

Др Миодраг Јовановић*

Горан Дајовић, *Оглед о метајуриспруденцији*, Издавачки центар Правног факултета, Београд 2015, 166.

Још од Лукића, Висковића и Врачара наша правна теорија чека на озбиљније студије из области методологије теоријског истраживања правног феномена. Ту огромну празнину делом ће попуњити студија Горана Дајовића *Оглед о метајуриспруденцији*. Најпре, *Оглед* се одликује распоном значајних тема које се ту обрађују – од природе, предмета и тековина јуриспруденције (II и III глава), преко концептуалне анализе као основног метода јуриспруденције (IV глава), до дилема у вези с дескриптивношћу/нормативношћу, односно универзалношћу/парохијалношћу јуриспруденције (V и VI глава). Не мање важно, већ избором наслова аутор наговештава не само да ће понудити један свеж поглед на најактуелнија и најважнија методолошкоправна питања, већ да ће учинити и отклон у односу на традиционалне погледе који су у нашој литератури заступани под утицајем напред поменутих правнофилозофских ауторитета (тај отклон се превасходно уочава у *Додатку* посвећеном Лукићевој правној методологији). Први отклон тиче се ауторовог залагања да термин „јуриспруденција“ добије право грађанства међу нашим правним теоретичарима. То залагање није пуко пледирање да се усвоји нова – злонамерни би рекли помодна – језичка конвенција под утицајем доминирајуће англо-америчке правнофилозофске мисли (иако се Дајовић готово у потпуности ослања на најзначајније представнике те мисли). Иза те иницијативе стоји ауторово уверење да је то најпогоднији израз за дисциплину која на филозофски начин изучава право, а која се код нас уобичајено назива „теоријом права“, јер „правних теорија је мноштво а јуриспруденција, као дисциплина, је само једна“. (стр. 14) Тај корак условљава и усвајање назива „метајуриспруденција“ да би се њиме означила дисциплина која се бави природом теоријског промишљања о праву и методолошким

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, miodrag@ius.bg.ac.rs

аспектима тог промишљања. Поново се иза наизглед пуке терминолошке корекције чини, заправо, отклон према традиционалном погледу наше правне теорије која је под ознаком „методологија права“ изучавала како методе сазнања права (теоријске методе у најширем смислу), тако и методе бављења правом у пракси (при стварању и примени права). Дајовић заступа тезу да то традиционално гледиште није било оправдано јер су питања од којих полазе правни теоретичари посве другачија од оних која закупају правнике практичаре (стр. 12, фуснота 16).

Поред поменутих, ауторов најзначајнији отклон према домаћој традицији огледа се у његовој постојаној одбрани теоријског становишта правног позитивизма (која се протеже још од ауторове магистарске тезе). На страну то што у нашој правнотеоријској традицији готово да нема доследних поборника тог становишта, много проблематичније је то што су они који су се с њим теоријски разматрали приписивали правном позитивизму поједине тезе које његови кључни представници никада нису заступали. Дајовић у свом *Огледу* настоји то да исправи, тако што приказује кључне тезе савремених правних позитивиста, пре свега њихове методолошке позиције. Он се при том фокусира на наслеђе англо-америчке аналитичке правне теорије која је свој замах добила с Бентамом и Остином, а пуну афирмацију стекла с Хартом, чије је дело изнедрило армију следбеника и поштовалаца који доминирају данашњом светском правнофилозофском сценом. И по том фокусу Дајовићева монографија одудара од домаћих правнотеоријских радова који се традиционално знатно више ослањају на континенталне ауторитете, пре свега на Келзена. Да ли је такво Дајовићево опредељење оправдано? На ово питање би се могло одговорити – и да и не. С једне стране, Дајовић с доста основа лоцира настанак јуриспруденције као самосталне дисциплине у XIX век и везује га за бентамовско-остиновско аналитичко наслеђе.¹ За оглед о метајуриспруденцији, схваћеној у напред поменутом смислу, то наслеђе је посебно важно, јер је теоријско изучавање права настојало да заснује на потпуно другачијим методолошким основама и да новостворену дисциплину отргне из загрљаја спекулативне метафизике и теологије у којег ју је гурала до тада доминантна природноправна теорија. Рађање јуриспруденције као самосталне дисциплине је, отуда, било могуће само уз пуну афирмацију њене дистинктивне методолошке апаратуре која је представљала комбинацију емпиријских увида и концептуалне анализе. Однос тих двају методолошких компоненти, који само рефлектују природу предмета који се проучава – права као социјалног факта и нормативног поретка –

¹ Овај период се и у немачкој правнотеоријској традицији такође означава као период рађања правне теорије као независне и аутономне дисциплине. Вид. Annette Brockmüller, *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*, Nomos, Baden-Baden, 1997.

представља средишњи проблем Дајовићевог огледа. Он их поставља у форми дилеме: *јуриспруденција – филозофија или наука?* Аутор наглашава да „нема ни намеру ни вештину да ту кључну напетост у овој расправи начелно разреши“ (стр. 66), али ипак сматра да постоје бар два посла која спадају у домен јуриспруденције – а то су рад на теоријским концептима и теоретисање на нижим нивоима апстрактности (примери су обрађени у VII глави) – који представљају доказ да су оба ова метода неопходна у раду правних теоретичара. Из овог средишњег методолошког проблема (који се поглавито разматра у IV глави) проистичу и друга значајна питања: да ли је јуриспруденција нормативна или дескриптивна дисциплина (V глава), односно да ли је она универзална или пароксијална (VI глава)? Добро је познато да је Харт своје промишљање о праву видео као једну дескриптивну и општу (универзалну) теорију.² И док бескомпромисно брани дескриптивност јуриспруденције (посебно, стр. 93–98), Дајовић знатно већу уздржаност показује у погледу могућности да се дође до општих (универзалних) ставова о природи права. Стога и закључује да општост не треба постављати „по сваку цену“ као методолошки постулат јуриспруденције (стр. 105). Разлог за тај опрез проистиче из чињенице да се филозофски метод концептуалне анализе увек ослања на интуитивне увиде засноване на емпиријском знању о „нашем“ ординарном (*falk*) поимању права, који самим тим што је „наше“ јесте пароксијално и локално поимање права. Тако још једном до пуног изражаја долази напетост између емпиријског (научног) и концептуално-аналитичког (филозофског) у теоријском промишљању права.³

Управо на том месту ваља размотрити зашто би се изостављање методолошких увида најзначајнијих представника континенталне правне теорије, а пре свих Келзена, могло показати као погрешна одлука. Метатеоријски огледи у области правне теорије су ретки не само у нашој малој академској заједници, него и шире.⁴ Њихов кључни задатак је саморефлексија – осветљивање и разјашњавање онога што правни филозофи раде када теоријски промишљају о праву. Тај задатак, опет, налаже одговарајући хеуристички оквир у којем се формулишу и претресају најзначајнија методолошка питања и разматрају и расветљавају најважније термилошке и појмовне недоумице. Дајовићев *Оглед* нуди један такав хеуристички оквир у

² Херберт Харт, *Појам права* (с предговором Лесли Грина), Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник, Београд, 2013³, прев. Душан Врањанац и Горан Дајовић, 294–295.

³ О томе такође и у Kenet Einar Hima, „Konceptualna jurisprudencija – uvod u konceptualnu analizu i metodologiju u pravnoj teoriji“, *Savremni problemi pravne i političke filozofije*, (ur. Bojan Spaić, Damir Banović), TKD Šahinpašić, Sarajevo 2016, у штампи.

⁴ Тако, Julie Dickson, *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing, Oxford – Portland – Oregon, 2001, 2.

којем централно место заузима напред поменута дилема у вези с природом саме јуриспруденције. Надаље, Дајовић настоји да унесе ред у различите методолошке приступе изучавања права, тако што све правне теорије дели на „концептуално-аналитичке“, „дескриптивно-социолошке“ и „нормативне“. Ове последње се, при том, одређују као теорије „које право посматрају кроз призму морала, као појаву која има морални значај, али и која је на овај или онај начин заснована на моралним и другим вредностима“ (стр. 59). Будући да, као што је већ речено, Дајовић доследно заступа позицију дескриптивне концептуално-аналитичке теорије,⁵ на први поглед не делује чудно што приликом осврта на Лукићев методолошки приступ критикује његову интенцију да до природе појма права дође употребом нормативног метода („Нормативни метод овде дакако није од помоћи...“, стр. 155). Но, да ли Лукић под називом „нормативног“ метода има на уму приступ „који право посматра кроз призму морала“? Наравно да не.⁶ Лукићево разумевање „опште науке о праву“ као нормативне дисциплине заправо је на трагу Келзенове дистинкције између „експликативних“ и „нормативних“ наука, која се темељи на „противност[и] између онога што треба и што постоји“.⁷ Како правна теорија за свој предмет има право као нормативни поредак, то она припада „нормативним“ дисциплинама. При том, реч је о специфичној нормативној дисциплини, утолико што је њен задатак да описује и анализира право какво јесте (*de lege lata*).⁸ Надаље, и Лукићево схватање правне теорије као „науке“ обојено је келзеновским *сцијентизмом*. У једном од новијих радова, Ден Прил предлаже да се методолошка оријентација јуриспруденције сагледава у донекле другачијем хеуристичком кључу од оног који предлаже Дајовић, тако што би се пропитивала њена растрзаност између науке (*science*) и хуманистичких дисциплина (*humanities*).⁹ На једном полу се, отуда, уочава методолошка оријентација ка сцијентизму, која је била карактеристична још за Бентама и Остина, а у XX веку су је, између осталих, усвојили Келзен и Алф Рос. Без обзира на спорне везе између научног (посебно логичког) позитивизма и правног позитивизма, та правнофило-

⁵ Дескриптивност ових теорија значи да „оне имају за сврху да *описују и објасне* ‘ствари’ онакве какве јесу, а не да критикују или прописују какве оне треба да буду“ (стр. 79).

⁶ Уосталом, и сам Дајовић пар страница раније (стр. 144) показује да задаци које по Лукићевом мишљењу треба постићи употребом „нормативног“ метода – а то су „анатомија и физиологија права“ – у доброј мери подсећају на циљеве које пред себе ставља метод концептуалне анализе.

⁷ Ханс Келзен, *О границама између правничке и социјолошке методе*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1928, 11.

⁸ За Келзена, баш као и за Бентама, испитивање права какво треба да буде (*de lege ferenda*) спада у домен „правне политике“.

⁹ Dan Priel, „Jurisprudence Between Science and the Humanities“, 4 *Washington University Jurisprudence Review* 2/2012, 269–323.

зофска традиција се, сматра Прил, може прецизно означити као „позитивистички“ правни позитивизам. Према том методолошком становишту, „знање би требало да се стиче употребом научних *метода и циљева*, нарочито оних који се односе на природне науке. Главни циљ научне методе јесте да обезбеди објективан опис и објашњење појава у свету“.¹⁰ Аутори те провенијенције су заокупљени интроспективним, метатеоријским задатком разјашњења научне природе правног истраживања. За њих је научна строгост јуриспруденције била најделотворнији „противотров“ за анти-емпиријске, метафизичке спекулације природноправне теорије.¹¹

Појава Хартовог *Појма права* помера клатно у другу страну, па правни филозофи полако напуштају општу методолошку склоност претходне струје, тако што спољашње посматрање замењују унутрашњим разумевањем – „пошто не постоји начин да се разлочи за деловање ‘преведу’ на каузални опис, то је сваки покушај да се пружи научно објашњење људског деловања осуђен на пропаст“.¹² Сцијентизам келзеновског типа се одбацује као „несумњиво погрешан“,¹³ а Хартово „интерно стајалиште“¹⁴ постаје нова парадиг-

¹⁰ Остала обележја „позитивистичког“ правног позитивизма јесу: материјализам, анти-историцизам и минимална улога језичке анализе у објашњењу права. *Ibid.*, 279–280.

¹¹ Рос је тврдио да оно што се подводи под филозофију природног права јесте „пука метафизичка спекулација која није научно заснована“. Alf Ross, *On Law and Justice*, University of California Press, Berkeley 1959, 25. Келзен такође говори о „метафизичкој спекулацији“ природноправне теорије, која би требало да уступи место емпирицизму Чисте теорије права. Hans Kelsen, „*Naturrechtslehre und Rechtspositivismus*“, *Hans Kelsen oder Die Reinheit der Rechtslehre*, (ed. Friedrich Koja), Böhlau Verlag, Wien 1988, 231. И на том питању се огледа потреба да се узме у обзир континентално методолошкоправно наслеђе, јер оптуге за метафизику које су ова двојица аутора пребацивали јуснатуралистима су посве другачије природе од уобичајених тврдњи савремених англо-америчких аутора да је концептуална анализа пример „метафизичког теоретисања“. Вид. К. Е. Нима.

¹² Остала обележја тог „анти-позитивистичког“ правног позитивизма јесу холизам, историцизам и приписивање централне улоге анализи језика у објашњењу људског деловања. Прил то методолошко становиште везује за Харта, Раза и њихове следбенике. D. Priel, 280–281.

¹³ Joseph Raz, „The Purity of the Pure Theory“, *The Authority of Law – Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 2009², 297. Сличан став према „сцијентизму“ (*Scientism*), као облику застрањивања у правној филозофији, налазимо и у савременој немачкој правној филозофији. Поред тог вида застрањивања, Кауфман још наводи и „филозофизам“ (*Philosophismus*), код којег се занемарују специфични проблеми правне филозофије, као и механичку примену различитих филозофских школа мишљења, попут томизма, кантијанизма, хегелијанизма, на поље права, као да је реч „о примени рецепта“. Arthur Kaufmann, „*Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*“, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, (eds. Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer, Ulfried Neumann), C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2004, 7.

¹⁴ X. Харт, 148.

ма у приступу правних позитивиста. Нова методолошка оријентација никако не значи и одустајање од научних циљева неутралности, објективности и тачности. Заправо, закључује Прил, исправно би било рећи да је „Харт настојао да се у методолошком смислу заустави на пола пута како би избегао замке [научног, М. Ј.] позитивизма али би таква позиција, сматрао је он, била у довољној мери научно ригорозна да обезбеди објективан опис стварности“.¹⁵

Чини се да би крајњи резултати Дајовићеве анализе били додатно искристалисани и утемељени да је своја метатеоријска разматрања провукао и кроз Прилов „филтер“ који узима у обзир континентално методолошкоправно наслеђе.¹⁶ Тада би се можда смелије ухватио и у коштац са неким од најкрупнијих методолошких питања која се, по речима Џули Диксон, често заобилазе. Једно такво питање тиче се односа између различитих методолошких приступа изучавању права. Да ли су „ови приступи међусобно супротстављени или би се, рецимо, за дескриптивни приступ могло рећи да је компатибилан с оном теоријом о природи права која се бави оправдањем?“ Да ли, другим речима, постоји „један коректан метод“ путем којег треба изучавати право?¹⁷ Келзен је, као што је добро познато, у том погледу био изричит – јуриспруденција мора усвојити методолошке постулате Чисте теорије права да би могла да се заснује као дистинктивна научна дисциплина. Право је предмет и других дисциплина које нису мање научне од јуриспруденције, попут социологије или историје права, али само један методолошки приступ је генуини метод правнофилозофског изучавања права.¹⁸ Харт, насупрот том ставу, каже: „Не сматрам да је аналитичка јуриспруденција ексклузивна у односу на друге облике јуриспруденције. Има, наравно, простора и за друге приступе“.¹⁹ Лесли Грин се на то надовезује речима да „[н]иједан правни филозоф не може да буде само правни позитивист“.²⁰ Чини се да је Дајовићу

¹⁵ D. Priel, 317.

¹⁶ Интересантно је да Дајовић реферише на овај чланак, али се не бави детаљније поменути хеуристичким оквиром.

¹⁷ J. Dickson, 2.

¹⁸ „Право може да буде предмет различитих наука; Чиста теорија права никада није тврдила да је једина могућа или легитимна наука о праву. Социологија права и историја права су друге такве науке. Оне су, заједно са структуралном анализом права, нужне за потпуно разумевање комплексног феномена права“. Hans Kelsen, „Law, State and Justice in the Pure Theory of Law“, *The Yale Law Journal* 57/1948, 383.

¹⁹ Herbert Hart, „Analytical Jurisprudence in Mid-twentieth Century: A Reply to Professor Bodeheimer“, *University of Pennsylvania Law Review* 105/1957, 974.

²⁰ „Заокружена теорија права мора такође да објасни које ствари би евентуално могле да се окарактерису као критеријуми правности (мора ли право да буде ефикасно или елегантно, као и праведно?); коју улогу би право требало да има у доношењу пресуда (да ли би важеће право увек требало да се примењује?); на осно-

ближе то „екуменистичко“ разумевање јуриспруденције,²¹ које Џули Диксон у најновијем раду илуструје речима „Ours is a Broad Church“. Према том гледишту, на пољу теоријског промишљања права нема места „грозничавом супарништву“ различитих методолошких приступа.²² Тако и Дајовић, на самом крају, као једну од основних теза *Огледа*, износи тврдњу да су „подједнако теоријски оправдани како *дескриптивни* ... тако и *нормативни* ... начини посматрања права“ (стр. 132).²³ Несумњиво да се може доказивати да је методолошки ексклузивизам келзеновског типа погрешан, али онда постаје нејасно зашто се за тренутак рађања јуриспруденције узима баш XIX век и радови оних аутора који су настојали да докажу да је теоријско промишљање права засебна дисциплина која се од других сродних дисциплина разликује управо дистинктивношћу свог методолошког приступа.

* * *

Читаоцу би се могло учинити да је у овој рецензији изречено више критика но похвала на рачун дела које се рецензира. То, међутим, само значи да је, у поперовском смислу, реч о научно вредном делу јер отвара простор за даљу дискусију о бројним комплексним правнометодолошким питањима. У том погледу, *Оглед о метајуриспруденцији* у потпуности остварује циљ који је аутор пред себе ставио, а то је да понуди рад који ће представљати „позив и подстрек за будућа разматрања тих тема у оквирима српске теорије права“ (стр. 141). Распон, значај и актуелност тема²⁴ које Дајовић

ву чега морамо да поштујемо право (постоји ли обавеза да се оно поштује?); као и да одговори на суштинско питање – какве законе треба да имамо и да ли уопште треба да имамо право“. Leslie Green, „Legal Positivism“, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (ed. Edward N. Zalta), Spring 2007 edn, <http://plato.stanford.edu/archives/spr2007/entries/legalpositivism/>.

²¹ Чини се да је кључна мотивација позитивиста за усвајање те „екуменистичке“ позиције била диктирана њиховим уверењем да су представници противничког табора пригрлили неке од фундаменталних позитивистичких теза. Међутим, један од еминентнијих англо-америчких јуснатуралиста, Марк Марфи, у свом скорашњем раду изричито одбацује тај вид „екуменизма“ у правној теорији, којем је и сам раније био склон. Mark C. Murphy, „Two Unhappy Dilemmas for Natural Law Jurisprudence“, 60 *The American Journal of Jurisprudence* 2/2015, 122–123.

²² Julie Dickson, „Ours is a Broad Church: Indirectly Evaluative Legal Philosophy as a Facet of Jurisprudential Inquiry“, 6 *Jurisprudence* 2/2015, 207–230.

²³ На другом месту је, пак, сагласан с Валучовљевим ставом да је „ствар избора да ли ће се неко бавити нормативном, а не дескриптивном јуриспруденцијом“ (стр. 87, фуснота 161).

²⁴ Теме које је Дајовић отворио у свом раду предмет су нових методолошких спорења у англо-америчкој теорији. На овом месту ћу поменути само неке од новијих

расправља у *Огледу* више су но добар залог за нови живот правно-методолошких истраживања у нашој академској заједници. Од не мање важности је то што је књига написана на јасан и разумљив начин, па се и они који немају претходних великих правнометодолошких знања могу релативно лако упутити у најзамршенија питања метајуриспруденције. То је, напоследку, чини и идеалним штивом за студенте постдипломских студија, првенствено докторанте права, који се тек упућују у проблеме методологије правнонаучног истраживања.

контроверзи. Мармор је, на пример, недавно оспорио методолошке домете концептуалне анализе у јуриспруденцији (Andrei Marmor, „Farewell to Conceptual Analysis (in Jurisprudence)“, *Philosophical Foundations to the Nature of Law*, (eds. Wil Waluchow and Stefan Sciaraffa), Oxford University Press, Oxford 2013, 209–229; Прил такође износи тврдњу да концептуална јуриспруденција заводи на погрешан траг наше теоријско промишљање о праву (Dan Priel, *The Misguided Search for the Nature of Law* (2015), доступно на <http://ssrn.com/abstract=2642461>); Фредерик Шауер у последњој књизи одбацује „есенцијализам“ у правној теорији, који се огледа у потрази за „суштинским обележјима“ права, и уместо тога пледира за приступ који Дајовић у свом раду назива „прототипским дефинисањем концепата“ (Frederick Schauer, *The Force of Law*, Mass, Harvard University Press, Cambridge 2015); Грин, међутим, подвргава оштрој критици такво Шауерово опредељење (Leslie Green, *The Forces of Law: Duty, Coercion and Power* (2015), доступно на <http://ssrn.com/abstract=2588588>); Упореди и, Torben Spaak, *Schauer’s Anti-Essentialism* (2015), доступно на <http://ssrn.com/abstract=2539590>. Ђудиче (*Giudice*) у новој књизи позива да концептуалну анализу, која је усмерена на осветљавање онога „што је већ имплицитно у саморазумевању права одређене културе“, заменимо „конструктивним концептуалним објашњењем“, које настоји да „исправи, ревидира или унапреди оно што би могло бити погрешно, извитоперено или пароксијално у том саморазумевању када се оно тестира у светлу опазиве друштвене стварности.“ Тако би дошло до синергије три методолошка приступа – концептуалне анализе, моралне евалуације и друштвено научног проучавања права – који су дуго сматрани ривалским методима у правној филозофији. Michael Giudice, *Understanding the Nature of Law: A Case for Constructive Conceptual Explanation*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2015, vi-vii.