дао основне појмове. Сматрао је да се етика треба поделити у три дела. Општи увод – Увод у етику, претходио би Доктрини моралног (Етика нормална) и Доктрини неморалног (Етика анормална, деликтна). У општем уводу би се изложила доктрина о извору морала, динстикција и однос аутономног (чиста етика) и позитивног морала, историја (општа, универзална – специјална, народна) и појам позитивног морала, врсте морала (приватно-јавни (унутрашње политички и међународни), опште-партикуларни), однос морала и права (формални и материјални), историја и појам етике као науке о моралу, моралне филозофије и њен однос према другим наукама. Адекватније би било да се поред општег увода етика раздели у три дела, а сваки од њих у два одсека. Сваки од три дела могао би имати свој општи и посебни део, али би адекватније било да се подела на општи и посебни део учини након општег увода. Општи део би се затим делио на три дела од којих би сваки био посвећен једном од три основна етичка бића сходно трипартицији, а унутар себе на по два општа учења о: неморалном и моралном делу, неморалном и моралном агенту, моралној санкцији – казни и награди. Посебни део био би посвећен врстама (не)моралног дела и агента (Живановић, 1991: 145-150).

Живановић не посматра етику само као науку, већ и као феномен, прихватајући Кантову поставку етике, морала, моралности и обичајности као синонима. Објекти етике су моралне установе, док моралне норме представљају њен материјал (Трајковић, 2007: 162). Једна од одлика моралних

норми јесте императивност, док би окарактерисање правних норми на овај начин било спорно (Живановић, 1991: 135). Ови императиви могу бити позитивни – перцептивни и негативни – прохибитивни. И заповестима и забранама заснива се морална дужност (обавеза). У њима су садржана морална бића (установе). На основу почетних моралних бића, моралног дела и неморалног дела, Живановић сматра да се морал, као скуп моралних норми, треба поделити на морал о моралном и морал о неморалном, односно, нормални морал (краће – морал) и анормални (деликтни) морал (краће – неморал) (Живановић, 1991: 136). Дефинишући етику као науку о моралном и неморалном, Живановић сматра да је такво одређење прецизније и правилније од дефиниција које њеним објектом проглашавају моралне дужности или врлине, као што то чини Кант, аргументујући да су дужности објекти моралних норми, а да ни саме моралне норме нису објекти етике већ су то морална бића садржана у њима. Узимајући норме, дужности или врлине за објекат етике, чини се углавном истовремено и грешка у одређивању етике као чисто практичке, нормативне науке, при чему се имају у виду само правила о идеалном, ономе шта треба да буде, по свом карактеру чисто регулативном феномену. Погрешно је и одређивати је као чисто теоретску (дескриптивно-експликативну) науку. Етика је теоретска јер прати етику као феномен, морална бића, која су потчињена закону каузалитета (узрочности), „правилима која изражавају оно, што је“, а практичка у смислу да су „њен материјал моралне норме посматране саме за себе, тј. као правила која изражавају оно, што *треба* да буде (Seinsollen), а не оно што *је* (Sein), тј. каузалне релације“. Као нормативна наука она утврђује моралне норме и дужности сводећи их на основне, а поред тога на основу сазнања моралних истина предлаже нове, савршене норме (морална деонтологија), те се тако у односу на свој теоријски (догматички) део појављује као вештина, примењена наука. Било би погрешно раздвајати учење о људском држању тј. о моралним чињеницама (Наука о обичајима била би експликативна наука, која моралне норме и морална бића узима као нешто што *је*, што постоји), од учења о судовима оцене о људском држању (Етика или Филозофска етика, која је наспрам прве критичко-нормативна наука) (Живановић, 1991: 135, 137-138). Већина писаца, истиче Живановић, спаја у једну етику оба учења, често и несвесно, сматрајући да је учење о судовима оцене једно од обележја моралних бића, феномена (не)моралног дела и (не)моралног агента (Живановић, 1991: 138-139).

4. Однос права и морала

Однос права и морала је питање којима су били заокупљени многи филозофи и правници као једним од централних проблема којим се бави филозофија права. Историја филозофије права нам показује да у погледу овог питања постоји велика несагласност. Тома Живановић истакао је да је при испитивању тог односа потребно направити разлику између материје и форме оба и вршити упоређивање, не само природног права и рационалног морала већ и позитивног права и позитивног морала, и то треба чинити реалистички, а не дедукцијом из унапред постављених метафизичких поставки (Живановић, 1959: 688).

Формалне разлике између поменутих феномена огледају се у следећем. Позитивно право, чије су норме одређене, за разлику од моралних норми које су више или мање неодређене и расплуте, а с обзиром да се налазе у савести индивидуа и државе, су и непоузданије, што је постало уочљивије након државних кодификација. Даље, у праву постоји однос корелације, узајамности. Оно једном лицу својим императивима намеће правну дужност, која је симултано овлашћење другог лица (или државе). Субјективно право захтева радњу обавезаног тј. испуњење правне дужности. Право је дакле, двострано, док би морал био једностран, будући да твори само моралне дужности из којих не проистиче субјективно право другог лица, већ оног које је и субјекат моралне дужности. Морална субјективна права нису снабдена принудљивошћу, због чега их можемо назвати несавршеним, субјективним правима другог реда (Живановић, 1959: 688-689). Поред принудљивости, моралу недостаје и изнудљивост (коактивитет, корецибилитет). Изнудљивост у праву представља овлашћење државе или појединца да се ослони на државну принуду и силу приликом остваривања захтева за испуњење правних дужности. Неиспуњење моралних дужности, мада повлачи за собом моралну санкцију, иза себе нема државну силу и принуду, као правна санкција. Уколико се и узме да код морала постоји коактивитет, то је коактивитет другог реда, чисто психичке природе (Живановић, 1959: 689). Укратко разлика у функционисању права и морала је у следећем: иза морала стоји „психичка снага, која дејствује као мотив на вољу“, а иза права поред психичке стоји и „физичка снага, која принуђује ребелну вољу на његово поштовање“ (Живановић, 1959: 690). Следећа разлика односи се на субјективни елемент и тиче се правног и моралног агента. Субјективна, унутрашња страна има значајнију улогу у моралу, него у праву. За морал, и нормални и деликтни, битан је унутрашњи елемент нарочито приликом процене држања (не)моралног агента. За право је с друге стране довољно да је правна дужност испуњена, док су мотиви и уопште тај унутрашњи елемент у другом плану.

Само изузетно се узимају у обзир мотиви и побуде правног агента (у кривичном и у мањој мери осталом деликтном праву). Живановић закључује да је објекат валутације у моралу морални, односно, неморални агент и дело, док је у праву претежни објекат дело, док је агент изузетно. Морал се не ограничава на психу, унутрашњу страну искључиво, већ она овде игра важнију улогу него у праву (Живановић, 1959: 690). Даље, разилка је у јединствености права у једном друштву, односно, држави, обележју које проистиче из коактивитета. Насупрот томе морал је и општи и посебан, морал појединих друштвених група (Живановић, 1959: 691). Поред ових пет истакнутих разлика, разлике које је истицала старија теорија, професор Живановић упутио је приговоре. Он сматра да није тачно да се право односи на социјални живот и човека као физичко и духовно биће, а морал на индивидуу и духовни живот, већ да се оба феномена односе како на индивидуу, тако и на социјални живот, као и човекове и радње и психе у односу на ту радњу. Не слаже се ни са теоретичарима који су заступали став да је право „растући део морала“ који је од стране јавне свести оцењен „применљивим у друштву и изнудљивим, по потреби принудним“, јер се на тај начин превиђа чињеница да постоје у праву и радње које су морално индиферентне, као ни са схватањем по коме право има свој разлог у човековој моралној несавршености, па би у случају када би се моралне норме поштовале и доследно испуњавале моралне дужности, право било бескорисно и непотребно (Живановић, 1959: 691).

Са становишта материја права и морала истиче се да је садржина правних норми саобразна моралним нормама, односно, моралним императивима (нарочито у материји кривичног и породичног права). Међутим, постоје и такве правне норме које су за морал индиферентне тзв. морална *adiaphora* (прописи из материје прекршајног права и процесноправне норме), као и оне које су у супротности са захтевима које поставља морал, било да забрањују оно што је моралом допуштено, било да обратно, налажу оно што је моралом забрањено (Живановић, 1959: 691-692). Живановић заступа становиште о постојању моралних *адиафора*, радњи које нису ни моралне дужности ни деликти, које морал нити наређује нити забрањује, чије вршење не проузрокује моралне последице у виду одобравања, односно, прекора. Оне могу бити предмет неке друге врсте норми као нпр. конвенционалних норми доброг понашања. Па ипак, уколико нешто није моралом регулисано, не може се увек рећи да с обзиром да није забрањено, морално је допуштено, већ само да је конвенционално допуштено. Слично важи и у праву, у погледу правних *адиафора*. Циљ права није да регулише својим нормама сваку област друштва, те тако има и правно индиферентних радњи. Ни овде не можемо закључити да оно што није регулисано пра-

вом, односно, није правно забрањено, је правно допуштено, јер се правна заштита пружа и на правне адиафоре уколико се оне ометају у облику кривичног дела. Правно индиферентне радње ипак могу бити регулисане неком другом врстом друштвених норми, моралним, религијским или конвенционалним (Живановић, 1959: 145-146).

Поједини теоретичари сматрају да је право нераздвојно од морала, иако различито, док други заступају сепаратистичко становиште о њиховој раздвојености. Први, сматра Живановић, само привидно успевају да објасне контрадикције између права и морала, односно, њихово непостојање, те да су једино могући делимични сукоби међу њима. Узимају да између морала и права не могу постојати супротности јер оба стреме истом циљу – усавршавању човека и друштва, те тако не постоји „неморално право“ ни „неправедни морал“ (Живановић, 1959: 692). Он сматра да заступници оваквог схватања превиђају да циљеви права и морала не могу бити исти будући да ни њихова материја није иста. Право није етички минимум, како је то Јелинек формулисао, оно се по својој материји не може сматрати делом морала, а стога долазимо до закључка да су између њих заиста могући сукоби, контрадикторности и неподударности. Ипак нису ни раздвојени у смислу сепаратистичке теорије, већ оба феномена припадају свету норми, садржајно се наслањају и служе једно другом. Ово нарочито важи за право чије норме штите одређена морална добра и вредности чинећи их правним добрима и вредностима или пак ускраћују правну заштиту неморалним радњама и циљевима, у приватном и јавном праву (зеленашки уговори, уговори супротни моралу, кривична дела против достојанства личности и морала) (Живановић, 1959: 693). Схватање синтетичке правне филозофије о односу права и морала састоји се у истицању да је реч о феноменима који су садржајно различити и по својој материји чине два разна нормативна система, при чему се разликује садржина њихових норми, као и њихов однос према друштву и држави (Живановић, 1959: 693).

Дакле, морал и право имају својих заједничких обележја, али и разлика, који произилазе из односа њихових форми и материја.

5. Трипартиција у етици

Разлика између бипартиције, којој је својствен имперсонализам и трипартиције која се одликује персонализмом, јесте тај што прва узима да постоје два неморална етичка бића: морална санкција и неморал, морални, односно, неморални агент није посебна етичка институција, већ је конзумирана неморалом, као установом. Неморал, неморално дело као

што је био случај и са кривичним делом схватан је објективно субјективно, односно, у биће неморала уносио се извршилац (неморални агент, субјекат) као и субјективни услови моралне одговорности, у првом реду моралне виности (Живановић, 1991: 140).

Субјективна страна има много значајнију улогу у етици него у праву са изузетком кривичног и, генерално узев, деликтног права, која је у овој области углавном редован елемент правне одговорности. У осталим сферама права довољно је да је испуњена правна дужност, док субјективни елемент игра битну улогу у изузетним случајевима. За право није од значаја да ли је правна дужност испуњена из личних циљева, или управо из циља испуњења правне дужности, дакле, из саме дужности, ни да ли је то учињено спонтано или не, свесно или несвесно. С друге стране морал захтева да постоји умишљај на страни извршиоца моралног дела да би се уопште могло говорити о моралном, односно, неморалном агенту. Појам умишљаја у моралу обухвата свесност агента самог дела, као и његовог моралног карактера. За разлику од правне санкције, морална санкција је шири појам и последица је не само неморалног дела, већ и моралног дела. Морална санкција се јавља као награда или као казна. Награда, односно, казна као санкција везана је за суд вредности и невредности у односу на само дело и агента. У праву пак санкција следи за дело учињено противно оном што налажу правне норме, док за радњу саобразну праву не постоји никаква награда, заслуга коју право признаје. Награда за испуњење правних дужности искључиво је у области морала (Живановић, 1991: 140-141).

Трипартиција, односно, персонализам у етици инсистира на постојању моралног агента, односно, субјеката као треће етичке установе поред моралног дела и моралне санкције, што је и нужно имајући у виду деобу моралних норми на објективне и субјективне (прве се односе на циљ или радњу, а друге на мотив или карактер) као и истоветну поделу моралних дужности (Живановић, 1991: 141-142).

Примедбе које Тома Живановић ставља имперсонализму (бипартицији) и аргументи које истиче у прилог персонализму (трипартиције) формулисао је у девет тачака. Објективно-субјективно схватање морала и неморала чини логичку грешку када субјекта, моралног агента и кривца, сматра састојком (не)моралног дела. Ова грешка била би мања уколико би се узело обратно, да је морално, односно, неморално дело састојак моралног субјекта, те да су основна етичка бића нормалне етике морални агент и морална санкција, а деликтне морални кривац и морална санкција. Наиме, етички субјекат је произвођач док су морално или неморално дело његови производи (Живановић, 1991: 143). Како бипартиција не

препознаје моралног, односно, неморалног агента као аутономно етичко биће, као последица јавља се теза да морална санкција погађа само морално, односно неморално дело, док је заиста погођен произвођач – морални агент за своје морално дело и морални кривац за своје неморално дело (морални прекршај, деликт). Трипартиција би отклонила проблеме у које нужно запада имперсонализам. Доследним објективно-субјективним схватањем неморалног дела у који се уноси виност и моралног дела у који се уносе субјективни услови моралности, долази се до тога да се неко зло дело ипак не сматра неморалним делом или да се неко јако добро дело не сматра моралним делом уколико на страни извршиоца не постоји умишљај. Осим тога, може се догодити да дође до мешања основа који искључују умишљај и основа који искључују антиморалност неморалног дела (аналогно и у кривичном праву прави се разлика између основа који искључују кривицу и који анулирају противправност). Следећи апсурд у који запада имперсонализам је тај да се уношењем виности у појам неморалног дела, свестан саучесник (помагач, подстрекач) извршиоца који је радио без умишљаја или је неурачунљив (односно, у случајевима када постоје основи који искључују виност тако да недостаје субјективни елемент да би могло постојати неморално дело), такође, не сматра морално одговорним, неморалним агентом, кривцем услед недостатка постојања претпоставке моралне одговорности – моралног деликта (како на страни извршиоца нема моралног деликта, неће га бити ни на страни саучесника). Ова примедба се ставља и у односу на саучесника извршиоца моралног дела и уношење субјективних услова у појам моралног дела (Живановић, 1991: 143-144). Персонализам у етици дао би субјективној страни моралну вредност и омогућио би разјашњење проблема етичке врлине и вредности, као и мотива, те да се може бити неморалан човек, иако је дело морално добро, постоји морални умишљај, а чак и морални мотив. Осим тога, постигла би се већа пажња моралног судије (опште савести) према субјективним моментима као што је психичко стање (перманентно – карактер и привремено – мотиви) приликом доношења судова оцене људских радњи (Живановић, 1991: 145). И на крају треба поменути да је „чисто објективна концепција неморалног и моралног дела“ која обухвата сва морална тј. неморална дела свих народа и свих времена, према мишљењу Живановића једина могућа у етичкој Трипартицији (Живановић, 1991: 144).

За свако од етичких бића Тома Живановић даје формалну и материјалну дефиницију, излажући прво, и то следећим редом: о неморалном и моралном делу, неморалном и моралном агенту и на крају о моралној санкцији као последици неморалности и моралности.

У формалном смислу морални деликт се може дефинисати реалистички као једно људско дело или јуристички као повреда једне моралне норме, односно, дужности. Живановић сматра да је реалистичкој дефиницији нужно додати „атрибутивни елеменат неморалност дела“, како би она била прецизнија и потпуна. Неморалност као атрибут који недостаје, служи за исказивање „противности дела једној моралној норми“. Дакле, неморал, неморално дело (морални деликт) по својој форми јесте „неморално (антиморално) људско дело“, противно моралној норми и њеном објекту – моралној дужности (Живановић, 1991: 151-152). Аналогно, имајући у виду форму, морал, морално дело је људска радња која је саобразна моралној норми, испуњењу моралне дужности (Живановић, 1991: 158).

Принцип реципроцитета који постоји у праву „био би на велику штету [...] ‘спонтанитета’ моралне делатности“ јер би испуњење моралних дужности учинио зависним од спољних услова, лишавајући моралне норме њиховог најзначајнијег обележја – безусловног важења. Субјективно право моралног субјекта је уже од субјективног права у праву. Моралне норме се називају субјективним императивима које свако треба да следује, али се на то не ипак не може никако принудити. Принудљивост (коактивитет) и изнудљивост је дакле одлика права, правних норми (Живановић, 1991: 152-153). Ова формална разлика између права и морала показује да право није као што се тврди етички минимум, да се правна норма не може свести на моралну, као ни „уопште правни деликат на морални деликат као свој формални генус“ (Живановић, 1991: 153).

Оно што јесте слично са деликтним правом, у првом реду кривичним, јесте да како у праву постоје основи искључења противправности, тако и код неморалног дела постоје основи искључења неморалности дела. У етици се овај проблем јавио у виду питања о моралним ексцепцијама, колизији (конflikта, сукоба) моралних норми или дужности (Живановић, 1991: 153). У традиционалној доктрини, као што је већ речено, долази до мешања основа који искључују неморалност дела и основа који искључују виност, јер бипартизам моралног агента не третира као аутономоно етичко биће. Дакле, постоје на једној страни основи који искључују примену моралне санкције тиме што искључују постојање моралног деликта, односно, неморални карактер, елемент дела и на другој страни, основи који искључују моралног кривца, односно, његову одговорност, али не и само дело. На основу овог објашњења Тома Живановић закључује да је немогуће служити се термином сукоб етичких норми тј. дужности, јер заиста није увек реч о конфликту једне етичке дужности са другом. До сукоба норми и дужности може доћи, и долази, између права и морала, моралних дужности и субјективних права, моралних и правних дужности. Због тога

се он залаже за термин моралне ексцепције као једини адекватни (Живановић, 1991: 154).

Објекат неморалног дела у формалном смислу је једно људско добро, интерес који се по себи појављује као етичко добро. Објекат неморалног дела у материјалном смислу треба тражити у одређењу материје (садржине, супстанце, принципа, идеје) самог морала. Морал у садржинском смислу може се одредити налажењем било циља било узрока морала (Живановић, 1991: 155-156). И супстанца морала се означава термином добро, који у овом случају има другачије значење. Добро као садржина самог морала има смисао етичке основне вредности. Повреда овог добра и остварење његове супротности, зла, чини материју неморалног дела (Живановић, 1991: 157). И док је с једне стране неморално дело по својој материји повреда или угрожење доброг и обратно чињење зла, с друге стране према материји морално дело је извршење, чињење доброг. Учење о материји моралног дела припада доктринама о добром, односно, материјалној вредносној етици (Живановић, 1991: 158).

Неморални агент (морални кривац) по својој форми се састоји из три елемента: извршилац (у ужем смислу или саучесник), виност (субјективни елемент) и постојање објективних личних услова моралне одговорности (Живановић, 1991: 159). Неморални агент може бити физичко, али и правно односно у етици, морално лице, јер је чињеница да су радње и ових лица објекат етичког вредновања, односно, моралне оцене од стране опште савести, иако сама та лица нису способна за вршење радње у физичком смислу, као ни за виност. Међутим, слично правним лицима у кривичном праву, одговорност моралних лица протеже се на одређена неморална дела (Живановић, 1991: 159). Да би се неморални агент, могао сматрати виним, односно, моралним кривцем у односу на радњу неморалног дела мора постојати хтење, а у односу на последицу радње увек се захтева умишљај који се односи на радњу и остале реалне околности неморалног дела, као што је последица и представља свест или знање субјекта о последици, као и свест о неморалном карактеру (неморалности) дела, за разлику од кривичног права које дозвољава и нехат (Живановић, 1991: 160). У случају да на страни субјекта не постоји знање о неморалном делу, односно, неморалном карактеру дела и нарочито о последици неће бити ни умишљаја, а самим тим ни моралног кривца. Дакле, незнање, као и заблуда о неморалности дела (случај када агент држи за радњу коју је извршио да је морална) искуључују постојање моралног кривца. У вези са оваквом ситуацијом јавља се питање да ли такав субјекат који у заблуди изврши неморално дело, мислећи да је морално, с обзиром да није морални кривац, може се сматрати моралним агентом, будући да објективно, са гледишта

самог дела, он то није. Живановић сматра да он ипак јесте морални агент, чак и онда када би у заблуди мислећи да чини добро, извршио и најтежи и најнеморалнији злочин, јер је за моралност и врлину довољна сама свест о добром, без „знања правог доброга“ (Живановић, 1991: 161). Питање подобности за урачунљивост која је претпоставка виности и моралне одговорности Живановић сматра да је најадекватније решавати у оквиру индиферентистичких теорија, које не воде рачуна о питању постојања или непостојања слободе воље, међу којима је владајућа теорија слободе воље (Живановић, 1991: 162). Поред питања моралног агента који чини неморално дело из незнања и заблуде, јавља се и питање моралног кривца који чини објективно морално дело, дакле дело које нема антиморални карактер. Према Кантовој моралној доктрини, која захтева испуњење моралне дужности из дужности, чињење добра због добра самог, зато што налаже категорички императив и доктринама које захтевају моралност морално осећање или морални мотив оваква ситуација је могућа. Дакле, сходно овим теоријама, уколико би субјекат учинио једно морално дело водећи се неморалним мотивима или не би вршио моралну дужност због саме те дужности, чак и да има моралне мотиве (Кантова доктрина), он би се сматрао неморалним агентом (Живановић, 1991: 164). Да би уопште постојао морални кривац и његова морална одговорност поред виности коју прате подобност за урачунљивост и умишљај, нужно је непостојање одређених личних и објективних околности, које би и поред тога што постоји морално дело и виност, искључивале моралну одговорност. Ове основе, који могу бити опште и посебне, Тома Живановић је назвао објективни лични услови моралне одговорности (то су нпр. стање нужде, заповест претпостављеног лица) (Живановић, 1991: 165). И овде би могао постојати рецедвисит, кривац из навике као тежа врста неморалног агента „без врлине [...] чије психичко својство није врлина“, код ког испуњавање моралних дужности није „више или мање перманентно стање“, који има морално деликтогене диспозиције, неморалну врлину, те је за њега вршење моралних деликата и неиспуњавање моралних дужности перманентно својство, насупрот осталим тренутним (акутним, случајним) моралним кривцима (Живановић, 1991: 165). Врлина као навика субјекта да извршава своје моралне дужности је врлина схваћена у субјективном смислу, и требало би да та навика буде не „спољна“, „механичка рутина“ већ „унутарња и морална“ (субјективно саобразна моралу), дакле „не само по актима“ (објективно саобразна моралу). Објективна врлина је перманентно (мање-више) саобразно понашање (Живановић, 1991: 166 fn. 72). Морални агент у формалном смислу, с друге стране има два обележја: својство извршиоца дела које може имати, како физичко, тако и правно лице и субјективно обележје које подразумева подобност за урачунљивост, хтење радње, свест и знање (морални

умишљај) о радњи и њеној последици, њеном моралном карактеру, односно, саобразности моралној норми и дужности (Живановић, 1991: 167).

Неморални агент према својој материји (садржини) подразумева одређени психички склоп човека као умног (разумног, моралног) и природног (животињског) бића, односно „душа (психичка конституција) моралног кривца сложена је из његовог карактера (предиспозиција на зло) и конкретних мотива (представа и осећања)“. У том смислу, агента – човека као разумно биће воде мотиви који представљају његов привремени, динамички део душе, док човека као природно биће воде његове и урођене и стечене предиспозиције на зло, перманентна осећања, страсти и инстинкти, који су онај први, статички и перманентни део његове душе. Душа која се може окарактерисати као неморална душа јесте непосредни чинилац, фактор неморалитета, насупрот посредним, као што су друштвени, хумани и индивидуални чиниоци који се налазе ван неморалне душе (Живановић, 1991: 167). Супротно, моралног агента у садржинском смислу чини његова морална душа, психичка конституција, сачињена, такође, из статичког перманентног дела – моралног карактера, предиспозиција и динамичког, привременог дела – моралних мотива. Морална душа је непосредни фактор моралитета, док су посредни чиниоци, слично неморалитету, социјални, хуманистички и индивидуални ван моралне душе (Живановић, 1991: 167-168).

Морална санкција је шири појам од правне санкције, са другачијим смислом. То је последица која погађа моралног, односно, неморалног агента у вези са његовим моралним, односно, неморалним делом, стога је морална санкција појам који под својим окриљем обухвата и награду која следи моралном агенту и казну која погађа моралног кривца. Субјекат који испуњава своје моралне дужности и понаша се саобразно моралним нормама испољава „вољни напор“ да изврши моралну радњу која се појављује као „једна заслуга, као заслужни акт“ (Живановић, 1991: 170).

Моралне санкције морају бити социјалне, унутарње – санкције савести и према неким схватањима, надчулне земљаске санкције. Ове потоње погађају не само агента, већ и његове потомке и могу бити схваћене као срећа и несрећа у животу. Унутарње, санкције савести, јављају се код самог агента као душевни мир или грижа савести као последица испуњења, односно, неиспуњења дужности (Живановић, 1991: 174).

Имајући у виду пре свега социјалне санкције, Живановић истиче да у моралу не постоји државни орган који би изрицао санкције, као што је случај са судским органима у праву, већ би то „арбитер моралитета и неморалитета“ могло бити друштво, опште осећање. Овај „судија моралите-

та и неморалитета [...] прећутно изриче моралне пресуде“ подвргавајући моралном вредновању (етичкој оцени) како радњу – дело, тако субјекта – извршиоца тог дела, не би ли проценио да ли је реч о моралном или неморалном делу и моралном или неморалном агенту, узимајући у обзир елементе моралитета и антиморалитета, објективне и субјективне (Живановић, 1991: 170-171), као и моралне олакшавајуће и отежавајуће околности (Живановић, 1991: 174). Етичка оцена јавља се као суд моралне вредности или моралне невредности, који даље могу бити објективни ако се односе на дело, и субјективни (лични) ако вреднују агента (Живановић, 1991: 171). Тако је могуће да постоји објективна морална вредност (морално дело) без субјективне (моралног агента), односно, да је дело морално, иако сам агент није, као и да постоји субјективна морална вредност, без објективне у нпр. случају када постоји морални агент, који је деловао у заблуди или незнању и на тај начин извршио неморално дело.

Када се донесе и субјективни и објективни суд моралне вредности (суд обоструке моралне вредности) морални судија доноси суд моралног одобравања (похвале). С друге стране суд моралног неодобравања (прекора) морални судија донеће у ситуацији када донесе субјективни и објективни суд моралне невредности (суд обоструке моралне невредности). Зависно од врсте суда који морални судија донесе, он ће изрећи моралну санкцију, моралну награду за суд моралног одобравања и казну за суд моралног неодобравања. Суд одобравања значи и суд заслуге за агента и дело саобразно моралу, а суд неодобравања садржи у себи суд виности (греха) неморалног агента, а његово дело се само за себе може појавити „као заслужно или као вино (грешно) дело“. Закључујемо, да је последица заслуге морална награда, а последица виности морална казна. Последице се прећутно садрже у заслуги и виности, које су чињенице тј. заслуга је својство агента да на основу свог дела буде објекат моралног одобравања, док је виност његово својство да на основу свог дела буде објекат моралног неодобравања (Живановић, 1991: 171).

Изврицање моралне санкције није нужно као у праву, оно је само једна могућност, која ако изостане не чини од моралних норми просте индикативне законе који садрже пуке савете. Морална норма ако не дође до изрицања санкције не престаје бити „прецептивно-прохибитивни закон“ снабдевен унутрашњом принудом (аутопринудом) који садржи императив, већ супротно, уколико би санкција била неизбежна оне би се претвориле у правне норме снабдене спољашњом принудом. То даље значи да моралне норме, моралне дужности треба да се испуњавају „по самој њиховој природи“, „субјективно (изнутра, у свом духу, у моралном умишљају агентовом [...] који се не може изнудити никаквом санкцијом)“, те није до-

вољна само спољна саобразност моралу, материјално извршење. Моралне санкције су „корисне (као морално средство, репресивно и превентивно) и према томе нужне за респект морала, и да оне нису чак постулат тзв. чисте, апсолутне правде [...] и према томе елеменат карактера праведности моралног закона по себи“ (Живановић, 1991: 171-172).

6. Закључак

Можда је у закључку најподесније навести шта су написали о Томи Живановићу правни теоретичари који су детаљније изучавали његов живот и дело.

Као „спој хегелијанизма, природноправне школе и позитивизма“ филозофија права Томе Живановића није „активистичка филозофија, није усмерена на измену света“ (Поповић, 2003: 48). Ипак, са становишта буржоаске филозофије права она се „мора оценити највишом оценом“, док је са марксистичког становишта вредност ове филозофије мања (Поповић, 2003: 49). Његова филозофија се сматра оригиналном, мада је он сам истакао утицај позитивистичке филозофије Огиста Конта, позивајући се на њега као на свој узор. Живановићев филозофски систем није имао настављача на нашим просторима, али је његов систем правне филозофије усвојио немачки филозоф права Биндер (Стојковић, 1972: 385-387). Према оцени Радомира Лукића он је велики и дубоки мислилац светског значаја који није био довољно ни схваћен ни уважен, а готово и непримећен у нашој правној филозофији (Лукић, 1992: 398), а чијој је правној филозофији „тешко наћи премца и у самој светској правној филозофији“ (Поповић, 2000: 201). Живановић је упркос угледању на Хегела развио сопствену филозофију и филозофију права, са знатно више блискости праву и правног знања (Лукић, 1992: 400) а „у домену свих правних наука посејао низ оригиналних идеја, конципираних на општем плану објективно-идеалистички, а на посебном - позитивистички“. Андрија Стојковић сматра да „својим делом у целини Живановић представља изузетну појаву у нашим условима која [...] улази у општу филозофију“ (Стојковић, 1972: 452). Значајном се сматра оцена коју је дао Ђорђе Тасић, који је уз Лукића једини српски теоретичар права који је критички разматрао Живановићеву правну филозофију, а за кога Живановић „није ништа друго него позитивиста“, који међутим „има извесног права на оригиналност“ (наведено према: Поповић, 2000: 200). Тасић се пита „да ли је позитивизам довољна основа за филозофију права“ сматрајући да је филозофија нешто више него наука, синтеза наука и научних чињеница. Данило Баста истиче да, иако је ова Тасићева примедба основана за један део Живановићеве филозофије права, не може се

односити на целокупно дело које је прожето „једном аутентичном мета-физиком права“ (Баста, 2005: 187). „У нашој правној филозофији није, ни пре ни после Живановића било амбициознијег пројекта [...] Он је, сумње нема, својим системом поставио нова мерила нашој правној филозофији, уздигавши је на висок, европски ранг.“ (Баста, 2005: 186) Како је истакла Радмила Васић „његово грандиозно дело заслужује пажљиво и темељно проучавање, као дело изузетне снаге и квалитета, као пожељан узор који пружа неслућене могућности за даљи развој науке и филозофије“ (Vasić, 1984: 555). У етици као и у праву он заступа једно синтетичко становиште инсистирајући на уочавању разлика и сличности између права и етике као феномена. Правна аксиологија код Живановића није посебно издвојена, али је углавном поистовећена са разматрањем основних правних вредности, од којих је најважнија правда (Врачар, 1995: 340-341). Његова размишљања о праву и етици која су изложена у овом раду, треба да пруже увид у правну етику Томе Живановића, као дела његове недовољно искристалисане правне аксиологије.

Референце

Баста, Д. (2005). Параћинско слово о Томи Живановићу. *Анали Правног факултета у Београду*(година LIII бр. 1), 182-188.

Лукић, Р. (1992). Систем филозофије права: I Филозофија II Филозофија права. Београд: Савремена администрација.

Поповић, М. (2003). Тома Живановић као правни филозоф. Сремски Карловци - Нови Сад: Издавачка књижарница Зорана Стојановића.

Поповић, М. (2000). О филозофији права код Срба. Београд: Службени гласник.

Стојковић, А. (1972). Развитак филозофије у Срба 1804-1944. Београд: Слово љубве.

Трајковић, М. (2007). Из баштине српске правне етике - правна етика Томе Живановића. *Пешчаник- часопис за историографију, архивистику и хуманистичке науке*(година V бр. 5), 161-174.

Васић, Р. (1984). Појам права у филозофском правном систему Томе Живановића. *Архив за правне и друштвене науке*(књига XI бр. 4), 555-564.

Врачар, С. (1995). Структуралност филозофије права. Сремски Карловци - Нови Сад : Издавачка књижарница Зорана Стојановића.

Врачар, С. (1984). Полазишта филозофскоправног синтетизма Томе Живановића. *Анали Правног факултета у Београду* (Година XXXII бр. 5), 617-654.

Врачар, С. (1982). Оцена три главне филозофскоправне књиге Томе Живановића. *Зборник за теорију права - свеска II*, 217-248.

Живановић, Т. (1991). Основни проблеми етике. У Д. Баста, *Преображаји идеје права - један век правне филозофије на Правном факултету у Београду (1841-1941)* (стр. 133-174). Београд: Правни факултет у Београду, Центар за публикације.

Живановић, Т. (1959). Систем синтетичке правне филозофије: 1. Синтетичка филозофија права 2. Синтетичка филозофија правних наука (Правна логика и Теорија правног сазнања у оквиру Опште). Београд: Српска академија наука, Научно дело.

RELATIONSHIP BETWEEN ETHICS AND LAW IN THE OPUS OF TOMA ŽIVANOVIĆ

Marica Mišić,

PhD Student, Faculty of Law, University of Niš

Summary

At the beginning of 20th century, the original theory on the relationship between ethics and law was first published in the scientific article "On subjective (moral) element in the notion of criminal act" (1909) by Toma Živanović (Thomas Givanovitch). He is widely known among Serbian law students and legal practitioners as a criminal law theorists, but he was also a legal philosopher. Živanović proposed a tripartite system as a suitable method not only for criminal law but also for law and ethics in general.

One of the most significant philosophy of law books in Serbian legal culture is "The system of synthetic legal philosophy", where Živanović presented his views on the philosophy of law. In the process of constructing his system of synthetic philosophy of law, Živanović came up with an idea of establishing new ethics. In his book "The basic problems of ethics (moral philosophy)", he provided a systematization of ethical problems. Professor Andrija Stojković wrote that the aim of the book "The basic problems of ethics" was to present the new tripartite or personalistic systematics and a new method in studying ethics, to address the basic ethical problems and to be the groundwork for system of synthetic legal philosophy. Professor Stevan Vračar considered that Toma Živanović was the Serbian greatest legal philosopher. In this paper, the author aims to provide an overview of Živanović's ethical systematics, which is the cornerstone of his system of sythetic legal philosophy. Toma Živanović's distinction between ethics and law is based on the same principle. Ethics is a science dealing with what is moral and immoral, and law includes legal provisions on what is lawful (right) and unlawful (wrong). His tripartite concept in ethics is also adopted in his philosophy of law. The doctrine of tripartition made him a significant theorist, known beyond the borders of his homeland.

The tripartite concept is based on three categories which matter in ethics and law. Besides the deed (act) and sanction, the agent (perpetrator) is a sine qua non of any moral or immoral deed. The same stands for law, and it is most obvious in criminal law. The moral agent as a subjective element goes hand in hand with the act and the sanction, as objective elements. This thesis is the base of personalistic method in ethics. This personalistic, tripartite method, which is also applicable in

law, had a positive impact and contributed to the humanization of criminal proceedings. Stojković concluded that Živanović's tripartite doctrine introduced ethical elements and morality into the law.

Considering the significance of Toma Živanović's legal philosophy opus for Serbian legal culture and legal thought, the author's objective in this paper is to present His system of ethics is also presented as it was a groundwork for his system of synthetic legal philosophy the relationship and distinction between ethics and law as explained by Živanović..

Keywords: *ethics, synthetic philosophy of law, tripartition, form, substance, (im)moral agent.*