

Valerija Dabetić, master*

Brian Z. Tamanaha, *A Realistic Theory of Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2017.

Kada govorimo o savremenoj sociologiji prava i teoretičarima koji su značajno doprineli razvoju ove naučne discipline, nezaobilazno je osvrnuti se na rad američkog autora Brajana Tamanaha (*Brian Z. Tamanaha*) i njegovo poslednje delo *A Realistic Theory Of Law*. U toj knjizi, Tamanaha razvija ideju da su pravo i društvo neraskidivo povezani i izlaže empirijski utemeljenu teoriju prirode prava koja svoju primenu može naći u različitim istorijskim periodima i različitim društvima. Autor te holističke vizije prava ističe da je pravo konstituisano u odnosu na društveni kontekst – društvene grupe, društvene strukture, društvene institucije – ali da relevantan uticaj na njegovo kreiranje imaju i kulturni, politički, ekonomski, ekološki i tehnološki faktori. Uzimajući u obzir da se društveni kontekst stalno razvija i menja, pravo konstantno evoluiraju zajedno sa njim te, kako Tamanaha i sam kaže, njegova realistička teorija nije konačna. Praveći otklon prema teorijama prirodnog prava i analitičke jurisprudencije, on svoju realističku perspektivu temelji na pragmatizmu i „zdravorazumskom realizmu“. Tamanahin realizam može biti shvaćen i kao sociološki konstruktivizam jer naglašava da pravo nije apstraktan entitet, te kao takav nepovezan sa kontekstom, već je realno povezan sa elementima društvenog konteksta i „ukorenjen u istoriji društva“. Takvo viđenje se zasniva na ideji da je pravo podložno istorijskim i društvenim uticajima i da se jedino kroz empirijsku prizmu može potpuno razumeti.

Nakon uvodnog dela, autor svoje prvo poglavlje posvećuje dve glavne teorije u odnosu na koje gradi svoju teoriju – teorijama prirodnog prava i analitičke jurisprudencije (pravni pozitivizam), naglašavajući mane koje proizvodi njihov antagonizam. Držeći se čvrsto svojih suprotstavljenih pozicija, ti pravci postaju uski, apstraktni, istorijski i kao takvi se odvajaju od društva koje zajedno sa pravom treba da bude predmet njihovog istraživanja, smatra Tamanaha. Tamanahin

* Autorka je asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, valerija.dabetic@ius.bg.ac.rs.

realizam može jedino da se shvati u kontekstu pomenutih opozicija jer upravo na nedostacima tih teorija on smešta treći, neopravdano zanemaren pristup – istorijsko-sociološku jurisprudenciju. Tamanaha naglašava da istorijsko-sociološka „perspektiva“ ili „orijentacija“ koju on naziva „sociološko-pravna teorija“ (*social legal theory*) predstavlja jednu granu jurisprudencije, dok je realistička teorija prava, koju elaborira u ovoj knjizi, jedna verzija sociološko-pravne teorije. U toj perspektivi, pravo se definiše kao društvena institucija koja se razvija u interakciji sa drugim društvenim segmentima i proizvodi posledice po to isto društvo. Revitalizaciju tog alternativnog pristupa autor pravda činjenicom da pravne teorije ne nastaju u intelektualnom ili kulturnom vakuumu već su proizvod društvenih i istorijskih uticaja. Pravo je i samo društvena pojava, stoga pravne teorije ne treba da zanemare društveni kontekst i istorijsku dimenziju prava. Tamanaha oživljava zapostavljene ideje koje datiraju još od Monteskjea, Adama Smita, Fridriha von Savinjija, Henrija Mejna, Rudolfa von Jeringa, Olivera Vendela Holmsa, Eugena Erliha i Maksa Vebera. Autor se oslanja na rad tih velikana zbog toga što oni pravo vide kao oblik društvenog života, a razvoj prava shvataju kao višedimenzionalni društveno-istorijski rast.

Adekvatan odgovor na većito pitanje šta je pravo Tamanaha daje u drugom poglavlju svoje knjige. Zagovarajući ideju da je pravo „društveno-istorijski fenomen koji može imati različite forme i funkcije u različitim vremenima i mestima“, on objašnjava da na pitanje šta je pravo možda nikad nije dat konačan odgovor, zato što odgovora zapravo i nema. Pravo je pre svega koncept potekao iz naroda, naglašava Tamanaha, te je pravo u stvari sve ono što ljudi vide i označe kao pravo. Kako bi stvorili teorijski koncept prava, teoretičari su napravili grešku jer su, praveći jaz sa društvenim kontekstom, pravni sistem sveli na običan sistem pravila. Druga osnovna greška pravnih teoretičara je to što su svoja proučavanja uvek zasnivali na pravu utemeljenom od države, a nisu se bavili drugim kolektivno priznatim oblicima prava koja nekad imaju jaču snagu od državnog prava (običajno pravo, religijsko pravo, međunarodno pravo itd.). Pravo se ne može definisati na jedinstven način, smatra Tamanaha, već se adekvatan odgovor može ostvariti samo prihvatanjem ideje pravnog pluralizma.

U trećem poglavlju Tamanaha ukazuje na još jednu manu dosadašnjih teorija prava koje su pokušavale da utvrde nužne i opšte elemente koje pravo mora da sadrži kako bi moglo da se nazove pravom u svakom vremenu. Praveći analogiju sa vodom i tvrdeći da je H₂O ono što vodu čini vodom, Džozef Raz i Skot Šapiro zaboravljaju da se takvo objašnjenje ili struktura ne može pronaći za pravo. Oni zanemaruju činjenicu da postoje ontološke razlike između vode, kao trajne hemijske strukture, i prava, kao društvene konstrukcije koja se menja tokom vremena. Ti teoretičari,

kao i njihovi sledbenici, suštinske karakteristike prava najčešće definišu *a priori* i bez empirijske osnove, te na taj način neretko isključuju druge oblike prava (običajno pravo, religijsko pravo, međunarodno pravo itd.). Tamanaha dodaje da je nemoguće utvrditi univerzalne elemente za nešto što nema trajnu i koherentnu strukturu. On izražava sumnju da je ova ideja o nužnim elementima prava možda jedino opstala zbog konstantnog ponavljanja i upornog insistiranja vodećih imena. Upravo zato on svoju realističku teoriju ne zasniva konceptualno *a priori*, nego empirijski, to jest *a posteriori*, ispitujući kako su različiti oblici prava stvarani u različitim istorijskih periodima, kako ljudi doživljavaju pravo, s kojom svrhom je stvarano i koje društvene posledice je proizvelo. Zbog svoje prirode podložne promenama, Tamanaha smatra da je „pravo sve ono što ljudi identifikuju kao pravo i prema čemu se, u društvenom životu, odnose kao da je pravo“.

Sagledavajući pravo na različitim nivoima društvene kompleksnosti, kao i način na koji se ono razvija i menja u interakciji sa društvenim, političkim, ekonomskim, ekološkim, tehnološkim i kulturnim uticajima i okolnostima, u četvrtom poglavlju Tamanaha izlaže svoje „genealoško viđenje prava“. Prateći razvoj prava od društava lovaca i sakupljača, plemenskih zajednica, sve do savremene države, Tamanaha potvrđuje stav nekih antropologa da je pravo oduvek postojalo, samo ne u obliku u kome ga mi danas shvatamo. Iako je dosadašnja Tamanahina analiza u velikoj meri bila kongruentna sa stavovima Herberta Harta, jer se obojica oslanjaju na deskriptivnu sociologiju i vide pravo kao društveni fenomen, ovde se njihova mišljenja razdvajaju. Hart negira da je pravo postojalo u primitivnim društvima jer takva društva odlikuje jednostavan režim primarnih pravila. Primarna pravila, to jest pravila o obavezama, nezvanična su i, prema Hartovom viđenju, u celini pate od ozbiljnih nedostataka (neodređenost, statički karakter i neefikasnost), te kao takva ne mogu da formiraju sistem pravila. Ističući razliku između primarnih pravila, karakterističnih za pretpravni svet i sekundarnih pravila, koja jedina mogu da isprave pomenute nedostatke primarnih pravila, Hart smatra da jedino njihovim kombinovanjem možemo govoriti o pravnom sistemu.¹ Tamanaha, s druge strane, ističe da je pravo stalno u nastajanju jer se društvo konstantno menja i evoluiru, pa smo svedoci koegzistiranja različitih varijacija prvih oblika prava, zajedno sa pravom u savremenom smislu reči. Tamanaha ističe da postoje sličnosti između „prava“ u ranijim zajednicama i prava u savremenom društvu. Sada, kao i nekada, pravo reguliše skoro iste kategorije društvenog života, čime omogućava društvenu stratifikaciju, promovise nejednakosti i neretko predstavlja oruđe u rukama elita koje ga koriste za instrumentalizaciju svojih interesa.

¹ Herbert Hart, *Pojam prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – JP Službeni glasnik, Beograd 2013, 151–153.

Kritika dominantnih teorijskih shvatanja, teorija prirodnog prava i analitičke jurisprudencije nastavlja se i u petom poglavlju. Prema Tamanahinom mišljenju, dosadašnje teorije omanule su u još nečemu – da do kraja objasne pravo u savremenom društvu. Ako prihvatimo da živimo u „eri organizacija“, onda ne možemo ograničiti pravo samo na njegovu funkciju uređivanja društvenih odnosa i videti državu kao stvaraoca prava. Moramo uzeti u obzir da se država oslanja na to pravo, koje, prema Tamanahinom mišljenju, koristi i instrumentalizuje za: a) održavanje na vlasti i zaštitu sopstvenih institucija, b) uređivanje internih upravljačkih odnosa i v) ostvarivanje svojih interesa i ciljeva.

U poslednjem poglavlju Tamanaha se bavi odnosom između državnog i međunarodnog prava. Iako su teoretičari međunarodnog prava skloni da taj odnos posmatraju monistički (jedinstven sistem prava zasnovan na sveobuhvatnom međunarodnom pravnom sistemu sa državnim pravnim sistemima kao podsistemima) ili dualistički (kao međusobno nezavisne sisteme prava sa različitim izvorima i predmetima), Tamanaha smatra da oba shvatanja izobličavaju taj odnos. Iako je prirodno da ih vidimo kao odvojene, pogrešno je razmišljati o njima kao o zasebnim entitetima. Oni su se uvek mešali, a međunarodno pravo, prema Tamanahinom mišljenju, nije jedinstven, hijerarhijski pravni sistem.

Tamanaha zaključuje da je pravo (i sve ono što se podrazumeva pod pravom) sve ono čemu društvene grupe konvencionalno pripisuju oznaku „zakon“ i da se oblici prava konstituišu i razvijaju u vezi sa okolnostima. Ovako holistički shvaćena definicija prava može biti neograničeno primenjena na svaki društveni kontekst. Iako široko primenjiva, ta pomalo eklektička definicija otvara mnoga pitanja. Koje to društvene grupe kreiraju pravo? Da li je pravo odraz ravnopravnosti ili kreacija onih koji imaju moć da nametnu sopstvene interese kao opšte? Iako ističe da svi oblici prava deluju u društvenom prostoru i zavise od drugih normi, pravila i institucija, kao što su običaji, moral, prakse, jezik, ideologija, Tamanaha ne negira da su moćne društvene grupe uspešnije u stvaranju prava, te ono predstavlja konstitutivni aspekt njihove društvene, ekonomske i političke moći.

Vrlina svake Tamanahine knjige, pa i ove, jeste jezik i stil kojim je napisana. Kao i ostale njegove knjige, i ova se lako čita i dobro razume. Ipak, prema našem mišljenju, najveća vrлина ove knjige jeste povratak istorijsko-sociološkog pristupa na naučnu scenu jer bi, bez tog pristupa, jurisprudencija ostala osiromašena. Saglasni smo sa Tamanahinim stavom da zaista ne stoje prigovori, koje ističu neki teoretičari dominantnih rivalskih teorija, da je istorijsko-sociološka perspektiva nedovoljno naučna zbog svog empirijskog temelja. Predmet istraživanja teorije prirodnog prava i teorije analitičke jurisprudencije jeste pravo koje treba da uredi odnose u društvu. Kako objasniti šta je pravo, kako uopšte stvoriti pravo,

ako zanemarujemo društvo u njegovoj potpunoj kompleksnosti i protivrečnosti? Iako ta tri pravca na prvi pogled nemaju mnogo zajedničkog (razlikuju se u predmetu, metodi i ciljevima istraživanja), oni zapravo mogu da budu komplementarni. Koristeći se zajedničkim saznanjima, te teorijske perspektive mogu da prodube već stečena znanja, da otvore nova istraživačka polja i ideje, ali i da eventualno otklone postojeće greške. Potpuno isključivanje istorijsko-sociološkog pristupa može samo da uskrati stvaranje novih plodnih teorija, smatraju ne samo Brajan Tamanaha, već i drugi poznati autori kao što su Brajan Lajter, Vilijam Tvajning i Denis Galigan.

Druga prednost ovog dela je kritika pre svega predstavnika analitičke jurisprudencije koji su, u pokušaju da stvore opštu teoriju prava koja se može primeniti za sva vremena i za sva društva, svoje istraživanje ograničili na državno pravo. Uzimajući u obzir istorijsku dimenziju, na kojoj Tamanaha insistira u celoj knjizi, vidimo da državno pravo nije bilo oduvek dominantno već je to postalo tek sredinom 19. veka. Držeći se čvrsto opštih elemenata koje pravo mora da poseduje da bi bilo pravo, ti teoretičari su zanemarili druge forme prava koje su postojale pre stvaranja državnog prava u modernom smislu reči, a koje i danas uspešno koegzistiraju sa državnim pravom, ponekad i sa jačim uticajem.² Ovde Tamanaha nije usamljen jer njegova kritika ide u korak sa kritikom Denisa Galigana koja je upućena Hartovom shvatanju modernog pravnog poretka. Prema Galiganovom mišljenju, Hart se najviše bavio razvijenim pravnim sistemima koji su mu bliski, te je na taj način sve moderne pravne poretke sveo na jedan pojam koji pretežno obuhvata zapadna društva.³ Tako misli i Tamanaha.

Tamanaha je plodan autor i teoričar prava i odnosa prava i društva, zato ne sumnjamo da će ova knjiga lako naći put, ne samo do čitalačke publike u oblasti teorije i sociologije prava, već i šire. Njegove ranije knjige *Failing Law Schools* (2012), *Beyond the Formalist-Realist Divide* (2010), *Law as a Means to an End* (2006), *On the Rule of Law* (2004), *A General Jurisprudence of Law and Society* (2001), *Realistic Socio-Legal Theory* (1997) izazvale su veliko interesovanje. Sigurni smo da će to biti slučaj i sa ovom jer, iako se čitaoci možda neće složiti sa svim Tamanahinim idejama, ova knjiga je vredna čitanja.

² U prilog svojoj tvrdnji Tamanaha navodi primer velikog broja zemalja u razvoju u Africi, u kojima običajno pravo postoji uporedo sa državnim pravom, čak je i dominantno u rešavanju sporova.

³ Više vid. Denis J. Galligan, *Law in Modern Society*, Oxford University Press, Oxford 2007, 20–22.