

Валерија Дабетић, мастер\*

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

Када говоримо о савременој социологији права и теоретичарима који су значајно допринели развоју ове научне дисциплине, незаобилазно је осврнути се на рад америчког аутора Брајана Таманахе (*Brian Z. Tamanaha*) и његово последње дело *A Realistic Theory Of Law*. У тој књизи, Таманаха развија идеју да су право и друштво нераскидиво повезани и излаже емпиријски утемељену теорију природе права која своју примену може наћи у различитим историјским периодима и различитим друштвима. Аутор те холистичке визије права истиче да је право конституисано у односу на друштвени контекст – друштвене групе, друштвене структуре, друштвене институције – али да релевантан утицај на његово креирање имају и културни, политички, економски, еколошки и технолошки фактори. Узимајући у обзир да се друштвени контекст стално развија и мења, право константно еволуира заједно са њим те, како Таманаха и сам каже, његова реалистичка теорија није коначна. Правећи отклон према теоријама природног права и аналитичке јуриспруденције, он своју реалистичку перспективу темељи на прагматизму и „здраворазумском реализму“. Таманахин реализам може бити схваћен и као социолошки конструктивизам јер наглашава да право није апстрактан ентитет, те као такав неповезан са контекстом, већ је реално повезан са елементима друштвеног контекста и „укорењен у историји друштва“. Такво виђење се заснива на идеји да је право подложно историјским и друштвеним утицајима и да се једино кроз емпиријску призму може потпуно разумети.

Након уводног дела, аутор своје прво поглавље посвећује два главна теоријама у односу на које гради своју теорију – теоријама природног права и аналитичке јуриспруденције (правни позитивизам), наглашавајући мане које производи њихов антагани-

---

\* Ауторка је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *valerija.dabetic@ius.bg.ac.rs*.

зам. Држећи се чврсто својих супротстављених позиција, ти правци постају уски, апстрактни, аисторијски и као такви се одвајају од друштва које заједно са правом треба да буде предмет њиховог истраживања, сматра Таманаха. Таманахин реализам може једино да се схвати у контексту поменутих опозиција јер управо на недостацима тих теорија он смешта трећи, неоправдано занемарен приступ – историјско-социолошку јуриспруденцију. Таманаха наглашава да историјско-социолошка „перспектива“ или „оријентација“ коју он назива „социолошко-правна теорија“ (*social legal theory*) представља једну грану јуриспруденције, док је реалистичка теорија права, коју елаборира у овој књизи, једна верзија социолошко-правне теорије. У тој перспективи, право се дефинише као друштвена институција која се развија у интеракцији са другим друштвеним сегментима и производи последице по то исто друштво. Ревитализацију тог алтернативног приступа аутор правда чињеницом да правне теорије не настају у интелектуалном или културном вакууму већ су производ друштвених и историјских утицаја. Право је и само друштвена појава, стога правне теорије не треба да занемаре друштвени контекст и историјску димензију права. Таманаха оживљава запостављене идеје које датирају још од Монтеѕкјеа, Адама Смита, Фридриха вон Савињиа, Хенрија Мејна, Рудолфа вон Јеринга, Оливера Вендела Холмса, Еугена Ерлиха и Макса Вебера. Аутор се ослања на рад тих великана због тога што они право виде као облик друштвеног живота, а развој права схватају као вишедимензионални друштвено-историјски раст.

Адекватан одговор на вечито питање шта је право Таманаха даје у другом поглављу своје књиге. Заговарајући идеју да је право „друштвено-историјски феномен који може имати различите форме и функције у различитим временима и местима“, он објашњава да на питање шта је право можда никад није дат коначан одговор, зато што одговора заправо и нема. Право је пре свега концепт потекао из народа, наглашава Таманаха, те је право у ствари све оно што људи виде и означе као право. Како би створили теоријски концепт права, теоретичари су направили грешку јер су, правећи јаз са друштвеним контекстом, правни систем свели на обичан систем правила. Друга основна грешка правних теоретичара је то што су своја проучавања увек заснивали на праву утемељеном од државе, а нису се бавили другим колективно признатим облицима права која некад имају јачу снагу од државног права (обичајно право, религијско право, међународно право итд.). Право се не може дефинисати на јединствен начин, сматра Таманаха, већ се адекватан одговор може остварити само прихватањем идеје правног плурализма.

У трећем поглављу Таманаха указује на још једну ману досадашњих теорија права које су покушавале да утврде нужне и опште елементе које право мора да садржи како би могло да се назове правом у сваком времену. Правећи аналогију са водом и тврдећи да је  $H_2O$  оно што воду чини водом, Џозеф Раз и Скот Шапиро заборављају да се такво објашњење или структура не може пронаћи за право. Они занемарују чињеницу да постоје онтолошке разлике између воде, као трајне хемијске структуре, и права, као друштвене конструкције која се мења током времена. Ти теоретичари, као и њихови следбеници, суштинске карактеристике права најчешће дефинишу *a priori* и без емпиријске основе, те на тај начин неретко искључују друге облике права (обичајно право, религијско право, међународно право итд.). Таманаха додаје да је немогуће утврдити универзалне елементе за нешто што нема трајну и кохерентну структуру. Он изражава сумњу да је ова идеја о нужним елементима права можда једино опстала због константног понављања и упорног инсистирања водећих имена. Управо зато он своју реалистичку теорију не заснива концептуално *a priori*, него емпиријски, то јест *a posteriori*, испитујући како су различити облици права стварани у различитим историјских периодима, како људи доживљавају право, с којом сврхом је стварано и које друштвене последице је произвело. Због своје природе подложне променама, Таманаха сматра да је „право све оно што људи идентификују као право и према чему се, у друштвеном животу, односе као да је право“.

Сагледавајући право на различитим нивоима друштвене комплексности, као и начин на који се оно развија и мења у интеракцији са друштвеним, политичким, економским, еколошким, технолошким и културним утицајима и околностима, у четвртном поглављу Таманаха излаже своје „генеалогско виђење права“. Пратећи развој права од друштава ловаца и сакупљача, племенских заједница, све до савремене државе, Таманаха потврђује став неких антрополога да је право одувек постојало, само не у облику у коме га ми данас схватамо. Иако је досадашња Таманахина анализа у великој мери била конгруентна са ставовима Херберта Харта, јер се обојица ослањају на дескриптивну социологију и виде право као друштвени феномен, овде се њихова мишљења раздвајају. Харт негира да је право постојало у примитивним друштвима јер таква друштва одликује једноставан режим примарних правила. Примарна правила, то јест правила о обавезама, незванична су и, према Хартовом виђењу, у целини пате од озбиљних недостатака (неодређеност, статички карактер и неефикасност), те као таква не могу да формирају систем правила. Истичући разлику између примарних правила, карактеристичних за претправни свет и секундарних правила, која једина могу да исправе поменуте недостатке примарних правила, Харт сматра да једино

њиховим комбиновањем можемо говорити о правном систему.<sup>1</sup> Таманаха, с друге стране, истиче да је право стално у настајању јер се друштво константно мења и еволуира, па смо сведоци коегзистирања различитих варијација првих облика права, заједно са правом у савременом смислу речи. Таманаха истиче да постоје сличности између „права“ у ранијим заједницама и права у савременом друштву. Сада, као и некада, право регулише скоро исте категорије друштвеног живота, чиме омогућава друштвену стратификацију, промовише неједнакости и неретко представља оруђе у рукама елита које га користе за инструментализацију својих интереса.

Критика доминантних теоријских схватања, теорија природног права и аналитичке јуриспруденције наставља се и у петом поглављу. Према Таманахином мишљењу, досадашње теорије омануле су у још нечему – да до краја објасне право у савременом друштву. Ако прихватимо да живимо у „ери организација“, онда не можемо ограничити право само на његову функцију уређивања друштвених односа и видети државу као ствараоца права. Морамо узети у обзир да се држава ослања на то право, које, према Таманахином мишљењу, користи и инструментализује за: а) одржавање на власти и заштиту сопствених институција, б) уређивање интерних управљачких односа и в) остваривање својих интереса и циљева.

У последњем поглављу Таманаха се бави односом између државног и међународног права. Иако су теоретичари међународног права склони да тај однос посматрају монистички (јединствен систем права заснован на свеобухватном међународном правном систему са државним правним системима као подсистемима) или дуалистички (као међусобно независне системе права са различитим изворима и предметима), Таманаха сматра да оба схватања изобличавају тај однос. Иако је природно да их видимо као одвојене, погрешно је размишљати о њима као о засебним ентитетима. Они су се увек мешали, а међународно право, према Таманахином мишљењу, није јединствен, хијерархијски правни систем.

Таманаха закључује да је право (и све оно што се подразумева под правом) све оно чему друштвене групе конвенционално приписују ознаку „закон“ и да се облици права конституишу и развијају у вези са околностима. Овако холистички схваћена дефиниција права може бити неограничено примењена на сваки друштвени контекст. Иако широко примењива, та помало еклектичка дефиниција отвара многа питања. Које то друштвене групе креирају право? Да ли је право одраз равноправности или креација оних који имају моћ да наметну сопствене интересе као опште? Иако истиче да сви облици права

<sup>1</sup> Херберт Харт, *Појам права*, Правни факултет Унверзитета у Београду – ИП Службени гласник, Београд 2013, 151–153.

делују у друштвеном простору и зависе од других норми, правила и институција, као што су обичаји, морал, праксе, језик, идеологија, Таманаха не негира да су моћне друштвене групе успешније у стварању права, те оно представља конститутивни аспект њихове друштвене, економске и политичке моћи.

Врлина сваке Таманахине књиге, па и ове, јесте језик и стил којим је написана. Као и остале његове књиге, и ова се лако чита и добро разуме. Ипак, према нашем мишљењу, највећа врлина ове књиге јесте повратак историјско-социолошког приступа на научну сцену јер би, без тог приступа, јуриспруденција остала осиромашена. Сагласни смо са Таманахиним ставом да заиста не стоје приговори, које истичу неки теоретичари доминантних ривалских теорија, да је историјско-социолошка перспектива недовољно научна због свог емпиријског темеља. Предмет истраживања теорије природног права и теорије аналитичке јуриспруденције јесте право које треба да уреди односе у друштву. Како објаснити шта је право, како уопште створити право, ако занемарујемо друштво у његовој потпуној комплексности и противречности? Иако та три правца на први поглед немају много заједничког (разликују се у предмету, методу и циљевима истраживања), они заправо могу да буду комплементарни. Користећи се заједничким сазнањима, те теоријске перспективе могу да продубе већ стечена знања, да отворе нова истраживачка поља и идеје, али и да евентуално отклоне постојеће грешке. Потпуно искључивање историјско-социолошког приступа може само да ускрати стварање нових плодних теорија, сматрају не само Брајан Таманаха, већ и други познати аутори као што су Брајан Лајтер, Вилијам Твајнинг и Денис Галиган.

Друга предност овог дела је критика пре свега представника аналитичке јуриспруденције који су, у покушају да створе општу теорију права која се може применити за сва времена и за сва друштва, своје истраживање ограничили на државно право. Узимајући у обзир историјску димензију, на којој Таманаха инсистира у целој књизи, видимо да државно право није било одувек доминантно већ је то постало тек средином 19. века. Држећи се чврсто општих елемената које право мора да поседује да би било право, ти теоретичари су занемарили друге форме права које су постојале пре стварања државног права у модерном смислу речи, а које и данас успешно коегзистирају са државним правом, понекад и са јачим утицајем.<sup>2</sup> Овде Таманаха није усамљен јер његова критика иде у корак са критиком Дениса Галигана која је упућена Хартовом схватању модерног

<sup>2</sup> У прилог својој тврдњи Таманаха наводи пример великог броја земаља у развоју у Африци, у којима обичајно право постоји упоредо са државним правом, чак је и доминантно у решавању спорова.

правног поретка. Према Галигановом мишљењу, Харт се највише бавио развијеним правним системима који су му блиски, те је на тај начин све модерне правне поретке свео на један појам који претежно обухвата западна друштва.<sup>3</sup> Тако мисли и Таманаха.

Таманаха је плодан аутор и теоричар права и односа права и друштва, зато не сумњамо да ће ова књига лако наћи пут, не само до читалачке публике у области теорије и социологије права, већ и шире. Његове раније књиге *Failing Law Schools* (2012), *Beyond the Formalist-Realist Divide* (2010), *Law as a Means to an End* (2006), *On the Rule of Law* (2004), *A General Jurisprudence of Law and Society* (2001), *Realistic Socio-Legal Theory* (1997) изазвале су велико интересовање. Сигурни смо да ће то бити случај и са овом јер, иако се читаоци можда неће сложити са свим Таманахиним идејама, ова књига је вредна читања.

---

<sup>3</sup> Више вид. Denis J. Galligan, *Law in Modern Society*, Oxford University Press, Oxford 2007, 20–22.