

Мр Бојан Спаић

асистент Правног факултета Универзитета у Београду
bojan.spaic@ius.bg.ac.rs

О СУШТИНСКОЈ СПОРНОСТИ ПОЈМА ПРАВА: ГАЛИЈЕВ ОКВИР ПРИМЕЊЕН НА ПОЈАМ ПРАВА

У чланку се се испитују мањкавости различитих правнотеоријских приступа у дефинисању појма права, како би се отворио простор за разумјевање тог појма као суштински спорног на основу критеријума које је предложио британски политички и друштвени теоретичар Брус Волтер Гали. По становишту које аутор заузима, оваква категоризација појма права објашњава (из концептуално аналитичке перспективе) истрајност појмовних дебата у правној теорији и филозофији права. Ова се основна поставка даље развија у правцу девалвације значаја дефиниција, схваћених као нужно и општеважеће одређење кључних појмова у друштвеној и правној теорији, у корист наглашавања значаја различитих поимања права и поимања појма права.

Кључне речи: *Појам права. Суштински спорни појмови. Правна теорија. Филозофија права.*

1. УВОД

Постоје појмови који су суштински спорни, чија исправна употреба неизбежно подразумева бесконачне расправе о њиховој исправној употреби од стране оних који их употребљавају.

Б. В. Гали

У континенталним системима права јасно и недовосмислено дефинисање правних појмова је не само природно, већ се често схвата као услов за саобразност прецизности позитивноправних дисциплина претпостављеној прецизности законодавца. Изгледа да би

без дефиниција, схваћених као нужно и општеважеће утврђивање садржаја правних појмова, од извикане правне строгости и таксономичности, остала само празна прича. Дефиниција је тако основно оруђе којим се правна догматика ослобађа нејасности и спорности, а правна пракса несигурности у примјени права. Стиче се утисак да, упркос томе што о оправданости ове езотеричности правне догматике можемо расправљати, позитивноправним дисциплинама заиста полази за руком да аподиктички разрјеше појмовне проблеме. С правном теоријом и филозофијом права, ствар стоји знатно другачије. Појам државе, суверености, па чак сам појам права, су „озлоглашени“ у погледу могућности њиховог коначног одређења. Док су уџбеници који се тичу појединих грана права претрпани дефиницијама, уџбеници теорије права су неријетко закрчени логичким, филозофским, социолошким и правним разматрањима која се тичу скоро искључиво могућности дефинисања. Тако ћемо наићи на синтетичке, дескриптивне, конвенционалне или прескриптивне дефиниције, бити упознати с границама у дефинисању појмова одређеног степена општости, или ћемо просто наићи на избегававање дефинисања чак у оним дјелима која насловом недвосмислено упућују да ћемо управо то и добити. Штавише, најзначајнији спорови у правној теорији XX вијека тичу се у крајњој линији самог појма права; непомирљивост правног позитивизма и природноправне школе најбоље се огледа у њиховим спорењима око једног јединог темељног појма.¹

Овај рад не покушава дати дефинитивне одговоре на питања одређења појмова правне теорије, већ прије представља излагање једног могућег оквира за разумјевање бесконачних појмовних дебата у овој области.² Позабавићемо се посебно појмом права – методологијом његовог дефинисања и различитим дефиницијама у оквиру два доминантна струјања у савременој правној теорији и филозофији – правном позитивизму и природноправној школи. Чини се да је такво што вриједно пажње бар из једног разлога: ако правници још увијек нијесу успјели да оспоре Кантову (*Immanuel Kant*) примједбу из *Критике чистог ума*,³ оно бар могу покушати да разумију због

¹ P. Koller, „The Concept of Law and Its Conceptions“, *Ratio Juris* 2/2006, 182.

² Утолико је важно нагласити да нам намјера није да дамо исцрпан попис дефиниција права, нити да размотримо све спорове у вези с појмом права у домаћој и иностраној правној теорији, већ прије да укажемо на једну могућу (и ријетко разматрану) метатеоријску позицију која из концептуално аналитичке перспективе објашњава истрајност појмовних дебата у правној теорији. Један од радова који ово питање адресира на различитим теоријским основама је и Д. Митровић, „Може ли право да се сазна: Шта је право?“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 2/2002, 85-108.

³ И. Кант, *Критика чистог ума*, Дерета, Београд 2003, 368-369. Дobar дио правне литературе који помиње Канта у вези са покушајима дефинисања појма права еристички занемарује то да његов коментар „Тако правници још траже дефиницију за

чега она још увијек важи. У супротном би можда и у правној теорији требало интензивније размишљати о резултату Витгенштајнових (*Ludwig Wittgenstein*) раних истраживања језика, резултату по коме би о ономе о чему не можемо јасно говорити требало ћутати.⁴

2. ПРОБЛЕМИ У ДЕФИНИСАЊУ

Прије разматрања која смо најавили покушајмо да слиједимо начин на који долазимо до дефиниција у правној теорији. Када питамо: „Шта је право?“ (односно: „Шта је држава?“; или пак „Шта је сувереност?“) интересује нас нешто о „штаству“, тј. о суштини (односно природи) ствари коју појмом мислимо.⁵ Први проблем дефинисања би тако био идентификовати на шта мислимо када користимо поменуте појмове правне теорије. Но, овај проблем бар у социјалној филозофији и теорији изгледа тежи него што би се разумно могло очекивати. Нема сумње да у зависности од позиције коју заузмемо мислимо на различите ствари (односно ентитете и сл.) поимајући их као право. Преторски едикти спадају у досег права само из перспективе правног историчара, а природно право је за правника практичара најчешће занемарљиво бар онолико колико је занемарљива парница око међе за правног теоретичара. Ипак, претпоставимо да би начелно било могуће изложити цјелокупан досег појма из свих могућих перспектива, тј. утврдити шта све подразумевамо када кажемо право. Но, ако се вратимо на постављено питање, уочићемо да у њему ни на који начин нисмо показали заинтересованост за такво што; ствар је проста – ако некога питамо шта је умјетничко дјело, свакако не очекујемо да нам достави списак назива Фидијиних скулптура или Мондријанових слика, још мање да нам поброји правце у вајарству или сликарству. Питање о томе на које предмете мислимо

свој појам о праву“ није никакав прекор струци. Кант, наиме, сматра да дефиниција у строгом смислу постоји само у математици, те да се објашњење појмова који зависе од емпиријских услова прије може назвати декларацијом. Кантова је поука да су филозофске, па и правне дефиниције само експликације, објашњења, и засигурно није да баш правници у нечему посебно гријеше. Индикативно је свакако и то што је поглавље *Критике* у којем налазимо ова разматрања насловљено „Дисциплина чистог ума“.

⁴ L. Wittgenstein, *Tractatus Logico Philosophicus*, IP „Veselin Masleša“, Сарајево 1987, 189.

⁵ Испитивање суштине права у форми објашњења појма права је по Јозефу Рауу кључно за правну теорију. Ово је испитивање по њему успјешно уколико успије да испуни два основна задатка: 1. дође до „судова о праву који су нужно истинити“ и 2. „објасни шта је право“. J. Raz, „Can There be a Theory of Law?“, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (eds. Martin P. Golding, William A. Edmundson), Blackwell, Malden 2005, 324.

неким појмом јесте већ на први поглед битно различито од питања о његовој суштини.

Истини за вољу, ствари можемо поставити и другачије, па рећи да историчар, практичар и теоретичар заправо дефинишу поменуте појмове на различите начине. Ипак, сасвим је јасно да се ту не ради о различитим дефиницијама једног појма, већ само о томе да један термин користимо како бисмо означили различите појмове (или бар појмове различитог степена општости).⁶ Евентуални спор међу поменутом тројицом онда бисмо били принуђени да третирамо прије као терминолошку збрку, него ли као аргументовану расправу. Ако потрагу за дефиницијом разумијемо као потрагу за суштином, садржајем или природом онога што је појмом мишљено, чини се да просто побрајање ствари које спадају у досег појма не помаже много у одговарању на постављено питање.⁷

Ако то прихватимо, наставак испитивања нас најчешће води класичном методу дефинисања *per genus proximum et differentiam specificam*, у којем претпостављамо да појам права има свој реални пандан, како бисмо дефиницијом утврдили врсни појам те специфичну разлику у односу на остале ствари исте врсте. Но и то је изгледа ћорсокак; фундаменталним појмовима правне теорије, какав је најопштији појам права, не кореспондира ништа тачно одређено у стварном свијету што би било њихов потпуни еквивалент. Чини се да из овога произлази да смо, прихватајући овај приступ, постали жртве једне методологије која није прикладна за одређење наших појмова. Гералд Гаус (*Gerald Gaus*) гносеолошку позицију до које смо дошли своди на три става која уобичајено имамо у вези са сличним настојањима: 1. већина нас је увјерена да кључне ријечи које правници рутински користе имају смисла и да су значајне за право; 2. такође, често смо увјерени да ако нека ријеч има смисла онда је можемо и дефинисати; 3. и коначно, сви сматрамо да се ријеч коју користимо односи на нешто стварно.⁸

⁶ Интегрална дефиниција права Николе Висковића управо испољава ове карактеристике, одређујући право као скуп различитих друштвених чинилаца. При том се као кључно за одређење права узима обухватање појава које спадају у досег појма, N. Visković, *Pojam prava Prilog integralnoj teoriji prava*, Logos, Split 1976, 47-74.

⁷ Чак ако заузмемо номиналистичку позицију и изједначимо појам с ријечју која га означава могуће је направити разлику између проблема у одређењу значења ријечи, двосмислености и нејасности. Управо из те перспективе Цереми Валдрон говори о двосмислености (*ambiguity*), нејасности (*vagueness*) и спорности (*contestation ability*) правних појмова, J. Waldron, „Vagueness in Law and Language“, *California Law Review* 82/1994, 509-540.

⁸ G. Gaus, *Political Concepts and Political Theories*, Westview Press, Oxford 2000, 8-9. Гаус дакако не говори о појму права већ о појмовима у друштвеној теорији и филозофији уопште.

Додуше, нисмо баш сви на позицији концептуалног реализма. Херберт Харт (*Herbert Hart*) у раном чланку насловљеном „Дефиниција и теорија у јуриспруденцији“ анализира правне појмове на начин који ће у битном обиљежити теоријскоправни дискурс друге половине XX вијека. Јуриспруденција, тврди Харт слиједећи филозофију обичног језика, запада у апорије када правне појмове покушава дефинисати из перспективе концептуалног реализма, прије свега услед непримјерености начина дефинисања појму који је у питању. О праву, суверености, праведности, једнакости или слободи не можемо сазнати ништа корисно бесконачним покушајима одређења њихове суштине; специфичности правних појмова треба да одговара и специфичан метод њиховог одређења. Но, у промјени метода коју предлаже, аутор *Појма права* олако претпоставља да наши спорови нису појмовни већ терминолошки, те да могу бити ријешени номиналистички – појашњавањем употребе ријечи којом означавамо појам.⁹ И док можемо дозволити да је језик који правници користе заиста погодан за један такав методолошки обрт, исто се не може рећи и за језик правне теорије. Услови за истинитост суда у којем користимо термин, као што и сам Харт признаје, могу бити корисни с „интерне тачке гледишта“,¹⁰ али нам с „екстерне тачке гледишта“ не разрјешавају дефинитивно спорове у вези с појмом. Додатно, један од кључних аргумената у Дворкиновој (*Ronald Dworkin*) теорији права као интегритета јесте управо да се на семантичкој теорији ријечи не може засновати правна теорија и филозофија.¹¹ Изгледа да, ако овај метод дефинисања примјенимо у области која је нама интересантна, успут мјењамо и *definiendum*; Хартов излет у филозофију језика просто није учинио много у погледу разумјевања проблематичних појмова какав је појам права.

Ханс Келзен (*Hans Kelsen*), још један позитивиста и творац чисте теорије права, у овом погледу је знатно обазривији (упркос томе што се као највеће достигнуће Хартове теорије у односу на Келзенову узима управо „интерна тачка гледишта“). Значење ријечи која означава појам јесте за њега нека врста методолошког регулатива у теоријском одређењу појма права. Дефиниција код Кел-

⁹ Х. Харт, „Дефиниција и теорија у јуриспруденцији“, *Огледи из филозофије права*, Плато, Београд 2003, 23-53.

¹⁰ Вид. S. Shapiro, „What is the Internal Point of View?“, *Fordham Law Review* 3/2006, 1157-1171.

¹¹ Вид. J. Raz, „Two Views of the Nature of the Theory of Law“, *Legal Theory* 4/1998, 250. Треба напоменути да се приговори односе искључиво на рани чланак који је наведен. Харт семантичку анализу права дјелимично напушта већ у *The Concept of Law*. Стога, Дворкинова критика не може важити за позне Хартове радове, како уосталом увјерљиво показује сам Харт и други аутори који су се овим проблемом позабавили. Вид. чланке Ендикота (*Endicott*) и Ставропулоса (*Stavropoulos*) у зборнику: *Hart's Postscript* (ed. Jules Coleman), Oxford University Press, Oxford 2001.

зена подразумева утврђивање врсног појма и специфичне разлике уз услов да специфична разлика има хеуристичку вриједност за сазнање друштвеног живота. Но дискриминација између различитих теоријских одређења требало би да се рјешава на основу уобичајеног значења ријечи – „[п]ојму права чији се обим, уопште узето, поклапа са обичним значењем [...] очигледно треба дати преимућство над појмом који се може применити једино на много мањи део појава“.¹² Али, ако је у принципу могуће дефинисати право есенцијалистички, није јасно зашто бисмо посезали за конвенционалним значењем ријечи која означава појам. Још је мање разумљиво зашто би одређење значења ријечи из речника (за којим бисмо дакако морали да посегнемо ако нисмо у стању – као што вјероватно нисмо – да статистички утврдимо шта највећи број људи подразумева под правом) могла да послужи као критеријум за разликовање између бољих или лошијих дефиниција појма.¹³

Финис (*John Finnis*) из зачараног круга ријечи и појмова покушава изаћи позивајући се на Аристотелово схватање жаришне дефиниције. Замисао је та да разликујући централне и граничне случајеве на које се примјењује појам у питању, можемо доћи до дефиниције која би инкорпорирала реалне и номиналне елементе. На тај би се начин дескриптивни искази којима се утврђују жаришни случајеви преображавали у прескриптивне искључењем оних граничних случајева који су на неки начин „неадекватни“ жаришном.¹⁴ Осим тога што смо се у дефинисању вратили корак унатраг, пребирајући по досегу појма, Финисова претпоставка је проблематична из бар два додатна разлога. У правно-теоријским дебатама о садржају појма проблематично је управо централно значење; иако се спор између јуснатурализма и позитивизма не води само на правној, већ и на методолошкој равни, оно што у битном остаје проблематично у дебати јесте управо центар (*core*) појма права, а не његова периферија. Уз то, није саморазумљиво који је то критеријум по којем цијенимо да је неки случај централан. Ако се поведемо за Аристотеловим примјерима које Финис користи, видимо

¹² Х. Келзен, *Општа теорија државе и права*, Београд 1951, 18.

¹³ Слично посезање за терминологијом као средством за критику појмовних дебата налазимо у „Систему филозофије права“ Радомира Лукића. Лукић већину спорова о појму права одбацује на рачун тога што се они у крајњем могу свести на термилошке конфузије. Но, конвенционално значење термина сасвим јасно није довољно да би се на одговарајући начин исцрпео појам права, па Лукић у оквиру подналова „Два значења ријечи право“ заправо говори више о појму него о термину, тј. његовој употреби. Све у свему, методологија коју Лукић користи јесте налик Келзеновој, па је и подложна сличним приговорима. Р. Лукић, *Систем филозофије права*, БИГЗ, Београд 1995, 353.

¹⁴ J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Claredon Press, Oxford 1980, 9 10.

да је централни случај у најбољем случају контингентан и зависан бар од културног контекста у којем се утврђује. Другим ријечима, није самоочевидно зашто би неки случај био централан, а неки други не, нити је јасно на који се начин – ако је жаришни случај несумњив, те се може просто описати – он може по аутоматизму претворити у прескрипцију.¹⁵

Ако и занемаримо успутне приговоре, уз све ове методолошке окрете очекивали бисмо нешто мање спорова у погледу садржаја једног значајног и познатог појма. То никако није случај. Новије дебате у вези с појмом права приказане у поменутом Колеровом (*Peter Koller*) чланку најбоље показују да методолошка освјешћеност правних теоретичара какви су Харт, Келзен или Финис у најбољу руку успева да премјести тежиште дебате, а никако да дефинитивно утврди садржај појма права.¹⁶ Тако, јуснатуралисти Дерик Бејлевед (*Deryck Beyleveld*) и Роџер Браунсворд (*Roger Brownsword*) долазе до закључка да је правни систем морални систем чија правила захтјевају принудно спровођење. Роберт Алекси (*Robert Alexy*) тврди да је право систем норми које претендују на моралну исправност, припадају или су засноване на уређењу које је ефикасно и нису саме по себи екстремно неправедне, укључују принципе који су неопходни у руковођењу процесом примјене права на начин који задовољава претензију на исправност. По Џулсу Коулмену (*Jules Coleman*) право је конвенционална друштвена пракса чија је веза с моралом контингентна.¹⁷ Џозеф Раз (*Joseph Raz*) заступа становиште да се право „показује као скуп правних стандарда који захтјевају од свих оних на које се односе да признају њихов ауторитет“,¹⁸ те да у крајњој линији може бити идентификовано и дефинисано без позивања на моралне стандарде.¹⁹ Сасвим је јасно да у овим случајевима спор није терминолошки, већ

¹⁵ J. Raz (1998), 257.

¹⁶ P. Koller, 184–192.

¹⁷ Савремени правни позитивисти (тзв. инклузивни позитивизам) дозвољавају могућност да правило признања инкорпорира моралне принципе или вриједности као критеријум правног важења. J. Coleman, „Positive and Negative Positivism“, *Journal of Legal Studies* 9/1982, 149. Коулмен ово схватање напушта у једном чланку, дистанцирајући се од теза које се уобичајено сматрају централним у савременом правном позитивизму (правило признања, критеријуми правности и одвојеност права и морала), J. Coleman, „Beyond Inclusive Legal Positivism“, *Ratio Juris* 22/2009, 380–383.

¹⁸ J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford 1979, 33.

¹⁹ *Ibid.*, 47. Није на одмет нагласити да подробно бављење наведеним поимањима излази изван оквира овог чланка. Неке су савремене дефиниције појма права наведене *exempli causa* како би се илустровала истрајност појмовних дебата у правној теорији. Расправе о праву се, без опсежне расправе о различитим аспектима дебате, данас тешко могу свести искључиво на напоре у вези с дефинисањем појма.

појмовни, те да се промјеном начина дефинисања, каква је Хартова мијења *definiendum*, а тиме и обесмишљава појмовна дебата. Изгледа да су учесници у спору сагласни бар у томе да управо њихово одређење и коришћење појма има предност у односу на остала.

Како онда објаснити ове бескрајне појмовне дебате? Једна од могућности би била тврдити да су теоријске распре условљене скупом психичких и социјалних чинилаца који условљавају теретичаре да се упорно клоне сагласности с колегом који заступа другачије становиште.²⁰ И док у филозофији, филозофији права и теорији права свакако има дебата које садрже одређени емотивни набој или бивају интензивирани предрасудама учесника, то нам свакако не даје за право да одбацимо сваку могућност рационалног теоријског дискурса. Штавише, ако прихватимо тезу о психичкој и социјалној условљености несагласности у теорији, цијелокупна дебата о појму права би морала пасти у воду. Изгледа да је једина разложна могућност да се појмовни спорови у правној теорији узму озбиљно. Проблем је у томе што изгледа да управо онда када то учинимо добијамо море различитих дефиниција кључних појмова, дефиниција које махом покушавају одредити суштину, садржај или природу ствари коју појмом мислимо.

Пратећи поступак дефинисања, видјели смо да су правни теоретичари на неки начин принуђени да заузму метаправни став и да посегну за логиком, гносеологијом или теоријом значења. Првобитне дилеме у вези са садржајем, опсегом и досегом појма нам објашњавају општа логика и методологија, које кажу да је основни разлог за наше тешкоће што је, бар у принципу, садржај једног појма као скуп његових битних ознака могуће установити релативно независно од његовог досега (разликовање интензије и екстензије, тј. конотације и денотације).²¹ Али ако формална логика помаже у разјашњењу концептуалних спорова са становишта ваљаности аргумената, она нам сасвим мало говори о њиховој садржини. Дио спорова објашњава теорија значења; велики број правних теоретичара се у дефинисању (често и нерелевантно) задржи на концептуалном реализму. Други се, пак, као што је случај са Келзеном и Хартом, поводе за уобичајеним значењем ријечи, заступајући једно конвенционалистичко становиште карактеристично за новију филозофију језика. Ипак, изгледа да је појмовна дебата несводива на терминологију. Као што смо видјели, већ почетни импулс сваког питања о „штаству“, сваке потраге за одређењем садржи у себи један став који

²⁰ J. Kekes, „Essentially Contested Concepts: A Reconsideration“, *Philosophy and Rhetoric* 2/1977, 72.

²¹ Вид. W. V. O. Quine, „Two Dogmas of Empiricism“, *The Philosophical Review* 60/1951, 20-43.

је иницијално концептуално-реалистички, а не само термилошки. Док ријечи које користимо творе језик, појмови које користимо творе теорије. Однос теорије према појмовима је налик односу језика према ријечима – као што ријечи имају значење тек из перспективе правила неког језика, тако и појмови имају садржај тек из перспективе кохерентне теорије.²² Контекст у којем користимо појам и однос према другим блиским појмовима омогућава нам излагање садржаја појма на начин који не мора нужно бити повезан с употребом ријечи која појам означава, још мање с њеном конвенционалном употребом.²³ Ако прихватимо да умјесто дефиниције појма разматрамо искључиво ријеч која појам означава, у најбољем случају успјевамо само да кажемо нешто о начину употребе одређене ријечи, те да дођемо до значења које ријеч конвенционално има.

Остаје нам изгледа да закључимо да су појмови правне теорије заиста на неки начин специфични, те да су уобичајени начини њиховог одређења неприкладни. Они ипак нису неприкладни због тога што, као што каже Харт, користимо погрешне методе у дефинисању. Неприкладност се изгледа састоји у томе што уопште претпостављамо да је дефиниција последња ријеч у погледу одређења садржине појма. У наставку ћемо покушати да образложимо ову софистицију.

3. ПРАВО КАО СУШТИНСКИ СПОРАН ПОЈАМ

У претходном смо дијелу рада говорили о томе како заузимање филозофске (метаправне) перспективе у одређењу основних појмова није нешто ново у правној теорији. Дефиниција појмова какав је појам права изгледа да нужно подразумјева ангажовање читавог низа повезаних појмова који су неријетко и сами проблематични. Изгледа да је општа карактеристика дебата у вези с појмом права да они који појам употребљавају покушавајући да га дефинишу, настоје „једном заувјек фиксирати критеријуме његове исправне употребе“.²⁴ Чини се да је управо спорност једна од ријетких карактеристика појма права која у правној теорији истрајава упркос метаправним окретама теоретичара. Ако је тако, онда нам разумјевање ових дебата може освјетлити не само настојања теоретичара права у погледу дефинисања, већ нам може нешто рећи и о садржају самог појма у питању. Вријеме је да подробније изложимо оквир за који нам по

²² M. Freedman, *Ideologies and Political Theory: A Conceptual Approach*, Oxford University Press, Oxford 1996, 48.

²³ Вид. J. Raz (1998), 255-256.

²⁴ J. N. Gray, „On the Contestability of Social and Political Concepts“, *Political Theory* 3/1977, 332.

претпоставци може послужити као објашњење појмовних дебата у правној теорији и филозофији.

О спорности као о суштинској карактеристици појмова социјалне филозофије и теорије први пут изричито говори Волтер Брус Гали (*Walter Bryce Gallie*) у часопису *Meeting of the Aristotelian Society* 1956. године. Галијев ће рад имати огроман утицај на потоња струјања у политичкој филозофији и одредити начин на који ће појмови политичких теорија и идеологија бити анализирани све до данас. Но, у правној ће теорији он практично остати непрочитан; ријетке референце на Галијев текст налазимо код Роналда Дворкина.²⁵ Нема сумње да је и сам аутор допринео овом занемаривању, побрајајући без неког посебног образложења или уочљивог критеријума појмове који се не могу окарактерисати као суштински спорни.²⁶ Било како било, ми ћемо се у наставку позабавити управо питањем колико нам Галијев оквир анализе суштинских спорних појмова може помоћи да разумијемо дебате у правној теорији и филозофији.

Гали наводи пет услова који се морају стећи да бисмо о једном појму говорили као о суштински спорном: 1. он мора означавати неко вриједновано достигнуће, односно бити евалуативан (*appraisive*),²⁷ тј. не смије бити просто дескриптиван; 2. достигнуће које појам означава мора бити комплексно, 3. достигнуће мора бити почетно могуће описати на различите начине који у себи не садрже ништа апсурдно или контрадикторно, 4. вриједновано достигнуће чији се појам одређује мора бити такво да дозвољава значајне промјене у свијетлу промјењених околности, с тим да те промјене не могу бити предвиђене унапријед, 5. свако ко употребљава појам у одређеном значењу мора признавати чињеницу да је његова употреба појма спорна за друге и на неки начин признавати за валидне критеријуме под којима други употребљавају појам (тј. мора бити свјестан да његова употреба појма мора бити „одржавана“ насупрот осталим употребама).²⁸ Додатно, како би се суштински спорни појмови разликовали од појмова који су просто „радикално конфузни“, Гали на-

²⁵ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge MA 1977, 103.

²⁶ D. Collier, F. D. Hidalgo, A. O. Maciuceanu, „Essentially contested concepts: Debates and applications“, *Journal of Political Ideologies* 3/2006, 215.

²⁷ Глагол *appraise* значи „одредити или утврдити вриједност, значај, статус нечега“ (*Merriam Webster Online Dictionary*). Придјев *appraisive* би се стога у овом контексту могао превести као „евалуативан“. Гали је ријеч углавном користио да би означио да се појам употребљава у позитивној конотацији (тј. за означавање вриједног постигнућа) што му Мајкл Фриден приговара, али већ само значење ријечи оставља довољно простора за сличну интерпретацију и без Фриденове интервенције. Вид. M. Freedен, 55 56.

²⁸ W. B. Gallie, 171 172.

води још два услова: 1. сваки суштински споран појам мора бити изведен из неког „оригиналног примјерка“ (*exemplar*) чији ауторитет признају све сукобљене стране које употребљавају појам, 2. вјероватноћа или плаузибилност тврдње да „такмичење“ које за циљ има признање међу сукобљеним странама које појам употребљавају води или одржавању достигнућа „оригиналног примјерка“ или пак његовом развоју ка оптималном значењу.²⁹

Већ самим насловом рада и коришћеном терминологијом заведени смо у одређеној мјери на погрешан траг. Прије свега, Гали се својски труди (и добрим дијелом успјева у томе) да избјегне било какву метафизичку претпоставку у вези с појмовима о којима говори. Спорност није нека интринзична карактеристика појма у питању већ је „свака исправна употреба појма [...] спорна“.³⁰ Сви услови који су постављени да бисмо један појам назвали суштински спорним, тичу се прије свега његових конкурентских употреба, тј. не тичу се толико карактеристика самог појма, колико се тичу карактеристика појмовне дебате. Нема сумње да се Гали заиста нада да ова категоризација појмова представља напредак у њиховом објашњавању,³¹ али је његова нада заснована на претпоставци да сазнајући нешто о дебати у вези са исправном употребом појма сазнајемо нешто и о самом појму у питању. Но, примјена услова за суштинску спорност нас не води садржају појма, већ само одговору на питање да ли се један појам може назвати суштински спорним или не. Утолико је, по конвенционалним мјерилима, хеуристичка плодност овог оквира проблематична, а сам садржај појмова које назива суштински спорним изван дохвата Галијевог анализе.³² Додатан проблем представља и то што нема сумње да је спорно и само Галијево излагање услова које је неопходно испунити да бисмо један појам назвали суштински спорним; сасвим је извјесно да чланак није замишљен као хипотеза коју треба провјеравати, већ прије као оквир за разумјевање спорова у социјалној филозофији.³³ Свака другачија интерпретација вриједности Галијевог подухвата сваки пут промаши његову суштину и чини га неупотребљивим.

²⁹ *Ibid.*, 180.

³⁰ *Ibid.*, 169.

³¹ *Ibid.*, 188.

³² Ова наизглед тривијална запажања су условљена интерперетацијама Галијевог чланка у критичкој литератури у којој се често може прочитати да је употребљивост карактеризације једног појма као суштински спорног у излагању садржаја тог појма критеријум за то да ли тај појам треба класификовати као суштински споран. К. М. Ehrenberg, „Law is Not (Best Considered) an Essentially Contested Concept“, http://works.bepress.com/kenneth_ehrenberg/1, 2009. У наставку ћемо детаљније образложити зашто то становиште није прихватљиво.

³³ D. Collier et al., 215.

Из досадашњег излагања је јасно да је појам права споран појам; неопходно је дакле размотрити да ли је он суштински споран, тј. да ли га је могуће уклопити у Галијев оквир. Формулисаћемо претходно наведене критеријуме суштинске спорности као питања на која ћемо покушати да одговоримо: 1. Да ли се појмом права мисли неко вриједновано постигнуће? Ако се руководимо Галијевим разматрањем демократије као суштински спорног појма, чини се да је тако.³⁴ Радбрухово (*Gustav Radbruch*) схватање законског неправда³⁵ и Фулерово (*Lon Fuller*) разматрање унутрашње моралности права,³⁶ говоре недвосмислено у прилог томе да јуснатуралисти без изузетка сматрају да појам права подразумјева неко вриједновано достигнуће. С правним позитивизмом је ствар знатно сложенија, али се може показати да је појам права за Келзена, Харта и Раза такође евалуативан, упркос томе што право начелно одвајају од морала. Шта би друго значило Келзеново схватање права као скупа заповјести које треба да обезбједе мир или Хартово разликовање примарних и секундарних норми ако не да је појам права, бар у смислу правног важења и односа с неким основним вриједностима, у Галијевом смислу евалуативан. Изгледа да без обзира да ли се ради о правном морализму или правном позитивизму, појмом права мислимо неко вриједновано достигнуће.³⁷ 2. Да ли је појам права комплексан у смислу могућности бројних дескрипција достигнућа на које се односи? Поменули смо, бавећи се класичним начином дефинисања, да се из различитих перспектива појединим аспектима права придаје сасвим различит значај. Додуше, такође смо нагласили да дебату између оних које приступају дефинисању на овај начин из строго ло-

³⁴ W. B. Gallie, 184.

³⁵ Г. Радбрух, *Филозофија права*, Нолит, Београд 1980, 281–293.

³⁶ L. Fuller, *Morality of Law*, Yale University Press, New Haven 1969, 33–94.

³⁷ Да бисмо ову тему исцрпили до краја, били бисмо принуђени да детаљно објаснимо методолошки спор у англосаксонској јуриспруденцији између заступника дескриптивне методологије и њених критичара. Једна страна у овом спору тврди да је право могуће описати вриједносно неутрално, док друга, слиједећи Дворкина, сматра да је право „од врха до дна“ интерпретативно. Р. Дворкин, *Царство права*, ИП „Филип Вишњић“, Београд 2003, 102. У вези с овим проблемом вриједи свакако погледати разматрања Клауса Фисера (*Klaus Föfner*) који слиједи Мекормика (*Neil MacCormick*) у приписивању моралне вриједности праву (тј. правном систему) као цјелини, чиме се на методолошком нивоу доводи у питање позитивистичка теза о одвојености права и морала. Klaus Föfner, „Farewell to Legal Positivism“, *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* (ed. Robert P. George), Oxford University Press, Oxford 1996, 125. Ипак, ако узмемо у обзир позицију коју смо овдје заузели, сматрамо да није неопходно улазити у детаље, прије свега због тога што се критеријуми суштинске спорности тичу појмовне дебате а не самог појма или ентитета који појмом мислимо. У сваком случају, ради се о спору који се неће ријешити у правној теорији, већ у неким сродним и општијим дисциплинама, и који се уз то тиче фундаменталног проблема могућности објективног сазнања у друштвеним наукама.

гичке и методолошке перспективе можемо свести на термилошку збрку. Но, ако се вратимо позитивизму и јуснатурализму, видјећемо да је оно на шта се појам права односи могуће описати на различите начине без западања у номинализам. Тако ће Остин (*John Austin*), описујући право, у први план истаћи заповјест законодавца,³⁸ Радбрух усмјереност на правду као вриједност,³⁹ Харт правило признања као критеријум важења примарних норми,⁴⁰ а Фулер ће нагласити да је право заправо подухват потчињавања људског дјеловања владавини правила.⁴¹ 3. Да ли је достигнуће које се појмом права мисли могуће описати на различите начине који у себи нису логички противрјечни? Јуснатуралистичке и позитивистичке теорије нарочито након аналитичког окрета у правној теорији карактерише строгост у аргументацији. Сасвим је јасно да се описи појма права које дају правни позитивисти и јуснатуралисти могу се третирати као бољи или гори, али никако и као логички противрјечни у себи.⁴² 4. Да ли достигнуће које се појмом права мисли подразумјева могућност промјене у свијетлу промјењених околности, тј. да ли је појам како Гали каже „отворен“ по свом карактеру? Довољно је да се сјетимо шта је све у правној традицији имало снагу закона (тј. шта се све подразумјевало под правом) и да једноставно утврдимо да се „достигнуће“ на које се појам односи не може омеђити у погледу могућности или извјесности његове промјене. Утолико је појам права по свом карактеру „отворен“. 5. Коначно, да ли су они који употребљавају појам права свјесни другачијих критеријума употребе и да ли признају да се њихова употреба мора бранити у односу на друге употребе? Ако непомирљивост позиција јуснатуралиста и позитивиста које смо изложили није довољна за одговор на ово питање, као илустрација перпетуације подјела у правој теорији уз међусобно признавање супротстављених страна нам може послужити једна Келзенова примједба: „Правни позитивизам није готов нити ће икада бити, као што није готово са природним правом нити ће икада бити. Овај је конфликт вјечан. Историја идеја само показује да

³⁸ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, University of London, London 1832, vii.

³⁹ Г. Радбрух, 44.

⁴⁰ H. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1994 (1961), 92.

⁴¹ L. Fuller, 96.

⁴² Дворкин у *Царству права* такође претпоставља три конкурентска поимања права: конвенционалистичко, правно прагматичко и схватање права као интегритета, што се у потпуности уклапа у Галијев трећи критеријум. Р. Дворкин (2003), 125. На сличан начин, Коулмен своди дебате у аналитичкој јуриспруденцији на дискусије између неколико супротстављених али међусобно повезаних табора позитивисти и јуснатуралисти, реалисти и формалисти, позитивисти и интерпретативисти итд. J. Coleman, (2009), 359-360.

некада једна, а некада друга позиција стиче предност⁴³. Појам права испуњава, дакле, и пети критеријум суштинске спорности.

Испуњавање претходних критеријума *prima facie* указује на то да је појам права могуће уклопити у Галијев оквир и на основу тога тврдити да се ради о суштински спорном појму. Преостали критеријуми се не тичу саме суштинске спорности, већ искључиво служе као оруђе за дискриминацију између појмова који су суштински спорни и појмова који су само, како Гали каже, радикално конфузни. Иако нема сумње да појам права испуњава и услове дате у двије последње ставке које смо навели, ми нећемо посебно покушавати да право уклонимо у преостале критеријуме из неколико разлога. Најспорнија ставка Галијеве анализе управо је садржана у овим додатним критеријумима; ради се наравно о поменутом „оригиналном примјерку“ који би учесници у дебати требало да имају на уму приликом конкурентских употреба појма. Гаус тврди да се Гали позивањем на оригинални примјерак вратио у концептуално-реалистичке воде из којих је покушао да исплива.⁴⁴ Но, оригинални се примјерак не мора схватити на тај начин; из примјера које Гали користи види се да не настоји избјећи радикалну конфузију на начин постулирања једног несумњивог достигнућа с тачно одређеним карактеристикама које би све стране у дебати могле назвати правом (или демократијом, сувереношћу и сл.). Сврха упошљавања овог помало рогобатног израза је прије свега негативна – „оригинални примјерак“ нам помаже да 1. појам разлучимо од других појмова уз 2. избјегавање метафизичких и ванконцептуалних критеријума и прибјегавање историјским. У погледу појма права се овај израз не мора нужно односити само на неки правни систем или правну традицију, већ може означавати и неко раније поимање права које је значајно за актуелну правнотеоријску дебату.⁴⁵ Нама је важно истаћи да одстрањење два последња критеријума није учињено како би излагање о праву као суштински спорном појму било кохерентније. Иако (не)испуњавање последња два услова не доводи у питање суштинску спорност појма права, појам права испуњава те услове бар онолико колико Гали тврди да их испуњава појам демократије.⁴⁶

⁴³ Вид. P. Koller, 180.

⁴⁴ G. Gaus, 32.

⁴⁵ J. Waldron, (1994), 533.

⁴⁶ Ево на који начин Гали образлаже адекватност последња два услова у случају појма демократије: „(VI) Ове се употребе појма позивају на ауторитет примјерка, тј. на ауторитет дуге традиције (или пак на одређен број историјски независних али у довољној мјери сличних традиција) или захтјева, аспирација, револта и реформи које имају заједнички анти неегалитаристички (*sic!*) карактер; да бисмо видјели како неодређеност ове традиције не дотиче утицај примјерка, довољно је запазити колико је само различитих политичких покрета тврдило да

4. ПОЈМОВИ, ПОИМАЊА И ДЕФИНИЦИЈЕ

На основу досадашњег излагања чини се несумњиво да појам права из перспективе правне теорије можемо уклопити у Галијев оквир и тврдити да је он суштински споран. Сасвим је јасно да је у критеријумима изразит нагласак стављен на дескрипцију; нити један од њих не подразумева анализу нечега другог до дебате у вези с појмом, нити у принципу захтјева од нас вриједновање било које врсте.⁴⁷ Како онда схватити различито коришћење појмова у оквиру различитих праваца у правној теорији?

Дио одговора на ово питање нам између осталих дају Дворкин⁴⁸ и Ролс (*John Rawls*)⁴⁹ у разликовању појма и поимања (тј. концепта и концепције), на основу чега бисмо могли разликовати појам права и поимања права (и даље, како предлаже Петер Колер ослањајући се на друге ауторе, између „поимања права“ и „поимања појма права“).⁵⁰ Суштина је овог разликовања да говоримо о појму када постоји минимална сагласност у вези с његовим садржајем, а о поимању када је тај садржај интерпретиран на одређени начин. Могло би се учинити да сагласност у вези с минималним садржајем

инспирацију црпи из Француске револуције (VII) Можемо ли на крају додати и то да трајно такмичење за признање међу ривалним употребама популарног концепта демократије води *оптималном* развоју нејасних циљева и конфузних постигнућа демократске традиције?⁵¹ (на друго питање се у наставку текста даје генерализован позитиван одговор који се односи на неколико појмова који су предмет анализе), W. V. Gallie, 186.

⁴⁷ Ово је мјесто итекако спорно у критичкој литератури. Џон Греј сматра да дескриптивни критеријуми за суштинску спорност у крајњој линији воде нихилизму у погледу могућности разрјешења појмовних дебата и даје своје критеријуме који по њему „слабе“ Галијево схватање, али се уклапају у традицију појмовне дебате у филозофији. Оставићемо за сада по страни Грејеве приговоре како бисмо навели три услова за суштинску спорност која он предлаже: 1. да је појам могуће идентификовати од стране оних који га користе позивањем на заједничко кључно значење, и да је његова историја обиљежена трајним и наизглед неотклоњивим расправама о критеријумима његове исправне употребе (тј. несводивост расправа о дефиницији), 2. да се учесници у тој расправи о дефиницији уобичајено не слажу у погледу читавог скупа контекстуално повезаних концепата, уз то да ова неслагања нису случајна, већ имају тенденцију међусобне повезаности (тј. условљеност конфликта шаблонима мишљења повезаним с ривалним формама друштвеног живота), 3. суштинска спорност указује на дивергенције у погледима на свијет које су очигледне у споровима у погледу дефиниције концепата у питању (тј. сукобљени шаблони мишљења који зависе од филозофских теза и расуђивања), J. N. Gray, 344-345. Из нашег је излагања сасвим јасно да је и по овим критеријумима појам права суштински споран, можда чак и недвосмисленије него по Галијевим.

⁴⁸ Р. Дворкин, (2003), 102.

⁴⁹ Џ. Ролс, *Теорија правде*, ЦИД, Подгорица 1988, 27.

⁵⁰ Р. Koller, 182; Вид. С. Swanton, „On the „Essential Contestedness“ of Political Concepts“, *Ethics* 4/1985, 811-827

значи исто што за Галија значи оригинални примјерак. То ипак није случај. Мајкл Фриден (*Michael Freedен*) је на добром трагу када претпоставља да сваки појам мора на неки начин садржати „нужне“ карактеристике и „квазиконтингентне“ карактеристике. Ова нужност, дакако, није логичка или метафизичка, него конвенционална и језичка – састоји се у чињеници што све познате употребе појма укључују одређени минимални садржај као предуслов саопштивости и комуникације. „Неотклоњивост“ појединих компонента појма би се унеколико метафорички могла објаснити ријечима: „Да бисмо изразили несагласност, неопходно је да се претходно разумијемо“.⁵¹ Ако претпоставимо да је овим поновљена тврдња о центру и периферији (полусјенци) појма, погријешимо. Валдрон (*Jeremy Waldron*) исправно примјећује да се „термин ‘суштински’ односи на локацију неслагања или неодређености: то је спорење о сржи, а не само граници или полусјенци појма“.⁵² Спор о појму права није „просто дискусија о случајевима који су маргинални или спадају у полусјенку између особа које су сагласне о суштини“.⁵³ Појам ће у уобичајеној употреби често садржати више „нужних“ карактеристика јер „утврђени културни, историјски и друштвени контексти у којима се ријеч појављује по претпоставци намећу већини корисника заједничка или преклапајућа поља употребе којих се ови не могу лако ослободити“.⁵⁴ Како је појам немогуће свести на овај минимални садржај, различита се поимања истог појма практично подразумјевају. Ипак, елиминисати овај минимални садржај по Фридену „значи залетјети се против свих употреба појма“,⁵⁵ па чак, можемо додати, и против његове употребе уопште. Но, подразумјевани минимум садржине који је, чини се, нужно претпоставити не значи превише; тек поимање појма омогућава одговарајуће објашњење онога на шта се појам односи.

Подсјећања ради, поменимо да смо чланак почели излагањем неколико приступа у дефинисању, како бисмо указали на мањкавости радикалних методолошких обрта у одређењу појма права и преусмјерили разматрање на темељна обиљежја методолошких, дефиницијских и појмовних дебата. Очигледно је да смо тиме на посредан начин девалвирали значај дефиниције кључних правних појмова и истакли значај различитих поимања за разумјевање појма у питању. Покушаћемо укратко изложити и однос између дефиниције

⁵¹ T. A. O. Endicott, „Herbert Hart and the Semantic String“ *Legal Theory* 3/1998, 283.

⁵² J. Waldron, „Is The Rule of Law an Essentially Contested Concept (In Florida)?“ *Law and Philosophy* 21/2002, 149.

⁵³ J. Waldron, (1994), 529.

⁵⁴ M. Freedен, 52.

⁵⁵ *Ibid.*, 62-63.

и поимања, како бисмо уоквирили разматрање и оставили простор за одговоре на неколико значајних и до сада занемарених питања.

1. Дефиниција, у свијетлу схватања појма права као суштински спорног, може имати једну претеоријску функцију, тј. може нам понудити основ за неку врсту сагласности о томе шта спада у област дискурса о праву.⁵⁶ У том би смислу она представљала већ једно поимање онога што смо с Фриденом назвали „нужним“ карактеристикама појма. Но, сагласност ове врсте је могућа само као прихватање једног поимања појма, а никако као дефинитивно утврђење његове садржине. Нешто другачије постављено, дефиниција би могла служити као топос који може бити предмет сагласности великог броја учесника у дебати о појму права, на основу којег би се могла изградити различита поимања.

2. Дефиниција се може схватити и као коначан резултат или сумарни израз једног разрађеног поимања појма права који укључује одговоре на теме значајне у правној теорији и филозофији. Ротлојтнерова (*Hubert Rottleuthner*) тврдња да треба правити разлику између теорије и дефиниције има смисла само ако је поставимо на начин на који смо то преходно учинили, а никако, као што то он чини, ако претпоставимо да у дефиницији одговарамо на питања о томе које норме можемо окарактерисати као правне норме. Такво што већ претпоставља изграђено поимање права.⁵⁷ У сваком случају, хеуристичка сврха дефиниције је ограничена; претпоставити, као што се често претпоставља, да је дефиниција последња ријеч у одређењу комплексног појма какав је појам права, уобичајено значи повиновати се оној езотеричности правне струке о којој смо говорили у уводу рада, и тиме или обезвриједити или изгубити из вида динамику и сложеност појмовних спорова у правној теорији.⁵⁸

⁵⁶ H. Rottleuthner, *A Treatise on Legal Philosophy and General Jurisprudence vol 2*, Springer, Dordrecht 2005, 8.

⁵⁷ *Ibid.*, 12.

⁵⁸ Ваља примјетити на крају ове расправе да је категоризација концепата коју је Серл (*John Searle*, 1932) предложио у свом дјелу „The Construction of Social Reality“ коришћена од стране Брајана Лајтера (*Brian Leiter*, 1963) као прилог тези да су покушаји дефинитивног утврђивања границе између права и морала бесмислени (необјављени чланак насловљен „Проблем демаркације у јуриспруденцији: нови аргументи у прилог скептицизму“ представљен на конференцији „Неутралност и теорија права“ одржаној у Ђирони, Шпанија, 21. мај 2010). По Серлу, можемо разликовати двије врсте појмова у зависности од врсте чињеница на које се односе, тј. у зависности од тога да ли се односе на природне или друштвене чињенице. У случају друштвених чињеница „став који заузимамо у односу на феномен је дјелимично конститутиван за сам феномен“, J. Searle, *The Construction of Social Reality*, The Free Press, New York 1995, 33. Галијев би се став о суштинској спорности могао уклопити у Серлов опис друштвених (или вјештачких) појмова на тај начин што дебате о појму дијелом сачињавају друштвену чињеницу на коју се

5. ПОСЛЕДИЦЕ СХВАТАЊА ПОЈМА ПРАВА КАО СУШТИНСКИ СПОРНОГ

Остало је неколико важних питања на која је неопходно одговорити како бисмо на одговарајући начин окончали наше разматрање. Прије свега, упитно је да ли има користи од оваквог разумјевања појма права. Такође, може се поставити питање да ли ово схватање подразумјева нихилизам у погледу могућности коначног разрјешења појмовних дебата у правној теорији. И на крају, треба одговорити да ли је спорност штетна за правну теорију.

У првом реду, дакле, треба нешто рећи о томе који значај за дебате у теорији права има придавање атрибута суштинске спорности једном појму. Најзначајнија последица прихватања овог схватања јесте свакако довођење у питање концептуалног реализма без западања у некакав термилошки конвенционализам или номинализам. Суштинска спорност објашњава правнотеоријски плурализам поимања једног појма, и тиме га у одређеној мјери легитимише. По Галију, оваква категоризација појмова социјалне теорије и филозофије има „потенцијално трајну критичку вриједност за нечије коришћење или интерпретацију појма у питању“.⁵⁹ Додатно, он сматра да се у условима када је суштинска спорност појма призната, може у најмању руку очекивати „повећање квалитета аргумената у дебатама између супротстављених страна“.⁶⁰ Чак ако „ослабимо“ оквир суштинске спорности тако што ћемо дозволити могућност рационалног разрјешења спорова у поменутих областима, као што то чини Џон Греј (*John N. Gray*), остаје нам да представа о суштинској спорности наглашава значај „проучавања појмовних веза између различитих начина мишљења и начина живота појединих друштвених група“,⁶¹ те би напуштање ове идеје „осиромашило проучавање централних идеја социјалне и политичке филозофије“.⁶²

Ове се последице схватања једног појма као суштински спорног односе прије свега на дебату у вези с појмом. Но, Галијево разматрање, по његовој изричитој намјери, има далекосежне последице и на схватање рационалности које стоји у подлози покушаја утврђивања садржаја једног појма:

појам односи. Ипак, ако упоредимо Серлова натуралистичка одређења и у овом чланку изнијето гледиште о условљености појмова њиховим положајем у оквиру различитих поимања појма и односом с другим појмовима, овај би се однос могао показати комплекснијим. Ово су наравно питања која у оквирима овог чланка не могу бити детаљније разматрана.

⁵⁹ W. B. Gallie, 193.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ J. N. Gray, 345.

⁶² *Ibid.*, 344.

„Разум је, према великом броју значајних филозофских гласова, суштински нешто што захтјева и заслужује универзално прихватање; манифестација онога што сачињава јединство међу људима и/или истрајно трагање за вјеровањима која би теоријски могла бити прихваћена као задовољавајућа од стране свих људи. Ово схватање разума може бити одговарајуће уколико је наша основна брига манифестација разума у науци; уколико је пак наша брига да опишемо елементе разума који омогућавају дискусију о религијским, политичким и умјетничким проблемима, ово нас схватање у потпуности оставља на цједилу“.⁶³

Основна је Галијева намјера да се супротстави управо једном оваквом схватању разума и да легитимише несагласност у теорији и филозофији. Утолико је разумјевање појма права као суштински спорног компатибилно с Дјуијевим (*John Dewey*)⁶⁴ и Перелмановим (*Chaim Perelman*) антиформализмом,⁶⁵ као и са Дворкиновим разумјевањем права као интегритета (и интерпретативне методологије коју ово гледиште подразумева). Разумјети појам права као суштински споран је из ове перспективе још једна (концептуално-аналитичка) „цигла“ у згради правог антиформализма, тј. корак даље у разумјевању права као дијалектичког (у Перелмановом, тј. у класичном смислу) подухвата.

Пређимо на питање могућности коначног утврђивања значења појма у питању. Гали, у недостатку неког општег принципа на основу којег бисмо могли одлучити о томе које је поимање једног појма најбоље, искључује могућност универзалне сагласности о садржају и употреби суштински спорног појма.⁶⁶ Суштинска спорност примјењена на појам права подразумева да се дебате у вези с појмом не могу коначно разријешити позивањем на логичке, лингвистичке па чак ни емпиријске аргументе. Ово је, на неки начин, природна последица одбијања могућности аналитичког расуђивања у вези са појмовима социјалне теорије и филозофије. Тврдња појединих аутора да је најбоље избјећи ову категоризацију када је право у питању, заснива се на вјери у дескриптивну методологију карактеристичну за савремени правни позитивизам. Дебате у вези с појмом права, по овом схватању, могу бити разрјешене управо позивањем на емпиријску евиденцију о праву као друштвеној институцији. Но, чак они позитивисти који своја схватања права граде на овој методолошкој претпоставци, не искључују у потпуности врједносна

⁶³ W. B. Gallie, 196.

⁶⁴ J. Dewey, „Logical Method and Law.“ *Cornell Law Quarterly* 10/1924, 17 28.

⁶⁵ Х. Перелман, „Правно расуђивање“, *Право, морал и филозофија*, Нолит, Београд 1983, 95 104.

⁶⁶ W. B. Gallie, (1956), 189; J. Kekes, (1977), 85.

разматрања, већ просто инсистирају на томе да разумјевање права не подразумјева заузимање чврстих вриједносних становишта.⁶⁷ Ово разликовање између чврстих вриједносних судова и вриједносних судова уопште може бити значајно ако нам је намјера да критикујемо Дворкиново схватање права као интерпретативног подухвата, али не може оспорити карактеризацију појма права као суштински спорног. Напротив, ако и савремени позитивисти прихватају да су судови вриједности неизбежни у било ком покушају разумјевања појма права, онда појам несумњиво испуњава Галијеве критеријуме суштинске спорности. Ово је на три начина релевантно за одговор на претходно постављено питање. 1. Управо то што се спорови о појму права не свде на спорове о периферији појма, говори о томе да један универзално прихваћен опис права није у оптицају у правној теорији. 2. То што дескриптивна методологија има своје мјесто у разумјевању права не значи по аутоматизму да сам појам права није суштински споран. 3. Све у свему, суштинска спорност не подразумјева нихилизам у погледу могућности бољих поимања права, већ одлуку о томе да ли је неко схватање боље или лошије премјешта у домен сагласности заједнице правника и правних теоретичара, који ће са своје стране једно поимање права цијенити на основу његове способности да објасни основне правне појмове и правну праксу. Ако бисмо ишли даље, могли бисмо с Галијем тврдити да „може изгледати да је коришћење неких евалуативних појмова предиктивно; но мислим[о] да овај изглед увијек вара“,⁶⁸ тј. да је појам права евалуативан и онда када неко емпиријско објашњење појма ужива сагласност у оквиру правне теорије.

Инсистирање на једној акуратној, адекватној, нециркуларној, несиковитој и јасној дефиницији појма права јесте легитимно само у случају да претпоставимо да је дефиниција последња ријеч у погледу одговора на питање о суштини или природи права. Но, ово свакако није случај. Дефиниција, као и цјелокупна методологија коју у правној теорији користимо, је подложна критеријуму хеуристичке употребљивости. Ми смо умјесто питања о суштини, употреби и значењу у овом раду озбиљно узели појмовне дебате у вези с појмом права, схватили их као дебате у вези с једним суштински спорним појмом и у складу с тим избјегли концептуално-реалистичку претпоставку да је једна једина дефиниција тог појма могућа и вјероватна. Аутори „Увода у право“ најчешће се поводе оном претпостављеном прецизношћу и таксономичношћу струке, када студентима покушавају презентовати једну готову, свеобухватну, синтетичку дефиницију. Видјели смо да је изводљивост таквог подухвата у најмању руку проблематична. Утолико нам остаје да од-

⁶⁷ К. М. Ehrenberg, 48.

⁶⁸ W. В. Gallie, 197.

говоримо на једно важно питање: Да ли је појмовна спорност штетна за право? Одговор већине правника практичара би био позитиван – правна сигурност подразумјева извјесност у погледу примјене правних правила, те је спорност у праву не само непожељна, већ угрожава једну од најзначајнијих правних вриједности. Ако и занемаримо Валдроново аргументовано супротстављање овом гледишту које се окончава увидом да „је поента правног правила понекад да отвори дискусију, умјесто да је ријеша“,⁶⁹ цјелокупна аргументација коришћена у претходним редовима говори у прилог томе да је, ако се водимо разлозима научне коректности, суштинска спорност појма права неспорна.

На крају, последице схватања права као суштински спорног појма су далекосежне како у погледу разумјевања правне теорије као академске дисциплине, тако и у погледу њене упућености на сродне области. Претпоставка о централном мјесту правнотеоријске дебате у одређењу кључних правних појмова приближава правну теорију општој и политичкој филозофији, а дистанцира је у одређеној мјери од правне догматике. Методолошки монизам какав проповједа Келзенова чиста теорија права или пак дескриптивна методологија савремених позитивиста, своди правну теорију у крајњој линији на још једну позитивноправну дисциплину која има задатак да право објасни, некритички одбацијући идеју да се оно у основи може само разумјети. А разумјевање права увијек подразумјева заузимање метаправне позиције, што чини правну теорију зависном од разрјешења суштинских проблема у општијим филозофским дисциплинама. Наравно, могућност коначног разрјешења темељних проблема епистемологије, гносеологије и логике јесте све само не извјесна. Коначно, ако задатак јуриспруденције схватамо као потрагу за извјесношћу, нужношћу или универзалном сагласношћу, онда морамо признати, парафразирајући позног Хусерла (*Edmund Husserl*), да је сан о правној теорији као строгој науци одсањан.

⁶⁹ J. Waldron, (1994), 539.

Bojan Spaić, M.A.

Assistant Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

ON THE ESSENTIAL CONTESTEDNESS OF THE CONCEPT OF
LAW: GALLIE'S FRAMEWORK APPLIED TO THE CONCEPT
OF LAW

Summary

The main focus of this article is to examine inadequacies of different approaches in defining the concept of law in legal theory. The author suggests that by categorizing the concept of law as an essentially contested concept, one may account for permanent conceptual disputes in legal theory. The author claims that the concept of law fits five descriptive criteria for essential contestedness suggested by Bruce Valter Gallie. He further argues that by adopting this point of view one deflates the value of definitions, understood in terms of necessary and universally valid explanations of a concept, and emphasizes the importance of different conceptions of the key concept in legal theory.

Key words: *Concept of law. – Essentially Contested Concepts. – Legal Theory. – Philosophy of Law.*