

III

Tekovine jurisprudencije (koncepti, teorije)

Svim pitanjima kojima se bavi jurisprudencija nastoji da priđe sistematično i putem odgovarajućih metoda. Kao tekovine takvog pristupa nastaju teorije o pravu i njegovoj prirodi unutar kojih se u skladan poredak slažu odgovarajući koncepti, počev od sâmog koncepta prava, pa dalje. Stoga, pre nego što se razmotre i izlože svojstva glavnog metoda jurisprudencije, treba odgovoriti na sledeća pitanja koja se tiču prirode krajnjeg “proizvoda” jurisprudencije, pravnih koncepata i pravne teorije. Šta je pravna teorija i šta njenom konstrukcijom želimo da postignemo? Šta se očekuje od jedne pravne teorije, to jest koja je razlika između dobre i loše teorije? Šta su (pravni) koncepti i kako do njih dolazimo? Odgovori na ta i slična pitanja biće razmotreni u ovom poglavlju.

1. Koncepti

1.1. Šta su koncepti?

Svet koji nas okružuje ima mnoštvo pojava različitih vrsta i mnoštvo varijacija (pojedinačnih primeraka) svake od tih pojava. Da bi ih razumeli i objasnili, ljudi na određenom stepenu razvoja civilizacije počinju o tim pojavama da stvaraju izvesne uopštene predstave, koje uobličavaju u *koncepte (pojmove)*¹. Tako, na primer, na osnovu iskustva, opažanja, prethodnih saznanja itd. da postoje stvorenja srednje veličine na četiri noge, obrasla dlakom, s repom i njuškom, koja laju, ne vole mačke, a vole ljude i žive uz njih, formiramo pojam „psa”. I kada u stvarnosti naiđemo na neki pojedinačni primerak životinje koja ima pomenute osobine, mi ga svrstavamo pod pojam „psa” i tako ga prepoznamo i nazivamo. I premda postoji bezbroj pojedinačnih primeraka pasa, ne formiramo pojam za *svaki pojedinačni primerak*, već za sve te primerke izdvajamo ono što su njihove *zajedničke bitne osobine* i tako stvaramo pojam o jednom fenomenu sveta oko nas.² Zbog toga, kao što navedeni primer

¹ Tokom rasprave češće se koristi strani termin „koncept“, samo stoga što je taj termin sinhronizovan s uobičajenim nazivom metoda koji se koristi u jurisprudenciji, metoda „konceptualne“ analize.

² Ljudskom rodu je, kako primećuje Ruso, bilo potrebno dosta vremena da bi došao do ovog “otkrića”. Tek kada

pokazuje, postoji mnogo manje pojmova nego pojava, to jest pojedinačnih primeraka, varijacija pojava. Iz toga proizilazi da svet oko nas *poimamo* pojednostavljeno, što je dobro jer nam to omogućava da mnogobrojne pojave u svetu lakše razumemo i razvrstamo, da na osnovu toga utvrdimo sličnosti i razlike između pojava, kao i njihove veze. Ali *poimanje* ima i svoju rđavu stranu jer je pojava obuhvaćena pojmom time nužno „osiromašena”, pojednostavljeno shvaćena, pošto su iz pojma izostavljene sve one osobenosti koje u stvarnosti imaju pojedinačni primerci, ali koje nisu obuhvaćene pojmom jer nisu suštinske, to jest bitne za datu pojavu. Ipak, i takvi kakvi su, koncepti su nužna pretpostavka svakog (sa)znanja o nekoj pojavi, pa prema tome i (sa)znanja o pravu.

Kako veli Frenk Džekson (Jackson), termin “[k]oncept označava sve moguće situacije koje su obuhvaćene rečima koje koristimo da bismo postavili naša pitanja” (Jackson, 1998. 33). Prema tome, koncept X jeste skup svih mogućih situacija ($x_1, x_2, x_3, \dots, x_n$) koje su obuhvaćene terminom “X”. Koncept prava je na primer skup svih onih situacija i slučajeva na koje ispravno referiše termin “pravo”. Kako Hans Kelzen sugerise, “svaki pokušaj da se definiše jedan pojam mora uzeti za polaznu tačku obično značenje reči koja označava pojam” i zato treba dati preimućstvo onom pojmu prava čiji se obim, uopšte uzev, poklapa s običnim značenjem u odnosu na pojam koji se može primeniti na mnogo manji broj pojava koje uobičajeno označavamo rečju “pravo” (Kelzen. 1951. 18).

Međutim, ovo naravno nije cela istina. Kako koncept i termin (reč) nisu jedno te isto³ i kako jednom rečju (baš kao što je to slučaj upravo s rečju “pravo”) možemo da označimo više koncepata, potrebno je ovu ideju dopuniti u sledećem pravcu: kada se uzme da reč “X” označava koncept X, zapravo se tvrdi da sve one *situacije* koje su “pokrivene” tim konceptom imaju u sebi izvesnu zajedničku strukturu ili da su konstituisane na međusobno koherentan način. Drugim rečima, mi pretpostavljamo da su svi članovi onog skupa od maločas (x_1, x_2, \dots, x_n), međusobno povezani i na jedan dublji, važniji način, a ne samo time da nose istu “etiketu”, tj. da ih označavamo istim terminom, da koristimo istu reč za njihovo označavanje. Najčešće postoje i izvesne *zajedničke karakteristike* koje svaki član skupa poseduje i zbog kojih sve članove tog skupa svrstavamo pod isti koncept. I upravo zbog tih zajedničkih karakteristika, da se poslužimo malopredložnim primerom, mi ćemo sve pojedinačne

su se pojavile nauka i filozofija postalo je moguće razumeti osobine pojava i razlike između njih, a na osnovu toga razvrstavati i grupisati pojedinačne pojave prema onome što im je zajedničko i tako formirati pojmove (Ruso, 1993. 150).

³ O odnosu koncepta i reči koja ga denotira, biće više govora u narednom poglavlju, u odeljku posvećenom konceptualnoj analizi.

primerke “stvorenja srednje veličine na četiri noge, obrasla dlakom, s repom i njuškom, koja laju, ne vole mačke, a vole ljude i žive uz njih” koje smo videli ili ćemo ikada videti svrstati pod pojam psa. Kako, međutim, “dolazimo” do tih zajedničkih karakteristika? Drugim rečima, kako formiramo jedan (bilo koji) koncept? O tome će biti nešto više reči u narednom pododeljku.

1.2. Neke vrste (načini definisanja) koncepata⁴

1.2.1. Klasično definisanje koncepata

Klasičan pogled na to kako se formira koncept dovodi nas do problema definicije. Definicija je tvrdnja (sud) kojom se jasno određuje sadržaj koncepta. Ona predstavlja *opis nužnih a u isto vreme i dovoljnih karakteristika (osobina)* neke pojave. Definicija je, drugim rečima, opis suštinskih karakteristika jedne pojave, zbog kojih je ta pojava ono što jeste, a ne nešto drugo. Kada pojam „stolice” definišemo kao „nameštaj koji služi za sedenje”, jednu ljudsku tvorevinu smo odredili i razgraničili je od drugih na tako jasan način da, kad god govorimo o stolicama, svako može da razume na koju stvar mislimo. Definicija tog tipa (*per genus et differentiam*) određuje jedan pojam vezujući ga za pojam višeg roda (*genus*: „nameštaj”), ali ga istovremeno razdvaja, razgraničava od ostalih sličnih pojmova istog roda (sto, kauč, orman, nahtkasna itd.) *osobinom* koja ga razlikuje (*differentiam*: namenjena za sedenje) od pojmova koji pripadaju tom rodu. Definicijom se, dakle, ustanovljava jedan niz osobina kojim se *precizno* određuje kada jedna stvar spada pod određeni koncept. I ako jedna stvar poseduje te osobine, onda ona pripada pojavi koju koncept označava. Onda je ona, na primer, „stolica”.

U jurisprudenciji je bilo dosta pokušaja da se koncept prava definiše na klasičan način. Tako je čuveni nemački pravni mislilac iz 19. veka Rudolf Jering (Ihering) pravo kratko definisao kao „skup prinudnih normi koje važe u jednoj državi” (Jering, 1998. 146). Dakle, on je pravo definisao upravo pomoću definicije *per genus*... jer je naveo da je ono vrsta norme (*genus*), ali koja se od svih drugih vrsta normi razlikuje po tome što je prinudna (prva *differentia*, razlika) i po tome što važi u jednoj državi (druga *differentia*). Sličan je bio i Ostinov pokušaj da pravo definiše pomoću klasične definicije. Za njega je *genus* pojma prava *zakon u pravom*

⁴ Ovaj pododeljak je najvećim delom zasnovan na Vasić, Jovanović, Dajović. 2014. 8-14.

smislu (*a law properly so called*) ili pozitivni zakon ili zapovest, a *differentia* je da se pozitivni zakoni koji čine pravo od ostalih zakona (*laws improperly so called*⁵) razlikuju po svom tvorcu – nosiocu najviše političke vlasti, suverenu.

Kakve su praktične posledice ovakvog shvatanja koncepta? One su dvojake. Prvo, takvi koncepti su oštro „oivičeni“, oni jasno „dele“ svet na dva dela: na pojave koje se mogu podvesti pod definisani koncept i na pojave koje se ne mogu podvesti pod taj koncept. Prema tom shvatanju, ne postoje granični slučajevi, to jest svaki pojedinačni primerak ili potpada ili ne potpada pod dati koncept.⁶ Zbog toga, ako pojedinačni primerak ima definisane osobine, onda on spada pod definisani koncept, a ako nema, ne spada. Drugim rečima, neki predmet je stolica ako je nameštaj i ako je namenjen za sedenje. Ako nema neku od tih osobina, onda je taj predmet nešto drugo a ne stolica. I ne postoji nijedan predmet koji je „nešto između“, koji je recimo „pola“ stolica a „pola“ krevet. Ili iskazano terminima logike, *obim pojma* je uvek precizno određen. Druga značajna posledica klasičnog shvatanja koncepta je da je svaki pojedinačni primerak koji potpada pod dati koncept *u istom rangu*. Iako naravno sve stolice nisu identične, po ovom shvatanju *nema tipičnih i netipičnih stolica*, nema stolica koje su „više“ stolice od drugih stolica. Rečju, sve su stolice u izvesnom smislu „jednako“ stolice (Murphy. 2002. 15).

Međutim, obe posledice klasičnog shvatanja koncepta su problematične i najčešće ne odgovaraju tome kako ljudi zaista shvataju koncept o kojem govore. Prvo, klasično definisan koncept zahteva preciznost. Prema njemu, tačno se zna šta možemo svrstati pod dati koncept a šta ne. Ali kao što je na samom početku odeljka rečeno, svet oko nas je mnogo složeniji i u njemu postoje pojave koje nisu „ni tamo ni ovamo“ – koje su na „granici“ nekog koncepta jer ne sadrže sve osobine koje definicija navodi (ili sadrže i neke druge koje dovode u pitanje preciznost same definicije), a opet ne možemo olako da kažemo kako nemaju veze s tim konceptom. Recimo, da iskoristim već pominjani primer „neženje”⁷: da li se pod pojam „neženja” (definicija: odrastao muškarac koji nije u braku) može svrstati kaluđer? Ili muškarac koji živi u vanbračnoj vezi sa ženom? Ili muškarac koji je ostao udovac? Ili rimski papa? Prema klasičnom shvatanju, da podsetim, koncept je „odsečan”, isključiv, on „deli” svet na dva dela. To znači da bismo u konkretnom primeru, na osnovu koncepta „neženja”,

⁵ Zakona koji su to po imenu, ali ne i u suštini, jer im nedostaje neko od bitnih svojstava zakona.

⁶ Kako to logičari kažu, definicija ne sme da bude ni preširoka ni preuska. Ona mora *precizno i u celini* da opiše pojavu koju definiše (ne sme da bude preuska), ali mora da se odnosi *samo* na tu pojavu, to jest ne sme da se odnosi na bilo koju drugu pojavu (ne sme da bude preširoka).

⁷ V. fusnotu 62.

sve muškarce mogli da podelimo na „neženje” i „oženjene”. I svi bi, u skladu s logičkim „principom isključenja trećeg”, pripadali samo jednoj ili drugoj vrsti muškaraca. Ali možemo li zaista kaluđere ili vanbračno oženjene ili muškarce u homoseksulanom braku olako da svrstamo u neženje? Ili oženjene?

Što je još važnije za pravnike, isti problem može da se uoči i u određenju pojma prava, kako ga, recimo, shvata Jering. I ovde se može postaviti slično pitanje: jesu li sve pravne norme koje važe u državi zaista prinudne, kako Jering to postulira svojom definicijom? Kako onda nazvati pravnim ustavne norme koje se odnose na ponašanje najviših vlasti u državi i koje ne mogu biti sprovedene prinudom? Ili kako smatrati pravnim veliki broj normi međunarodnog prava koje ne samo da nisu prinudne u klasičnom smislu reči, već i čije važenje nije uslovljeno time da važe u određenoj državi, a što je takođe jedan element Jeringove definicije prava? Ispalo bi, dakle, da po Jeringovoj definiciji ni jedne ni druge norme nisu pravne norme. A to je svakako suprotno uvreženom poimanju tih normi od većine pravnika i laika. Još lošije sa svojom definicijom i njenom empirijskom adekvatnošću stoji Džon Ostin. I ovo postaje vidljivo svakome ko se, makar i površno, upoznao s Hartovom kritikom Ostinove teorije (Hart. 2013. 77-137).

Konačno, drugi problem „starog” shvatanja koncepta je da ono ne dopušta da primerke koji spadaju pod isti koncept podelimo na tipične (ili centralne) i manje tipične slučajeve, primerke pojave koju konceptom poimamo. A to je upravo ono što većina ljudi čini kad, recimo, razlikuje tipičnog „neženju” od atipičnog, tipičnu stolicu od neke koja to baš i nije, pravog (posvećenog, pažljivog, stručnog) lekara od nekog koji je to samo po zvanju. Ili konačno, tipičan pravni sistem od nekog atipičnog – na primer, pravni poredak Švedske od primitivnog običajnog prava plemena Ajmara u Južnoj Americi. Ovi prvi, tipični slučajevi poseduju sve karakteristične osobine date pojave, dok ovi drugi poseduju samo neke od tih osobina, a uz to poseduju i osobine neke druge pojave, to jest pojave obuhvaćene nekim drugim konceptom.

1.2.2. Prototipsko definisanje koncepata

Da bi se izbegli ovi nedostaci klasičnog shvatanja, u novije vreme su se pojavile drugačije ideje o tome šta su koncepti. Novim pristupima pokušavaju da se otklone očigledne slabosti klasičnog shvatanja pojma (kao *preciznog* opisa suštinskih osobina predmeta, koji ceo svet deli na dva dela). I čini se da su utoliko primereniji realnosti, načinu na koji formiramo i upotrebljavamo pojmove, jer veliki broj koncepata ljudi bez sumnje ne formiraju na klasičan

način (Rappaport. 2010; Machery. 2009. 80–81).

Pomenuću jednu od tih ideja. Reč je o teoriji da su koncepti u stvari *prototipovi*.⁸ Kako, u najkraćim crtama, izgleda ova „prototipska teorija” koncepata? Konceptu se pristupa tako što se on shvata kao skup određenih karakteristika, koje, međutim, nisu ni *nužne ni dovoljne*, već se shvataju kao *tipične* za pojavu koju poimamo. A tipične su one koje su češće prisutne u primercima koji pod taj koncept potpadaju, dok su manje tipične one koje se ređe pojavljuju u najvećem broju primeraka date pojave. I ukoliko jedan primerak ima više tih karakteristika, on je tipičniji predstavnik te pojave („prototip”) nego primerak koji ima manje tih karakteristika. Takođe, ako jedan primerak ima karakteristike koje su tipične za neku drugu pojavu, onda je on manje tipičan primerak svoje vrste. Sve u svemu, neki pojedinačan primerak je tipičan ukoliko (1) ima tipične osobine koje su opisane određenim „prototipskim” konceptom i ukoliko (2) nema tipične osobine koje su opisane *nekim drugim konceptom*.

Ilustrovaću to jednim primerom. Karakteristike *većine* ptica su da lete, prave gnezda, polažu jaja, imaju kljun, pokrivene su perjem, umeju da „pevaju” itd. Kada se, recimo, govori o tome da li su pingvin i slavuj ptice, jasno je da će najveći broj ljudi reći da je slavuj tipična ptica zato što ima sve tipično „ptičje” karakteristike, dok se pingvin smatra pticom, ali ne na isti način kao i slavuj zato što recimo pliva (dakle, ima karakteristike koje su tipične za ribe ili vodozemce), a ne može da leti i ne oglašava se kao ptica. Posledica prototipskog shvatanja koncepta je, dakle, da neki primerak *može da potpada pod određeni koncept* iako ne poseduje sve karakteristike koje ima *tipičan* primerak tog koncepta. Ili, drugim rečima, za razliku od klasičnog shvatanja, prema „prototipskom” shvatanju koncepta, niz karakteristika koje od neke pojave čine baš to što jeste *nije zatvoren i isključiv*. To znači da, recimo, neka stvorenja jesu ptice iako ne lete ili ne umeju da pevaju. Takođe, neke ptice (slavuji) su tipične ptice jer imaju najveći broj „ptičjih” osobina, to jest tipičnih karakteristika za pojam „ptice”, a neke su netipične (pingvini) jer nemaju te osobine, ali, s druge strane, imaju i osobine koje su tipične za neke druge životinje koje nisu ptice.

Prednosti takvog shvatanja koncepta za razumevanje prava vidljive su već na prvi pogled. Ako se prisetimo primedbi koje su maločas iznete na račun Jeringovog i Ostinovog klasično definisanog koncepta, uočavamo da koncept prava koji bi bio „prototipski”, to jest koji bi nabrojao izvesne tipične osobine pravnog fenomena (ili osobine tipičnog pravnog sistema),

⁸ To nije jedina novija teorija kojom pokušavaju da se reše očigledni problemi u koje zapada klasična teorija o pojmu. Osim nje, najpoznatije teorije su teorija egzemplara i teorija znanja, sa svojim mnogobrojnim varijacijama (Murphy. 2002. 41–72).

ne bi imao problem koji ima Jeringov i Ostinov koncept. Prvo, izvan takvog koncepta prava ne bi ostale mnoge pojave (na primer, norme ustavnog prava, običajno pravo, međunarodno pravo, pravo Evropske unije) koje se uobičajeno nazivaju i smatraju pravnim. Drugo, prototipski definisan koncept prava omogućio bi nam da razlikujemo razvijeno od nerazvijenog ili tipično od netipičnog prava. Stoga danas neki jurisprudenti umesto pokušaja da kao odgovor na pitanje „šta je pravo?“ navedu neku od klasičnih definicija tog koncepta, opisuju one karakteristike pravnog fenomena koje se vezuju za tipični pravni poredak i koje su najčešće među fenomenima koje nazivamo pravnim. Tako, na primer, Herbert Hart kao tipičan ili centralni „slučaj“ prava uzima moderni, unutrašnji pravni sistem, određuje njegove karakteristike, ali ne poriče da je čitav niz različitih pojava uz koje takođe koristimo termin „pravo“, a koje nemaju sve karakteristike paradigmatičnog, tipičnog „slučaja“, povezan manje direktnim vezama s tipičnim, centralnim slučajem (Postema, 2011. 266).

1.2.3. Preskriptivno definisanje koncepata

Najzad, opisaću još jednu *vrstu* definicije, naročito jer se ona u jurisprudenciji često pojavljuje. Naime, radi se o jednoj podvrsti „prototipskog“ shvatanja pojma, koje nam omogućava nešto što mnogi mislioci pokušavaju od pamtiveka: *a to je da pojmovno utemelje kakvo pravo treba da bude i da tako razgraniče dobro od lošeg prava*. Da bi se objasnilo kako je to moguće, mora se objasniti kako izgleda ta posebna verzija „prototipskog“ pojma ili prototipske definicije, tzv. *preskriptivna definicija*.

Ako se ostave po strani prirodne pojave (poput ptica ili pasa), sve što je upravo rečeno o „prototipskom“ modelu definicije može se na jedan specifičan način primeniti na ljudske artefakte. Kako? Naime, da li je nešto „tipična“ karakteristika ove vrste pojava *ne ceni* se uvek prema tome koliko je ona često zastupljena kod različitih primeraka iste pojave. Kod ptica je to recimo jasno: ako većina stvorenja koja se posmatraju ima kljun, perje, krila i leti, onda su te osobine tipične za tu vrstu stvorenja, to su tipične „ptičje“ osobine, a onaj pojedinačni primerak koji poseduje te osobine jeste tipična ptica. Međutim, tipičnost pojedinog primerka neke *ljudske tvorevine* ne mora da se procenjuje statistički, to jest samo na osnovu njegove sličnosti (sličnosti njegovih osobina) s najvećim brojem drugih primeraka iste vrste. Ona može da se procenjuje i na osnovu njegovog odnosa prema funkciji kojoj svi primerci te vrste *treba* da služe, prema cilju koji svaki primerak date pojave *treba* da

ostvaruje. Na primer, tipična svojstva ljudske tvorevine koja spada pod pojam „vozilo” su, između ostalih, da ima točkove, da njome može da se upravlja i da ima samostalan pogon. Ali, povrh toga, vozila imaju i pretpostavljenu funkciju. Ona prevoze ljude i stvari. I zato traktor ili automobil-igračka na električni pogon, premda imaju tri pobrojane osobine, nisu tipična vozila u smislu idealne funkcije, svrhe kojoj vozilo *treba da* služi. Prema tome, da li je neka tvorevina tipičan primerak svoje vrste, ne zavisi od sličnosti njenih karakteristika s karakteristikama većine drugih primeraka te vrste, već od toga kako ona služi određenom idealu, jednoj funkciji kojoj svi primerci te tvorevine *treba da* služe (Barsalou. 1985. 629, i.d.). Drugim rečima, „prototipski” koncept se u ovom slučaju ne određuje statistički, deskriptivno, već pomoću idealno zamišljene funkcije koju određena vrsta ljudskih tvorevina *treba da* izvršava. I onaj primerak koji na najbolji način ostvaruje funkciju koju svaki primerak te vrste pojava *treba da* ostvaruje je „najtipičniji”. Dakle, kod te vrste koncepata nije u pitanju *opis* najrasprostranjenijih osobina date pojave, već pre „*propis*” šta treba da bude njen cilj, njena funkcija. Zato takve koncepte, to jest definicije pomoću kojih određujemo sadržaj takvih pojmova, nazivamo i *preskriptivnim* („propisujućim”). I zato je u ovom slučaju pojedinačni primerak koji se najviše podudara s (preskriptivnim) konceptom onaj koji na najbolji mogući način vrši propisanu, zadatu funkciju. U tom smislu, na primer, idealno vozilo bi bilo ono koje na najbolji i najefikasniji način prevozi ljude i stvari. I u tom smislu takođe možemo reći da takvo vozilo u stvarnosti još ne postoji, da je pojam takvog vozila samo jedan ideal kojem se postojeći primerci vozila manje ili više približavaju.

Ukoliko sad sve što je rečeno o preskriptivnoj definiciji primenimo na koncept prava (ali i na neke druge pravne koncepte⁹), dobićemo definiciju koja ne opisuje pravo kakvo ono *jest*, nego koja govori o (stavu autora definicije) tome kakvo pravo treba da bude da bi ispunilo svoju idealno zamišljenu svrhu. Takvom načinu definisanja prava pribegavali su autori koji su insistirali da postoji razlika između dobrog i lošeg, moralno valjanog i moralno izopačenog, pravednog i nepravednog prava i koji su smatrali da je takva razlika od suštinske važnosti za prirodu prava.

1.3. Koncept prava i drugi pravni koncepti

Da bi bolje razumeli pravo kao pojavu, ljudi o njemu formiraju koncept. Stvaranje koncepta

⁹ O primeru preskriptivnog definisanja jednog pravnog koncepta će biti više reči u poglavlju posvećenom jurisprudenciji na delu – u odeljku posvećenom konceptu braka Roberta Džordža.

ne menja prirodu pojave na koju se koncept odnosi, pa je tako slučaj i s pravom.¹⁰ Naravno, bitna svojstva stvari, fenomena, ostaju ista znali mi njih ili ne, dok je pojam naprotiv rezultat našeg ličnog i “kolektivnog” promišljanja. Međutim, kada je reč o socijalnim institucijama i praksama postoje izvesne specifičnosti, jer ovde odnos između koncepta i fenomena nije isti kao, na primer, kod fizičkih fenomena. Naime, u ovim slučajevima “stvar” o kojoj formiramo koncept nije, kao što je u prethodnom poglavlju rečeno, isto što i naturalistički entitet, poput bengalskog tigra ili gvožđa, niti je ona nesavršena instantijacija “negde-izvan-sveta-postojeće” platonske suštine. Pravo kao fenomen je, pre svega, artefakt, takozvani institucionalni fakt. Ono je normativni sistem, praćen izvesnim realnim fenomenima poput društvenih institucija, ljudskih postupaka i njihovih stavova (koje opet detektujemo kroz jezik ili postupke) *u vezi s tim* normativnim sistemom.¹¹ Upravo ovo poslednje (stavovi) je naročito važno i zato je “naše” shvatanje fenomena, koje se reflektuje i kroz “naš” koncept prava nužan sastavni deo objašnjenja prava. Jer, *koncepti* koji označavaju određene socijalne fenomene, kao što su pravda, pravo ili demokratija nisu samo oruđe za bolje razumevanje stvarnosti, oni su *donekle i sami deo stvarnosti* koju pokušavamo da razumemo - to nisu puke teorijske konstrukcije nauke ili filozofije. Naravno, ponovo podvlačim da to ne znači da je *koncept prava* deo samog *fenomena prava* ili da (ne)postojanje koncepta prava utiče na (ne)postojanje fenomena prava. Ovo samo znači da prilikom formiranja teorije o pravu, moramo da analiziramo ne samo fenomen, nego i već *postojeći* koncept (ili koncepte) prava (Raz. 2007. 10).

Imajući u vidu da se sve što je rečeno o konceptima uopšte odnosi i na koncept prava treba, dakle, naglasiti njegovu specifičnost. Naime, koncepti, poput prava ili pravde se koriste da bi ljudi mogli bolje da razumeju svoje sopstveno socijalno okruženje. Mi ih koristimo, jer bi bez njih teško mogli da izrazimo naše misli i znanja koja imamo o tom okruženju. Takve koncepte pojedini autori nazivaju i *hermeneutičkim konceptima* (Leiter. 2003. 40; Dickson.

¹⁰ Raz dopušta da u pravu postoje i pojmovi bez kojih sama institucija ne bi postojala i čija promena dovodi do promene u samim institucijama. To se može uočiti na primeru braka. Gotovo da se može reći kako je ta socijalna institucija u potpunosti određena našim poimanjem braka. Ukoliko bi se pojam braka promenio od zajednice čoveka i žene ka ideji zajednice dva ljudska bića, jasno je da bi sama institucija braka doživela krupnu promenu u svojoj prirodi. A što se inače odista i događa u pojedinim društvima. Ali sam pojam prava Raz ne ubraja u takve koncepte (Raz. 2007. 8).

¹¹ Prilikom analize prava, potrebno je, kako Hart argumentuje, “razumeti ceo onaj osobeni stil ljudskog mišljenja, delanja i govora koji ide uz postojanje pravila i koji konstituiše normativnu strukturu društva.” (Hart. 2013. 148).

2001. 44)¹², a dve su osnovne karakteristike koje oni poseduju: prva je da imaju hermeneutičku ulogu, to jest da omogućavaju ljudima da razumeju sebe, da sami sebi učine *sopstvenu praksu* shvatljivom i drugo, da je *obim tih pojmova* određen upravo ovom hermeneutičkom ulogom. Činjenica da je koncept prava, prema ovom stanovištu, hermeneutički itekako utiče na način na koji jurisprudencija analizira taj koncept, dakle na sam metod konceptualne analize u jurisprudenciji, kao i na njegove domete i ciljeve.

Kad se, pak, radi o ostalim pravnim konceptima o kojima juristi teoretišu, postavlja se pitanje koje vrste tih koncepata postoje. Pravni koncepti su brojni i veoma ih često upotrebljavaju svi redom, od laika i "običnih" pravnika, preko sudija i advokata do profesora i juristenata. Oni prvenstveno služe da izraze sadržaj pravnih normi ili se koriste prilikom njihove primene. Zatim tu su (naročito od Ostina naovamo) koncepti koji nisu prevashodno praktični, ali poboljšavaju naše razumevanje pravne prakse (koncept norme ili sankcije ili autoriteta). Najzad, kao najvažniji i najširi koncept, i kao glavna tema studija iz oblasti jurisprudencije pojavljuje se i sam koncept prava. Sve te pravne koncepte, da pomenem samo jednu od mogućih taksonomija, Samers deli na "teorijske koncepte" (izvor prava, autoritet, pravilo priznanja itd), koncepte koji se koriste u primeni prava (cilj norme, namera zakonodavca, analogija itd), koncepte koji su na ovaj ili onaj način tvorevina same prakse prava (svojina, krivica, pravno lice, brak itd), koncepte koje koristimo radi klasifikovanja prava i pravnih normi u pravne grane i oblasti (međunarodno pravo, privatno i javno pravo, krivično procesno pravo itd), koncepte koje koristimo u takozvanoj "kritičkoj jurisprudenciji", to jest u svakodnevnoj kritičkoj proceni postojećeg prava (pravda, jednakost, vladavina prava itd) (Summers. 1968. 2).

Osim toga, postojeći pravni koncepti bilo koje vrste, podložni su reviziji. Potreba za njihovom revizijom nastaje ili stoga što inicijalni konceptualni okvir za objašnjenje određenih fenomena nije od samog početka ispravno postavljen, ili zato što se fenomeni menjaju, pa zbog toga naše razumevanje tih fenomena, to jest naša konceptualizacija fenomena, kasni za "dogadjajima"¹³ (Raz. 2007. 2). Ovaj drugi razlog je uvek aktuelan kada je u pitanju fenomen prava, jer je ono veoma podložno promenama, tim većim što je duži period vremena u kojem se posmatra. Takođe, postoji i jedan "subjektivan" razlog za konceptualnu reviziju. Interesovanja ljudi, prevashodno pravnika, njihov osećaj za ono što

¹² Ipak, osim što su "hermeneutički", koncepti prava ili pravde mogu biti i praktički. Naime, koncepti koji su samo hermeneutički nam objašnjavaju *šta* ljudi rade, kad praktikuju neku aktivnost. A ovi drugi koji, pored toga, mogu biti i normativni otkrivaju nam *šta* ljudi smatraju da *treba da rade* (Rodriguez-Blanco. 2007).

¹³ Up. Raz. 2007.

zahteva objašnjenje ili što ih zbunjuje¹⁴, sve to se menja tokom vremena i tokom vremena pojedina teorija jednostavno više neće korespondirati tim interesovanjima i osećajima.

Kada se u sledećem poglavlju bude diskutovalo o svojstvima, svrsi i dometima konceptualne analize, kao centralnog metoda savremene jurisprudencije, *imaće se na umu pre svega konceptualna analiza samog pojma prava*, jer je to koncept čije objašnjenje jeste u središtu svake pravne teorije kao najsavršenijeg produkta *jurisprudencije*, ali i u već naznačenoj činjenici da je on koncept *našeg* prava, te da njegovo bolje razumevanje poboljšava razumevanje nas samih i naše sopstvene prakse.

2. Teorije

Posao” jurisprudencije je da formuliše određene koncepte, ali svakako njen najviši domet predstavljaju *teorije* o pravu. U ovom smislu, treba još jednom naglasiti da izraz “pravna teorija” ima uže značenje od izraza jurisprudencija. Jurisprudencija (ili kod nas Teorija prava) je jedna, dok pravnih teorija, naravno, ima različitih. Neke od njih su su danas samo puka istorija, a neke se još nadmeću za primat među učenim pravnicima. O svemu tome uostalom dovoljno nam rečito svedoče mnogi zbornici iz jurisprudencije.¹⁵

Kao što je već naglašeno u prethodnoj glavi, rašireno je mišljenje među savremenim autorima da je cilj *svake pravne teorije*, pre svega, da *objasni prirodu prava*. Da bi se razumelo značenje ove teze, potrebno je razumeti obe njene komponente. Prvo, valja da se utvrdi šta tačno znači izraz “priroda prava”. I *drugo*, šta je to *objašnjenje* prirode prava, šta tačno znači u ovom kontekstu termin “*objasniti*”?

Kada je reč o prvom pitanju, u prethodnom poglavlju je opširno objašnjeno šta znači, to jest kako se u jurisprudenciji shvata da je ono čime se ona bavi “priroda prava”.¹⁶ Raz upravo tako

¹⁴ Na ovome naročito insistira Raz, i to čini se s pravom, barem ako kao potvrdu za takvo insistiranje uzmemo dosadašnju istoriju jurisprudencije.

¹⁵ Moguće je da danas i za jurisprudenciju važi opomena njenim poslenicima koju je formulisao poznati svetski evolucionisti biolog Ričard Dokins, doduše imajući na umu pre svega prirodnjake: „više nego da predloži neku *novu teoriju* ili ispovrta neku novu činjenicu, najznačajniji doprinos koji neki naučnik može da da jeste da otkrije nov način gledanja na *stare teorije* ili činjenice“ (Dokins. 2008. xviii). Kao kod Nekerove kocke, koju kada pažljivo posmatramo počinjemo da opažamo na različite načine, tako i naučnici (a i jurisprudenti, dodao bih) često opažaju *postojeće teorije* o tom fenomenu, na različite načine.

¹⁶ Svakako da treba ponoviti kako u ovom viđenju Raz nije usamljen. I Hart i Dvorkin i Finis, bez obzira na sve njihove metodološke i druge razlike, nastoje da kroz svoje teorije ponude što adekvatniji prikaz suštinskih ili

opisuje *pravnu teoriju*, uz jedan zanimljiv i u jednoj fusnoti već pomenut dodatak: „To je prikaz (nekih od) suštinskih karakteristika prava, onih čije objašnjenje pomaže da se reše neke zagonetke koje pokreću tu teoriju“.¹⁷ *Pravna teorija se, dakle, shvata kao skup sistematski povezanih tvrdnji koje objašnjavaju prirodu prava.* Međutim, u jurisprudenciji postoji i teza da je glavni zadatak svake pravne teorije da objasni *koncept*, pojam prava. Ipak, Raz skreće pažnju da i Hart, govoreći o konceptu prava, zapravo teži nešto da kaže o prirodi samog fenomena o kojem govori taj koncept. Još manje je njegova ambicija bila da menja ili uredjuje lingvističku, pa čak ni konceptualnu praksu, već da razume šta *zaista jeste* ono što se naziva pravom (u *našoj* kulturi). Nije poenta kako nazvati neki fenomen, (i da li je ispravno ”krstiti” ga na ovaj ili onaj način) – poenta je da neki fenomeni imaju zajedničke karakteristike, i da te karakteristike čine od tog fenomena upravo to što jeste a ne nešto drugo. A te karakteristike samo izdvajamo i uokvirujemo konceptom *prava*.¹⁸

Ostaje, međutim, da se odgovori i na drugo pitanje: šta sam proces *objašnjenja* prirode prava podrazumeva? Odgovor na ovo pitanje, *barem unutar kruga u kojem se ova rasprava kreće*, je prilično jednostavan: pravna teorija se najčešće shvata kao pokušaj da se unapredi *razumevanje* prava. Ali, šta bi taj prilično uopšteni izraz “razumevanje” zapravo mogao da znači u kontekstu jurisprudencije? I naravno, nameće se samo po sebi pitanje, zašto “razumevanje” prava, a ne “znanje” o pravu. Jer nije li na kraju krajeva jurisprudencija, bila ona naučna ili filozofska disciplina, jedna od disciplina pravnog znanja?¹⁹ Treba zato odmah naglasiti da između *razumevanja* i *znanja* u ovom slučaju ne postoji oštra granica ili linija podele. Da bismo unapredili *razumevanje* prava, potrebno je da o pravu znamo što više. Ipak,

važnih odlika prava i svakako da sopstvene teorije smatraju relativno najboljim opisom prirode prava.

¹⁷ Radomir Lukić je kao glavni zadatak teorije prava video objašnjenje *suštine* prava, a smatrao je da izlaganje suštine prava “pokazuje one opšte crte prava koje prožimaju sve njegove sastavne delove, a zatim pokazuje i same te delove iz kojih se sastoji i *mora* sastojati *svako* pravo (Lukić. 1958. 3). O Lukićevom promišljanju problema koji su tema metajurisprudencije opširno se govori u Dodatku, na samom kraju ove rasprave. Tamo će se, pored ostalog, ukazati na bliskost ove Lukićeve teze s već pominjanom Ostinovom idejom zajedničkih i nužnih pojmova. Ali kako se iz teksta vidi, Raz ne misli da teorija objašnjava *sve suštinske karakteristike*, već pre svega one koje „zbunjuju“ savremenike, i koje zbog toga motivišu jurisdudente da se njima pozabave (Raz. 2007. 2).

¹⁸ U tom smislu i Hartov *Concept of Law*, zapravo je jedna *Theory of Law*. O tome rečito svedoče i tri čuvena pitanja koja Hart postavlja na početku svog *The Concept of Law*, a koja se tiču prirode prava (Hart. 2013. 64-66), i na koja teži da odgovori ne samo rešavajući konceptualne probleme, već i posmatrajući sam fenomen (ukoliko se naravno zna šta treba posmatrati), samu socijalnu praksu ljudi.

¹⁹ Kao što sam pomenuo u prošlom poglavlju, ona je to čak i po samom svom nazivu.

moгуće je o pravu dosta znati, a opet ne razumeti ga sasvim. U tom slučaju, razumevanje se unapređuje tako što se znanje *produbljuje*, a ne tako što se proširuje (Duarte et al.. 2013. 1). Drugim rečima, tako što *teorijski osveščujemo* ono što tokom svakodnevnog upotrebe nekog pojma (mislamo da) “znamo”. Hart je to formulisao na sledeći način:

“[N]ije samo karakteristično za pravne koncepte, već i za mnoge koncepte u drugim disciplinama, kao i u svakodnevnom životu, da možemo njima da vladamo prilikom svakodnevnog upotrebe, ali da oni i pored toga zahtevaju razjašnjenje i to stoga jer nas zbunjuju čim nastojimo da *razumemo* naš vlastiti konceptualni aparat. Možemo biti u stanju da koristimo te koncepte, ali ne možemo reći ili opisati drugima pa čak ni sebi na razumljiv način kako to činimo. *Znamo*, ali ne *razumemo* u potpunosti čak ni sasvim bliske kategorije pravnog mišljenja, isto onako kao što žitelj nekog grada možda zna dobro, ali takoreći nesvesno, da se snađe po ulicama tog grada, ali nije u stanju da nacrti plan grada ili da drugome objasni kako da se snađe po tim istim ulicama. Bez sumnje, ova poteškoća čini filozofsko razjašnjavanje koncepta nužnim i filozofija je, uostalom, u toj poteškoći oduvek nalazila svoj glavni motiv, ono što je pokreće” (Hart. 1957. 964 – podvukao G.D.).

Nadalje, znanje u kontekstu teorije može da znači isto što i shvatanje određene kauzalne relacije. Kada se radi o pravu, to bi moglo da znači da shvatimo kako pravo nastaje, pod kojim uslovima ono uopšte može da nastane, i najzad kako pojedine okolnosti i uslovi utiču na izgled i život prava. Ovde je, dakle, reč o određenim empirijskim generalizacijama, koje bi imale formu sličnu formi prirodnih zakona u teorijama fizike ili biologije. Međutim, jurisprudenti nisu prevashodno zainteresovani za ovakvu vrstu znanja/razumevanja. Da li će, na primer, nezaposlenost povećati stopu izvršenja određenih krivičnih dela nije pitanje koje zanima pravnike-krivičare, bilo da su praktičari bilo da su teoretičari. Njih će najviše da zanima sadržina prava i *bolje razumevanje koncepta* koji se koriste u pravnoj praksi, a ne moć teorije da objasni izvesne kauzalne veze ili da predvidi buduće događaje. Razlog za to je, pre svega, u hermeneutičkoj prirodi koncepta prava o kojoj je maločas bilo govora.

Stoga, da bi se do razumevanja stiglo, pre svega je potrebno da se opiše način na koji pravo vide njegovi adresati. Ako želimo da *razumemo* pravo, da saznamo šta ono jeste i da shvatimo njegovu sadržinu, moramo dopreti do njegovog “unutrašnjeg” značenja, do značenja koje ono ima za neposredne učesnike. Jer kako kaže Vil Valučov, “nema sumnje da neko ko želi da razume socijalnu praksu kao što je pravo, treba da bude veoma dobro upoznat sa viđenjima prakse od strane samih učesnika te prakse” (Waluchow. 1994. 27). Iz ovoga proističe da je važna svrha pravne teorije da njene uvide, kada se sa njima suočimo, na osnovu iskustva koje imamo, prepoznamo kao ispravne. Na taj način, dolazi se do zaključka da *dobra teorija* pomaže da bolje razumemo vlastitu praksu. A bolje razumevajući vlastitu

praksu, bolje razumevamo sebe (Raz. 1996. 221-22). Da bi se taj cilj ostvario, pored ostalog, valja da razumemo koncepte koje učesnici u praksi koriste i formiraju. Tako dolazimo zapravo do jednog od glavnih zadataka svake teorije prava: do potrebe da se objasni konceptualni okvir koji se koristi u praksi prava, ali i da se taj konceptualni okvir usavrši ili revidira i da, pored toga, teorija pokuša da objasni i izoštri i sam koncept prava koji u datoj pravnoj kulturi preovladjuje.²⁰ A to je zadatak koji je po samoj svojoj prirodi dostižan, budući da pravo nije naturalistički fenomen, već je artefakt i da je, kao takvo, dostupno ljudskom saznanju i razumevanju.²¹ Rečju, pretpostavka je da oni koji su ga stvorili mogu i da ga razumeju. S druge strane, to ne znači da se ljudi generalno, a posebno jurisprudenti, ne spore i neće sporiti oko prirode prava, to jest oko njegovih suštinskih ili važnih karakteristika. Niti da će one koje su zaista suštinske ili važne svi prepoznati kao takve. Ipak, jedna pravna teorija koja ide za tim da bude potpuna (a da bi bila *dobra* teorija, ona to mora da bude) treba da ide za tim da odredi šta su nužne ili važne karakteristike prava i takođe da odredi u kakvim je sve odnosima pravo prema drugim, a naročito prema srodnim normativnim i socijalnim fenomenima (Green. 2008. 1041-42)

Najzad, zbog svega ovoga, primera radi, imperativna pravna teorija i biološka teorija evolucije nisu po svojoj prirodi istovetne, premda i jedna i druga nose naziv „teorije“. Dok

²⁰ Upravo zato se konceptualna analiza i smatra nezaobilaznim metodom jurisprudencije.

²¹ Shvatanje jurisprudencije po kojem ona teži *razumevanju* ljudskih radnji nije jedino, ali danas jeste dominantno. Njemu suprotno shvatanje mogli bi se nazvati bihejviorističkim ili “eksternalističkim”. Za njega je karakteristično da se pravni fenomen i njegove institucije posmatraju i proučavaju “izvana”, kao neka vrsta datosti čija prirodu i identitet nije u vezi sa stavovima ljudi i njihovim poimanjem tih fenomena i koje se mogu opservirati strogo empirijskim metodama. Predmet proučavanja u ovom slučaju bi bila samo spolja opaziva ljudska ponašanja i radnje (Meyerson. 2007. 2-3). To je naročito karakteritično za različite realističke pravne teorije. Ali kako Dworkin objašnjava: “[H]olms je bio taj koji je, mislim, bio najuticajniji zastupnik [...] “eksternalističke” pravne teorije: ipak, deprimirajući istorijat socio-teorijske jurisprudencije našeg veka opominje nas u kolikoj je zabludi bio” (Dworkin. 1986. 75). I stoga stoji kao koristan nauk jurisprudentima da “postoje dva intuitivna uvida koja treba očuvati i artikulirati. Prvi je da je pravo po svojoj prirodi intencionalni “entitet”, ili drugačije rečeno, intelektualni artefakt. A drugi je da se socijalni i institucionalni aspekt pravnog fenomena opire njegovom isključivo mentalnom objašnjenju. Zadovoljavajuća slika o pravu stiže se samo ako se ne izgubi iz vida nijeda od ova dva uvida” (Tuzet. 2007. 189). To je, uostalom, danas opšte mesto svake discipline koja posmatra ljudsko društvo. Jer, samo pukim posmatranjem neke radnje, na primer rukovanja, posmatrač nikako ne može da dopre do njenog smisla - da li je u pitanju način pozdravljanja, sklapanje ugovora ili opklada, on može razumeti samo ako ispita stavove ljudi i značenje koje oni pridaju pomenutom gestu.

naučna teorija ide za tim – i to su uostalom i uslovi za njenu valjanost – prvo, da tačno opiše određenu klasu opaženih događaja (u smislu kauzaliteta) i drugo, da pruži pouzdana predviđanja o tome kako će se ti ili slični događaji odvijati u budućnosti, pravna teorija kategorizuje i konceptualizuje određene pojave (pravo, pravdu, autoritet itd) na osnovu karakteristika koje poseduju i time nam pomaže da ih bolje *razumemo*.²²

Stoga su uslovi za njenu valjanost drugačiji. Da bi jedna pravna teorija bila uspešna, *dobra* teorija, prvi uslov je *deskriptivna adekvatnost*. Međutim, taj uslov kod pravnih teorija nije isti kao kod naučnih teorija, kod kojih postoje strogi kriterijumi podudarnosti teorije s realnim činjenicama. Naime, pravna teorija ne mora, kako je već opisano u prethodnom poglavlju, *u potpunosti da se poklapa s načinom na koji pravo posmatraju njegovi adresati*. Ona će biti deskriptivno adekvatna i ukoliko je iskazana “jezikom” koji poseduje dovoljno klasifikacija i koncepata da se unutar uobičajenog konceptualnog aparata opišu pojave koje ta teorija teži da opiše i sistematizuje, kako bismo ih bolje razumeli. “Na taj način, vokabular teorijskih termina i koncepata predstavlja sredstvo za razgraničenje i razvrstavanje pojava kojima se teorija bavi” (Scheffler. 1982. 37). Drugi uslov je eksplikativna moć teorije. Ovaj uslov nije apsolutan – on je samerljiv, to jest može biti ostvaren u manjoj ili većoj meri. Jedna teorija ima veću eksplikativnu snagu nego druga, njoj konkurentna ili ako (1) objašnjava *veći broj* činjenica ili ako (2) objašnjava isti opseg činjenica, ali na jednostavniji način²³, prostijim konceptualnim aparatom.

Konačno, ostaje pitanje kakvi tipovi pravnih teorija se u jurisprudenciji pojavljaju. U zavisnosti od filozofskog pristupa i korišćenih metoda sve pravne teorije možemo grubo da podelimo u tri vrste. *Konceptualno-analitičke* teorije polaze od činjenice da pravo obiluje apstraktnim pojmovima, da su oni često daleko od nedvosmislenih i da zbog svega toga moramo pažljivo i uporno da ih analiziramo i rasvetljavamo, kako bi ih bolje razumeli, ali kako bi nešto saznali i o *samoj prirodi* prava i njegovim *nužnim* odlikama. Druga vrsta teorija bi, pojednostavljeno rečeno, mogla da se nazove *deskriptivno-sociološkim* i njih odlikuje metodologija koja je karakteristična za sve empirijski orijentisane nauke. Temelj na kojem se one zasnivaju je da je pravo društvena činjenica, a da se čovek u pravu i društvu uopšte nalazi u nizu relacija koje se spolja mogu posmatrati, proučavati i objašnjavati. Najzad, poslednjem

²² Stoga, kako se iz ovoga što je upravo rečeno može videti, svrha jurisprudencije nije da nam pruža proverljive ili prediktivne teze, već da nam što bolje, jednostavnije i elegantnije objasni našu vlastitu socijalnu praksu.

²³ I u prirodnim, ali i u humanističkim disciplinama, odavno se smatra da jednostavna teorija ima prednost nad složenijom jer su manje mogućnosti nesporazuma koje ona donosi sa sobom i jer je njena proverljivost jednostavnija.

skupu pravnih teorija pripadaju one koje pravo posmatraju kroz prizmu morala, kao pojavu koja ima moralni značaj, ali i koja je na ovaj ili onaj način zasnovana na moralnim i drugim vrednostima. Te *normativno-analitičke* pravne teorije, danas, kao i oduvek, dolaze u liku raznih verzija jusnaturalizma.

U svakom od ovih *tipova* pravnih teorija dominiraju odgovarajuće *teze* ili *tvrdnje*, koje, do izvesne mere, respektivno, mogu takođe biti konceptualne (u konceptualno-analitičkim), empirijske (u sociološkim) ili normativne (u normativnim).²⁴ Kažem, do izvesne mere, jer ovde se, barem implicitno, smatraju razložnim i smislenim i oni teorijski poduhvati koji kao ishod imaju teorije o pravu (ili o pojedinim pravnim konceptima²⁵) koji sadrže različite vrste tvrdnji i prema tome, na neki način rezultiraju *mešovitim* teorijama. Ovo, pre svega, važi za teorije koje u sebi kombinuju konceptualne i empirijske teze. Tako, na primer, ako se *pravne* norme konceptualno odredjuju kroz njihovo dejstvo na ljudsko ponašanje (kako to, recimo, čini Raz kada o pravnim normama govori kao o isključujućim razlozima za delanje) nešto što konceptualno ne može da bude pravna norma (dakle, isključujući razlog za delanje) neće to moći da bude ni kontingentno, empirijski. Ipak, obrnuto ne stoji – nešto što se tako konceptualno karakteriše kao pravna norma ne mora u konkretnoj socijalnoj praksi da *dejstvuje* kao pravna norma. Upravo stoga, kombinacija ove dve vrste tvrdnji može da bude “dobitna” teorijska kombinacija. Ali mogu li se ove dve vrste tvrdnji uopšte „kombinovati“? O tome, i o drugim dilemama vezanim za metod konceptualne analize i za odnos konceptualnog i empirijskog u jurisprudenciji biće reči u poglavlju koje sledi.

²⁴ U čemu je tačno razlika između ova tri tipa tvrdnji, te kakav je njihov međusobni odnos, instruktivno govori Ken Hima, i to na primeru jedne Koulmenove teze o prirodi odštetnog prava u anglosaksonskom pravnom sistemu (Himma. 2002. 1130-1132). Inače u epistemologiji je odavno ustoličena razlika između konceptualnih i empirijskih iskaza. Postoje znanja koja su izvedena iz iskustva i znanja koja su, kako Kant kaže, znanja *a priori* koja nisu takva, to jest nisu izvedena iz iskustva. Za takve iskaze (analitičke, konceptualne), važno bi da su univerzalni i nužno istiniti, to jest da ne mogu da budu opovrgnuti bilo kojom posebnom činjenicom ili protivprimerom. Stoga, ako se neki iskaz zna *a priori* tada potvrda njegove valjanosti ne nastupa pomoću iskustva, već isključivo pomoću mišljenja (Hemlin. 2001. 231).

²⁵ Kao što će se pokazati u sedmoj glavi, posvećenoj jurisprudenciji na delu.

IV

Konceptualna analiza kao osnovni metod jurisprudencije

Metodologija prava se u kontinentalnoj, pa i u našoj akademskoj tradiciji pre svega posmatrala kao posebna pravna disciplina koja govori o metodama prava, a ne o pravu samom. Kada se radi o metodima prava, kako je već spominjano na samom početku, obično se govori o dve bitno različite pojave. Prvo su metodi stvaranja i primene prava, tako da u metodologiju prava ulazi i učenje o metodama ili sredstvima tumačenja prava, recimo. A drugo su metodi proučavanja prava, to jest metodi disciplina pravnog (sa)znanja (Lukić. 1978a. 14-15). Pošto je jurisprudencija takođe pravna disciplina onda je prirodno da se metodologija prava pozabavi i metodama same jurisprudencije. A pošto su metodi elementi pravnih disciplina, a ne elementi prava samog, onda je jasno zbog čega je metodološkim uvidima mesto u raspravi o metajurisprudenciji, a ne u samoj jurisprudenciji.

Kao što sam u drugom poglavlju obrazložio, jedan od glavnih zadataka jurisprudencije je da objasni konceptualni okvir koji se koristi u praksi prava (a vrlo često i da taj konceptualni okvir usavrši ili revidira), zatim da objasni i produbi sâm koncept prava koji u datoj pravnoj kulturi preovlađuje i najzad da posredstvom oblikovanog konceptualnog okvira objasni i sâmu prirodu prava kao socijalne institucije određenog tipa. Upravo stoga se danas *konceptualna analiza* i smatra nezaobilaznim metodom jurisprudencije.

1. Konceptualna analiza uopšte²⁶

Konceptualna analiza se smatra glavnim metodom analitičke filozofije (Jackson. 1998; Beaney. 2003), bilo da se ona posmatra kao proučavanje suštinskih, bilo kao proučavanje istaknutih, najvažnijih svojstava proučavanih koncepata. Dakle, u svom paradigmatičnom obliku, konceptualna analiza daje definicije koncepata ili u modernijoj verziji, otkriva ono što

²⁶ Konceptualna analiza je samo jedna od podvrsta analitičkog metoda koji se oduvek smatrao važnim metodom filozofskih istraživanja. Ipak, analiza uopšte se razume i praktikuje na različite načine. U najširem smislu, ona bi se mogla definisati kao “a process of isolating or working back to what is more fundamental by means of which something, initially taken as given, can be explained or reconstructed” (Beaney. 2014). Na ovom, inače važnom epistemološkom pitanju ipak se neću zadržavati, jer ono stoji izvan okvira ove rasprave.

je najočiglednije i najvažnije u vezi s određenim konceptom. Ovo „otkrivanje“, međutim, ne odvija se kroz bilo kakva empirijska proučavanja, već pre svega kroz analizu sadržine koncepta posredstvom intuicije (Jackson. 1998. 31), kroz provere „otkrivenih“ svojstava putem zamišljenih protivprimera u misaonim eksperimentima kao i kroz druge načine konceptualne analize.

U tradicionalnom pristupu konceptualnoj analizi smatralo se da su njeni rezultati analitički sudovi, koji su nužno istiniti. O analitičkim sudovima govorio je još Imanuel Kant. Za njega su to bili objašnjavajući, neempirijski sudovi, koji “[s]vojim predikatom ne dodaju pojmu subjekta ništa, već ga samo raščlanjivanjem deli u sastavne pojmove, koji su u njemu već bili zamišljeni (iako nejasno)” (Kant. 1990. 37).²⁷ Danas se, međutim, smatra (Oberdiek and Paterson. 2007) da konceptualna analiza jeste i nešto drugo, a ne isključivo potraga za analitičkim istinama. Ona opisuje ili definiše koncepte u terminima drugih koncepata, jedan manje jasan ili uopšteniji vokabular koncepata svodi na fundamentalniji (Jackson. 1998. 28). Na primer, kad opisuje mentalna stanja koristeći koncepte fizičkog sveta ili kad ne-moralnim rečnikom opisuje moralne probleme ili kad recimo, poput Ostina, analizira koncept prava, svodeći ga na empirijski “opipljivije” pojmove naredbe, pretnje i suverena. Takođe, ona razdvaja i povlači razlike između *povezanih* koncepata, *klasifikuje* ih sa različitih tačaka gledišta, utvrđuje logičke i druge implikacije koncepata, identifikuje i eliminiše tvrdnje koje nemaju smisla itd (Summers. 1968. 2). Osim toga, kao što sam već i pominjao, uopšte nije neizbežno da cilj analize bude samo otkrivanje suštinskih, *nužnih* karakteristika koncepta, analitičkih istina o konceptu, već to može da bude i izdvajanje onih *kontingentnih* (Giudice. 2011. 66. i.d.) i *važnih* (Schauer. 2010. 7-8) odlika koje opravdavaju postojanje jednog koncepta i koje pomažu da ga objasnimo.

Sve ove zadatke koji pred njim stoje, analitičar prevashodno obavlja oživljavajući, aktivirajući intuiciju, ono što je poznato o izvesnim konceptima i pojavama koje oni označavaju. Zbog toga je “obraćanje intuiciji [...] najistaknutija karakteristika konceptualne analize” (Farrell. 2006. 998). Drugim rečima, analizom treba kreirati takav opis koncepta koji se podudara s onim što nam naša intuicija govori o tom konceptu.” (Jackson. 1998. 28). Analitičar to čini, naravno i kroz analizu *jezičke upotrebe* termina, kojima se analizirani koncepti denotiraju, jer je jezik jedini medijum pomoću kojeg možemo da dopremo do sadržine koncepata i pomoću kojeg i iskazujemo naša intuitivna saznanja o konceptima. To znači da su prvobitna “meta”

²⁷ Podelu sudova na analitičke i sintetičke, a time i sam filozofski metod konceptualne analize, pokušao je da diskredituje Kvajn (*Quine*) u svom znamenitom članku *Two Dogmas of Empiricism* (Quine. 1951. 20-43).

konceptualne analize najčešće takozvani “folk” koncepti, oni koncepti koji su određeni situacijama na koje referišu termini koje većina ljudi upotrebljava da bi te situacije označila, opisala. Ovo se, pre svega, odnosi na takozvane *hermeneutičke koncepte* koji su već spominjani, a u koje spada i koncept prava. Ipak, treba istaći da predmet analize nije sam jezik, niti jedino upotreba nekog verbalnog iskaza, nekog termina. *Konceptualna analiza je konceptualna, a ne lingvistička analiza*. Njen metod se koristi da pojasni, sistematizuje i učini smislenim način na koji upotrebljavamo određeni termin, time što će učiniti eksplicitnim suštinske ili važne odlike koncepta koji dati termin denotira.

Konačno, važna odlika konceptualne analize jeste da je ona analiza *a priori*. Njome pokušavamo da razumemo i objasnimo koncepte, nezavisno od aktuelnog iskustva o stvarima koje oni označavaju.²⁸ *Konceptualnom analizom* opisujemo i objašnjavamo način na koji poimamo stvar, a ne opisujemo i ne objašnjavamo same stvari. I to činimo tako što proveravamo našu intuiciju o analiziranom konceptu i ispitujemo druge koncepte koje povezujemo s njim, ali sve to činimo mimo određenih empirijskih provera i upoređivanja.²⁹ Dakle, konceptualna analiza ograničava samu sebe na saznanja koja se tiču prevashodno konceptata, osvetljavajući njihovu sadržinu. “Konceptualna analiza ne iznosi tvrdnje o prirodi sveta. Njene su tvrdnje deskriptivne, ali one su deskriptivne u pogledu konceptata i njihove upotrebe a ne u pogledu sveta oko nas.” (Farell. 2006. 998-9).³⁰

Kako to izgleda na delu može se videti na jednom primeru.³¹ Recimo, da bismo analizirali koncept nehata potrebno je da proverimo našu intuiciju, kao i da ispitamo koncepte koje povezujemo s konceptom nehata. Posmatrajući upotrebu reči “nehat” mi takođe proveravamo i ispitujemo naša intuitivna saznanja o konceptu i otkrivamo, na primer, da je on povezan s konceptom razboritosti, dužnosti ili namere. Najzad, pri kraju analize, možemo zaključiti da je s nekim od ovih pojmova pojam nehata u slabijoj vezi a s nekim u bližoj, ili da je

²⁸ Bertrand Rasel je jednom prilikom konstatovao da je posao filozofa da otkriva istine o svetu razmišljajući, a ne opažajući.

²⁹ Istina, kada posmatramo i samu upotrebu reči (jer i ona nam govori o intuitivnom razumevanju tog pojma), onda na neki način već ulazimo u empirijsko proučavanje.

³⁰ Napomene radi, ovde se zastupa teza o takozvanoj „umerenoj“ (*modest*) ili „ne-ambicioznoj“ verziji konceptualne analize, naspram koje stoji tvrdnja da analizom konceptata ne govorimo samo o konceptima nego o svetu samom. Ovu drugu, „neumerenu“ (*immodest*) verziju konceptualne analize većina savremenih filozofa (up. na primer Jackson. 1998), a i jurisprudencija (Himma. 2014; Rodriguez- Blanco. 2003) odbacuje kao neutemeljenu.

³¹ Primer je pozajmljen iz Rodriguez-Blanco. 2003. 103. Bezbroj sličnih primera se može naći u radovima akademskih pravnika.

jednostavno potrebno prečistiti neke ustaljene stavove o tome i, na primer, nehat više vezati za “objektivni standard dužnosti”, nego za standard “razumnog čoveka”. O par primera konceptualne analize određenih pravnih pojmova na delu biće više reči u sedmom poglavlju.

2. Konceptualna analiza u jurisprudenciji

2.1. Postupak analize

Konceptualna analiza izoštrava naše razumevanje i znanje o *konceptima*. A jedino posredstvom konceptata, oblikujemo naše znanje o stvarima na koje se koncepti odnose. Ovo bolje razumevanje zapravo znači da se ono što koncept koji je u upotrebi (recimo koncept prava) prećutno sadrži, iznosi na videlo, da se posredstvom intuicije analiziraju slučajevi koje dati koncept jasno i nesumnjivo “pokriva” i da se tako otkriva ona unutrašnja struktura (o kojoj je bilo reči) ili zajednička svojstva koja postoje u svim tim “jasnim” slučajevima, a koja predstavljaju sadržinu datog koncepta. Ovo nam pak donosi i jedan dodatni dobitak: dobro objašnjen koncept pomaže nam da dobijemo odgovore koji se tiču i onih slučajeva koji su prethodno bili granični, koji su nejasni, za koje nismo bili načisto da li ih dati koncept pokriva, opisuje ili ne. Kao što to kaže Kamins, konceptualna analiza nam omogućava da dodjemo do saznanja koja “prave most preko kojeg se relativna izvesnost koju imamo u vezi s jasnim slučajevima prenosi ka nejasnim slučajevima.” (Cummins. 1998. 114).

Napred je već naznačeno da se pri konceptualnoj analizi pre svega gleda na takozvanu uobičajenu upotrebu i shvatanje koncepta (takozvani “folk” koncept) koje postoji u zajednici, a taj stav naročito i utoliko pre važi za koncept prava, koji je hermeneutički koncept. Svi socijalni akteri poimaju, ili mogu da pojme pravne fenomene, oni s tim pojmovima “operišu”, koriste ih u socijalnom ophođenju. Koncept prava nije, dakle, *samo* proizvod pravne teorije. To je koncept koji nastaje i pod uticajem pravne prakse, kulture jedne zajednice, koncept koji se istorijski menja. Ne samo da je pravo tvorevina društva, već je i koncept prava to isto. Različite kulture mogu da imaju različite pravne institucije, ali i različite koncepte prava. Tim pre, u jednoj istoj kulturi moguće je da postoje različiti koncepti prava u različita vremena. To je čak i sasvim očekivana pojava, ako se ima u vidu da je pravo socijalna institucija koja je veoma podložna promenama. Iz ovoga, takođe, proizilazi da jedno društvo može da ima pravne institucije a da ne poseduje i koncept prava ili da raširen koncept prava ne odražava

precizno ili adekvatno sam fenomen prava. Nastojeći da unapredi naše razumevanje prirode prava, jurisprudencija nastoji i da *naš* koncept prava prečisti, otkloni nelogičnosti itd. Ali ona taj koncept ne kreira „ni iz čega“. On najčešće postoji i nezavisno od nje (Raz. 2001. 35-36). Koncept prava (kao koncept koji označava jedan tip društvene institucije) nije, prema tome, invencija jurisprudencije, još manje pozitivnopravnih nauka i nije koncept koji samo treba da lakše objasni određeni društveni fenomen. To nije ni koncept koji nastaje i živi samo među zvaničnicima sistema.³² Iznad svega, reč je o konceptu koji je deo kulture društva, njegovog samorazumevanja. Njega koriste članovi zajednice da bi označili jednu socijalnu instituciju koja im je manje više prilično poznata. Samo prepoznavanje prava kao socijalne ustanove i prakse ne dolazi spolja, već je ono rezultat samosvesti društvenih aktera i načina na koji oni intuitivno razumeju i poimaju sopstveno društvo. I pored ostalog, kako je već u drugom poglavlju objašnjeno, *sama ta (samo)svest predstavlja deo proučavanja prava* (Raz. 2004. 331).

Prema tome, zbog napred pomenutih odlika prava kao fenomena, nisu (samo) juristički *ovlašćeni* (privilegovani itd) da oblikuju koncept prava.³³ Ali kakva je onda uloga *jurisprudencije* u oblikovanju koncepta prava? Kako nam, recimo, Hartov primer pokazuje, istina je da oni u analizi polaze od nečega što bi se moglo okarakterisati kao “običan” ili “folk” koncept – koncept koji je, po Hartovom mišljenju poznat “svakom obrazovanom čoveku” (Hart. 2013. 61). Međutim, oni ne ostaju na tome. “Običan” koncept kao početni predmet analize je, da se poslužim jednom metaforom, nalik neizostrenoj fotografiji ili još bolje, “fotorobotu” pomoću kojeg očevici opisuju stvaran “lik” koji pravni fenomen ima po

³² Nameće se pitanje nisu li možda, kada je reč o pravu, sudovi (sudije), kao nesumnjivo najznačajnije *pravne* institucije u većini pravnih sistema, u posebnom položaju kada se ispituje značenje pravnih koncepata. Ovakav stav deluje uverljivo, jer prilikom rešavanja sporova sudovi često koriste izvesne koncepte, bilo da su oni formirani izvan pravosuđa, bilo da ih formira sâmo pravosuđe. To važi, kako za manje opšte pojmove (na primer šteta, nehat, stvar itd) tako i za sam koncept prava. I jasno je da sudsko poimanje određenog koncepta može da utiče na to kako će on biti shvaćen i izvan sudova ili, u najmanju ruku, da utiče na formiranje zasebnog, pravno-tehničkog značenja izvesnog pojma, različitog od njegovog uobičajenog značenja u prirodnom jeziku. Međutim, koncept prava je u jednom dubljem smislu deo poimanja naše socijalne prakse. U njegovom određivanju niko nema više “prava” od ostalih. On se koristi od strane svih (a posebno od strane profesionalnih pravnika) da označi jednu naročitu društvenu instituciju. On se ne upotrebljava samo u sudovima, niti se pomoću njega objašnjava ili bolje razume samo aktuelno pravo (Raz. 2004. 334).

³³ “Malo je razloga da se misli kako je “pravo” vrsta termina čije utvrđivanje značenje ljudi prepuštaju ili treba da prepuste “ekspertima” – iako naravno oni često prepuštaju “eskpertima” da odrede šta *pojedinačno pravno pravilo* ili skup pravila znače” (Coleman and Simchen. 2003. 14-28).

njihovom vidjenju. A konceptualna analiza kojom se jurisprudent bavi je tu da sliku izoštri, da taj “fotorobot” dovede do nivoa jasne fotografije koja bi onda, da tako kažem, mogla da se stavi recimo na poternicu i uz pomoć koje može da se prepozna i razume stvarni fenomen kada se s njim suočavamo.

To izoštravanje odvija se kroz ono što je maločas opisano kao srž konceptualne analize. Polazeći od jezičke upotrebe i lingvističke prakse, pomoću intuicije analizira se dati termin – koncept, on se svodi na *fundamentalniji vokabular*, porede se jasne situacije koje su njime “pokrivene” s mogućim ili zamišljenim ili graničnim slučajevima i najzad, pokušava da mu se nađe mesto u mreži srodnih pojmova i da se on koherentno uklopi u tu mrežu. Kao klasičan primer konceptualne analize u jurisprudenciji može da nam posluži upravo Hartov *Pojam prava*. Njegova analiza, po sopstvenom samorazumevanju, treba da nam razjasni koncepte koji konstituišu okvir našeg pravnog mišljenja (Hart. 2013. 7, 141, 213). A ona to čini tako što, prvo, sam pojam prava objašnjava u terminima temeljnijih pojmova³⁴ (primarnih i sekundarnih pravila, pravila priznanja, internog stajališta itd), drugo, što razmatrajući stavove ljudi prema pravu u pomoć priziva intuiciju koja nam otkriva kako koristimo reči i jezik i tako otkriva kako vidimo samo pravo, ali svagda imajući pred sobom cilj da time uveća naše razumevanje prava, a ne da se bavi značenjem bilo kog termina, pa ni termina “pravo”.³⁵ Takođe, primenjujući misaoni eksperiment, zamišljajući moguće slučajeve i protivprimere, Hart diskredituje Ostinovu pravnu teoriju kao nemoćnu da objasni izvesne fenomene koji se smatraju pravnim, poput postojanja ovlašćujućih normi, običajnog prava, kontinuiteta pravnog poretka itd (Hart. 2013. 77-137).

³⁴ Možda Gardner!!!!

³⁵ “[S]vrha [knjige] nije da pruži definiciju prava, koja bi poslužila kao kriterijum ispravne upotrebe te reči: njena svrha je da unapredi pravnu teoriju, dajući poboljšanu analizu osobene strukture unutrašnjeg pravnog sistema i nudeći bolje razumevanje sličnosti i razlika između prava, prinude i morala, kao vrsti društvenih pojava“ (Hart. 2013. 75 - podvukao G.D.).

2.2. Analiza koncepta prava nije leksikografija

Premda konceptualnom analizom nastojimo da uvećamo naša saznanja o tome kako se u odgovarajućoj zajednici koriste određene reči i da poboljšamo razumevanje koncepata koje one denotiraju, ona nije isto, kako je već rečeno, što i lingvistička analiza ili još prostije leksikografija (ili, kako kažu neki kritičari, “preuveličana leksikografija”). Isto tako, ni konceptualna analiza u jurisprudenciji nije samo leksikografska analiza upotrebe termina “pravo” ili bilo kog drugog termina kojim denotiramo pravne koncepte - na primer termina “šteta”, “odgovornost”, “delo”, “uzročnost” itd (Leiter. 2003. 45).

Ipak, ovako nije mislio i Ronald Dworkin kada je, upravo povodom ovog pitanja, pokrenuo jednu od zanimljivijih debata u savremenoj pravnoj filozofiji. A osnov za tu debatu je bio argument, koji je on nazvao “semantička žaoka.”. Naime, Dworkin je Hartovu teoriju (kao i neke druge pravne teorije, pa i prirodnopravnu) nazvao semantičkom, to jest teorijom koja opisuje značenje reči “pravo” (Dworkin. 1986. 31-44). Po njemu, semantičke teorije karakteriše takozvani “kriterijumistički” (*criterial*) prilaz, prema kojem je značenje termina određeno opšteprihvaćenim *kriterijumom* za njegovu primenu. Tako je i značenje izraza “pravo” utvrđeno skupom kriterijuma koji određuju uslove koji moraju biti zadovoljeni, kako bi se taj izraz ispravno upotrebljavao. A glavni zadatak jurisprudencije, iz ugla semantičkih teorija, jeste da utvrde taj skup kriterijuma.

Ono što Dworkin najviše zamera navodnim semantičkim teorijama, pa i Hartovoj, jeste da one nisu u stanju da objasne neslaganja koja između pravnika, sudija i pravnih teoretičara postoje u pitanju šta je pravo. One ovo nisu u stanju, jer (pogrešno) pretpostavljaju da članovi lingvističke zajednice, a povrh svega pravni adresati, poseduje zajedničke i opšteusvojene kriterijume za upotrebu termina “pravo”.³⁶ Kako pozitivisti smatraju da ovi kriterijumi nesumnjivo postoje i da vešti pravници, sudije ili profesori samo treba da ih utvrde, to je jasno da se *sva neslaganja* o pravu ili tiču graničnih slučajeva³⁷ ili da i nisu stvarna neslaganja, jer oni i ne dele zajedničke kriterijume i prema tome, nisu u poziciji da se ne slažu oko jedne iste

³⁶ Ovaj argument Dworkin koristi podjednako na primenu termina “pravo” u rečenicama praktičara kada oni utvrđuju “šta je pravo” u konkretnom slučaju, kao i na sam koncept prava, kojim se bavi jurisprudencija.

³⁷ Kao primer ovakve vrste neslaganja Dworkin navodi spor između dve osobe o tome koliko na jednoj polici ima knjiga. Taj spor je moguć samo ukoliko se vodi oko graničnih slučajeva (recimo, da li je tanka knjiga knjiga ili pamflet) ali ne i ako se raspravlja o jezgu semantičkog značenja, pa se recimo dovodi u pitanje da li je *Mobi Dik* knjiga, jer se novele ne smataju knjigama (Dworkin. 1986. 45).

stvari, već govore o različitim stvarima. I Dworkin upravo ističe da je takav zaključak neprihvatljiv, jer takav opis neslaganja o pravu nastoji da prikrije ili da na pogrešan način objasni onu vrstu neslaganja o kojoj se u pravnim pitanjima obično radi, a koju on naziva *teorijskim neslaganjem*.³⁸ Na taj način, zaključuje svoj argument Dworkin, semantičke teorije ne uspevaju adekvatno da objasne fenomen prava.

Danas je među pozitivistima ova Dworkinova kritika odbačena.³⁹ Po mišljenju samog Harta njegova teorija nikada nije bila puka leksikografija, kako mu je to imputirao Dworkin. A s tim mišljenjem se slažu i drugi istaknuti autori poput Raza, Lajtera, Koulmena, Marmora, Valučova itd. Tako, na primer, Valučov kaže: „Hart nije bio lakomislen, da bi verovao da je jedina vrsta deskriptivne teorije koja je moguća ona koja bi se ticala prikladnosti jezičke upotrebe. Kao što je uvek bio po tom pitanju jasan, njegov cilj je bio da koristi jezičku analizu kao jedan od mnogih alata za razvijanje deskriptivno/eksplikativne, konceptualne teorije prava. Zato se, na primer, uvek opirao bilo kakvoj primisli da se njegova teorija posmatra kao semantička teorija. Njegova teorija je zamišljena da bude deskriptivna sociologija, a ne deskriptivna lingvistika“ (Waluchow. 1998. 410). Terminologija, leksikografija, značenje reči mogu biti korisni za analizu, ali nisu cilj analize, još manje cilj jurisprudencije. I sam Hart nigde u *Pojmu prava* ne objašnjava značenja koja reč „pravo“ (*law*) ima u različitim kontekstima niti mu je cilj da bilo šta kaže recimo o božanskom pravu ili o logičkim zakonima (*laws*), prirodnim zakonima itd, dakle, o svim mogućim značenjima te reči u različitim kontekstima njene raznovrsne upotrebe. I premda je dobro poznato kako Hart smatra analizu jezika⁴⁰ i njegove upotrebe elementom konceptualne analize, ona se kod

³⁸ Teorijskim Dworkin naziva ona neslaganja koja među pravnicima (i praktičarima i teoretičarima) postoje oko sâmih osnova (izvora) prava i zbog kojih je i sâm odgovor na pitanje „šta je pravo u konkretnom slučaju?“ sporan. Kao primere teorijskog neslaganja on analizira nekoliko poznatih sudskih odluka u SAD (*Rigs v Palmer*, *Tennessee Valley Authority v Hill*, *Brown v Board od Education*) u kojima su sudeće sudije iznele upravo ovakva neslaganja (Dworkin. 1986. 15-30). Moglo bi se reći da su teorijska neslaganja jedna vrsta neslaganja oko sâme prirode prava.

³⁹ Iako zvuči neobično, ta kritika je donekle bila osporena i pre nego što je uopšte nastala. Naime, govoreći o zadatku konceptualne analize, Robert Samers je mnogo pre nastanke Dworkinove kritike rekao da se on ne sastoji u analizi uobičajene upotrebe reči, već u analizi *pravnih koncepata* (pa i samog koncepta prava) koje koriste pre svega profesionalni pravници, sudije, advokati i sl. Osim toga, radi se o tome da se ne analiziraju sva moguća značenja sâme reči, već se analizira njihova upotreba prilikom denotiranja izvesnog koncepta – dakle, analiza se bavi konceptima i upotrebom reči da se oni označe, a ne rečima kao takvim (Summers. 1968. 16).

⁴⁰ Lesli Grin, recimo, smatra da se precenjuje uloga koju filozofija običnog jezika igra u Hartovoj teoriji (Green. 1996. 1688). Čini se da je Grin donekle u pravu, jer se u *Pojmu prava* takva vrsta argumenta retko pojavljuje:

njega ne završava na pukom ispitivanju značenja bilo koje reči, već ide dalje, njegova metodologija je više od toga i to je glavni razlog zbog kojeg je pogrešno njegovu verziju pozitivizma (a zajedno s njom i sve slične teorije) nazivati „semantičkim teorijama“.

Osim toga, leksikografija nikada nema ambiciju da otkriva bilo kakve zajedničke karakteristike koje povezuju pojave koje se označavaju istom rečju čije značenje ona teži da zabeleži. Iz toga sledi da, pošto takve skrivene veze i svojstva ne utvrđuje, leksikografija nije u stanju da odredi kako se i da li se jedna reč koristi adekvatno kada se radi o onim slučajevima koji nisu “centralni”, kada njena primena nije nesumnjiva svima i jasna za sve. U tom smislu konceptualna analiza nemerljivo više doprinosi razumevanju fenomena i institucija koje rečima označavamo, nego bilo koja leksikografija. A ovo je, čini se, vidljivo već i na prvi pogled, ako se recimo uporedi, šta o terminu “pravo” kaže neki rečnik, a šta o konceptu *pravo* kažu, na primer, Hart i Kelzen.

Dakle, iako konceptualna analiza teži da utvrdi značenje jednog koncepta koje on ima u praktičkoj upotrebi, to ne znači da je cilj baciti jasnije svetlo na *samu tu reč* kojom se koncept označava, na njeno leksičko značenje, već je cilj da se rasvetli sadržaj koncepta, a dalje, na osnovu njega i sam fenomen socijalne prakse koji dotičnim konceptom (u slučaju jurisprudencije, konceptom prava) poimamo. Izložiti koncept, znači izložiti neke od suštinskih ili važnih karakteristika fenomena ili najšire govoreći, nastojati razumeti ono čega je koncept koncept. Jednim delom, to razumevanje u sebe uključuje i uslove pod kojima se reč „pravo“ ispravno upotrebljava, ali samo jednim delom.⁴¹ Jer, mi nismo robovi reči, već pomoću analize njihove upotrebe treba bolje da razumemo “naš” koncept, a onda i fenomen koji on opisuje, a na taj način i naše društvo i njegove institucij (Raz. 1979. 41).

možda je najizrazitiji primer kada Hart pominje razliku koja u običnom jeziku postoji između “imati obavezu” (*having an “obligation”*) i biti prinuđen (*being “obliged”*) kako bi pokazao deficite Ostinove analize pojma prava (Hart. 2013. 142). Ali uprkos tome, ne treba potceniti poverenje koje Hart iskazuje prema moći jezika da nam pruži određene, pa i važne uvide vezane za socijalnu stvarnost.

⁴¹ “A lexicographer who defines law as, say, “norms enforced by the state” has obviously fallen far short of giving even the beginning of a philosophical analysis of the concept of law. But it does entail that the content of concepts describing socially constructed reality (as opposed, I suppose, to natural-kind terms, like “water”) must cohere with the core content of our shared linguistic practices” (Himma. 2007b. 23).

3. Odnos konceptualne i empirijske analize u jurisprudenciji

Tokom izlaganju u prethodnom poglavlju⁴² notirano je da čovek teško može da *poima* svet oko sebe ako se ne koristi konceptima i ako ne razume mehanizam kako oni nastaju i šta oni označavaju. Osim toga, u prethodnom odeljku je podvučeno da konceptualna analiza ne služi otkrivanju leksičkog značenja koncepata, već da je njen cilj da razjasni njihov sadržaj, a time *i suštinske karakteristike pojave koju tim pojmom poimamo*. Prema tome, konceptualna analiza nije leksikografija i ona, u krajnjoj liniji, treba da izoštri našu svest o fenomenima koje konceptima poimamo. Ali kako da nas do takve svesti dovede metod koji direktno ne posmatra pojave? Metod koji se ne bavi pojavama nego konceptima o njima i čiji analitički uvidi govore o konceptima sâmim, a ne o svetu izvan njih? Ne pretvara li se sama jurisprudencija u jednu vrstu sholastike ako je njen glavni metod konceptualna analiza i ako analiza koncepata u potpunosti zamenjuje direktno posmatranje fenomena koje tim konceptima poimamo?⁴³ Ako ove divergentne uvide i pitanja koja iz njih proističu sumiram u jednu ključnu dilemu ona bi glasila: kako se koncepti, teze i teorije jurisprudencije “susreću” s iskustvom o kojem pretenduju nešto da kažu, kad se do tih koncepata, teza i teorija najposle, dolazi (barem u analitičkoj jurisprudenciji) metodom koji nije iskustven? O toj dilemi će biti reči u ovom odeljku.⁴⁴

Kao što je to još Aristotel utvrdio, zabluda i istina nisu svojstva stvari, niti se “nalaze” u njima, već istina i neistina leže u razumu, tačnije u odnosima između pojmova. Jedna je tvrdnja, veli on, istinita ukoliko odnos između pojmova odgovara određenom odnosu stvari. U suprotnom tvrdnja je neistinita (Aristotel. 2007. 1027b25). Nema na ovom mestu potrebe da se detaljnije bavim ispravnošću ove teze i teorijom istine generalno, već ona samo treba da skrene pažnju na trivijalnu činjenicu da se svaka disciplina ljudskog znanja, pa prema tome i jurisprudencija, bavi pre svega pojmovima i tvrdnjama, a ne samim stvarima *neposredno*. A posredstvom kreiranja odgovarajućih teorija i koncepata svaka disciplina znanja nastoji da nam otkrije istine o predmetu kojim se bavi.⁴⁵

⁴² V. odeljak o konceptima uopšte.

⁴³ Pošto je, podsećam, analiza opis pojmova, a ne opis stvari koje pojmom poimamo.

⁴⁴ Bix formuliše ovu dilemu na sledeći način: “[t]o say that conceptual analysis *is* connected with lived experience in some ways leads reasonably to the question - *a surprisingly difficult one* - of what that connection is” (Bix. 2003. 546 – podvukao G.D.).

⁴⁵ A da je o pravu, kao podvrsti institucionalnih fakata, moguće iznositi tvrdnje koje su (ne)istinite, to je

U tom smislu, kao što je pokazano u prethodnom poglavlju, i jurisprudencija nastoji da dođe do teorije o pravu i do koncepta prava. Drugim rečima, ona ide za tim da postavi određene *konceptualne tvrdnje* o pravu. One su konceptualne jer opisuju nužne ili suštinske karakteristike neke stvari, a kako nam skreće pažnju Šapiro, i nužne implikacije koje te karakteristike povlače za sobom.⁴⁶ Tako su, recimo, teze Ostina o centralnim elementima prava (suveren, zapovest, naviknuta poslušnost) konceptualne, jer to znači da su oni prisutni u bilo kojem (ne samo postojećem već i svakom zamislivom) pravnom sistemu i da kada su one prisutne to opravdava opis takvog sistema kao pravnog sistema, a kada neki od tih elemenata ne postoji onda zapravo u tom slučaju ne postoji ni pravo. Postoji ovde jedna razlika koju treba imati na umu, a koja je već spominjana, a to je razlika između *konceptualnih i empirijskih tvrdnji*. Naime, reći da je tvrdnja X konceptualna znači zapravo reći da je tvrdnja X istinita u celini i *samo* zbog sadržine koncepta koji su u takvoj tvrdnji X upotrebljeni. Logička veza između sadržine koncepta „neženje“ i sadržine koncepta „muškarca“ i „nevenčanog“ je takva da je *samo zbog te veze* istinita tvrdnja da je „neženja nevenčan muškarac“. A ovakve tvrdnje koje su isitinite samo kao konceptualne, mogu biti takve i kada se odnose na nešto što čak pouzdano znamo da empirijski ne postoji (na primer, kad izričemo neke tvrdnje o jednorozima ili vešticama).

S druge strane, postoji druga vrsta tvrdnji - empirijske tvrdnje. One su kontingentne, iskustvene i do njih se dolazi empirijskim posmatranjima, različitim statističkim analizama i drugim metodama empirijskog istraživanja. Takva je, na primer, tvrdnja da pravo u većini slučajeva podrazumeva postojanje institucije koja je “zadužena” da rešava sporove. Kontingentnost ove tvrdnje je u tome što neki poreci mogu da se smatraju pravnim, a da rešavanje sporova ne pripada bilo kojoj socijalnoj instituciji, već da je ono prepušteno, na primer, nekoj formi božijeg suda. Takođe, takva jedna tvrdnja ne govori o tome da li jedan pravni poredak *treba da ima* takvu instituciju, da bi bio delotvoran i efikasan, da bi bio poredak i da bi bio pravni. Najzad, ona je empirijska tvrdnja, jer je nesporno da najveći broj onih socijalnih poredaka koje su njihovi adresati smatrali pravnim i koji to po svim drugim karakteristikama jesu bili pravni, posedovao (neku vrstu) institucije “nepriistrasnog trećeg”, koja je na ovaj ili onaj način rešavala sporove (a što je najčešće podrazumevalo i izricanje

spomenuto već u drugom poglavlju ove rasprave.

⁴⁶ Ili kako to Šapiro doslovno kaže “[I]n these instances, we are not so much interested in what makes the object the thing that it is but rather in what *necessarily follows from* the fact that it is what it is and not something else.” (Shapiro. 2011. 9).

određenih sankcija).⁴⁷

Napetost između ove dve vrste tvrdnji ili teza u jurisprudenciji (kao i između dva različita metoda, kojima se dolazi do ovih dveju vrsti tvrdnji) jeste već podvučena u odeljku u kojem se govori o samoj prirodi jurisprudencije.⁴⁸ Dakle, čini se da je ta napetost u samom jezgru jurisprudencije kao discipline, u njenoj prirodi. Može li se ta napetost ublažiti? Jer, čini se da za jurisprudenciju nije plodotvorno da ona stalno postoji i da razlika između konceptualnog i empirijskog, nužnog i kontingentnog, najposle između filozofskog i naučnog bude nepremostiva. Nemajući ni namere ni veštine da tu ključnu napetost u ovoj raspravi načelno razrešavam, samo ću opisati dva “posla” kojima se juriprudenti nesumnjivo i permanentno bave, a koji se po mom sudu, ne mogu valjano obaviti bez (po)vezivanja između konceptualnog i empirijskog – i gde se, zapravo, ono uistinu i dešava. Kao ilustraciju za to (po)vezivanje pomenuću dve tačke u kojima se konceptualna analiza i empirijski metod presecaju i na kojima (treba da) se susreću.⁴⁹

Prva se odnosi na posebnu vrstu koncepata – to su teorijski koncepti. Radi se o konceptima koje formira sama jurisprudencija, koji ne postoje u pravnoj praksi, nego služe kao gradivno sredstvo za pravnu teoriju,⁵⁰ ali svagda i u “službi” boljeg razumevanja prakse prava (Summers. 1968. 2). Kada jurisprudencija dela na ovaj način, na ovom stupnju teoretisanja

⁴⁷ Ono što je, recimo, svojevremeno Radomir Lukić (Lukić. 1982. 1-47) označio kao zajedničke karakteristike pojma prava, zapravo su najvećim delom bile empirijske, a ne konceptualne konstatacije, ali jesu osnova za koncept prava utoliko što većina tih karakteristika zapravo predstavlja truizme o pravu, ono što intuicija pred nas iznosi, obično kao nesporno, nesumnjivo svojstvo prava. A kao što je već napomenuto, svaka konceptualna analiza polazi od intuitivnih predstava i štaviše teži da koncept do kojeg stiže, tim predstavama ne protivureći već da ih obuhvati i „objasni“.

⁴⁸ I tamo je nagovešteno da se u poslednjih pola veka, od Harta na ovamo, u pravnoj teoriji i filozofiji desio preokret od empirijskih ka konceptualnim istraživanjima.

⁴⁹ Ovom prilikom se neću vraćati na nešto što sam već detaljno objašnjavao i u čemu se sasvim jasno uočava veza između konceptualnog i empirijskog, a to je početna tačka od koje kreće teoretisanje u pravu. Naime, ta početna tačka je, kao što je isticano, identifikacija *postojećeg* termina-koncepta i njegove upotrebe. Ona služi juriprudentu da okvirno odredi predmet svog proučavanja i bez sumnje zahteva neku vrstu empirijskog istraživanja.

⁵⁰ Ne treba zaboraviti da teorije “dejavuju” posredstvom koncepata, a koncepti jesu gradivno tkivo teorija, baš kao što su reči gradivno tkivo jezika. “Koncepti mogu da konstituišu teoriju, a teorija je za koncepte isto što i jezik za reči: ona ih uređuje, organizuje, postavlja pravila i pravilnosti, sistematizuje ih...” (Freedon. 1996. 48). I kao što reči dobijaju svoje puno značenje tek u kontekstu pravila određenog jezika, tako i koncepti dobijaju svoj puni sadržaj tek iz perspektive koherentne teorije.

(formiranja teorijskih koncepata) kruto razlikovanje između konceptualnog i empirijskog metoda kao i oštro odvajanje konceptualnih i empirijskih tvrdnji nije održivo. Kad smo na tom nivou teorijskog delanja uvek smo na sredokraći između ispitivanja sâmog fenomena i nastojanja da definicijom teorijskog koncepta obuhvatimo njegove suštinske karakteristike. Osim toga, provera deskriptivne adekvatnosti teorija koje (uvek) sadrže teorijske koncepte nije moguća bez empirijskih posmatranja i analiza (Moore. 2002. 99).⁵¹

U prilog ovoj tvrdnji navešću jedan primer. To je Hartova tvrdnja da svi moderni unutrašnji pravni poreci poseduju takozvano “pravilo priznanja” (Hart. 2013. 159-183). Ta tvrdnja se može tumačiti tako da se kroz ovaj *novi teorijski koncept* formuliše i jedna empirijska tvrdnja o *tim* porecima. I stoga, iako “pravilo priznanja” nije koncept koji učesnici u praksi modernih pravnih sistema koriste, sadržina ovog koncepta i odgovarajuće tvrdnje *može da bude empirijski proverena*. Jer, on objašnjava pravo kao jedan institucionalni fakt, kao socijalnu pojavu zasnovanu na konvencionalnom pravilu koje usvaja i praktikuje jedna grupa ljudi unutar zajednice (zvaničnici sistema) i koje je Hart konceptualizovao kroz koncept “pravila priznanja”. I takvu vrstu *provere* je u skorije vreme je jedan broj jurisprudencata i preduzeo, kada je u pitanju američki pravni sistem (Adler. 2006; Carey. 2009; Himma. 2009)⁵²

Druga moguća tačka presecanja konceptualnog i empirijskog nalazi se u domenu onoga što Nikola Lejsi naziva “specijalna jurisprudencija”.⁵³ Ona tvrdi da se međusobna zavisnost konceptualno-analitičkog i empirijskog i društvenog aspekta jurisprudencije može bolje uočiti u “mikro”, nego u “makro” pravnoj teoriji⁵⁴ (Lacey. 2006. 947). Primera radi, Lejsi navodi Hartovu analizu koncepata kao što su uzročnost, namera, nehat u kojoj je veza između pomenuta dva aspekta i metoda jurisprudencije mnogo čvršća, nego u slučaju koncepta prava ili pravnog važenja (Lacey. 2006. 947). Uz to, dodaje Lejsi, isto važi i kada se prilikom pravnog teoretisanja ispituju društveni temelji prava – njegove institucionalne forme i naročito različite društvene funkcije različitih tipova pravila (Lacey. 2006. 957). A to naročito važi kada se „izade“ iz sâmog prava i kada ga jurisprudenti promišljaju u širem političkom, institucionalnom ili normativnom kontekstu, to jest kada posmatraju veze prava i

⁵¹ I to važi za teoretisanje o bilo kom pravnom konceptu koji je nov ili je u procesu formiranja (up. Moore; 2002. 98; Bix. 2003. 543) To će biti jasno vidljivo u sedmom poglavlju na primeru koncepta kolektivnih prava.

⁵² Niz radova na ovu temu je prikupljen i objavljen u Adler and Himma. 2009.

⁵³ U ovom kontekstu termin „specijalna“ znači da se teoretisanje unutar jurisprudencije ne odnosi na njen glavni predmet (prirodu prava) već na neke uže, manje „epske“ teme i koncepte.

⁵⁴ I na ovom mestu ponovo upućujem na analizu koja je izvedena u prvom delu glave sedam, a koja se tiče jedne „mikro“ pravne teorije.

drugih srodnih društvenih pojava – korelacije prava i srodnih fenomena nije moguće utvrđivati bez ozbiljnih empirijskih istraživanja, smatra Lejsi (Lacey. 2006. 960).

Najzad, na osnovu svega što je rečeno čini mi se prikladnim da se još jednom poslužim malopredašnjom metaforom: konceptualna analiza može da nas dovede do izoštrene slike koncepta, ali baš kao što lovac na ucenjene traga za čovekom s poternice, a ne za njegovom slikom s poternice, tako će i mnogi jurisprudenti ići dalje u potragu za fenomenom, ne ostajući samo na izoštravanju njegove slike, na taj način dodajući jurisprudenciji jednu crtu empirijske discipline.⁵⁵ Istina je da oni neće stići u toj potrazi daleko, ako zanemare bitne crte “lica” s poternice, za kojim tragaju. Ali, kako je već na jednom ranijem mestu u raspravi rečeno, Šauer nas s pravom opominje da je “kamen mudrosti” jurisprudencije, kao pravnoteorijske discipline u tome da na najbolji način iskoristi uvide s različitih tačaka gledišta, jer će tako najbolje moći da unapredi naše razumevanje pravnog fenomena. Zato je pretenzija konceptualne analize da bude ekskluzivni metod jurisprudencije nepoželjna, jer može da dovede do potcenjivanja važnih teorijskih uvida, koji nisu ili ne moraju biti striktno analitički i konceptualni (Schauer. 2006. 862).

⁵⁵ Kao što je već spomenuto, za takozvanu *naturalizaciju* jurisprudencije danas se najviše zalaže Brajan Lajter. On se, inače, najviše usredsredio na pravosuđe i pravno rezonovanje sudova, kao pravni fenomen koji najbolje, po njegovom sudu potvrđuje opravdanost naturalističke epistemologije (za Lajterove epistemološke teze up. Leiter. 1999. 79-104; Leiter. 2001. 355-370).