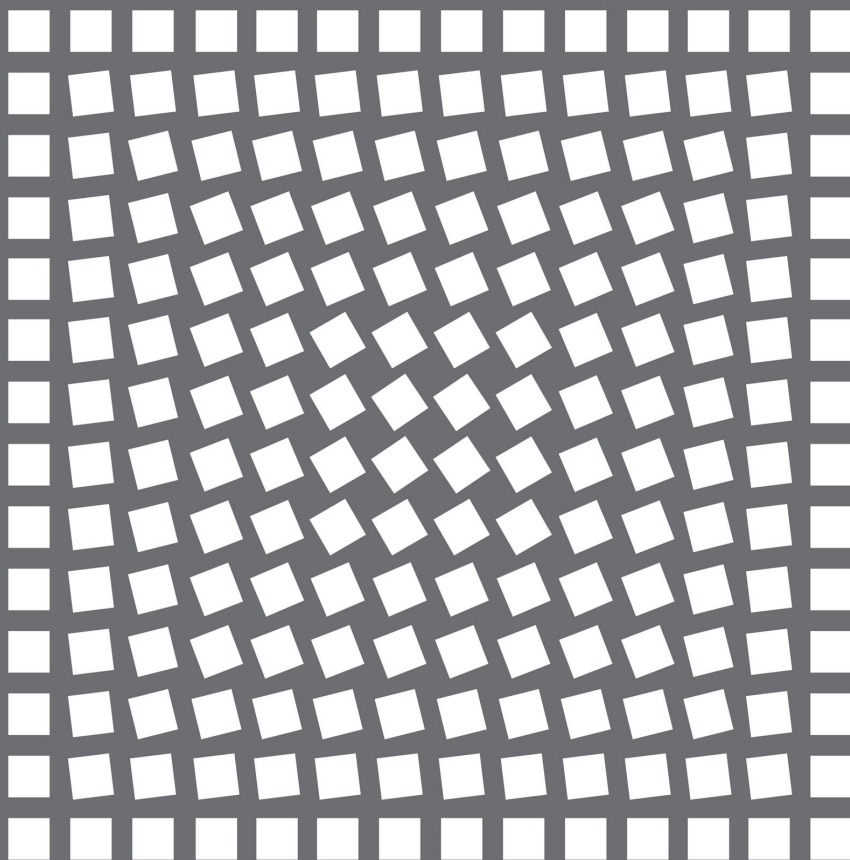


DAMIR BANOVIĆ



REALISTIČKA TEORIJA PRAVA

Ogledi o pravnom realizmu,
konvencionalizmu i naturalizaciji u pravu

REALISTIČKA TEORIJA PRAVA

Ogledi o pravnom realizmu, konvencionalizmu i
naturalizaciji u pravu



Sarajevo, 2023.

Autor: Damir Banović

Naslov: Realistička teorija prava: ogledi o pravnom realizmu,
konvencionalizmu i naturalizaciji u pravu

Izdavač: Univerzitet u Sarajevu – Pravni fakultet

Za izdavača: Prof. dr. Zinka Grbo, dekanica

Recenzenti i recenzentica: Dr. sc. Miodrag A. Jovanović,
redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu
Dr. sc. Goran Dajović,
vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu
Dr. sc. Bojan Spaić,
vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu
Dr. sc. Amila Ždralović,
vanredna profesorica Univerziteta u Sarajevu – Pravnog fakulteta
Dr. sc. Mario Krešić,
vanredni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

Lektura i redaktura: Mr. sc. Mirela Rožajac-Zulčić

DTP: Feđa Bobić

Damir Banović

REALISTIČKA TEORIJA PRAVA

OGLEDI O PRAVNOM REALIZMU,
KONVENCIONALIZMU I NATURALIZACIJI U PRAVU

Sarajevo, 2023.

Mojoj sestri

SADRŽAJ

Uvod	11
I dio	
Unutrašnja i vanjska kritika te naslijeđe (američkog) pravnog realizma	17
Kritički pogledi na pravo i pravnu teoriju	19
Unutrašnja kritika – kritika iznutra: problemi s formalizmom	20
Filozofska i naučna inspiracija pravnog realizma i korak ka metodologiji realističke teorije prava	24
Naslijeđe američkog pravnog realizma	28
1. Racionalna neodređenost	32
2. Lokalna neodređenost	33
3. Kauzalna neodređenost	33
Vanjska kritika – Outsider Jurisprudence	36
Vanjska jurisprudencija: feministička, rasna i queer teorija prava	41
Neki odnosi društvenih nauka i filozofije prava	44
II dio	
Pravni konvencionalizam, konstitutivne konvencije i pravilo priznanja	49
Pravo kao društveni konstrukt i konceptualna teorija prava	51
Sociološka/društvena realnost prava	59
Konvencionalizam i priroda konvencionalnih pravila	67
Konstitutivne konvencije (constitutive conventions)	73
Karakteristike konvencionalnih društvenih praksi	77
1. Sistemska priroda konvencionalne prakse	77
2. Podjela posla	77
3. Interpretativni aspekt konstitutivnih konvencija	78
4. Historija i prethodna uslovljenost (path dependency)	79
5. Kodifikacija i institucionalne prakse	80
Dubinske konvencije (deep conventions)	82
Konvencionalni temelji prava	84
Normativno utemeljenje pravne validnosti	87
Pravilo priznanja i konvencionalizam.	
Da li su pravila priznanja konvencije?	90
Zašto pravila priznanja nisu koordinacijske konvencije?	95
“Dubinski” razlozi za postojanje prava – dubinske konvencije prava	97

Pravilo priznanja, pravna validnost i autoritet prava	100
Od teorije prakse pravila (practice theory of rules) do konvencionalizma	107
Kritika pravnog konvencionalizma kao teorije prava	110
III dio	
Naturalizacija u pravu	117
Mogućnost naturalističke teorije prava ili o mogućnosti naturalizacije pravne teorije	119
Kelsenova normativna teorija prava kao antinaturalistička filozofija prava	124
Normativna teorija prava kao empirijska i deskriptivna nauka o pravu?	126
Čista teorija prava u Marmorovom tumačenju.	
Zašto je sadržaj osnovne norme društvena činjenica?	134
Naturalizacija jurisprudencije ili o pravnom naturalizmu	138
Sociološki evolucionizam ili o naturalističkom semipozitivizmu	144
Naturalistički pravni pozitivizam: dva naturalistička pristupa u Prielovoj filozofiji prava	147
Naturalizacija u pravu: Leiterov pristup	150
Filozofska rekonstrukcija američkog pravnog realizma	156
Naturalizovana jurisprudencija: novi pravni realizam	162
Realistička teorija prava kao naturalizovana jurisprudencija	168
Realistička teorija prava, neesencijalizam i konvencionalizam	171
Metodološki put realističke teorije prava	176
Realistička teorija prava kao refleksivna teorija prava između analitičkog pristupa i sociološkog razumijevanja	178
IV dio	
Naturalizacija pravila priznanja	189
Jedan pogled ka eksperimentalnoj filozofiji prava	191
Naturalizacija pravila priznanja	195
Mapiranje koraka u analizi i konstrukciji pravila priznanja	201
Pravilo priznanja u komparativnom (ustavnom) pravu	203
Umjesto zaključka: o realističkoj teoriji prava	206
Bibliografija	210
Registar	218

Uvod

Rad u oblasti sociološko-pravne teorije ili realističke teorije prava započeo sam doktorskom disertacijom pod nazivom *Savremena sociološko-pravna teorija kao kritika pravnog pozitivizma*.¹ U tom smislu, sasvim je logičan nastavak mog rada i interesovanja u ovom području. No, prije nego što se osvrnem na sam sadržaj knjige koju sam nazvao *Realistička teorija prava: ogledi o pravnom realizmu, pravnom konvencionalizmu i naturalizaciji u pravu*, potrebno je ukazati na slabosti, ali i prednosti sociološki orijentisane teorije prava. Pod pojmom sociološko-pravna teorija podrazumijevaju se različiti metodi i pristupi, što posljedično i vodi korištenju različitih termina za ovu oblast (npr. sociološko-pravne studije; sociološko-pravni pozitivizam; pristup pravo-i-društvo; realistička teorija prava, sociološka jurisprudencija i sl.). Dakle, ono što obuhvatamo zajedničkim pojmom sociološko-pravna teorija ustvari podrazumijeva različite metodologije, ciljeve ali i rezultate. Tako možemo da govorimo o američkom pravnom realizmu, skandinavskom pravnom realizmu, sociološkoj jurisprudenciji, kritičkim pravnim studijama, ekonomskoj analizi prava, sociološko-pravnoj teoriji, sociološko-pravnom pozitivizmu, pristupu pravo-i-društvo i konačno realističkoj pravnoj teoriji. Naravno, ovim egzemplarnim navođenjem nisam iscrpio moguću listu.

Metodološki aspekt realističke teorije prava često se miješa sa sociologijom prava. Realistička teorija prava je filozofska i teoretska pravna disciplina koja pokušava da korištenjem rezultata prije svega društvenih nauka (s potencijalnom korištenja i

¹ Rad je odbranjen u maju 2018. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu.

prirodnih nauka) objasni pravo kao društveni fenomen. Ukoliko prihvatimo da pravo posjeduje dualnu prirodu, normativnu i sociološku, društveni dio prava treba pokušati objasniti primjenom rezultata društvenih nauka. Naravno, ovdje se ne isključuje mogućnost primjene i prirodnih nauka sa zadatkom objašnjenja i boljeg razumijevanja fenomena prava. Skromniji zadatak bio bi objasniti pojedine sociološke elemente koje pravo posjeduje ili, recimo, načine na koje utječe na društveni kontekst. Ono što (i dalje) opterećuje prostor sociološko-pravne teorije jeste da još uvijek ne postoji precizno određena metodologija. Mada, ipak, dosadašnja kretanja i razvoj su obećavajući i uobičajeno idu od rekonstrukcije Hartovog analitičkog metoda, njegovim širenjem ili/i prilagođavanjem ususret primjeni rezultata društvenih nauka, bilo teoretskih ili empirijskih. No, ono što može potencijalno predstavljati poteškoću jeste ovisnost realističke pravne teorije o empirijskim istraživanjima. Ovaj argument koristim iz razloga što pravници i pravnice nisu obrazovani za primjenu socioloških metoda, te će svaki korak ka utemeljenju pravne teorije u društvenoj nauci ovisiti o interesu drugih društvenih disciplina za istraživanje pravnog fenomena, mogućeg zajedničkog multidisciplinarnog i interdisciplinarnog rada. Ovo nužno nije nedostatak, već mogućnost značajnije saradnje u okviru, prije svega, društvenih nauka. Od problema i nedostataka s kojima se susreće realistička pravna teorija, značajnije su prednosti koje ovaj pristup daje. Naime, realistička teorija prava ima potencijal da postane istinska opšta teorija prava. Klasična konceptualna analiza, sa svojim esencijalističkim pristupom i fokusom na specifičan pravni sistem, (po)ostala je veoma kontekstualna i parohijalna, iako je imala za cilj da bude opšta teorija prava putem koje će se pravo objasniti bez obzira na vrijeme i prostor. Jedan od problema analitičkog koncepta je u tome što se kretao i kreće

u okvirima jednog jedinstvenog koncepta prava. Realistička teorija prava, idući od analitičkog okvira klasične teorije prava, otvorila je prostor za analizu koncepata koji nemaju sve one elemente za koje analitička filozofija prava tvrdi da pravo nužno posjeduje. Pored toga, neesencijalizovani pristup realističke teorije prava tvrdi da pravo nužno ne posjeduje određene karakteristike niti da nužno ima određeni društveni efekt. Pravo kao društveni konstrukt nema nužne karakteristike, već one koje mu ljudi u svojoj konstrukciji konvencionalno daju. Ovo naravno ne znači da pravo nema određena *obilježja* i da pravo ne *vrši* određene funkcije. No, koja obilježja i kakav utjecaj ima u pogledu razloga za djelovanje ljudi, empirijsko je pitanje – pitanje iskustva. U tom smislu, realistička teorija prava je apstrakcija tog iskustva, evidencija konvencionalnog određenja koje mu ljudi daju, kako ga razumiju i sl. Ona je refleksivna teorija prava koja evidentira konvencionalno razumijevanje onoga što je pravo. U tom smislu, pravo onda nije samo *pravo države*, već sve ono što se konvencionalno imenuje pravo, od čega je pravo države samo jedan od normativnih fenomena kojima se ljudi vode prilikom uređenja međusobnih odnosa. Također, treba imati u vidu da je realistička teorija prava samo heuristički model kako bismo bolje razumjeli pravo kao normativni sistem i pravu slične normativne fenomene, njihov međusobni odnos i utjecaj. Pored toga, realistička teorija prava daje nam okvir za bolje razumijevanje kako pravo (a posebno pravo države) reaguje na društveni kontekst, posebno u postupku tzv. kontekstualne deliberacije pravila.

Smatram da je moguće krenuti od Hartovog analitičkog okvira, proširiti ga i modifikovati kako bi bio podesan za jednu realističku teoriju prava. Njegov rad u okviru teorije pravila kao teorije prakse, te njegova modifikacija u pravcu konvenciona-

lizma, prvi je korak u tom smjeru. On se dalje može razvijati u smjeru ili neesencijalizovanog konvencionalizma u teoriji prava Briana Tamanaha kojim se ustanovljava opšta teorija prava ili pravnog konvencionalizma izloženog u radu Andrejia Marmora s ciljem objašnjavanja izvora prava kroz pravilo priznanja kao utemeljujućih pravila jednog (državnog) pravnog sistema. U tom smislu, svoj rad usmjerio sam i na značajne uvide teorije konvencionalizma, a posebno shvatanja pravila priznanja kao konstitutivnih konvencija i analitičkog okvira podesnog za empirijsku provjeru, ili bolje rečeno, naturalizacije. Koliko god je rad i analiza metodoloških kretanja u okviru realističke teorije prava, toliko je i fokusiran na analizu pravila priznanja kao konstitutivne konvencije. Ovo je imalo za cilj da poveže i mapira načine na koje se pravilo priznanja, kao društvena činjenica, može naturalizovati kako bismo došli do njegovog sadržaja.

U ogledu sam imao za cilj da analiziram kritičke pristupe u pravu (unutrašnji i vanjski), fokusirajući se na unutrašnju kritiku izraženu kroz rad američkog pravnog realizma kao početka empirijskog usmjeravanja teorije prava. Kritika tada klasične teorije prava i teorije sudijskog presuđivanja pokazala je određene nedostatke i fokusirala interes na odbranu ili rekonceptualizovanje teorije sudijskog presuđivanja. Drugi značajni utjecaj ticao se naturalističkog obrata u filozofiji uopšte i uvođenja naturalizacije filozofije prava od strane Briana Leitera. Naravno, sama ideja naturalizacije, bilo supstancijalne ili metodološke, bilo kroz društvene ili prirodne nauke, ne daje nam metodološki okvir kako *pristupiti* naturalizaciji, već otvara prostor i za drugačije razumijevanje i pogled filozofije prava. Pored toga, teoretski i naučno opravdava usmjeravanje filozofije prava u pravcu drugih naučnih

disciplina. Metodološki put ipak nabolje je utvrđen kroz rad Briana Tamanaha, i najkonkretnije, kroz rad Denisa Galligana. To je izraženo i kroz mapiranje koraka ka naturalizaciji pravila priznanja kao jednog naučnog eksperimenta s ciljem saznanja šta je to što utječe na određenje šta je to pravo (države) u jednom pravnom sistemu.

I dio

Unutrašnja i vanjska kritika
te naslijeđe (američkog)
pravnog realizma

Kritički pogledi na pravo i pravnu teoriju

Ako bismo mogli govoriti o savremenim kritičkim pogledima na pravo, pravnu teoriju i metodologiju, one se po meni grubo mogu podijeliti u dva pristupa: (1) unutrašnja i (2) vanjska kritika. Kritika je i/ili usmjerena i usko povezana i s kritikom: (a) o prirodi prava, odnosno o konceptima o pravu; (b) metodologije koja se koristi u proučavanju, opisivanju i primjeni prava, te (c) poziciji s koje se kritikuje – da li je kritika usmjerena i kreće se unutar tradicionalne teorije prava i pravnog sistema (npr. stavovi o postojanju sistema u pravu, argumentaciji i pravnim konceptualizacijama) ili je kritika vanjska (npr. promatranje prava kao sistema dominacije klase; prava kao dominacije osobe bijele boje kože ili muškaraca u društvu u odnosu na žene). Kritika nužno ne znači razaranje prethodnog koncepta, ali može ići u tom pravcu. Ako je shvatimo konstruktivno, ona može značiti razvoj i gradnju kako bi se fenomen prava ili dijelovi prava bolje razumjeli i bolje objasnili.

U ovom ogledu, primarno ću se fokusirati na ono što možemo nazvati “unutrašnjom” kritikom, i to prije svega kroz naslijeđe američkog pravnog realizma i njegov “naturalistički” impuls i orijentaciju kao prethodnice okretanja ka naturalizaciji u pravu i njegovom teoretskom i praktičnom približavanju prirodnim i društvenim disciplinama. Sve, naravno, s ciljem kako bismo bolje razumjeli koncept prava ili dijelove koncepta prava u njegovom društvenom kontekstu. Ovo je moguće jedino ukoliko prihvatimo dualnu prirodu prava: normativnu i društvenu. U odnosu na vanjsku kritiku, u knjizi dajem jedan pregled, moguće razumijevanje kritike, poziciju s koje se kritikuje, i to kroz razvoj kritičkih pravnih

studija, te verzija koje se oslanjaju na ovaj pokret kao što su: feministička jurisprudencija, kritičke rasne studije, queer pravna teorija i sl.

Unutrašnja kritika/kritika iznutra: problemi s formalizmom

Unutrašnja kritika prava ostaje u okvirima koncepta prava poznatim i manje-više prihvaćenim pozitivnopravnih teorija. Ova kritika se najvećim dijelom odvijala (i odvija se) u okviru tradicije američkog² i skandinavskog pravnog realizma. No, zarad jasnoće čitanja, želim da naglasim da sam se u radu fokusirao na tradiciju i naslijeđe američkog pravnog realizma. Upravo je američki pravni realizam najviše utjecao na razvoj teorije prava u pravcu inter- i multidisciplinarnih metodologija, verzija sociološko-pravnih teorija, realističkih teorija prava, ali i kritičkih pravnih studija i njihovih verzija kao što su feministička jurisprudencija, kritičke rasne teorije i queer teorije prava. No, da se sada vratimo na elemente unutrašnje kritike prava u okviru tradicije američkog pravnog realizma.

Kritika američkog pravnog realizma, uopšteno promatrajući, kritika je formalizma kao metoda proučavanja, opisivanja i primjene prava. Formalisti razumijevaju pravo kao nauku baziranu na logici, odnosno kao konceptualni sistem koji je uređen, formalan i kompletan te je sposoban da da jedinstven i tačan odgovor na svaki slučaj koji bi došao u razmatranje (Faralli, 2005: 75). Pravni realizam je kritika pravnog formalizma u

2 Američki pravni realizam razvijao se od Prvog do Drugog svjetskog rata kao reakcija na formalizam koji je karakterističan za tradicionalnu pravnu teoriju koja se razvila u Sjedinjenim Američkim Državama početkom druge polovice 19. stoljeća (posebno u radu Ch. C. Langdella) (Faralli, 2005: 75).

pogledu njegovog stava kako validnost pravne norme nastaje u procesu presuđivanja (Olsen i Toddington, 2017: 2). Pravni formalizam vidi pravnu validnost kao produkt samodovoljnosti pravnog materijala tumačenog u svjetlu jedinstvenog načina svojstvene pravnoj logici, tj. pravnom rasuđivanju (Olsen i Toddington, 2017: 2). U pravu, revolt protiv formalizma dolazi iz uslovno rečeno dva bloka: (1) sociološke jurisprudencije predstavljene Oliverom Wendellom Holmesom, Roscoem Poundom i Benjaminom Cardozom i pravnih realista u *užem smislu* (Faralli, 2005: 75). Pravni realisti u *užem smislu* mogu se podijeliti na dva krila, i to blaži pravac predvođen Karlom Llewellynom i radikalno krilo predvođeno Jeromeom Frankom (Faralli, 2005: 75–76). No, pod pojmom pravni realizam možemo podrazumijevati i sve antiformalističke pokrete koji su se razvijali u SAD-u krajem 19. i početkom 20. stoljeća, pa samim tim i ove, uslovno rečeno, različite pokrete (Faralli, 2010: 75). Vodeći se poznatom tezom Olivera W. Holmesa da “život prava nije logika, već iskustvo”, realisti su djelovali kroz tri linije kritike:

1. kritika sistemskih koncepata i same ideje “sistema”;
2. kritika dogmatskih koncepata i pravnih konceptualizacija i
3. kritika pravne argumentacije (Faralli, 2005: 76).

Prema realistima, klasična jurisprudencija postala je previše politički motivisana maskirajući preferencije kroz apstrakciju i sistematizaciju pravnih kategorija (Faralli, 2005: 76). Zagovalali su, u tom smislu, manje formalnu jurisprudenciju koja bi bila bazirana u kontekstu (Faralli, 2005: 76). Ovakav pristup mogao bi se nazvati i razvijati u pravcu jedne “kontekstualne jurisprudencije” koja je vezana za određeni društveni okvir (npr. društvenu sferu; semiautonomne društvene sfere;

društvo) i za kontekste pojedinih oblika prava države koji se onda potencijalno u teorijskom i praktičnom smislu mogu razlikovati. No, drugi pravni realisti smatrali su da nije problem u činjenici da je pravna teorija politički motivisana, već da je politički motivisana u pogrešnom pravcu (Faralli, 2005: 76). Prema tome, ciljevi pravnih realista bili su kontradiktorni: s jedne strane, željeli su ispraviti deformacije uzrokovane pristrasnim pravnim metodama te oblikovati koncepte u okviru “čišćeg” i “neutralnijeg” sistema, dok su s druge strane tvrdili da je pravo nerazdvojivo politički motivisano i da treba raditi na odgovarajućem sistemu političkih vrijednosti (Faralli, 2005: 76). Samim tim pravnu teoriju i pravo treba usmjeravati prema prihvaćenom sistemu političkih vrijednosti date zajednice. Pored toga, pravni realisti tvrdili su da se pravo odvojilo od realnog života (Faralli, 2005: 76). Ova kritika bila je usmjerena prema ideji “autonomije prava”, centralne dogme svih klasičnih pravnih ideja (Faralli, 2005: 76). Među pravnim realistima nije bilo sumnje da pravo treba bliže da upravlja životom, formirajući pravne kategorije koje su bliže usklađene s društvenom realnošću i koje su sposobnije da bolje reflektuju njenu kompleksnost (Faralli, 2005: 76). No, neki su shvatili kritiku koncepta autonomije prava u pravcu da pravo i pravna pitanja treba fundirati i usmjeravati u diskursu moralne i političke filozofije, te posljedično dizajnirati pravo na tim osnovama (Faralli, 2005: 76). Drugi su, pak, smatrali da zadatak približavanja prava realnosti treba usmjeriti u pravcu društvenih nauka s ciljem oslikavanja društvenih odnosa (Faralli, 2005: 76). Značaj ovih kritika, veoma često kontradiktornih, ogleda se u razvoju dva odvojena pravca: jednog kritičkog i drugog reformatorskog (Faralli, 2005: 76). Pravni realizam kao pokret donio je promjene u praksi, doktrini i u oblasti pravnog obrazovanja (Faralli, 2005: 77).

Ako bismo iz prethodnog izlaganja mogli izdvojiti dijelove koji su usmjereni na unutrašnje elemente sistema prava, onda ono što nazivam *unutrašnja kritika* ostaje u sferama prava države, te konceptata pravnog pozitivizma nastalih na njenim osnovama. Mislim da je veoma bitno učiniti jasnom distinkciju o kojim teorijama i o kojem pravu se govori. Kritika pravnog realizma, iako vezana za teorije, koncepte i pristupe američkog prava značajna je i za svaki teoretski pristup koji teži unapređenju proučavanja fenomena prava, a i praktično-empirijski kojim se želi pratiti utjecaj prava na društvo, njegovu interakciju, dijalektiku, te utjecaj društva na pravo. Kritika je utjecala na razvoj, s jedne strane, kritičke struje i povezivanje prava s moralnom i političkom filozofijom, te s naučnim metodama društvenih nauka, s druge strane. Ovo će za posljedicu imati i razvoj interdisciplinarnosti i multidisciplinarnosti, te povezivanje prava s drugim filozofskim, humanističkim i društvenim disciplinama. U odnosu na teoriju prava, novi pokreti i njihov naučni, kritički i filozofski potencijal, utjecat će na razvoj novih i modifikovanje postojećih teorija prava (neesencijalistička teorija prava, realistička teorija prava, sociološki informisana teorija prava, pristup pravo-i-društvo). Utjecaj pravnog realizma može se promatrati u:

1. praktičnom,
2. naučnom,
3. teorijskom i
4. epistemološkom smislu.

Ipak, pravni realizam nije utjecao na radikalnu promjenu koncepta prava (jer su teorije pozitivnog prava dominantno strukturalne), ali je utjecao na prihvatanje određenih stavova, širenje pogleda i modifikovanje starih stajališta. Njegov utjecaj

najviše se osjetio u domenu jezika prava, pravne argumentacije i interpretacije. Zato i ne treba da čudi kako je i fokus kod određenih pravnih realista bio na pitanjima presuđivanja (u pogledu postojanja pravila – *rule scepticism*, metoda pravnog silogizma i postojanja “jedinog mogućeg logičkog rješenja” za konkretan pravni slučaj). Ovaj oblik kritike pokušavao se uobličiti u *teoriju presuđivanja* kao jednog posebnog, ali i veoma značajnog, oblika pravnog realizma.

Filozofska i naučna inspiracija pravnog realizma i korak ka metodologiji realističke teorije prava

Jedan od opštih ciljeva svake nauke je razlikovanje onoga što je “stvarno” i “aktuelno” u odnosu na ono što je samo “prividno” (Olsen i Toddington, 2017: 4). U tom smislu, reći za nekoga da je “realist” u pogledu naučnog pristupa znači jednostavno odbaciti lakovjernost jednostavne prividnosti (Olsen i Toddington, 2017: 4), ili, jednostavnije, posmatrati i razumjeti fenomene u njihovoj “realnoj” manifestaciji. Kako piše David Moskowitz 1966. godine, značajni napredak koji je ostvaren na području prirodnih nauka utjecao je i na promjene i u domenu društvenih nauka (Moskowitz, 1966: 480). Naglasak je bio na procesima prikupljanja, posmatranja i bilježenja činjenica (Moskowitz, 1966: 480). Također, pragmatizam i instrumentalna logika razvili su se kako bi novom empiricizmu dali filozofsko utemeljenje (Moskowitz, 1966: 481). Pokret američkih pravnih realista djelimično je bio rezultat tih promjena, ali i saveznik novih škola koje su se razvile u okviru društvenih nauka (Moskowitz, 1966: 481). Već tada možemo govoriti o tri različita shvatanja “empirijske nauke o pravu”, i to kao:

1. proučavanja efekata prava i različitih pravnih pravila (kao primarno sociološke prirode);
2. studija trenutnih uslova i konteksta koji pomažu stvaranju prava;
3. empirijskog istraživanja objašnjenja ili opisivanja sudijskog ponašanja (Moskowitz, 1966: 481).

Imajući u vidu prethodno rečeno, pravni realizam artikulisao je nekoliko kritičkih stavova koji se mogu izložiti na sljedeći način: (1) nezadovoljstvo s propustima i greškama pravnog formalizma i/ili (2) navodni propusti pravne nauke da se pridržava klasičnih istraživačkih i objašnjavajućih tehnika pozitivističkog modela empirijskih nauka (Olsen i Toddington, 2017: 4). Posljednja kritika vezana je za averziju prema normativnim i moralnim sudovima u formiranju koncepta prava ili prilikom opisivanja bilo kojeg pravnog fenomena (Olsen i Toddington, 2017: 4). Ponekad ovaj poziv za pozitivističko-empiristički pristup ide i dalje od jednostavno “moralno neutralnog stava” i insistira na radikalnom moralnom nekognitivizmu (Olsen i Toddington, 2017: 4). Moralni nekognitivizam negira naučni značaj ili upute na moralne koncepte jer oni nisu empirijski provjerljive tvrdnje niti analitičke samoevidentne tautologije (Olsen i Toddington, 2017: 4). Ovaj vid epistemološkog ekstremizma neizbježan je produkt logičkog empiricizma koji smatra da je nemoguće smisljeno diskutovati o bilo kojem objektu ili procesu koje nije moguće direktno promatrati i posljedično “nomologički” objasniti (Olsen i Toddington, 2017: 5). Ova postbečka i pred-Quienova opsjednutost s ovim oblikom empiricizma je samo jedan mali dio povijesti pravnog realizma (Olsen i Toddington, 2017: 5). Osim skandinavskog entuzijazma, ova temeljna opsjednutost s empiricismom može se opisati ezoteričnom u odnosu na bogatstvo i značaj kritike

američkog pravnog realizma upućene pravnom formalizmu (Olsen i Toddington, 2017: 5). No, šta jeste, a šta nije pravni realizam? Kako navode Olsen i Toddington, prije svega, *realizam je kritika formalizma* (Olsen i Toddington, 2017: 5–6), no kritika koja je prvenstveno *konceptualna* (Olsen i Toddington, 2017: 6). Pravni realizam nije pozitivistički pristup koji nam omogućava da ravnamo podatke koje smo skupili direktnom opservacijom ili sakupljanjem podataka o opipljivim fenomenima sa “stvarnim” ili “aktuelnim” u oblasti prava (Olsen i Toddington, 2017: 6). Dalje, pravni realizam u svojoj klasičnoj američkoj fazi, pa sve do danas, fokusira se na proces presuđivanja kao najznačajnijeg ili esencijalnog aspekta pravne djelatnosti (Olsen i Toddington, 2017: 7). Nukleus koncepta i prakse presuđivanja čini ideja da postoji poseban oblik mišljenja jedinstven za procese u pravu – pravno rasuđivanje – koje kada se stručno primjenjuje kroz aktivnost primjene pravnih normi kreira pravnu validnost (Olsen i Toddington, 2017: 7). Ovaj poseban oblik normativne logike, koji nazivamo i pravno rasuđivanje ili pravno rezonovanje, jeste meta kritike starog i novog američkog pravnog realizma (Olsen i Toddington, 2017: 7). Kritika upućena formalizmu ne odnosi se samo na set kodifikovanog pravnog materijala (“pravo u knjigama”), već i na naučne pristupe i pretpostavke u pogledu tog pravnog materijala te na pravno rasuđivanje uopšte (Olsen i Toddington, 2017: 7). No, pravni realizam nije opsjednut s nečim što bi se odmah moglo prikupiti i opipati u odnosu na neki pravni fenomen, već se pravni realizam “rodio” kao akutni prigovor poremećaju normativnog integriteta bazičnih principa prava (Olsen i Toddington, 2017: 10). Odnosno, ovo se može promatrati kao kritika sudačke tehnike da obavlja svoju legitimnu funkciju onako kako se od nje očekuje (Olsen i Toddington, 2017: 10). U fokusu kritike, recimo Hermana Oliphanta, nije mehanička

primjena prava ili mehaničko rasuđivanje, već formalističko oslanjanje na vlastite “pravne fikcije” i generalizacije koje, namjerno ili slučajno, onemogućavaju “pravno tretiranje životnih tokova” na način koji bi bio adekvatan (Olsen i Toddington, 2017: 10). Formalizam tako čini pravne principe odvojene od realnih zahtjeva kontingentnosti i jedinstvenosti realnih društvenih situacija (Olsen i Toddington, 2017: 11). Formalizam vjeruje u pravnu samodovoljnost, te polazi od apriornog uvjerenja da pravo može dati *jedan mogući odgovor* na sva pitanja presuđivanja (Olsen i Toddington, 2017: 11). Prema tome, formalizam je neadekvatan model za pravno rasuđivanje, ali i za pravnu nauku (Olsen i Toddington, 2017: 14). Formalizam nije u stanju da objasni transformativnu i dinamičku aktivnost prava (Olsen i Toddington, 2017: 14). Odnosno, pravo je *transformativno* na način da je sposobno da kategorizuje i kodira konfliktnu “interakciju života” i interakciju *kroz* pravo (Olsen i Toddington, 2017: 14). Pravo je *dinamično* iz razloga što se mora stalno razvijati, i to ne samo u potrazi već i u invenciji normativnih izvora koji će održati njegovu proceduralnu i normativnu autonomiju (Olsen i Toddington, 2017: 14). Prema Olsenu i Toddingtonu, pravnom realizmu nije dovoljno samo pokazati da pravna validnost nije svojstvena samo kao inherentna i esencijalna kvaliteta formalne doktrine ili procedure, već mora dokazati da se ona potvrđuje i nalazi u dijalektici obostranog uslovljavanja i interakcije između pravne doktrine i društvenog života (Olsen i Toddington, 2017: 14). Da bi se uspjelo u stvaranju teorije koja će oslikati kontekst u kojem se odvijaju transformativna i dinamička svojstva prava, pravni realizam treba da uspije ondje gdje formalizam nije (Olsen i Toddington, 2017: 14). To znači da je, kao što su i američki i skandinavski pravni realizam tvrdili, potrebno integrisati juriđičko i sociološko razumijevanje (Olsen i Toddington, 2017:

14–15). Naravno, ovdje se najviše misli na kontekst presuđivanja i na formiranje uvjerljive teorije pravnog presuđivanja. U tom smislu, unutrašnja kritika prava ostala je u oblasti sudijskog presuđivanja u okviru kojeg pronalazi sasvim podešan prostor za povezivanje prava i drugih naučnih disciplina. Ipak, značajni su stavovi kojima se želi integrisati sociološko i juridičko razumijevanje pravnog fenomena. Pravo ima dualnu prirodu i *realno* objasniti pravni fenomen podrazumijeva bilo multi- ili interdisciplinarni pristup, odnosno razvoj i primjenu dualne i refleksivne metodologije.

Naslijeđe američkog pravnog realizma

Kako navodi Brian Leiter, američki pravni realizam predstavlja intelektualni pokret koji se razvijao u Sjedinjenim Američkim Državama. Pokret je činio krug profesora prava i pravnika tokom 1920-ih i 1930-ih uključujući Karla Llewellyna, Jeromea Franka, Felixa Cohena, Hermana Oliphanta, Waltera Wheelera Cooka, Underhilla Moorea, Hessela Yntemu i Maxa Radina (Leiter, 2010: 249). Oni su se zalagali za jedan *realistički* pristup u pogledu načina na koji sudije donose odluke (Leiter, 2010: 249). Kako sudija donosi odluku u konkretnom slučaju zavisi od više (a) psiholoških i (b) socioloških faktora, bilo da su svjesni ili nesvjesni činjenica na osnovu kojih donose odluku/e (Leiter, 2010: 249). Na sudsku odluku utječu razni psihološki faktori koji idu od političke ideologije, institucionalne uloge sudije, pa sve do ličnosti sudije (Leiter, 2010: 249). Ovim se prepoznaje da su sudije i odluke koje oni donose pod utjecajem i drugih faktora, a ne samo pravnih normi (Leiter, 2010: 249). Sudije i advokati otvoreno uzimaju u obzir političke posljedice pravnih normi i odluka, te se u razmatranje uzima ekonomski, politički

i historijski kontekst sudskih odluka³ (Leiter, 2010: 249). Bez obzira na teoretske nedostatke, pravni realisti su ipak uspjeli da razviju koherentnu teoriju prava i pravnog presuđivanja (Leiter, 2010: 249). Možda je u ovom posljednjem njihov i najznačajniji doprinos. Ovom je doprinijela i fundamentalno drugačija metodologija u odnosu na tradicionalnu konceptualnu koja je dominirala anglo-američkom filozofijom 20. stoljeća⁴ (Leiter, 2010: 250). U odnosu na različite elemente, dva su centralna koncepta prava koji traže filozofsku eksplikaciju: (1) od svih normi koje regulišu ponašanja u društvu, samo neke nazivamo “pravom” a utvrđuju se putem kriterija pravne validnosti i (2) određena norma je “pravna” zato što daje razlog za djelovanje (kojim se utvrđuje normativnost prava) (Leiter, 2010: 250). Kriterijem pravne validnosti utvrđuje se prostor “pravnosti”, te razlikovanje od moralnih i drugih normi u društvu (Leiter, 2010: 250). Samim tim utvrđuje se i opseg sudske obaveze: sudije trebaju biti ograničene i primjenjivati norme prava (Leiter, 2010: 250).

Veći dio pravnog realizma konstruisao se oko kritike konceptualne analize te formiranja teoretskog prava koje možemo nazvati “predikciona teorija prava”. Prema ovoj teoriji, norma je norma prava jedino ukoliko utemeljuje ispravno predviđanje onoga što će sud da učini (Leiter, 2010: 250). Prema tome, kriterij pravne validnosti određuje ono što sudovi čine u konkretnom slučaju, te ispravan stav o pravu je ekvivalentan ispravnoj predikciji šta će sud da učini u konkretnom slučaju (Leiter, 2010: 250). Problem s ovakvim konceptom prava leži u činje-

3 Pravni realisti neprijateljski su bili raspoloženi prema sistemskom teoretiziranju i negirali su postojanje “realističke” škole mišljenja (Leiter, 2010: 249).

4 Konceptualna analiza, u najjednostavnijem obliku, metoda je putem koje se daju objašnjenja značenja konceptata koji figuriraju u različitim ljudskih praksama (Leiter, 2010: 250). Ovim se metodom, koji je suštinski intuitivan, žele objasniti realne i postojeće društvene institucije, te se kroz jasniju svijest o riječima kojima se opisuju pojave izoštriti percepcija o fenomenima (Leiter, 2010: 250).

nici što je preuzak i fokusira se na isključivo djelovanje sudova. Pravni odnosi nastaju i prestaju bez nužnog uključivanja suda u određivanju sadržaja pravne norme. Pored toga, predikaciona teorija ne uzima u obzir “unutrašnji” aspekt pravnih pravila – njihov status kao razlog za djelovanje (Leiter, 2010: 251). No, mnogo bitnije, pravni realisti nisu koristili konceptualnu analizu kao metodu kritike (Leiter, 2010: 251). Oni su, recimo, bili zainteresovani za značenje koje advokati imaju za koncept prava; o načinu na koji pravo djeluje na praktični rad pravnika i sl. (Leiter, 2010: 251). No, ukoliko pravni realisti nisu koristili konceptualnu analizu, šta su onda koristili kao metodu? Zanimljivo je napomenuti da je u opštoj filozofiji od 1960-ih konceptualna analiza prestala da bude korištena kao dominantna metoda, osim u filozofiji prava (Leiter, 2010: 251). Ovaj opšti razvoj u metodologiji možemo nazvati i “naturalistički zaokret” u filozofiji te upravo u ovome možemo da nađemo ključ “realističke” metodologije (Leiter, 2010: 251). Tako da ne možemo reći za pravne realiste da su bili loši filozofi prava, već da su bili naturalisti prije svog vremena (Leiter, 2010: 251). Naturalisti u filozofiji dijele zajednički metodološki pristup: filozofsko teoretiziranje treba biti u kontinuitetu i uslovljeno empirijskim istraživanjima u prirodnim i društvenim naukama (Leiter, 2010: 251). Ono neće pristupiti istraživanju nekog fenomena iz izolovanog prostora istraživačkog kabineta, već će tražiti relevantne empirijske podatke u vezi s fenomenom kojeg istražuje, te na bazi podataka iz različitih naučnih disciplina konstruisati filozofsku teoriju (Leiter, 2010: 251). Dominantan pristup naturalizacije u pravnom realizmu je tip “zamjenskog naturalizma” prema kojem istraživanja odnosa između dokaza i teorije treba da smjestimo u prostor ljudske kognicije i psihologije. Underhill Moore, prije nekih 25 godina, smatrao je da prostor jurisprudencije treba da smjestimo u polje bihevi-

oralističke psihologije (Leiter, 2010: 252). Naravno, ovdje ne govorimo o naturalizaciji cijelog prostora filozofije prava, već ga smještamo u prostor teorije presuđivanja. U tom smislu, pravni realizam postavljamo u prostor kognitivne psihologije, odnosno uopšteno društvenih nauka, te napuštamo normativnu ambiciju da govorimo sudijama kako *treba* da odlučuju u pravnim slučajevima, već se okrećemo *opisivanju* kauzalnih odnosa između ulaznih podataka (činjenica i prava) i rezultata (sudske presude) (Leiter, 2010: 252). Ovim se razvija put ka potpuno naturalizovanoj deskriptivnoj teoriji presuđivanja, u odnosu na konceptualnu teoriju kriterija pravne validnosti ili konceptualne teorije presuđivanja (Leiter, 2010: 252).

No, zašto bismo napustili ambicije konceptualne analize u korist zamjenskog naturalizma (Leiter, 2010: 252)? Da bismo razumjeli razloge za ova metodološka unapređenja, trebamo se podsjetiti nekih argumenata pravnih realista. Naime, možemo tvrditi da je na određenom nivou pravo (1) *racionalno* neodređeno i to kada je “klasa pravnih razloga” nedovoljna da opravda jedinstveno i jedno rješenje pravnog spora (Leiter, 2010: 252). Klasa pravnih razloga obuhvata one razloge koji su odgovarajuće i pravilne osnove za opravdavanje sudske odluke (Leiter, 2010: 252). To bi, recimo, bilo korištenje ranijih i analognih slučajeva. Drugo, možemo tvrditi da je pravo (2) *lokalno* neodređeno kada je neodređeno samo u određenom spektru pravnih slučajeva (npr. kada slučajevi dođu do nivoa apelacijskih sudova) (Leiter, 2010: 253). Treće, pravo može biti (3) *globalno* neodređeno kada smatramo da je sadržaj prava neodređen u svim slučajevima; (4) pravo je *kauzalno* neodređeno ukoliko je klasa pravnih razloga nedovoljna *da uzrokuje* i vodi sudiju da donese samo jedno rješenje u tom slučaju (Leiter, 2010: 253). Da bismo razumjeli ovu poziciju, moramo pretpostaviti da postoje relevantni “pozadinski uslovi”:

sudije su racionalne, poštene i kompetentne osobe, te ne čine greške u svom radu (Leiter, 2010: 253). Pravo je kauzalno neodređeno samo u onoj situaciji u kojoj klasa pravnih razloga uzeta zajedno s relevantnim “pozadinskim uslovima” i dalje nedovoljna da uzrokuje da sudija donese samo jednu odluku u datom slučaju (Leiter, 2010: 253). Svi pravni realisti brane dvije teze u vezi s neodređenošću prava: (1) pravo je lokalno neodređeno, ali ne i globalno; (2) pravo je kauzalno neodređeno u slučajevima kada je racionalno neodređeno; a neki pravni realisti smatraju da je (3) pravo kauzalno neodređeno čak i kada je racionalno određivo i kada postoje pozadinski uslovi (sudija je racionalan, kompetentan i pošten) (Leiter, 2010: 253). No, da vidimo detaljnije šta su prema Leiteru tipovi ove neodređenosti.

1. Racionalna neodređenost

Klasa pravnih razloga uobičajeno uključuje *izvore* prava (zakon, sudske odluke i sl.) i legitimne načine *tumačenja* prava i pravnog rezonovanja izvora prava (Leiter, 2010: 253). Moglo bi se misliti da postoji previše pravnih izvora ili da postoji previše konkurirajućih izvora prava (Leiter, 2010: 253). U tom smislu, racionalno je nemoguće doći do jednog rješenja u pravnom sporu. Pravni realisti tvrde da racionalna neodređenost rezultira zbog činjenice da postoji previše konkurirajućih, ali jednako legitimnih načina intepretiranja prava i pravnog rezonovanja izvora, što dovodi do konflikta pravnih pravila (Leiter, 2010: 253). Neodređenost se ne odnosi samo na korištenje pravnih izvora i načina interpretacije zakona i sudskih odluka, već i na način na koji sudije procjenjuju činjenice slučaja (Leiter, 2010: 254). No činjenice slučaja ne dolaze sa svojim vlastitim opisom, te se moraju promatrati kroz prizmu pravnih propisa i pravnog okvira (Leiter, 2010: 254). Ovo znači da sudije legitimno mogu

okarakterisati iste činjenice na različite načine, koristeći čak i različita pravila, a i dalje imati opravdanje da donesu više od jedne odluke ovisno kako posmatra činjenice slučaja (Leiter, 2010: 254). Dakle, racionalno se može opravdati mogućnost da postoji više konkurirajućih izvora prava, legitimnih ali i različitih metoda tumačenja i pravnog rezonovanja, te činjenica koje se posmatraju u pravnom kontekstu racionalno dajući osnovu za različite odluke u jednom pravnom sporu.

2. *Lokalna neodređenost*

Za razliku od kritičkih pravnih studija koje su smatrale da je pravo globalno neodređeno, većina pravnih realista smatrala je da je pravo samo *lokalno* neodređeno, odnosno da klasa pravnih razloga nije mogla dati opravdanje za donošenje jedinstvenog rješenja samo u određenom ograničenom broju slučajeva (Leiter, 2010: 254). Naravno, ova neodređenost veže se uglavnom za sporove koji se vode pred apelacijskim, vrhovnim te ustavnim sudovima dok možemo opravdano smatrati da je stepen neodređenosti manji na nižim, prvostepenim sudovima.

3. *Kauzalna neodređenost*

Svi pravni realisti smatrali su da je pravo na određenoj tački kauzalno neodređeno u situaciji kada je racionalno neodređeno (Leiter, 2010: 255). Ovaj stav prati dvije pretpostavke: (1) pravo vrši kauzalni utjecaj kroz pravne razloge i (2) ukoliko postoje “pozadinski razlozi”, ti razlozi ne mogu biti jedini uzrok za odluku ukoliko oni na jedinstven način opravdavaju tu odluku (Leiter, 2010: 255). Ukoliko je pravo na određenom nivou posmatranja racionalno neodređeno, onda pravni razlozi mogu racionalno opravdati donošenje više od jednog rješenja

(Leiter, 2010: 255). Mnogi realisti su smatrali da različiti psihološki i sociološki faktori utječu na donošenje odluka. Naime, smatralo se da je pravo kauzalno neodređeno upravo iz razloga što ne postoje “pozadinski uslovi” (da ponovim, sudija je racionalan, pošten i kompetentan) (Leiter, 2010: 255). Ovo naravno otvara i razna druga pitanja vezana za legitimitet sudskog postupka (Leiter, 2010: 255). Neki realisti su išli i dalje i tvrdili da je pravo kauzalno neodređeno, čak i kada je racionalno određeno i kada postoje pozadinski uslovi, upravo iz razloga što su pravni razlozi kauzalno nedjelotvorni (Leiter, 2010: 255). Ovaj stav je najjasnije bio izražen kod Moorea koji je smatrao da je naturalistički imperativ da pravno teoretiziranje treba biti kontinuirano vezano za empirijska istraživanja u društvenim naukama (Leiter, 2010: 255).

Dakle, pravni realisti su predložili nešto slično što će predložiti i naturalizovana epistemologija. Naime, njihova teorija sudskog presuđivanja bavi se pitanjima veze između činjenica, pravnih pravila, te pravnog rezonovanja i tumačenja (ulazni podaci) i sudske odluke (izlaz, rezultat) (Leiter, 2010: 256). Ukoliko je pravo uvijek racionalno neodređeno, onda nikakva normativna i fundacionalna epistemologija nije moguća (Leiter, 2010: 256). Ne postoji normativna i fundacionalna veza između klase pravnih razloga i pojedinačne odluke jer upravo ti razlozi mogu da opravdaju više od jedne odluke (Leiter, 2010: 256). Imajući u vidu da je ovaj klasični normativni projekt propao, realisti predlažu *deskriptivni pristup* onoga što se može naći kao ulazni podaci (pravni izvori, pravno rezonovanje i činjenice) i sudske odluke, i to kroz podvođenje teorije presuđivanja u okvire naučnog pristupa sudskog ponašanja (Leiter, 2010: 256).

Realisti, kao filozofski naturalisti, nastojali su da svoje teoretiziranje o presuđivanju povežu s naučnim istraživanjem (Leiter, 2010: 257). Većina realista pristupala je naučno i metodološki utemeljeno proučavanju fenomena presuđivanja, ali jedino je Moore sistematično povezao društveno-naučno istraživanje s poljem istraživanja sudskog presuđivanja (Leiter, 2010: 257). Također, značajno je napomenuti da su modeli psihološkog, antropološkog i društvenog istraživanja u Moorea radu, ali i kod realista, bili generalno pozitivistički (ne i hermeneutički): mi imamo za cilj da proučavamo ljudsko (ili sudsko) ponašanje na način na koji proučavamo prirodni svijet oslanjajući se na odvojeno posmatranje s ciljem formuliranja kauzalnih zakona (Leiter, 2010: 257). Okrećući se prema prostoru presuđivanja, naturalistički impuls pravnog realizma ide u pravcu formulisanja zakona sudskog ponašanja baziranog na faktičkom i aktuelnom posmatranju onoga što sudovi rade u konkretnim slučajevima (Leiter, 2010: 257). Iako se realisti slažu oko nekih ključnih tačaka, oni se radikalno dijele oko pitanja šta determiniše kako sudije odlučuju o činjenicama (Leiter, 2010: 258). Frank i Hutcheson su smatrali da ono što utječe na sudije u odnosu na činjenice određenog slučaja idiosinkratične je prirode i odnosi se na psihologiju i individualnost pojedinačnog sudije (Leiter, 2010: 258). Kako je tvrdio Frank, ličnost sudije ključna je u sudstvu (Leiter, 2010: 259). Drugo krilo, predstavljano Llewellynom i Mooreom, smatrali su da je sudijski odgovor na činjenice sociološki determinisan te da se ti odgovori mogu predstaviti kroz određene obrasce čineći generalizaciju i predviđanje mogućim (Leiter, 2010: 258). Sociološko krilo nije negiralo činjenicu da su sudije ljudska bića s određenim individualnim karakteristikama, smatralo je da sudska odluka nije samo izraz njegovog individualizma, već ga trebamo posmatrati kao dio institucionalnog sistema i uslovljenog društvenim faktorima (Leiter, 2010: 259).

Vanjska kritika – *Outsider Jurisprudence*⁵

Već 1970-ih, djelimično zbog utjecaja i neopragmatizma na filozofiju, razvijaju se pokreti kao što su: ekonomska analiza prava, kritičke pravne studije, feministička pravna teorija i sl, (Faralli, 2005: 77). Oni su se pozivali, ali i povezivali s različitim segmentima pravnog realizma, naglašavajući odgovarajuće dijelove kritike, dok su se neki proglašavali i za legitimne nasljednike. Ove postmoderne pravce u proučavanju prava i njegove kritike nazivam “vanjskom kritikom”. Neki autori nazivaju prostor vanjske kritike prostorom “vanjske jurisprudencije” (*outsider jurisprudence*).

Pokret za kritičke pravne studije (CLS) počeo se razvijati ranih 1970-ih godina (Delgado, 1993: 743). Konkretnije, CLS oficijelno je počeo 1997. godine s konferencijom na Univerzitetu Wisconsin – Madison (Legal Information Institute, s. a.). Kritička misao, ali i kritika kao metoda, može se pratiti u radu teoretičara kao što su: Heidegger, Gramsci, Foucault, Derrida, Marx, Gadamer i drugi, koji su ušli u akademski i intelektualni prostor Sjedinjenih Američkih Država kroz sociologiju, historiju, antropologiju i književnost. Kritički pristup u pravu počeo je 1970-ih kada su strukturalizam i dekonstrukcija promijenili način na koji razumijemo interpretaciju teksta (Delgado, 1993: 744; Unger, 1983; Duncan, 2017; Gordon, 1982/1990). Kritičke pravne studije, kao teorija i kao praksa, polaze od premise da je pravo nužno povezano s društvom i društvenim sferama, te da je pravo neminovno društveno limitirano, ili jednostavno, postavljeno u društveni kontekst koji uvjetuje

⁵ Vanjska kritika je većim dijelom obrađena u članku: Banović, Damir. *Queer Legal Theory*. (2023). U: *Feminist Approaches to Law: Theoretical and Historical Insights*, Dragica Vujadinović et al. (ur.), 73–91. Cham: Springer Nature. <https://doi.org/10.1007/978-3-031-14781-4>

njegov sadržaj, djelovanje i interpretaciju. Posljedično, pravo se može posmatrati i kao instrument putem kojeg dominantna grupa štiti svoje interese i održava moć, te se koristi kao sredstvo ugnjetavanja. Iako postoje različiti pristupi, možemo izvući neke zajedničke karakteristike kritičkih pravnih studija:

1. nastoje pokazati neodređenost prava i pravne doktrine, te demonstrirati kako bilo koji set pravnih principa može podržati konkurirajuće ili suprotne rezultate;⁶
2. koriste historijsku, socio-ekonomsku i psihološku analizu s ciljem da identifikuje kako određene grupe ili institucije imaju koristi od različitih pravnih odluka (bez obzira na dokazanu neodređenost prava);
3. pokazuju kako pravna analiza i pravna kultura mistificira vanjske učesnike i djeluje na način da pokaže kako su pravni rezultati legitimni;
4. otkrivaju postojanje deprivilegovanih grupa i održavanje njihovog diskriminišućeg položaja kroz pravo.

Kritičke pravne studije značajno su utjecale na kasnije pokrete (ali i teorije) kao što su radikalni feminizam, kritičke rasne studije i queer pravne studije (vidi više: Delgado, 1993: 744). Od kritičkih pravnih studija “posudile” su: (1) skepticizam prema tvrdnji o pravu kao nauci; (2) propitivanje da li tekst ima samo jedno značenje i (3) nepovjerenje prema tvrdnji o pravu kao neutralnom i objektivnom (Delgado, 1993: 744). Ovi pokreti propitali su i dominantan način posmatranja prava kao nepristrasnog, nudeći perspektivu koja je više kontekstualna, te bazirana na narativu i iskustvu (Delgado, 1993: 745). Naracija

⁶ Pravni principi i pravna doktrina mogu biti neodređeni u dva pravca. Prvi podrazumijeva da pravna pravila immanentno sadrže unutrašnje praznine, kontradiktornosti i neodređenosti, bez obzira na to da li se radi o “teškim” ili “jednostavnim” pravnim slučajevima. Drugi podrazumijeva konflikt u pravnim principima koji podržavaju pravne norme i koje su baza njihove interpretacije.

uključuje kronike, parabole, suprotne priče, te uzima u obzir piščevo lično iskustvo (Delgado, 1993: 751). Kako dalje nastavlja Delgado, naracija djeluje na način da nužno ne podržava samo jedan argument; balansira u pristupu različitim modela ili pristupa pravnom pitanju, te tipično nema za cilj mijenjanje doktrine već načine razmišljanja (Delgado, 1993: 751). Autori koji pišu o naraciji u pravu uobičajeno primjenjuju, koriste ili analiziraju “glasove” i narative koji smještaju žene, rasu ili queer u centar tih glasova, tretirajući pravo kao priče, a suđenja kao teatar (Delgado, 1993: 759).

U odnosu na američki pravni realizam, kritičke pravne studije pokušavaju da prošire neke aspekte svoje metodologije, posebno kroz (1) tezu o protivrječnosti i (2) tezu o (sudijskoj) diskreciji, stvarajući vlastite koncepte i metodologiju. No, fundamentalna razlika između američkog pravnog realizma i kritičkih pravnih studija je upravo *u poziciji s koje se kritikuje*: dok američki pravni realizam ostaje u okviru koncepta pravnog pozitivizma i u okviru pravnog sistema, kritičke pravne studije zauzimaju “vanjsku” poziciju. Američki pravni realizam kritikuje argumente, koncepte i doktrine razvijene u okviru tradicionalnih teorija prava s ciljem da proširi i unaprijedi razumijevanje prava i u isto vrijeme ostaje *u okvirima pozitivnog prava*, dok kritičke pravne studije kritikuju pravo *kao takvo iz vanjske pozicije* koristeći različite argumente i metode kao što su dominacija, moć, dominantna ideologija i sl. Pored toga, kritičke pravne studije pokušavaju radikalno proširiti aspekte američkog pravnog realizma u pravcu marksističke kritike preovladavajuće liberalne jurisprudencije (Himma, s. a.). Realisti su bili duboko skeptični u pogledu tvrdnje da je sudsko zakonodavstvo raritet. Iako nisu u potpunosti odbacivali ideju da sudije mogu biti ograničeni pravilima (npr. ustav, zakon,

podzakonski propisi), realisti su tvrdili da sudije, koristeći se svojim diskrecionim pravom, mnogo češće stvaraju pravo nego što se to pretpostavljalo. Argumentacija se razvija dalje, te se tvrdi da je sudijska diskrecija vođena političkom, moralnom ili ideološkom intuicijom u pogledu prava i činjenica slučaja, i to mnogo češće nego što to pravni pozitivizam i prirodnopravne teorije žele da priznaju. Dok pravni realisti tvrde da je neodređenost prava lokalnog karaktera (u smislu da se ograničava na određenu klasu slučajeva), kritičke pravne studije tvrde da je pravo radikalno i globalno nedeterminisano u smislu da dostupan pravni materijal rijetko, ako ikad, logički osigurava jedinstven ishod (Himma, s. a.). Pored toga, kritičke pravne studije značajno naglašavaju ulogu ideologije u oblikovanju sadržaja prava (Himma, s. a.). Ovo ustvari znači da sadržaj prava nužno reflektira ideološku borbu između društvenih faktora s konkurirajućim i suprotstavljajućim konceptima pravde, pravičnosti, koncepta dobra koji u političkom i društvenom životu bivaju prilagođeni, poništeni ili okrnjeni (vidi više, Altman, 1986). Neizbježan rezultat takve borbe je protivrječnost koja se prostire kroz sve nivoe i slojeve prava (Himma, s. a.). Sveobuhvatna protivrječnost vodi ka radikalnoj neodređenosti prava (Himma, s. a.). Pored toga, kritičke pravne studije prihvataju Dworkinovu ideju da su pravna pravila nužno povezana s etičkim principima i idealima, te da artikulacija i proučavanje tih principa predstavljaju jedan od glavnih zadataka pravne teorije (Altman, 1986: 189; Corlett, 2000: 43 – 46; Culver, 2001). Dok realisti naglašavaju postojanje konkurirajućih pravila, kritičke pravne studije naglašavaju postojanje konkurirajućih i nepomirljivih principa i ideala (Altman, 1986: 189). Mnogo značajnije je to što ovi principi i ideali imaju svoju težinu i okvir primjene u postojećem pravu, a ne u nekom svijetu metaetike koji nameće red i harmoniju (Altman, 1986: 191; Corlett, 2000: 43–46). U

stvarnosti, izbor principa i njihova primjena određena je ideološkom moći, a pozitivno pravo kao cjelina i njegovi dijelovi veoma često i u mnogim slučajevima predstavljaju rezultat takvih ideoloških konflikata (Altman, 1986: 191). Pravo, kako je Herbert Hart tvrdio, nije samo prostor otvorenog sadržaja, već je veoma blisko povezan s ispunjenjem ciljeva određene ideologije. Sve ideološke kontroverze, koje igraju značajnu ulogu u javnim debatama u svakoj političkoj i pravnoj kulturi, preslikane su u argumente u sudskim odlukama (Altman, 1986: 192). Ove tvrdnje kritičkih pravnih studija potvrđene su i u nekim savremenim empirijskim istraživanjima, koja se odnose na to kako ideološka orijentacija sudija utječe i uslovljava sudske odluke. Kako Altman dalje objašnjava argumente kritičkih pravnih studija, ideološke debate koje fragmentiraju politički i javni diskurs preslikane su ili transformirane u pravne argumente (Altman, 1986: 192). Argument kritičkih pravnih studija može se opisati kao kolaž nepomirljivih ideologija, a pravo je samo ogledalo koje vjerno oslikava fragmentacije bilo koje političke i pravne kulture (Altman, 1986: 192). Kritičke pravne studije pokazale su duboku i sveprožimajuću protivrječnost pravne doktrine u oblastima kao što su: ustavno pravo, radno pravo, ugovorno pravo, upravno pravo, krivično pravo itd. (Altman, 1986: 193). Iz toga logički slijedi da ne može postojati koherentna, konzistentna i utemeljena pravna doktrina ili nauka o pravu (Altman, 1986: 193). Ovo je djelomično bio i stav američkog pravnog realizma i kritika upućena tada klasičnoj teoriji prava, ali isto i karakteristika povezujućih pokreta kao što su feministička, rasna ili queer pravna teorija.

Vanjska jurisprudencija: feministička, rasna i queer teorija prava

Kako navodi Richard Delgado, posljednjih godina veoma brzo se razvija nekoliko područja “vanjske jurisprudencije” (Delgado, 1993: 741). Npr. sredinom i krajem 1990-ih rastuće područje “queer seksualne orijentacije” počelo se kretati izvan jednodimenzionalne analize seksualne orijentacije primjenjujući različite oblasti “intersektoralnosti” i “vanjskog” razmišljanja u vezi s identitetom u pravnoj doktrini i društvenom životu (Valdes, 2009: 91). U tom smislu, recimo, queer pravna teorija treba povezati svoje istraživanje s pitanjima rasizma i etnocentrizma i njihovom ulogom u formiranju seksualnih identiteta (Valdes, 2009: 91). Pored toga, radikalni feminizam i feministička teorija prava transformirali su način na koji posmatramo pitanja roda i nejednakosti, a u isto vrijeme postižući rezultate na polju reformiranja društvenih polja kao što su radno mjesto, reproduktivne slobode i regulacije pornografije (Delgado, 1993: 741). Sličan nivo interesovanja privukle su i kritične rasne studije (Delgado, 1993: 741–742). I ovaj pokret, kao i feministička teorija i queer pravna teorija, kombinovano koristi: (1) metod naracije i (2) vanjskih standarda evaluacije prava, politike i pravne prakse. Tzv. “vanjska jurisprudencija” fokusirana je na analizu načina na koji je pravo strukturirano s ciljem da promovira interese jedne određene grupe (recimo, interese muškaraca da isključe žene; interese bijelaca da isključe osobe drugačije boje kože ili interese heteroseksualaca da isključe osobe drugačije seksualne orijentacije, rodnog identiteta ili interspolnih karakteristika) (Himma, s. a.). Naprimjer, jedan od glavnih ciljeva feminističke jurisprudencije je da pokaže na koji način su patrijarhalne pretpostavke utjecale na formiranje sadržaja prava u različitim oblastima kao što su: vlasništvo,

ugovori, krivično i ustavno pravo te prava građana (Himma, s. a.). Kao što su to radile i kritičke pravne studije, feministice su kritikovale tradicionalne ideale prema kojima sudska presuda predstavlja primjenu neutralnih pravila u nepristrasnom i objektivnom postupku (Himma, s. a.). Slično, rasne teorije zainteresovane su za otkrivanje načina na koji pretpostavke o bjelačkoj superiornosti formiraju sadržaj prava na račun osobe druge boje kože (Himma, s. a.). Pored toga, queer pravna teorija preokupirana je kritičkom analizom dominantnog heteropatrijarhalnog sadržaja prava. Koristi kritički potencijal i kritiku kao način analiziranja i posmatranja različitih društvenih ustanova i fenomena ali iz pozicije specifičnog queer iskustva.

Metodološki, feminističke, rasne i queer studije su interdisciplinarne (Fineman, 2009a: 2). One su i multidisciplinarne. Iako su dio akademskog prostora, oni su ujedno i politički pokreti (Fineman, 2009a: 2). U tom smislu, kako su i politički pokreti, one imaju za svoju svrhu i postizanje konkretnih društvenih i političkih ciljeva. Feminističke i queer teorije, naprimjer, stalno i kontinuirano problematiziraju vezu između spola, roda, rodnog identiteta, seksualne orijentacije i seksualnosti (Fineman, 2009a: 2). Pored toga, ove pokrete metodološki možemo vezati s antiesencijalizmom (Delgado, 1993: 742; Valdes, 2009: 89–90). No, neki autori smatraju da ovi pokretni nisu nužno antiesencijalistički, već da su oblik dijaloga između esencijalizma i konstruktivizma (Valdes, 2009: 89–90). U tom smislu, antiesencijalizam je uvid u neodređenost sadržaja identiteta i potencijal za njegovu dekonstrukciju. No, antiesencijalizam nije metod koji je koristan samo za feminističke, rasne ili queer pravne studije, već za sve one teorije i koncepte koji kao polazišnu tačku uzimaju identitetske politike i njihovo društveno i pravno priznanje. Antiesencijalizam se, u

tom smislu, može primijeniti ne samo u posmatranju rasnih, feminističkih, seksualnih ili rodnih identiteta već etničkih i nacionalnih. Pored toga, intersektoralnost kao metoda povezuje različite sekvence identiteta te na taj način povezuje pitanja seksualnosti, roda, rase ali i etničkog i drugih identiteta. Ako ga tako posmatramo, antiesencijalizam u posmatranju identiteta i njegovog stvaranja daje nam značajne rezultate i uvide, te nas vodi ka zaključku o identitetu kao konstrukciji i procesu i uvodi koncept višeslojnog identiteta ili identiteta kao mreže individualnih identiteta. Konceptualno, antiesencijalizam možemo posmatrati u njegovoj radikalnoj i umjerenoj formi. U radikalnoj verziji, sadržaj identiteta nikada nije predodređen, te je fluidan i promjenljiv. Umjereniji oblik posmatra identitet kao proces (de)konstrukcije u kojem su neke sekvence rigidne i stabilne, dok su druge fluidne i promjenljive. Ovi uvidi su veoma bitni kako za queer pravnu teoriju, tako i za rasnu i feminističku koje teže ka intersektoralnosti, multi- i interdisciplinarnosti kao metodološkim putevima. U širem metodološkom pogledu, antiesencijalizam je stav da ljudski artefakti, pa samim time i pravo, ne posjeduju nužne karakteristike, već su njegovi elementi kontingentni i uvjetovani društvenim priznavanjem, prepoznavanjem i konstrukcijom. Ovaj stav će biti važan i za metodološki pristup realističke teorije prava koja prihvata antiesencijalizam, ili bolje neesencijalizam kao pristup u posmatranju društvenog konstrukta – prava. Ukoliko odbacimo esencijalizam, logičan korak u metodološkom oblikovanju realističke teorije prava je konvencionalizam i naturalizacija.

Neki odnosi društvenih nauka i filozofije prava

U svom osvrtu na odnos društvenih nauka i filozofije prava, Frederick Schauer navodi ključne razloge i polja za empirijsku provjeru analitičkih stavova filozofije prava (Schauer, 2020). Filozofija prava pravnog pozitivizma uvijek je tvrdila da je opšta teorija prava, premda su se intuitivne tvrdnje bazirale na specifičnom pravnom sistemu. Iako je tvrdila da je opšta, u suštini je bila i ostala parohijalna. No, ovdje nije ključno pitanje odnosa i razlika između *partikularne* i *opšte teorije prava*, već su (jednako) bitna pitanja o odnosu i utjecaju kontingentnih empirijskih činjenica u identificiranju dubokih istina o pravu, te objašnjavanju kulturnih i historijskih faktora na djelovanje prava (Schauer, 2020: 96). No, prema Razu i ostalima koji dijele isti metodološki put, ono što čini filozofiju prava filozofskom je upravo nezavisnost od ovih prostorno i vremenski kontingentnih empirijskih informacija u vezi s različitim pravnim sistemima koje nam daju sociolozi, psiholozi, političke nauke, antropolozi, ekonomisti i druge vezane empirijske discipline (Schauer, 2020: 97). No Schauer smatra da je svojim analitičkim putem “deskriptivne sociologije” Hart otvorio prostor utemeljenju teorije prava u društvenim naukama. Kako je Hart smatrao, pod utjecajem tada dominantne filozofije jezika u Oxfordu, da se u ispitivanju koncepta prava trebamo okrenuti analizi njegove upotrebe u običnom jeziku, prema Schaueru, upravo pažljiva refleksija običnog jezika je sama po sebi sociološka metoda (Schauer, 2020: 98). Druga moguća interpretacija Hartovog pristupa u pravcu sociološke orijentacije ide u moguća testiranja pozicije učesnika u pravnom sistemu (Schauer, 2020: 99). Konačno, njegova tvrdnja da primjenjuje metod “deskriptivne sociologije” u svom konceptu

prava, može se razumjeti i kao zahtjev da se čini više u pravcu empirijskih tvrdnji o pravu, posebno u domenu pravnih pravila, stava unutrašnjeg učesnika i ideje pravne validnosti kroz pravilo priznanja (Schauer, 2020: 99). Neki su tako nastavili ka više sistematičnijim empirijskim istraživanjima fenomena prava, njegovim karakterističnim obilježjima, uzrocima i posljedicama (Schauer, 2020: 100). Da bismo istinski razumjeli pravo, trebamo da znamo šta je pravo, kako djeluje, šta je njegova svrha i kako ga ljudi razumiju, što je u suštini sve vrsta empirijskog istraživanja (Schauer, 2020: 100). I upravo je Hartov analitički okvir i koncept prava prvi naredni korak ka sociološkim istraživanjima (Schauer, 2020: 100), te stoga i ne čudi da među određenim analitičarima postoji stav da je konceptualna analiza barem djelomično ovisna o kontingentnim empirijskim činjenicama (Schauer, 2020: 101). Čak i kod “najvatrenijih” pristalica analitičkog pristupa postoji stav da je konceptualna analiza ipak podržana nekim kontingentnim empirijskim pretpostavkama (Schauer, 2020: 101). Problem koji konceptualni analitičari očigledno ne vide jeste da su upravo analitičke tvrdnje o nužnim karakteristikama prava, bez obzira na to gdje taj pravni sistem postoji, upravo pod utjecajem kontingentnih činjenica o *njihovom* pravnom sistemu (Schauer, 2020: 102). Time je stvorena ideja o jedinstvenom konceptu pravnog sistema te se izgubilo iz vida da se pravo (a ne samo pravo države) javlja u različitim i neesencijalizovanim formama. Treba također imati u vidu da odnos između društvenih nauka i filozofije prava ide i izvan granica konceptualne analize (Schauer, 2020: 103). Ukoliko šire shvatamo filozofiju prava, onda se mjesto društvenih nauka u okvirima filozofije prava također širi (Schauer, 2020: 103). To se posebno vidi u prostoru pravnog pluralizma. Umjesto da prihvati uske okvire analitičke teorije prava, pravni pluralizam je uveo i prihvatio šire i fleksibilnije

određeno shvatanje onoga što je pravo (Schauer, 2020: 103). Pravo, prema tome, može imati različite dimenzije i čak različite definišuće karakteristike u različitim sistemima, pa prema tome i različite forme pravnih pravila koje pak mogu imati veoma labavu ili nikakvu vezu s državom (Schauer, 2020: 103). Za pravne pluraliste, pravo i pravu slični fenomeni su pogodni subjekti teoretskog istraživanja, i to kako empirijskog tako i filozofskog (Schauer, 2020: 103). Da bi se bilo u stanju istražiti različite pravne fenomene, potrebni su nam kako analitički alati filozofa tako i empirijski podaci o njihovom razumijevanju u različitim društvima (Schauer, 2020: 103). Upravo nam je značajno komparativno pravo i komparativna teorija prava koja sa svojim metodama teži da istraži normativne i konceptualne osnove prava u različitim mjestima i u različitim vremenskim okvirima (Schauer, 2020: 103). Istraživati pravo bez uključivanja društvene nauke bilo bi greška (Schauer, 2020: 104). Tako, utjecaj društvene nauke na istraživanje pravnih fenomena može biti kvalitativan putem kojeg se dolazi do saznanja o određenoj pravnoj kulturi i njenim filozofskim korijenima (Schauer, 2020: 104). Također, može biti i kvantitativan s ciljem da kategorizuje normativne temelje i konceptualno razumijevanje različitih tipova pravnih sistema, istraži veze između tipova prava i pravnih sistema te filozofske pretpostavke koje ti tipovi generiraju ili reflektuju (Schauer, 2020: 104). Trenutno je filozofija prava puna tvrdnji o svrsi prava ili o funkcijama prava (Schauer, 2020: 105). No, sve ove tvrdnje o pravu uspostavljaju neizbježnu vezu između prava kao nezavisne varijable (ili uzroka) i nekog stanja stvari kao zavisne varijable (ili posljedice) (Schauer, 2020: 105). U određenim oblastima društvenih nauka možemo vidjeti napore da se istraže i testiraju ove tvrdnje, dok u odnosu na filozofiju prava imamo analitičke

tvrdnje bez malo ili imalo empirijske podrške⁷ (Schauer, 2020: 105). Upravo Schauerova analiza daje nam jedan od okvira kuda filozofija prava treba da ide i kakav je utjecaj društvene nauke na filozofsko i teorijsko raspravljanje o pravu. Neosporan je utjecaj koji imaju novija empirijska i eksperimentalna istraživanja o pravu na analitičke, apriorne stavove “klasične” teorije prava. To naravno ne znači da moramo odbaciti analitičke tvrdnje: pitanje je kako ih utemeljujemo. Upravo drugačije utemeljenje konceptata jedan je od prijedloga realističke teorije prava. I to je jedan prijedlog u pravcu neesencijalizovane, konvencionalističke i naturalizovane realističke teorije prava koja svoje analitičke stavove, generalizacije i koncepte temelji i reflektuje u odnosu na empirijsku realnost.

7 Schauer mapira i mjesta empirijskog istraživanja u različitim oblastima društvenih nauka i to: (1) uloga prava u procesu donošenja odluka; (2) pravna efikasnost ili stepen saglasnosti ljudskog ponašanja u odnosu na pravo i (3) sudsko presuđivanje (Schauer, 2020: 105–114).

II dio

Pravni konvencionalizam, konstitutivne konvencije i pravilo priznanja

Pravo kao društveni konstrukt i konceptualna teorija prava

Popularan stav među teoretičarima prava (konkretnije, teoretičarima pravnog pozitivizma) jeste stav da je pravo društveni konstrukt (Priel, 2019: 1). Također, mnogi od pravnih teoretičara smatraju da ako želimo da pravo proučavamo empirijski, treba da znamo šta je to pravo (Priel, 2019: 1). Prema Marmoru, istog je stava i Kelsen: sociologija može definisati pravo shvaćeno kao pozitivno pravo date zajednice, jedino ukoliko će pribjeći konceptu koji definiše normativna teorija prava - sociološka jurisprudencija pretpostavlja ovaj koncept (Marmor, 2011: 29). Dakle, prvo treba da imamo koncept prava a kako bi ga empirijski mogli provjeravati i analizirati. Ako prihvatimo ovo kao logičan metodološki postupak, onda empirijska inspiracija, istraživanje i provjera koncepata treba da prate sljedeće korake: (1) utvrđivanje koncepta koji je dio prava ili koncept samog prava; (2) skupljanje podataka i empirijska provjera ili poređenje s empirijskim podacima koji su nam na raspolaganju; (3) apstrahovanje zajedničkih elemenata na osnovu prikupljenih podataka i formiranje koncepta na osnovu empirijskih podataka; (4) kompariranje koncepata te utvrđivanje stepena njihovog poklapanja, potvrđivanje koncepta koji je nastao, njegovo rekonceptualizovanje, te stvaranje novih manje ili više generalizovanih koncepata. Prethodno predstavljeni koraci nisu jedini način na koji se možemo kretati u empirijskoj provjeri koncepta. No, Priel smatra da je nekonzistentan stav da prvo trebamo znati šta je pravo da bismo ga mogli empirijski proučavati (2019: 1). Ukoliko je pravo društveni konstrukt kao svi drugi društveni konstrukti, onda filozofija prava treba da objasni na koji način filozofi treba da doprinesu njegovom razumijevanju (Priel, 2019: 1). Studije društvenog konstruktivizma tipično se

provode od strane historičara, sociologa i drugih koji objašnjavaju društvene fenomene (i šta su oni) na bazi empirijskih podataka (Priel, 2019: 1). No, ukoliko pravni teoretičari smatraju da konceptualni rad treba da prethodi empirijskom, nedostatak konceptualne analize o prirodi društvenih fenomena pruža sumnju u pogledu svoje empirijske pretpostavke o njima (Priel, 2019: 1). Da bi se ovo izbjeglo, teoretičari prava predlažu sljedeći stav: pravo je *društvenu konstrukt posebnog tipa* (Priel, 2019: 1). Kelsen je bio protiv redukcije teorije prava na sociologiju ili bilo koju drugu “prirodnu” nauku (Kelzen, 2010). Prema tome, ukoliko redukujemo pravnu teoriju na drugu naučnu disciplinu, specifično značenje prava potpuno je izgubljeno.

Ako prihvatimo tezu da pravo ima društvenu prirodu, da je društveni konstrukt ili da njegovi dijelovi imaju društvenu prirodu, to ne znači nužno da su stvaranje koncepata ili dijelova koncepata i njihovo empirijsko utemeljenje i provjera, nužno odvojeni procesi. Intuicija o konceptu može potpuno ili djelomično biti bazirana na empirijskoj evidenciji, apstrahovan u koncept putem kojeg bolje razumijemo i/ili objašnjavamo društvenu prirodu pravnog fenomena. Prije bih ovdje govorio da je to uzajaman proces. Ovdje možemo govoriti o jednom dijalektičkom odnosu između koncepta koji stvaramo i empirijskog svijeta u kojem situiramo taj koncept, provjeravamo koncept koji smo stvorili, rekonceptualizujemo i sl. Ovo važi i bez obzira na to da li govorimo o pravu kao o društvenom konstrukt ili o pravu kao *posebnom* društvenom konstrukt.

Upravo u nekim od svojih posljednjih radova, pravni pozitivisti usmjerili su pažnju u smjeru ideje o pravu kao društvenom fenomenu (Priel, 2019: 2). Pored Andreija Marmora, Leslie Green i Jules Coleman idu u tom pravcu (Priel, 2019: 2). Tako

Jules Coleman tvrdi da je suština pravnog pozitivizma u tezi o sociološkoj prirodi prava (*the social fact thesis*) (Coleman, 2009: 359–394) prema kojoj se pravo sastoji samo od društvenih činjenica (Priel, 2019: 2). Priel naziva takve pristupe ili pripadnike “društvenim konstruktivistima prava” (*social constructionists of law*) (Priel, 2019: 2). Zanimljivo je da ovaj pristup ne predstavlja tvrdnje bazirane na empirijskim posmatranjima niti neku evidenciju preovladavajućih stavova o pravu (Priel, 2009: 2). Oni se baziraju na konceptualnim tvrdnjama i prirodi prava (Priel, 2009: 2). Pod ovim se podrazumijeva da su stavovi o prirodi prava tačni ili netačni bez obzira na to gdje i kada se ono kao fenomen može pronaći i bez obzira na stavove ljudi (Priel, 2019: 2). Ovo bi podrazumijevalo da proučavanje prirode prava ne znači kretati se u pravcu socioloških istraživanja (Priel, 2019: 2), tvrditi da je pravo društveni konstrukt ne znači da zastupnici te ideje smatraju da je pravo društveni konstrukt (Priel, 2019: 2). Paradoksalno, ali razumljivo. Jednostavnije rečeno, ovo je konceptualna tvrdnja koja ne podrazumijeva i njenu empirijsku provjeru. Prema Prielu, ovo je i ključna tvrdnja (Priel, 2019: 3). Suprotno tome, ukoliko ne bi bila konceptualna tvrdnja, ona bi tražila empirijsku evidenciju (Priel, 2019: 3). Tvrdnja o društvenoj prirodi prava iz perspektive konceptualne analize je predsociološka, “filozofska” ili jednostavno konceptualni pronalazak o prirodi “samog prava” (Priel, 2019: 3). Ove konceptualne tvrdnje mogu se posmatrati na dva načina: (1) određena prava su društveni konstrukti i (2) sama ideja prava je društveni konstrukt (Priel, 2019: 3). Drugačije čitanje prve konceptualne teze glasilo bi da su određeni dijelovi prava društveni konstrukti, dok drugi to nisu. Ova tvrdnja intuitivno je uvjerljiva i miri dvije prirode prava: normativnu i društvenu/sociološku gdje se druga manifestuje samo u pojedinim dijelovima prava kao fenomena. To

jest, očituje se u pravilima priznanja, efektivnosti prava i ponašanju sudija i drugih državnih službenika koji prepoznaju i primjenjuju pravo. No, ovim pitanjima ću se posvetiti u drugim dijelovima ovoga rada. Druga konceptualna teza govori o tome da je cjelokupno pravo društveni fenomen i taj stav jasno pravi razliku u odnosu, recimo, na teoriju prirodnog prava koje tvrdi da ono što jeste pravo nije u potpunosti obuhvaćeno idejom o društvenom konstrukt (Priel, 2019: 3). Pored toga, supstantivna naturalizacija u pravu govori nam da je i normativni dio prava moguće empirijski utemeljiti. Ipak, ako konceptualna analiza insistira na neempirijskom, te ako je pravo društveni konstrukt, taj stav baca sumnju na konceptualni pristup teorije prava, tj. na neempirijska istraživanja (Priel, 2019: 4), odnosno koja bi bila svrha teoretskih istraživanja bez njene inspiracije društvenom teorijom i praktičnim istraživanjima?

Da bi se lakše razvio stav društvenih konstruktivista, moguće je njihova zalaganja izraziti kroz dva stava:

1. konceptualna je istina da je pravo društveni konstrukt;
2. kao konceptualna tvrdnja pravo je L (gdje je L sve ono što nema za logičku posljedicu 1) (Ili drugačije, priroda ili esencija prava je L, gdje L sadrži sve ono što nema za logičku posljedicu 1) (Priel, 2019: 4).

Naravno, ova dva stava ili pristupa su inkonzistentna (Priel, 2019: 4). Ovo je i razumljivo iz analitičkog stava o društvenoj prirodi prava koja se smatra istinitim stavom bez empirijskog utemeljenja. Prema Prielu, postoje najmanje dva razloga zbog kojih je ovaj stav, ukoliko je istinit, značajan (Priel, 2019: 4). Konkretno, u posljednjim godinama u teoriji prava mnogo se pisalo i mnogo je kontroverzi o metodologiji u pravnoj teoriji

(Priel, 2019: 4). Konkretnije, i dalje se vode debate o tome da li jurisprudencija ima distinktivan konceptualni dio, tj. dio koji ne ovisi o političkim i moralnim razmatranjima i koji im logički prethodi (Priel, 2019: 4). Postavilo se pitanje da li je stav (1) istinit (Priel, 2019: 4). Neki su odbacivali stav (1) tvrdeći da su stavovi teorije prava produkt normativnih stavova ili da su sve konceptualne tvrdnje o pravu proizvod empirijskih generalizacija (Priel, 2019: 4). Priel, za potrebe debate, prihvata konceptualnu istinu o pravu kao društvenom konstrukt (Priel, 2019: 4). Pored toga, mnogi teoretičari prava prihvatili su društvenu realnost prava kao ključni element za odvajanje pozitivističkog od nepozitivističkog pristupa pravu (Priel, 2019: 5). No, što je i moj stav, da bi se bilo istinski društveni konstruktivist, empirijsko istraživanje prava jedini je ispravan pristup (Priel, 2019: 7). Ukoliko želimo da znamo šta je neki društveni fenomen i tvrdimo da je on društveni konstrukt (recimo, da ispitamo šta je to “priroda” ili “esencija” koncepta preduzeće ili porezna uprava), trebamo ili (1) da se okrenemo istraživanju stavova ljudi (odnosno, šta ljudi misle pod konceptom “preduzeće” ili “porezna ispostava”) ili (2) da se okrenemo istraživanju kako ti koncepti djeluju u svijetu kojih ih okružuje (Priel, 2019: 8). Ova istraživanja su moguća i kroz konvencionalizam kao metodološki put. No, bez obzira na to šta bismo predložili, ipak su potrebna određena empirijska istraživanja (Priel, 2019: 8). Istraživanje fenomena koji se smatraju društvenim konstruktima ne znači nužno preduzimanje sljedećih logičkih koraka: stvaranje filozofskih koncepata koji vode u empirijska istraživanja, već obrnuto (Priel, 2019: 8). Ukoliko je pravo društveni konstrukt kao ostali, onda se njegova priroda treba istraživati empirijski (Priel, 2019: 8). Kao što sam već pisao, ovo ne znači umanjenje filozofskog (ili, bolje rečeno) teoretskog pristupa već ga čini naučno utemeljenijim, i u krajnjoj

liniji vodi se u okviru procesa naturalizacije u pravu. Pored toga, ne smatram da su to nužno odvojeni pristupi: filozofski koncept – empirijska provjera, već je to dijalektički odnos. Pitanja koja se trebaju filozofski posmatrati nisu o prirodi prava, već o prirodi društvenih konstrukcija uopšte s pretpostavkom da *to* nije društvena konstrukcija (Priel, 2019: 8). Filozofski se trebaju posmatrati oni dijelovi prava čija je “društvena realnost” vezana principom validiteta, a ne fakticiteta.

Posmatrajući malo drugačije, pravo je poseban društveni konstrukt na isti način na koji su i drugi fenomeni društveni konstrukti zbog svojih kontingentnih karakteristika (Priel, 2019: 8). Bilo koje karakteristike koje pravo *nužno* ima, ima ih zbog činjenice što te karakteristike imaju i drugi društveni konstrukti i zbog toga što je društvena konstrukcija, a ne zato što je pravo (Priel, 2019: 8). Druge karakteristike koje pravo ima zbog činjenice da je pravo trebaju se dalje empirijski istraživati (Priel, 2019: 8). Pitanja u vezi s prirodom društvenih konstrukcija značajno su zastupljena u filozofskim istraživanjima, ali i istraživanjima kognitivnih nauka i psihologije (Priel, 2019: 8). Pored toga, istraživanje *posebnih* ili *partikularnih* društvenih konstrukcija zadatak je sociologa, antropologa, socijalnih psihologa, historičara, ekonomista i politologa (Priel, 2019: 8). Filozofi nisu posebno zainteresovani za ova druga istraživanja, vjerovatno zato što nemaju prikladnu metodologiju (Priel, 2019:8). No, bez obzira na ove pristupe, sasvim je jasno da su za istraživanje društvene prirode prava (ako prihvatimo da je ima) nužno potrebna empirijska istraživanja, empirijska refleksija ili inspiracija. Prema tome, nije posve jasno šta stav, (1) prema kojem je konceptualna istina da je pravo društveni konstrukt (i posljedično na isti način recimo koncept “preduzeće” ili “poreska ispostava”), može ponuditi samo s neempi-

rijskim istraživanjem (Priel, 2019: 9). Pravi put za razumijevanje prava je kroz istraživanje i metode koje primjenjujemo na sve ostale fenomene koje je stvorio čovjek: a to su empirijska istraživanja (Priel, 2019: 9).

Društveni konstruktivisti tvrdili su da pravo posjeduje određene nužne karakteristike. Recimo, tvrdili da su da je sve pravo nužno pozitivno, da je pravo jedinstvo različitih tipova pravila, da pravo tvrdi da posjeduje moć i ovlaštenje i sl. Veoma je važno naglasiti da su sve ove tvrdnje predstavljene kao *neempirijske nužne* istine o pravu, bez obzira na to šta ljudi misle o njima (Priel, 2019: 9–10) ili kako one operiraju u realnom svijetu. Pored toga, tvrdi se da su ove karakteristike distinktivne karakteristike *prava*, ali ne i drugih društvenih konstrukata uopšte (Priel, 2019: 10). Kako sam i ja pisao u drugim istraživanjima, ove konceptualne tvrdnje o pravu i prirodi prava treba da se prihvate kao empirijske hipoteze o pravnoj praksi u određenom prostoru i određenom vremenu ili kao prevladavajući stavovi o pravu (Priel, 2019: 10). Ovi stavovi, ukoliko bi se empirijski potvrdili, bili bi značajni uvidi u rasvjetljavanje prirode prava ili nekih njegovih dijelova stvarajući nešto što Priel naziva “teorija prava” (Priel, 2019: 10). Ova “teorija” bila bi mnogo bliža naučnom kontekstu i drugim naučnim disciplinama, te u pravcu nečega što preuzima logičke korake skupljanja podataka i kreiranja koncepata, ne suprotno (Priel, 2019: 10). Ukoliko želimo da tvrdimo da je pravo ljudska tvorevina, teško da ćemo moći potvrditi tvrdnju da je pravo društveni konstrukt bez empirijske provjere. U tom smislu, metodološke hipoteze koje se postavljaju (kao konceptualne istine, op. D.B) zavisile bi od *a posteriori* provjera, bazirale se na empirijskim i kontingentnim činjenicama o ljudskoj prirodi ili uslovima života na zemlji (Priel, 2019: 12). Konceptualna jurisprudencija,

koja tvrdi da je predsociološka i potpuno oslobođena bilo kakvih empirijskih činjenica o ljudima, ne može ništa reći o tome (Priel, 2019: 12). Ukoliko bi se prihvatio ovaj stav, filozofska istraživanja o prirodi prava preorijentisala bi se u pravcu empirijskih istraživanja o ljudskoj prirodi (Priel, 2019: 12).

No, ovaj rad ide u pravcu onoga što Priel naziva *slabi društveni konstruktivizam* u smislu da tvrdi da je pravo *i društveni konstrukt*, ali ne samo to. Veoma slično kako je tvrdila i teorija prirodnog prava da je pravo produkt ljudskog poduhvata ili konstruisani ljudski objekt (Finnis, 1990: 1–15). Ono na čemu insistiraju i teoretičari prirodnog prava jeste da se pravo ne može objasniti samo kroz prizmu koncepta društvenog konstruktivizma, te da pravo obuhvata i neke činjenice koje nisu društveno konstruisane kao što su vrijednosti, moralnost, praktično rezonovanje, priroda, ljudska priroda, Bog ili sl. (Priel, 2019: 12; Finnis, 1990). Zaključak koji se može izvesti i za okvir u kojem se kreću i moja razmišljanja ide u sljedećem pravcu: da bismo odgovorili na pitanje šta je pravo, trebamo povezati empirijska, konceptualna i politička razmatranja (Priel, 2019: 16). Moj rad ima skromniji cilj, mapiranje mjesta i dijelova prava koje bi bilo moguće empirijski provjeriti, ne ulazeći u one dijelove za koje ja smatram da moraju ostati isključivo konceptualni i vezani za princip validiteta (tj. svijet *trebanja* a ne *bivanja*).

Sociološka/društvena realnost prava

Da bismo uopšte mogli govoriti o sociološko-pravnom aspektu prilikom teoretisanja o prirodi i društvenim efektima prava, nužno je podvrgnuti analizi njegovu sociološku/društvenu dimenziju. Da li je pravo (ujedno i) sociološki/društveni fenomen? Da bismo objasnili prirodu prava moramo se osvrnuti na pitanja za koja se zanima ontologija prava. Zanimaju nas dva pitanja: (1) šta je pravo s ontološke tačke gledišta i (2) koji elementi ili entiteti tipično konstituišu pravo (Tuzet, 2007: 179)? Među filozofima prava (primarno pravnog pozitivizma) postoji barem opšta saglasnost o pravu kao *sociološkom fenomenu*. Ukoliko prihvatimo ovu tezu, logično slijede naredne tvrdnje: pravo je društveni konstrukt, nastaje kao plod društvene prakse i/ili vezano je za društveni kontekst. Nesumnjivo je da je ono što se konstituiše pravom rezultat *konvencije i društvenih pravila* o tome šta jeste a šta nije pravo. No, da li je i pravo konvencija i koji dijelovi prava su konvencionalni? Ovo je konvencionalistički diskurs pravnog pozitivizma koji se pokazuje podesnim za opis osnovnih karakteristika prava kao društvenog fenomena i time vjerovatno podesnim za sociološko-pravne analize.

Kao početni okvir posmatranja pravnog konvencionalizma, radovi Andreija Marmora čine se sasvim podesnim. Kako bi razvio svoj pristup, kritikuje naturalističke koncepcije koje pretpostavljaju nužnu prirodu prava, te posljedično negiraju društvenu uslovljenost prava. Andrei Marmor odbacuje naturalistički i kritikuje realistički pristup pravu (semantički realizam) koji izlaže kroz tri teze (Marmor, 2005: 65). Ili jednostavnije, teorija semantičkog prirodnog prava (*semantic natural law*) Michaela Moorea obuhvata:

1. odgovarajući prikaz koncepta prava predstavlja semantičku analizu o tome šta pravo znači (ili možda značenje drugih povezanih koncepata karakterističnih za pravni jezik);
2. ta semantička analiza pokazala bi da se pojam “pravo” odnosi na stvarne (realne) ili prirodne (naturalne) entitete čija bit/esencija i konstitucija ne sadrže društvene konvencije;
3. samim time, otkriće istinske biti prava prikazuje sve oblike pravnog pozitivizma kao netačne, a verziju prirodnog prava kao tačnu.

No, ovaj pristup nije adekvatan iz prostog razloga što pravo nije prirodni već društveni fenomen (Tuzet, 2005: 181). “Pravo” nije prirodni fenomen i teorija semantičkog realizma se ne može koristiti kako bi se stvorila prirodna teorija prava (Tuzet, 2005: 181). No, da li odbacivanje semantičkog realizma znači i odbacivanje bilo kojeg tipa realizma koji bi se potencijalno mogao primijeniti na pravo (Tuzet, 2005: 181)? Slično Marmoru, i Tuzet odbacuje realizam koji se iskazuje kroz sljedeći stav: za datu klasu izjava, svaka izjava se može izjaviti kao “tačna” ili “lažna” na osnovu objektivne stvarnosti čije postojanje i kreacija nisu ovisni o našem znanju, npr. ukoliko bismo formirali klasu izjava (LP) koja sadrži sve izjave o onome što pravo traži u datom pravnom sistemu (Marmor, 2005: 69; Tuzet, 2005: 181). Recimo da se LP u datom pravnom sistemu Si može iskazati kroz stav: “prema pravnu Si, A treba da čini x”, ili bilo koju sličnu formu ponašanja (Marmor, 2005: 69). Ukoliko bi se realizam primijenio na pravo, to bi podrazumijevalo da se svaka izjava u LP može označiti bilo tačnom ili netačnom na osnovu neke objektivne stvarnosti čije postojanje i konstitucija nisu ovisni o našem znanju (Marmor, 2005: 69).

Prema Marmoru, očito je da takav realistički pristup u pogledu značenja pojma “pravo” nije kompatibilan s najznačajnijim principima pravnog pozitivizma (predstavljenim kroz rad Herberta Harta, Hansa Kelsena ili Josepha Raza) (Marmor, 2005: 69). Savremeni pravni pozitivizam polazi od anti-realističke koncepcije pojma “pravo” jer osnovni pravac koji dijele pravni pozitivisti je teza da je pravo esencijalno stvar društvenih konvencija (Marmor, 2005: 69). Bez obzira na to da li prihvatili Hartovo pravilo priznanja, Kelsenovu osnovnu normu ili Razovu tezu izvora prava, rezultat ostaje isti: istine o pravnih propozicijama ne mogu se promatrati nezavisno od uslova koji su postavljeni za priznavanje (*recognition*) njihovih (pravnih) istina (princip validiteta) (Marmor, 2005: 69). Konvencionalizam kojeg priznaje pravni pozitivizam u direktnoj je suprotnosti s pojmom “prava” koji predlaže realizam (Marmor, 2005: 69). Prema Tuzetu, sličnog je stava i Brian Bix koji smatra da realizam potcjenjuje značaj autoriteta prava, te da davanje adekvatnog naglaska na autoritet prava traži redukovanje uloge semantičke teorije (Tuzet, 2005: 182). Kako dalje navodi Brian Bix, realizam je koncepcija onih koji tvrde da se pojmovi koje koristimo odnose na objekte koji postoje u svijetu i čije postojanje je nezavisno od naših uvjerenja (Tuzet, 2005: 182). Ovaj stav nije u skladu sa stavovima pravnog pozitivizma.

Slično ćemo doći do zaključka ukoliko krenemo od postavki *konstrukcije društvene realnosti* predstavljene u radu Johana Searla (*The Construction of Social Reality*, 1995). U svom radu predstavlja sliku institucionalne stvarnosti, kao posebne vrste društvene realnosti koja zavisi od kolektivne intencionalnosti, konstitutivnih pravila i statusnih funkcija (Tuzet, 2005: 185). Propozicije o njoj su istinite ili lažne iako institucionalna realnost nije ontološki objektivna (Tuzet, 2005: 185). Veoma

značajno razlikovanje koje Searl čini ogleda se u *epistemičkoj* i *ontološkoj objektivnosti*: nešto može biti ontološki subjektivno (ovisno o nama; ne pripada vanjskom svijetu), a mi i dalje možemo imati objektivno znanje o tome (može biti predstavljeno i opisano kroz stavove koji mogu biti istiniti ili lažni) (Tuzet, 2005: 185). Premu Tuzetu, ovakav Searlov opis savršeno odgovara opisu prava: ono ovisi o nama, stvoreno je ljudskom vlašću i time je ontološki subjektivno i dijelom je naše institucionalne realnosti, ali i dalje možemo imati objektivno znanje o njemu (Tuzet, 2005: 185). Naravno, to znanje uslovljeno je specifičnim institucionalnim činjenicama (ne “čistim” činjenicama) stvorenim konstitutivnim pravilima određene zajednice (Tuzet, 2005: 185). Searlova osnovna formula kojom se utemeljuju konstitutivna pravila glasi “X se smatra Y u kontekstu C” (Tuzet, 2005: 185). U slučaju pravnog primjera, to bi glasilo: djelovanje na određeni način stvara pravo u određenom pravnom sistemu (Tuzet, 2005: 185). Konstitutivna pravila pripisuju statusne funkcije i čineći osnovu sveukupne institucionalne realnosti determiniraju šta su to institucionalne činjenice (Tuzet, 2005: 185). No, i kod Searla postoje određeni problemi, posebno u primjeru kolektivne intencionalnosti i nemogućnosti da ona objasni određena neslaganja (i u pravu) u pogledu nekih odlika institucionalne realnosti (Tuzet, 2005: 185). Ukoliko institucionalna realnost zavisi od nas, od naših vjerovanja i normativnih ponašanja, postavlja se pitanje čijih (Tuzet, 2005: 186)? Kako navodi Marmor, performanca određenih radnji smatra se aktom legislacije samo ukoliko su te radnje izvršene u skladu s konstitutivnim konvencijama – u tom smislu radnje i namjere vlasti igraju značajnu ulogu ovdje (Marmor, 2001; Tuzet, 2005: 186). No, trebamo imati u vidu da se pravo kao praksa razlikuje u tome što je ono konvencionalna *normativna* praksa (Tuzet, 2005: 193). Pored toga,

pravo se od drugih praksi razlikuje i po tome što tvrdi da je legitimna vlast: teza koju je prihvatio Raz i dalje Marmor razradio (Tuzet, 2005: 193). No, treba imati u vidu da je Marmor bio veoma jasan u pogledu svog pravnog konvencionalizma naglasivši da ona ne odgovara na pitanje zašto imamo pravo i pravni sistem, već samo daje odgovor na pitanje šta se smatra pravom u datoj zajednici (Marmor, 2001: 31). I u tom smislu, Marmorov pristup potpada pod okvir opšte i deskriptivne teorije prava (Tuzet, 2005: 194). Posljedično, on ne daje odgovor na ontološka pitanja o tome šta je pravo, već samo na pitanje šta se smatra pravom u jednom pravnom sistemu (Tuzet, 2005: 195). Kada bismo razložili neke od (tradicionalnih) pristupa pravnoj validnosti ili onome što se smatra pravom, ono bi se moglo predstaviti na sljedeći način:

1. model suverena: pravo je ono što vlast odluči da je pravo;
2. model zajednice: pravo je ono što relevantna zajednica smatra da je pravo
3. kombinovani model: pravo je ono što vlast odluči da je pravo i ono što relevantna zajednica smatra da je pravo
4. disjunktivni model: pravo je ono što vlast odluči ili ono što relevantna zajednica smatra da je pravo (Tuzet, 2005: 187–188).

Bez obzira na probleme koji mogu nastati prilikom primjene ova četiri modela, Tuzet smatra da bi ovaj “sophisticirani” realizam mogao biti okvir za posmatranje specifične realnosti prava (Tuzet, 2005: 188). Koji model postoji u nekom pravnom sistemu, zavisilo bi od specifičnog konteksta, pravne tradicije i prihvaćenog pravila priznanja. Problem koji može nastati jest u činjenici da relevantna zajednica ili vlast određuje šta je pravo, a da pravo istovremeno određuje ono što su

relevantna zajednica i vlast (Tuzet, 2005: 188). Ukoliko bismo isključivo intuitivno postavili četiri stava o kriterijima pravne validnosti, ovaj problem bi se mogao prevazići posmatranjem pravila priznanja kao društvenog pravila koje nam određuje ono što se smatra pravom, kako se mijenja i ukida, odnosno kroz činjenicu da zavisi od stalnosti ponašanja i prihvatanja od strane relevantne zajednice (Tuzet, 2005: 189). Ovi stavovi su podložni ispitivanju istinitosti zbog činjenice da je pravo dijelom naše *društvene i institucionalne realnosti* (Tuzet, 2005: 188). No, smatra Tuzet, ovim se nije riješilo pitanje određenja prirode prava, već samo put kako nešto postaje pravom (Tuzet, 2005: 189). Pitanje o kojem ovdje neću raspravljati ali ga je bitno spomenuti glasi: da li pravo uopšte ima inherentnu prirodu, te da li nam je znanje o tome uopšte i potrebno? Neesencijalistički pristup nam govori da pravo nužno ne samo da ne posjeduje određene karakteristike, već i da se ne trebamo baviti pitanjima o ontologiji prava. Pored toga, *skromni konstruktivizam* nam je dovoljan metodološki okvir za deskripciju onoga što je pravo i to putem pravila priznanja kao konstitutivne konvencije. Pravo je društveni konstrukt i dio društvene realnosti čije elemente i “prirodu” konvencionalno određuju ljudi. Upravo u tom kontekstu i nastavlja Andrei Marmor: pravo je jedan od najinteresantnijih i najkompleksnijih *socioloških fenomena* naše kulture, i kao takav bio je predmet zanimanja historije, teologije, sociologije i sl. s različitim metodama i naučnim ciljevima i specifičnim interesovanjima (Marmor, 2005:1). Teoretičari prava imaju vlastiti pogled na pravo sa svojom metodologijom, no ne i bez metodoloških problema (Marmor, 2005:1). Barem kada je riječ o anglosaksonskim teoretičarima prava, podjele u pristupu su u sljedećem: (1) moralna evaluacija prava i njegovih institucija i (2) opis njegove prirode (Marmor, 2005: 1). No, deskriptivni pristup je nekako

zbunjujući jer se postavlja pitanje šta ustvari filozofija prava može da ponudi našem razumijevanju *društvene prakse* kakva je pravo (Marmor, 2005: 1)? Od esencijalističkog pristupa srednjeg vijeka do logičko-pozitivističkog 19. vijeka priroda prava se različito opisivala (Marmor, 2005: 1). Već u 20. vijeku postalo je jasno da su definicioni zadaci koje su pred sebe postavili raniji pristupi bili pomalo naivni, jer je priroda prava previše kompleksna da bi bila obuhvaćena samo jednom definicijom (Marmor, 2005: 1). Analitički pristup 20. vijeka okreće se filozofiji jezika, a Herbert Hart i njegov *Pojam prava* pokazao je da je analitička filozofija relevantna za objašnjenje pravnih koncepata i tradicionalnih pravnih pitanja (Marmor, 2005: 1). Naravno, analitički pristup jurisprudenciji postavio je i pitanja metodološkog postupka, te da li je pitanje analize koncepta prava pitanje određivanja “uobičajene” upotrebe pojma “pravo” (Marmor, 2005: 2)? I, ako jeste, na koji način bi to doprinijelo boljem razumijevanju prava kao sociološkog fenomena (Marmor, 2005: 2)? Iako je Hart bio svjestan metodoloških pitanja i nekih intrigantnih pristupa koje je predložio, zanimljivo je da su se oni kao fokus filozofsko-pravnih razmatranja pojavila skoro (Marmor, 2005: 2). Iako je Ronald Dworkin u prvim fazama svoje kritike pratio korake svoga prethodnika, u kasnijem radu zauzeo je “oštriji” metodološki pristup kritikujući analitičku teoriju (koju on naziva “semantičkim teorijama prava”), zalažući se za teoriju interpretacije kao jedino adekvatne teorije koja bi opisala interpretativnu prirodu pravne prakse (Marmor, 2005: 2). Andrei Marmor kritikuje Dworkinov metodološki obrat (Marmor, 2005: 2). Smatra da kritika koju upućuje Dworkin nije kritika semantičkih teorija prava već konvencionalizma uopšte (Marmor, 2005: 7).

Prema pravnom pozitivizmu, uslovi pravne validnosti određeni su prevladavajućim društvenim pravilima i konvencijama u datoj zajednici (Marmor, 2005: 7). Ove konvencije određuju koje radnje ili procedure stvaraju pravo, odnosno određuju izvore prava (Marmor, 2005: 7). Dodatna teza pravnog pozitivizma jeste da je pravo određeno svojim izvorima (Marmor, 2005: 7). To znači da norma ne može biti pravno validna ukoliko ne izvodi svoju validnost iz nekih izvora prava koji su određeni prevladavajućim konvencijama (Marmor, 2005: 7). No, prema Dworkinu ovaj konvencionalni pristup ne može objasniti kako pravo nameće obaveze u kontroverznim slučajevima (Marmor, 2005: 7). Naime, prema Dworkinu, konvencije manifestuju oblik sporazuma ili konvergenciju uvjerenja: u onom trenutku kada je njihova primjena sporna gubi se osnova argumenta koja je osnova ovih konvencija, te samim time gubi se obavezujuća snaga (Marmor, 2005: 7). No, prema Marmoru, ovaj argument ne stoji jer pravnici i sudije smatraju bezbroj normi pravno validnim bez obzira na njihovu spornu prirodu (Marmor, 2005: 7). Oni se ne spore o pitanjima *kriterija* pravne validnosti već o pravilima koja će biti primijenjena u konkretnom slučaju, a koja ispunjavaju uslove postavljene prevladavajućim konvencijama.

No, da se vratimo pitanjima konvencionalizma. Pravni pozitivizam, ukoliko ga shvatamo kroz prizmu konvencionalizma ili jednostavnije: ukoliko je pravo pitanje društvenih konvencija, onda je pravo *ipso facto* ono što zajednica pravnika i sudija *smatra da je pravo* (Marmor, 2005: 7). Prema konvencionalističkom posmatranju, ne postoji ništa više što je potrebno da bi se utvrdilo postojanje prava (Marmor, 2005: 7). Prema Giovanniju Tuzetu, ukoliko prihvatimo konvencionalistički pristup pravu, onda je potrebno da dodatno odgovorimo na pitanja kao

što su: Da li je sve pravo konvencionalno?; U kojem je smislu pravo konvencionalno?; Da li su sve karakteristike prava konvencionalne? I da li konvencionalno znači arbitrarno? (Tuzet, 2007: 179). Ono što sa sigurnošću možemo reći jeste da su pravila priznanja društvene konvencije i kao takva podesna su za naturalizaciju. Sekundarna pravila (pravilo priznanja, pravilo promjene i pravilo primjene) imaju karakteristike konvencionalnih pravila, dok primarna pravila nužno ne. S druge strane, konvencionalnost primarnih pravila moguća je jedino u sferi koju tradicionalno nazivamo “efikasnost” ili “primjena”. Postavlja se pitanje da li se u odnosu na primarna pravila mogu razviti konvencionalna pravila. Taj odnos može se promatrati ili kao “primjena” primarnih pravila (tj. kao efikasnost primarnih pravila), kada osobe na koje se odnose i *konvencionalno prihvataju primarna pravila* ili kao stvaranja prostora primarnih pravila koja su konvencionalna i sadržajno drugačija u odnosu na primarna pravila koja su prošla kriterij pravne validnosti (ovdje bismo govorili od neefikasnosti primarnih pravila).

Konvencionalizam i priroda konvencionalnih pravila

Prije nego što se posvetim ovim odgovorima, potrebno je posvetiti se izlaganju koncepta *konvencionalnih pravila* (*conventional norms*), njihovoj prirodi, te koliko je ova koncepcija adekvatna za objašnjenje normativnih sistema, pa time i prava. Prema Andreiju Marmoru, priroda društvenih konvencija mogla bi se intuitivno odrediti kroz sljedeće karakteristike: (1) konvencionalna prava su u specifičnom smislu *arbitrarna* (*arbitrary*), a ova arbitarnost bi podrazumijevala da smo u stanju da naznačimo i neko drugo pravilo koje bismo mogli pratiti a

kojim bismo postigli isti cilj; (2) konvencionalna pravila uobičajeno gube smisao ukoliko se *faktički ne prate/poštuju* u datoj zajednici (Marmor, 2009: 1-2). Karakteristike konvencionalnih pravila proizlaze iz jedne, ali kompleksne, karakteristike “konvencionalizma” koji bi se mogao okarakterisati kroz sljedeće analitičke elemente:

Pravilo R je konvencionalno ukoliko su ispunjene sljedeće karakteristike:

1. postoji grupa osoba (populacija P) koje uobičajeno prate pravilo R u okolnostima C;
2. postoji razlog ili kombinacija razloga koje možemo nazvati A zbog kojih osobe populacije P prate pravilo P u okolnostima C;
3. postoji barem jedno potencijalno pravilo S koje bi pripadnici populacije P mogli pratiti u situacijama C, da postoji dovoljan broj razloga za pripadnike populacije P da prate pravilo S umjesto pravila R u okolnostima C, i djelomično zbog razloga što se pravilo S generalno prati umjesto pravila R. Pravila R i S su takve prirode da je nemoguće ili besmisleno da se pokoravaju obama pravilima istovremeno u situacijama C (Marmor, 2009: 2).

U odnosu na prvu karakteristiku (da postoji grupa osoba koje uobičajeno prate pravilo R u okolnostima C) indicira da su konvencije *društvena pravila (social rules)* (Marmor, 2009: 3). Ovim se određuje i sociološka priroda konvencija. No, prema Marmoru, ovo podrazumijeva da pravila konvencije poštuje većina (Marmor, 2009: 3). U jednu ruku, ovdje govorimo o *faktičnosti* konvencija. Sva pravila, naravno, ne moraju ispuniti ovaj uslov: ljudi mogu formulirati pravila djelovanja i smatrati da su

obavezna iako ih niko ne poštuje (Marmor, 2009: 3). S druge strane, konvencije trebaju biti praktikovane, odnosno faktički poštovane od strane osoba kako bi i postojale (Marmor, 2009: 3). Pravilo je poštovano (to jest, osobe ga prate), ukoliko se smatra obavezujućim od strane *odgovarajuće* populacije (Marmor, 2009: 3). Reći da je neko ponašanje konvencionalno znači da bi osobe odgovorile da se one ponašaju na određeni način zato što se određeno ponašanje zahtijeva od strane konvencije (Marmor, 2009: 3). Suštinski dio konvencionalnog pravila ostaje da su to društvena pravila, te da mora postojati zajednica koja u većini poštuje pravila a kako bi ona bila konvencionalna (Marmor, 2009: 4). Uz ovo veže se i pitanje šta čini *zajednicu* koja prakticira određenu konvenciju (Marmor, 2009: 4)? Pravilo koje prakticira samo nekolicina tipično ne čini neko pravilo konvencijom (Marmor, 2009: 4). Kao društveno pravilo, konvencije moraju biti praktikovane od strane značajnog broja osoba (Marmor, 2009: 4). Brojevi su značajni jer, ukoliko bi se radilo o manjem broju, učesnici bi mogli kreirati, modifikovati ili ukinuti pravila jednostavnim sporazumom između njih (Marmor, 2009: 4). Konvencije nastaju kao alternativa sporazumima i upravo u onim slučajevima u kojima je sporazume teško održati zbog velikog broja učesnika koji su uključeni (Marmor, 2009: 4). No, prema Marmoru, koncept zajednice ili populacije je nejasan i granični slučajevi su mogući (Marmor, 2009: 5). Ovo je upravo i zbog intuitivnog i analitičkog pristupa kojima se objašnjava koncept konvencija.

Drugi uslov veže se za *razloge* zbog kojih osobe prate određena pravila. Za ovaj uslov potrebna su određena objašnjenja. Prvo, koji su to *razlozi* zbog kojih osobe praktikuju određena pravila (Marmor, 2009: 5)? Prema Marmoru, to su određene činjenice zbog kojih se nešto čini ili ne čini (Marmor, 2009: 5). Razlozi

za djelovanje usko su povezani s idejom vrijednosti (Marmor, 2009: 5). Uobičajeno, razlog za djelovanje po nekoj vrijednosti H uobičajeno proizilazi iz činjenice da je H dobro, vrijedno ili služi nekom vrijednosnom cilju (Marmor, 2009: 5). Razlog za prakticiranje nekog pravila nužno pretpostavlja da je prakticiranje pravila vrijedno pod određenim uslovima, te da služi svrsi i da je dobro (ne nužno u moralnom smislu) (Marmor, 2009: 5). Drugo objašnjenje odnosi se na pitanje da li članovi zajednice P moraju biti svjesni razloga A prilikom prakticiranja pravila R (Marmor, 2009: 5)? Osobe mogu praktikovati pravilo zbog različitih pogrešnih razloga ili zbog razloga koji im nisu očiti (Marmor, 2009: 5). No, činjenica da ljudi nužno ne moraju biti svjesni ispravnih razloga za prakticiranje konvencije ili čak činjenice da je to konvencionalno pravilo, nužno ne povlači sa sobom da ne postoje epistemička ograničenja u odnosu na konvencionalnost pravila (Marmor, 2009: 6). No, ideja prakticiranja i *praćenja* pravila je kompleksan uslov (Marmor, 2009: 6). Uobičajeno podrazumijeva da učesnik smatra pravilo obaveznim u određenim okolnostima, a što bi obično povlačilo za sobom ideju da učesnik mora biti svjestan činjenica da on poštuje neko pravilo (Marmor, 2009: 6–7), odnosno da je učesnik svjestan razloga zbog kojih praktikuje određeno pravilo. Učesnici se mogu povinovati pravilu, a da takvo saglasje ponašanja i pravila ne podrazumijeva i *praćenje* pravila (Marmor, 2009: 7). No, mi nekada praktikujemo pravilo a da nismo u potpunosti svjesni činjenice da to i činimo, te obično postanemo svjesni onda kada nam je pažnja usmjerena nekom specifičnom potrebom ili, recimo, kada se postavi pitanje o čemu je pravilo ili kako da ga tumačimo u neodređenim slučajevima (Marmor, 2009: 7). U ovim i sličnim slučajevima naša svijest o praktikovanju pravila će u cijelosti ili djelomično postojati.

I treći uslov veže se za koncept arbitrarnosti, odnosno uslov koji bismo mogli nazvati *ovisnost o slaganju (compliance dependent)*. Kako navodi David Lewis, kada govorimo o uslovu arbitrarnosti, nju ne smijemo miješati s pojmom indiferentnost (Marmor, 2009: 8). Ovaj uslov ne znači da ljudi trebaju biti indiferentni prilikom izbora da li će pratiti pravilo R ili pravilo S (Marmor, 2009: 8). Arbitrarnost je esencijalna i definišuća karakteristika konvencionalnih pravila (Marmor, 2009: 9). Prvo, pravilo je arbitrarno ukoliko postoji dostižna alternativa: ukoliko ne postoji alternativno pravilo koje bi se potencijalno moglo prakticirati a bez značajnog gubitka, onda to pravilo R nije konvencionalno (Marmor, 2009: 9). U tom smislu, norme racionalnosti ili osnovne moralne norme nisu konvencije (jer ne postoji dostižna i razumljiva alternativa) (Marmor, 2009: 9). Prvo, alternativno pravilo treba “razumno” postojati da bi ga ista zajednica mogla praktikovati u istim okolnostima (Marmor, 2009: 10). Drugo, alternativno pravilo treba biti podržano istim razlozima ili funkcijama u odnosu na originalno pravilo koje služi odgovarajućoj zajednici (Marmor, 2009: 10). Treće, alternativno pravilo treba biti takvo da troškovi njegovog prakticiranja ne prelaze njegove koristi (Marmor, 2009: 10). I konačno, alternativno pravilo treba izvorno biti alternativa a ne pomoćno ili dodatno pravilo (Marmor, 2009: 10). Drugi aspekt arbitrarnosti odnosi se na prirodu razloga za prakticiranje konvencije (Marmor, 2009: 10). Razlog za prakticiranje pravila zavisi od činjenice da ga i drugi praktikuju (Marmor, 2009: 10). Da bi neko pravilo bilo konvencionalno, postoji krucijalan osjećaj prema kojem je prihvatljivo reći da praktikujemo pravilo djelomično zbog činjenice da ga upravo i drugi praktikuju (*ovisnost o slaganju*) (Marmor, 2009: 11). Ovaj uslov se može posmatrati i na drugačiji način. Koncept *alternativnog pravila* potencira konstruktivističku i dogovornu prirodu konvencionalnog pravila i njegovu zamjenjivost

drugim *alternativnim* putem kojeg bi se mogli ispuniti ciljevi i svrha, a koji bi se inače mogli ispuniti primarnim pravilom. U suprotnom, radilo bi se o nužnom i uzročno-posljedičnom odnosu a ne o pravilu, te bismo govorili o prirodnim (hemijskim i fizičkim) pravilima koja bismo mogli samo opisivati.

Konačno, u razjašnjavanju koncepta konvencionalnosti potrebno je nešto reći o ideji pravila (Marmor, 2009: 13). Konvencije su, kako je već rečeno, društvena pravila (Marmor, 2009: 13). Pravila se trebaju razlikovati od pravilnosti ponašanja i od opšteprihvaćenih razloga za djelovanje (Marmor, 2009: 13). Nije sve ono što prema pravilu činimo i praktikovanje pravila (*following a rule*) (Marmor, 2009: 13). Pravila su normativna; validnost datog pravila koje se primjenjuje u određenim okolnostima činjenica je praktične razboritosti (Marmor, 2009: 13). Pravilo ponašanja postoji ukoliko određena populacija smatra dato pravilo obavezujućim (Marmor, 2009: 13). Konvencije, kao pravila djelovanja, normativno su značajna za datu populaciju (Marmor, 2009: 15). I konačno, konvencije su društvena pravila ali nisu sva društvena pravila konvencije (ukoliko prihvatimo definiciono određenje ponuđeno na početku) (Marmor, 2009: 19). No, ovo ne znači da i drugi oblici regulacije ne utječu, direktno ili indirektno na konvencije.

Konstitutivne konvencije (constitutive conventions)

John Searle je učinio značajnom distinkciju između konvencija koje regulišu ponašanje i onih koje ne samo da uređuju odnose već i stvaraju ili definišu nove oblike ponašanja (Marmor, 2009: 32). No, i Searleu je bila poznata poteškoća u ovakvom razlikovanju: može se reći da je svako pravilo konstitutivno u odnosu na nove oblike ponašanja – tj. u onom obliku u kojem se oni ostvaruju kroz primjenu (Marmor, 2009: 32). Ovo bi se moglo posmatrati i kroz dvije funkcije koje pravilo ostvaruje – kao pravilo koje reguliše ponašanje i pravilo koje konstituše nove oblike ponašanja kao način “praćenja pravila” (*following the rule*) (Marmor, 2009: 32). Marmor smatra da svako pravilo propisuje određeno pravilo ponašanja, nešto dozvoljava ili zabranjuje i sl., ali izgleda da ono što se pravilima konstituše je određeni društveni značaj ili značenje u odnosu na specifično djelovanje, odnosno da ne možemo odrediti društveni značaj ili smisao djelovanja bez uzimanja u obzir pravila koja daju značenje u relevantnom društvenom kontekstu (Marmor, 2009: 34). U tom smislu, konstitutivne konvencije u određenom okviru stvaraju društveni značaj ili značenje u slučajevima u kojima se one prate (Marmor, 2009: 34). Pored toga, društvene prakse se stvaraju putem konstitutivnih konvencija, i onda kada imamo cijelu strukturu aktivnosti koje su vođene pravilima, s kompleksnošću i međusobnom povezanošću između pravila, možemo reći da postoji društvena praksa koja je konstituisana pravilima (Marmor, 2009: 34–35). Društvene prakse mogu imati dva oblika: konvencionalne i institucionalne (Marmor, 2009: 35). Ponekada, konvencionalne društvene prakse mogu biti zamijenjene institucionalnim kodifikacijama te postati institucionalnim praksama (Marmor, 2009: 35).

Kako navodi Marmor, sljedeći su primjeri konvencionalne i institucionalne društvene prakse:

Primjeri konvencionalne prakse:

1. strukturirane konvencionalne igre (šah, tenis, fudbal);
2. oblici umjetnosti (teatar, opera, poezija);
3. prakse lijepog ponašanja (ponašanja za stolom, konvencije oslovljavanja i pozdravljanja, jezičke forme obraćanja i sl.);
4. društvene ceremonije i rituali (vjenčanja, maturantske proslave i sl.).

Primjeri institucionalnih praksi:

1. pravne institucije (zakonodavstvo, sudstvo, administrativna tijela i sl.);
2. kvazipravne institucije (koledži i univerziteti, političke stranke, klubovi, sportske lige i sl.);
3. religiozne institucije (crkva, kongregacije i sl.) (Marmor, 2009: 35).

Ova razlikovanja će nam kasnije biti od pomoći u određivanju dijelova prava koji su konvencionalni (pravilo priznanja, pravilo presuđivanja, pravila promjene i/ili primarna pravna pravila), te načina na koji se oni mogu naturalizovati. Analitički okvir povezan s teorijom konstitutivnih konvencija je značajan, jer one (1) konstituišu institucije i aktere koji se smatraju nosiocima pravne vlasti (npr. parlament, sudovi, upravni organi), (2) rješavaju koordinacijske probleme te su kao društvena pravila podesna za naturalizaciju. No, bez obzira na to što je pravilo priznanja u većini slučajeva kodifikovano ne znači da

smo ga time i objasnili. Ukoliko je društveno pravilo i konstitutivna konvencija, njeno objašnjenje ide van okvira kodifikovanog dijela, odnosno time smo došli samo ili do dijela pravila priznanja ili pretpostavke o tome šta je njegov sadržaj. Pored toga, institucionalizacija nužno ne utječe na prirodu pravila priznanja kao konstitutivne konvencije. Okvir u kojem se ono primjenjuje je samo prostor društvenog konteksta u kojem se određuju/konstituišu akteri kao učesnici jedne društvene prakse, tj. prakse određenja onoga što jeste ili nije pravo. Posljedično tome, koordinacijske konvencije nisu podesne za objašnjenje pravila priznanja jer se njima ne konstituišu učesnici društvene prakse već samo načini rješavanja koordinacijskih problema. U tom smislu, njima se neću više baviti u ovom radu i nastaviti ću u pravcu konstitutivnih konvencija.

Pravila koja utemeljuju npr. šah su konstitutivne konvencije: njihova funkcija je da definiraju šta je to igra šaha i kako se treba igrati; šta se definira kao pobjeda ili poraz u igri; šta je dozvoljeno a šta nije (Marmor, 2009: 36). U tom smislu, konstitutivne konvencije imaju dualnu funkciju: (1) one konstituišu praksu i (2) regulišu ponašanje u okviru iste (Marmor, 2009: 36). Pored toga, konstitutivne konvencije barem djelomično definišu ili utemeljuju vrijednosti koje se vezuju za igru šaha i spektar evaluativnog diskursa koji se primjenjuje za polje igre (Marmor 2009: 36). Dakle, kada konvencije konstituišu društvenu praksu, one tipično utemeljuju i određene vrijednosti koje su inherentne toj praksi, kao i evaluativni diskurs koji se primjenjuje na taj određeni oblik društvene prakse⁸ (Mar-

8 Prema Marmoru, opravdani prigovor koji se može dati ovom stavu leži u činjenici da se vrijednosti ne mogu utemeljiti pravilima, bilo konvencionalnim ili drugim (Marmor, 2009: 38). Poštovati pravilo R pod uslovima C može imati vrijednost ili ne, no pravilo samo ne može ustanoviti tu vrijednost (Marmor, 2009: 38). Pravila upravljaju ponašanjima na različite načine, a posmatrana kao dio sistemske strukture ona mogu utemeljiti društvenu praksu (Marmor, 2009: 38). Pravilo samo po sebi ne može utemeljiti vrijednost, već društvena praksa koja je konstituisana tim pravilima (Marmor, 2009: 38).

mor, 2009: 37). Također, bilo bi pogrešno izjednačiti *društvenu praksu s pravilima i konvencijama* koje je konstituišu (Marmor, 2009: 40). Kao koncept, društvena praksa je više od pravila (Marmor, 2009: 40). Iako pravila konstituišu društvenu praksu, ona je ne iscrpljuju u svom sadržaju (Marmor, 2009: 40). Ne postoji identitet između konvencija i društvene prakse koja je konstituisana tim pravilima (Marmor, 2009: 40). No, ne postoji društvena praksa bez pravila, i ako bi pravila bila drugačija, posljedično bi bila drugačija i društvena praksa (Marmor, 2009: 40). Djelimično objašnjenje ovog “ne-identitetskog” odnosa može se pronaći i u kompleksnim društvenim funkcijama i potrebama na koje konstitutivne konvencije žele da odgovore (Marmor, 2009: 40). U pozadini društvenih praksi uvijek postoje određeni razlozi, funkcije i potrebe za iniciranje konvencija koje konstituišu praksu, a sama praksa dalje može razviti nove vrijednosti (Marmor, 2009: 40–41).

Na ovom mjestu potrebno je spomenuti i mogućnost da se pravila koja su dio društvene prakse mogu promijeniti, odnosno da promjene određenih pravila mogu uzrokovati i promjenu društvene prakse, a da promjene drugih ne uzrokuju i promjenu prirode društvene prakse (Marmor, 2009: 44). Na ovo pitanje se može odgovoriti jedino ukoliko odgovorimo na pitanje koja su pravila ili konvencije od primarnog značaja za prirodu prakse koja je u pitanju (Marmor, 2009: 44). Nužno je povezati pitanje vrijednosti i konstitutivne konvencije. Određene vrijednosti koje vežemo za aktivnosti praćenja određenog konstitutivnog pravila su takve prirode da su esencijalne za određenu društvenu praksu i bez njih ta praksa više ne bi imala isti značaj i bila bi drugačije prirode (Marmor, 2009: 44).

Karakteristike konvencionalnih društvenih praksi

Na ovom mjestu analizirat ću neke od karakteristika društvenih praksi konstituiranih putem konvencionalnih pravila, a koje su: (1) sistemska priroda konvencionalne prakse; (2) podjela posla; (3) interpretativni aspekt konstitutivnih konvencija; (4) historija i prethodna uslovljenost (*path dependency*) i (5) kodifikacija i institucionalne prakse (Marmor, 2009: 44–52).

1. Sistemska priroda konvencionalne prakse

Konstitutivne konvencije dolaze kao sistem pravila (Marmor, 2009: 45). Ovo je tipična, pa može se reći i nužna karakteristika kompleksnosti društvene prakse (Marmor, 2009: 45). Ne možemo posmatrati društvenu praksu kroz jedno pravilo (Marmor, 2009: 45). Suprotno su koordinacijske konvencije koje ne formiraju međusobno povezan sistem normi (Marmor, 2009: 45). U tom smislu, ova karakteristika je značajna i za analitički okvir za pravila priznanja koja su također postavljena kroz sistem pravila: u pravilu kao hijerarhijski sistem pravila, ali ne i nužno.

2. Podjela posla

Možda na prvi pogled nije u potpunosti jasno na šta se misli kada se uvodi ova klasifikacija, no pitanje na koje se želi odgovoriti jeste “o čemu su i čije su konvencije?” Mogli bismo svijet društvene prakse ugrubo podijeliti na prostor učesnika ili praktičara društvene prakse čije učešće i samorazumijevanje determiniše šta su i o čemu su konvencije (tj., šta je njihov sadržaj (Marmor, 2009: 46). Drugo, vanjski krug čine osobe čije je znanje o konvencijama parcijalno i čiji je utjecaj na nji-

hov sadržaj marginalan (Marmor, 2009: 46). Najbolji primjer za karakteristiku podjele rada je prostor prava (Marmor, 2009: 46). Većini osoba nejasne su konvencije koje određuju izvore prava u datoj zemlji i većina se oslanja na pravnike u određenju sadržaja izvora prava (Marmor, 2009: 46). I u pravnim krugovima, pojedini učesnici su značajniji: sudije i zakonodavci igraju ključnu ulogu u određenju sadržaja konvencija kojima se određuju izvori prava (Marmor, 2009: 46), to jest društvene prakse koje utemeljuje konstitutivno pravilo – pravilo priznanja. Konvencije koje determinišu šta se smatra pravom u jednom pravnom sistemu su prije svega: (1) konvencije sudija (posebno viših sudova); (2) konvencije zakonodavca (op. a. Damir B.), ali i (3) konvencije administrativnih i drugih upravnih tijela, policijskih organa, gradskih vijeća i sl. koji doprinose konvencionalnoj praksi određenja šta je to pravo (Marmor, 2009: 46–47). Podjela posla, prema tome, mogla bi se zamisliti kroz koncentrične krugove: učesnici koji su bliže centru značajnije utječu na određenje konvencija i njihovog sadržaja (Marmor, 2009: 47). Ništa od ovoga što je navedeno kao karakteristika konstitutivnih konvencija ne može se pronaći kod koordinacijskih (Marmor, 2009: 47).

3. Interpretativni aspekt konstitutivnih konvencija

Konstitutivne konvencije sklone su promjenama tokom vremena te u tom smislu nužno se ne razlikuju od koordinacijskih konvencija (Marmor, 2009: 47). Razlika postoji u procesu promjene i razlozima za promjenu (Marmor, 2009: 47). Koordinacijske konvencije služe specifičnim funkcijama koje postoje u specifičnim okolnostima (Marmor, 2009: 47). One su normativna rješenja koja služe određenom tipu koordinacijskog problema (Marmor, 2009: 48). Ukoliko je relevantno normativno

rješenje koje je nastalo formiralo stabilan ekvilibrijum, onda sve dok okolnosti ostaju iste neće postojati potreba i pritisak da se one i promijene (Marmor, 2009: 48). No, ukoliko stabilan ekvilibrijum nije postignut, stvorit će se pritisak kako bi se on postigao (Marmor, 2009: 49). No, nekada su troškovi promjene veći od mogućih dobitaka, čak i u slučaju kada postoji razlog da će druga konvencija biti bolja (bilo da se radi o koordinacijskoj ili konstitutivnoj konvenciji) (Marmor, 2009: 48). Konvencije koje konstituišu društvene prakse formiraju, između ostalih, evaluacijske interese koji utječu na cilj, ali posljedično i na sadržaj i formu konstitutivnih konvencija (Marmor, 2009: 48). Jednostavnije rečeno, konstitutivne konvencije u sebi sadrže i vrijednosti koje štite i žele da ispune, a koje opet određuju smisao, sadržaj i formu konstitutivnih konvencija. U vezi s tim, konstitutivne konvencije inkliniraju stalnom procesu interpretacije i reinterpetacije koji je djelimično pod utjecajem vanjskih vrijednosti, ali i vrijednostima koje su formirane konvencionalnom praksom (Marmor, 2009: 48).

4. Historija i prethodna uslovljenost (path dependency)

Kada govorimo o konstitutivnim konvencijama, bitno je naglasiti i još jednu njihovu karakteristiku. Naime, bitan element čini i historija prakse i njen značaj. Konstitutivne konvencije se razvijaju kroz duži vremenski period (Marmor, 2009: 49). Za razliku od institucionalnih pravila koja su *donijeta*, konstitutivne konvencije se postepeno razvijaju i njihov sadržaj je prethodno uslovljen (Marmor, 2009: 49). Jednostavnije rečeno, konstitutivne konvencije imaju svoju historiju razvoja i nastanka i ona je društveno značajna (Marmor, 2009: 49). Razumijevanje historije razvoja konstitutivnih konvencija doprinosi razumijevanju prirode društvene prakse, njenim inhe-

rentnim vrijednostima kao i značaju koji ima za osobe i populaciju koji je praktikuju (Marmor, 2009: 49).

5. Kodifikacija i institucionalne prakse

Prema Marmoru, pravila koja nastaju kao društvene konvencije često bivaju institucionalno kodifikovana (Marmor, 2009: 50). No, pitanje koje se logično postavlja jest: da li su to i dalje konstitutivne konvencije? Prema Marmoru, to zavisi od dva tipa ili načina kodificiranja (Marmor, 2009: 50). Prvi je zakonodavna kodifikacija, a drugi enciklopedijska kodifikacija (Marmor, 2009: 50). Zakonodavna kodifikacija ima za cilj da autoritativno odredi šta su to pravila (Marmor, 2009: 50). Ukoliko se desi zakonodavna kodifikacija konstitutivnih pravila, društvena praksa više nije konvencijska već postaje institucionalna (Marmor, 2009: 50). Suprotno tome, enciklopedijska kodifikacija ima za cilj da informiše o tome koja su to pravila (Marmor, 2009: 50). Rječnici su primjer enciklopedijske kodifikacije društvenih konvencija: oni nemaju za cilj da autoritativno određuju koja su pravila za korištenje riječi već samo da nas informišu o opštoj upotrebi koja je određena društvenim konvencijama (Marmor, 2009: 51). S druge strane, zakonodavna kodifikacija određuje i modifikuje sadržaj pravila, te se time konvencije zamjenjuju institucionalnim pravilima (Marmor, 2009: 50).

Institucionalizacija koja je rezultat zakonodavne kodifikacije društvenih praksi ima za cilj da uvede dvije modifikacije (Marmor, 2009: 51). Kako je uvidio i Hart, institucionalne prakse tipično imaju i set sekundarnih pravila (ili pravila o pravilima) (Marmor, 2009: 51–52). Ovim pravilima se određuje kako se pravila mogu promijeniti ili donijeti (Marmor, 2009: 52). Konvencionalne prakse tipično nemaju takve mehanizme

(Marmor, 2009: 52). Drugo, institucionalizacija uvodi i mehanizme kojima se osigurava usklađeno ponašanje u odnosu na pravila (Marmor, 2009: 52). Institucionalne prakse tipično imaju pravila kojima se određuju sankcije za povredu pravila, mehanizam putem kojeg se određuje kako pratiti nepoštivanje pravila, ko upravlja sankcijama i sl. (Marmor, 2009: 52). Kod konvencionalnih praksi, sankcije za nepoštivanje su većinom neformalne i većinom su sadržane u društvenom pritisku i neprijateljskoj reakciji dijelova populacije (Marmor, 2009: 52). Bez obzira na stepen institucionalizacije, pravila priznanja su i dalje društvene konvencije. Poštovanje vrhovnog pravila priznanja zavisi od uslova postavljenih u okviru analitičkog koncepta konstitutivnih konvencija. Prvo pravilo sistema je uvijek društveno utemeljeno i jedna sociološka činjenica bez obzira na to da li je ono kodifikovano i postalo dijelom institucionalne društvene prakse. Pošto se pravilo priznanja javlja kao sistem pravila, niža i ovisna pravila mogu imati karakteristike institucionalne prakse i time djelomično izgubiti karakteristike konstitutivnih konvencija. No, i dalje, da bismo u cijelosti razumjeli i objasnili koncept pravila priznanja, analitički koncept konstitutivnih konvencija je ipak najpodesniji. U odnosu na primarna pravila sistema, smatram da ona nužno ne ispunjavaju kriterije društvenih konvencija, mada Tamanaha smatra da neka primarna pravila, kao što su vlasništvo ili koncept braka, posjeduju konvencionalno prepoznavanje. No, ipak primarna pravila ne moraju ispunjavati kriterij konvencionalnih pravila da bi bila ono što je njihova suštinska funkcija: usmjeravanje ponašanja ljudi i davanje razloga za djelovanje. U daljem radu neću se zanimati konceptom primarnih pravila, ali je opet bitno naglasiti dva moguća odnosa između primarnih pravila kao normativnih upita i konstitutivnih konvencija:

1. primarno pravilo u svojoj *primjeni* poprima karakteristike društvene konvencije. Veoma često primarna pravila, kao normativna rješenja, imaju za cilj da uspostave određene društvene odnose. Često u tome ne uspijevaju ili uspijevaju samo djelomično; društveni kontekst ih prilagođava i sl.;
2. no često mogu uspostaviti društvenu praksu i regulisati je na isti način na koji to čine i društvene konvencije.

Imajuću u vidu prethodno rečeno, ne treba u potpunosti zanemariti moguće odnose primarnih i konvencionalnih pravila.

Dubinske konvencije (*deep conventions*)

Činjenica da konvencionalnost različitih domena nije uvijek tako transparentna i vidljiva pretpostavlja da konvencije mogu djelovati na dubljim nivoima (Marmor, 2009: 58). Neke od karakteristika dubinskih konvencija mogle bi se odrediti na sljedeće načine:

1. Dubinske konvencije nastaju kao normativni odgovori na neke osnovne društvene i psihičke potrebe. One služe bazičnim funkcijama u našem društvenom svijetu;
2. Dubinske konvencije uobičajeno omogućavaju nastanak površinskih konvencija, te su mnogi tipovi površinskih konvencija mogući kao predstava i primjer dubinskih konvencija;⁹

9 Šta znači da set konvencija omogućava nastanak drugih? Prema Marmoru, to znači sljedeće dvije stvari: (1) bez postojanja dubinske konvencije, relevantna i odgovarajuća površinska konvencija ne bi bila moguća; takva pravila ne bi mogla nastati a da nisu primjer i predstava dubinske konvencije; (2) prateći površinsku konvenciju, pojedinac indirektno prati i dubinsku konvenciju koja je podržava (Marmor, 2009: 63).

3. U normalnim okolnostima, dubinske konvencije se prate kroz korespondirajuće površinske konvencije;
4. U odnosu na površinske konvencije, dubinske konvencije su trajnije i manje podložne promjenama;
5. Površinske konvencije često bivaju kodifikovane i time transformisane u institucionalna prava, dok dubinske tipično odolijevaju kodifikaciji (Marmor, 2009: 58).

Dubinske konvencije se ne mogu same od sebe pratiti, te se one u suštini praktikuju putem površinskih konvencija (Marmor, 2009: 66). Kada se igramo nekih kompetitivnih igara, mi pratimo dubinske konvencije koje konstituišu tu igru kroz površinske konvencije date igre (Marmor, 2009: 66). Površinske konvencije se mogu pratiti samostalno bez obzira na to da li postoje još površnije konvencije koje ljudi također prate u tim okolnostima (Marmor, 2009: 66). Dubinske konvencije na određeni način utvrđuju sadržaj i smisao date društvene prakse. Bez, recimo, dubinske konvencije o teatru, ne bi ni bilo teatra (Marmor, 2009: 66). No, ovim stavovima mogu se uložiti i određen prigovori. Naime, može se tvrditi da pozadinske norme nisu konvencije, već zajednička vjerovanja (Marmor, 2009: 67). Također, može se tvrditi da i ako bi dubinske konvencije bile norme, te norme nisu konvencije jer nemaju karakteristiku arbitrarnosti (Marmor, 2009: 67). Konačno, može se tvrditi da su dubinske konvencije samo apstrakcije razloga zbog kojih se prate konvencije, te da nisu društvena pravila uopšte (Marmor, 2009: 67).

No, ukoliko bismo prihvatili da postoje dubinske konvencije, njihova funkcija bi se manifestovala kao normativni odgovori na dubinske aspekte našeg društvenog života (Marmor, 2009: 77). Pored toga, dubinske konvencije uobičajeno traju duže i

kada se površinske konvencije koje ih predstavljaju supstancijalno promijene (Marmor, 2009: 77). Oba tipa konvencija mogu se kodifikovati enciklopedijski, dok se zakonodavno mogu jedino površinske (Marmor, 2009: 77). Dubinske konvencije su organski dijelovi našeg društvenog života (Marmor, 2009: 77).

Uopšteno posmatrajući, postoji bliska veza između činjenice da je neka norma konvencija i da je povezana s karakteristikama kao što su *kontingentnost*, *prethodna uslovljenost* i *neodređenost razloga* (Marmor, 2009: 78). Upravo arbitrarnost, kao jedna od karakteristika konvencija, govori u prilog njihovoj kontingentnosti (Marmor, 2009: 78). Mogli bismo živjeti i u drugom svijetu koji bi bio jednak trenutnom, a da pratimo drugačije norme bez značajnijeg gubitka u svrsi, funkciji i vrijednostima kojima norme služe (Marmor, 2009: 78).

Konvencionalni temelji prava

U svom utjecajnom djelu *Pojam prava*, Herbert Hart tvrdi da u svakom razvijenom pravnom sistemu postoje određena *pravila priznanja* putem kojih se određuje šta je pravo u određenom društvu. Ta pravila određuju *izvore prava* u jednom pravnom sistemu: ona utvrđuju način na koji se pravo stvara, modifikuje, ukida u jednom pravnom poretku (Marmor, 2009: 155). U postojanju ovih pravila, Hart je vidio začetak ideje o pravnoj validnosti (Marmor, 2009: 155). No, ideju o postojanju pravila kojima se određuje šta je to pravo u jednom pravnom sistemu nalazimo u čistoj teoriji prava Hansa Kelsena (Marmor, 2009: 155). Kako navodi Kelsen, pravni poredak je sistem pravnih normi, te pitanje koje se logično nameće je šta je ono što čini normu dijelom pravnog poretka i kako se izvodi osnov važenja

norme. Norma, koja pripada svijetu “trebanja” (*sollen, ought to*) nije postavka o stvarnosti, a osnov važenja norme je druga norma a ne činjenica (Kelsen, 1961: 111). Normu čije se važenje ne može izvesti iz neke druge norme nazivamo osnovnom normom (*basic norm, Grundnorm*) (Kelsen, 1961: 111). Osnovna norma je, pak, jedna pretpostavka, koja garantuje validnost cijelog pravnog sistema (Kelsen, 1961: 111; Marmor, 2009: 155). Ona ne važi zato što je stvorena na određeni način, već važi zato što se pretpostavlja da važi (Kelsen, 1961: 116). Osnovna norma može odrediti da je neka norma dio pravnog sistema ukoliko ju je: (a) donio parlament; (b) stvorena je običajem ili (c) donijeli su je sudovi, a nije ukinuta bilo odlukom parlamenta, običajem ili suprotnom sudskom praksom (Kelsen, 1961: 113). No, prema Hartu, pravila priznanja nisu pretpostavke već su društvena pravila i ta društvena realnost pravila priznanja je ono što garantira sociološku/društvenu utemeljenost prava (Marmor, 2009: 155). Hartova generalna teza o prirodi pravila priznanja počivala je na ideji običajnih društvenih pravila koja su “prihvaćena” od strane “relevantne populacije” (Marmor, 2009: 156). Ova shvatanja koja potpadaju pod koncept “praktična teorija pravila” (*the practice theory of rules*) nisu se pokazala zadovoljavajućim kao način objašnjenja pravila priznanja (Marmor, 2009: 156). Kada je teorija konvencija Davida Lewisa postala poznata, pravni teoretičari su osjetili da bi u okvirima te teorije bilo adekvatnije objašnjenje pravila priznanja (Marmor, 2009: 156). Hart će kasnije modifikovati svoj pristup i prihvatiti jedan oblik konvencionalizma u *Postscriptumu* uz *Pojam prava*. Marmor nema sumnje da su pravila priznanja konvencije, ali uz dvije bitne modifikacije ili pojašnjenja. Prvo, pravila priznanja su konstitutivne konvencije, a ne, kao što neki autori tvrde, koordinacijske konvencije (Marmor, 2009: 156–157). I drugo, razlikovanje između du-

binskih i površinskih konvencija može pomoći u razjašnjenju određenih nedoumica u pogledu pravila priznanja (Marmor, 2009: 157). U konačnici, Marmor modifikuje Hartov pravni pozitivizam kroz sljedeće dvije teze koje nam mogu biti od pomoći u narednim koracima i analizi, a to su:

1. u svakom društvu koje ima funkcionalni pravni sistem postoje određene društvene konvencije koje determinišu *ko se smatra pravnom vlašću* (institucionalni aspekt) i na koji način se ta vlast manifestuje (procesni aspekt);
2. pravne norme sadrže direktive ili instrukcije pravne vlasti (normativni aspekt) koja je *utemeljena* i može se *identifikovati* putem društvenih konvencija (Marmor, 2011: 83).

Ovim smo dobili jednu modifikovanu verziju kojom se obuhvataju (1) institucionalna i (2) normativna priroda prava, odnosno kriterij pravne validnosti, tj. modifikuje koncept konstitutivnih konvencija kako bi se bliže objasnila priroda pravila priznanja. Konceptom konstitutivnih konvencija identifikujemo institucionalne učesnike društvene prakse prepoznavanja primarnih pravila, kao i pravila koja učesnici prate prilikom prepoznavanja pravila priznanja (koja djelomično ili potpuno mogu biti kodifikovana, ali se njihova društvena priroda time i dalje ne gubi).

Normativno utemeljenje pravne validnosti

Kako bismo objasnili normativno utemeljenje pravne validnosti, potrebno je da analiziramo sljedeće propozicije:

1. Prema pravu u pravnom sistemu S (u vremenu t), pravo N;
2. (1) je istinito zato što je N donijeto (prije t) od strane P;
3. Ukoliko P donosi normu N u pravnom sistemu S, N je pravno validno u pravnom sistemu S;
4. (3) je istinit u pravnom sistemu S pošto je to uopšte slučaj (da je X) (Marmor, 2009: 157).

Prema Marmoru, postoji logičan slijed: ukoliko postoji sumnja u istinitost stava (1), normalno je da očekujemo da će se ono riješiti prema stavu (2); te ukoliko postoji sumnja u odnosu na stav (2), možemo očekivati da bude riješeno putem stava (3) (Marmor, 2009: 158). Na kraju, potrebno je objasniti šta stav (3) uopšte čini istinitim (te dolazimo do stava 4) (Marmor, 2009: 158). Kako je to tvrdio i Kelsen, pravo je sistem normi: a norme su stavovi *trebanja* kojima se propisuje određeni tip ponašanja (Kelsen, 1961). Za razliku od moralnih normi, pravne norme su kreacije volje; produkti namjernih ljudskih radnji (Kelsen, 1961). Kada kažemo da je nešto *ozakonjeno*, znači da *tumačimo* ove radnje i događaje na način da im pripisujemo normativno značenje (Marmor, 2009: 158). Kelsen je vjerovao da samo iz stava *bivanja* nije moguće izvesti stav *trebanja* (Kelsen, 1961; Marmor, 2009: 158). Smatra da pravo koje se sastoji od normi nije moguće redukovati na prirodne događaje i radnje koje utječu na njihov nastanak (Marmor, 2009: 158). Pošto se *trebanje* ne može derivirati iz stava *bivanja*, te pošto su pravne norme stavovi *trebanja*, pretpostavlja se da mora da postoji neki pozadinski stav *trebanja* koji omogućava norma-

tivnost prava (Marmor, 2009: 159). Kao što smo i gore vidjeli, prema Kelsenu, pravna norma je validna ukoliko je stvorena u skladu s višom pravnom normom (Kelsen, 1961). No, krajnja norma ili osnovna norma nije produkt volje već je jedna pretpostavka ili hipoteza (Kelsen, 1961). Prema tome, da bi se objasnio stav (4) trebamo se okrenuti *osnovnoj ili glavnoj normi* prema kojoj određene radnje i događaji utječu na stvaranje prava a drugi ne (Marmor, 2009: 159). Bez pretpostavljanja osnovne norme normativnost prava ostaje neobjašnjena (Marmor, 2009: 159). No, ni hipotezom ili pretpostavkom o osnovnoj normi ne objašnjava se njena normativnost. Osim pretpostavke, ne ostaje nam ništa drugo, i Kelsen nas poziva da se prestanemo pitati (Marmor, 2009: 159). Ideja da je pravo neka vrsta konceptualne pretpostavke imala je za cilj spriječiti redukciju pravne normativnosti i validnosti na društvene činjenice (Marmor, 2009: 159). No, da bi se znalo šta je osnovna norma u jednom pravnom sistemu (kako i Kelsen na jednom mjestu tvrdi), potrebno je da se osvrnemo na praksu različitih agenata u pravnom sistemu – prvenstveno sudija i službenika, i posmatrati koje je to pravilo koje oni prate (Kelsen, 1961; Marmor, 2009: 159). Tako se i osnovna norma razlikuje u Sjedinjenim Američkim Državama, Ujedinjenom Kraljevstvu ili nekoj drugoj državi, upravo iz razloga što sudije i službenici primjenjuju različite kriterije u određivanju šta je to pravo u njihovom pravnom sistemu (Marmor, 2009: 159–160). Posve je jasno da je sadržaj osnovne norme ovisan o *praksi* (Marmor, 2009: 160). Osnovna norma, prema Marmoru, nije pretpostavka već društvena norma, društveno pravilo koje ljudi faktički prate (Marmor, 2009: 160). Ovdje se uglavnom misli na sudije, zakonodavce ali i druge službenike koji faktički prate ovo osnovno pravilo putem kojeg su određeni kriteriji za identifikovanje onoga šta je pravo. Prema tome, pravilo priznanja je

društveno pravilo koje zajednica prati, pravilo koje daje odgovor na pitanje kroz koje stav (3) može biti istinit ili lažan u datom pravnom sistemu (Marmor, 2009: 160).

No, kako *društvena činjenica*, društveno pravilo koje ljudi prate i smatraju obavezujućim, može biti relevantan odgovor za Kelsenovo pitanje šta je to što čini neke akte volje sposobnim da kreiraju pravo, a neke ne (Marmor, 2009: 160)? Ukoliko počnemo s pitanjem kako jedan set izjava *bivanja* može generisati stav *trebanja*, ne možemo očekivati odgovor ukoliko se opet fokusiramo na neko drugo *bivanje* (Marmor, 2009: 160). Prema Marmoru, primjer pravila šaha nam može pomoći u razjašnjavanju ovog problema. Igra šaha propisuje da se lovac može pomjerati samo dijagonalno – kada igrači pomjeraju lovca na takav način, oni prate pravilo (Marmor, 2009: 160). Pravilo je bez sumnje jedno *trebanje* – propisuje koja ponašanja su dozvoljena, a koja su zabranjena (Marmor, 2009: 160). No, šta je ono što određuje *trebanje* kod igre šaha – da li je to sama činjenica o tome kako se igra šah (Marmor, 2009: 160)? Igra je ustanovljena konstitutivnim konvencijama (koja su društvena pravila koja ljudi faktički prate prilikom igranja šaha), a ona sama imaju dualnu funkciju: (1) konstituišu igru šaha i (2) određuju pravila ponašanja (Marmor, 2009: 160). Slično je tvrdio i Hart da pravilo priznanja (1) utemeljuje ono što je pravo u jednoj zajednici i (2) propisuju pravila stvaranja i promjene prava u datoj društvenoj zajednici (Marmor, 2009: 160–161). Društvena pravila mogu utvrditi svoje *trebanje* kroz praktikovanje u jednoj zajednici (Marmor, 2009: 161). No, očiti problem u analogiji s igrom šaha je u tome što su pravila igre izjave *trebanja* samo za one koji se odluče da učestvuju u igri (Marmor, 2009: 161). Ukoliko želiš da igraš šah, postoje pravila koja se trebaju pratiti – no, ne moraš da igraš (Marmor, 2009: 161).

Prema Marmoru, primjer igre šaha nije nam dovoljan da bismo objasnili normativnost jednog specifičnog seta društvenih pravila – pravila priznanja (Marmor, 2009: 161). Hart je također bio svjestan ovoga problema te ga je pokušao riješiti kroz opštu teoriju društvenih pravila, a normativnost kroz koncept “prihvatanja” pravila – kao kompleksnog odnosa ponašanja kojeg dijele pripadnici određene zajednice a koji se manifestuje oslanjanjem na ta pravila kao upute za ponašanje, ali i osnova za kritikovanje ponašanja koja odstupaju od njih (Marmor, 2009: 161). No, on će kasnije odustati od ovog koncepta te prihvatiti ideju konvencionalnosti pravila priznanja kao boljeg okvira objašnjenja prirode ovih pravila (Marmor, 2009: 161). Kako on i navodi, pravilo priznanja je oblik sudskog običajnog pravila koje postoji samo ako je (1) prihvaćeno i (2) praktikovano u procesu identifikovanja i primjene prava u radu sudova. Pored toga, prema Hartu, pravilo priznanja predstavlja konvencionalnu formu sudskog konsenzusa.

Pravilo priznanja i konvencionalizam. Da li su pravila priznanja konvencije?

Prema jednoj od najznačajnijih kritika Hartovog pristupa, Dworkin smatra da ne postoje pravila priznanja i da je Hartov pristup u tom smislu pogrešan. Naime, on smatra da sudije i drugi službenici koriste različite kriterije prilikom određivanja onoga šta je pravo u datoj zajednici, te da njihovo ponašanje nije određeno pravilima, to jest da pravila priznanja ne postoje. Prema Marmoru, njegov stav je poprilično neuvjerljiv (Marmor, 2009: 162). Prema njemu, kriterij pravne validnosti ne postoji u pravnom sistemu, jer se sudije i drugi službenici spore oko toga šta je taj kriterij, što čini njegovo određenje besmislenim (Marmor, 2009: 162). To pravilo je toliko apstraktno da nema smisla

tvrditi da se mogu utvrditi pravila kojima bi se usmjerila ponašanja sudija (Marmor, 2009: 162). Dworkin smatra da ovaj stav nije samo na marginama pravnog sistema, već da je to sistemski problem (Marmor, 2009: 162). No, da li je to istinit stav? Da li postoji istinska sumnja o tome da je, recimo, u Sjedinjenim Američkim Državama, Kongres taj koji stvara pravo (Marmor, 2009: 162)? Ili, da je federalno pravo iznad prava država članica (Marmor, 2009: 162)? U svakom pravnom sistemu postoji ograničen opseg neslaganja o tome šta je pravilo priznanja, tj. koji su to kriteriji pravne validnosti (Marmor, 2009: 162). I sam položaj onih koji određuju šta je pravo u datom pravnom sistemu određen je pravilima priznanja – da li je to zakonodavni organ, sudovi ili običajno pravo. Ta tijela ne bi ni postojala da nisu uspostavljena pravilima priznanja. Pozicija i vlast određene osobe kao suca utvrđene su pravilima priznanja (Marmor, 2009: 163). Prije nego što bi suci bili u mogućnosti da se spore oko pravila priznanja, oni treba da vide sebe kao institucionalne igrače i dijelom strukturisane prakse (Marmor, 2009: 163). Suci mogu vidjeti sebe takvima jedino na osnovu pravila i konvencija koje uspostavljaju njihovu vlast i ulogu (Marmor, 2009: 163). Činjenica da se sudije, ali i ostali službenici, spore oko toga koji su to kriteriji za utvrđivanje pravne validnosti jednostavno ne dokazuje da pravila priznanja ne postoje.

No, sljedeće pitanje koje nas zanima jeste: da li su pravila priznanja konvencije? Da bi se odgovorilo na ovo pitanje, potrebno je primijeniti isti konceptualni kriterij koji se koristi prilikom utvrđivanja da li je nešto konvencija ili nije. Dakle, ukoliko postoje određena pravila koja utvrđuju šta se smatra pravom u jednom pravnom sistemu, te ukoliko ta pravila slijede zakonodavci, sudije i drugi službenici, da li ona ispunjavaju sljedeće kriterije:

1. postoji grupa osoba P koje uobičajeno prate pravilo Rr u okolnostima C;
2. postoji skup ili set razloga A za članove grupe P da prate pravilo Rr u okolnostima C;
3. postoji barem još jedan set pravila Sr koja, ako bi populacija P pratila u okolnostima C, tada bi set razloga A bio dovoljan za članove P da prate pravilo Sr umjesto pravila Rs u okolnostima C, te barem djelimično zbog toga što pravilo Sr generalno više prati neko pravilo Rr.
4. Pravila Rr i Sr su takve prirode da je nemoguće i besmisleno da se prate oba istovremeno u okolnostima C (Marmor, 2009: 163).

Dworkinova kritika usmjerena je prije svega na premisu (1). No, kako je već prethodno pisano, njegova kritika ne stoji. Ukoliko prihvatimo da je premisa (1) istinita, teško bi bilo tvrditi da je i premisa (2) neistinita (Marmor, 2009: 164). Ukoliko sudije i drugi službenici prate određeni set pravila, sigurno postoje razlozi za to (Marmor, 2009: 164). No, koji su to razlozi teško je odgovoriti (Marmor, 2009: 164). Hart je predložio da je razlog postojanja pravila priznanja potreba za (pravnom) sigurnošću (Hart, 2012). U razvijenom pravnom sistemu, ljudi imaju potrebu da su u mogućnosti da identifikuju koje su to norme pravno validne (Marmor, 2009: 164). Kako je i tvrdio Hart, upravo je i prednost pravila priznanja što pružaju sigurnost u pogledu određivanja izvora prava, te se na taj način razlikuju “primitivni” prepravni normativni sistemi u odnosu na razvijene pravne sisteme (Hart, 2012). No, kako sam već naveo, Hart tvrdi da se pravilo priznanja temelji na jednoj konvencionalnoj formi sudskog običaja (Hart, 2012). Da je to tako, prema njemu, očigledno je u engleskom i američkom pravu, te da razlog kojim se vodi engleski sudija da posmatra zakonodavstvo parlamenta kao vrhovni izvor

engleskog prava u odnosu na druge izvore uključuje i činjenicu da se njegov sudijski kolegij slaže u tome kao što su se slagali njegovi prethodnici (Hart, 2012). No, Marmor iznosi sumnju u pogledu ovakvog objašnjenja razloga za praćenje pravila priznanja (Marmor, 2009: 164). Razlog sigurnosti u pogledu izvora prava jeste jedan od razloga za praćenje pravila priznanja, no pitanje je da li je on i jedini (ili ključni razlog) (Marmor, 2009: 164). Razlozi za praćenje pravila priznanja usko su povezani s razlozima postojanja prava kao takvog (Marmor, 2009: 165). No, naravno, ti razlozi nisu isti (Marmor, 2009: 165). Također, razlog koordinacije može postojati kao razlog, no opet ne može biti ključni ili jedini (Marmor, 2009: 165). Istina je da sudije i drugi službenici trebaju pravila putem kojih koordinišu svoje ponašanje u jednom pravnom sistemu – tj. pravila putem kojih će koordinisati ponašanje u pogledu određivanja koji su to relevantni izvori prava (Marmor, 2009: 165). Pravila priznanja omogućavaju ovu osnovnu funkciju u različitim djelovanjima aktera u pravu (Marmor, 2009: 165). No, kako je već pisano, da bi sudije imale problem koordinacije koji bi možda nastao, oni se prvenstveno moraju identifikovati kao *sudije*, tj. prvo trebamo pravila putem kojih će se uspostaviti njihova specifična funkcija kao sudija u pravnom sistemu (Marmor, 2009: 165). Prvo trebamo institucije prava da bi uopšte nastali eventualni koordinacijski problemi (Marmor, 2009: 165). Osnovna funkcija pravila priznanja je da utemelje relevantne pravne institucije, dok je sekundarna funkcija koordinacija aktivnosti među akterima (Marmor, 2009: 165). Pored toga, ma koliko ona bila kompleksna i možda značajna, funkcija prava se ne može redukovati na koordinaciju (Marmor, 2009: 165–166). Kako navodi Marmor, među određenim piscima, pogrešno je zaključeno da je pravilo priznanja koordinacijska konvencija, te da je posljedično funkcija prava ujedno i (samo) koordinacijska (Marmor, 2009:

165–166). Pravo ispunjava mnogo značajnije funkcije u društvu koje se ne mogu redukovati na jednu, i nikako ne na samo funkciju koordinacije ponašanja u jednom pravnom sistemu.

Prema Marmoru, da bismo do kraja objasnili i razjasnili prirodu pravila priznanja, potrebno je osvrnuti se i na premisu (3), tj. arbitrarnost i ovisnost o slaganju ponašanja (Marmor, 2009: 166), odnosno na ideju o pravilu kao društvenom konstruktivnom ovisnosti praćenja pravila zbog činjenice da i drugi prate to pravilo i ponašaju se na isti način. Najjednostavnije objašnjeno: mi se ponašamo na isti način zato što se i drugi ponašaju na taj isti način. Arbitrarnost pravila priznanja snažno je podržana dva prethodna razmatranjima: (1) mi znamo da različiti pravni sistemi, čak i oni koji su veoma slični našem, imaju različita pravila priznanja; te da je (2) potpuno jasno da su razlozi za praćenje pravila priznanja ovisni o činjenici da se i drugi ponašaju na isti način i prate ta pravila (Marmor, 2009: 166–167).

Jedan aspekt pravila priznanja potrebno je dodatno objasniti, a tiče se pitanja normativnosti. Naime, jedna od kritika koju je Leslie Green uputio Hartu tiče se mogućnosti da pravilo priznanja (ukoliko je konvencijsko pravilo) stvori *pravnu obavezu* za sudiju i druge službenike da prate to pravilo (Marmor, 2009: 167). Odgovor na Greenovo pitanje leži u razlikovanju između pravne obaveze da se prate pravila priznanja i pitanja o moralnoj obavezi (ukoliko ona i postoji) da se prate ta pravila (Marmor, 2009: 167). Pravila priznanja utvrđuju šta je relevantna praksa (Marmor, 2009: 168). Kao i druga konstitutivna pravila, ona utemeljuju ono što čini praksu, kao i pravila ponašanja (Marmor, 2009: 168). *Pravna obaveza* je pratiti ta pravila koja poput pravila šaha utvrđuju obavezu da se lovac može pomjeriti jedino dijagonalno (Marmor, 2009: 168). Kao što sam pret-

hodno naveo, normativnost konstitutivnih konvencija uvijek je uslovna (Marmor, 2009: 168). Naime, konvencionalna praksa stvara razloge za djelovanje samo ukoliko relevantni agent ima razloga da učestvuje u praksi (Marmor, 2009: 168). Isto je i za pravo (Marmor, 2009: 168). Obaveza poštovanja pravila proizlazi iz moralnih i političkih razloga (Marmor, 2009: 168). Naime, ukoliko sudije imaju razlog da učestvuju u društvenoj praksi, oni imaju i razlog da u njoj učestvuju prema pravilima, a pravila određuju šta su *obaveze* društvene prakse (Marmor, 2009: 168). Dakle, *interna obaveza* utvrđena je samim pravilima – pravilima koja utemeljuju društvenu praksu, te ujedno utvrđuju i pravila ponašanja u okviru nje (Marmor, 2009: 168). *Eksterna obaveza* učešća u društvenoj praksi, ukoliko i postoji, ne može biti utvrđena pravilima društvene prakse (Marmor, 2009: 168). Da li sudija ili neki drugi akter ima obavezu da učestvuje u društvenoj praksi, pitanje je koje se utvrđuje na temelju moralnih i političkih temelja (Marmor, 2009: 169).

Zašto pravila priznanja nisu koordinacijske konvencije?

Bez obzira na to što ispunjavaju i koordinacijske funkcije, pravila priznanja nisu koordinacijske konvencije. Naime, neki od razloga koji se navode leže u sljedećem:

1. koncept koordinacijskih konvencija je preuzak da bi objasnio pravila priznanja (koja i utemeljuju društvenu praksu);
2. koordinacijske konvencije ne mogu objasniti pravilo priznanja kao pravilo koje utemeljuje šta se to smatra pravom u jednom pravnom sistemu (Marmor, 2009: 169);

3. teško je pomiriti ideju o pravilu priznanja kao koordinacijskoj konvenciji s političkim značajem koji ovo pravilo ima u pravnom i političkom sistemu (Marmor, 2009: 169);
4. koordinacijske konvencije zatamnjuju razlikovanje između dva značajna pitanja: šta je pravo i šta se smatra pravom u jednom pravnom sistemu (Marmor, 2009: 169).

Zašto je to tako? Pravila priznanja određuju šta je to pravo u određenom pravnom sistemu; kako je to pravo doneseno, modifikovano ili ukinuto; odnosno omogućuju da identifikujemo šta je pravo (Marmor, 2009: 169). One obavljaju kompleksnu funkciju: određujući kriterije pravne validnosti utemeljuju šta se smatra pravom u tom sistemu, ali istovremeno omogućuju da odredimo domen prava kao takvog (Marmor, 2009: 169). Bitno je naglasiti da pravila priznanja obavljaju koordinacijske funkcije, no to nije njihova glavna funkcija. To je samo jedan od aspekata pravila priznanja (Marmor, 2009: 170). Kao što sam već naveo, da bi se pojavili koordinacijski problemi i posljedično normativna rješenja, prvo trebamo određene aktere *prepoznati kao pravne* (Marmor, 2009: 170). Ovo je jedino moguće konstitutivnom funkcijom koju obavljaju pravila priznanja (Marmor, 2009: 170). Pored toga, konstitutivne konvencije nastaju kao odgovor na kompleksne društvene i ljudske potrebe, i ne samo kao odgovor na koordinacijske probleme (Marmor, 2009: 170). Pravila priznanja imaju politički, društveni i moralni značaj (Marmor, 2009: 170). Za nas je od velikog značaja ko stvara pravo i na koji način se ono stvara (Marmor, 2009: 170). Često povezujemo političke i moralne vrijednosti s pravilima priznanja, koja uobičajeno ne vežemo za koordinacijske konvencije (Marmor, 2009: 170). Na kraju, koordinacijski aspekt pravila priznanja ne bi mogao objasniti

(naš) koncept prava (Marmor, 2009: 171). Posve je očito da je to moguće jedino konstitutivnim konvencijama kojima se utemeljuje određena društvena praksa, ali i uvode pravila igre. Dakle, bez društvenih konvencija koje utemeljuju načine stvaranja prava i prepoznaju ga kao pravo, teško bi bilo zamisliti koji je to (naš) koncept prava (Marmor, 2009: 171).

“Dubinski” razlozi za postojanje prava – dubinske konvencije prava

Naravno, postoje određeni razlozi zašto nam je potrebno pravo u društvu, razlozi koji se reflektuju kroz najznačajnije funkcije prava u društvu (Marmor, 2009: 171). Pravo nam je potrebno kako bismo imali autoritativna pravila ponašanja da riješe konflikte u našem društvu, da stvaraju javna dobra, da riješe probleme kolektivne akcije i sl. (Marmor, 2009: 171). Postoji širok spektar funkcija koje pravo obavlja u jednom društvu (Marmor, 2009: 172). Teško da bi bilo i moguće načiniti jednu konačnu listu. Prema Marmoru, između opštih razloga za postojanje prava i konvencija kojima se utvrđuje šta je pravom u datom sistemu, postoji posredni sloj dubinskih konvencija – konvencija koje utemeljuju najznačajnije elemente konkretnog pravnog sistema (Marmor, 2009: 171). Kako je već pisano o dubinskim konvencijama, i dubinske konvencije prava manifestuju se kroz površinske konvencije pravila priznanja u bilo kojem društvu ili pravnom sistemu (Marmor, 2009: 171). Pravila priznanja o kojima je pisao Hart su površinske konvencije (Marmor, 2009: 172). One utvrđuju šta se smatra pravom u jednom pravnom sistemu, te one kao površinske konvencije reflektuju dubinske konvencije tog pravnog sistema (Marmor, 2009: 172). No, šta bi bile te dubinske konvencije u jednom

pravnom sistemu? Prema Marmoru, za pravnike koji se bave komparativnim pravom ili su barem upoznati s različitim pravnim sistemima, to bi bilo poprilično jasno (Marmor, 2009: 172). Naime, u različitim društvima razvijali su se različiti tipovi pravnih sistema (Marmor, 2009: 172). Npr., možemo govoriti o kontinentalnom i anglosaksonskom tipu ili tradiciji. Ono što mi nazivamo tipovima ili pravnim kulturama, prema Marmoru, ustvari su refleksije dubinskih konvencija (Marmor, 2009: 172–173). Ukoliko bismo uzeli primjere ove dvije pravne kulture, šta bi to konkretno značilo? Prvo, konvencije koje utemeljuju ove dvije pravne tradicije nisu praktikovane kroz praćenje konvencija koje utemeljuju tradiciju, već kroz površinske konvencije, odnosno kroz pravilo priznanja u svakom od pravnih sistema (Marmor, 2009: 173). Ove dvije pravne tradicije imaju različite koncepte organizacije pravnog poretka i odgovaraju različito na osnovne potrebe, koje su u osnovi iste u svim društvima (Marmor, 2009: 173). Anglosaksonski sistem u Sjedinjenim Američkim Državama, Engleskoj i Kanadi ima u osnovi iste funkcije kao što ima i kontinentalni u Njemačkoj ili Francuskoj (Marmor, 2009: 173). No, rješenja koja nudi kontinentalni sistem u odnosu na anglosaksonski su različita (Marmor, 2009: 173). Anglosaksonski, recimo, daje značajniju ulogu sucima u razvoju prava i njegovom prilagođavanju promijenjenim okolnostima, dok kontinentalni ograničava njihovu ulogu (Marmor, 2009: 173–174). Zakonodavstvo kontinentalnog sistema je veoma strukturisano i tipično teži kodifikacijama prava na veoma sistematičan način, dok je anglosaksonsko manje strukturisano i tipično izbjegava kodifikacije cijelog područja prava (Marmor, 2009: 174). Dakle, u komparaciji ove dvije pravne tradicije možemo izvući nekoliko zaključaka:

1. ove pravne tradicije manifestuju različite oblike strukturisanja;
2. iako su različite, one pokušavaju da odgovore istim potrebama i da služe istim funkcijama u okviru svojih društava;
3. konvencije koje sudije i drugi službenici prate nisu dubinske konvencije koje grade sistem, već površinske konvencije koje su njihova manifestacija kroz pravilo priznanja (Marmor, 2009: 174).

Ove dvije pravne tradicije nastale su kao posljedica različitih društvenih i političkih okolnosti, koje se i dalje reflektuju u njihovim političkim koncepcijama prava, ali to i dalje ne umanjuje njihovu konvencionalnost (Marmor, 2009: 174). Konvencionalnost pravila priznanja povezana je s njenim moralnim i političkim značajem (Marmor, 2009: 174). Različite konvencionalne prakse često nastaju kao odgovor na historijske kontingencije, te njihove utemeljujuće norme nastoje reflektovati normativna uvjerenja koja su se razvijala u historijskim događajima koji su utjecali na njihov nastanak (Marmor, 2009: 174). Konvencije su uvijek podržane nekim razlozima, i oni su vjerovatno još uvijek tu i predstavljaju moralno-politička uvjerenja (Marmor, 2009: 175). Dakle, dubinske konvencije determinišu načine organizacije pravnog sistema i njegove najznačajnije elemente te su reflektirane kroz površinske konvencije datog pravnog sistema (Marmor, 2009: 175). Koncept prava utemeljen je kroz oba sloja konvencija (Marmor, 2009: 175). Naš koncept prava djelimično ovisi o dubinskim konvencijama kojima se determiniše osnovna organizacija pravnog poretka, te djelimično kroz specifične institucije koje imamo u našem društvu koje su utvrđene putem pravila priznanja (Marmor, 2009: 175). Ova su konvencionalna, što je možda i najznačajniji zaključak ovog dijela istraživanja (Marmor, 2009: 175).

Pravilo priznanja, pravna validnost i autoritet prava

U svakom savremenom pravnom sistemu lanac pravne validnosti u jednom trenutku mora doći do svog kraja kada će se morati dati objašnjenje kroz nepravne termine o tome zašto određene radnje i događaji imaju pravni značaj (Marmor, 2011: 49). Upravo pravilo priznanja u Hartovom konceptu moramo objasniti koristeći se nepravnom terminologijom i to kroz koncept konstitutivnih konvencija. No, da se vratimo objašnjenju koje nalazimo kod Harta. Kako navodi Hart u svom *Pojmu prava*, pravilo priznanja predstavlja pravni kriterij putem kojeg državni službenici i privatna lica identifikuju primarna pravila obligacije (Hart, 2012: 100). U modernim pravnim sistemima postoje različiti izvori prava i pravilo priznanja je mnogo kompleksnije (Hart, 2012: 101). Kriteriji za identifikovanje primarnih pravila su višestruki i obično uključuju pisani ustav, zakone i sudske precedente (Hart, 2012: 101). Također, u svakodnevnom životu pravilo priznanja nekog pravnog sistema veoma često nije izričito formulisano kao pravilo (Hart, 2012: 101). Njegovo postojanje se pokazuje u načinu na koji su određena pravila identifikovana bilo u radu sudova, upravnih organa ili privatnih lica (Hart, 2012: 101). U tom smislu, ono je slično opštim pravilima igre koja definišu i konstituišu način na koji se postižu poeni u igri (a koja su veoma rijetko formulisana kao takva) (Hart, 2012: 102). Ona se koriste od strane igrača u identifikovanju određenih faza putem kojih se postižu poeni i konačno i pobjeda (Hart, 2012: 102).

Upravo upotreba (često neformuliranih) pravila priznanja u identifikovanju određenih primarnih pravila sistema karakteristika je *unutrašnjeg stava* (Hart, 2012: 102). Oni koji ga

koriste time manifestuju svoj *pristanak* da ona budu pravila kojima usmjeravaju svoje ponašanje (Hart, 2012: 102). Stav o *zajedničkom prihvatanju* pravila različit je od stava vanjskog posmatrača koji zaključuje da društvena grupa prihvata to pravilo, ali on sam ne prihvata to pravilo (Hart, 2012: 102). Dakle, prvi *unutrašnji stav* manifestuje *unutrašnji pogled* i prirodno se koristi od strane onih koji prihvatajući pravilo priznanja izričito ne izražavaju stav o prihvatanju, ali ga koriste prilikom prepoznavanja određenih pravila kao validnih (Hart, 2012: 102–103). Dakle, samim korištenjem pravila priznanja oni izražavaju *prihvatanje* tog pravila. Drugi oblik izjave Hart naziva *vanjski stav* (Hart, 2012: 103). Njime se izražava stav vanjskog posmatrača pravnog sistema koji, bez da i sam prihvata to pravilo, izražava činjenicu da drugi prihvataju to pravilo priznanja (Hart, 2012: 103). Kada recimo sudija izrekne stav da je neko pravilo validno, to je njegov interni stav kojim prepoznaje da neko pravno pravilo zadovoljava testove kojima se identifikuje šta je pravo u njegovom sudu i konstituiše *razlog* za njegovu odluku (Hart, 2012: 105). Pravilo priznanja koje omogućava kriterije putem kojih prepoznamo šta su primarna pravila datog sistema *krajnje* je pravilo datog sistema i uobičajeno postoji više kriterija kojima identifikujemo šta su primarna pravila rangirana u odnosu subordinacije, a jedno pravilo se smatra *vrhovnim* pravilom priznanja datog pravnog sistema (Hart, 2012: 105).

Onaj koji izražava interni stav u pogledu validnosti nekog pravnog pravila, može se reći da *pretpostavlja* da je pravni sistem generalno posmatrajući efikasan (Hart, 2012: 104). No, ova pretpostavka ne odnosi se samo na njega, već je ono *prihvaćeno* i *primjenjuje se* u opštem djelovanju pravnog sistema (Hart, 2012: 108). Ukoliko postoji sumnja u ove pretpostav-

ke, njihovu istinitost može potvrditi *aktuelna praksa sudova* koji identifikuju ono što se smatra pravom u datom pravnom sistemu *opštoj prihvaćenosti* ili *prešutnim* korištenjem ovih kriterija u identifikovanju izvora prava (Hart, 2012: 108). Treba imati na umu kompleksnost ove prakse sudija, službenika i drugih lica, u kojoj se sadrži pravilo priznanja (Hart, 2012: 109). No, izjava da pravilo postoji veže se i za jednostavne slučajeve običajnih pravila – vanjski stav kojim se utvrđuje *činjenica* da je određeni oblik ponašanja opštegledano prihvaćen kao standard prakse (Hart, 2012: 110). U slučaju prava (tj. primarnih pravila) to može biti i rezultat internog stava u primjeni pravila priznanja da je neko pravno pravilo validno (Hart, 2012: 110). U ovom smislu, odvaja se prostor običajnih pravila od primarnih pravila obligacije i “uvodi” u polje normativnosti. U tom smislu, primarno pravilo će biti validno iako se ne poštuje no pravilo priznanja *postoji jedino* kao *kompleksna ali konzistentna praksa sudova, službenika i privatnih osoba* u procesu identifikovanja prava. Njegovo postojanje je uvijek *činjenica* (Hart, 2012: 110). Dakle, o pravilu priznanja govorimo ne samo kao o pravilu putem kojeg zakonodavac prepoznaje nešto što je pravo, ili upravni organ prilikom utvrđivanja izvora koje treba da koristi za upravno rješenje, već i kroz pravilo presuđivanja putem kojeg sud presuđujući u nekom sporu prepoznaje nešto što su pravila tog sistema. Konačno, pod ovim podrazumijevamo i pravila kojima se mijenjaju primarna pravila korištena kao dio prakse državnih organa.

Da zaključimo, pravilo priznanja postoji ukoliko su ispunjena dva uslova/stava:

1. vanjski stav kojim se izražava činjenica da pravilo *postoji* u aktuelnoj praksi sistema;

2. unutrašnji stav kojim se ustanovljava validnost a izriče stav o prihvatanju tog pravila kao kriterija identifikovanja primarnih pravila sistema.

Ukoliko bismo konceptualno dalje razlagali njegove tvrdnje, one bi se mogle posmatrati na sljedeći način:

1. većina članova grupe *S* redovno se povinuje u svom ponašanju prema sadržaju pravila *R*;
2. većina članova grupe *S* prihvata *R* kao pravilo što znači da:
 - (a) za većinu pripadnika grupe *S*, postojanje pravila *R* utemeljuje razlog za djelovanje u skladu sa sadržajem pravila *R*;
 - (b) pripadnici grupe *S* primjenjuju pravilo *R* kao referencu za utemeljenje pritiska na druge članove grupe i kao osnovu za kritikovanje devijacije ponašanja od odnosu na sadržaj pravila *R* (Marmor, 2011: 52).

Dakle, postojanje društvenog pravila vezano je za postojanje faktičkih i aktuelnih obrazaca *upravljanja*, *vjerovanja* i *stavova* (Marmor, 2011: 52). Društveno pravilo postoji ukoliko postoji komponentna *ponašanja* i *upravljanja* u skladu s tim društvenim pravilom (vanjski stav) (Marmor, 2011: 52), te ukoliko postoji kompleksna komponenta *prihvatanja* koja se ogleda u (1) *vjerovanju* koje dijeli zajednica da joj postojanje tog pravila daje razlog za djelovanje i (2) *zajedničkim stavom* putem kojeg je pozitivno odobravanje pravila manifestovano kao osnova za pritisak na ostale članove zajednice da se ponašaju na određeni način, odnosno kao osnova za kritiku u slučaju devijacije ponašanja (Marmor, 2011: 52). Ovo bismo mogli ocijeniti kao unutrašnji aspekt društvenog pravila. Kao što ćemo vidjeti u *Postscriptumu*, Hart će modifikovati svoje stavove u pogledu

prirode društvenih pravila u pravcu konvencionalizma. No, bez obzira na ova analitička pitanja, bitno je u odnosu na Kelsenovu osnovnu normu koja se posmatra kao jedna *pretpostavka*, da u slučaju Hartovog pravila priznanja ne trebamo ništa pretpostavljati; ne trebamo pretpostavljati pravilo ili pravila kojima se utemeljuje validnost prava. Ono što trebamo jeste *sociološki pristup* putem kojeg ćemo objasniti kompleksne društvene činjenice da ljudi poštuju, prihvataju i ponašaju se u skladu s određenim društvenim pravilima (Marmor, 2011: 55).

Teorija prakse pravila naći će se, kao što ćemo kasnije vidjeti, pod pritiskom. Hart nije dao, možda i jedan od osnovnih elementa u konceptu društvenih pravila, *razloge* za postupanje u skladu s njima (Marmor, 2011: 57). Hart je ostao nedorečen u pogledu onoga što se čini *racionalnim* i *razumnim* za ljude da smatraju određene relevantne društvene norme obavezujućim (Marmor, 2011: 57). No, iako je bio pod pritiskom nije u cijelosti odstupio od *practice theory of rules*. No, kako smo i vidjeli, koncept konstitutivnih pravila uvjerljivo rješava neke od Hartovih problema i to kroz koncept *konvencionalizma* putem kojeg se društvenim pravilima daje *razuman razlog* za postupanje u skladu s njim, a kroz koncept *konstitutivnosti* objašnjava način na koji se, pored utvrđenih pravila ponašanja, putem pravila *utemeljuje određena relevantna uloga ili institucija*.

Kada govorimo o praksi i društvenim pravilima koja utemeljuju pravnu validnost, trebamo sebi postaviti pitanje šta je to što čini *pravno* relevantnu *društvenu praksu*? Slično kao i kod konstitutivnih konvencija, bitno je odrediti čiju praksu promatramo: zakonodavnu, praksu vlade, ministarstva, upravnih tijela, sudova, javnih tijela i drugih (državnih) tijela koja učestvuju u praksi. Pored toga, da li tijela i osobe koje učestvuju u praksi

izričito ili prešutno prihvataju pravilo kojim se utvrđuje kriterij za prepoznavanje primarnih pravila sistema? Ovi stavovi, analitički postavljeni, vrlo jednostavno mogu biti naturalizovani i empirijski provjereni. Kako i Marmor tvrdi, potreban nam je sociološki pristup prilikom objašnjenja društvenih pravila. Iako je Hart navodio da između pravila priznanja postoji hijerarhijski odnos, Marmor je stava da je veoma moguće da u jednom pravnom sistemu, iako postoji više pravila priznanja, konflikt između njih nije riješen (Marmor, 2011: 50). Može postojati jedno pravilo priznanja koje je djelomično ili u cijelosti ustavno kodifikovano uz paralelno postojanje pravila priznanja koja su *faktička*, *neformalna* ili *nekodifikovana*. U tom smislu, potrebno je uvesti još jedan pojam kako bismo uspješno razlikovali *izričita* i *faktička* pravila priznanja. Pojam autoriteta prava nam u ovom smislu može pomoći. Kako je smatrao Joseph Raz, pravo uvijek tvrdi da ima autoritet i moć (Raz, 1979: 33). Upravo je i u tome razlika između Austinovog primjera revolveraša koji traži vaš novac i prava koje kroz recimo poreze traži vaš novac. Revolveraš želi samo vaš novac, dok pravo tvrdi da ima legitimitet da traži novac od vas. Dakle, kada pravo tvrdi da stvara obaveze, ono tu tvrdnju bazira na legitimnoj političkoj vlasti (Marmor, 2011: 58). Tvrdnja prava da posjeduje legitimnu političku vlast i autoritet ne znači je da ona generalno ispravna, moralno ili na drugi način opravdana. Da li je vlast prava moralno opravdana ili ne, drugo je moralno-političko pitanje (Marmor, 2011: 59). No, esencijalno je važno za razumijevanje prava da ono uvijek tvrdi da ima politički legitimitet i autoritet (Marmor, 2011: 59). Upravo ovo daje nam dodatni analitički alat kako bismo razlikovali onaj dio prava i principa validiteta koji tvrdi da ima legitimitet za stvaranje prava (npr. pravilo priznanja parlamenta) u odnosu na neke oblike *faktičkog*, *kvazipravnog*, *neformalnog* pa čak i *an-*

tipravnog (politička stranka kao zakonodavac; protektorat; interesne grupe). Pored toga, kako je i Marmor tvrdio, i u okviru prostora legitimne političke vlasti može postojati više pravila priznanja koja nisu u hijerarhijskom odnosu, potencijalno su u konfliktu i ne postoji mogućnost da se taj konflikt riješi. Hart tvrdi da iako postoji više pravila priznanja u jednom pravnom sistemu, jedno je vrhovno koje postavlja ostala u hijerarhijski odnos (vrhovno je pravilo priznanja Kongresa SAD-a u odnosu na pravila priznanja saveznih država). Konačno, Kelsen je tvrdio da postoji samo jedna osnovna norma koja je hijerarhijski nadređena svim ostalim i, kao što znamo, jedna pretpostavka ili hipoteza. Da li je ovo najpodesniji način za utvrđivanje *legitimnog* pravila priznanja, nije predmet istraživanja ove knjige. Kroz konvencionalno prepoznavanje učesnika društvene prakse prepoznavanja primarnih pravila (npr. sud, upravni organ, parlament), ovim smo djelomično uspjeli odgovoriti na pitanje o *legitimnom* pravilu priznanja. Ono što je značajno jeste dovoljno utemeljena argumentacija na osnovu koje možemo prihvatiti analitički okvir konstitutivnih konvencija za objašnjenje pravila priznanja u jednom pravnom sistemu.

Neke nedoumice koje su povezane s idejom pravne validnosti odnose se i na vezu između validnosti i efikasnosti prava (Hart, 2012: 103). Ukoliko pod pojmom “efikasnost” mislimo na činjenicu da je pravno pravilo koje zahtijeva određeno ponašanje poštovano više nego što nije, onda ne postoji nužna veza između validnosti prava i njegove efikasnosti, osim ukoliko pravilo priznanja nekog pravnog sistema između ostalih uključuje i kriterij da ne postoji pravno pravilo ukoliko je već duže vremena postalo neefikasno (Hart, 2012: 103). Sve dokle su primarna pravila sistema koja su prošla test pravne validnosti poštovana od strane većine stanovništva, prema Hartu, to

je sasvim dovoljno da kažemo da pravni sistem postoji (Hart, 2012: 114). No, veoma slično kao i kod Kelsena, on ne uvodi empirijski kriterij koji je to nivo poštovanja primarnih pravila da bismo mogli reći da pravni sistem postoji, već je to jedna intuitivna pretpostavka.¹⁰

Od teorije prakse pravila (*practice theory of rules*) do konvencionalizma

U odgovoru na Dworkinovu kritiku izraženu u *Postscriptumu*, Hart odstupa od prvobitnih stavova vezanih za teoriju igara i pomjera se u pravcu konvencionalizma (Hart, 2012: 254–255). Naime, u *teoriji prakse pravila* društvena pravila nastala su kroz društvenu praksu koja je sadržana u modelima ponašanja koje uobičajeno prati većina pripadnika date grupe, te sadrže osobeni normativni stav prema takvim modelima kroz “prihvatanje” takvog ponašanja (Hart, 2012: 255). Ovo se sastoji u trajnoj sklonosti pojedinaca da takve modele ponašanja prihvate kao vlastite obrasce ponašanja, ali i kao standarde kritike koja mogu da legitimišu zahtjeve i različite oblike pritisaka s ciljem pokoravanja (Hart, 2012: 255). Vanjska tačka gledišta na društvena pravila je tačka gledišta vanjskog posmatrača u pogledu njihovog djelovanja, dok je unutrašnja tačka gledišta tačka učesnika prakse koji prihvata pravila kao smjernice ponašanja i kao standarde kritike (Hart, 2012: 255). Neke od Dworkinovih kritika Hart prihvata i modifikuje pojedine postavke *practice theory of rules* krećući se u pravcu konvencionalizma. Prema tome, pravila predstavljaju *konvencionalne društvene prakse* ako je

¹⁰ Za postojanje pravnog sistema nužna su i dovoljna dva uslova: (1) primarna pravila kojima se određuju pravila ponašanja i koja su validna trebaju generalno gledajući biti poštovana i (2) pravila priznanja kojima se određuje kriterij pravne validnosti, pravila promjene i presuđivanja trebaju biti efektivno prihvaćena kao zajednički standardi službenog ponašanja državnih organa (Hart, 2012: 116).

opšte pristajanje grupe na njih dio razloga koje njeni pojedini članovi imaju za njihovo prihvatanje (Hart, 2012: 255). Suprotno tome, *čisto podudaranje radnji* ili jednostavno slaganje (kao npr. zajednički moral grupe) nisu nastali putem konvencije, već činjenicom da su pripadnici grupe djelovali ili uopšte djeluju iz istih ali nezavisnih razloga za ponašanje na određeni specifičan način (Hart, 2012: 255–256). Hartova objašnjenja društvenih pravila, u kontekstu Dworkinove kritike, treba primijeniti samo na pravila koja su konvencionalna (Hart, 2012: 256). Iako se ovim sužava prostor njegove teorije, ona je i dalje pouzdano objašnjenje konvencionalnih društvenih pravila koja obuhvaćaju, pored uobičajenih društvenih običaja, određena važna pravna pravila uključujući i pravilo priznanja koje je zapravo oblik *sudskog običajnog pravila* koje postoji samo ukoliko je *prihvaćeno* i *primjenjivano* pri identifikovanju i primjeni prava od strane sudova (Hart, 2012: 256). Suprotno tome, donesena pravna pravila koja se mogu identifikovati u skladu s kriterijima pravila priznanja mogu postojati kao pravna pravila od trenutka njihova donošenja i prije nego što nastane bilo kakva prilika za njihovu primjenu i na njih se teorija prakse ne odnosi (Hart, 2012: 256). Središte Dworkinove kritike Hartove *practice theory of rules* jeste u tome što ona pogrešno smatra da je *društveno pravilo zasnovano njegovom društvenom praksom* i zato tvrdi da tako pravilo postoji, te uzima sam stav o spoljašnjoj sociološkoj činjenici da su praktikovanjem zadovoljeni uslovi za postojanje tog pravila (Hart, 2012: 256). Prema Dworkinu, ovim se ne može objasniti normativni karakter koji svaka konvencija treba da posjeduje (Hart, 2012: 256). Pravilima se uspostavljaju *dužnosti* i *razlozi* za djelovanje na koja se pozivamo kada se takva pravila navode, a što se uobičajeno čini pri kritici ponašanja koje odstupa od pravila (Hart, 2012: 256). Svojsvo pravila da daju razloge za djelovanje i ustanovljavaju

dužnosti sačinjava njihovo normativno svojstvo i pokazuje da njihovo postojanje ne može da se sastoji u čisto činjeničnom stanju (Hart, 2012: 256). Prema Dworkinu normativno pravilo prema svojim osobenim svojstvima može da postoji samo ako postoji “određeno normativno stanje stvari” (Hart, 2012: 256–257). Čini se da Dworkin zahtijeva ne samo da učesnici koji se pozivaju na pravila koja ustanovljavaju dužnosti ili predviđaju razloge za djelovanje moraju da vjeruju u postojanje dobre moralne osnove ili opravdanja za poštovanje ovih pravila već da ona *uistinu i postoje* (Hart, 2012: 257). Jasno je da društvo može imati pravila koja pojedinci prate, ali da su nepravična (Hart, 2012: 257). Čak i slabiji uslov da učesnici *vjeruju* da postoje moralno opravdani razlozi za poštovanje pravila prejak je uslov za opšti kriterij postojanja društvenih pravila (Hart, 2012: 257). Neka pravila mogu biti prihvaćena zbog tradicije ili zbog želje da se poistovjetimo s drugima ili iz uvjerenja da društvo najbolje zna šta je za pojedinca dobro (Hart, 2012: 257). Konvencionalno pravilo može da bude i da se za njega vjeruje da je moralno ispravno (Hart, 2012: 257). No, kada se javi pitanje o tome zašto su ti koji su prihvatili konvencionalna pravila kao svoje smjernice za svoje ponašanje ili standarde kritike to učinili, ne postoji nijedan jasan razlog da se od mnogih ponuđenih odgovora odabere vjerovanje u moralno opravdanje pravila kao jedinog mogućeg ili adekvatnog odgovora (Hart, 2012: 257).

Konačno, Dworkinova kritika ide u pravcu potpunog odbacivanja *practice theory of rules*, pa čak i ako se prilagodi konvencionalističkom pristupu, jer ne može da se prilagodi ideji da domašaj konvencionalnog pravila može da bude sporan i time podložan neslaganju (Hart, 2012: 258). Dworkin ne negira da postoje neka nesporna pravila koja su nastala *praksom* i *prihvatanjem*, ali tvrdi da pravila koja su nastala na takav

način uključuju relativno nebitne slučajeve (Hart, 2012: 258). No, veoma je važno napomenuti da se pravilo priznanja koje čini izvor validnosti jednog pravnog sistema tretira kao pravilo nastalo ujednačenom praksom sudova koji ga i prihvataju (Hart, 2012: 258). Dworkin protiv ovog tvrdi da u teškim slučajevima postoje neslaganja sudova u pogledu onoga što se smatra pravom, te da ova neslaganja pokazuju da je izgled nespornosti i opšteg prihvaćanja iluzija (Hart, 2012: 258). Učestalost i značaj takvih neslaganja ne može se poreći, no pozivanje na njihovo postojanje kako bi se opovrgla primjena *practice theory of rules* na pravilo priznanja ukazuje na nepoznavanje funkcije tog pravila (Hart, 2012: 258). Ovo pretpostavlja da pravilo priznanja treba da u potpunosti određuje pravni ishod u pojedinačnim slučajevima tako da svako pravno pitanje koje se pojavi može u svakom slučaju da se riješi prostim pozivanjem na mjerila ili testove koje predviđa samo pravilo (Hart, 2012: 258). No, funkcija pravila priznanja je da odredi samo opšte uslove koje ispravne pravne odluke moraju da zadovolje u modernim sistemima prava (Hart, 2012: 258).

Kritika pravnog konvencionalizma kao teorije prava

Kako je već navedeno, Hart je u svom *Pojmu prava* tvrdio da se temelji prava nalaze običajnim društvenim normama koje prate sudije i ostali državni službenici u prepoznavanju onoga šta je pravo, kako se ono mijenja i ukida (Green, 1999: 35). Može se reći, da i svi pravni pozitivisti prihvataju tezu da pravo ima društveno utemeljenje (Green, 1999: 35). No, Leslie Green smatra da ovaj stav ne objašnjava normativnu prirodu prava (Green, 1999: 35). Prema njemu, Kelsenova normativna teorija koja

se zasniva na pravnoj pretpostavci/hipotezi kao osnovnoj normi nije adekvatan način objašnjenja validnosti prava (Green, 1999: 35). Kelsenova osnovna norma kao logička pretpostavka savršeno objašnjava (potencijalnu) logičku strukturu pravnog sistema, no osim pretpostavke i zahtjeva da se dalje ne pitamo o pravnoj validnosti, ne nudi puno u pravcu *pozitivističkog* i *realnog* objašnjenja pravnog fenomena – odnosno, osnovne norme. Pored toga, normativnost prava nije moguće objasniti niti pozivanjem na *puke činjenice* (Green, 1999: 35), mada niti moralne norme niti puke činjenice nisu jedini okvir posmatranja utemeljujućeg okvira prava (Green, 1999: 36). Postoje institucionalne činjenice – društvene norme, koje imaju svoju vlastitu normativnost (Green, 1999: 36). Postoje konvencije i teoretski okvir – konvencionalizam, koji je postao značajna i popularna teorija objašnjenja prava (Green, 1999: 36). Ronald Dworkin je u svojoj kritici upućenoj Hartovom konceptu prava primijetio da pravni pozitivizam treba (i mora) da se predstavi kroz formu konvencionalizma kako ne bi ostao na pogrešnim osnovama semantičke teorije (Green, 1999: 36). Kasnije će i Hart u svom *Postscriptumu* prihvatiti verziju konvencionalizma, a potom će autori razvijati sofisticiranije oblike i povezivati konvencionalizam s teorijom igara i praktične racionalnosti (Green, 1999: 36). No, Leslie Green u svojim stavovima negira značaj konvencionalizma kao uvjerljive teorije prava i ostaje, kako on kaže, “nepokajnički antikvencionalni pozitivista” (Green, 1999: 36). Teorija prakse (*practice theory*), koju je u svojoj prvoj verziji koristio i Hart u objašnjenju utemeljenja prava, prema Greenu može da objasni samo postojanje nekog pravila *r* u okviru grupe *G*, ali ne objašnjava način na koji je pravilo *r* postalo dijelom regulisanog ponašanja (Green, 1999: 37). Drugi, značajniji problem teorije prakse je u tome da ne može da objasni *razloge* ponašanja koje zahtijeva pravilo (Green, 1999: 37). Jednostavnije

rečeno, na pitanje “zašto moram pomjerati lovca dijagonalno”, odgovor glasi “zato što je to propisano pravilima” (Green, 1999: 37). Samom činjenicom da su pravila neki oblik konzistentne prakse koja uključuje unutrašnje stavove i normativni jezik, ne može se objasniti kako njihovo samo postojanje daje nekome razlog za djelovanje ili nedjelovanje (Green, 1999: 38). Iako je, kako kaže Green, Hart prihvatio određene dijelove Dworkinove kritike, on i dalje smatra da je teorija prakse adekvatna u objašnjenju pravila priznanja (Green, 1999: 39).

U osvrtu na koordinacijske konvencije, razvijane u radovima Thomasa Schellinga i Davida Lewisa te kasnije u radovima Andreija Marmora, Green i dalje iznosi kritičke osvrte, no ne i u pogledu sljedećih stavova koje prihvata:

1. pravni sistem pomaže koordinaciji društvenih aktivnosti;
2. kapacitet da koordinišu društvene aktivnosti ponekad ima vrijednost;
3. niti stav (1), niti stav (2), niti zajedno, nisu dovoljni da uspostave pravni sistem kao moralno legitiman niti da na prvi pogled postoji moralna obaveza da se poštuje pravo (Green, 1999: 42).

Konačno, razlika između konvencionalista i Greena je u sljedećem:

1. niti stav pod (1), niti stav pod (2), niti kada se posmatraju zajedno nije dovoljno da bi se objasnio normativni karakter prava, te;
2. niti stav pod (1), niti stav pod (2), niti kada se posmatraju zajedno nisu dovoljni da bi objasnili autoritet prava (Green, 1999: 43).

Pored toga, teorija konvencija nije u stanju da objasni pravne obaveze i, prema njemu, potpuno je jasno razlikovanje između fundamentalnih pravnih i koordinacijskih normi (Green, 1999: 49). Pravilo priznanja može biti objašnjeno bez pozivanja na koordinacijske konvencije (Green, 1999: 52). Rehabilitacija konvencionalizma kao uvjerljive teorije prava ne može objasniti najznačajnije probleme ovog koncepta, kao što su: (1) korisne konvencije mogu se uspostaviti bez autoriteta prava; (2) pravo obavlja mnogo više od koordinacije društvenih aktivnosti; (3) koordinacijskim konvencijama nedostaje normativna snaga koju pravo ima (ili barem tvrdi da ima), zbog svega toga pozitivisti treba da odbace konvencionalizam (Green, 1999: 52).

Greenova kritika imala bi smisla ukoliko bi to istinski bili ciljevi konvencionalizma (barem onoga kojeg predlaže Andrei Marmor). Teorija konvencija nema za cilj da objasni normativnost prava na način na koji to predstavlja Green, niti cilj da objasni autoritet prava i njegov prinudni karakter. Zadatak teorije konvencionalizma, onako kako je ja vidim, poprilično je skroman. Teorija konvencija, a posebno konstitutivnih konvencija, ima za cilj da objasni društveni karakter i društveno utemeljenje pravila priznanja. Ona nema za cilj da objašnjava primarna pravila, njihovu prirodu, razlikovanje, ali i pojam obaveze. Pravilno shvatanje bilo bi u sljedećem: adekvatno objasniti pravilo priznanja i njegovu prirodu, odnosno da li ono ispunjava uvjete da bi bilo konstitutivna konvencija. Andrei Marmor je u svom pisanju bio jasan kada kaže da se pravilo priznanja ne može objasniti kroz prizmu koordinacijskih konvencija, već samo kroz koncept konstitutivnih konvencija. Pored toga, kako sam već i pisao, društvena pravila imaju svoju inherentnu normativnost ili, jednostavnije, razloge zbog kojih se ona poštuju. Ovo je posebno značajno za pravila pri-

znanja ako ih shvatamo kroz koncept konstitutivnih konvencija koje se po svojoj prirodi ne vežu za prethodno pravilo (barem kada je riječ o vrhovnom pravilu priznanja). Konstitutivne konvencije, kao društvena pravila, imaju inherentnu normativnost. Njihova normativnost se najbolje može objasniti kroz vezivanje za dubinske konvencije. Ta pozadinska ili dubinska konvencija može postojati u uvjerenju građana jedne zajednice u opravdanost postojanja upravo *takvog* pravila priznanja, ili, jednostavnije, da je to pravilo priznanja oslonjeno na dubinsku konvenciju legitimiteta. Greenova kritika bila bi na mjestu ukoliko bi to bili ciljevi teorije konvencija, no to nije tako.

III dio
Naturalizacija u pravu

Mogućnost naturalističke teorije prava ili o mogućnosti naturalizacije pravne teorije

Možemo reći da je savremena teorija prava dominantno antinaturalistička. Ovo se može reći za prirodnopravne teorije, ali i za pozitivnopravne (vidi Priel, 2017). Nekoliko značajnih pravnih teoretičara tvrdilo je da se pitanja za koja se zanima teorija prava ne mogu naturalizovati (Priel, 2017). No, ako je pravo nešto što je ultimativno ljudska tvorevina, a ljudi su i njihova djela dio prirode, zašto ne možemo govoriti o naturalističkoj teoriji prava (Priel, 2017: para 2). No, u savremenoj teoriji prava naturalizam i naturalizacija i dalje su manjinski pokušaji (Priel, 2017: para 3). No, i prihvatanje naturalizma kao pristupa nije produkt pažljive analize pristupa, već prihvatanja ili odbacivanja ideje naturalizacije kao takve (vidi Priel, 2017: para 3). Tako je je pisao i Hart, da je za razumijevanje normativnih aspekata prava metodologija empirijskih znanosti beskorisna. Iako je veoma kondenzovan stav, on ustvari pokazuje ono što se smatra ključnim problemom za mogućnost naturalističke jurisprudencije (Priel, 2017: para 3). Pravo nije samo o ljudima i načinima njihovog ponašanja, već je pravo i normativna praksa koja govori ljudima na koji se način trebaju ponašati (Priel, 2017: para 3). Prema tome, nijedna naturalistička jurisprudencija ne može dati zadovoljavajući odgovor na pitanje o normativnosti prava (Priel, 2017: para 3). Ovo je sasvim logičan stav jer je normativnost uslovljena validnošću, a ne uzročno-posljedičnim odnosom. No, prema Prielu detaljnija analiza nam pokazuje da postoje dva razloga za odbacivanje naturalizacije u oblasti pravne teorije (Priel, 2017: para 4). Prvi, koji on naziva “slabi teoretskopравни antinaturalizam” (*weak jurisprudential anti-naturalism*) smatra da je jedan od zadataka pravne teorije objašnjavanje postojeće ljudske prak-

se, ali negira mogućnost da su svi aspekti ove prakse pogodni za naturalistička objašnjenja (Priel, 2017: para 4). U odnosu na ovaj razlikujemo i jaki antinaturalizam (*strong anti-naturalism*) prema kojem filozofija prava nije zainteresovana za objašnjenje ljudske prakse, već je njen fokus i rad usmjeren ka potpuno neempirijskim pitanjima i istraživanjima (konceptualna analiza) o prirodi prava (Priel, 2017: para 4). Imajući u vidu ova dva pogleda o zadacima i pravcima istraživanja, mogu se odvojiti dva stava (Priel, 2017: para 5):

1. iskaz o prirodi prava je iskaz o postojećoj ljudskoj praksi;
2. može postojati naturalistički iskaz o svim aspektima prirode prava.

Naturalistička jurisprudencija prihvata oba stava (pod (1) i pod (2)); slabi antinaturalizam prihvata stav (1) ali odbacuje stav (2), dok jaki antinaturalizam odbacuje oba (Priel, 2017: para 6). Ovi stavovi pomažu nam da “raščistimo” postojeći pravnoteorijski teren (Priel, 2017: para 6). Prema Prielu, Hart je u svom radu bio slabi antinaturalista, dok su drugi teoretičari koji su nastavili njegov rad ustvari prihvatili jaki antinaturalistički pristup (Priel, 2017: para 6). Neki autori smatrali su Harta naturalistom (kao npr. Brian Leiter). No, Priel smatra da je Hartov pristup ustvari bio hermeneutički (ili interpretativistički) u svojoj prirodi (Priel, 2017: para 8). Prema Hartu, za razumijevanje normativne prakse potreban je hermeneutički pristup koji uključuje opisivanje ponašanja koje se vodi pravilima na način na koji se ona prikazuju njenim učesnicima. Smatrao je da se s metodama koje se koriste u nauci ne mogu objasniti ova pitanja jer je smatrao da se pitanja normativnosti, kao što je već navedeno, ne mogu objasniti u okvirima empirijskih nauka (Priel, 2017: para 8). Ovo nije marginalan Hartov

stav i ovdje on aludira na ideju “unutrašnje tačke gledišta”, koja je u njegovoj konceptualnoj analizi bila jedan od ključnih elemenata u objašnjavanju normativnosti prava (Priel, 2017: para 8). Hartov pristup naturalizmu je poprilično ambivalentan, a Priel smatra da ovo razlikovanje u pristupu može objasniti tu ambivalentnost (Priel, 2017: para 9). Hart je želio da objasni pravo kao ljudsko djelovanje: objašnjenje “koncepta” prava bilo je objašnjenje u okvirima ljudskih ponašanja te je upravo u ovome on vidio jednu formu deskriptivne sociologije (Hart, 2012: xlv). U isto vrijeme bio je protiv psihološkog čitanja svog pristupa (Hart, 2012: 88, 139–140) i insistirao da je nemoguće objasniti normativnost prava isključivo kroz “vanjsku perspektivu” (Priel, 2017: para 9). Ovaj pristup nije u stanju da objasni kako pravna pravila funkcionišu kao razlozi za djelovanje u jednom društvu i za pojedince. Možemo reći da postoji kategorijalno razlikovanje između: (1) razloga za djelovanje i (2) uzroka (Priel, 2017: 10). Ova oštra podjela između dva načina objašnjenja ljudskog djelovanja, jednog naturalističkog (kauzalnog) i drugog antinaturalističkog (baziranog na razumu), bila je veoma popularna u vremenu kada je Hart pisao i djelovao (Priel, 2017: para 10). No, kakav je opseg ovakvog shvatanja? Kako navode i Marmor i Eherenberg, pravo je poseban normativni sistem, koji je tipičan proizvod ljudskog djelovanja (Priel, 2017: para 11). Naš život je situiran normama i normativnim sistemima koje je čovjek stvorio; postoji širok pojas društvenih normi i običaja: pravila igre su normativna; jezik je normativan sistem i sl. (Priel, 2017: para 11). Hart nije smatrao da se ograničenja empirijskog metoda vežu samo za pravo, već za sva ponašanja koja su regulisana pravilima (Priel, 2017: para 11). Pored činjenica razlikovanja razloga za djelovanje i uzroka, Hart je izgleda bio impresioniran načinom na koji se norme “javljaju” u perspektivi prvog lica i to

na način na koji se ne mogu shvatiti i obuhvatiti iz perspektive trećeg lica¹¹ (Priel, 2017: para 12). Hart, kao i ostali sljedbenici hermeneutičkog objašnjenja ljudskog ponašanja, smatrali su da pošto nije moguće postići poziciju treće osobe u odnosu na perspektivu normativnosti koja bi je u cijelosti objašnjavala, nauka je “beskorisna” kao sredstvo objašnjenja normativnosti (Priel, 2017: para 12). Hartova perspektiva savršeno se uklapa u vrijeme u kojem je pisao o dominaciji lingvističke filozofije (posebno u Oxfordu) u odnosu na naturalizam, posebno oblika koji je razvijao Quine (Priel, 2017: para 13).

Suprotno ovom stajalištu, Leiter je smatrao da se hermeneutička objašnjenja mogu naturalizovati (Leiter, 2007). Ukoliko je ovo istina, ovo bi bio način spašavanja Hartovih naturalističkih uvjerenja (iako se on opirao naturalizmu) (Priel, 2017: para 13). U najboljem slučaju mogli bismo Harta označiti kao “liberalnog naturalistu” (Priel, 2017: para 13). Prema ovom stavu, normativnost nije “supranaturalna”, ali u isto vrijeme insistira na tome da normativni elementi ne mogu potpadati pod zakone prirode, te da se oblasti razuma i vrijednosti ne mogu naučno objasniti (Priel, 2017: para 14). No, istina je da većina savremene filozofije prava odbacuje naturalizam i da se zagovara čak i jači antinaturalizam (Priel, 2017: para 15). Iako Harta možemo smatrati blažim antinaturalistom, zagovornici antinaturalizma u filozofiji prava mnogo duguju Hartu i njegovom pristupu (Priel, 2017: para 15).

¹¹ Kako navodi Priel, Hart je vjerovatno prihvatio Dennettov stav da ne može postojati nauka iz perspektive prvog lica (Priel, 2017: para 12). Da bismo imali naučno objašnjenje perspektive prvog lica, mi moramo biti u stanju da ga prevedemo u jezik perspektive trećeg lica (Priel, 2017: para 12).

Razlika između dvije verzije antinaturalizma može se predočiti na sljedeći način. Za slabu verziju antinaturalizma iskaz o pravu je fundamentalno sociološki: šta se *smatra pravom* fiksirano je onim što ljudi smatraju da jeste (Priel, 2017: para 16). Mada, odgovarajuća *metoda* za sociologiju fundamentalno je različita od one koja se koristi u naturalizmu (Priel, 2017: para 16). Jednostavnije rečeno, iako je pogled sociološki ona se razlikuje od sociološkog metoda kao takvog. Pozicija slabog antinaturalizma je jedan oblik *metodološke* teze koja je dijelom filozofije sociološkog objašnjenja (Priel, 2017: para 16). Jaki antinaturalizam filozofije prava odbacuje sociološko razumijevanje (Priel, 2017: para 16). Ovo je i savremeno naslijeđe teorije prava Hansa Kelsena koje je duboko antisociološko i antinaturalističko (Priel, 2017: para 16). Za jaki antinaturalizam, istraživanje u polju filozofije prava o prirodi prava je apriorno bez socioloških komponenti (Priel, 2017: para 16). Kako smatra Priel, u savremenoj filozofiji prava ne postoji debata između naturalizma i antinaturalizma, već između slabe verzije antinaturalizma (Hart) i jake verzije antinaturalizma (Kelsen i Raz) (Priel, 2017: para 17). Priel smatra da se filozofija prava treba posmatrati kao dio filozofije sociološkog objašnjenja i kao pokušaj da se objasni praksa koju ljudi nazivaju “pravo” i to kroz vid naturalizma (Priel, 2017: para 17).

Kelsenova normativna teorija prava kao antinaturalistička filozofija prava

Možda je jedan od najoštrijih kritičara naturalizacije u pravu bio Hans Kelsen. Ovo je sasvim logično zbog njegovog pravno-logičkog pozicioniranja osnovne norme kao jedne pravne pretpostavke – hipoteze. Važenje prava zasnovano je na pravnoj hipotezi ili osnovnoj normi koja se može utvrditi logičkom analizom stvarnog pravnog mišljenja (Kelsen, 2010: 69). Tako, u predgovoru svoje *Opšte teorije prava i države* (2010) navodi kako stvarnost na koju je upravljena prava nauka nije stvarnost prirode koja čini predmet prirodnih nauka (Kelsen, 2010: 68). U tom smislu, specifična stvarnost prava ne pokazuje se u stvarnom ponašanju pojedinaca koji su potčinjeni pravnom poretku (Kelsen, 2010: 68). Ljudsko ponašanje može biti ili ne biti u skladu s pravnim poretkom čija je stvarnost postojanje koje se ispituje (Kelsen, 2010: 68). Pravni poredak je normativni poredak koji određuje kakvo ljudsko ponašanje treba da bude (Kelsen, 2010: 68). Ponašanje pojedinaca kako se stvarno vrši, prema Kelsenu, određeno je prirodnim zakonima prema principu *kauzaliteta* (Kelsen, 2010: 68). Ukoliko se sociologija bavi takvom realnošću kakva je određena zakonima uzročnosti, onda je sociologija jedna takva prirodna nauka (Kelsen, 2010: 68). Kako odvaja pravo kao normativni poredak i metod od sociologije, na isti način odvaja ga od idealnog prava ili od prirodnog prava (Kelsen, 2010: 68–69). Čista teorija prava nastoji da razlikuje empiričko pravo (ili *realno* ponašanje pojedinaca) i transcendentalnu pravdu (Kelsen, 2010: 69). U tom smislu, on je kritikovao one teorije o pravnoj nauci koje pokazuju težnju da ignorišu granicu koja odvaja teoriju pravnih normi koje regulišu ljudsko ponašanje od nauke koja kauzalno objašnjava stvarno ljudsko ponašanje; tj. težnju čija je posljedica miješanje

pitanja kako ljudi treba da se ponašaju i kako će se vjerovatno ponašati u budućnosti (Kelzen, 2010: 69). Na ovo pitanje, ako uopšte, može se odgovoriti jedino na osnovu opšte sociologije (Kelzen, 2010: 69 – 70). Jedino putem odvajanja teorije prava od filozofije pravde, kao i od sociologije, moguće je ustanoviti specifičnu pravnu nauku (Kelzen, 2010: 70).

Analiza, tada već dominantnih realističkih tendencija u Sjedinjenim Američkim Državama (američki pravni realizam) 20. stoljeća, neminovno vodi Kelsena da se osvrne i na njihove stavove u svojoj *Opštoj teoriji prava i države*. U tom smislu, osvrćući se na rad Karla N. Llewellyna *A Realistic Jurisprudence – The Next Step* iz 1930. godine, smatra da se u oblasti pravnih nauka javlja jedna tendencija da je posmatranjem društvenog života moguće dobiti jedan sistem pravila koja opisuju stvarno ponašanje ljudi koje predstavlja fenomen prava (Kelzen, 2010: 252). Ta pravila, prema Kelsenu, iste su vrste kao prirodni zakoni pomoću kojih prirodna nauka opisuje svoj predmet, odnosno tražila se pravna sociologija koja pravo opisuje kao “stvarna pravila”, a ne kao pravila o onome što treba da bude (Kelzen, 2010: 252). O ovoj teoriji prava se govori kao o jednoj “realističkoj pravnoj nauci” (Kelzen, 2010: 252). Ukoliko je takva jedna teorija prava moguća, ona ne bi bila i jedina teorija o pravu (Kelzen, 2010: 252). Takva teorija prava identifikovala bi se s prirodnim naukama te vezu između uzroka i posljedice više ne objašnjava u terminima apsolutne nužnosti nego samo kao odnos vjerovatnoće (Kelzen, 2010: 252–253). Kako smatra Kelsen, i društveni život mora biti potčinjen takvim zakonima (Kelzen, 2010: 253). Iako ne odbacuje mogućnost postojanja jedne takve teorije prava, smatra da normativna pravna nauka, koja ima za cilj strukturalnu analizu prava kao sistema važećih normi, ujedno je i moguća i neophodna (Kelzen, 2010: 253).

Normativna teorija prava kao empirijska i deskriptivna nauka o pravu?

Kelsen smatra da je netačno opisati sociološku pravnu nauku kao “empirijsku” ili “opisnu” disciplinu u odnosu na normativne pravne nauke kao “neempirijske” ili “nauke koje propisuju” (Kelzen, 2010: 253). Prema njemu, značenje termina “empirijski” vezano je za suprotnost između (1) iskustva i (2) metafizike (Kelzen, 2010: 253). Tako i analitički opis pozitivnog prava, kao sistema važećih normi, nije ništa manje empirijski od prirodne nauke koja je ograničena na materiju koju daje iskustvo (Kelzen, 2010: 253). U tom smislu, “iskustvo” važećih pravnih normi vezanih u strukturi u odnosu na jednu osnovnu normu okvir je predmeta i “empirijskog” istraživanja normativne teorije prava. Ovdje treba (opet) naglasiti da je predmet takve nauke o pravu opis važećih normi, a ne stvarnog ponašanja ljudi (Kelzen, 2010: 253). Stavovi kojima normativna nauka opisuje pravo razlikuju se od stavova kojima sociologija prava opisuje svoj predmet (Kelzen, 2010: 254). Stavovi pravne nauke su o onome što treba da bude, dok su stavovi sociologije prava o onome što jeste (Kelzen, 2010: 254). No, postoji izvjesna analogija između ova dva stava u tome što su oba opšti hipotetički stavovi (Kelzen, 2010: 254). Razlika je u smislu u kome se posljedica vezuje za uslov (Kelzen, 2010: 254). Naime, prirodni zakon (ili društveni zakon) kaže da u slučaju da se događaj A desi (uzrok) nastat će događaj B (posljedica) (Kelzen, 2010: 254). Pravni stav (pravno pravilo) upotrijebljeno u deskriptivnom smislu kaže da ako se lice A ponaša na izvjestan način, onda se i lice B treba ponašati na određeni drugi način (Kelzen, 2010: 254). Prema njemu, razlika nije u logičkoj strukturi stavova kojima se koriste obje discipline, već u specifičnom smislu opisa (Kelzen, 2010:

254). Jednostavnije rečeno, u stavovima prirodnih nauka (u savremenom kontekstu govorili bismo o društvenim naukama), uslov je vezan za posledicu jednim “jeste”, dok u sudovima pravne nauke pravnim pravilima, ako se ovaj termin uzme u deskriptivnom smislu, uslov je vezan za posledicu jednim “treba” (Kelzen, 2010: 254). Ovi stavovi samo nam pokazuju da i sociologija prava i normativna teorija prava u Kelsenovom shvatanju imaju isti cilj: objektivan opis pravne stvarnosti, ali shvaćene kroz specifičan opis “objektivne” realnosti.

Kako Kelsen navodi stavove Josepha W. Binghamera iz njegovog članka *What is the Law* (1912) (iz polja američke sociološko-pravne nauke), ako na pravo želimo da gledamo kao na polje proučavanja koje je slično bilo kojoj drugoj nauci, onda na njega trebamo gledati s gledišta (1) profesora prava; (2) studenta prava; (3) pravnog istraživača ili (4) pravnika koji traži autoritete da bi odredio šta je to pravo (Kelzen, 2010: 254). Oni oblast prava izučavaju *spolja* i zato je njihovo gledište potpuno objektivno i najmanje nejasno (Kelzen, 2010: 254). Kelsen tvrdi da je to upravo i stav normativne teorije prava: pogled koji je objektivan i izvanjski (Kelzen, 2010: 254). Pravna teorija trudi se da obuhvati specifično značenje pravnih pravila koja stvaraju i primjenjuju organi pravne zajednice; značenje u kome se ta pravila upućuju na lica čije ponašanje regulišu (Kelzen, 2010: 254–255). Predstavnici sociološko-pravne nauke vjeruju da se pravo može opisati “sa spoljnog gledišta” jedino pravilima koja imaju isti karakter kao prirodni zakoni (to jest, društveni zakoni) (Kelzen, 2010: 255). To je zabluda, tvrdi Kelsen (Kelzen, 2010: 255). Normativna pravna nauka opisuje pravo sa spoljašnjeg gledišta a njene tvrdnje jesu tvrdnje o onome što treba da bude, a ne ono što jeste (Kelzen, 2010: 255).

Sušтина kauzalnih zakona je da omogućuće predviđanje. Predstavници sociološke pravne nauke tvrde da je zadatak pravnik da predvidi ponašanje članova društva “stvarnim” pravilima isto kao što fizičar predviđa buduće pokrete tijela prema prirodnim zakonima (Kelzen, 2010: 255). Tako je i funkcija ljudskih zakona da nam kažu šta možemo očekivati da će društvo učiniti pod izvjesnim okolnostima (Kelzen, 2010: 255). Pored problematičnih stavova da se prirodnim zakonima ne predviđaju budući, već samo objašnjavaju sadašnji događaji prošlim događajima, Kelsen smatra da se ni o “ljudskim zakonima” ne može donijeti stav o tome šta će društvo raditi u budućnosti (Kelzen, 2010: 255). Ovo iz razloga što je pravo zapovijest upućena našoj volji te ona ne govori o onome što će članovi društva uraditi, već šta treba da urade (Kelzen, 2010: 255). Slično, ali fokusiran na snagu sudova, Oliver Wendell Holmes, jedan od prvih predstavnika američkog pravnog realizma i sudija Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država, tvrdio je da život prava nije logika, već iskustvo i predviđanje djelovanja javne vlasti (vidi Faralli, 2005). Predmet istraživanja je pretkazivanje ponašanja javne vlasti izražene u sudu (Kelzen, 2010: 257). Sličnog stava bio je i sudac Benjamin Cardozo. Prema njemu, pravom trebamo smatrati onaj skup principa i dogmi koji se s razumnom mjerom vjerovatnoće može predvidjeti i kao osnov za presudu u sadašnjem ili budućim sporovima (Kelzen, 2010: 257). Ovo pretkazivanje pravnog pravila, prema Kelsenu, jedna je vrsta prirodnog zakona (Kelzen, 2010: 258). No, ovo je pogrešan stav. Kako Kelsen tvrdi, ako se sudska presuda uopšte može predvidjeti, onda se ona može predvidjeti samo s izvjesnim stepenom vjerovatnoće (Kelzen, 2010: 258). Pretkazivanje s razumnim stepenom vjerovatnoće šta će sud uraditi kada postupa kao zakonodavac isto je nemoguće kao i pretkazivanje s razumnim stepenom vjerovatnoće

kakve će zakone donijeti zakonodavno tijelo (Kelzen, 2010: 259). Bez obzira na probleme pretkazivanja i realne mogućnosti da se to predviđanje osigura visokim stepenom vjerovatnoće, možemo ipak tvrditi da je i to dio korpusa prava. Naime, pravo koje nastaje aktom “slobodnog stvaranja” je također pravo, iako je ono očigledno nepredvidljivo pravo (Kelzen, 2010: 259). I to je pravo predmet pravne nauke, te iako veoma važan ne i najvažniji u odnosu na opšta pravila zakonskog i običajnog prava (Kelzen, 2010: 259). Jedino ako bi se pogled na pravo suzio na uobičajenu aktivnost sudova, može se doći do definicije nauke o pravu, ali ne kao nauke “o pravu”, već kao “nauke o pretkazivanju” (Kelzen, 2010: 259).

Da bi pretkazivanje kako će se sudovi stvarno ponašati bilo tačno, sociološka pravna nauka trebala bi proučavati stvarno ponašanje sudova kako bi otkrila “stvarna” pravila kojima se određuje držanje sudova (Kelzen, 2010: 260). Bilo bi moguće da ta pravila koja otkrije sociološka pravna nauka budu veoma različita od opštih pravila koja stvaraju zakonodavstvo i običaj (Kelzen, 2010: 260). Može se desiti da u stavovima koje izražava sociološka pravna nauka sudovi pokazuju držanje koje je potpuno različito od onoga koje treba da imaju prema “pisanim” pravilima koja iznosi normativna teorija, odnosno da njihovo pravilo djelovanja bude u potpunosti suprotno u odnosu na pisana pravila (Kelzen, 2010: 260). No, Kelsen tvrdi da to nije moguće. Ta nemogućnost proizlazi iz jedne pretpostavke na kojoj počiva normativna teorija prava u odnosu na efikasnost pravnih normi. Normativna teorija prava utvrđuje važnije norme tj. njeno “postojanje”, samo kad ta norma pripada jednom pravnom poretku koji je uzet u cjelini efikasan, kada se normama tog poretka u većini slučajeva povinuju subjekti poretka i kad ga njegovi organi u većini slučajeva primjenjuju

(Kelzen, 2010: 260–261). No, naravno, ovo je samo jedan od logičkih uslova koje Kelsen postavlja kako bi povezoao pitanje postojanja normi s efikasnosti, a stav sociološke pravne nauke izražen kroz “vjеровatno će se norma izvršiti” podvodi pod uslov efikasnosti. Koji je to stepen efikasnosti pravnog poretka kojim bi se ispunio uslov “u cjelini uzet efikasan”, nije jasno. Ili, suprotno tome, koji je uslov neefikasnosti da bi normativna teorija ocijenila da to nije normativni poredak koji bi bio predmet njenog istraživanja. Upravo pitanje efikasnosti je prostor mogućnosti empirijskog istraživanja gdje će se potvrditi ili opovrgnuti da li je i u kojoj mjeri jedan pravni sistem efikasan: da li se pravne norme primjenjuju; da li je došlo do njihove modifikacije i prilagođavanja društvenom kontekstu; ili su stvorene potpuno druge norme suprotne pravnom poretku. Njegovo objašnjenje postojanja i efikasnosti na način da bi se izbjegle sociološke pravne nauke čini se nedovoljno uvjerljivim da bi se stajalište normativne teorije smatralo dovoljnim i stabilnim.

U odnosu na običajno pravo (ukoliko ono postoji i utvrđuje neko opšte pravilo) normativna teorija prava će odrediti rješenje suda u skladu s najvjеровatnijim predviđanjem sociološko pravne teorije (Kelsen, 2010: 263). Pojam običajnog prava je samo normativni prevod pravila koje opisuje kako se subjekti, a posebno sud, stvarno ponašaju (Kelzen, 2010: 263). Ako prethodno postojeća opšta norma u skladu s kojom sud treba da donese odluku prema normativnoj teoriji prava ima karakter zakonskog prava, moguće se su dvije situacije (Kelzen, 2010: 263). Ukoliko je to period neposredno nakon donošenja zakonskog propisa, prema stavovima normativne teorije prava, sudovi i drugi organi su obavezni da ga primjenjuju (Kelzen, 2010: 263). Sociološka pravna nauka u tom trenutku nije u stanju da da neko predviđanje postupanja suda ili dru-

gog organa, osim onog kako je to uređeno opštim propisom (Kelzen, 2010: 263–264). Bilo bi teško predviđati da se zakon neće primjenjivati neposredno nakon njegovog donošenja (Kelzen, 2010: 164). Stav kojeg se Kelsen i dalje drži vodi se sljedećim: (1) ukoliko je pravni poredak generalno gledajući efikasan i (2) ukoliko je vlada uopšteno posmatrajući sposobna da dobije poslušnost građana, najvjerojatnija od svih mogućnosti je da će pravila koja izdaju nadležne vlasti biti stvarno izvršavana (Kelzen, 2010: 264). Neposredno nakon donošenja zakona ne bi trebalo biti razlikovanja između stavova normativne teorije prava i sociološke teorije prava (Kelzen, 2010: 264). Drugi slučaj veže se za situacije u kojima sudovi ne primjenjuju zakon za koji normativna teorija prava smatra da je važeći (Kelzen, 2010: 264). Sociološka pravna nauka nam u toj situaciji može dati odgovor na dva pitanja: (1) koja su to pravila (društvene konvencije) koja sud primjenjuje prilikom rješavanja datog slučaja; (2) zaključak da se norme pozitivnog prava ne primjenjuju, tj. da su neefikasne. U toj situaciji, Kelsen smatra, treba se putem koncepta *desuetudo* zaključiti: (1) da je zakon lišen činjenice važenja tj. da je nevažeći i (2) da sudovi ne trebaju primjenjivati dato pravilo (Kelzen, 2010: 264). No, nije jasno u kojem trenutku i pod kojim uslovima možemo smatrati da je neko pravilo pozitivnog prava prestalo da važi na osnovu izobičavanja. No, konceptualno, ovo je elegantno rješenje putem kojeg se premoštava jaz između koncepta validnosti i koncepta (ne)efikasnosti neke pravne norme. Ipak, i dalje tvrdi da bez uslova opšte efikasnosti pravnog poretka ne bi bilo moguće opravdati stavove normativne teorije prava, no ne bi bilo moguće ni predviđanje odluka sudova i organa (Kelzen, 2010: 264). Činjenica da je jedan pravni poredak efikasan stvara mogućnost predviđanja odluka (Kelzen, 2010: 264). A prema njemu, sociološka nauka o pravu ne može predvidjeti

nijednu drugu odluku osim one za koju normativna teorija prava smatra da je u skladu s pravom (Kelzen, 2010: 264). Ovdje vidimo približavanje stavova normativne i sociološke pravne nauke. No, prema mom mišljenju, ideja sociološko-pravne teorije nije isključivanje stavova normativne teorije prava već proširenje naučnog spektra proučavanja pravnog fenomena u pogledu onoga što je važeće pravo i njegove interakcije s društvenim kontekstom, dijalektičkog odnosa i jedne dijalektičke metodologije koja uvažava dualnu prirodu prava kao fenomena: normativnu i društvenu.

Kelsen je skeptičan u pogledu realne mogućnosti predviđanja donošenja odluke suda u odnosu na individualne okolnosti slučaja. No, ono što će određeni sudija odlučiti u jednom konkretnom slučaju zavisi od mnoštva okolnosti, a istražiti sve te okolnosti nije moguće (Kelzen, 2010: 265). Pored toga, metodologija tadašnje sociološke pravne nauke ne daje okvir za jedan takav postupak, i ujedno je i nemoguće da se sudija podvrgne tom ispitivanju prije nego što se objavi odluka (Kelzen, 2010: 265). Sve osobine konkretnog slučaja: karakter sudije, njegovo raspoloženje, njegova životna filozofija, njegovo fizičko stanje jesu činjenice koje su bitne za stvarno razumijevanje uzročnoga lanca (Kelzen, 2010: 265). Ove činjenice, prema Kelsenu, nemaju nikakve važnosti za ono procjenjivanje vjerovatnoće u pogledu buduće odluke sudije za koje se interesuje sociološka pravna nauka (Kelzen, 2010: 265). Savremena istraživanja u pogledu ponašanja sudija, njihovih stavova i utjecaja njihovih individualnih karakteristika na konkretni slučaj opovrgavaju Kelsenov stav, istina, izrečenog prije razvoja novih metoda.

No, Kelsen nije apriori protiv sociološke pravne nauke. Ispitivanje uzroka efikasnosti u najvećem broju slučajeva određenog pravnog poretka nesumnjivo je važan problem za sociologiju (Kelzen, 2010: 265), ali i za teoriju prava. Moguće je uspješno obraditi izvjesne sociološke probleme koji su u vezi s fenomenom prava (Kelzen, 2010: 265), ako bismo proučavali motive ljudi koji stvaraju pravo, primjenjuju pravo i povinuju mu se (Kelzen, 2010: 266). To bi bilo moguće ukoliko bismo proučavali dubinske konvencije predložene u radu Andreija Marmora koje u najvećem broju slučajeva određuju motive, razloge i ideje koje su u pozadini bilo kojeg normativnog sistema, i to kroz pronalazak razloga kojima se ljudi vode (recimo, državni službenici ili sudije) prilikom povinovnja nekoj od konstitutivnih konvencija. To može biti, naprimjer, ideja pravde koja igra bitnu ulogu u svakom pravnom poretku (Kelzen, 2010: 266). Problem pravde leži iznad granica normativne teorije prava koja se ograničava na teoriju pozitivnog prava, ali pravda kao fenomen specifični je predmet istraživanja sociološke pravne nauke (Kelzen, 2010: 266). U konačnici, rezultati sociologije pozitivnog prava ne mogu se bitno razlikovati od rezultata normativne teorije prava (Kelzen, 2010: 266). O sociologiji prava (onako kako je, naprimjer, definira Max Weber), moguće je govoriti jedino ako se ljudsko ponašanje koje je njen predmet dovodi u vezu s pravom kakvo postoji u svijesti ljudi kao sadržina njihovih ideja (Kelzen, 2010: 267). U ljudskoj svijesti pravo postoji kao činjenica, kao skup normi koje važe, kao normativni sistem (Kelzen, 2010: 267). Jedino ukoliko se ljudsko ponašanje dovodi u vezu s pravom kao sistemom normi koji važi, s onakvim pravom kako ga je definisala normativna pravna nauka, sociološka pravna nauka može razgraničiti svoj predmet istraživanja od predmeta opšte sociologije (Kelzen, 2010: 267).

Čista teorija prava u Marmorovom tumačenju. Zašto je sadržaj osnovne norme društvena činjenica?

Kako je poznato, Kelsen je u svom metodološkom postupku pokušavao da izbjegne povezivanje teorije prava, te objašnjenja pravne validnosti i normativnosti s drugim naučnim disciplinama, a posebno sa sociologijom i prirodnim naukama. No, prema Marmoru ovakav oblik antiredukcionizma u Kelsenovom pristupu nije bio uspješan (Marmor, 2011:14). Prema njemu, čista teorija prava nas poziva na određeni tip redukcije koncepta pravne validnosti na *društvene činjenice*, iako je Kelsen odbijao ovo povezivanje (Marmor, 2011: 14), odnosno povezivanje koncepta pravne validnosti na pravnu pretpostavku/hipotezu. Upravo iz ove njegove greške možemo dosta toga da naučimo (Marmor, 2011: 14). Ukoliko nam je i cilj da princip pravne validnosti ne vežemo za prostor moralnih ili drugih normativnih stavova, pokazat će se da postoje određene činjenice, nenormativne činjenice, koje determinišu ono što je pravo (Marmor, 2011: 14). Možemo reći da postoje određene društvene činjenice vezane za ljudska djelovanja, vjerovanja, stavove i ponašanja koja nam daju objašnjenje onoga što se smatra pravom (Marmor, 2011: 14). Ukoliko se uistinu radi o društvenim činjenicama, i ako objašnjavamo pravnu validnost u okvirima društvenih činjenica, zar ne bi bilo bolje koristiti sociologiju pri ovoj analizi (Marmor, 2011:14)? Zar ne bi bilo bolje redukovati teoriju prava na okvire neke druge teorije koja je bolje opremljena u objašnjenju društvenih fenomena (Marmor, 2011: 14)? Kelsen je naravno imao potpuno drugačiji smjer, želju i cilj: spriječiti redukciju teorije prava na sociologiju ili bilo koju drugu “prirodnu nauku” (Marmor, 2011: 14; vidi i Kelzen, 2010).

Da bi objasnio vezu između određenih društvenih činjenica i pravne validnosti, Marmor navodi jedan primjer: u Kaliforniji je zabranjeno koristiti mobitel tokom vožnje osim ukoliko se ne posjeduje *handsfree* uređaj (Marmor, 2011: 15). No, to nije bio slučaj prije decembra 2007. godine. Šta se promijenilo? U decembru 2007. godine grupa od 120 osoba skupila se u Sakramentu i zgradi državnog parlamenta; debatirala je o pitanju korištenja mobitela tokom vožnje te podigla ruke kao znak odgovara na pitanje da li odobravaju određeni dokument; nakon toga taj je dokument poslala osobi koja se zove Arnold Schwarzenegger koji je taj dokument odobrio (Marmor, 2011: 15). Ovi događaji samo po sebi ne čine ono što nazivamo pravom. Da bismo prethodni događaj opisali kao *postupak donošenja zakona*, potrebno je da ove događaje i radnje *interpretiramo* na određeni način (Marmor, 2011: 15). Kako Kelsen tvrdi, da ih interpretiramo i dajemo pravno-normativno značenje određenim radnjama i događajima (Marmor, 2011: 15). No, zašto određenim radnjama i događajima pripisujemo takva značenja, a drugima ne? Kelsenovo objašnjenje bi bilo: zato što je Ustavom Kalifornije dato ovlaštenje zakonodavcu da donosi propise u pitanjima sigurnosti saobraćaja. No, šta čini Ustav Kalifornije pravno validnim? Njegova validnost oslanja se na ovlaštenja dana Ustavom Sjedinjenih Američkih Država. Ali šta čini Ustav SAD-a pravno validnim? Sigurno ne činjenica da se on sam proglašava “*vrhovnim pravom države*” (Marmor, 2011: 16). Kelsenovo objašnjenje je već poznato – da se validnost osnovne norme države pretpostavlja. On se pridržavao postavke Davida Huma da se *trebanje* ne može izvoditi iz *bivanja* (Marmor, 2011: 17). U tom smislu, osnovna norma nije *bivanje* već je *trebanje* zasnovano na pretpostavci o validnosti. No, da li je to u potpunosti ispravno? Poznat je i Kelsenov stav da validnost pojedinačne norme nije uslovljena

njenom individualnom efikasnošću, već efikasnošću cjelokupnog pravnog sistema. A da li je validnost osnovne norme uslovljena njenom efikasnošću? Kako smatra Marmor, Kelsen je ipak morao da prihvati da je *efikasnost* osnovne norme uslovnjene validnosti: osnovna norma je pravno validna, ako i samo ako je faktički poštovana i praćena kao kriterij ponašanja u datom društvu (Marmor, 2011: 20). Samo pretpostavka nam ne daje odgovor o sadržaju osnovne norme. Njen sadržaj, prema Marmorovoj reinterpetaciji determinisan je preovlađujućom praksom u datoj zajednici (Marmor, 2011: 22). I prema Kelsen, uspjela revolucija dovodi do promjene sadržaja u osnovnoj normi (Marmor, 2011: 22). Pretpostavimo da osnovna norma predviđa da je kralj Rex onaj koji donosi i mijenja ustav. U određenom trenutku dešava se državni udar kojim se monarhijski oblik mijenja i prelazi u republikanski i uvodi se narodna skupština u kojoj su predstavljeni građani i građanke. U ovom trenutku, i prema Kelsen i Marmorovoj reinterpetaciji, pretpostavlja se *nova osnovna norma* prema kojoj se autoritet stvaranja prava delegira revolucionarnoj skupštini (Marmor, 2011: 22). Normativni relativizam kojeg nalazimo u Kelsenovim radovima tjera ga da utemelji sadržaj osnovne norme u društvenim činjenicama koje formiraju njen sadržaj – činjenica o djelovanjima, vjerovanjima, ponašanjima date populacije (Marmor, 2011: 23–24). Ovim, izgleda, redukcionizam se ne može izbjeći (Marmor, 2011: 24). No, ipak, ukoliko su svi elementi normativnog objašnjenja relativni u odnosu na konstitutivne činjenice, onda te činjenice omogućavaju sve ono što je potrebno za objašnjenje (Marmor, 2011: 24). Ukoliko je pristup u cijelosti relativistički, u zaključku je redukcionistički (Marmor, 2011: 24). U istraživanju sadržaja, ukoliko prihvatimo da je prostor određivanja onoga što utemeljuje sadržaj osnovne norme otvoren u odnosu na društvene činjenice, za-

ključak o tome šta ga čini je redukcionistički. Pravna validnost esencijalno je *relativna*, zavisna od društvenih činjenica koje konstituišu njen sadržaj u odnosu na svaki pravni sistem (Marmor, 2011: 24–25). U tom smislu, Kelsenov stav je tačan – pravna validnost uvjetovana je prostorom i vremenom. To da je sadržaj osnovne norme društveno i prostorno uvjetovan sasvim je logično, jer je pravo, npr. Velike Britanije, u odnosu na pravo SAD-a drugačije. Osobe (konkretnije, sudije i drugi službenici) *faktički poštuju i prate drugačija pravila* koja određuju šta jeste a šta nije pravo u datoj jurisdikciji. Stavom o osnovnoj normi kao pravnoj pretpostavci ne određujemo njen sadržaj. Narednim korakom, spuštanjem u determinisani prostorni i vremenski kontekst dolazimo do vjerovatnog redukcionističkog zaključka da je taj sadržaj određen specifičnim društvenim činjenicama.

Kelsenova normativna teorija prava, prema Marmoru, predstavlja šemu interpretacije kojoj je cilj da objasni zašto tumačimo određene radnje i događaje u svijetu kao pravne te u čemu se sastoji ovo pravno značenje (Marmor, 2011: 29). Kelsen je pokušao dati odgovore na pitanje o značenju pravne validnosti i normativnosti prava. Za mene i ovo istraživanje, pravna validnost je od primarnog značaja kao prostor moguće naturalizacije. No, ako se vratimo na polje značenja, njega možemo odrediti kao filozofski pristup o prirodi prava kao kolektivnog, javnog i u određenoj mjeri objektivnog značenja društvene realnosti (Marmor, 2011: 29). Prema tome, i zbog ovog stava, bilo bi besmisleno ograničiti filozofiju prava na sociologiju jer bi se dobila redukovana slika.

Naturalizacija jurisprudencije ili o pravnom naturalizmu

Ideja da se filozofija prava (1) može i (2) treba zamijeniti nekom naučnog teorijom počinje ulaziti u prostor jurisprudencije s američkim i skandinavskim realizmom (Marmor, 2011: 30). Trend “naturalizacije jurisprudencije”, kako je naziva Brian Leiter, može se razumjeti na dva različita načina i to kao: (1) *reduktivna zamjena (reductive displacement)* i (2) *zamjena agende (agenda displacement)* (Marmor, 2011: 30). Teorija reduktivne zamjene uzima određenu stvar ili objekt istraživanja (recimo *O*) kao dato, koja se objašnjava određenom teorijom *A* – te daje zamjenu i redukciju za teoriju o objektu *O* s teorijom *B* (Marmor, 2011: 30). Drugi oblik podrazumijeva promjenu u agendi i planu istraživanja (Marmor, 2011: 30). Da bi se najbolje objasnila ova dva načina promjene u pristupu, Marmor smatra da je najbolje kretati se u okvirima naslijeđa i argumenata američkog pravnog realizma koji se može izraziti sljedećim stavovima:

1. pravo je u konačnici ono što sudovi rade;
 - (1a) posljedično tome, da bismo znali šta je pravo trebamo biti sposobni da predvidimo kakvu će odluku sud donijeti u određenom slučaju;
2. pravne norme ne daju nam dovoljno determinanti putem kojih bismo mogli predvidjeti kakve će odluke sud donijeti;
3. posljedično tome, potreban nam je drugi tip teorije koja će nam omogućiti preciznije predviđanje sudskih odluka;
 - (3a) tip teorije koji nam je potreban za takvo predviđanje može biti jedino naučna teorija, empirijska u svojoj prirodi, o tome kako sudije ustvari donose svoje odluke;

4. posljedično tome, jurisprudencija treba biti zamijenjena nekom empirijsko - naučnom teorijom (Marmor, 2011: 30).

Kako tvrdi i Brian Leiter, dva su moguća načina na koja možemo razumjeti ovaj metodološki argument, i to, prije svega, zavisno od načina na koji razumijemo prvu premisu (Marmor, 2011: 31). Ako je razumijemo kao konceptualnu, filozofsku tvrdnju, onda je ona očito netačna, što čini cijeli ovaj argument inkohherentnim (Marmor, 2011: 31). No, ipak, zvuči uvjerljivo tvrdnja da ako neko želi da sazna šta je to pravo u određenoj jurisdikciji treba da konsultuje sadržaj sudskih odluka (Marmor, 2011: 31). Nužna odlika svakog pravnog sistema je ta da postoje određeni ljudi (sudije) koji treba da odrede način na koji će se primjenjivati pravo (Marmor, 2011: 31). Fokus na istraživanju sadržaja sudskih odluka sam po sebi nije nužno korak u pogrešnom smjeru (Marmor, 2011: 31). No, šta je ustvari pitanje na koje dajemo odgovor kada kažemo da je pravo ono što sudije kažu da jeste (Marmor, 2011: 31)? Hart je tvrdio da je ovaj argument besmislen jer je, ustvari, institucionalna uloga sudije upravo utvrđena pravom (Marmor, 2011: 31). Trebamo imati prvo pravo putem kojeg ustanovljavamo sud, njegovu ulogu, nadležnosti i procedure prije nego što se može donijeti bilo kakva sudska odluka (Marmor, 2011: 31; Hart, 2012). Također, trebamo imati i neki obim prava na osnovu kojeg bi sud mogao donijeti odluku (Marmor, 2011: 31; Hart, 2012). Da li su ustvari pravni realisti pogriješili? No, ipak, greška se nalazi negdje drugo, odnosno u drugom načinu na koji treba da shvatamo gornji argument. Prvu premisu argumenta ne treba shvatati u konceptualnom, filozofskom smislu, da je pravo ono što, uopšteno posmatrano, sudije smatraju da je pravo (Marmor, 2011: 32). Umjesto toga, trebamo da je shvatamo kao jednu specifičnu istraživačku agendu i interes kojim se želi znati šta

je ono što utječe na odluke sudija i na koji način se one mogu predvidjeti (Marmor, 2011: 32). Istraživački program realista fokusiran je na istraživanje metoda putem kojih možemo doći do saznanja kako sudije donose svoje odluke i šta je to što će nam omogućiti da predvidimo njihove odluke u budućnosti (Marmor, 2011: 32). Proces naturalizacije treba razumjeti kao promjenu agende istraživanja u odnosu na drugu premisu da pravne norme ne osiguravaju dovoljno ograničavajući osnov za predviđanje djelovanja sudova (Marmor, 2011: 32). Kako su tvrdili pravni realisti, sudske odluke često su donesene na bazi sudijskog instinkta u odnosu na činjenice slučaja korištenjem pravnog materijala kako bi se racionalizovale osnove odluke (Marmor, 2011: 32). Ova teza može jedino imati smisla ukoliko posjedujemo određeni koncept šta su to pravne norme i kako se one razlikuju u odnosu na druge normativne fenomene (Marmor, 2011: 32–33). Imajući u vidu *zamjenu agende istraživanja*, Kelsen ne bi imao ništa protiv nje i načina korištenja sociologije u pravnom istraživanju na način na koji su to podržavali američki pravni realisti (Marmor, 2011: 33), odnosno to ne znači da ćemo teoriju prava redukovati na sociologiju i druge “prirodne nauke”. Prema Leiteru, naturalizacija prava funkcionise sasvim dobro sve dok nije jurisprudencija, shvaćena kao filozofska istraživanja o prirodi prava, tj. pokušaj da se redukuje na prirodne nauke (Marmor, 2011: 33). Filozofska istraživanja o prirodi prava su jedna šema tumačenja i interpretacije: pitanje o zajedničkom kolektivnom značenju i samorazumijevanje kompleksne društvene realnosti (Marmor, 2011: 33–34). Naučni interes o tome kako sudije donose svoje odluke, bilo da se radi o psihološkim, sociološkim ili drugim istraživanjima je projekat vrijedan pažnje (Marmor, 2011: 34). Značajno je i to da ovaj projekat i istraživačko interesovanje ne bi mogli da objasne šta je ono što utemeljuje sudsku funk-

ciju; ili šta je ono što utemeljuje razlikovanje između pravne norme i drugih tipova izvora koji mogu utjecati na donošenje sudske odluke (Marmor, 2011: 34).

Brian Leiter je možda jedan od najznačajnijih predstavnika pokreta naturalizacije pravne teorije, krećući se od naslijeđa američkog pravnog realizma do naturalizacije u filozofiji i njenog uvođenja u filozofiju prava. Kada je Brian Leiter tražio od pravnih filozofa da naturalizuju jurisprudenciju, on je to predstavio kao opšti metodologijski argument (Priel, 2017: para 24). On je tvrdio da su se pravni filozofi držali antinaturalističkog pristupa razvijenog 1950-ih i 1960-ih u Oxfordu, te da je njihovo kontinuirano pridržavanje konceptualne analize trag zastarjele filozofske ere (Priel, 2017: para 24). Leiter je povukao jasnu vezu između sociološkog pozitivizma (bliskog srodnika naturalizma) i pravnog pozitivizma (Priel, 2017: para 24). Kako je već ranije pisano u ovoj knjizi, Leiter je predstavio Harta kao naturalistu. No, Prielova diskusija ide u pravcu objašnjavanja zašto je bolje čitati Leitera kao pokušaj okretanja filozofije prava naturalizmu i interpretacije postojećih debata u tom svjetlu (Priel, 2017: para 25). Metodološki Leiter dijeli prostor prirodnog prava u pravcu antinaturalizma, a prostor pravnog pozitivizma spaja s naturalizmom (Priel, 2017: para 25). No, prema njemu, Leiterovi uvidi i proces naturalizacije u pravnoj teoriji značajni su iz nekoliko razloga (Priel, 2017: para 26). On je, izgleda, uspio napraviti jasnu distinkciju između pravnog pozitivizma i teorija prirodnog prava (Priel, 2017: para 26). To razlikovanje je moguće zato što je metodološko fundiranje ili pozicioniranje različito. Druga značajna posljedica njegovog pristupa je što povezuje filozofiju prava s diskusijama u okviru drugih filozofskih disciplina (Priel, 2017: para 26). Povezujući debatu između prirodnog prava

i pozitivnog prava s debatama o naturalizaciji u drugim filozofskim disciplinama, Leiter nam je otvorio prostor izlaska iz ustajalih debata u okviru filozofije prava s debatama u okviru etike, epistemologije, filozofije uma i filozofije društvenih nauka (Priel, 2017: para 27). Mnogo značajnije, drugačije čitanje Leiterovog pristupa može se koristiti kao argument u korist pravnog pozitivizma (Priel, 2017: para 27). Iako se ne može direktno izvući sljedeća argumentacija, Priel smatra da se Leiterovi argumenti mogu sažeti kroz sljedeće stavove:

1. pravni pozitivizam pretpostavlja da su stavovi naturalizma istiniti;
2. prirodnopravna teorija pretpostavlja da su stavovi naturalizma neistiniti;
3. postoje dobri i pragmatični razlozi da se favorizira naturalizam;
4. iz stava (3) slijedi da postoje dobri i pragmatični razlozi da odbace teorije koje pretpostavljaju da su stavovi antinaturalizma istiniti;
5. iz stavova (2) i (4) slijedi da postoje dobri i pragmatični razlozi da se odbaci prirodno pravo;
6. iz stava (5) slijedi da postoje dobri i pragmatični razlozi da se favorizuje pozitivno pravo (Priel, 2017: para 27).

Priel smatra da se određenom rekonstrukcijom stavova može naturalizovati i prirodno pravo (Priel, 2017: para 29). No, taj dio nije fokus moga rada pa se neću detaljnije osvrtni na ove stavove koje zagovara Priel.

Leiter, prema Prielu, prihvata stav da je identifikacija onoga što je pravo bitna za jurisprudenciju (Priel, 2017: para 32). U Hartovom konceptu prava to bi bilo pitanje identifikova-

nja pravila priznanja, te posljedično tome i pravila primjene i promjene kao dopunjujućih pravila. U teoriji prava Andreija Marmora to bi bilo identifikovanje konstitutivnih konvencija (kao pravila priznanja). No, prema Prielu, Leiter odbacuje konceptualne stavove (u odnosu na ono što se smatra pravom), a favorizuje naturalističke pozicije u pogledu identifikovanja izvora prava (Priel, 2017: para 32). Pored toga, Leiter se pokazao poprilično nezainteresovanim da objasni normativnost prava smatrajući da ni Hart i ostali nisu pokušali da daju stav o ovom pitanju (Priel, 2017: para 32). Priel, suprotno tome, smatra da se odgovor na pitanje “šta je pravo” treba tražiti u sociološko-historijskom kontekstu primjenom empirijskih metoda (Priel, 2017: para 32). Ako su pitanja “šta je pravo” i “šta se smatra (izvorom) prava” identična, onda u principu ne postoji razlika u pitanjima “šta je to fudbal” i “šta se smatra fudbalom” (Priel, 2017: para 32). Ukoliko posljednja dva pitanja ne predstavljaju probleme za naturalistički stav, ne bi trebalo biti razlike i u odnosu na prva dva pitanja (Priel, 2017: para 32).

Leiterova relativna nezainteresovanost za pitanje normativnosti prava vjerovatno leži u njegovom uvjerenju da pravne norme ne predstavljaju normativne upute djelovanja apelacijskih sudova (Priel, 2017: para 33). Ako je ova tvrdnja tačna, onda su pravne norme normativno epifenomenalne pojave (Priel, 2017: para 33). U tom smislu, nije potrebno istraživanje normativnosti prava, već treba objasniti zašto pravne norme “izgledaju” kao da imaju normativnu snagu (Priel, 2017: para 33). Ovo je također jedno empirijsko pitanje koje ne bi trebalo da povlači za sobom problem u odnosu na naturalistički pristup pravu (Priel, 2017: para 33). Moguće je, naravno, da sudije ne prate pravne norme prilikom odlučivanja o nekom slučaju, no taj stav je poprilično sporan (Priel, 2017: para 34). Kako je tvrdio i Leiter,

stav da sud ne prati pravne norme prilikom odlučivanja prije bi se vezao za apelacijske sudove, a ne za prvostepene (Priel, 2017: para 34). Pored toga, empirijska istraživanja su pokazala da neke pravne norme ipak imaju normativnu snagu prilikom odlučivanja sudova (Priel, 2017: para 34). Zanimljivo je da se Leiter prilikom fundiranja svojih stavova okreće političkim naukama, a ne kognitivnim, a u svrhu empirijske podrške (Priel, 2017: para 34). Ove studije nisu pokazale neki oblik kognitivnih prepreka za postupanje u skladu s pravilom (ograničenja koja bi, pretpostavlja se, bila svojstvena svim ljudskim bićima), već su ograničene na američke sudove i posebno na Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država (Priel, 2017: para 34). Postoje razlozi da se prihvati stav da je Vrhovni sud, a možda i američki pravni sistem uopšte, ipak izuzetak, komparirajući ostale jurisdikcije (Priel, 2017: para 34). Da li pravne norme uistinu imaju normativnu snagu, ili su samo pojavno takve, ostaje i dalje otvoreno pitanje (Priel, 2017: para 34).

Sociološki evolucionizam ili o naturalističkom semipozitivizmu

U svojoj šemi mapiranja mogućnosti naturalizacije u pravu, Priel uvodi za prostor pozitivnog prava nešto slično moralnom evolucionizmu kojeg naziva sociološki evolucionizam. Prema ovom stavu, norme nastaju kao proces društvene evolucije (Priel, 2017: para 50). Ovaj model ne pretpostavlja da su neke norme prirodno selektirane, već pokazuje kako mogu nastati društvene konvencije i postati samoizvršujuće (Priel, 2017: para 50), odnosno kako pojedine društvene konvencije imaju inherentno normativni karakter usko povezan s njihovim ostvarenjem u društvenom kontekstu. Naravno, postoji očigleda

sličnost između stavova koji su bazirani na biološkom i sociološkom evolucionizmu, te argumenti koji su ponuđeni u kontekstu jednog koncepta mogu jednostavno biti transportovani u drugi (Priel, 2017: para 50). Prema sociološkom evolucionizmu, društvene norme nastaju i ostaju stabilne zato što daju određene prednosti društvenoj grupi u kojoj egzistiraju (Priel, 2017: para 50). Bitno je da je ovaj model sasvim prihvatljiv za objašnjenja konvencionalnih normi (Priel, 2017: para 50), i samim time i pravila priznanja kao konstitutivne konvencije. No, ovaj model može objasniti i spontani razvoj normi koje su više “moralne”, kao što je obaveza pomoći drugome u nevolji, ili normi koje se odnose na vlasništvo (Priel, 2017: para 50).

Oznaka “semipozitivizam” ima za cilj da obuhvati načine na koji ovaj pogled pretpostavlja da su društvene norme društveno kreirane (te u tom smislu one su “pozitivističke”) i u cijelosti objašnjene iz “vanjske perspektive”, te u isto vrijeme nisu proizvod svjesnog i ciljanog kreiranja normi (Priel, 2017: para 51). Također, istovremeno postoji osjećaj da se ove norme mogu smatrati prirodnim/naturalnim (Priel, 2017: para 51). Prirodne u smislu da one nastaju spontano i održavaju se bez vanjske prisile (Priel, 2017: para 51). Takve možemo smatrati konvencijama i konstitutivnim konvencijama. Uvidi sociološkog evolucionizma, kao naturalizovanog pristupa u objašnjavanju društvenih normi, značajni su i u naturalističkom objašnjavanju pravila priznanja kao konstitutivne konvencije, a, naravno, i drugih društvenih konvencija koje su: ili (1) podrška primjeni pravnih normi, ili se (2) javljaju kao dopuna pravnim normama, ili (3) su jedan oblik denormativizacije pravnih normi, ili (4) se razvijaju kao determinante sudijskog stvaranja i primjene prava i tome slično. Ovi pristupi daju širu sliku u objašnjavanju prava kao društvenog i normativnog fenomena.

No, pogledi sociološkog evolucionizma su neadekvatni i beznačajni za objašnjavanje prava, posebno u dijelu u kojem ga objašnjavamo kao proizvod svjesne i namjerne radnje (Priel, 2017: para 52). No, značajno, utemeljenje (nekih) prava, bez obzira na to koliko bilo produkt ciljane i svjesne radnje, može se pratiti do njegovih prirodnih izvora (Priel, 2017: para 52). Naime, nesumnjivo je da je pravo razvilo kompleksne oblike vlasničkih prava koja idu van bazičnih ideja vlasništva a mogu nastati ili su nastala spontano (Priel, 2017: para 52). No, prema Prielu ovaj pristup ipak nije adekvatan za objašnjavanje normativnosti prava (što je nekako i zadatak filozofije prava) (Priel, 2017: para 53). Socio-evolucionistički pristup pomaže nam da objasnimo norme koje podržavaju autoritet prava, ali ne i normativnosti prava (Priel, 2017: para 53). Pitanja normativnosti prava zagonetna su i zbog konteksta situacija u kojima ono ne nastaje spontano (Priel, 2017: para 53). Iako socio-evolucionistički pristup ne može objasniti jedan dio prirode prava (normativnost), on je dio šire slike u kojoj normativnost prava *počinje* s konvencijama a okončava se sa svjesnim i ciljanima postupcima pravne vlasti (Priel, 2017: para 54). Dakle, moguće je da postoji šira *evolucionistička* priča u okviru koje evolucionistički pristup u objašnjavanju *normi* može biti dio slike o razvoju prava (Priel, 2017: para 54).

Naturalistički pravni pozitivizam: dva naturalistička pristupa u Prielovoj filozofiji prava

U tradiciji klasičnog pravnog pozitivizma postoji poznati naturalistički pristup pravu prema kojem se normativnost prava objašnjava u terminima mogućnosti nepovoljne reakcije u slučaju kršenja norme, tj. ideja prinude je ključna za pozitivističku naturalizovanu teoriju prava (Priel, 2017: para 55). Pravna prinuda, prema Prielu, objašnjava normativnost prava jer ništa drugo ne bi moglo da je objasni (Priel, 2017: para 59). Ovaj klasični pozitivistički pogled na pravo negira da je autoritet prava na bilo koji način povezan s drugim standardima (kao što su moral ili konvencionalne društvene norme) (Priel, 2017: para 59). Jedini način da neku proklamaciju za koju smatramo da je pravo i prema kojoj treba da uskladimo naše ponašanje uistinu i odredimo kao pravo jeste prinuda (Priel, 2017: para 59). Kao što smo vidjeli u dijelu o društvenim konvencijama, njihovo *prihvatanje* jeste ono što čini prirodu njihove normativnosti. Društvene norme su obavezujuće za one koji ih prihvataju (Priel, 2017: para 60). Prihvatanje je, recimo, dovoljno za pravila igre i objašnjenje njihove normativnosti (Priel, 2017: para 60). Hart je u svom konceptu prava pokušao da objasni normativnost prava kroz prihvatanje sekundarnih pravila od strane državnih službenika kao dovoljan kriterij i indirektno izbjegavajući prinudu (Hart, 2012). No, kako navodi Priel, postoji značajna razlika između prava i pravila igre (Priel, 2017: para 61). Naime, pravila igre su dobrovoljna, dok pravo nije (Priel, 2017: para 61). Pravila igre kao konvencije obavezujuća su za one koji ih prihvataju te gube normativnu snagu onda kada ih neko odbaci (Priel, 2017: para 61). Pošto takav oblik izbora nije opcija za pravo, objašnjenje njegove normativnosti

moguće je jedino ukoliko uključimo još neki kriterij uz prihvatanje (Priel, 2017: para 61). Kako bismo objasnili normativnost prava naturalistički za one koji ne “prihvataju” njegove norme, jedino je moguće kroz uvođenje elementa prinude (Priel, 2017: para 61). No, kako je poznato, Hart je u objašnjavanju koncepta normativnosti prava uveo i uslov “prihvatanja” čime je dao sociološki aspekt njegovom objašnjavanju (Hart, 2012). Zbog ovog pristupa neki su ga i svrstavali u naturaliste, no bio je izričitog stava da se unutrašnji stav ne može objasniti naturalističkom metodologijom (Priel, 2017: para 63). Naturalistički odgovor na ovo bio bi da se na ova pitanja u cijelosti može odgovoriti naturalistički, bilo sociološki bilo psihološki (Priel, 2017: para 63). Stav da se naturalističkim pristupom ne može objasniti ljudska kognicija baziran je na osiromašenom pogledu nauke u godinama kada je i nastao (1950-ih) (Priel, 2017: para 63). Filozofija uma danas je mnogo drugačija od filozofije uma 1960-ih, kao što je to slučaj i s političkom filozofijom (Priel, 2017: para 65). Pitanja koja su postavljena, pristupi, metodologija, koncepti i ideje različiti su (Priel, 2017: para 65). U tom smislu, nije ništa loše u stavu da se i pristupi filozofije prava također trebaju promijeniti u odnosu na 1960-e (Priel, 2017: para 65). Tako, npr., pozitivnopravni pristup, na način na koji ga vidi Priel, nije više pitanje odvajanja morala od prava već je pitanje prava i njegovog legitimiteta (Priel, 2017: para 68). Naturalistički pristup objašnjavanja normativnosti prava zahtijeva uvođenje prinude kao elementa (Priel, 2017: para 68). Da bi se on objasnio, potrebna je politička teorija koja nam pomaže da odvojimo pravo od ostalih vidova prinude (Priel, 2017: para 68). Hartov vanjski i unutrašnji stav u objašnjenju normativnosti prava nije dovoljan kako bismo određeni fenomen nazvali pravom (Hart, 2012). Prema tome, pravo bi postojalo onda kada samoproglašeni državni službeni-

ci nešto smatraju pravom (interni iskaz), dok se primarna pravila generalno poštuju od strane građana (vanjski stav) (Hart, 2012). Naturalistička alternativa ovom stavu uvodi prinudu, te uz pomoć političke teorije tvori argumente za objašnjenje kada i ukoliko je prinuda legitimna (Priel, 2017: para 69).

Prema Prielu, postoji možda i radikalniji izazov savremenoj filozofiji prava kroz naturalistički pristup (Priel, 2017: para 70). Pravo i njegov autoritet mogli bi se objasniti kroz evolutivni razvoj, i to od prirodnog do artifičijelnog fenomena (Priel, 2017: para 70). Poznata je činjenica da pravo evoluirala, posebno kada se radi o njegovom sadržaju (Priel, 2017: para 70). Njegov sadržaj se transformira od “prirodnog” (bilo da se radi o urođenim moralnim normama ili evoluiranju iz društvenih normi) ka artifičijelnom (Priel, 2017: para 70). Pored toga, ovaj evolucionistički pristup može se primijeniti u objašnjavanju autoriteta prava (Priel, 2017: para 70). Jednom kada se utemeljenje prava promijeni i postane artifičijelno, postaje normativno moguće opravdati zakone koji su više “vještački” u svojoj prirodi (Priel, 2017: para 70). Hartov pristup nastanku prava išao je od “primitivnog” društva čiji su odnosi bili regulisani isključivo primarnim pravnim pravilima, te zbog potrebe za uklanjanjem tri problema: (1) identifikacije primarnih pravila; (2) njihove statičnosti i (3) neefikasnosti difuznog društvenog pritiska, dolazi do razvoja sekundarnih pravnih pravila (ili pravila o pravilima) (Hart, 2012). Iako je njegov pristup analitički, nastanak prava i evolucija pravne normativnosti ustvari je jedan vid historijskog razvoja (Priel, 2017: para 71). U tom smislu, ako bismo htjeli da objasnimo nastanak pravnog fenomena, trebamo krenuti evolucionističkim putem. Ovo podrazumijeva da se razvoj pravnog fenomena kreće od urođenih moralnih ponašanja i/ili kroz spontano nastale društvene konvencije (Priel, 2017:

para 73). U takvom kontekstu, u kojem su pravne norme bliske urođenim prirodnim normama, autoritet i vlast prava proizlazi iz “prirodne” normativnosti ovih normi (Priel, 2017: para 73). No, zbog društvenih, političkih i tehnoloških promjena autoritet prava počinje se posmatrati kao izvor prava: pravo se onda počinje gledati kroz prizmu pravne vlasti i njegova normativna snaga se izvodi iz ove činjenice (Priel, 2017: para 73). U procesu nastanka prava, pravo od “prirodnog” fenomena postaje sve više “artificijelni” fenomen kako u pogledu sadržaja tako i u pogledu njegove normativnosti (Priel, 2017: para 73). Upravo naturalizacija, bilo da se radi o naturalizaciji prirodnog prava ili naturalizaciji pozitivnog prava, pomaže nam objasniti nastanak i evoluciju prava kao artificijelnog fenomena. Ovo su samo dva moguća pristupa, ali i dalje pomoću njih možemo bolje razumjeti fenomen prava, bilo da se radi o njegovoj društvenoj prirodi, evoluciji ili objašnjenju njegove normativnosti.

Naturalizacija u pravu: Leiterov pristup

Kako sam veća pisao na početku ovog rada, u filozofiji se 1960-ih dešava jedan “naturalistički obrat” koji je imao značajnog utjecaja na opštu filozofiju, ali ne (i tolikog utjecaja) na jurisprudenciju i filozofiju prava. Naturalisti u filozofiji dijele zajednički stav prema kojem teoretiziranje i filozofiranje treba kontinuirano biti oslonjeno i uslovljeno empirijskim istraživanjima u prirodnim i društvenim naukama (Leiter, 2010: 251). Može se prihvatiti da se, barem kada je riječ o anglosaksonskom prostoru, naturalistička orijentacija u pravu razvija s američkim pravnim realizmom, ali ne i s naturalističkom obratom. Američki pravni realisti intuitivno su se kretali ka naturalizaciji prije nego što se i desila promjena paradigme u samoj

filozofiji i naturalizma. U oblastima u kojima smo intuitivno ili metafizički zasnivali stavove, razvojem empirijskih metoda, to je postalo izlišno i u krajnjem neuvjerljivo. Zašto intuitivno izvoditi zaključke u oblastima u kojima nešto možemo empirijski provjeriti ili barem inspirirati se egzaktnim podacima. Naravno, u onim oblastima koje se mogu empirijski provjeriti. Pa tako i o naturalizaciji u pravnoj teoriji govorimo prije svega u oblasti teorije sudskog presuđivanja, te potencijalno pravila priznanja kroz analitičkih okvir konstitutivnih konvencija.

Sistematičniji razvoj naturalizacije epistemologije razvija W. V. O. Quine (Hylton i Kemp, 2022), posebno u svom eseju pod nazivom *Naturalizovana epistemologija* (1969) (Leiter, 1997: 291). Quine omogućava značajnu promjenu paradigme u filozofskom naturalizmu koji se može nazvati i “zamjenski naturalizam” (Leiter, 2010: 251–252). “Naturalističko propitivanje” u filozofiji uopšte počinje od 1940-ih i pita se da li filozofija ima specifičan metod koji doprinosi razumijevanju stvari onakvim kakve one jesu i “odozgo”, odnosno postavilo se pitanje da li filozofija uopšte može i treba da bude odvojena od empirijskih nauka (Leiter, 2007: poglavlje 1 – Uvod). U filozofiji engleskog govornog područja od 1960-ih dešava se “naturalistički preokret”, tj. prepoznavanje da filozofska pitanja u vezi sa znanjem, umom, moralnom motivacijom i sl. trebaju ići zajedno s naukom, djelujući kao apstraktni, refleksivni i sintetički dio empirijskih nauka (Leiter, 2007: poglavlje 1 – Uvod). Jednostavnije rečeno, kako Quine tvrdi, “nauka je samosvjesni zdravi razum” koji podrazumijeva da su epistemički standardi samo formalne ekstenzije standarda dokaza, utemeljenja i opravdanja koja mi upotrebljavamo i primjenjujemo svakodnevno (Leiter, 2007: poglavlje 1 – Uvod). Prema njemu, epistemologija proučava odnos između dokaza (u formi

“senzorskog unosa”) i naših različitih teorija u odnosu na svijet (kognitivni “proizvod”) (Leiter, 2010: 252). Tradicionalna nenaturalizovana epistemologija želi da nađe normativnu, fundacionalnu vezu između dokaza i teorije (Leiter, 2010: 252). Ima za cilj da pokaže kako su naše teorije o svijetu istinski *opravdane* na bazi nepobitnih dokaza (Leiter, 2010: 252). Quine smatra da je ovakav program epistemologije nemoguć djelomično i zbog razloga što dokazi i podaci koje skupimo nisu odlučujući u izboru teorija i samim tim *ne opravdavaju* samo jednu verziju (Leiter, 2010: 252). Prema tome, kako smatra Quine, jedino plodna analiza odnosa između dokaza i teorije kao deskriptivnog poduhvata odnosa između ulaznih podataka (dokazi) i izlaznih rezultata (teorija) jeste put epistemologije, a samu pozicionira u prostor psihologije i ljudske kognicije (Leiter, 2010: 252). Tako nauka o ljudskoj kogniciji zamjenjuje poziciju “kabinetske” epistemologije, a naturalizovana epistemologija okreće centralno pitanje odnosa između teorije i dokaza ka odgovarajućim empirijskim naukama (Leiter, 2010: 252).

Iako ne postoji konačna definicija naturalizma, on se generalno može definisati kao pokušaj povezivanja filozofije s naukom (Burazin, 2017: 2). Prema naturalizmu, smatra se nepotrebnim koristiti metode tradicionalne filozofije koja ima za cilj da riješi filozofske probleme *a priori* konceptualnom analizom bez oslanjanja na iskustvo (Burazin, 2017: 2). Postoje dva oblika naturalizma: (1) supstantivni i (2) metodološki (Burazin, 2017: 2). Prema supstantivnom naturalizmu, postoje samo prirodne stvari, entiteti i fenomeni, tj. sve ono što pripada svijetu prirode, te je osnovni zadatak nauke da objasni kako različiti entiteti mogu uzrokovati promjene u vremensko-prostornom svijetu (Burazin, 2017: 2). Prema drugoj verziji, filozofija treba da odbaci svoj klasičan analitički i apriorni metod, te teoretiziranje

treba biti u odnosu s naukama koje proizvode sintetičke i *a posteriori* teorije bazirane na empirijskim podacima¹² (Burazin, 2017: 3). Filozofija treba da se poveže ne samo s prirodnim već i s društvenim naukama (Burazin, 2017: 3). Taj odnos i kontinuitet s filozofijom može se razumjeti u dva pravca (Burazin, 2017: 3). Neki metodološki naturalisti smatraju da filozofija treba da koristi rezultate nauke na način da na osnovu empirijskih podataka formira supstantivne tvrdnje (Burazin, 2017: 3), naprimjer, da se koriste rezultati kognitivne psihologije kada se formiraju supstantivne epistemičke tvrdnje ili da se koriste rezultati evolucijske biologije kada se formiraju supstantivne etičke tvrdnje (tzv. “kontinuitet u odnosu na rezultate”) (Burazin, 2017: 3). Drugi se može nazvati “kontinuitet u odnosu na metode” prema kojem se filozofski metod treba prilagoditi i oponašati metode uspješnih nauka (Burazin, 2017: 3), odnosno koristiti naučne metode i metode eksperimentalne filozofije. Verzija koja se zalaže za zamjenu konceptualnih teorija s empirijskim, deskriptivnim i kauzalnim naziva se “zamjenski naturalizam” (Burazin, 2017: 4).

Naturalizaciju pravne teorije, krećući se od naslijeđa američkog pravnog realizma i inspirisan naturalizacijom epistemologije, uvodi Brian Leiter u svom, po meni, najznačajnijem djelu *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* iz 2007. godine. Brian Leiter uzima u zadatak da locira mjesta u okvirima prava i morala koja se mogu naturalizovati, tj. posmatrati u naturalističkom konceptu (Leiter, 2007: poglavlje 1 – Uvod). Iako su norme i “unutrašnja tačka posmatranja” nerazdvojive karakteristike kauzalne strukture društvenog svijeta, za naturaliste kauzalitet je i dalje referentna tačka realnosti, a nijedna

12 Vidi više kod Jacobs (s. a.).

odgovorna naturalizovana jurisprudencija ne može eliminisati normativne aspekte prava i pravnog sistema (Leiter, 2007: poglavlje 1 – Uvod). Slično i mom stavu, naturalisti mogu tražiti, recimo, da bilo koji stav o karakteristikama prava koje zavise od “narodne intuicije” budu bazirane na pouzdanim empirijskim metodama na osnovu kojih će se onda konstruisati teorija (Leiter, 2007: poglavlje 1 – Uvod). Slično tome, i u drugim područjima moguće je mapirati mjesta mogućih baziranja na empirijskim podacima, kao što su djelovanje sudova i pravila priznanja. Prema Leiteru, ovo bi bio jedan oblik eksperimentalne filozofije koja treba da trasira put naturalizovanoj filozofiji prava u 21. stoljeću (Leiter, 2007: poglavlje 1 – Uvod). Kako piše u drugom članku iz 2008. godine pod nazivom *Naturalizing Jurisprudence: Three Approaches*, Leiter lapidarno prikazuje tri moguća puta naturalizacije u pravnoj teoriji. Kako navodi, opšta teorija prava (ili opšta jurisprudencija), kao dio pravne filozofije koju zanima priroda prava i presuđivanje, relativno je bila van utjecaja “naturalističkog” pritiska koji je tako evidentan bio u, naprimjer, epistemologiji, filozofiji uma i moralnoj filozofiji u posljednjih 40 godina (Leiter, 2008: 1). Pod “naturalizmom” Leiter smatra *metodološku doktrinu* o načinu na koji bismo trebali pristupiti filozofskim istraživanjima (Leiter, 2008: 1). Ta metodološka doktrina u filozofiji podrazumijevala bi “tandemski” pristup s naukom kao jedna apstraktna i refleksivna grana empirijske nauke putem koje se objašnjava kauzalna struktura svijeta (Leiter, 2008:1). Takav pristup je agnostički u pogledu ontoloških pitanja o kojima nauka odlučuje, a trend u posljednjih 50 godina išao je u pravcu profilisanja specijalnih naučnih disciplina u odnosu na ranije systemske redukcije na bazične nauke, kao što je recimo fizika (Leiter, 2008: 1). U tom smislu, trebamo očekivati da prihvatljiva naturalistička ontologija bude komparativno pluralistička

(Leiter, 2008: 1). Naravno, postoji i ideja *supstantivnih* naturalističkih programa u jurisprudenciji čiji je cilj da pokaže da svi distinktivni normativni koncepti prava, kao što su pojmovi “obligacije”, “prava”, “obaveze” i sl. mogu biti objašnjeni u terminima koji prolaze kroz empirijska istraživanja i potvrde¹³ (Leiter, 2008: 2). No, s pozicije metodološkog naturalizma, Leiter smatra da postoje tri puta kroz koja možemo “naturalizovati” pravna pitanja (Leiter, 2008: 2). Prvo je, naravno, vječitno pitanje o prirodi prava, a drugo o prirodi presuđivanja (Leiter, 2008: 2), odnosno o formalnim procedurama putem kojih sudovi i druga službena tijela odlučuju o pravnim sporovima (Leiter, 2008: 2). Treći put je transformacija filozofije prava u apstraktni i refleksivni dio empirijske nauke o pravu (Buražin, 2017: 9). Filozofiju prava, kao i svaku drugu disciplinu, zanima šta je ono što čini specifične karakteristike predmeta njenog istraživanja – šta je to što razlikuje pravne norme od drugih tipova pravnih normi; kako razlikujemo ljudska društva koja regulišu svoje odnose putem prava u odnosu na ona koja imaju drugačije forme normativne regulacije; koje su to normativne karakteristike pravnih pravila (Leiter, 2008: 2). Jedno od viđenja, o kojima sam i pisao u ovom radu, jeste povezivanje pravne norme kroz sankciju i uvođenje transcendentnog koncepta osnovne norme (*Grundnorm*) u radu Hansa Kelsen. Drugo, ali i dalje pozitivističko, nalazimo u radu Herberta Harta i njegovom konceptu prava kao jedinstva primarnih i sekundarnih pravnih pravila. Treće, redukcionističko, kroz rad američkog i skandinavskog pravnog realizma (vidi i Leiter, 2008). Hartovo viđenje je, smatra Joseph Raz, naturalističko (Leiter, 2008: 3). Hart je, prema tom viđenju i tumačenju njegovih stajališta, smatrao da se pravni sistemi i njihova norma-

13 Sredinom 20. stoljeća skandinavski pravni realizam imao je za cilj upravo da pokaže kako se klasični pravni pojmovi mogu objašnjavati u terminima koji su prošli empirijsko istraživanje i provjeru.

tivna moć mogu objasniti u terminima koji su isključivo psihološki i sociološki (Leiter, 2008: 3). Sa skandinavskim pravnim realistima dijelio je naturalističko viđenje da je naš svijet bez normativnih činjenica, ali suprotno njima, smatrao je da ne trebamo ići u redukcionističkom pravcu (Leiter, 2008: 3). Normativni pojmovi i koncepti u pravu, a što je i moje mišljenje, mogu se razumjeti “nekognitivno” i ne samo kao neuspješni referencijalni pojmovi (Leiter, 2008: 3). Jednostavnije rečeno, ako govorimo o “pravima” i “obavezama” ne znači da ih *kao takve* možemo pronaći kao odvojene objekte u našem svijetu, već oni predstavljaju naša distinktivna ponašanja, odnose, ali i shvaćanja aktera u okviru pravnog sistema (vidi i Leiter, 2008: 3). Hartova pozitivistička koncepcija prava, prema kojoj pravo “zavisi” od pozitivnih činjenica “službenog ponašanja” može biti shvaćeno i informisano kroz filozofske simpatije koje su naturalističke u svojoj prirodi (Leiter, 2008: 3).

Filozofska rekonstrukcija američkog pravnog realizma

Naslanjajući se na prethodno izložena stajališta o karakteristikama naturalizma i naturalizovanja teorije prava, potrebno je dati jedan teoretski aspekt ili filozofsko čitanje u odnosu na stajališta američkog pravnog realizma. Ovo je potrebno iz razloga njihovog postavljanja u okvire naturalizacije i filozofije pragmatizma, te korištenja tih stajališta za daljnju naturalizaciju u teoriji prava. Jedno od mogućih viđenja američkog pravnog realizma je kroz sljedeće karakteristike: (1) deskriptivna teorija o prirodi sudijskih odluka prema kojima (2) sudske odluke potpadaju pod sociološki utvrdive obrasce u kojima (3) sudije dolaze do svojih odluka na bazi opšteprihvaćenih

odgovora u odnosu na odlučujuće činjenice slučaja i (4) koje racionalizuju na bazi pravnih pravila i pravnih razloga (Leiter, 1997: 285). Kao pravna teorija, pravni realizam se može povezati s dva filozofska pravca, i to naturalizmom i pragmatizmom (Leiter, 1997: 285). Prema naturalizmu, zadovoljavajuća teorija presuđivanja treba biti u kontinuirano u odnosu s empirijskim istraživanjima u prirodnim i društvenim naukama (Leiter, 1997: 285). Prema pragmatizmu, zadovoljavajuća teorija presuđivanja treba omogućiti pravnicima predviđanje kako će sudije odlučiti (Leiter, 1997: 285–286). Ukoliko povežemo pragmatizam i naturalizam, onda dolazimo do sljedećeg: da bi se pouzdano moglo predvidjeti kako će sud odlučiti, trebamo znati šta je ono što utječe na sudije da odluče na način na koji su odlučili (Leiter, 1997: 286). Do onoga što utječe na sudske odluke moguće je doći jedino putem empirijskih istraživanja oblikovanih u prirodnim i društvenim naukama (Leiter, 1997: 286). Kao što sam već i pisao, naturalizam kao pristup u filozofiji smatra da se filozofski problemi ne mogu riješiti kroz apriorna postavljanja, već se treba tražiti njihovo utemeljenje ili zamjena s odgovarajućim empirijskim teorijama (Leiter, 1997: 286). Filozofi koji su imali naturalistička usmjerenja, pored W. V. O. Quinea, su i: Jerry Fodor, David Armstrong, David Lewis, Jaegwon Kim i Alvin Goldman (između ostalih) (Leiter, 1997: 287). Naravno, postoje i značajni antinaturalistički glasovi, između ostalih, u radovima Richarda Rortyja, Hilaryja Putnama i Johna McDowella (Leiter, 1997: 288). No, ukoliko prihvatimo naturalizaciju prava, koliko je naturalizam uopšte moguć u pravu/a i koliko ima značaja za pravo? Prema Leiteru, za razumijevanje pravnog realizma, potreban nam je onaj oblik naturalizma koji on naziva “zamjenski naturalizam” (Leiter, 1997: 288). Naturalizam u filozofiji je uvijek metodološki u odnosu na filozofska teoretiziranja i u kontinuiranom

odnosu s empirijskim istraživanjima (Leiter, 1997: 288–289). Quine i drugi odbacuju ideju da postoji “prva filozofija”, ili *a priori* filozofija koja prethodi bilo kojem iskustvu (Leiter, 1997: 289). Naturalisti traže kontinuirani odnos filozofije s empirijskim naukama, koji se, prema Leiteru, može promatrati u dva aspekta: (1) kontinuitet rezultata i (2) kontinuitet metoda (Leiter, 1997: 289). Kontinuitet odnosa prema rezultatima podrazumijeva da filozofske teorije treba da budu podržane rezultatima empirijskih disciplina (Leiter, 1997: 289). Alvin Goldman, naprimjer, analizirao je rezultate psihologije i kognitivnih nauka kako bi otkrio kako ljudski kognitivni aparat stvarno djeluje, te da bi na bazi tih podataka konstruisao norme o tome kako ljudi treba da formiraju svoja uvjerenja (Leiter, 1997: 289). Suprotno tome, kontinuitet u odnosu na metode, traži da filozofske teorije “oponašaju” metode istraživanja i načine objašnjenja koji su karakteristični za uspješne empirijske discipline (Leiter, 1997: 289). Spekulativne teorije su “modelirane” upravo na ideji da mi možemo razumjeti sve fenomene u okvirima determinističkih uzroka (Leiter, 1997: 289). Na isti način na koji razumijevamo mrtvu prirodu kroz identifikovanje prirodnih uzroka koji ih determinišu, tako možemo razumijevati i ljudska vjerovanja, vrijednosti i djelovanja lociranjem njihovih kauzalnih determinanti i različitim dijelovima ljudske prirode (Leiter, 1997: 290). Prema tome, metodološki naturalizam konstruiše filozofske teorije koje su u kontinuiranoj refleksiji s naukom, bilo u odnosu na rezultate empirijskih istraživanja, bilo kroz oponašanje njihovih metoda (Leiter, 1997: 290). Na ovom mjestu trebamo da razlikujemo i dva oblika metodološkog naturalizma i to: (1) *zamjenski naturalizam* (kojeg je zagovarao Quine) i (2) *normativni naturalizam* (kojeg je zagovarao Alvin Goldman) (Leiter, 1997: 290). Razlika između ova dva oblika metodološkog naturalizma je u

ciljevima: prema zamjenskom naturalizmu, cilj teoretiziranja je u opisivanju ili objašnjenju; prema normativnom naturalizmu, cilj je regulacija prakse kroz promulgaciju normi ili standarda (Leiter, 1997: 290–291). Kako sam već pisao na početku ove knjige, teoriju presuđivanja ne zanima veza između “dokaza” i “naučne teorije”, već prije svega opravdavajuća veza između “pravnih razloga” (input) i sudijske odluke (output) (Leiter, 1997: 295). Teorija presuđivanja pokušava da kaže sudijama kako bi oni *trebali* da donose sudske odluke, tj. traži “osnove” sudijskog odlučivanja u razlozima koji zahtijevaju jedinstvene odluke (Leiter, 1997: 295). Pravni realizam je u tom smislu “antifundacionalistički” iz razloga što smatra da pravni razlozi ne opravdavaju donošenje samo jedne jedinstvene sudske odluke (Leiter, 1997: 295). U tom smislu, realisti smatraju da je fundacionalistička teorija pravnog presuđivanja nemoguća te je treba zamijeniti s opisnom i objašnjavajućom teorijom o tome koja kombinacija činjenica i razloga vodi ka donošenju sudske presude (Leiter, 1997: 295). Treba naglasiti određene probleme s ovim opštim stavom sadržane u sljedećem: (1) pravni realizam ne tvrdi da je pravo neodređeno u svim slučajevima; (2) teorija presuđivanja nužno ne ulazi u okvir fundacionalističkog programa; (3) čak i u slučaju kada pravni razlozi ne određuju odluku, uvijek može postojati klasa nepravničkih razloga (razlozi moralnosti) koji mogu opravdati jedinstvenu odluku i (4) ukoliko i uspijemo premostiti navedene probleme, izgleda da nisu sva područja prava naturalizovana – tj. prostor legitimnih izvora prava (Leiter, 1997: 296). Većinom ovih razloga sam se već bavio u ovoj knjizi, pa ću se samo osvrnuti na posljednji koji je od mog posebnog interesa, odnosno na stav da nije čitav prostor jurisprudencije naturalizovan (Leiter, 1997: 301). Nije moguće formulirati argument za tvrdnju o racionalnoj neodređenosti prava bez pretpostavljanja određenih

konceptualnih pogleda u odnosu na kriterij pravne validnosti (Leiter, 1997: 301). Pravni realizam ipak “pretpostavlja” neki koncept pravne validnosti, posebno ukoliko tvrdi da je pravo neodređeno. No, ova implicitna koncepcija pravne validnosti ne manifestuje se kroz naturalizovanu teoriju: koncept prava nije objašnjen ili fiksiran empirijskim istraživanjem u okviru prirodnih i društvenih nauka (Leiter, 1997: 302). Kako tvrdi Leiter, još uvijek postoji prostor za nenaturalizovanu jurisprudenciju (Leiter, 1997: 302). Većina naturalizovanih filozofa, isključujući Quinea, smatra da i dalje postoji prostor za konceptualnu analizu, iako filozofska pitanja u konačnici traže naturalističke odgovore (Leiter, 1997: 302). Iako Leiter smatra da se prostor koncepta prava treba ostaviti konceptualnoj analizi, i dalje smatram da pravilo priznanja kao društvena činjenica posmatrana kroz prizmu konstitutivnih konvencija treba biti teoretizirana kroz naturalizovanu filozofiju prava.

U odnosu na pragmatizam, pravni realisti su željeli, kako je pisao Joseph Singer, zamijeniti formalizam s više pragmatičkim odnosom prema pravu uopšte (Leiter, 1997: 303). Ovaj odnos promatra pravo više kao *stvoreno*, a ne kao *pronađeno* (Leiter, 1997: 303). Pravo je, prema tome, bazirano na ljudskom iskustvu, politikama i etici, a ne na formalnoj logici (Leiter, 1997: 303). Pravni principi nisu sadržani u nekom univerzalnom i bezvremenskom logičkom sistemu, već su društveni konstrukti stvoreni od strane ljudi u specifičnom historijskom i društvenom kontekstu s ciljem ostvarivanja društvenih interesa (Leiter, 1997: 303). U epistemološkom smislu, pragmatizam je antifundacionalistički (Leiter, 1997: 305). Konkretnije, to bi značilo da su sva naša uvjerenja ili opravdanja uvjerenja izvedena, tj. da je “opravdano u opravdanje vjerovanja X, zato što se ono izvodi iz našeg vjerovanja u Y”, što posljedično

vodi do zaključka da naša uvjerenja nisu bazirana na nekom setu “bazičnih” uvjerenja koja ne ovise o drugim (Leiter, 1997: 305). Pošto ne postoji set bazičnih uvjerenja, karakteristični pragmatični pogled je u tome da su barem neka uvjerenja i norme prihvaćeni na *a posteriori* kriteriju korisnosti za specifične ljudske koristi, odnosno pragmatičari smatraju da se neka uvjerenja trebaju prihvatiti iz prostog razloga jer djeluju za potrebe ljudskih interesa (Leiter, 1997: 350). Ovo naravno ne znači da ne postoji specifična filozofska dimenzija pragmatizma. No, radikalizam pragmatizma sastoji se u njegovom prepoznavanju pragmatičnosti kao jedinog mogućeg kriterija prihvatanja epistemičkih normi – normi o tome u šta treba da vjerujemo (Leiter, 1997: 307). Mi treba da prihvatimo epistemičke istine koje *djeluju*, tj. pomažu nam da predvidimo senzorsko iskustvo koje nam omogućava da uspješno manipuliramo i kontroliramo naše okruženje (Leiter, 1997: 307). Za pragmatizam, epistemičke norme zdravog razuma i epistemičke norme nauke, jednostavno su u međusobnom odnosu kontinuiteta (Leiter, 1997: 308). Upravo iz ovih razloga lako je zamisliti povezanost između pravnog realizma i pragmatizma, tj. učiniti teoretiziranje o pravu značajnim za pravnu praksu (Leiter, 1997: 309). Slično kao i za filozofiju pragmatizma, pomažući nam da predvidimo senzorna iskustva, prihvatljiva je ona teorija presuđivanja koja omogućava da predvidimo sudske odluke (Leiter, 1997: 309).

Pitanje je šta je ono što nam je dao pravni realizam u kontekstu naturalizacije prava? Pravni realizam, ukoliko ga posmatramo kroz prizmu naturalizma, dao nam je dosta argumenata protiv tradicionalne teorije presuđivanja u korist empirijskih studija (Leiter, 1997: 312). Možda nije dao dobre paradigme empirijskih studija, ali su nam dali filozofsku motivaciju i tragove

kako da nastavimo dalje (Leiter, 1997: 312). No, ipak, svi pravnici koji rade u pravosuđu imaju određeni nivo neformalnog psihološkog, političkog i kulturnog znanja o tome šta su sudije i kako sudovi rade (nešto što bi se moglo nazvati “narodnom” sociološkom teorijom presuđivanja) (Leiter, 1997: 312). Ova neformalna znanja mogu se provjeravati kroz naturalizovanu jurisprudenciju. Upravo su ona bazirana na empirijskim promatranjima sudijskih odluka; traže kauzalna objašnjenja za ove odluke; traže razloge i uzroke određenog djelovanja; traže regularnost i obrasce djelovanja sudova (Leiter, 1997: 313). Ono što nam možda nedostaje je sistematična naučna teorija sudijskog ponašanja (Leiter, 1997: 313). Ovo se polako mijenja u okviru novog pravnog realizma.

Naturalizovana jurisprudencija: novi pravni realizam

U razmatranju koliko daleko možemo ići u istraživanju fenomena prava, Leiter navodi neke od najznačajnijih istraživanja, i to predikativno-objašnjavajuću teoriju sudskih odluka provedenih u oblasti političkih nauka. Radi se od Segalovom i Spaethovom *modelu ponašanja* (Leiter, 2008: 5). Segal i Spaeth su tvrdili, krećući se od ideja koje su razvijene u okviru tradicije američkog pravnog realizma, da se najbolje objašnjenje procesa sudskog donošenja odluka može pronaći u povezanosti (1) činjenica slučaja i (2) ideološkim stavovima i vrijednostima pravde (Leiter, 2008: 5). Ovo se, naravno, odnosi na Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država (Leiter, 2008: 5). Da bismo mogli tvrditi da je njihovo objašnjenje najbolje, Segal i Spaeth morali su uporediti *model ponašanja* s nekim od alternativnih modela, i to sa, kako su ga oni nazvali, *pravnim modelom*, do-

nošenja odluka (Leiter, 2008: 6). Prema ovom modelu, validan izvor prava, zajedno s prihvaćenim metodama tumačenja koje se primjenjuju na te izvore, jeste ono što utječe na rezultat presuđivanja (Leiter, 2008: 6). Problem s ovim modelom je u tome što su izvori prava te metode tumačenja neodređeni u smislu da mogu opravdati više od jednog rezultata u apelacijskim sporovima (Leiter, 2008: 6). U tom smislu, kako tvrde Segal i Spaeth, ukoliko različiti aspekti *pravnog modela* mogu podržati stavove svih strana u pravnom sporu koji se vodi pred sudom, onda se kvalitet tih pozicija ne može uvjerljivo i validno unaprijed mjeriti, i *pravni model* tako teško da može biti dobar okvir za objašnjenje odluka Vrhovnog suda (Leiter, 2008: 6). Ako se modelom može sve objasniti, onda se ne ništa ne objašnjava (Leiter, 2008: 6). *Pravnim modelom* ne mogu se generisati provjerljiva predviđanja iz prostog razloga što klasa pravnih razloga (izvori i pravila tumačenja) mogu opravdati i time predvidjeti različite rezultate sudskih postupaka (Leiter, 2008: 6). Naturalizovana jurisprudencija mogla bi pitati kakvo bi pravo moralo biti ukoliko bi sociološko-naučna teorija presuđivanja (to jest, *model ponašanja*) bila istinita i objašnjavajuća (Leiter, 2008: 6)? Za *model ponašanja*, da bi bila istinita i objašnjavajuća, u odnosu na ostale stvari, treba da postoji jasna demarkacija između ideoloških pozicija sudija koje kauzalno utječu na proces donošenja odluka i validnih izvora prava koji su centralni u pravnom modelu kao konkurirajućem modelu objašnjenja donošenja sudijskih odluka (Leiter, 2008: 6-7). No, u *modelu ponašanja* jasno je vidljivo da je koncept prava iscrpljen kroz autoritativne tekstove (kao što su precedenti, zakoni, ustav) koji se posmatraju kao “sirovi” materijali u pravnom modelu koji isključuje ideološke sklonosti sudija koje su centralne u *modelu ponašanja* (Leiter, 2008: 7). Model ponašanja, ipak, posmatra samo ograničeni okvir

slučajeva te je u mogućnosti da predvidi sudske odlučivanje u 71% slučajeva¹⁴ (Leiter, 2008: 7). U svom radu Miles i Sunstein navode oba modela, no bez apriornog odbacivanja jednog ili drugog (Miles i Sunstein, 2008: 833). Naime, *pravni model* koristi utjecaj prava na ponašanje sudije kao empirijsku hipotezu, dok *model ponašanja* upotrebljava sudijsku ideologiju kao hipotezu (Miles i Sunstein, 2008: 833). Naravno, pitanje je na koji način postavljamo hipoteze povezane s pravom, te da li su one kao takve podesne za dolazak do empirijskih podataka. No, ipak, studije odbacuju *pravni model* u korist *modela ponašanja* (Miles i Sunstein, 2008: 833). Novija istraživanja u oblasti političkih nauka okrenula su se institucionalnom kontekstu presuđivanja i to kroz uspostavljanje i testiranje modela strateškog ponašanja (Miles i Sunstein, 2008: 833). Bez obzira na rezultate koji su postignuti u oblasti empirijskog istraživanja prava (tj. oblasti “pravo i politika”), pravnici nisu pretjerano uzimali u obzir saznanja do kojih se došlo (Miles i Sunstein, 2008: 833). Možda je jedan od razloga i metodologija koja je nepoznata pravnicima (Miles i Sunstein, 2008: 833). Bez obzira na ove početne sumnje, u zadnje vrijeme značajno se povećao interes i među profesorima prava za empirijska istraživanja i to do nivoa da se razvila nova oblast pod nazivom “empirijske pravne studije” (Miles i Sunstein, 2008: 833). Imajući u vidu značaj koji sudske odluke imaju kao izvor prava, ali i kao metoda podučavanja na pravnim fakultetima, nije ni neobično da se desio ovaj zaokret (Miles i Sunstein, 2008: 833). Naravno, najveći dio istraživanja fokusiran je na sudske odluke i izvore koje sudije koriste za opravdanje svojih odluka (Miles i Sunstein, 2008: 833). Zahvaljujući razvoju novih metoda u oblasti društvenih nauka i mogućnosti njihovog apli-

14 No, Leiter se pita da li je 71% dovoljno za kredibilno naučno zaključivanje, te da li je dovoljno za naturalizaciju (Leiter, 2008: 7 – 8)? Prema njemu, teško da je ovaj procenat dovoljan (Leiter, 2008: 8).

ciranja na polje sudijskog presuđivanja, utjecalo se na daljnji razvoj oblasti u okvirima pravnog realizma. U tom smislu, već sada možemo govoriti o novoj fazi i novom pravnom realizmu (Miles i Sunstein, 2008: 834). No, rad na ovom polju zahtijeva multidisciplinarnost, te su istraživanja na polju novog pravnog realizma saradnja između pravnika, politologa, ekonomista i sociologa (Miles i Sunstein, 2008: 834).

Ono što je specifičnost novog pravnog realizma jest to da su u njegovom fokusu istraživanja konačnih sudskih odluka s ciljem boljeg razumijevanja kako “sudska osobnost”, shvaćena u provjerljivim okvirima, utječe na pravne odluke i kako institucionalni okviri ograničavaju ili potiču ovakve utjecaje (Miles i Sunstein, 2008: 834). Iz perspektive pravnog realizma, ova istraživanja predstavljaju nastojanja da se testiraju određene intuitivne ideje u pogledu neodređenosti prava, te da se primijeni realistički poziv za empirijskim istraživanjima o tome kako sudije odlučuju slučajeve u odnosu na različite faktore, te kako ti faktori utječu na sudije (Miles i Sunstein, 2008: 834–835). Političke nauke fokusirale su se na odluke Vrhovnog suda SAD-a, no novi pravni realizam kreće i ka istraživanjima odluka i ponašanja nižih sudova, a posebno iz razloga što sistem slučajnog dodjeljivanja pravnih slučajeva predstavlja vrstu prirodnog eksperimenta koji omogućava utvrđivanje uvjerljivih uzročnih zaključaka u odnosu na utjecaj karakteristika sudija na rezultate sudskog procesa (Miles i Sunstein, 2008: 835). Novi pravni realizam upravo čini značajan progres zbog povećane saglasnosti o tome kako mjeriti značajne aspekte “sudske osobnosti” i faktora koji utječu na svaki slučaj (Miles i Sunstein, 2008: 835). Elementi “sudske osobnosti” odnose se na lične karakteristike sudije, politička opredjeljenja, demografiju i prijašnja profesionalna iskustva (Miles i Sunstein, 2008: 835). Cilj je razviti provjerljive hipoteze

i testirati ih (Miles i Sunstein, 2008: 835). Ono što se istražuje u okviru novog pravnog realizma jesu vrste parničara (i parnica), priroda njihovih zahtjeva i proceduralni položaj stranaka (Miles i Sunstein, 2008: 835). Pored toga, novi pravni realizam pokušava da obuhvati i (1) institucionalni kontekst sudijskog ponašanja; (2) društveni utjecaj; te posebno (3) kolegijalni utjecaj na sudijsko odlučivanje i glasanje (Miles i Sunstein, 2008: 835). Odnosno, kakav je utjecaj i ograničenje prava kao takvog na proces donošenja i samu odluku, ili su vrijednosti i politička ideologija od odlučujućeg značaja za određenog sudiju (Miles i Sunstein, 2008: 835–836). Novi pravni realizam pitanja sudijskog odlučivanja postavlja u okvirima istraživačkih pitanja i hipoteza, te želi da sazna kako i koliko je pravo neodređeno te koliko, kada i kako “sudijska osobnost” utječe na rezultate sudijskog procesa (Miles i Sunstein, 2008: 836). Do sada je novi pravni realizam bio najviše fokusiran na ispitivanje političke ideologije koja se često pokazala utjecajnom na odluke ustavnih sudova (to jest, Vrhovnog suda u SAD-u) (Miles i Sunstein, 2008: 836). Ukoliko je istinit stav da politička ideologija utječe na sudije, drugo pitanje je kako institucionalni okvir onda utječe ili ograničava utjecaj političke ideologije (Miles i Sunstein, 2008: 837). U određenim poljima istraživanja sudijskog ponašanja određeni obrasci su se ponovili toliko puta da se to ponašanje može opisati kao “standardni obrazac sudijskog glasanja” – barem u dijelu koji se odnosi na ideološko usmjerenje (Miles i Sunstein, 2008: 838). Pored toga, novi pravni realizam počeo je istraživanja i u polju uloge određenih sudijskih karakteristika kao što su spol i rasa na ishode sudijskih odluka (Miles i Sunstein, 2008: 840). Npr., u slučajevima diskriminacije na osnovu spola, spol sudije utječe na ishod uloge: ženske sudije će više ići u pravcu zadovoljavanja zahtjeva tužiteljice, a ako na panelu ima i muških sudija, oni će se kretati u istom pravcu ukoliko je i žena sutkinja članica

sudskog vijeća (Miles i Sunstein, 2008: 840). Bez obzira na metodološke i istraživačke napretke u okviru novog pravnog realizma, i dalje postoje problemi i ograničenja u pogledu prikupljanja podataka (Miles i Sunstein, 2008: 841). Druga su konceptualne i normativne prirode (Miles i Sunstein, 2008: 841). Značajno je naglasiti da empirijska istraživanja u pravu i u okvirima novog pravnog realizma većinom ostaju ateoretična (Miles i Sunstein, 2008: 842). Ovo se prvenstveno odnosi na oblast politoloških i socioloških disciplina koja provode istraživanja u oblasti “prava i politike”. No, bitno je i u kontekstu teorije prava. U tom smislu, potrebna je analiza utjecaja empirijskih podataka na teoretske postavke o pravu i pravnom presuđivanju, odnosno jedna realistička teorija prava koja će davati teoretski okvir ovim i sličnim istraživanjima. Da li i na koji način empirijska istraživanja utječu na prirodu prava? Na koji način utječu na konceptualnu analizu? Na koji način se empirijska istraživanja prava mogu proširiti i na druge oblasti kao što su pitanja (1) efikasnosti prava i (2) pravila priznanja te kakvog to potencijalnog utjecaja može imati na filozofiju prava? Značajno je naglasiti da bez obzira na značaj političke ideologije sudija na proces i rezultat sudijske odluke, to je samo jedan od faktora (Miles i Sunstein, 2008: 844). Istraživanja su pokazala da pravo, kao takvo, utječe na druge faktore i ograničava njihovo dejstvo (Miles i Sunstein, 2008: 844). U tom smislu, značajno je saznanje da za one koji vjeruju u vladavinu prava i u pravni sistem, rezultati novog pravnog realizma nužno nisu obeshrabrujući: čaša je poluprazna, ali isto i polupuna (Miles i Sunstein, 2008: 844). Empirijskim istraživanjima i njihovim rezultatima ostavljen je značajan prostor za dalji razvoj konceptualne i teorijske analize (Miles i Sunstein, 2008: 844). Empirijska istraživanja mogu i imaju značajan utjecaj na pravnofilozofska pitanja i širenje polja načina i metoda teorijskih istraživanja u pravu.

Realistička teorija prava kao naturalizovana jurisprudencija

Naturalizacija u pravu/a je “pogled” iz perspektive filozofije prava, te se bavi pitanjem na koji način uključiti rezultate empirijskih istraživanja u polje teoretskog i filozofskog posmatranja prava. Kako nas rezultati empirijskih istraživanja mogu inspirirati za daljnje teoretske analize i koliko kreativni možemo biti u tom poduhvatu? Naturalizaciju prava možemo posmatrati i kao mapiranje prostora koji se mogu i trebaju naturalizovati. Uz skandinavski pravni realizam, kao što smo vidjeli, pitanja okretanja naturalizaciji dio su i projekta američkog pravnog realizma. Pravni realisti su se pitali šta sudovi rade kada odlučuju o pravnim slučajevima (Leiter, 2008: 9). Upravo realistička teorija prava ima za cilj da identifikuje i objasni, ali ne i da opravda, obrasce ponašanja sudova i sudskih odluka (Leiter, 2008: 10). To bi zasnovalo i naučnost ovakvog pristupa: opisivanje djelovanja sudova u određenom pravnom i društvenom kontekstu. Društvene nauke i istraživanja trebali bi biti alati za opisivanje ovog nenormativnog zadatka (Leiter, 2008: 10), ako shvatimo djelovanje sudova kao nenormativni dio prava. Realistička teorija prava i njena inklinacija ka naturalizovanoj jurisprudenciji slična je Quineovoj naturalizovanoj epistemologiji (Leiter, 2008: 10). Kao što naturalizovana epistemologija u Quineovom opisu spada pod psihologiju kao čisto opisna, kauzalno-nomologična nauka o ljudskoj kogniciji, tako je i naturalizovana jurisprudencija pravnih realista esencijalno deskriptivna teorija kauzalnih odnosa između temeljnih “situacionih tipova” i faktičkih sudskih odluka (Leiter, 2008: 10). Kao što sam već pisao, Underhill Moore je smatrao da studije jurisprudencije potpadaju pod polje bihevioralne psihologije (vidi i Leiter, 2008: 10). Pravni realizam zagovara empirijsku

teoriju presuđivanja iz prostog razloga zato što smatra da je tradicionalni projekt teorije prava, koji pokušava da *opravdava* sudske odluke na bazi pravnih pravila kao takav propao (Leiter, 2008: 11). Kako su pravo i pravno rezonovanje u mnogim slučajevima neodređeni, tako je u mnogim slučajevima “fundacionalna” epistemologija nemoguća u određenim odlukama sudova (Leiter, 2008: 11), jer pravni razlozi mogu veoma lako da opravdaju i donošenje suprotne odluke. Ukoliko pravna pravila i razlozi ne mogu *racionalizovati* svoje odluke, onda ih ne mogu ni *objasniti* (Leiter, 2008: 11). Ukoliko je to tačno, onda moramo potražiti druge faktore koji će objasniti šta ustvari sudovi rade kada odlučuju (Leiter, 2008: 11). Koji bi model onda odgovarao projektu pravnog realizma? Upravo već opisani *model ponašanja* koji bi u projektu pravnog realizma imao skromnije ciljeve (Leiter, 2008: 12). Naime, pravni realisti predlažu da umjesto što se pretvaramo da pravo *opravdava* jedno i samo jedno sudijsko rješenje u onim slučajevima koji najviše privlače pažnju (recimo odluke Vrhovnog suda SAD-a), bilo bi bolje da kao teoretičari i pravnici pokušamo konstruisati objašnjenja koja imaju više smisla u odnosu na empirijsku evidenciju, odnosno da ustanovimo obrasce sudijskih odluka kroz različite situacione tipove (Leiter, 2008: 12). Iako značajna istraživanja u ovoj oblasti već postoje (npr. projekat novog pravnog realizma), njihovi rezultati i dalje se ne smatraju vrijednim od strane pravnih filozofa (Leiter, 2008: 12). U tom pravcu ide i nešto što možemo nazvati novi pravni realizam (vidi Miles i Sunstein, 2008). Naravno, empirijska istraživanja o sudijskom ponašanju nisu nešto novo, te je dio oblasti u političkim naukama koji se naziva “pravo i politika” doprinio širokoj i veoma značajnoj empirijskoj literaturi o utjecaju ideologije na sudijske odluke (Miles i Sunstein, 2008: 832). Ukoliko naturalizovana pravnofilozofska pitanja u vezi sa samom prirodom prava nisu

privlačna odgovarajućoj relevantnoj nauci o pravu, te ukoliko nisu održiva opcija, šta nam je onda preostalo (Leiter, 2008: 8)? No, uvijek je moguća neka druga opcija kako se neka pravno-filozofska pitanja o prirodi prava mogu naturalizovati i to kroz eksperimentalnu filozofiju (Leiter, 2008: 8). Ukoliko su “uobičajene” intuicije odlučujuće u fiksiranju širine naših koncepata, zašto ne bismo onda mogli empirijski istraživati o čemu su to te intuicije (Leiter, 2008: 8)? Zašto ne bismo bili u mogućnosti istraživati šta “obični čovjek” stvarno misli o pravu (Leiter, 2008: 8)? U tom smislu, opšta teorija prava čeka kolonizaciju od strane eksperimentalne filozofije (Leiter, 2008: 8).

Konačno, naturalizacija pravila priznanja je treća oblast moguće naturalizacije u pravu. Ukoliko prihvatimo da pravo posjeduje dualnu prirodu: onu društvenu i normativnu, društveni dio bi se trebao moći naturalizovati. Ovo važi u slučaju ukoliko bismo prihvatili skromniji cilj naturalizacije u pravu i ostavili polje normativnosti po strani. Kao što sam pisao u prethodnim redovima, kombinacijom pravnog konvencionalizma, inspirisani američkim pravnim realizmom i prihvatanjem Leiterovih prijedloga za naturalizaciju u pravu, možemo na isti način kroz eksperimentalnu filozofiju doći do saznanja o sadržaju pravila priznanja. Ukoliko prihvatimo činjenicu da je pravilo priznanja prevashodno društveno pravilo čija je priroda suštinski konvencionalna, onda ono što čini jedno pravilo priznanja, bez obzira na to da li su pojedini elementi kodifikovani ili ne, trebamo promatrati kroz empirijsko utemeljenje. No, šta je ono što tražimo? Moj prijedlog, iako je intuitivno postavljen, jeste prihvatanje koncepta da je pravilo priznanja konstitutivna konvencija. Dosadašnja filozofsko-pravna istraživanja i argumentacija idu u pravcu potvrde tvrdnje o pravilu priznanja kao konstitutivne konvencije. Da bi postojalo pravilo priznanja, mora da postoji i određeni stepen

stabilnosti utvrđenih pravila ponašanja u odnosu na utvrđivanja onoga *što je pravo u datom pravnom sistemu*. Ta stabilnost može se potvrditi i kroz prizmu sociološkog evolucionizma: ko utvrđuje i na koji način se utvrđuje šta je pravo u jednom pravnom sistemu doseglo je određeni stepen kontinuiteta, stabilnosti i pravilnosti. Upravo analitički koncept konstitutivnih konvencija daje nam upute u kojem smjeru treba da idemo: (1) njima se utvrđuje *ko su lica* koja utvrđuju šta je primarno pravilo datog pravnog sistema i (2) da postoji upravo *ta grupa lica* koja *prati određeno pravilo* sistema zbog *određenih razloga* (npr. razlog mira i sigurnosti), kao pravila ponašanja u pravcu određivanja koja su to primarna pravila tog pravnog sistema. Ovaj analitički okvir bi se onda usmjerio u pravcu eksperimentalne filozofije ili zamjenskoga naturalizma, tj. bilo kroz “kontinuitet u odnosu na rezultate” ili “kontinuitet u odnosu na metode”. Jedan mogući put bila bi analiza postavljenog analitičkog okvira u odnosu na rezultate empirijskih istraživanja ili primjena metode (uspješnih) društvenih naučnih disciplina kako bismo došli do potvrde, rekonceptualizacije ili odbacivanja postavljenog konceptualnog okvira. No, mogući i precizniji metodološki postupak analiziram kroz Galliganov rad u nastavku.

Realistička teorija prava, neesencijalizam i konvencionalizam

U svom pristupu kreiranju opšte teorije prava Tamanaha koristi okvire Hartovog analitičkog okvira kao adekvatne polazne tačke, a kako bi krenuo jedan korak dalje u povezivanju pravnog pozitivizma i rezultata sociološko-pravnog pristupa pravu (Tamanaha, 2001: 134). Prema njemu, pravna teorija djeluje s rizikom da pogriješi i da postane nebitna ukoliko i

dalje bude ignorisala rezultate utemeljenih empirijskih istraživanja o društvenoj realnosti prava (Tamanaha, 2001: 134). Upravo Hartov deskriptivni aspekt, njegov naglasak na društvenoj praksi, razdvajanjem prostora prava i morala, u skladu je s empirijskom orijentacijom sociološko-pravne teorije (Tamanaha, 2001: 135). Tamanaha uvodi pojam *sociološkog* pravnog pozitivizma kao metodološkog pristupa putem kojeg će se, kako on navodi, ostvariti Hartov cilj, te rekonstruisati teorija prava kako bi zadovoljila interese i sociološko-pravnih studija i “tradicionalne” teorije prava (Tamanaha, 2001: 135). U svom pristupu ka rekonstrukciji teorije pravnog pozitivizma, Tamanaha predlaže neesencijalistički pristup u pogledu *nužnih karakteristika prava i funkcija koje pravo obavlja* (npr. održavanje društvenog poretka), jer empirijski podaci i slučajevi ne podržavaju takvu tvrdnju¹⁵ (Tamanaha, 2001: 133–170). U tom smislu, prema stajalištu sociološko-pravnog pozitivizma, pravni sistem postoji u svakom onom slučaju ukoliko postoje pravni akteri (*konvencionalno identifikovani kao takvi*), uključeni u stvaranje i reprodukciju pravnog sistema kroz zajednički sistem sekundarnih pravnih pravila (Tamanaha, 2001: 148). Pored toga, kada govorimo o identifikaciji pravnog sistema, Tamanaha odbacuje kao nužno da državni službenici (parlamentarci, sudije i službenici u upravi) treba da *prihvate* sekundarno pravilo kao jedan od uslova za postojanje pravnog sistema (Tamanaha, 2001: 153–154). Razlozi koji mogu voditi državne službenike da se povinuju sekundarnim pravilima mogu biti različiti: strah, inercija ali i prihvatanje sekundarnih pravila. Tamanaha smatra da ne trebamo u koncept prava unositi nešto što nužno ne reflektuje društvenu realnost, te da je pitanje o odnosu državnih službenika prema sekundarnim pravilima empirijsko pitanje koje se treba utvrditi i objasniti u

15 Vidi i Banović (2019).

svakom pravnom sistemu (Tamanaha, 2001: 155). Tamanaha smatra da pravni sistem u kojem ne bi bilo prihvatanja pravila priznanja ne bi mogao ni da postoji (Tamanaha, 2001: 154). Prema tome, sociološko-pravni pozitivizam smatra da će pravni sistem postojati ukoliko postoji kompleks “pravni aktera”, konvencionalno prepoznatih kao takvi, koji koordinišu svoje aktivnosti u odnosu prema primarnim pravilima (Tamanaha, 2001: 154). Sama ideja koordinacije podrazumijeva određeni stepen saglasnosti među akterima u njihovoj društvenoj praksi koji bi se manifestovao kroz zajedničku primjenu sekundarnih pravila (Tamanaha, 2001: 154). Dakle, prihvaćanje nije nužni element za postojanje sekundarnih pravnih pravila. U nastavku definicije Tamanaha dodaje svoj *neesencijalistički pristup*¹⁶ u okviru kojeg takav pravni sistem postoji bez obzira na efikasnost utjecaja primarnih pravila na regulaciju ponašanja; bez obzira na opštu efikasnost pravnog sistema ili uspjeha u održavanju društvenog poretka (Tamanaha, 2001: 148). Razlog za odbacivanje leži u dvjema tvrdnjama: (1) analitički stavovi o nužnim karakteristikama prava i njegovim funkcijama su apriorno postavljeni bez refleksije na društvenu realnost; (2) sociološko-pravne studije pokazuju da pravo države nužno niti održava društveni poredak niti je nužno efikasno. Ovo naravno ne znači da je u određenim kontekstima i efikasno i održava društveni poredak, ali postavljati ih kao nužne elemente vodi pravnu teoriju u pogrešne stavove i zaključke. Pored toga, što je već nekako i postalo opšte mjesto kritike, tradicionalna teorija prava je parohijalna i vezana za pravo države zanemarujući druge normativne fenomene. Naravno, ovo nužno ne znači da se teorija prava, ako je shvatimo kao teoriju prava države,

16 Konvencionalizam, prema shvatanju Tamanaha, drugi je naziv za “upotrebu” i “društvenu praksu” i sugerise da je pravo sve ono što konvencionalno imenujemo pravom (Tamanaha, 2001: 149). Pravo je, prema tome, društvena kreacija kojoj nedostaju inherentno nužne karakteristike (Tamanaha, 2001: 149). Suprotno tome, esencijalizam ide u drugom pravcu i smatra da pravo nužno posjeduje određene nužne karakteristike (Tamanaha, 2001: 149).

treba nužno okretati i ka drugim normativnim fenomenima. Problem je što se drugi normativni fenomeni pokušavaju objasniti u okviru koncepta baziranog na pravu države i pogrešno se vodeći kriterijem da je jedino “istinsko” pravo pravo države. U tom smislu, Tamanaha kritikuje stavove Harta i Raza smatrajući njihov pravni pozitivizam previše lokalnim (Tamanaha, 2001:151). Upravo zato sociološko-pravni pozitivizam prepoznaje da je pravo ljudska kreacija (Tamanaha, 2001: 151). U tom smislu, pravo je sve ono što ljudi konvencionalno prepoznaju kao pravo (Tamanaha, 2001: 151). Tako njegova teorija ide dalje od koncepta prava države i prepoznaje da i drugi normativni fenomeni mogu biti određeni kao pravo (Tamanaha, 2001: 152). Sociološko-pravni pozitivizam prepoznaje da i religijsko pravo, recimo, može ispuniti kriterije da bude pravo jer je konvencionalno prepoznato kao takvo.

Konačno, sociološko-pravni pozitivizam ostaje vjeran Hartovom konvencionalizmu i društvenoj praksi, ali ide dalje od toga odbacujući njegov funkcionalizam i esencijalizam (Tamanaha, 2001: 155). Pored toga, ovaj pristup odbacuje uslove da primarna pravila generalno posmatrajući trebaju biti efikasna; eliminiše uslove da državni službenici treba da prihvataju sekundarna pravila; ne čini pretpostavke o mogućim funkcijama koje pravo u jednom društvu ima; ne čini nikakve pretpostavke u pogledu normativnih aspekata prava, te smatra da je Hartov pristup ustvari apstrakcija koncepta prava države (a ne prava uopšte) (Tamanaha, 2001: 155). U tom smislu, mogu postojati i drugi oblici prava koji nužno ne ispunjavaju karakteristike postavljene u konceptu prava države; ne moraju se nužno javljati kao “sistem”, te elementi koji se u istraživanju pronadu su samo karakteristike, i to takve prirode da se mogu mijenjati, ali ne i njegovi nužni ili esencijalni elementi (Tamanaha, 2001: 155).

Prednost ovakvog pristupa je da tvrdi i pretpostavlja o pravu veoma malo ostavljajući prostor za *konvencionalnu identifikaciju*, te posljedičnu konceptualnu analizu i empirijsko istraživanje (Tamanaha, 2001: 156). U odnosu na pravni pozitivizam, sociološki-pravni pozitivizam prihvata njegove dvije teze i to: (1) tezu o odvojenosti prava i morala i (2) tezu o društvenom izvoru prava (*the social sources thesis*) (Tamanaha, 2001: 156). U analizi osvrnut ću se više na drugu tezu. Teza o društvenom izvoru prava tvrdi da je pravo produkt kompleksne društvene prakse (Tamanaha, 2001: 159). Ova praksa utemeljuje pravo i kroz nju možemo da odredimo postojanje i sadržaj prava (Tamanaha, 2001: 159). Sociološki-pravni pozitivizam ne samo da prihvata ovu tezu, već odlično odgovara empirijskoj, sociološkoj orijentaciji koju sociološko-pravna teorija ima (Tamanaha, 2001: 159). No, on ide dalje u modifikovanju ove teze primjenjujući je ne samo na pravo države već i na druge normativne fenomene (Tamanaha, 2001: 159).

Jedan od mogućih metodoloških pravaca realističke teorije prava kretao bi se u sljedećem: konvencionalna identifikacija nam je prvi korak u određenju šta je to pravo u datom pravnom sistemu, a naredni bi podrazumijevali konceptualnu analizu ili stvaranje koncepta na bazi konvencionalne identifikacije. Treći korak bi podrazumijevao empirijsku provjeru stvorenih koncepta, te ponovno vraćanje konceptima i njihovom potencijalnom (re)definisaniu.

Metodološki put realističke teorije prava

U metodološkom smislu, sociološko-pravni pozitivizam ili realistička teorija prava prihvata od Harta da se djelovanje privatnih lica ili državnih službenika ne može razumjeti bez razmatranja “unutrašnjeg stajališta” (Tamanaha, 2001: 162). Za razliku od Harta, sociološko-pravni pozitivizam prava neće pretpostavljati taj odnos, tj. neće pretpostavljati da državni službenici prihvataju sekundarna pravila (Tamanaha, 2001: 162). Istraživanje karaktera unutrašnjeg odnosa u društvenim naukama naziva se interpretativizam (Tamanaha, 2001: 162). Također, od Harta se preuzima i “vanjsko stajalište” putem kojeg se dolazi do saznanja o obrascima ponašanja (Tamanaha, 2001: 162). Ovaj pristup se u društvenim naukama naziva bihevizizam (Tamanaha, 2001: 163). Iako se u društvenim naukama često prikazuju kao suprotstavljeni pristupu, “unutrašnji” i “vanjski” stav, interpretativizam i bihevizizam, prema Tamanahi mogu ići zajedno i komplementarni su, te trebaju biti primijenjeni u istraživanju društvene prisutnosti prava (Tamanaha, 2001: 163). Prema tome, sociološka teorija prava vidi društveno djelovanje u interpretativnim terminima (Tamanaha, 2001: 163). Kompleksan sistem vjerovanja i znanja stvara interpretativne zajednice i sisteme značenja koji daju sadržaj idejama i djelovanjima ljudi koji dolaze do njih putem obrazovanja, treninga i kroz praksu u kojoj učestvuju (Tamanaha, 2001: 163). Pored toga, sociološka teorija prava promatra institucije u terminima kompleksne i koordinisane ljudske interakcije, a društvene prakse kao aktivnosti koje integrišu i značenje i djelovanje (Tamanaha, 2001: 164). Dokle god se koncept društvene prakse promatra kao heuristički model, kao koncept koji omogućava da se izoluju i ograniče djelatnosti u društvenom polju za potrebe studije i

analize, onda taj koncept predstavlja odličan početak za identifikovanje onoga što je pravo (Tamanaha, 2001: 165).

U konačnici, put kojim treba da idemo je put konvencionalizma. U najapstraktnijem obliku on bi glasio: pravo je sve ono što ljudi identifikuju i tretiraju kroz svoju društvenu praksu kao “pravo” (Tamanaha, 2001: 166). Iz ovako postavljenog konvencionalizma, proizlaze i određeni problemi (Tamanaha, 2001: 166). Prvi problem tiče se pitanja “ko” identifikuje neki fenomen kao pravo kroz svoju društvenu praksu (Tamanaha, 2001: 166). Tamanaha odgovara da je to bilo koji član date grupe dokle god je ta praksa konvencionalna (Tamanaha, 2001: 166). Dakle, to nužno ne mora biti državni službenik, već i privatno lice ili član neke druge društvene grupe (Tamanaha, 2001: 166–167). Drugi problem tiče se pitanja koliko osoba treba da nešto prizna kao pravo (Tamanaha, 2001: 167)? Odgovor je neprecizan i glasi: *dovoljan broj ljudi s dovoljno jakim uvjerenjem da nešto smatra pravom, te djeluje u skladu sa svojim uvjerenjima na način da je dovoljno da ima utjecaja na društvenu arenu* (Tamanaha, 2001: 167). U konačnici, zašto bismo trebali prihvatiti konvencionalizam sociološko-pravnog pozitivizma? Tamanaha navodi da on samo potvrđuje ono što postoji u realnosti (Tamanaha, 2001: 168).

Tamanahin konvencionalizam je heuristički model oslobođen nepotrebnog esencijalizma i funkcionalizma, ali nam metodološki pretjerano ne pomaže. Oslobađa nas predubjeđenja o nužnim karakteristikama prava, njegovoj opštoj efikasnosti i/ili prihvatanju sekundarnih pravila kao nepotrebnih, te upućuje na empirijsku provjeru na bazi koje treba da dođemo do zaključka da li pravo u određenom kontekstu ima neku funkciju; da li je efikasno, te koji su razlozi kojima se osobe vode prilikom

identifikovanja nečega kao pravo. Konvencionalizam kao metodološki put, izgleda, ne samo da je prihvaćen u okviru tradicionalne teorije prava (Hart) već je prihvatljiv metodološki put i za sociološko-pravni pozitivizam ili realističku teoriju prava (Tamanaha). Naravno, u Tamanahinom konceptu koncept prava dosta je širi i podrazumijeva i druge normativne fenomene (npr. međunarodno pravo) ukoliko ispunjavaju konvencionalističke uslove. No, ukoliko govorimo o pravu države konvencionalistički aspekt bi, ako pravilno čitam Tamanahu, podrazumijevao: (1) konvencionalno prepoznavanje određenih aktera kao *državnih službenika* (2) koji kroz konvencionalnu društvenu praksu stvaraju i reprodukuju pravni sistem države kroz sistem sekundarnih pravnih pravila. Ovo nas, sasvim logično, vodi u prostor društvenih konvencija, tj. pravila priznanja kao konstitutivnih konvencija razvijenih u radu Andreija Marmora.

Realistička teorija prava kao reflektivna teorija prava između analitičkog pristupa i sociološkog razumijevanja¹⁷

Zanimljivo je da se u okviru sociološko-pravne teorije ili realističke teorije prava Hart pokazuje kao podesan analitički okvir za daljnju analizu prava imajući u vidu rezultate druge društvenih nauka (posebno empirijskih). Tako i Galligan u svom metodološkom prijedlogu za jednu sociološko-pravnu orijentaciju smatra da upravo od Harta trebamo krenuti. U opisivanju prava kao društvene tvorevine sa sebi svojstvenim karakteristikama, Galligan započinje s Hartovim analitičkim pristupom i prihvata ga iz tri razloga:

17 Ovaj dio detaljnije sam obradio u doktorskoj disertaciji pod nazivom Savremena sociološko-pravna teorija kao kritika pravnog pozitivizma (odbranjena na Pravnom fakultetu u Sarajevu, maja 2018. godine – neobjavljena).

1. Hartov analitički pristup unaprijedio je pravnu teoriju opštim opisom unutrašnjeg pravnog sistema;
2. Hart tvrdi da je njegova teorija s namjerom bazirana u društvenoj realnosti i
3. Hart tvrdi da je njegov interes društveni kontekst prava; odnosno, da je njegov opis prava baziran i refleksija je društvenog iskustva prava (Galligan, 2010: 7).

Da bi razvio svoj metodološki pristup odnosa prava i društva (*law-and-society*), nužno je bilo početi od koncepta koji posmatra pravo kao posebnu društvenu tvorevinu. Analitički pristup i pristup odnosa prava i društva imaju više pružiti jedan drugom nego što se to na prvi pogled čini (Galligan, 2010: 9). Galligan smatra da se Hartova kritika Austinovog i Kelsenovog pristupa očituje u njihovom nedostatku da u svojim teorijama reflektuju stvarnost pravnog iskustva (Galligan, 2010: 9). Kelsenova normativna teorija, bazirana na transcendentalno-logičkoj osnovnoj normi je u tom smislu pretjerano apstraktna. Galligan smatra da generalizacije i koncepti moraju biti racionalno odbranjivi, dok u isto vrijeme reflektuju praktičnu realnost (Galligan, 2010: 10). Koncepti ne moraju biti nužno praktično testirani, no ukoliko vjerodostojno ne oslikavaju realnost postavlja se pitanje njihove korisnosti (Galligan, 2010: 10). Ukoliko je koncept intuitivna refleksija društvene realnosti, zašto ga empirijski ne provjeriti? Hart se u svom pristupu proučavanju fenomena prava koristi konstrukcijom društvene realnosti kako bi bazirao svoju analitičku metodologiju. Ovo rade i ostali pravni pozitivisti. Koncepti koje stvara pravna teorija dobar su početak za analizu odnosa prava i društva, te sa svojim idejama, konceptima i kategorijama jedina početna tačka (Galligan, 2010: 12). Empirijska evidencija može voditi odbacivanju ili reformulaciji teoretskih koncepta (Galligan, 2010: 14, 19).

Kako prevazići suprotnosti između dva metodološka pristupa, analitičkog i sociološkog? Prema Galliganu, moguće je pronaći načine za prevazilaženje raskida između dva pristupa, analitičke pravne teorije i društvenog razumijevanja (*social understanding*) (Galligan, 2015: 375). Galligan također smatra da ovaj pristup traži blago nekonvencionalnu interpretaciju Hartovog pristupa koja ga postavlja u tradiciju društvene teorije, objašnjenja prirode društvenog razumijevanja i nastava gradnje na Twiningovim idejama, koji također predlaže jednu opštu teoriju prava i holistički pristup (Galligan, 2015: 375). Upravo mnoga sociološko-pravna istraživanja pokazuju pojavu različitih obrazaca: studije tradicionalnih društava, neformalne društvene poretke, pravila profesionalnih društava i sl. (Galligan, 2015: 376). Ova istraživanja ukazuju na različite oblike pravnih fenomena ili fenomena sličnih pravu koji se javljaju u globalizovanom društvu (Galligan, 2015: 376). Bez obzira na probleme u stvaranju viših i apstraktnijih teorija, jer bi se time fragmenti pokušali ugurati u forme, te bez obzira na to što treba biti pažljiv s generalizacijama, opšta teorija prava je moguća i poželjna (Galligan, 2015: 376). No, ideja koja prevladava i u opštoj teoriji prava (*General Jurisprudence*) Williama Twininga ogleda se u stvaranju jedne ili više opštih koncepcija (ne koncepta) prava koje bi bile podesne za stvaranje opšte slike o pravu (Galligan, 2015: 376). Generalne koncepcije o pravu su baza teorija o pravu koje zauzvrat omogućavaju koncepte putem kojih se mogu postavljati pitanja, formulisati hipoteze i izvoditi empirijska istraživanja (Galligan, 2015: 376). Koncepti su osnova opšte teorije prava i način na koji se opisuju pravni fenomeni, ali sami po sebi nisu dovoljni (Galligan, 2015: 376–377). Analitički postupak ide na sljedeći način: (1) formiranje konceptata: konceptata o pravilu ili o konvencijama; (2) korištenje konceptata kako bi se opisali

tipovi pravnih fenomena: pravo države, ne-državno pravo, kanonsko pravo i sl.; (3) iz ovoga formiranje generalizacija: svi pravni poreci posjeduju pravna pravila i sl. (Galligan, 2015: 377). Empirijsko znanje koje nam daje spoznaju o trenutnim pravnim institucijama, procesima i pravilima je centralna teza i Twiningovog rada¹⁸ (Galligan, 2015: 378). Galligan predlaže uklanjanje barijera između analitičke jurisprudencije i empirijskih sociološko-pravnih studija kroz vraćanje na interpretativni metod razvijen prvo u radu Giambattiste Vica, i dalje kroz rad Maxa Webera (Galligan, 2015: 379). Weberov pristup, koji Galligan modifikuje, polazi od sljedećih faza:

1. identifikovanje koncepata impliciranih u društvenoj praksi;
2. upotreba koncepata kako bi se reflektovalo na društvenu praksu kao oblik provjere u kojoj mjeri je koncept podudaran s društvenom praksom; koje empirijske evidencije su izostavljene iz okvira koncepata, te na koji način formirati koncepte iz preostalih empirijskih evidencija;
3. objašnjenje porijekla koncepata u historijskim i materijalnim uslovima društva (Galligan, 2015: 380).

Prema Galliganu, Hartov način formiranja koncepata odgovara Weberovom metodu i on ga koristi kao način prevazilaženja rascjepa između dva metoda (Galligan, 2015: 380). Galliganov metod uključuje tri tipa ispitivanja: (1) konceptualnu analizu;

¹⁸ Opšta teorija prava Williama Twininga zahtijeva također nekoliko koraka koji obuhvataju analitički, normativni i empirijski pristup (Galligan, 2015: 377). Polje analitičkog daje fokus konstrukciji i razjašnjenju koncepata; polje normativnog bavi se vrijednostima i blisko je povezano s etikom i političkom teorijom; te empirijski pristup koji pokriva opšta pitanja u vezi s pravnim fenomenom u stvarnom svijetu te omogućava rasvjetljavanje društvenog razumijevanja prava (Galligan, 2015: 377). Sva tri pristupa treba apsorbovati u jednu metodologiju jer i sva teoretska ispitivanja uključuju sva tri (Galligan, 2015: 378). Twining optužuje Harta i Raza za potpunu izolaciju analitičke jurisprudencije od društvene teorije i empirijskih istraživanja socio-pravnih studija, mada prema Galliganu ove optužbe ne stoje u cijelosti (Galligan, 2015: 379).

(2) generalizovani opis i (3) lokalizovano razumijevanja prava (Galligan, 2015: 380). Već je u Oxfordu postala opštepoznata činjenica da je Hart bio upoznat s Weberovim djelom, a mnogo bitnije je da je Hartov metod suštinski Weberov metod (Galligan, 2015: 383). Iako njegovo ime Hart ne spominje, elementi Weberovog metoda prisutni su u Hartovom radu (Galligan, 2015: 384). Hartovo istraživanje prava kao društvenog fenomena kojeg čine društvene prakse (*social practices*) predstavljaju društvene akcije u Weberovom shvatanju (Galligan, 2015: 384). Metod vanjske perspektive i unutrašnjeg stava su suštinski dijelovi Weberovog metoda (Galligan, 2015: 384). Metod interpretativnog razumijevanja prava kao društvenog fenomena savršeno odgovara Weberovom metodi (Galligan, 2015: 385). Zbog toga Galligan smatra da razumjeti Harta kroz Weberov interpretativni metod predstavlja svježiju perspektivu kojom se razjašnjava shvatanje njegovog metoda kao “deskriptivne sociologije” i pokazuje kako analitička jurisprudencija može doprinijeti društvenom razumijevanju prava (Galligan, 2015: 383).

Weberov pristup za društveno razumijevanje značajan je iz dva razloga: (1) njegov metod je interpretativni i (2) on koristi idealne tipove (Galligan, 2015: 383). Interpretativni metod ima dvije faze: (1) konstrukciju koncepata iz društvenog djelovanja i (2) korištenje koncepata kako bi se reflektovalo na društveno djelovanje (Galligan, 2015: 383). Galligan koristi pojam “društvene prakse” kojim obuhvata i referiše na društveno djelovanje povezujući ga s pojmom značenja (Galligan, 2015: 384). Značenje društvenih praksi se pronalazi ulaskom u društveni svijet i razmatranjem šta one znače za osobe koje su uključene u njih i kako one opravdavaju ono što rade (Galligan, 2015: 384). Konstrukcija koncepata zahtijeva od posmatrača prvo da identifikuje značenja koja učesnici daju svom

djelovanju, a potom da iz toga formuliše koncept (Galligan, 2015: 386). Veza između subjektivnog značenja i koncepta je varijabilna: cilj posmatrača je da tačno obuhvati značenje koje učesnici daju svom djelovanju (Galligan, 2015: 386). No, dokle god je značenje preneseno u koncepte, mora postojati zajednički osnov između konvencionalnog vokabulara koncepta i subjektivnog značenja društvenog djelovanja (Galligan, 2015: 386). Naredni korak je analiza elemenata i jasnoće koncepta koja može dovesti do udaljavanja od realnosti (Galligan, 2015: 386). Iako su idealni tipovi/koncepti konstrukti društvene prakse, oni nisu njen opis (Galligan, 2015: 386). U trenutku konstrukcije idealnog tipa dolazi do odvajanja od društvene prakse. Iako tenzija između subjektivnog značenja i opštih koncepta ostaje neriješena, ono što je značajno jeste da su koncepti konstrukti društvene prakse: konstrukcije koja je mentalni proces različit od deskripcije (Galligan, 2015: 386–387). Dakle, kada bi se sumarno prikazalo, odnos između društvene prakse i konceptualne analize mogli bismo posmatrati kroz sljedeće faze: (1) koncepti za potrebe društvenog razumijevanja su identifikovani i apstrahovani iz društvene prakse; (2) konstruisati koncept ne znači *opisati* društvenu praksu, niti je to generalizacija iz empirijske evidencije društvene prakse, niti je to formulacija standardnog ili fokalnog slučaja društvene prakse (Galligan, 2015: 388). Koncept je ideja, konstrukcija u umu posmatrača, logički različit od društvenog fenomena koji se posmatra (Galligan, 2015: 388). Upravo na ovakav način može se pristupiti Hartovoj analitičkoj metodi (Hart, 2012; Galligan, 2015: 387). “Pravna misao” (*legal thought*) sadrži značenja prenesena prvenstveno kroz jezik državnih službenika, te manje kroz jezik građana (Galligan, 2015: 387). “Pravna misao” sadrži značenja koja državni službenici daju svom djelovanju (Galligan, 2015: 387). (3) Treća faza ogleda se u

različitim nivoima apstrakcije, zavisno od koncepta i svrhe konstrukcije; i (4) posljednja faza se ogleda u uskom vezivanju koncepta za društvenu praksu (Galligan, 2015: 388).

U konstruisanju koncepta, Hart je bio fokusiran na društvenu praksu koncentrišući se na jednu društvenu grupu: državne službenike, i njihovo razumijevanje djelovanja baziranog na pravilima (Galligan, 2015: 389). Prilikom konstrukcije koncepta, posmatrač je dužan da odluči o dvije stvari: (1) koji dio društvene prakse će izdvojiti za potrebe razmatranja i (2) nakon što je izdvojen, pronaći koncepte koji su u njima sadržani (Galligan, 2015: 389). Hart je izdvojio segment koji uključuje sudove, pravnike i druge službenike iz kojeg je pronašao koncept pravila sadržanih u njihovom djelovanju (Galligan, 2015: 389). No, drugi posmatrači mogu izdvojiti druge elemente društvene prakse i na bazi njih formulirati drugačije koncepte (Galligan, 2015: 389). Druga tačka Hartova posmatranja je da se on koncentrisao samo na jedan segment društvene prakse, i to one pravne prirode ograničavajući se na unutrašnje pravo koje je razumno razvijeno (Galligan, 2015: 389). Na kraju, potrebno je naglasiti da opstaje postojana veza između konceptualne analize i društvene prakse (Galligan, 2015: 389). Test putem kojeg se provjerava da li određeni dio društvene prakse ili neka njegova kvaliteta nisu uključeni u koncept može zahtijevati revidiranje koncepta (Galligan, 2015: 389–390). Empirijska evidencija potencijalno uvijek može biti korištena u redefinisavanju i modifikovanju koncepta (Galligan, 2015: 390). Također, potrebno je napraviti razlikovanje između idealnih tipova – koncepta, i prosječnih tipova, koji su bazirani na podacima empirijsko-statističkog karaktera i koji ne traže daljnju metodološku diskusiju (Galligan, 2015: 391). Treba imati na umu da su prosječni tipovi gradivni elementi idealnih tipova, ali nisu isti (Galligan, 2015: 391).

Ako bismo povezali pojam “zajednički elementi” pravnog sistema s pojmom “prosječni tip”, onda bi svaki pravni sistem nužno trebao posjedovati elemente *abcde* (Galligan, 2015: 391). Pronaći pravni sistem koji nema sve elemente, ili su pojedini elementi izmijenjeni ili “iskvareni”, ne vodi nužno zaključku da je koncept pogrešan (Galligan, 2015: 392). Teoretičari bi trebali razmotriti izuzetne slučajeve ili marginalne pravne sisteme, no oni nužno ne utječu na koncept (Galligan, 2015: 392). Druga faza podrazumijeva vraćanje koncepta nazad u njegov društveni kontekst kako bi se provjerilo u kojem obimu odgovara društvenoj praksi, ili nekom od njenih segmenata, i koji dijelovi ostaju neobjašnjeni (Galligan, 2015: 392). Jedan te isti fenomen može biti otvoren za različite interpretacije dozvoljavajući da jedan te isti segment prakse podržava nekoliko različitih koncepata (Galligan, 2015: 393). Akumulacija koncepata produbljuje naše razumijevanje fenomena u cjelini, iako taj proces nikada nije dovršen jer uvijek postoji mogućnost da su neka značenja propuštena zbog nekompletne evidencije ili da određene evidencije nisu opažene (Galligan, 2015: 393). Logika druge faze je jasna: od evidencije društvene prakse formiran je koncept; koncept je analiziran i definisan; potom je korišten kao okvir interpretacije kako bi se vidjelo do kojeg obima se društvena praksa uklapa u koncept (Galligan, 2015: 394). Od preostalih segmenata mogu se formirati drugi koncepti i tako dalje (Galligan, 2015: 394). Proces može ići sve dalje dokle postoje segmenti koji nisu obuhvaćeni i empirijske evidencije na kojima se treba raditi; proces koji se vjerovatno nikada neće dovršiti (Galligan, 2015: 394). Na isti način, opšti koncept pravnog sistema sastoji se iz nekolicke elemenata koji se koriste kako bi se reflektovalo na društvenu praksu prava, te kako bi se analiziralo u kojem obimu koncept podržava elemente prakse (Galligan, 2015: 394). Koncept pra-

vila mogao bi se testirati kako bi se analiziralo do kojeg stepena u različitim kontekstima sudovi, upravna tijela, regulatorne agencije odgovaraju konceptu, a koji su izostavljeni (Galligan, 2015: 394–395). Iz empirijskih studija dolaze saznanja da proces donošenja odluka ne podrazumijeva samo primjenu pravila (Galligan, 2015: 395). Iz empirijske evidencije neobjašnjenih slučajeva mogu proizaći drugi koncepti, kao što su: (a) osjećaj pravednosti i morala; (b) društvene konvencije; (c) birokratska ponašanja itd. (Galligan, 2015: 395). Upravo je ovo svrha empirijskih istraživanja: ići dublje u analizi i evidenciji društvene prakse kako bi se otkrila manje očigledna ponašanja i time stvorili koncepti bez kojih bi razumijevanje prakse bilo nepotpuno (Galligan, 2015: 395). Dakle, logika je sljedeća: uzeti primjer društvene prakse – konstruisati koncept – testirati evidenciju društvene prakse u odnosu na koncept – izolovati evidenciju koja se ne uklapa u koncept – konstruisati drugi koncept – ponavljati proces sve dokle sve evidencije na postanu predstavljene u konceptu (Galligan, 2015: 395). Iz prakse je poznato da nemaju svi pravni sistemi sve elemente *abcde* (Galligan, 2015: 396). Generalizovana deskripcija implicitno priznaje da empirijski podaci mogu pokazati izuzetke (Galligan, 2015: 396). Promovisati deskripciju izabranih elemenata pravnog poretka u nužnu istinu ili opšti zaključak u vezi s pravnim sistemima je uobičajena greška (Galligan, 2015: 396). No, koncept *abcde* baziran je na evidenciji da zreo pravni sistem uobičajeno, standardno i normalno sadrži navedene elemente (Galligan, 2015: 397). Ovaj koncept ima dualnu prirodu: (1) formirati elemente deskripcije standardnog slučaja i (2) formirati opšti koncept prava ili pravnog sistema (Galligan, 2015: 397). Prvi je formiran na empirijskoj evidenciji da postoji određeni pravni sistem, dok je drugi konstrukcija na bazi koncepta koji ima osnovu u društvenoj praksi, ali ne nužno i empirijsku evidenciju (Galli-

gan, 2015: 397). Na ovakav način se mogu formirati klasteri koncepata u okviru kojih svaki klaster obuhvata jedan standardni tip pravnog sistema *abcde* (Galligan, 2015: 397). Iz širokog obima društvene prakse u vezi s pravom, možemo zamisliti koncepte *abcdefg*, u okviru kojih koncept *abcde* formira pravni sistem X; koncept *abcfg* tip pravnog sistema Y; koncept *acdfg* koncept Z, gdje su koncepti X, Y i Z zreli, tradicionalni i neformalni pravni sistemi (Galligan, 2015: 397).

Konačno, posljednja III faza, čije obrise Galligan samo skicira, podrazumijevala bi stavljanje koncepata u kontekst društvenih i materijalnih uslova. Pojedinci i grupe razumijevaju i doživljavaju život vođeni društvenim konvencijama i ograničeni društvenim pritiskom (Galligan, 2015: 399). Svakodnevni život prolazi kroz mrežu društvenih sfera koje stvaraju kontekste značenja, interpretacije i doživljaje segmenata života (Galligan, 2015: 399). One imaju različitu gustinu i značaj za pojedince i grupe, vršeći jači ili slabiji intenzitet utjecaja; preklapajući se, djelomično u tenziji a djelomično kompatibilne jedne s drugim (Galligan, 2015: 399). Društvene sfere generišu značenja koja opet vode društveno djelovanje, odnosno društvene prakse, dok u isto vrijeme djelovanje učvršćava značenje (Galligan, 2015: 399). Ovo je prirodno sljedeći korak istraživanja.

IV dio
Naturalizacija pravila priznanja

Jedan pogled ka eksperimentalnoj filozofiji prava

Bez namjere da prikazem dosadašnji razvoj u oblasti eksperimentalne filozofije prava, u zborniku radova pod nazivom *Napredak u eksperimentalnoj filozofiji prava* (2023)¹⁹ filozofi prava i psiholozi uzeli su u razmatranje korištenje empirijskih metoda kao način da informišu o pitanjima i debatama u okviru filozofije prava. Dat je pregled u odnosu na dosadašnji razvoj empirijskih istraživanja u pravu, daljnji mogući razvoj te utjecaj eksperimentalne filozofije prava na neka od pitanja koja su u fokusu filozofije prava. U svom članku *Eksperimentalni pristupi u opštoj teoriji prava* Raff Donelson piše da eksperimentalna jurisprudencija obuhvata skup različitih pitanja vezanih za pravni pristanak, značenje pravnih tekstova, prava kao takvog i drugih oblasti (Donelson, 2022: 1). Ono što ujedinjuje sve ove napore je stav da bismo mogli doći do boljeg razumijevanja pravnih koncepata korištenjem empirijskih tehnika društvenih nauka, a posebno eksperimentalne kognitivne psihologije (Donelson, 2022: 1). Opšta teorija prava ima za cilj da istraži pravo kao takvo na najapstraktnijem nivou i fokusira se na koncepte kao što su: *pravni sistem*, *pravna norma* i *pravo* (Donelson, 2022: 1). Pored toga, mogu se istraživati i druga pitanja kao što su: kako predvidjeti djelovanje suda; koji je najbolji način za tumačenje ustavnog teksta; kako ljudi primjenjuju koncepte iz perspektive drugih pravnih tradicija; šta podrazumijeva koncept *razumne osobe* u *common law* sistemima (Donelson, 2022: 1). Treba imati u vidu da pitanja koja opterećuju opštu teoriju prava nisu u fokusu empirijski orijentisanih pravnika (Donelson, 2022: 2). Pored toga, zajednice teoretičara prava i praktičari razlikuju se u tome koliko prihvataju ideju da em-

19 Advances in Experimental Philosophy of Law.

pirijski rad može biti od koristi u diskusiji o nekim pravnim pitanjima (Donelson, 2022: 2). Filozofi prava su izgleda oni koji su najviše neprijateljski orijentisani smatrajući da je opšta teorija prava filozofska disciplina te da ona kao takva nema koristi od empirijskog istraživanja (Donelson, 2022: 2). Upravo Raff Donelson smatra da filozofija prava, odnosno opšta teorija prava, može imati koristi od eksperimentalne jurisprudencije (Donelson, 2022: 2). Značaj eksperimentalne jurisprudencije ogleđa se ne samo u tome što informiše o rezultatima svojih istraživanja, već daje i argumente zašto su ti rezultati značajni u razgovoru u nekoj *metadebati* u okvirima analitičke jurisprudencije (Donelson, 2022: 7). Značajno je da se u ovoj *metadebati* može doći do zaključka da neki rezultati eksperimentalne jurisprudencije nisu od značaja za analitički pogled (Donelson, 2022: 7). Eksperimentalna istraživanja upravo bi pomogla filozofiji prava da od *pretpostavljanja* krene ka *spoznaji* i *znanju* o nekim pitanjima filozofije prava. Također, eksperimenti i empirijski nalazi mogu imati i direktnog (a ne samo meta) utjecaja na analitičku jurisprudenciju (Donelson, 2022: 7). Pošto je eksperimentalna filozofija prava dio eksperimentalne filozofije, neke metode i tipologije trebaju se prilagoditi (Donelson, 2022: 7). U tom smislu, možemo imati sljedeće pristupe i u okviru eksperimentalne filozofije prava i to: (1) *eksperimentalna analiza* (*experimental analysis*); (2) *eksperimentalni deskriptivizam* (*experimental descriptivism*) i (3) *eksperimentalni restriktivizam* (*experimental restrictionism*) (Donelson, 2022: 8–16). Prvi pristup podrazumijeva ispitivanja koja imaju za cilj da u kontrolisanom i sistematičnom okviru istraže koje intuicije “obični građani” uobičajeno izražavaju u odnosu na neki filozofski koncept ili pitanje (Donelson, 2022: 8). Ukoliko bismo ovaj pristup prilagodili i eksperimentalnoj jurisprudenciji, to bi onda uključivalo i ispitivanje intuicije koju imaju filozo-

fi, pravnici eksperti ili sudije u odnosu na neka pravno-filozofska pitanja ili koncepte (Donelson, 2022: 8). Drugi pristup podrazumijeva rad putem kojeg će se bolje razumjeti priroda temeljnih psiholoških procesa i kognitivnih mehanizama koji proizvode naše intuicije u vezi s određenim filozofskim pitanjima (Donelson, 2022: 11). Prema ovoj tipologiji, ukoliko su ispitivači “nekompetentni” korisnici koncepta koji se istražuje; ukoliko ne odgovaraju pod idealnim uslovima ili ukoliko pragmatičke a ne semantičke okolnosti utječu na ispitivača, onda takvi odgovori mogu imati male epistemičke vrijednosti (Donelson, 2022: 11–12). U tom smislu, eksperimentalni deskriptivizam nam može pomoći u otkrivanju koji odgovori su dobar izvor za razjašnjenje koncepta (Donelson, 2022: 12). Jedan očigledan primjer eksperimentalnog deskriptivizma u jurisprudenciji pokazao je probleme u formiranju intuicije: ispitujući “obične građane” došlo se do nečega što na prvi pogled izgleda kao kontradikcija: pravne norme treba da ispune kriterij pravne validnosti da bi bile pravne norme, a da pravne norme koje se smatraju obavezujućim upravo ne ispunjavaju taj kriterij (Donelson, 2022: 12). Prema jednoj opciji, ovaj odgovor se treba odbaciti (Donelson, 2022: 12). Prema drugoj, “obični građani” posmatraju pravo kao dualni koncept, i to kao fenomen koji ispunjava kriterije pravne validnosti i fenomen kojeg građani konvencionalno prepoznaju kao pravno validan (Donelson, 2022: 13). I treća tipologija, eksperimentalni redukcionizam, ima za cilj da dokaže da su određeni metodi i tehnike, koje filozofi koji rade u okvirima analitičke tradicije uzimaju zdravo za gotovo i apriorno, ugroženi empirijskim dokazima koji pokazuju kako različitost tako i nepouzdanost intuicija “običnog čovjeka” (Donelson, 2022: 14). U svijetu analitičke jurisprudencije malo je urađeno na ovom polju (Donelson, 2022: 14). Priel je možda najbliži ovom pristupu koji iznosi tezu da ne

postoji *jedan jedinstveni pojam prava* (Donelson, 2022: 14). Ovaj stav je baziran na dva kontroverzna stava: prvi je empirijska tvrdnja da ljudi iz SAD-a i ljudi iz UK-a imaju različite ideje o tome šta je koncept prava (Donelson, 2022: 14). Druga premisa njegovog argumenta je više metafizičkog karaktera i tvrdi da koncept prava, ontološki gledajući, ovisi o ideji koju ljudi imaju o njemu (Donelson, 2022: 15).

Kako je područje eksperimentalne filozofije prava relativno novo i ne postoji mnogo članaka iz ove oblasti, još uvijek se ne može utvrditi kolika je relevantnost ovog pristupa, ukazati na određene nedostatke te dati kritika. No, izgleda, da ovaj pristup ima potencijala da potvrdi ili odbaci određene intuitivne stavove utemeljene u analitičkoj filozofiji prava. Eksperimentalna filozofija prava sa svojim metodama pokazuje da analitička filozofija prava ima prostora i za druge metode pronalaska istina (Donelson, 2022: 20), posebno što su određene tvrdnje analitičke filozofije prava *upravo empirijske tvrdnje* u odnosu na proliferacije koncepta prava (Donelson, 2022: 20). Iako ih je malo, kritike koje se mogu uputiti tiču se samog projekta koji se fokusira na istraživanje intuicije “običnog čovjeka” ili korištenje anketa kao primarnih izvora s kojima eksperimentalni projekti rade (Donelson, 2022: 21). Postoje situacije u kojima će biti potrebno da intuicije eksperata budu u fokusu u odnosu na stavove “običnog čovjeka” (Donelson, 2022: 21). Postojat će određeni eksperimenti za koje su ankete nepouzdana, a da su drugi metodi, bilo da su empirijski ili neempirijski, pouzdaniji kao način istraživanja određenog fenomena (Donelson, 2022: 21). No, to će zavisiti i od same prirode fenomena i inklinacija svakog do istraživača. Bez obzira na kritike, ideja naturalizacije prava, i to kroz korištenje metoda eksperimentalne filozofije, već pokazuje i svoju aplikativnu stranu. Od daljnjih

istraživanja zavisit će i stepen njenog utjecaja na analitičku filozofiju prava, tj. na njen daljnji razvoj, širenje metodološkog pristupa i (re)konceptualizaciju kategorija s kojima operiše.

Naturalizacija pravila priznanja

Argument za mogući prostor naturalizacije pravila priznanja kreće od pozitivnopravnog argumenta, poznatog i kao “teza od društvenom karakteru izvora prava” (*social thesis*), koja kaže da ono što se smatra pravom u bilo kojem društvu je fundamentalno stvar *društvene činjenice*. Ona se može interpretirati na način da uspostavlja uslove za postojanje pravila priznanja, ali isto tako može uspostaviti ograničenja u pogledu sadržaja za test pravne validnosti. Na pitanje “šta je pravo?” može biti odgovoreno i na način “sve ono što zadovoljava društveno pravilo – pravilo priznanja” datog pravnog sistema. Prethodna izlaganja pokazala su prostore moguće naturalizacije koja se, iz tradicije američkog pravnog realizma, najviše fokusiraju na sudijsko presuđivanje i to najvećim dijelom kroz “zamjenski” naturalizam. Pored toga, realistička teorija prava pokazala je podesnim korištenje analitičkog pristupa, intuitivno postavljenog, kao solidnog okvira za empirijsku provjeru.

Na ovom mjestu potrebno nam je bliže određenje strukture pravila priznanja. Djelimično prema kasnijim stajalištima iznesenim u *Postscriptumu* (Hart), a detaljnije razvijenim kroz koncept pravnog konvencionalizma u radu Andreija Marmora, pravilo priznanja je društvena konvencija. Bez obzira na činjenicu sporenja da li je pravilo priznanja koordinacijska ili konstitutivna konvencija, izgleda da postoji opšta saglasnost da je ono ipak *konvencija*. Ovo stajalište je bazirano u opšteprihva-

ćenom stavu da je pravilo priznanja društvena činjenica. Pored toga, mišljenje prema kojem se pravilo priznanja posmatra kao konstitutivna konvencija izgleda da je dobilo opštu saglasnost u teoriji pravnog konvencionalizma (Ramírez-Ludeña i Vilajosana, 2019). Ja ga također u svom radu intuitivno prihvatam kao dobro zasnovan okvir za razumijevanje društvenog utemeljenja izvora prava. I to je put kojim bi se trebalo kretati: od analitičkog okvira ka empirijskoj provjeri i nazad. Ukoliko je pravilo priznanja konstitutivna konvencija, onda ono konceptualno treba da ispunjava određene kriterije. U radu Andreja Marmora postavljeni su sljedeći kriteriji:

1. postoji grupa osoba P koje uobičajeno prate pravilo R_r u okolnostima C ;
2. postoji skup ili set razloga A za članove grupe P da prate pravilo R_r u okolnostima C ;
3. postoji barem još jedan set pravila S_r koja, ako bi populacija P pratila u okolnostima C , tada bi set razloga A bio dovoljan za članove P da prate pravilo S_r umjesto pravila R_s u okolnostima C , te barem djelimično zbog toga što se pravilo S_r generalno više prati neko pravilo R_r .
4. Pravila R_r i S_r su takve prirode da je nemoguće i besmisleno da se prate oba istovremeno u okolnostima C .

Iz ovog analitičkog okvira možemo izdvojiti dvije karakteristike ili elementa koji bi bili podesni za empirijsku provjeru: (1) element postojanja grupe osoba P koje uobičajeno prate pravilo R_r u okolnostima C (*vanjski okvir posmatranja*) i (2) skup ili set razloga koji se mogu klasifikovati kao A zbog kojih članovi grupe P prate pravilo R_r u okolnostima C (*unutrašnje posmatranje*). Ostala dva uslova vežu se za činjenicu da su pravila društvene konstrukcije i više su vezana za njihovu prirodu. Prvi

i drugi element mogu se promatrati kroz kombinaciju bihevi-oralno-interpretativnog metoda ili kroz Weberov interpretativizam predstavljen u Galliganovom radu, odnosno kroz utvrđivanje određene pravilnosti, ali i razloga zbog kojih se ljudi određene grupe pridržavaju nekog pravila. Razlozi mogu biti različiti i određenje njihovog sadržaja zavisit će od svakog pravnog konteksta (npr. prihvatanje, indiferentnost, bojazan od sankcije i sl.). Pored toga, postoje opravdani razlozi da će se zbog toga ispunjavati dubinske konvencije (npr. ideja mira, stabilnosti, sigurnosti i sl.). Ovim se ispunjavaju uslovi koordinacije aktivnosti između aktera određene društvene prakse. No, da bismo iz širokog spektra društvenih praksi izdvojili onaj koji se odnosi na pravo (države), potrebno je nastaviti dalje kroz pojam konstitutivnih konvencija. Kako nam i Marmor u tome pomaže, upravo se kroz ideju *konstituisanja* konvencionalno određuju određene osobe kao sudionici određene društvene prakse. Ukoliko bismo se okrenuli ka društvenoj praksi koja utemeljuje pravo, određuje šta je pravo, primjenjuje pravo i mijenja ga, trebali bismo biti u mogućnosti pronaći aktere kao što su: (1) državni službenici; (2) parlamentarci; (3) sudije; (4) državni službenici i drugi sudionici koji bi se mogli identifikovati kao dijelovi društvene (državne) prakse. Naredni korak vratio bi nas ispunjavanju prva dva kriterija: (1) postojanju društvenog pravila koje se uobičajeno prati i (2) razloga da se prati pravila, to jest društvenoj konvenciji putem koje se određuje polje validnosti i kriterij razdvajanja pravnog normativnog sistema (prava države) u odnosu na njemu slične pravne fenomene.

Ako smo prihvatili tvrdnju da su pravila priznanja konstitutivne konvencije i u svojoj prirodi društvena pravila koja treba da ispunjavaju određene kriterije, na koji način možemo posmatrati ona pravila koja su kodifikovana, bilo kroz ustav

ili zakon? Da li smo time izgubili “društvenu” i “konvencionalnu” prirodu pravila koja je sada postala normativna i institucionalna? Prema mom mišljenju, ne. Njena kodifikacija i institucionalizacija nije utjecala na činjenicu da je ona i dalje pravilo putem kojeg se određuje šta je pravo a šta nije u datom pravnom sistemu, te nije nužno ona koja se logički veže na prethodnu normu. Ukoliko se logički ne izvodi iz prethodne norme, njeno utemeljenje može biti jedino u društvenoj činjenici. Jer ukoliko je prva, ne postoji ranija na koju bi se ona logički vezala. Dakle, ona je možda manifestno institucionalizovana i kodifikovana, ali u svojoj prirodi je i dalje društvena norma. Pored toga, pravilo priznanja/konstitutivne konvencije su konstrukcije seta pravila povezanih u sistem, pravila putem kojih mi prvo *konstituišemo* lica i organe, te utvrđujemo pravila putem kojih se nešto određuje kao pravo ili ne. U tom sistemu pravila, neka mogu biti kodifikovana ali većina nije. Npr., društvena konvencija da se sudska praksa koristi kao izvor prava je nešto što nije kodifikovano (barem ne u kontinentalnom pravnom sistemu). Kodifikacija pravila priznanja putem kojeg mi određujemo da li je nešto pravo ili nije, samo je prvi korak u mapiranju mjesta izvora prava. Empirijski gledajući, to je pretpostavka i istraživačko pitanje. Normativno gledajući, to je kodifikovano pravilo, ali samo jedan njegov dio. Ako, recimo, pravilo glasi “zakon je usvojen ukoliko ga je većinom glasova usvojila skupština narodnih poslanika”, mi još uvijek nismo došli do potpunog određenja onoga što je pravilo priznanja. Ako prihvatamo da je pravilo priznanja društvena konvencija, ona nikako u cijelosti ne može biti kodifikovana. Ustavna norma koja određuje postupak donošenja zakona je samo moguća pretpostavka sadržaja konstitutivne konvencije. U konstrukciji, istraživanju i provjeri onoga što je pravilo priznanja mi moramo istražiti sve one elemente koji

su nam konceptualno određeni. Kako saznajemo iz Galliganovog pristupa, koncepte možemo spoznati i iz same društvene prakse. Upravo ovdje govorimo o jednom dijalektičkom putu realističke teorije prava: od analitičkog okvira ka empiriji i nazad, odnosno od analitičkog okvira konstitutivnih konvencija ka empirijskom utemeljenju, te povratku ka analitičkom okviru u svrhu provjere i razumijevanja.

Ukoliko bismo krenuli ka analizi izvora prava u jednom pravnom sistemu, prvo treba da odbacimo esencijalizam analitičke jurisprudencije i krenemo s idejom da je pravo sve ono što se konvencionalno naziva pravom. U mapiranju društvene prakse koja se naziva pravom bit ćemo u prilici da identifikujemo fenomene kao što su: pravo države, pravo zajednice, religijsko pravo, običajno pravo i sl. Naredni korak podrazumijevao bi primjenu analitičkog okvira postavljenog kroz koncept konstitutivnih konvencija. Ta primjena podrazumijevala bi pronalazak empirijskog utemeljenja i to kroz ideju naturalizacije (bilo kroz “zamjenski” naturalizam, bilo kroz metodologiju eksperimentalne filozofije ili korištenja već postojećih rezultata društvenih nauka). Jer, da bismo, kao što sam na većini mjesta tvrdio u ovom radu, pronašli pravilo priznanja, ono treba da bude dio konvencionalne društvene prakse koja se manifestuje prvo kroz identifikovanje učesnika, vanjskog pravila ponašanja te unutrašnjeg stava/razloga za praćenje tog pravila. Posljednji korak podrazumijeva primjenu Galliganovog metodološkog okvira (modifikovanog Weberovog pristupa) i to sumarno kroz sljedeći korak: (I) identifikovanje koncepata impliciranih u društvenoj praksi; (II) upotrebu koncepata kako bi se reflektovali na društvenu praksu kao oblik provjere u kojoj mjeri je koncept podudaran s društvenom praksom; koje empirijske evidencije su izostavljene iz okvira koncepata, te na koji

način formirati koncepte iz preostalih empirijskih evidencija; (III) objašnjenje porijekla koncepata u historijskim i materijalnim uslovima društva. U odnosu na pravilo priznanja, mi smo već identifikovali koncept pravila priznanja kao dio društvene prakse i naš naredni korak podrazumijevao bi određenje koliko taj koncept reflektuje društvenu praksu identifikovanja izvora prava. Dakle, mi se krećemo od analitičkog ka empirijskom i refleksija empirijskog u odnosu na postavljeni analitički okvir, te koncepata pravila priznanja koje treba formirati iz preostale empirijske evidencije. U ovom smislu, pretpostavka je da bi se time formirao set pravila koja formiraju društvenu praksu identifikovanja prepoznavanja izvora prava koji, ali ne i nužno, mogu biti povezani ali mogu biti i u konkurirajućem odnosu. Pored toga, potencijalno bi se mogle identifikovati društvene prakse koje ne uključuju konvencionalno određene aktere, ali pozadinski utječu na određenje šta je pravo datog pravnog sistema (npr. dubinske konvencije). Korake daljnje analize detaljnije sam predstavio kroz Galliganov metodološki put i na ovom mjestu se neću detaljnije baviti tom analizom. Primjenom četiri koraka ili postupka, bilo jasno metodološki određenom bilo kao inspiracija (vidi dalje u tekstu), došli bismo do sadržaja pravila priznanja i time potvrdili njegovo utemeljenje kao društvene činjenice.

Mapiranje koraka u analizi i konstrukciji pravila priznanja

Da bismo došli do sadržaja pravila priznanja, potrebno je, prema mom shvatanju, preduzeti par koraka. Ti koraci su (ne nužno i ovim redom):

1. Neesencijalizovano shvatanje prava ili neesencijalizovani sociološko-pravni pozitivizam koji nam uklanja sve “nužne” elemente prava, kako ne bismo došli u zabludu da iz parohijalnog i jedinstvenog koncepta prava formiramo ideju prava i posljedično ideju pravne validnosti. Pravo je sve ono što ljudi konvencionalno imenuju pravom. Spušteno na nivo pravila priznanja, pravo je sve ono što relevantni učesnici (sudije, parlamentarci, državni službenici) konvencionalno imenuju kao pravo. Iako uklanja esencijalizam iz svog koncepta, ostaje vjeran konvencionalnom pristupu kao metodi.
2. Naturalizacija pravila priznanja kroz “zamjenski naturalizam”, eksperimentalnu filozofiju prava ili način korištenja empirijskih podataka iz društvenih nauka, ne predstavlja jasno definisan metodološki put kako da kroz naturalizaciju prava, tj. kroz empirijsku provjeru, dođemo do saznanja o tome šta je to pravilo priznanja u određenoj jurisdikciji. Ideja da, bilo kroz supstancijalni ili zamjenski naturalizam ili putem eksperimentalne filozofije prava, dođemo do određenih saznanja o pravu i pravilu priznanja je samo ideja koja još traži daljnje metodološke razrade. Posljednji radovi u oblasti eksperimentalne filozofije prava više su usmjereni na koncepte intuicije i pristupi su iz oblasti kognitivne psihologije. Za oblast naturalizacije pravila priznanja

potreban nam je kombinovani bihevioralno-interpretativni pristup koji će biti u stanju da utvrdi pravilo ponašanja (vanjski aspekt) i razloge zašto se ljudi upravo ponašaju u skladu s pravilom priznanja kao kriterijem pravne validnosti (unutrašnji aspekt). U tom smislu, potrebno je dalje razvijati metodološke pristupe, a posebno one u okviru eksperimentalne filozofije.

3. Primjena analitičkog okvira uspostavljenog kroz konstitutivne konvencije predstavlja podesan model utvrđivanja izvora prava u okviru teorije pravnog konvencionalizma. Upravo konstitutivne konvencije postavljaju tri značajna uslova: (a) konvencionalno određivanje učesnika društvene prakse; (b) postojanje pravila koje se uobičajeno poštuje od strane određene grupe osoba; (c) postojanje razloga zbog kojih osobe određene grupe poštuju pravilo. Drugi uslovi tiču se ideje pravila kao konstrukcije i njegove društvene uslovljenosti. Ukoliko prihvatimo prijedlog određenih filozofa prava, kroz već postavljeni analitički okvir možemo krenuti ka empirijskoj provjeri.
4. Stvaranje koncepta iz društvene prakse, provjera koncepta, rekonceptualizacija i odnos prema društvenom kontekstu je konačni put definisanja koncepta na bazi društvene prakse. Intuitivno možemo pretpostaviti da bismo iz društvene prakse koja utvrđuje šta je pravo a šta nije mogli konstruisati elemente konstitutivnih konvencija. No, daljnji put koji Galligan predlaže jeste refleksija formiranog koncepta u odnosu na društvenu praksu, tj. koliko možemo razumjeti društvenu praksu na osnovu postavljenog koncepta.

Pravilo priznanja u komparativnom (ustavnom) pravu²⁰

Pojedini autori tvrde da nam komparativna analiza prava može pomoći u određenju generalnog stava o tome šta je pravo (države) i koji su sve oblici u kojima se pravo potencijalno manifestuje u različitim društvenim kontekstima. Ono što nam komparativna perspektiva daje jeste i spoznaja da ne možemo govoriti o definiciji prava, već jedino o izvorima prava, odnosno o pravilima koja utvrđuju šta je a šta nije pravo u jednom društvenom kontekstu. Naravno, fokus je na pravu države. U tom smislu i sljedeći dijelovi posvećeni su komparativnoj perspektivi. Upravo nam izvori prava koriste kako bismo odvojili prostor prava od prostora ne-prava (Vogenauer, 2008: 870). Pojam “izvor prava” često se razumije na način da uključuje i koncept obaveznosti i autoriteta (precedent, akt parlamenta, ustav i sl., mogu se smatrati izvorom prava [Vogenauer, 2008: 877–879]). U tom smislu, jedino norma koja proizlazi iz validnog izvora prava može se smatrati pravnom normom (Vogenauer, 2008: 870). No, u jednom pravnom sistemu izvori prava ne ograničavaju se samo na formalne izvore (Vogenauer, 2007: 870). Pozitivno pravo je rezultat usklađivanja između nadležnih institucija koje (1) primjenjuju pravo i (2) tumače ga (Vogenauer, 2008: 870). Iz komparativnopravne perspektive nemoguće je istraživati pravo bez saznanja o (1) priznatim izvorima prava i (2) preovlađujućim metodologijama u različitim pravnim sistemima, koji se manifestuju kroz distinktivan model pravnog razmišljanja, historijski razvoj i sl. (Vogenauer, 2008: 871–872). Ovaj aspekt nam daje dovoljno argumenata da kroz koncept društvenih konvencija posmatramo pravilo priznanja, te da ga u analizi usmjerimo u pravcu naturalizacije.

²⁰ Ovaj dio detaljnije je obrađen u odrednici “Pravo” za Max Planck Enciklopediju komparativnog ustavnog prava koja u vrijeme pisanja ovog teksta još uvijek nije objavljena (20. 1. 2023. godine).

Priznanje nekog izvora prava kao takvog i razlozi su u fundamentu konvencionalnog određenja pravila priznanja. Pronalazak pravne norme za određeni pravni problem treba da uzme u obzir ideju prava u datom pravnom sistemu i kako je “pravo” konstituisano putem pravnih izvora kroz način njegove primjene i tumačenje u datom pravnom sistemu (Vogenauer, 2008: 872). U pravnim sistemima, u kojima je ideja obaveznosti i autoriteta integralni dio definicije pojma “izvori prava”, prihvaćena je uža koncepcija prava dominantna u pozitivističkom diskursu (Vogenauer, 2008: 879). Šira perspektiva prihvaćena je u pravnim sistemima s jakom prirodnopravnom ili nekom drugom nepozitivističkom tradicijom (Vogenauer, 2008: 879). Pojam “izvora prava” koristi se da odgovori na nekoliko pitanja i to: (1) Ko stvara pravo? (2) Kako je pravo kreirano? (3) Koji se faktori trebaju uzeti u razmatranje prilikom stvaranja prava? (4) Koji su rezultati i produkti procesa stvaranja prava? (5) Korištenjem kojih dokumenata to saznajemo? (Vogenauer, 2008: 879–880). Jedan od načina na koji možemo da odgovorimo na ovo pitanje je da posmatramo pravilo priznanja kroz koncept konstitutivnih konvencija.

U komparativnom ustavnom pravu, “pravo” je determinisano kroz: (1) utvrđene izvore prava (tj. kroz nacionalne ustave; kroz statute supranacionalnih sudskih i kvazisudskih tijela); (2) uspostavljanjem tijela – ustavnih i vrhovnih sudova – nadležnih za konačno tumačenje i primjenu prava, te kroz ocjenu njihove validnosti; (3) uspostavljanjem kriterija/pravila putem kojeg neka norma postaje pravnom normom (procedure utvrđene u nacionalnim parlamentima, promulgacija od strane šefa države, objavljivanje u službenom glasniku i sl.); (4) prihvaćenim metodama primjene i tumačenja prava i (5) prihvaćenim teoretskim i pravnim konceptom prava, pravnog sistema i izvora prava. Dakle, neki ustavi jasno utvrđuju koji su to

legitimni i pravno valjani izvori prava (npr. član 11 Ustava Gane), dok neki ustavi utvrđuju koji postupci i radnje ne generišu pravo (npr. Ustav Republike Francuske). Pored toga, neki ustavi predviđaju i metappravne kriterije kao osnovu validnosti. U tom smislu, u članu 2. Ustava Iraka predviđa se da je islam službena religija te da pravne norme ne smiju biti u suprotnosti s normama te religije. Postoje i pravni sistemi kojima su uspostavljene institucije koje naknadno ispituju validnost pravne norme kroz vrhovne i ustavne sudove (pogledati član 121. Ustava Afganistana). No, kod većine pravnih sistema, izvori prava su fragmentarni i nesistematizovani te ne sadrže eksplicitne norme kojima se utvrđuju izvori prava (Vogenauer, 2008: 882). U tom smislu, davanje odgovora na pitanje šta je to pravo veže se na prihvaćene teorije o pravnim izvorima u datom pravnom sistemu (Vogenauer, 2008: 882). Opšta teorija prava Hansa Kelsena pretpostavlja da svaki pravni sistem posjeduje određenu osnovnu normu putem koje se uspostavljaju pravni sistem i kriterij pravne validnosti ili da pravo proizlazi iz jedne ili više normi pravila priznanja (Herbert Hart) putem kojih pravnici identifikuju šta je pravo. Te su norme obično kodifikovane u okviru ustavnog teksta, no također može se desiti da se one nalaze u različitim ustavnim izvorima. U konačnici, to je pravilo priznanja shvaćeno kao društvena konvencija čiji pojedini dijelovi mogu biti kodifikovani, dok se drugi moraju utvrditi kao dijelovi konvencionalne društvene prakse.

Umjesto zaključka: o realističkoj teoriji prava

Iako nije opšteprihvaćen, koncept realističke teorije prava na najbolji način oslikava filozofski i teoretski put teorije prava koja je utemeljena u društvenim i prirodnim naukama, ali je u isto vrijeme i refleksija društvene prakse. Iako se za praktično i teorijsko usmjerenje empirijski orijentisane teorije prava koriste različita terminološka određenja, naziv “realistička teorija prava” je optimalan. Ona ukazuje na temelje i na tradiciju (američkog) pravnog realizma kao kritike tada dominantne formalističke teorije pravnog pozitivizma od kuda ona vuče svoje porijeklo. Pored toga, posmatra pravni realizam kao metodološki put koji ima za cilj da empirijski provjeri dijelove prava koje je moguće društveno utemeljiti, kao što su pravila priznanja, pitanja efikasnosti prava ili jednog realističkog pristupa teoriji sudijskog presuđivanja. Ovo terminološko određenje daje nam prostor za uvođenje metodološkog puta naturalizacije u pravu, bilo kroz zamjenski naturalizam ili kroz uvođenje eksperimentalne filozofije. U konačnici, čini je primarno teorijskopravnom i filozofskopravnom disciplinom koja kreće od Hartovog koncepta prava, dalje ga teoretski razvija i širi kroz pravni konvencionalizam i mapira prostore koji se u okviru tako proširenog koncepta mogu analizirati u kontinuitetu s društvenim i prirodnim naukama. Za uspješnost projekta naturalizacije u pravu i realističke teorije prava potrebni su inter- i multidisciplinarni pristup i saradnja kako bi se ipak i još uvijek intuitivne tvrdnje realističke teorije prava mogle provjeravati kroz eksperimente i empirijska istraživanja.

U svojoj knjizi objavljenoj 2017. godine pod nazivom *A Realistic Theory of Law*, Tamanaha upravo koristi terminološko određenje realistička teorija prava za empirijski utemeljenu,

inspirisanu i orijentisanu teoriju prava. U svojim zaključnim razmatranjima daje nekoliko prijedloga za realističku teoriju prava. Ovo su neka od njih koje i ja smatram relevantnim za realističku teoriju prava i sasvim su podesna za zaključak u oglecima o realističkoj teoriji prava. Prema Tamanahi, pravo je sve ono što društvena grupa konvencionalno imenuje kao “pravo” (Tamanaha, 2017: 194). Pored prava države, drugi fenomeni koji se konvencionalno određuju kao pravo su i običajno pravo, religijsko pravo, prirodno pravo, međunarodno pravo i druge forme transnacionalnog prava (Tamanaha, 2017: 194). U zapadnoj tradiciji već duže vrijeme koncept prava veže se za elemente koji uključuju: (1) fundamentalna pravila društvene interakcije, imovinska prava, lične povrede, prava obligacije, kontrolu rada, te prava i obaveze vezane za porodicu i djecu; (2) institucionalizovani sistem pravila upravljani od strane političke zajednice i podržani prinudom i (3) pravdu, pravičnost i pravo (Tamanaha, 2017: 194). Konvencionalna identifikacija prava uobičajeno se veže za fenomene koji sadrže jednu ili više od ove tri karakteristike (Tamanaha, 2017: 194). Pošto su ove karakteristike značajni elementi u identifikaciji prava i imaju svoju težinu, teško da će se konvencionalno odrediti neki novi fenomeni kao pravni (Tamanaha, 2017: 194). Oni su iz perspektive sociološkog pravnog evolucionizma postali stabilni koncepti društvene prakse. Pored toga, oblici prava konstituisali su se i razvijali u odnosu s okolnostima koje su ga okruživale i to kroz formiranje širokih društvenih grupa do formiranja država i korištenja prava kao multifunkcionalnog sredstva za ostvarivanje društvenih ciljeva (Tamanaha, 2017: 194). Prirodne nužnosti koje su svojstvene ljudima, potrebe i tendencije u okviru društvenih grupa, izgleda da stoje u osnovi fundamentalnih aspekata prava (Tamanaha, 2017: 195). Naučna istraživanja ovog stava i dalje su nedovoljna za njegovu

potvrdu tako da su ove tvrdnje i dalje spekulativne (Tamanaha, 2017: 195). No, ipak, određenje namjerne povrede nečijeg tjelesnog integriteta ili oduzimanje nečije imovine smatra pogrešnom pretpostavku o postojanju prirodne, naturalističke osnove za ova osnovna pravila društvene interakcije (Tamanaha, 2017: 195). Druga karakteristika koja se doima prirodnom jeste nužna potreba širokih grupa da koriste hijerarhijski uređene organizacije kako bi uspjele upravljati saradnjom i konfliktima koje efikasnije djeluju kada su podržane prinudom (Tamanaha, 2017: 195). Treća prirodna potreba univerzalno se provlači kroz društvene grupe i vezana je za jak osjećaj pravde i pravičnosti (Tamanaha, 2017: 195). Sve forme prava koje djeluju u okviru društvene grupe, djeluju uporedo i zavisno od drugih normi, pravila, institucija i oblika upravljanja kao što su: običaji, moral, navike, prakse, institucionalne strukture, jezik i zajedničke koncepcije i ideologije (Tamanaha, 2017: 196). Formalne pravne institucije su pod utjecajem i oslanjaju se na podržavajuća društvena uvjerenja i institucije (Tamanaha, 2017: 196). Posebna pažnja treba biti posvećena tim nivoima društvenog prepoznavanja prava (Tamanaha, 2017: 196). Prvi nivo konvencionalnog prepoznavanja zajednice odnosi se na postojanje pravila kao što su imovinska prava, pravo na brak i sl. (Tamanaha, 2017: 196). Konvencionalno organizovana uvjerenja i djelovanja usmjerena prema tim pravilima čine ih stvarnim (Tamanaha, 2017: 196). Ovo je način na koji običajno pravo djeluje i to kroz prepoznavanje u okviru zajednice bez obzira na nedostatak organizovanog pravnog sistema (Tamanaha, 2017: 196). Drugi nivo konvencionalnog prepoznavanja odnosi se na pravne/državne službenike, tj. prepoznavanje da određene osobe ili pozicije posjeduju pravni autoritet da stvaraju, nametnu ili primijene pravne norme (Tamanaha, 2017: 196). I treći nivo, koji proizlazi iz drugog, jest

kada državni službenici prepoznaju ono što se smatra pravno validnom normom i pravno validnim djelovanjem (Tamanaha, 2017: 196). U standardnoj slici pravne teorije, ova tri nivoa posmatranja se podudaraju (Tamanaha, 2017: 196). Pravne norme koje su kolektivno prepoznate od strane zajednice podudaraju se s pravnim normama koje su kolektivno prepoznate od strane državnih službenika (Tamanaha, 2017: 196). No, ovo nije jedini mogući odnos jer se pravne norme koje prepoznaje zajednica mogu razilaziti od pravnih normi koje su prepoznate od strane državnih službenika (Tamanaha, 2017: 196). Konačno, neprestani proces nastajanja prava uključuje i stalan međudodnos između donesenog prava koje je nastalo kao posljedica konkurirajućih interesa, doktrinarne koherencije koja je ukorijenjena u pravnoj tradiciji i kulturi, razmatranja vezanih za budućnost društvenog blagostanja i društvenih normi pravde i pravičnosti koje se nalaze u okviru šireg društvenog, kulturnog, ekonomskog i političkog okruženja (Tamanaha, 2017: 198). Ovo su samo neki od prijedloga za jednu realističku teoriju prava, a mogući su drugi uglovi promatranja koji će posljedično imati drugačije teoretske poglede (Tamanaha, 2017: 198). U tom smislu, ne postoji konačan teoretski stav jer pravo i njegova veza i odnos s društvom nastavlja da se razvijaju (Tamanaha, 2017: 198).

Bibliografija

- Altman, Andrew. (1986). Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin. *Philosophy and Public Affairs*, 15(3): 205–235. <http://fs2.american.edu/dfagel/www/Class%20Readings/ALCReadings/Altman%20Legal%20Realism.pdf> (pristupljeno 8. 11. 2021)
- Ball, Carlos A. (2001). Essentialism and Universalism in Gay Rights Philosophy: Liberalism Meets Queer Theory. *Law & Social Inquiry*, 26(1): 271–294.
- Banakar, Reza. (2003). *Merging Law and Sociology. Beyond the Dichotomies in Socio-Legal Research*. Gilenicke/Berlin - Madison/Wisconsin: Galda + Wilch Verlag.
- Banakar, Reza. (2000). Reflections on the Methodological Issues of the Sociology of Law. *Journal of Law and Society*, 27(2): 273–295. <https://doi.org/10.1111/1467-6478.00154> (pristupljeno 8. 10. 2022)
- Banakar, Reza. (2011). The Sociology of Law: From Industrialisation to Globalisation. U: *Westminster School of Law Research Paper No. 11-03*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1761466 (pristupljeno 3. 10. 2022)
- Banović, Damir. (2019). Analitički i sociološkopravni pristup proučavanju normativnih i društvenih funkcija prava. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu: tromesečni časopis za pravne i društvene nauke*, 67(3): 150–165.
- Banović, Damir. (2021). Philosophical and Legal Foundations for LGBT Rights. U: *Dignity, Diversity, Anarchy*, ur. Klaus Mathis i Luca Langensand, 29–51. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beihefte Band 168. Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
- Banović, Damir. (2023). Queer Legal Theory. U: *Feminist Approaches to Law: Theoretical and Historical Insights*, Dragica Vujadinović et al. (ur.), 73–91. Cham: Springer Nature. <https://doi.org/10.1007/978-3-031-14781-4> (pristupljeno 3. 9. 2022)
- Berman, Paul Schiff. (2012). *Global Legal Pluralism : A Jurisprudence of Law Beyond Borders*. Cambridge University Press. https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1022&context=faculty_publications (pristupljeno 13. 12. 2021)
- Burazin, Luka (2017). Brian Leiter and the Naturalisation of the Philosophy of Law. U: *The Province of Jurisprudence Naturalized*, Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek, Łukasz Kurek (ur.), Warsaw: Wolters Kluwer. <https://ssrn.com/abstract=3036175> (pristupljeno 23. 12. 2022)
- Burg, Wibren van der. (2014). *The Dynamics of Law and Morality: A Pluralist Account of Legal Interactionism*. Routledge.

- Butler, Judith. (1994). Against Proper Objects. *Differences: A Journal of Feminist Cultural Studies*, 6(2–3): 1–26.
- Chiassoni, Pierluigi i Spaić, Bojan (eds.), Judges in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism, Springer, 2020 (ISBN 978-3-030-58186-2).
- Coleman, Jules L. (2009). Beyond inclusive legal positivism. *Ratio Juris*, 22(3): 359–394.
- Consable, Marianne. (2005). *Just Silences: The Limits and Possibilities of Modern Law*. Princeton University Press. (pristupljeno 9. 11. 2021). <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=329687&lang=de&site=ehost-live>
- Constitute: the world Constitutions to read, search and compare. (s. a.) <https://www.constituteproject.org/> (pristupljeno 24. 12. 2022)
- Corlett, Angelo J. (2000). Dworkin's Empire Strikes Back. *Statute Law Review*, 21(1): 43–56.
- Cotterrell, Roger. (2006). *Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*. Routledge.
- Cotterrell, Roger. (2003). *The politics of jurisprudence: A critical introduction to legal philosophy* (2. izd.). Oxford: Oxford University Press.
- Cotterrell, Roger, i David Miers (ur.) (2010). *How to Do Things with Rules*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Critical Legal Studies Movement. (s. a.) <https://cyber.harvard.edu/bridge/CriticalTheory/critical2.htm> (pristupljeno 22. 2. 2023).
- Croce, Mariano, i Marco Goldoni. (2020). *The Legacy of Pluralism: The Continental Jurisprudence of Santi Romano, Carl Schmitt, and Costantino Mortati*. Stanford University Press. <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=2514605&lang=de&site=ehost-live> (pristupljeno 13. 12. 2021).
- Culver, Keith. (2001). Leaving the Hart-Dworkin Debate. *University of Toronto Law Journal*, 51(4): 367–398.
- Černič, Letnar Jernej. (2022). Protection of human dignity, plurac democracy and minority rights in the case of the Constitutional Court of Slovenia. U: *Ethnic Diversity, Plural Democracy and Human Dignity. Challenges to the European Union and Western Balkans*, Mario Krešić et al. (ur.). Springer International Publishing.
- Dagan, Hanoch. (2017). The Real Legacy of American Legal Realism. *Oxford Journal of Legal Studies*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2938349 (pristupljeno 22. 12. 2022)
- Dajović, Goran. (2015). Oglad o metajurisprudenciji. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik.

- Dajović, Goran. (2017). Proučavanje prava – pravna nauka, teorija i filozofija. *Pravni zapisi*, 2: 222–248.
- Dajović, Goran. (2017). Rule of Recognition and Constitution. U: *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*. Mortimer Sellers i Stephan Kirste (ur.). Dordrecht: Springer.
- Delgado, Richard. (1993). The Inward Turn in Outsider Jurisprudence. *William & Mary Law Review*, 34: 741–768. <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol34/iss3/6>. (pristupljeno 7. 11. 2021)
- Digoix, Marie (ur.). (2020). *Same-sex Families and Legal Recognition in Europe*. Cham: SpringerOpen.
- Donelson, Raff. (2022). Experimental Approaches to General Jurisprudence. *Advances in Experimental Philosophy of Law*, Stefan Magen, Karolina Prochownik (ur.). Bloomsbury. <https://ssrn.com/abstract=4300329> (pristupljeno 7. 12. 2022)
- Dworkin, Ronald. (1986). *Law's Empire*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Faralli, Carla. (2005). The Legacy of American Legal Realism. U: *Perspectives on Jurisprudence: Essays in Honor of Jes Bjarup*, 75–82. Stockholm: Institute for Scandinavian Law <https://www.scandinavianlaw.se/pdf/48-6.pdf> (pristupljeno 9. 3. 2022)
- Fernandez, Perfecto V. (1990). Understanding Law as Social Phenomenon. *Philippine Law Journal*, 65 (1/2): 30–41.
- Fineman Albertson, Martha. (2009a). Introduction: Feminist and Queer Legal Theory. U: *Feminist and queer legal theory: intimate encounters, uncomfortable conversations*, Martha Albertson Fineman, Jack E. Jackson i Adam P. Romero (ur.). Routledge. <https://ssrn.com/abstract=1516647>. (pristupljeno 6. 11. 2021)
- Fineman Albertson, Martha. (2009b). The Sexual Family. U: *Feminist and queer legal theory: intimate encounters, uncomfortable conversations*, Martha Albertson Fineman, Jack E. Jackson i Adam P. Romero (ur.). Routledge.
- Finnis, John M. (1990). Natural Law and Legal Reasoning. *Cleveland State Law Review*, 38(1): 1–13 https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1078&context=law_faculty_scholarship (pristupljeno 14. 1. 2023).
- Galligan, Denis. (2010). *Law in Modern Society*. Oxford: Oxford University Press.
- Galligan, Denis. (2015). Concepts the Currency of Social Understanding of Law: A Review Essay on the Later Work of William Twining. *Oxford Journal of Legal Studies*, 15(2): 373–401.

- Gordon, Robert W. (1982/1990). *New Developments in Legal Theory*. U: *The Politics of Law*, David Kairys (ur.). New York: Pantheon.
- Green, Leslie. (1999). Positivism and Conventionalism. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 12.1: 35–52.
- Green, Michael S. (2005). Legal Realism as Theory of Law. *William and Mary Law Review*, 46(2): 1915–1920. <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol46/iss6/2>
- Heckendorn Urscheler, Lukas, i Seán Patrick Donlan. (2014). *Concepts of Law: Comparative, Jurisprudential, and Social Science Perspectives*. Routledge. <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=797015&lang=de&site=ehost-live> (pristupljeno 13. 12. 2021).
- Halley, Janet. (2009). *Queer Theory by Men*. U: *Feminist and queer legal theory: intimate encounters, uncomfortable conversations*. Martha Albertson Fineman, Jack E. Jackson i Adam P. Romero. Routledge.
- Hart, Herbert. (2012). *The Concept of Law*. (3. izd.). Oxford: Oxford University Press.
- Hazra, Ayan (ur). (2017). *Society and Law: An Exploration Across Disciplines (1)*. Cambridge Scholars Publishing. <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=1607932&lang=de&site=ehost-live> (pristupljeno 9. 12. 2021).
- Helfand, Michael. (2015). *Negotiating State and Non-State Law : The Challenge of Global and Local Legal Pluralism*. Cambridge University Press. <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=984906&lang=de&site=ehost-live> (pristupljeno 9. 12. 2021).
- Himma, Kenneth Einar. (s. a.). Philosophy of Law. *The Internet Encyclopedia of Philosophy*. <https://iep.utm.edu/law-phil/#H3>. (pristupljeno 8. 11. 2021).
- Holtermann, Jakob v. H., i Mikael Madsen. (2016). What is Empirical in Empirical Studies of Law? A European New Legal Realist Conception. *Retfærd*, 39(4), *iCourts Working Paper Series No. 77*, *University of Copenhagen Faculty of Law Research Paper No. 2017-33*. <https://ssrn.com/abstract=2858726> (pristupljeno 8. 11. 2021).
- Hylton, Peter, i Gary Kemp. (2022). Willard Van Orman Quine. U: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta i Uri Nodelman (ur.), <https://plato.stanford.edu/archives/fall2022/entries/quine/> (pristupljeno 27. 1. 2023).
- Jacobs, John. (s. a.). Naturalism. *Internet Encyclopaedia of Philosophy*. <https://iep.utm.edu/naturali/> (pristupljeno 14. 1. 2023).
- Jagose, Rustom Annamarie. (1996). *Queer Theory. An Introduction*. Melbourne: Melbourne University Press.

- Jovanović, Miodrag A. (2018). Theorising “Unidentified Normative Objects” of Global Regulatory Regimes. U: *Unpacking Normativity – Conceptual, Normative, and Descriptive Issues*, Kenneth Einar Himma, Miodrag A. Jovanović i Bojan Spaić (ur.), 227-250. Oxford: Hart Publishing.
- Jovanović, Miodrag A. (2019). *The Nature of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kelsen, Hans. (1961). *General Theory of Law and State*. 20th Century Legal Philosophy Series. Vol 1. New York: Russell & Russell.
- Kelzen, Hans. (2010). *Opšta teorija prava i države*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Kennedy, Duncan. (2017). *Intersectionality and Critical Race Theory: A Genealogical Note from a CLS Point of View*. <https://ssrn.com/abstract=3014312>. (pristupljeno 25. 1. 2022).
- Kepron, Laurie Rose. (1999-2000). Queer Theory: Weed or Seed in the Garden of Legal Theory. *Law & Sexuality: A Review of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Legal Issues* 9: 279–310.
- Klare, Karl. (2001). The Politics of Duncan Kennedy’s Critique. *Cardozo Law Review*, 22(3–4): 1073–1104.
- Krešić, Mario. (2020). Legal consciousness and (de)constitutionalisation of the legal order. U: *Constitutional Identities in Central and Eastern Europe*, A. Mercescu (ur.). 117–134. Berlin: Peter Lang.
- Krešić, Mario. (2019). Process, consequences and means of (de)constitutionalization: a reconstruction of Guastini’s concept of constitutionalization. *Diritto & Questioni Pubbliche*, XIX(2): 107–132.
- Krešić, Mario. (2022). The scientific approach to law and the role of legal consciousness. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 59(2): 257–267.
- Krešić, Mario. (2019b). Ross’s concept of the legal consciousness and deliberate normative change. *Pravni vjesnik: časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku*, 35(3–4), 163–179.
- Legal Information Institute. (s. a.). *Critical Legal Theory*. https://www.law.cornell.edu/wex/critical_legal_theory. (pristupljeno 25. 1. 2022).
- Legal theory: critical theory: Queer law*. (s. a.). <https://cyber.harvard.edu/bridge/CriticalTheory/critical5.htm>. (pristupljeno 9. 11. 2021).
- Leiter, Brian. (2010). American Legal Realism. U: *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, (2. izd.). Patterson, Dennis (ur.), Blackwell Publishing.

- Leiter, Brian. (2008). Naturalizing Jurisprudence: Three Approaches. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 246*. https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1200&context=public_law_and_legal_theory (pristupljeno 20. 12. 2022)
- Leiter, Brian. (1997). Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence. *Texas Law Review*, 76: 267–315.
- Luts-Sootak, Marju et al. (ur.). (2018). *Legal Pluralism – Cui bono?*. Tartu: University of Tartu Press.
- Magen, Stefan, i Karolina Prochownik. (2023). *Advances in Experimental Philosophy of Law*. Bloomsbury. (u pripremi)
- Marmor, Andrei. (2001). *Positive Law and Objective Values*. Oxford: Clarendon Press.
- Marmor, Andrei. (2005). *Interpretation and Legal Theory* (2. izmijenjeno izd.). Oxford; Portland: Hart Publishing.
- Marmor, Andrei. (2011). *Philosophy of Law*. Princeton University Press. Princeton; Oxford.
- McConville, Mike, i CHUI, Wing Hong (ur.). (2017). *Research Methods for Law*. Edinburgh: EUP.
- Miles, Thomas J., i Cass R. Sunstein. (2008). The New Legal Realism. *University of Chicago Law Review*, 75: 831–851.
- Minda, Gary. (1995). *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*. NYU Press. <http://www.jstor.org/stable/j.ctt9qg2gf> (pristupljeno 27. 1. 2023)
- Morgan, Wayne. (1995). Queer Law: Identity, Culture, Diversity, Law. *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, 5: 1–44.
- Moskowitz, David H. (1966). The American Legal Realists and an Empirical Science of Law. *Villanova Law Review*, 11(3): 480–524. <https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol11/iss3/2> (pristupljeno 7. 4. 2022)
- Olsen, Henrik Palmer, i Toddington, Stuart. (2017). Legal Realism: In Search of a Science of Law. *University of Copenhagen Faculty of Law Research Paper No. 20017-36, iCourts Working Paper Series No. 91*, <https://ssrn.com/abstract=2948489> (pristupljeno 20. 1. 2023)
- Ortega García, Ramón. (2016). The conventionality of law. *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 10: 245–288. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=421943648009> (pristupljeno 27. 12. 2022)
- Priel, Dan. (2019). Law as a Social Construction and Conceptual Legal Theory. *Law and Philosophy*, 38(3): 3–16. https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/scholarly_works/2751 (pristupljeno 27. 12. 2022)

- Priel, Dan. (2017). The possibility of naturalistic jurisprudence. *Revus* 32: 7–35. <http://journals.openedition.org/revus/3832> (pristupljeno 2. 3. 2021)
- Ramírez-Ludeña, Lorena, i Josep M. Vilajosana (ur). (2019). *Legal Conventionalism*. Springer Natur: Cham. <https://doi.org/10.1007/978-3-030-03571-6> (pristupljeno 27. 12. 2022)
- Raz, Joseph. (1979). *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press.
- Richards, David A. J. (1999). *Identity and the Case for Gay Rights. Race, Gender, Religion as Analogies*. Chicago and London: The University of Chicago Press.
- Richards, Diana. (2010). *Naturalized Methods for Jurisprudence: A Constructive Account* <https://ssrn.com/abstract=2000862> (pristupljeno 27. 12. 2022)
- Robertson, Karla C. (1998). Penetrating Sex and Marriage: The Progressive Potential of Addressing Bisexuality in Queer Theory. *Denver University Law Review*, 75(4): 1375–1408.
- Romero, Adam P. (2009). Methodological Descriptions: *Feminist and Queer Legal Theories*. U: *Feminist and queer legal theory: intimate encounters, uncomfortable conversations*, Martha Albertson Fineman, Jack E. Jackson i Adam P. Romero (ur.). Routledge.
- Rosenblum, Darren. (1994). Queer Intersectionality and the Failure of Lesbian and Gay ‘Victories’. *Law and Sexuality*, 4: 83–122. <https://ssrn.com/abstract=897584> (pristupljeno 7. 12. 2021)
- Sarata, Austin. (2004). *The Blackwell Companion to Law and Society*. Blackwell Publishing <https://doi.org/10.1002/9780470693650.ch1> (pristupljeno 5. 12. 2022)
- Schauer, Frederick. (2020). Social Science and the Philosophy of Law. U: *The Cambridge Companion to the Philosophy of Law*, John Tasioulas (ur.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Schiff, David N. (1976). Socio-legal Theory: Social Structure of Law. *The Modern Law Review*, 39(3): 287–310.
- Searle, John R. (1995). *The Construction of Social Reality*. Free Press.
- Spaić, Bojan. (2021). Interpretacija i konstrukcija: prilog razmatranju razlike između stvaranja prava i primjene prava. *Pravni zapisi* 1: 29-61. [10.5937/pravzap0-31882](https://doi.org/10.5937/pravzap0-31882)
- Spaić, Bojan. (2020). Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Tamanaha, Brian Z. (2017). *A Realistic Theory of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tamanaha, Brian Z. (2008). Understanding Legal Realism. *St. John's Legal Studies Research Paper No. 08-0133*. <https://ssrn.com/abstract=1127178> (pristupljeno 6. 11. 2022)

- Tasioulas, John. (2015). On the foundations of human rights. U: *Philosophical foundations for human rights*, Rowan Cruft, S. Matthew Liao and Massimo Renzo (ur.), 49–70. Oxford: Oxford University Press.
- Tejani, Riaz. (2019). *Law and Society Today*. Oakland, California: University of California Press.
- Teubner, Gunther. (1988). *Autopoietic Law - A New Approach to Law and Society*. Berlin: De Gruyter. <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=559177&lang=de&site=ehost-live> (pristupljeno 13. 12. 2021)
- Thornhill, Chris. (2018). *The Sociology of Law and the Global Transformation of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tuzet, Giovanni. (2007). The Social Reality of Law. U: *Analisi e diritto 2007, a cura di P. Comanducci e R. Guastini*, 179–198. Torino: Giappichelli. <https://ssrn.com/abstract=2888449> (pristupljeno 6. 11. 2022)
- Twining, William. (2009). *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*. New York: Cambridge University Press.
- Twining, William. 2010. Normative and legal pluralism: A global perspective. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 20(3): 473–517.
- Unger, Roberto Mangabeira. (1983). The Critical Legal Studies Movement. *Harvard Law Review*, 96(3): 561–675.
- U.S. Supreme Court (1986). *Michael J. Bowers, Attorney General of Georgia, Petitioner v. Michael Hardwick, and John and Mary Doe*. <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/478/186> (pristupljeno 27. 1. 2023)
- Valdes, Francisco. (1995). Afterword &(and) Prologue: Queer Legal Theory. *California Law Review*, 83: 344–378.
- Valdes, Francisco. (2009). Queering Sexual Orientation: A Call for Theory as Praxis. U: *Feminist and queer legal theory: intimate encounters, uncomfortable conversations*, Martha Albertson Fineman, Jack E. Jackson i Adam P. Romero, (ur.). Routledge.
- Vogenaer, Stefan. (2008). Sources of Law and Legal Method in Comparative Law. U: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Mathias Reimann i Reinhard Zimmermann, (ur.), 869–898. Oxford: Oxford University Press.
- Ždralović, Amila. (2021). Teorijski sporovi o pravdi: liberalne perspektive i odgovor na kritike. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta.

Predmetni registar

Analitička teorija prava/analitička	
filozofija prava/analitička jurisprudencija	13, 45, 65, 180, 181, 182, 192, 193, 194, 195, 199
Antiformalistički pokreti	21
Autoritet prava	61, 100, 105, 112, 113, 136, 146, 147, 149, 150
Dijalektika	23, 27,
- dijalektički odnos	52, 56, 132
Društvena praksa	59, 65, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 86, 95, 97, 104, 106, 107, 108, 172, 173, 174, 1 75, 176, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 197, 199, 200, 202, 205, 206, 207
- konvencionalna društvena praksa	74, 77, 78, 79, 80, 81, 95, 99, 107, 178, 199
Društveni kontekst	12, 13, 19, 36, 59, 73, 75, 82, 130, 132, 144, 160, 168, 179, 185, 203
Dualna priroda prava (normativna i društvena)	12, 19, 28, 132, 170, 186, 193
Eksperimentalna filozofija	153, 154, 170, 171, 191, 192, 194, 199, 201, 202, 206
Empiricizam	24, 25
- empirijska istraživanja	12, 25, 30, 34, 40, 45, 47, 55, 56, 57, 58, 126, 130, 144, 150, 155, 157, 158, 160, 164, 165, 167, 168, 169, 171, 172, 175, 180, 181, 186, 191, 192, 206
Esencijalizam	42, 43, 173, 174, 177, 199, 201
Formalizam	20, 21, 25, 26, 27, 160
Konvencionalizam	13–14, 43, 55, 61, 65, 66, 67, 68, 85, 104, 107, 111, 113, 173, 174, 177, 178
- pravni konvencionalizam	14, 59, 63, 170, 195, 196, 202, 206
- koordinacijske konvencije	75, 77, 78, 79, 85, 93, 95, 96, 112, 113, 195
- konstitutivne konvencije	14, 62, 64, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 85, 86, 89, 95, 96, 97, 100, 104, 106, 113, 114, 133, 143, 145, 151, 160, 170, 171, 195, 196, 197, 198, 199, 202, 204

Kritičke pravne studije	11, 19–20, 36, 37, 38, 39, 40, 42
- unutrašnja kritika	14, 19, 20, 23, 28
- vanjska kritika	19, 36
Naturalizacija	14, 15, 19, 30, 31, 43, 54, 56, 67, 74, 119, 124, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 151, 153, 154, 156, 157, 164, 168, 170, 194, 195, 199, 201, 203, 206
Pravilo priznanja	14, 15, 45, 54, 61, 63, 64, 67, 74, 75, 77, 78, 81, 84, 85, 86, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 112, 113, 114, 143, 145, 151, 154, 160, 167, 170, 173, 178, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206
Pravna efikasnost	47, 106, 129, 130, 136, 167, 173, 206
Pravna validnost	21, 26, 27, 29, 31, 45, 63, 64, 66, 67, 72, 84, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 96, 100, 101, 102, 104, 106, 107, 110, 111, 131, 134, 135, 136, 137, 160, 163, 193, 195, 201, 202, 203, 205, 209
Pravni realizam	20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 35, 36, 157, 159, 160, 161, 162, 165, 166, 167, 169, 170, 206
- američki	11, 14, 19, 20, 26, 28, 38, 40, 125, 128, 138, 141, 150, 153, 155, 156, 168, 195, 206
- skandinavski	11, 20, 27, 138, 155, 168
Pravo države	13, 15, 22, 23, 45, 135, 173, 174, 175, 178, 181, 197, 199, 203, 207
Realistička teorija prava	11, 12, 13, 14, 20, 23, 24, 43, 47, 167, 168, 171, 175, 176, 178, 195, 199, 206, 207, 209
Realizam	26, 60, 61, 63
Refleksivna teorija prava	13
Sociološka jurisprudencija/ sociološko-pravna nauka	21, 51, 126, 127, 128, 129, 130, 132, 133, 163
Sociološko-pravna teorija	11, 12, 20, 130, 131, 132, 172, 175, 176, 178
Teorija sudijskog presuđivanja	14, 24, 28, 34, 151, 165, 206

CIP - Katalogizacija u publikaciji
Nacionalna i univerzitetska biblioteka
Bosne i Hercegovine, Sarajevo

340.12

BANOVIĆ, Damir

Realistička teorija prava : ogledi o pravnom realizmu, konvencionalizmu i naturalizaciji
u pravu / Damir Banović. - Sarajevo : Pravni fakultet Univerziteta, 2023. - 207 str. ; 25 cm

Bibliografija: str. 199-205 ; bibliografske i druge bilješke uz tekst. - Registar.

ISBN 978-9958-14-043-3

COBISS.BH-ID 53670918

