

## ПОКРЕТ ПРАВНОГ РЕАЛИЗМА У САД

Задатак овог рада јесте да укаже на карактеристике покрета званог правни реализам и везу овог покрета са социологијом права. Као што ћемо касније видети, под правним реалистима се подразумева извештан број правника и професора права у САД у периоду 1930—40-тих година, који се, и поред неких разлика, могу сматрати представницима релативно одређиве интелектуалне заједнице. Али, тиме се не исцрпљује задатак овог рада. Покушаћемо да поставимо основе за објашњење овог покрета са позиција историје социологије права; тако је у задатку нашег рада покрет правног реализма двострано повезан са социологијом права.

Тема правних доктрина, и идеја, њихове садржине, интелектуалног и друштвеног контекста у коме су настале и развијале се, те утицај ових идеја или елемената доктрина и школа на развој социологије права није „убачена“ у оквиру социологије права. На ову област упућује нпр. Р. Паунд (R. Pound), у свом „Програму за социолошку школу“ где се пета област односи на „социолошко истраживање правне историје“ (1);. С друге стране, ова област која би се могла назвати историјом социологије права, чак је исувише присутна у књигама насловљеним „Социологија права“, али нам се чини да су оквири ове области шири од пуког набрајања и описа идеја које су на овај или онај начин утицале и доприносиле изградњи и осамостаљењу социологије права (2).

Историја социологије права треба пре свега да буде социолошка по свом карактеру. Отуда потреба да социологија права као један од својих задатака постави социолошко истраживање и разумевање друштвеног контекста у коме се рађају правне доктрине, школе, покрети, идеје, итд. затим изучавање значаја ових за развој социологије права узимајући у обзир њихове философске основе, теоријски и практични домашај. Овако конципирана историја социологије права омогућила би одговор на питање да ли постоји неки дубљи континуитет у развоју социологије права, и то континуитет који је условљен како друштвеним чиниоцима тако и интелектуалном традицијом утемељеном у правном и социолошком научном поретку. Тако би историја социологије права као посебна област социологије права, била у оквирима општих оријентира интердисциплинарне студије социјално-правне стварности.

Простор нам не дозвољава да укажемо на везе између покрета правног реализма и других варијанти опште правно-реалистичке позиције. Можемо једино да напоменемо да се покрет правног реализма развио под утицајем позитивистичке социологије, неокантовског релативизма, Фреудове теорије, економске интерпретације правне историје, философске позиције скептицизма, проблематизма, плурализма и прагматизма. (3)

(1) в. Roscoe Pound. Jurisprudence. t. I. West Publishing Comp. St. Paul, Minn. 1959.

(2) в. од познатијих Georges Gurvitch. Sociology of Law. Routledge Kegan Paul, Ltd. London—Boston. 1973.

(3) в. R. Pound, op. cit; L. R. Siches. Panorama Del Pensamiento Juridico en el siglo XX. Editorial Porrúa. S. A. Mexico. 1963.

Најнепосреднији утицај на идеје покрета правног реализма су имале идеје представника школе социолошке јуриспруденције: Холмс (Holmes), Кардозо (Cardozo) и Р. Поунд. Наравно, врло је вероватно да су на правне реалисте утицали и неки представници континенталне правне мисли, али, углавном, путем радова Холмса и Р. Паунда. При томе имамо на уму, пре свега, Е. Ерлиха (Ehrlich) и Јеринга (Jheringa), који је (Јеринг) на неки начин антиципирао правне реалисте наглашавајући потребу за истраживањем утицаја ирационалних елемената у правном процесу и позивом за развијање „реалистичке“ уместо „концепцијске“ јуриспруденције. (4) Све у свему, чини се да је покрет правног реализма као посебан правац у америчкој јуриспруденцији, изданак социолошке јуриспруденције. Зато је потребно укратко указати на ту везу.

Холмс је први иницирао социолошки покрет у јуриспруденцији (5) позивајући на укидање логичког, аналитичког па чак и историјског приступа, те увођење емпиријске оријентације у истраживању друштвено-правне стварности. Његови искази, као што су: „Живот права није логика већ искуство“ и „... оно што судови чине и ништа друго је за мене право“, су постали аксиоми покрета правног реализма. (6) Ипак, треба бити обазрив при процени начина на који је Холмс утицао на покрет правног реализма. Изгледа да је погрешно или буквално тумачење Холмсових идеја послужило правним реалистима за изградњу читаве перспективе. При томе имамо на уму пре свега, њихову интерпретацију Холмсовог појма искуства, које за њега није било само чулно и посматрању подложно понашање, већ је обухватао низ других значења (друштвени идеали, идеалне вредности и норме права, итд.). С друге стране, његово инсистирање на независности права и морала, имало је за последицу искључење питања морала у третману права од стране правних реалиста.

Кардозово бављење социолошким приступом произашло је из потребе за преправљањем правних техника, попуњавањем јаза између тих техника и стварности права у процесу примене и промене. Сем тога, Кардозо је анализирајући правничка понашања дошао до закључка да у процесу правног саобраћаја одређену улогу имају и свесни и подсвесни процеси, па чак да, покаткад, ови други имају важнију улогу. И овде су правни реалисти извршили мала „преправљања“ изједначајући Кардозов појам подсвесног са ирационалним, нелогичним, осећајним, итд. Али, далеко најважнији утицај на правни реализам је имала централна идеја најпознатије Кардозове књиге, која истиче обележје несигурности у правном процесу, која произилази из схватања да се правни процес (на нивоу суда, за Кардоза најаутентичнијем нивоу правног живота) не састоји у тумачењу или проналажењу права већ у стварању права. (7) Ипак,

(4) Постоје неке сличности између Паретовог концепта деривација, Вурцелове (Wurzelove) студије о „Weltanschauung“ суда и Петражицкове интуитивне социологије права и неких погледа правних реалиста, али је ту везу тешко доказати; v. R. Pound, op. cit. Siches, op. cit.

(5) Под термином јуриспруденција разуме се укупност систематске и несистематске правне мисли и правне праксе. Тако је овај појам шири од појма правних наука.

(6) v. O. W. Holmes. Collected Legal Papers. Harcourt, Brace. Co. New York, 1920.

(7) v. B. Cardozo. Nature of Judicial Process. Yale Univ. Press, New Haven. 1921.

како то Гуврич (Gurvitch) каже, социолошко-технолошка оријентација га је довела до схватања да су правни посредници између промене и стабилности у праву. Ово Кардозово схватање о улози и положају правних прецедената, правни реалисти нису прихватили, чак су га критиковали али без довољно снажних аргумената.

Мада се Холмс и Кардозо сматрају заслужним мислиоцима школе социолошке јуриспруденције, њен најважнији представник је Роское Паунд. Он се бавио разноврсним питањима, као што су друштвени поредак, друштвени интереси, стабилност и флукуације правних типова, циљеви права, администрација права, итд. Његов велики допринос лежи у уочавању промена у праву према промењеним друштвеним потребама, у анализи улоге разних правних институција, у указивању на социолошку релевантност правних техника, категорија, идеала, идеја и доктрина.<sup>(8)</sup> На крају крајева, Р. Паунд је био тај који је разрадио програм социолошке јуриспруденције, истакао њене основне области, циљеве, задатке и нагласио да је правна стварност прожета идеалним елементима, који се намећу у истраживању сложености правног живота. Правни реалисти су неке елементе Паундове социолошке јуриспруденције прихватили (нпр. значај промена друштвених потреба и права, флукуације правних типова, недостатке у крутости примене права, итд.), али у далеко мањој мери но када је реч о елементима Холмсове и Кардозове позиције.

Духовни отац покрета правног реализма је Харвардски професор Греј (Gray).<sup>(9)</sup> Он је модификовао аналитички позитивизам одстрањивањем статутарног законодавства из центра права, инсистирајући да центар права лежи у судовима, односно слично Холмсу, да је право оно што судије прогласе правом. Посебну пажњу је обратио на личност судија и ванправне факторе који утичу на доношење правних одлука односно на законодавни процес, што је по њему, једна те иста ствар. Овај део Грејовог учења је веома хваљен и прихваћен од стране правних реалиста, али су они одбацили његово мишљење да је креирање права у основи рационалан и логички кохерентан процес.

Ово делимично представљање неких идеја Холмса, Кардоза, Р. Паунда и Греја имало је за циљ да укаже на бунт против метафизике традиционалних јуриспруденцијских праваца, који се родио у крилу социолошко-психолошки оријентисаних великана америчке јуриспруденције, и који је преузет од стране покрета правног реализма. На неки начин, тај бунт је крчио пут покушају правних реалиста да открију аутентичну правну стварност. Могло би се рећи да је основна интелектуална димензија покрета правног реализма хетеродоксна агресивност према традиционалом у јуриспруденцији која се теоријски огледа у критици аналитичке јуриспруденције, мистицизма Општег права, телеолошке и морализирајуће компоненте социолошке јуриспруденције и конзервативних импликација природноправне идеологије.

<sup>(8)</sup> Овде је немогуће навести огромну библиографију Паундових дела. Ипак да скренемо пажњу на већ поменути *Jurisprudence, на Social Control Through Law, The Task of Law, The Spirit of Common Law, Introduction to the Philosophy of Law, itd.*

<sup>(9)</sup> в. J. M. Rosenberg, Jerome Frank: *Jurist and Philosopher*. Philosophical Library, New York. 1970.

Аналитичка теорија права (у оном облику који јој је дао Остен (Austin) је полазила од Хобс-ових (Hobbes ових) схватања природе друштва и друштвених односа. Правни реалисти су у потпуности усвојили Холмсову критику концепције права као наредбе суверена и питали се шта је то што *de facto* чини право одређеног друштва у датом времену. Вредно је напоменути да при том концепција о наредби није сасвим одбачена, већ је само њен ниво измењен. Заправо поставивши питање о ефикасности апстрактивних правних норми у смислу њихове општости, с једне стране, и специфичности појединачних правних ситуација, с друге стране, правни реалисти су истицали да све оно што је записано у закону, све оно што садрже прецеденти, и све оно што садрже обичајне правне норме, нису сигурне подлоге за решење конкретних правних ситуација већ се јављају само као извори претпоставки за могућа решења. При том се, дакле, као стварно право јавља само оно што судови одлуче за сваки појединачни случај, чиме је знатно сужен обим и домашај правног живота, како у просторној тако и у временској димензији.

Друга мета напада правних реалиста је био мистицизам Општег права<sup>(10)</sup>. Под тим се подразумева схватање које је нарочито популарисао Беала да је Опште право систем норми и критерија за разјашњење сваке правне ситуације, ма колико да је специфична у свом карактеру. Ово, како то Ј. Франк назива „беалијанско право“ је слично идејама немачких пандектиста и француске егзегезе<sup>(11)</sup>.

Наслањајући се на Кардоза и његове идеје о улози судија у процесу стварања права, правни реалисти су одбацили могућност постојања свеобухватног и свепредвидљивог правног система заснованог на прецедентима, законима и пројекцијама мумифицираних правних формула. По њима, слојевитост правног живота је далеко дубља него што то систем Општег права може да обухвати, те су практичне импликације таквог система врло опасне по живот и улогу права у друштву.

Трећа мета напада правних реалиста је била Паундова школа социолошке јуриспруденције. Раније смо приметили две ствари: прво, да је покрет правног реализма изданак социолошке јуриспруденције и друго, да су правни реалисти неке елементе ове оријентације прихватили а неке критиковали. Овде су довољне две напомене. Прва се односи на чињеницу да, мада је правни реализам био инспирисан социолошком јуриспруденцијом, он се баш као по принципу бумеранга, усмерио против ње. Друга, напомена се односи на одбацивање вредносне и морализирајуће оријентације Паундовске социолошке јуриспруденције. Правни реалисти су на теоријском плану желели да заснују чисту јуриспруденцију без философских примеса, медитација и „главобоља“ око моралности и циља права. То, наравно, не значи да они нису признавали позитивне функције правних идеала и да се нису практично залагали и ангажовали око битних моралних питања и принципа друштвеног живота. То само значи да су желели науку без морализирања.

(10) в. J. Frank. *Law and the Modern Mind*. Tudor Publishing Company. New York. 1936.

(11) в. L. R. Siches. *op. cit.*

Идеја о природном праву као вишем од писаног и упражњаваног значајна је одлика система Општег права. Између осталих облика у којима је ова идеја примерена уставном праву, издвајао се онај који се односи на заштиту приватне својине. Неколико амандмана Устава је заштиту својине приватног карактера прогласило светом дужношћу судова, омогућивши им на тај начин да оборе било који закон или акт Конгреса који би задирао у то природно право појединца. Тако је за једно време „прогресивна” идеја постала конзервативном, што иначе није редак случај. Правни реалисти су устали против злоупотреба природноправне идеологије, из практичних разлога, не дирајући у њену улогу контролора позитивноправне идеологије и разних манипулација завијених у плашт правне безбедности, сигурности, итд.

Са гледишта правне технике, правни реализам је нашао плодно тло у оним ситуацијама које траже примену најопштијих правних принципа и формула, као и у ситуацијама где је потребно направити избор између „... почетних тачака правног резоновања које уживају подједнак ауторитет, а прецеденти не постоје” (Р. Паунд). Овде се огледа једна од карактеристика правног реализма по коме се јуриспруденција схвата и своди на социјалну инжењерију. У том смислу је Гурвич имао право када је правни реализам окарактерисао као једну од техника инжењерства, примерену посебним потребама конкретног друштва и конкретног правног система. Оваква оцена постаје још јаснија ако се узме у обзир друштвена ситуација у којој се развијао покрет правног реализма.

Овај покрет се развио у периоду изражених структуралних промена америчког друштва које су обухватиле све, или скоро све аспекте друштвеног живота. Тада је постао очигледан раскорак између традиционалних правних постулата и правне идеологије, с једне стране, и друштвене и правне стварности, с друге стране. Другим речима, то је била карактеристична ситуација у којој апстрактне и одређеном историјском облику структура примерене формуле, нису биле у стању да прате ритам и тип промена у структурама друштва и њихов ефекат на стварни правни живот. То је друштвена ситуација у којој измењене потребе и вредности друштва, економске и политичке институције постају рефлектоване у новим, често спонтано изниклим правним решењима или како би то Ерлих рекао, где је рад права као „унутрашњег поретка асоцијација” јасно видљив. Овакве немирне структуралне промене утичу и на промене идеала „... који су (за једно време) били довољно снажни да достигну свој крајњи израз у праву”<sup>(12)</sup> ка новим идеалима који узимају замах да се успну на небо права. Мада нисмо у стању да дамо исцрпну анализу друштвене структуре САД у време развоја покрета правног реализма, могуће је покушати да се представе неке опште карактеристике друштвеног стања и њихова веза са нашим предметом. Период о коме је реч је познат као доба New Deala.

New Deal је био институционализовани покушај политичког одговора на низ последица процеса економске рецесије, који су уздрмали економски,

(12) в. О. W. Holmes, *op. cit.*

и идеолошки живот ове најразвијеније државе либералне фазе капиталистичке епохе друштва. Идеолошки и морални омотач и одговарајући догмати *laissez-faire* модела функционалног капитализма су били видљиво пољуљани променама у економским и политичким односима и процесима. Концепт о „приватно” руковођеној држави је доживљавао снажне преображаје а пророчанства о наступајућем периоду државног капитализма су добијала јасне обресе. Владино директно ангажовање у економски живот земље је имало за последицу ланчану институционализацију додатних промена. Све то је утицало на сумње у рационалност самог система економских, моралних, политичких, правних, итд. односа. Скептичка оријентација је превазишла резервате интелектуалне заједнице и постала ознака здраворазумске позиције обичног грађанина. Новоизникли облици друштвеног живота су снажно утицали и на облике саобраћаја и методе решења проблема у институционализованим сферама друштва. То је имало неких последица за правну идеологију, правне формуле, стандарде и технике легализације друштвених интереса и потреба.

Одговори права на промене путем институционализације нових потреба диктираних новим облицима развоја могли су се једино успешно остварити путем све присутнијег дејства законодавних органа. Нови типови промена очигледно нису могли бити обухваћени само на основу прецедена. Трагање за „правим” одговорима на промене у друштву, рефлектовали су се у скептицизму правних реалиста према неким традиционалним правним решењима. На теоријском плану, ово се одразило у трагању за правном стварношћу у оперативном контексту права. Са те тачке гледишта занимљиво је напоменути да су правни реалисти питање о суштини и крајњем циљу права заменили питањем о техници прилагођавања права и инструменталним циљевима конкретног правног система и конкретног правног решења. Тако се дошло до ситуације у којој су се правни реалисти залагали за концепт права које се обликује на нивоу судске делатности, с једне стране, а притиснути практичним потребама реаговања на структуралне промене, окренули су се систематизици законодавне делатности, с друге стране. Франкова класификација правних реалиста на „скептике према правилима” који се залажу за сигурност у правном смислу и „скептике према чињеницама” који сумњају у могућност постојања сигурности у правном систему, изражава на неки начин споменуту дилему. Реч је о дилеми између теоријских ставова и практичних потреба, јер ако се тражи право искључиво на нивоу судова, а уједно се одриче методска систематичност таквих правних решења, како се то мири са захтевом за систематским правним решењима примереним новонасталим друштвеним потребама.

Неки степен независне варијације структура који карактерише друштва уопште, а који се посебно изражава у ситуацијама напетости када је ритам промена у структурама веома различит, какав је био случај у периоду практичног ангажовања правних реалиста, одразио се у неравнотежи између теоријских ставова и практичних захтева правних реалиста. Ову неравнотежу илуструје пример познате кризе око Вр-

ховног суда<sup>(13)</sup>. Изгледа да се са правом указује на чињеницу да је пораз anti-new deal-ske већине у Врховном суду старог састава био „врхунац практичних достигнућа правних реалиста“<sup>(14)</sup> јер су судијска мишљења о динамичком приступу правним решењима била у складу са погледима правних реалиста. То се посебно изразило у ставу Врховног суда којим одбија да у „... Уставу види сопствене економске погледе“.<sup>(15)</sup> Истовремено је Суд одобрио и подржао систематски законодавни рад New Deal-ske администрације што је опет било у складу са практичним захтевима правних реалиста.

Дакле, мада је тешко установити степен утицаја правних реалиста на идеологију и понашање Врховног суда, а тиме и нижих инстанци, јасно је да нека веза постоји. Истини за вољу, треба напоменути да је по стишавању кризе око Врховног суда, овај поново усвојио тзв. фонографску теорију, која је један облик формалноправног концептуализма, против чега је, на теоријском плану, покрет правног реализма устао.

У уводним напоменама истакли смо да је реч о покрету а не о школи правног реализма. Уистину, ни правни реалисти нису себе сматрали неком посебном школом. „Нема школе реалиста. Вероватно је да таква школа неће никада настати. Они су (правни реалисти) повезани једино у негацији, скептицизму и знатижељи“<sup>(16)</sup>. Као што ћемо касније видети, правне реалисте не повезује само негација, скептицизам и знатижеља, већ изванредан број заједничких одлика које су теоријско-методолошког и практичног, а не само атитудиналног значаја. Ипак, разлике међу представницима покрета правног реализма<sup>(17)</sup> уз чињеницу да они никада нису иступали организовано, те да је заједничке елементе овог покрета могуће конструисати из делова мисли његових представника, упућују нас да изложимо основне идеје најзначајнијих имена правног реализма.

За Церома Франка је речено да је „... можда највећа фигура међу америчким правним реалистима и свакако један од најзначајнијих правних мислалаца нашег века“<sup>(18)</sup> Његово дело превазилази границе јуриспруденције, мада је на том пољу највише понудио<sup>(19)</sup>.

Срж његове анализе је управљена на проблем одређивања оног нивоа правног живота који је аутентично правни, дакле, центар у који се уливају и из кога се изливају у више правца различито просторно расподељене димензије правне регулације друштвених односа. Тај центар Франк види у суду, при чему заступа редукционизам у анализи правног живота на нивоу суда, узимајући за јединицу посматрања понашања судија, сведока и пороте. Он је присталица психолошко-скептичког реализма, уте-

(13) За приказ неких аспеката ове кризе в. А. Т. Mason. *The Supreme Court from Taft to Warren*. W. W. Norton Comp. Inc. New York. 1958.

(14) в. Rosenberg, *op. cit.*

(15) в. W. E. Volkmer. *The Passionate Liberal: The Political and Legal Ideas of J. Frank*. Martinus Nijhoff. The Hague, 1970.

(16) в. K. N. Llewelyn. *Jurisprudence*. Univ. of Chicago Press. 1962.

(17) Поред Франка, Llewellyna и Arnolda, могли би се споменути: U. Moore, Bingham, Green, Yntema, *id.*

(18) в. J. M. Rosenberg, *op. cit.*

(19) в. J. Frank, *op. cit.*; *Courts on Trial: Myth and Reality of American Justice*. Princeton

мењеном на Фројду (Freudu) и Пијажеу (Piagetu). Тако Франк, бавећи се проблемом правне сигурности проглашава ову функциоалним митом који квалификује право „као „...делимичну замену за Оца као непогрешивог Судије“<sup>(20)</sup>. Истовремено, критикујући Холмса, „скептике према правилима“ и делимично Паунда због њихове анализе права на нивоу виших судова, истиче да се језгро правне активности налази на нивоу нижих судова, јер по правилу ту се решава највећи и са животом најнепосредније повезан број правних ситуација. Тиме је општа Холмсова поставка о суду као центру слојевитог правног живота била прецизирана. Утицај Кардоза се осећа у Франковом схватању судија као ствараоца а не само тумача правних правила, а анализа понашања судија га је уверила да у процесу доношења одлука значајну улогу, поред објективних, економских и политичких чинилаца (што је истицала Паундова социолошка јуриспруденција) посебну улогу имају субјективни чиниоци (осећања, унутрашњи импулси, интуиција, итд.) који се не могу унапред предвидети. Са великим задовољством се Франк позивао на Ерлихово мишљење о личности судије која треба да буде довољно велика да јој таква функција буде поверена и дословце се сложио да „Једини прави принцип (у) ...непристрасној администрацији правде (гласи): једина гаранција правде је личност судијина“<sup>(21)</sup>.

Преокупација судија је израз уверења да су судије они који откривају чињенично стање па тиме и стварају правила која регулишу та стања, те да тек тако можемо доћи до истинског права које је прилагођено човеку и подређено његовим циљевима, и ослободити се илузија да право представљају принципи и правила којима се човек подређује. С обзиром да је откривање чињеница субјективан процес како за судије тако и за пороту и сведоке и да у том процесу фактички учествују сви ови актери Франк је извршио поделу права на две врсте: а) актуелно, тј. специфична одлука примерена некој ситуацији која је наступила у прошлости, и б) могуће, тј. нагабање о специфичној будућој одлуци. И за једну и за другу врсту права битно је да се не заснивају на примени неких чврстих норми које су кључ за сва правна решења<sup>(22)</sup>. Те две врсте права а посебно тзв. могуће право је одсјај правне сигурности и предвидљивости у праву, јер је засновано на принципу примерености правне одлуке правној ситуацији. Зато је Франк инсистирао на што већем степену индивидуалности примене права.

Франк је иначе био веома реформаторски расположен па је предлагао низ реформи у принципима рада судова, у образовању судија и тужилаца, у статусу и улози пороте и у, како он то назива, „правно-би-

Univ. Press. New Jersey. 1949. Остала дела: If Men Were Angeles; Save America First.

<sup>(20)</sup> в. Frank. Law and Modern Mind. op. cit.

<sup>(21)</sup> в. E. Ehrlich. Judicial Freedom of Decisions: Its Principles and Objects. u Science of Legal Methods: Selected Essays by Various Authors. Modern Legal Philosophy Series, vol. IX. ch. II. The Boston Book Company, Boston. 1933.

<sup>(22)</sup> Мада је критиковао апсолутистичку примену принципа „Stare decisis et non quieta movere“, у практичном делању као судија, Франк се није доследно држао сопственог георјског става.



блиотекарском систему образовања". Поред утицаја које је имао на развој социологије права, истина не непосредно већ преко елемената његових схватања која су ушла у опште карактеристике покрета правног реализма, Франк је знатно „допринео психолошком објашњавању и схватању права" која су се баш после објављивања дела Франка „...нашла на једној вишој равни, теоријскоправној и филозофскоправној, па су добила далеко већи значај и ново значење" (23). С обзиром да је сагледавање психичких феномена и њихова повезаност са осталим елементима друштвеног и правног живота незаобилазно у социолошком објашњењу права, то се не можемо сложити са Гурвичевим мишљењем да Франкови напори баш због „психологистичке оријентације" нису релевантни за развој социологије права уопште. Уосталом, за социологију права и њен развој релевантни су и утицаји који су је унапредили и они који су је уназаднили па у том светлу треба ценити допринос Франка а и покрета правног реализма уопште.

Друга значајна фигура покрета правног реализма, за кога више аутора истиче да је извршио непосредан утицај на развој социологије права у САД и уопште, је К. Н. Левелин (К. N. Lewellyn) (24). Он је наставио традицију Холмса, Кардоза и слично, Франку одредио суд као релевантан ниво за спознавање правног живота. Како то Левелин каже „Оно што званични представници правног система чине у случају спора је, по мом мишљењу, право" (25). У раним радовима он је понашање формалних учесника у правном процесу на нивоу суда поставио у центар трагања за језгром правног живота. Међутим треба истаћи да је Левелин запазио да такав концепт права није у складу са његовим ставом да је право динамичка појава и да је као такво изазвано друштвом, тј. да га ствара друштво. Ако, дакле, друштво ствара право, понашања представника правног система, судова, као органа друштва, логички захтева постојање претходних правила. Зато је Левелин покушао да ублажи овај несклад увођењем нових елемената у претходну дефиницију права. Ти нови елементи се односе на „ванправне елементе као део права... лаичка понашања као део права" (26). Тиме се његово схватање приближило Веберу (Weberu) који се залагао за истраживање оних понашања која су руковођена правним правилима, принципима и симболима, а која истовремено превазилазе нивое резервисане за примену формалних правних правила. Овде треба напоменути да је овакав захтев за превазилажењем формалног нивоа на коме се одвија правни живот, уз задржавање става да је право нужно везано за спорне ситуације, доста утицао на савремену америчку социологију права. Интересантно је да се Левелин залагао за постојање социологије права као научне основе јуриспруденције односно правне науке. У том смислу он је отишао даље од Франка јер је указао на чињеницу да иза тзв. папирнатих правила, која се састоје

(23) в. С. Врачар. Заснивање психоаналитичке јуриспруденције. Дело. год. XX. бр. 7. јул 1974

(24) в. Gurvitch, op. cit.; L. R. Siches, op. cit. E. Diaz. *Filosofia y Sociologia del Derecho*. Taurus. Madrid, 1971.

(25) в. Llewellyn., op. cit.

(26) в. Ibid.

од норми формулисаних у законима и установљеним судским одлукама постоје тзв. „дејствујућа правила“ на основу којих се, у ствари, доносе одлуке. Путем анализе утицаја обе врсте правила Левелин је покушао да открије који су фактори доминирајући у селекцији чињеница датог случаја а који у селекцији тј. стварању правила за доношење одлука о датом случају. Дакле, питање правне технике је једно од централних питања за Левелина као, уосталом, за цео покрет правног реализма.

Запањује чињеница да по Левелину који се залаже за право које у свему треба да одговара друштву, које треба да се мења онда и ритмом којим се мења друштво, правна техника односно процес прилагођавања права као да не мари за вредности и циљеве које треба постићи осим функционисања и ефикасности система. Мада је јасно да су циљеви правне технике условљени „типом правног система, друштвеним структурама и ситуацијама којима одговарају и повезани са вредностима садржаним у дотичним типовима, структурама и ситуацијама“<sup>(27)</sup> Левелинска верзија реализма искључује из студије права бављење вредностима и идеалима садржаним како у праву тако и у друштвеној средини права. И ово је оставило извесног трага на развој америчке позитивистичке социологије права.

У каснијим радовима, Левелин је прилично изменио сопствене концепције<sup>(28)</sup>. Прво, одбацио је раније схватање права као предвиђање оног што се ради и дешава на нивоу суда и тиме раскрстио са основном позицијом правног реализма о томе где је право најаутентичније и где га треба тражити. По новијем схватању право треба тражити у свим друштвеним групама где постоји извесна регуларност и ауторитет. Из овог става следи закључак да право није нужно везано за постојање специјализованих органа (судови) или за државну политичку организацију. Његово даље разликовање између „правних понашања групног карактера“ или понашања која су по својствима, конотацијама и ефектима искључиво правна и тзв. „правне грађе“, коју чине све културне појаве повезане са правом (правила, правне институције, судови, правници, итд.) је створило шири простор за разумевање односа права и друштва. У том смислу право односно правна техника (јер право се схвата као решавање сукоба, усмеравање односа, алокација ауторитета, организација групе, итд.) се може открити у свим друштвеним групама, али видљива обележја добија тек постојањем судова. Дакле, иако је превазишао раван покрета правног реализма који сужава простор у коме се право ствара и изражава, Левелин је остао доследан схватању права као разноврсне технике. Такво схватање искључује питања суштине, природе и циља правне регулације и уопште питања правних и друштвених вредности односно њихов међусобни однос. На жалост, он није успео да превазиђе противуречност између сугерисаног обима социолошког истраживања правног и ограничења везе друштва и права на правну технику.

(27) в. Gurvitch, op. cit.

(28) в. K. N. Llewellyn. On Reading and Using New Jurisprudence, Columbia Law Review, v. XI. 1940; The Normative, The Legal and Law—Jobs: The Problem of Juristic Method, Being also an Effort to Integrate Legal into Sociological and Political Theory. Yale Law Journal, 1940.

Thurman Arnold, судија и професор, је представник логичко позитивне оријентације правног реализма. Он се, углавном у два најзначајнија рада: *The Symbols of Government* (1935) и *The Folklore of Capitalism* (1937), бавио анализом политичких, економских и правних институција и њиховом улогом у друштвеном животу. И он је сматрао да је право техника која има за циљ рационално уређење односа, али да је тај идеал неостварив. Централна поставка Арнолда је да је сав друштвени живот па тако и правни, прожет илузијама, које су функционалне јер се у њих верује. Скептицизам према овим илузијама је ослобађајућег карактера, те мада се верује у јединственост и висок степен рационалности, сигурности и објективности које пружа правни систем, право, бар кад је реч о праву које се фактички упражњава, односно на нивоу суда, јесте скуп противуречних принципа и идеала. Право се само показује као објективно и гарант сигурности преко одређених симбола и церемонијалних процеса. Треба напоменути да се Арнолд сложио са правним реализмима око улоге одређених правних принципа и око нивоа изражавања правног, али их је он истовремено превазишао указујући на чињеницу да понашања нпр. судија и њихове одлуке такође треба критички разматрати, јер ако се симболика којом је правни живот на нивоу суда претрпан узме као једина стварна димензија права, онда се не иде даље од идеализма који за правну стварност узима илузије рационализоване у принципима и доктринама<sup>(29)</sup>.

Покушаћемо да извршимо неку систематизацију идеја покрета правног реализма. Таква систематизација неће бити потпуна али ће указати бар на основне димензије овог покрета у целини, па ће тако укључити димензије на које смо наишли у познатијих представника овог покрета, али ће их на неки начин и генерализовати, допунивши их обележјима разуђеним у делима и активности великог броја практичара и теоретичара, који се не би могли крстити представницима правног реализма, али који поседују низ додирних тачака са овима.

1. Покрет правног реализма у САД обухвата правнике који су језгро правног живота тражили у примени права, у праву које се фактички примењује. При том као релевантан ниво односно простор оживотворења права јавља се суд. Стварност права, његове функције и обликовање огледа се у понашањима учесника правних процеса.
2. Понашања учесника су анализирана и на нивоу виших и нижих судова, при чему се посебна пажња поклањала процесу доношења правних одлука и механизмима који омогућују примереност права друштвеним токовима.
3. Стога је проблем начина прилагођавања права друштву као један од проблема односа права и друштва, за правне реалисте постао срж теоријских напора. Отуда је, јуриспруденција схваћена као врста социјалне инжењерије.

<sup>(29)</sup> в. — L. R. Siches, *op. cit.*

4. Проблем правне технике и резоновање стављен је у центар правног живота.
5. Правни реалисти су се скептички односили према доминирајућем значају правних доктрина, принципа, стандарда, правним вредностима као што су јединство система, превидљивост одлука, сигурност и безбедност. Посебно су указивали на недостатке бирократске администрације права и залагали се за већу гибкост у правној регулацији друштвених односа.
6. Прагматички су нападали рационалне елементе у праву и формалноправни концептуализам.
7. Залагали су се за слободније судијско право као гаранцију правне флексибилности и могућности правних решења промена друштвених потреба и интереса, мада су практично, захтевали снажнију активност законодавних органа.
8. Указивали су на чињенице да су и право и друштво динамичке појаве што на плану проучавања и примена права тражи укључивање социолошке, психолошке, економске и политиколошке димензије. Отуда су увидели потребу развијања тих дисциплина, а посебно социологије права. Зато су и поставили у центар социолошког истраживања правног живота тзв. право у дејству.
9. Правни реалисти су били реформаторски расположени, тежили су за реформом правног образовања, правних доктрина, и низа процесних механизма што се примењују у раду органа правосуђа.

Покрет правног реализма заузима значајно место у развоју истраживања правног живота. Они су јасно подвукли потребу проучавања најважније димензије правног живота, тј. како се и где обликује правни живот. Међутим, њихова разматрања те димензије нису сасвим задовољавајућа. Основна примедба се односи на потпуно занемаривање, заобилажење класне структурираности друштва и степена присутности тог друштвеног процеса у праву.

Заобилажење овог питања је у директној вези са заобилажењем проблема циља права и еволуције права. Наиме, инсистирање правних реалиста на прилагођавању права новонасталим друштвеним потребама и интересима путем правне технике уз залагање да се питање куда иде право и чије интересе испољава заобиђе као питање филозофије а не науке, указује на функцију контроле јуриспруденције за коју су се правни реалисти залагали <sup>(39)</sup>.

Ова напомена о одсуству свести о класној структурираности друштва те одређених функција науке захтева продубљивање, али ми ћемо

(39) в. о функцији контроле и функцији иновације као функцијама науке у класно структурираном друштву, Gian Antonio Gilli, Како се истражује. Водич у друштвеним истраживањима. Сувремена Мисао Загреб, 1974.

се позабавити неким другим обележјима покрета правног реализма. У складу са општим одликама система Општег права логично је да су правни реалисти сматрали да је језгро правног живота суд. Исто тако веома је привлачна идеја правних реалиста да значај права за свакодневни живот људи зависи више од понашања оних који примењују право него од принципа по којима треба да се примени право. Међутим, пренаглашавање улоге судије и суда у креирању права значи негирање чињенице да друштвени односи стварају право. Другим речима, тешко је замислити да правници стварају институције као што је нпр. *ususfructus*, они само стварају облике овог института који одговарају одређеним потребама и интересима. Узели смо овај пример из римског права, а таквих примера који треба да укажу на принципе није тешко наћи данас, заправо свуда се са њима сусрећемо, што је нормално, с обзиром на динамизам друштвеног живота. Тиме не желимо рећи да је ритам динамике увек усти, већ само да друштвена стварност налаже правну динамику и прилагођавања права друштву. С те стране је покрет правног реализма подвукао потребу истраживања права у дејству и техника прилагођавања права друштвеном животу. Али просторно ограничење права у дејству на оно што се одвија пред судовима, представља примитивну редукцију богатства правног живота на само једну просторно и временски ограничену димензију. Реч је о томе да правни живот, чак рекло би се, већи део правног живота, тече ван судава тј. одвија се у самим друштвеним институцијама, и ту створени аранжмани односа тек у конфликтним ситуацијама добијају свој правнички израз, на нивоу суда. Сем тога, право се не изражава само у ситуацијама сукоба и напетости, већ оно регулише разнолике ситуације, из којих може, али не мора, да дође до напетости. Није можда ни потребно истаћи да се све ситуације напетости не решавају пред судом, а правног су карактера. Слика о праву у дејству се према томе не може добити ако се изузму друге просторне димензије правног живота. С друге стране, одбојност правних реалиста према утицају формула, принципа, традиције, идеала и циљева права који су присутни у правном животу је нереалистички приступ праву. Исто важи и за њихово одбијање да се позабаве питањем шта право жели да оствари и шта остварује.

Дакле, поред низа добрих особина, покрет правног реализма је својим ограничењем сложености правног живота сузио основе и обим за разумевање слојева правне стварности.

Покрет правног реализма је извршио снажан утицај на позитивистичку<sup>4</sup> америчку социологију права. И она се развијала под идејом да је језгро правног живота суд и да се на том правном простору изражавају све особености правног феномена. Отуда су настале многе социолошке студије које се баве положајем и улогом судија, порота, тужилаца, адвоката и осталих учесника у правном животу. Истраживана су њихова понашања релевантна за право уопште (економски положај, политичка активност, национална и верска припадност итд.) али и њихови ставови који се тичу чисто правних механизма и принципа рада. Интересантно

је приметити да ретко која од ових студија позива у помоћ аргументацију правних реалиста, што се може видети ако се погледа индекс тих студија.

Америчка позитивистичка социологија права је у потпуности усвојила концепт права у дејству, с тим што је његово значење проширено у односу на оно које има у правних реалиста. Тако нпр. Рос (Ross) дефинише право у дејство као „...правни систем који оперише на дневној бази за обичног грађанина... и који се састоји од правила која настају у процесу примене формалних правила на судска и ван суда постигнута решења”<sup>(31)</sup>. Дакле, простор права у дејству је проширен и обухвата судове и друге просторе мада уско повезане са судовима (рецимо, рад агената осигуравајућих друштава пре него што се захтеви за одштету упуте судској инстанци). Ипак, остаје чињеница да се највећи број студија из области социологије права креће у оквиру који је поставио покрет правног реализма. То се огледа како у чињеници да се право које се испитује тј. правне одлуке и процеси доношења тих одлука (укључујући ту и утицај ванправних чинилаца) поводом сукоба или напетих и нејасних ситуација изједначује са правом као друштвеним феноменом, тако и у чињеници да је нагласак на потреби прилагођавања права друштву. Истина, када се разматра питање прилагођавања права друштву, ова социологија права се не интересује за циљеве, вредности, идеале које право остварује или треба да оствари. Слично, правном реализму оваква социологија права испушта из вида да друштвени живот, а не правници, ствара право, па тако осиромашује сложеност права као друштвеног феномена. Но и поред ових недостатака, јасно је да америчка позитивистичка социологија права следи добру традицију правног реализма да истражује право на једној разини правног живота која је без сумње важна. Друго је питање, да ли је то једини простор у коме се одвија правни живот.

Да истакнемо да је интересовање правног реализма за правну и друштвену динамику можда оно што тек треба да добије своје облике у социолошком истраживању права. Отуда све више аутора истиче да је један од централних задатака социологије права да истражи однос промена у праву и промена у друштву, поклањајући посебну пажњу чињеници да се само право све више и више јавља као агент промена, које су у савременим друштвима сви више и више планске природе. Отуда, како Moore i Yegge<sup>(31)</sup> кажу: „Мада је приступ правног реализма правном животу парцијалан, и мада је баш као такав утицао на неке оријентације у социологији права које су такође парцијалне, јер правном стварношћу сматрају само један део те стварности, утицај покрета правног реализма на постављање неких инстанци правног живота у оквиру социологије права је несумњив и изгледа, у некој мери подстицајан”<sup>(32)</sup>.

<sup>(31)</sup> в. Н. L. Ross. *Settled Out of Court*. Aldine Publish. Comp. Chicago, 1970.

<sup>(32)</sup> в. Moore et Yegge. *Modern Legal Change. A Guide to The Course*. University of Denver. Denver, 1973.