

UDK 340.11

CERIF: S115

DOI: 10.5937/AnalipFB1903150B

Dr Damir Banović*

ANALITIČKI I SOCIOLOŠKOPRAVNI PRISTUP PROUČAVANJU NORMATIVNIH I DRUŠTVENIH FUNKCIJA PRAVA**

U radu su izloženi stavovi analitičke teorije prava o mogućim funkcijama prava, bilo da se one određuju kao normativne bilo kao društvene. Također, izložen je i pristup verzije sociološkopravne teorije društvenim efektima prava, te kritike analitičkog kao neopravdanog i suviše intuitivnog. Svaka analiza prava kao fenomena polazi i od analize prirode prava, te posljedično, i od njegovih funkcija, odnosno od uvođenja ideje o dualnoj prirodi prava sa idealnim i realnim elementima te posljedično jedne drugačije refleksivne metodologije koja će osvjetliti oba elementa. U konačnici, dat je osvrt na moguća metodološka unapređenja kojima bi se empirijski provjerljivo, a ne apriorno, formirali stavovi o mogućim funkcijama prava te time unaprijedile teorijskopravne analize.

Ključne riječi: *Normativne i društvene funkcije. – Dualna priroda prava. – Sociološkopravni pozitivizam.*

1. UVOD

Kako je to uobičajeno u filozofskopravnim razmatranjima, različiti autori tvrde da pravo posjeduje i vrši različite normativne i društvene funkcije. Te različite tvrdnje proizlaze iz primjene različitih metodologi-

* Autor je docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, d.banovic@pfsa.unsa.ba.

** Prva verzija rada predstavljena je na XIII godišnjoj konferenciji *Central and Eastern European Network of Jurisprudence* koja se održavala od 13. do 14. septembra 2018. godine na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu.

ja u pravu: analitičke, normativne ili sociološkopravne. I u dominantne tri metodologije ili pristupa proučavanju prava postoje različite tvrdnje o tome da li i koje društvene i/ili normativne funkcije pravo (nužno) vrši, odnosno posjeduje. Tako je, na primjer, Jeremy Bentham (više u Faso 2007, 435–441), kao prominentna figura instrumentalnog pristupa, jasno izrazio svoj stav da je pravo instrument za ostvarivanje bilo kojeg društvenog cilja koji se smatra poželjnim u datom društvu. Može se koristiti za ostvarivanje dobrog ili lošeg; može se koristiti za ostvarivanje određenog specijalnog interesa; može biti sredstvo za primjenu opresije ili kažnjavanja; ili kao sredstvo za ostvarivanje određene koncepcije dobra u društvu. Roscoe Pound (1912; 1922; 1968), kao predstavnik jednog oblika sociološke jurisprudencije, shvatao je pravo kao visokospecijalizovanu formu društvene kontrole u politički organizovanom društvu. Smatrao je da pravo obavlja funkciju ispunjavanja individualnih i društvenih interesa: pravo je društveni mehanizam kojim se ostvaruju određeni ciljevi društva.

Iz savremene perspektive, Denis Galligan (2010; 2015), u svom specifičnom metodološkom pristupu pravo-i-društvo (*law and society approach*), koji primjenjuje na proučavanje fenomena prava u modernim državama, smatra da zdrav razum i iskustvo pokazuju da se pravo uobičajeno koristi kao instrument za ostvarivanje određenih ciljeva i svrha (Galligan 2010, 193). Ustavi, međunarodne konvencije, zakonodavstvo i drugi oblici regulacija, sudske presude, upravna rješenja i odluke proizvod su deliberativnog djelovanja naroda, država, zakonodavca, uprave, te se za sve njih može opravdano pretpostaviti da imaju određenu svrhu (Galligan 2010, 193). Proces stvaranja prava češće se okončava kompromisom i akomodacijom različitih političkih i društvenih interesa nego izražavanjem jasnih namjera i svrha (Galligan 2010, 193). Bez obzira na tu činjenicu, pravo je postavljeno i usmjereno na postizanje društvenih interesa (Galligan 2010, 193). Pitanje njegove društvene vrijednosti uobičajeno se postavlja u vezi sa njegovim funkcijama, sa idejom da pravo empirijski ostvaruje i vrši specifične funkcije u društvu (Galligan 2010, 193). Odnosno, treba istražiti i analizirati njegovu ulogu u različitim situacijama: zaključivanju ugovora, izvršenju krivičnih sankcija i sl. (Galligan 2010, 194).

Brian Z. Tamanaha (2001), s druge strane, predlaže neesencijalističku koncepciju prava. Prema njoj, šta pravo jeste, šta pretpostavlja i šta pravo vrši ne može se obuhvatiti jednom koncepcijom ili jednom definicijom prava. Na opštem nivou nije moguće definisati pojam „pravo je“ jer pravo nema ontološki utvrđen sadržaj. Posljedično, ne možemo razumjeti pravo u terminima njegovih mogućih funkcija. Ukoliko želimo da utvrdimo da li pravo ima, odnosno posjeduje i/ili vrši normativne i/ili društvene funkcije, nužno je da odbacimo unaprijed konstruisane koncepte te da kombinacijom analitičkog i sociološkopravnog metoda kreiramo

pojam prava na srednjem nivou. To, naravno, ne treba shvatati u smislu da pravo nema ili ne vrši određene normativne i/ili društvene funkcije, no pojam prava se na najapstraktnijem nivou ne može shvatati kroz njegove moguće normativne i/ili društvene funkcije. Pravo, pretpostavljeno ali i empirijski potvrdivo, vrši normativne i/ili određene društvene funkcije. Vrlo je vjerovatno da ono vrši društvene efekte, odnosno empirijski je potvrđeno da ono ima društvene efekte. No, to je pitanje koje treba istražiti i analizirati u svakom specifičnom pravnom i društvenom kontekstu kombinacijom sociološkopravnog i analitičkog metoda.

Također, iako je nužno radi analize odvojiti normativnu od društvenih funkcija prava, moje razumijevanje ide u sljedećem pravcu: ukoliko pravo vrši normativnu funkciju (recimo, upravljanje društvenim odnosima), onda se time specifično vrši i društvena funkcija prava. Društveno može biti od značaja da se ljudski odnosi usmjeravaju pravnim normama. Dalje, podjele i klasifikacije funkcija prava koliko god da daju uvida u moguće društvene efekte prava, ponekad stvaraju i pogrešnu predodžbu da će pravo uvijek i pod istim okolnostima vršiti upravo *tu* funkciju. Konačno, ovdje treba naglasiti distinkciju između toga da li pravo ima, odnosno posjeduje određenu/e funkciju/e i da li ih/je vrši, gdje bi „vršenje“ funkcije imalo društveni značaj ili barem da se priznaju društveni efekti njegovih funkcija kao društvena vrijednost. Manje nebitno, u razmatranju mogućih normativnih i/ili društvenih funkcija prava, fokus posmatranja trebalo bi pomjeriti sa analize funkcija na društvene efekte koje pravo postize u određenom društvenom kontekstu.

Da bismo iole rasvijetlili teoretske probleme povezane sa normativnim i društvenim funkcijama prava, u radu sam pratio metodološki različite pristupe i, posljedično, različite zaključke o tome da li i koje normativne i društvene funkcije pravo ima, odnosno posjeduje i/ili vrši.

2. ANALITIČKO RAZGRANIČENJE NORMATIVNIH I DRUŠTVENIH FUNKCIJA PRAVA

Prema mišljenju Josepha Raz-a (1973, 278), analiza i koncepcije funkcija prava od velikog su značaja za svaku teoriju prava koja pretenduje da dâ opšta pojašnjenja o prirodi prava. Od značaja su i za pravnike, sudije i druge državne službenike koji se susreću sa svakodnevnim problemima pravilnog tumačenja i primjene prava. Određenje onoga što bi pravo trebalo da vrši, posebno u procesu tumačenja i primjene, usmjerava određenje značenja pravnih normi i utvrđuje sadržaj pravnih principa prilikom, prije svega, ciljnog tumačenja. U tom smislu, pojam funkcije prava određuje se apriorno i idejno, a pretpostavljena funkcija ostvaruje se tumačenjem i, dalje, primjenom. Određenje funkcija prava značajno je za sociologe i politologe čiji je cilj da objasne interakciju prava sa

drugim društvenim normama i institucijama (Raz 1973, 278), no taj pristup podrazumijeva empirijska istraživanja koja posljedično dovode i do mogućeg različitog određenja pojma prava u teoriji prava i sociologiji prava. Također, ako se polazi od pojma prava kako ga shvata analitička i normativna teorija, primjenom specifičnog sociološkopravnog metoda, mogu se izvesti sljedeći zaključci: (1) pravo na makronivou pokazuje različite stepene pravne efikasnosti, odnosno neefikasnosti, bilo primarno ili sekundarno, prostorno i vremenski, vršeci time različite društvene funkcije; (2) pravo u obavljanju svoje pretpostavljene funkcije u dodiru sa društvenim kontekstom ostvaruje svoju idejnu funkciju ili potencijalno se događa metamorfoza u smislu prilagođavanja društvenom kontekstu, čime se više ili manje odstupa od prvobitnog značenja pravne norme. U tom smislu, ne može se pretpostaviti koje normativne i društvene funkcije pravo ostvaruje, već je to istraživačko pitanje koje se postavlja u svakom konkretnom slučaju i istraživanjem se daje vrlo vjerovatan odgovor.

Filozofi prava uobičajeno razmatraju funkcije prava u barem sljedeća tri konteksta (Raz 1973, 279–280).

- (1) Neki teoretičari su zainteresovani za istraživanje funkcija koje nužno vrše svi pravni sistemi ili ih vrši većina pravnih sistema.
- (2) Slično, vršenje određenih specifičnih funkcija može biti određujuća karakteristika određenih grana prava.
- (3) Konačno, neki teoretičari su zainteresovani za istraživanje tvrdnji da pravni sistemi nužno trebaju vršiti određene funkcije na određeni način.

Sva ta tri načina posmatranja su apriorna i posljedica su esencijalističkog pristupa analizi prava, odnosno posmatraju funkcije prava na tri načina: kao nužne elemente u određenju koncepta prava, pojedinih grana prava ili nužnog vršenja funkcija prava na određeni način. Korisna su osvjetljavanja odnosa prava sa društvenim kontekstom ili davanja značaja interakciji prava sa drugim pravu sličnim fenomenima ili uopšte društvenim kontekstom. Za pravnu teoriju su možda i značajnija utvrđivanja koji su to idealni društveni interesi i vrijednosti koje pravo treba da štiti koji se uobičajeno koriste prilikom stvaranja, primjene, tumačenja i promjene prava. No, za utvrđivanje društvenih efekata prava nisu od značajnije koristi.

3. NORMATIVNE I DRUŠTVENE FUNKCIJE PRAVA

Raz (1973, 280) smatra da je važno razlikovati normativne i društvene funkcije prava. Svaki pravni sistem nužno ima normativne a uobi-

čajeno i neke društvene funkcije. O nužnoj karakteristici prava koja se odnosi na njegove normativne funkcije saznajemo primjenom analitičkog metoda u pravu. Ukoliko pravo ima i vrši određene društvene funkcije, do tog saznanja dolazimo primjenom empirijskog metoda. Normativne funkcije su dio ontologije prava, dok su njegove društvene funkcije njegovo djelovanje i ostvarivanje društvenih efekta ili određenih društvenih svrha.

Normativne funkcije prava predstavljaju način na koji pravo usmje-rava ljudsko ponašanje (Raz 1973, 287). One su determinisane razlozima koje pravo pruža kao način usmjeravanja ljudskog ponašanja (Raz 1973, 287). Po svojoj prirodi, pravni sistemi su normativni sistemi (Raz 1973, 280). Pravo je ili pravna norma ili ima određenu logičnu vezu sa pravnom normom na taj način što utiče na njeno postojanje, primjenu ili tumače-nje norme indirektno doprinoseći njenom značenju (Raz 1973, 280–281). Samo onaj dio prava koji sadrži pravne norme ima normativnu funkciju i za njega je svojstveno da: (1) upravlja i vodi ljudsko ponašanje (*primarna normativna funkcija*) i (2) utvrđuje standard za evaluaciju ljudskog ponašanja (*sekundarna normativna funkcija*) (Raz 1973, 281).

Utvrđivanje određenih pravnih posljedica koje prate izvršavanje ili neizvršavanje određenih radnji jedini je način na koji pravo može ponu-diti razloge za djelovanje (Raz 1973, 282). Pravne posljedice pravnog djelovanja mogu značajno varirati (Raz 1973, 282). One mogu uključivati zasnivanje građanske ili krivične odgovornosti za kršenje pravne obaveze, uvođenje pravne obaveze ispunjavanja ugovora nakon što je on valja-no zaključen, dodjeljivanje ili uskraćivanje prava i sl. (Raz 1973, 282). Različite pravne posljedice mogu biti podijeljene u dvije grupe: (1) neke pravne posljedice ljudska bića generalno smatraju nepoželjnim (uskraći-vanje prava na život, slobodu ili vlasništvo) i (2) neke pravne posljedice smatraju se uopšteno korisnim za ljudska bića (Raz 1973, 282). Pravo stvara nešto što se može nazvati *određenim* uputstvima za ljudsko po-našanje (*determinate guidance*), kada za njih vezuje pravne posljedice prvog tipa (odnosno, generalno nepoželjne), i *neodređena uputstva* za ljudsko ponašanje (*indeterminate guidance*), kada za njih propisuje posljedicu drugog tipa (odnosno, opštekorisne posljedice) (Raz 1973, 283). Prvi tip uputstva za ljudsko ponašanje upravlja ljudskim radnjama jasnim i direktnim izražavanjem načina na koji se treba ponašati uz stipuliranje pravne posljedice koja će nastupiti ukoliko se takvo ponašanje ne ispuni (Raz 1973, 285). Drugi tip uputstava pak izražava se neodređeno, stipu-liranjem određenih pravnih posljedica koje će nastupiti ukoliko se odre-đena pravna radnja izvrši, a koje nisu uopšteno posmatrajući odbojne, s namjerom i idejom da će te pravne posljedice uticati na odluku osoba da izvrše radnju (Raz 1973, 285). No to objašnjenje normativnih funkcija prava ne govori nam ništa o načinu na koji pravo vrši svoju normativnu funkciju. Kada i ukoliko se postavi pitanje na koji način pravo vrši svoju

normativnu funkciju u društvu, dolazimo do narednog polja razmatranja, odnosno primjene prava ili polja *performativnosti normativnih funkcija*. Moguće je zamisliti da pravo, na makro ili mikro nivou svoje normativnosti, u cijelosti ili većim dijelom vrši svoje (pretpostavljene) normativne funkcije. No, analitička i normativna teorija prava nisu u stanju da daju precizan odgovor na to pitanje jer su tvrdnje o njegovoj normativnoj funkciji apriori postavljene. Ustanoviti da li i na koji način pravo ostvaruje svoje normativne funkcije pitanje je na koje može dati odgovor sociološkoppravna teorija. Sa stanovišta analitičke i normativne teorije prava, to da li pravo vrši ili ne vrši svoju normativnu funkciju ne utiče na ideju njegovog postojanja kao posebnog fenomena. Prema stavovima Hans Kelsena (1961), jedina pretpostavka koja nužno treba biti ispunjena tiče se tvrdnje da je pravni sistem uopšteno posmatrajući efikasan.

4. ŠTA ANALITIČKI PRISTUP MOŽE DA KAŽE O DRUŠTVENIM FUNKCIJAMA PRAVA

Da bi se, barem teorijski, potpunije razumjele normativne funkcije prava, nužno je krenuti korak dalje. Odnosno, nužno je uvesti ideju o dualnoj prirodi prava koja se do sada najdalje razvila u teoriji prava Jürgen Habermasa ([1992] 1996; Deflem 2013). O dualnoj prirodi prava govori i Robert Alehy (Spaak 2019), ali povezujući realni element sa sljedećim tvrdnjama: (a) pravo stvara državna vlast i (b) pravo je društveno efikasno dok je idealni element prava povezan sa idejom moralne ispravnosti. No, prema Habermasovom mišljenju, pravo posjeduje dva kvaliteta: (1) ideju pravne validnosti i (2) ideju faktičnosti, odnosno efikasnosti. Ili jednostavno, nije dovoljno reći da pravo ontološki posjeduje normativne funkcije ili da pravo nužno posjeduje određene normativne karakteristike već da je inherentna priroda prava upravo u tome što svoje normativne funkcije ostvaruje u društvenom kontekstu. U tom smislu, iako postavljeno kao nužni element koncepta prava, ideja prava nije samo posjedovanje kvaliteta validnosti i normativnosti već i performativnosti normativnih kvaliteta. Jednostavno, ideja prava je ostvarivanje određenih, prije svega poželjnih društvenih efekata.

5. DRUŠTVENE FUNKCIJE PRAVA

Društvene funkcije prava zavise od stepena pokoravanja pravi i njegove primjene: od efekata koje pravo ostvaruje u odnosu na ljudsko ponašanje, njihove odnose i sl. (Raz 1973, 285). Razlikovanje među različitim normativnim funkcijama prava relativno je jednostavan zadatak i one su usko povezane sa osnovnim tipovima pravnih normi (Raz 1973,

287). No, kada je riječ o društvenim funkcijama, mnogo je teže utvrditi klasifikaciju kojom bi bile obuhvaćene sve društvene funkcije koje pravo vrši (Raz 1973, 287). Mnogo je teže tvrditi da svi pravni sistemi nužno vrše određene ili sve društvene funkcije u bilo kojem obliku (Raz 1973, 287), odnosno veoma je teško uspostaviti čak i veoma uopštenu klasifikaciju koja bi bila više nego *ad hoc* sredstvo korisno za veoma ograničene svrhe (Raz 1973, 287). To zapravo znači da nije jednostavno utvrditi jednu klasifikaciju koja bi služila kao dobra osnova za pravnike, filozofe, sociologe i politologe da dalje istražuju pravo (Raz 1973, 287).

Posebna opasnost koja prati bilo koju analizu društvenih funkcija prava odnosi se na mogućnost da one budu povezane sa određenim moralnim ili političkim principima, koji posljedično nemaju nikakve posebne koristi za osobe koje ih u cijelosti i ekskluzivno ne prihvataju (Raz 1973, 278–288). No, ta potencijalna opasnost je posljedica posmatranja društvenih funkcija prava kroz prizmu nužnih elemenata prava, što je pogrešan pristup. Prema mom mišljenju, ta opasnost se lako može izbjeći. Pitanje da li pravo vrši neke društvene funkcije ne mora nužno biti povezano sa moralnim ili političkim principima. Oni se ipak posmatraju kao idealni dio prava u njegovoj dualnoj prirodi, dok je pitanje njegovih društvenih funkcija njegov realni element. U procesu sociološkopravne analize, pitanje da li pravo i na koji način vrši određene društvene funkcije dio je empirijske analize, a ne nužno dio političke filozofije ili normativne analize. Pravo u obavljanju svojih društvenih funkcija može ispunjavati neke od moralnih, pravnih ili političkih principa. Konačno, društvena funkcija prava može biti da služi nekom moralnom ili pravnom principu. Osiguravanje mira, sigurnosti, jednakosti, društvenih potreba pojedinaca i slično može biti shvaćeno kao idejni element prava te da pravo *treba* da ih ostvaruje kroz svoju društvenu funkciju (idejni element). Isto tako, ostvarivanje, na primjer, sigurnosti građana/ki može biti shvaćeno i kao specifičan način na koji pravo ostvaruje i vrši svoju društvenu funkciju (realni element). Konkretnije, društvena funkcija prava može biti i osiguravanje sigurnosti građana i građanki u jednom pravnom i društvenom kontekstu. Ovdje se javlja pitanje načina posmatranja i primijenjene metodologije: onoga što pravo „treba“ da vrši (idejni element) i onoga što pravo „vrši“ (realni element).

Dalje, smatra Raz, jedino se mogu indicirati najopštije i veoma široko postavljene kategorije društvenih funkcija prava (Raz 1973, 289). Svakoj pravnoj normi moguće je pripisati jednu normativnu funkciju kojom se objašnjava njen normativni karakter (Raz 1973, 289). No, nije moguće pripisati jednu distinktnu društvenu funkciju svakom zakonu ili pravnoj normi (Raz 1973, 289). Društvene funkcije se karakteristično vrše putem pravnih ustanova koje se utvrđuju i koje su regulisane u različitim pravnim izvorima (Raz 1973, 289). Često se ispituju društvene funkcije

bankarskog sistema, braka, vlasništva i sl. (Raz 173, 289). Jedna te ista pravna ustanova, a nekada i jedan zakon, mogu vršiti nekoliko društvenih funkcija (Raz 1973, 289).

Društvene funkcije prava mogu biti podijeljene na direktne i indirektne (Raz 1973, 289). Direktne funkcije prava su one koje se ostvaruju pokoravanjem i primjenom prava (Raz 1973, 289). Indirektne funkcije su one koje se ostvaruju putem odnosa, osjećaja, mišljenja i oblika ponašanja, koje se ne odnose na pokoravanje pravu ili njegovoj primjeni, no koje rezultiraju iz znanja o njegovom postojanju, pokoravanju ili primjeni (Raz 1973, 289). Indirektne funkcije uobičajeno rezultiraju ne samo u činjenici postojanja prava i njegove primjene, već i u njegovoj interakciji sa drugim faktorima kao što su: odnos pojedinaca prema pravu ili postojanje drugih društvenih normi i institucija u konkretnom društvenom kontekstu (Raz 1973, 290). Kao primjere primarnih društvenih funkcija Raz navodi sljedeće: (1) sprečavanje nepoželjnog i osiguravanje poželjnog ponašanja; (2) osiguravanje okvira rukovođenja privatnopravnim odnosima među pojedincima/kama; (3) osiguravanje usluga i redistribucija dobara; (4) rješavanje pravnih sporova (Raz 1973, 290–294).

Sekundarne društvene funkcije odnose se na operacionalizovanost pravnog sistema (Raz 1973, 297). Odnose se na sam pravni sistem i njegovo funkcionisanje. One osiguravaju njegovu prilagodljivost, njegovu pravnu efikasnost te glatko i neprekinuto djelovanje (Raz 1973, 297). Pravo reguliše svoje vlastito stvaranje ustanovljavanjem organa i pravnih procedura (Raz 1973, 297). To podrazumijeva konstituisanje tijela kao što su parlament, lokalne vlasti, upravna legislacija, običaja, prava koje kreiraju sudovi, regulacije nezavisnih javnih tijela (Raz 1973, 297). Od tih tijela, sudovi zauzimaju ključnu poziciju u svim pravnim sistemima (Raz 1973, 297). Njihova primarna funkcija je da rješavaju sporove (Raz 1973, 297–298). Oni vrše dvije sekundarne funkcije: (1) primjenu prava i (2) stvaranje prava (Raz 1973, 298). Oni vrše veoma važne i indirektne funkcije (Raz 1973, 298). Oni su često u javnosti direktno povezani sa idejom prava i vladavinom prava, te igraju vitalnu ulogu u promociji prava i vrijednosti koje ono podržava (Raz 1973, 298).

Osim direktnih, koje se prema Razu dalje mogu klasifikovati na primarne i sekundarne, pravo vrši i svoje indirektne društvene funkcije. Indirektni društveni efekti prava skoro uvijek ovise o njegovom uspjehu kod nepravničkih aktera, a posebno generalnog odnosa prema pravu i njegove interakcije sa društvenim ustanovama i normama (Raz 1973, 299). Neke od tih funkcija vrše određene pravne institucije, a druge sama činjenica postojanja pravnog sistema (Raz 1973, 299). Indirektne društvene funkcije prava su mnogobrojne i variraju u neograničenom broju i svojoj prirodi, značaju i dometu (Raz 1973, 299). To mogu biti jačanje ili slabljenje poštovanja određenih moralnih vrijednosti, jačanje ili slabljenje

poštovanja autoriteta vlasti, uticaj na osjećaj nacionalnog jedinstva itd. (Raz 1973, 299). Treba biti jasno da indirektni društveni efekti prava nisu nebitni nusproizvodi prava: oni obavljaju njegovu esencijalnu funkciju (Raz 1973, 299). Pravnici i pravni teoretičari malo su se zanimali za indirektnu društvenu funkciju prava (Raz 1973, 299). Od velikog je značaja za politologe i sociologe, no, fenomen koji je teško uhvatljiv za kvantifikaciju (Raz 1973, 299). Konačno, nema sumnje da će naše razumijevanje prava ostati oskudno i parcijalno dok društvene nauke ne uspiju u potpunijoj analizi i pristupu problemu indirektnih funkcija prava (Raz 1973, 299).

6. OD DRUŠTVENIH FUNKCIJA DO DRUŠTVENIH EFEKATA PRAVA

Denis Galligan u svom radu u određenju mogućih društvenih funkcija prava polazi od Hartove analitičke jurisprudencije i Razove klasifikacije normativnih i društvenih funkcija, nastavlja inspirisan radom drugih oblasti društvenih nauka kako bi analizirao koja je to društvena vrijednost prava i koje ciljeve ono ostvaruje u društvu (Galligan 2010, 193). Ako postoje pravo i pravne norme, čemu one služe? Ukoliko se društveni ciljevi ostvaruju u različitim drugim oblicima (obostrano povjerenje, kooperacija, davanje pozitivnih podsticaja), nije potpuno jasno kada i zašto su zakoni koje je donijela država efikasniji od drugih sredstava (Galligan 2010, 193). Ako je saradnja među ljudima jedan od društvenih ciljeva, postoje i drugi načini osim prava da bi se ona postigla. Ukoliko je ideja da se društveni cilj treba ostvariti kroz pravila, onda se društvena pravila koja nastaju u društvu spontano pokazuju mnogo boljim načinom nego pravna pravila, odnosno norme koje dolaze izvana (Galligan 2010, 193). Iako pojedinci/ke i zajednice imaju različite načine na koje postižu svoje društvene ciljeve, u porastu je korištenje prava kao načina osiguravanja i ostvarivanja interesa (Galligan 2010, 193). Pravo postoji ne samo zarad uspostavljanja i održavanja modernog pravnog poretka, nego bolje osigurava i čini efektivnijim odnose i dogovore koji bi postojali i bez prava i omogućava društvu da postiže ciljeve koje drugačije ne bi bilo lako postići, kao što su osiguravanje bolje i zdravije životne okoline, unapređenje ljudskih prava i sl. (Galligan 2010, 194). Denis Galligan se u svom radu koncentriše na dva pitanja: (1) koje su to funkcije koje pravo vrši u društvu, odnosno koje društvene efekte postiže i (2) kako pravo doprinosi društvenim dobrima (Galligan 2010, 194).

Iako se u pravnoj teoriji društvenim funkcijama posvećuje malo pažnje, ne znači da se nisu izražavali različiti pogledi o tome šta pravo vrši u društvu, i to: (1) kontrola prisile; (2) jedan od načina primjene sile; (3) podređivanje ljudskog ponašanja pravnim pravilima; (4) koordinacija

društvenih aktivnosti; (5) integracija društva; (6) rješavanje sporova i tome slično (Galligan 2010, 195). U tradiciji političke i društvene teorije, funkcije prava su bile od centralnog značaja (Galligan 2010, 195). U paralelnom diskursu pravne i političke teorije Hobsa, Humea, Bentama i Harta, pravo se smatra nužnim za održavanje društvenog poretka (Galligan 2010, 195).

No, na konkretnijem nivou posmatranja nužnim se pokazuje koncept koordinacije kao način upravljanja i kontrole putem prava, odnosno ostvarivanja određenih društvenih efekata (Galligan 2010, 196). U modernim pravnima porecima, postizanje pozitivnih društvenih ciljeva nije moguće ostvariti samo putem koordinacije, već su za uklanjanje diskriminacije, zaštite ljudskih prava, osiguravanje socijalne zaštite stanovništva potrebna usmjerenja, regulacije i ograničavanja na strani privatnopravnih lica, ali i javne vlasti (Galligan 2010, 196). Da bi se društvena dobra ostvarila kroz pravo, nužnim se čini postojanje institucija, državnih službenika te primjena prisile (Galligan 2010, 196).

U identifikovanju društvenih funkcija koje pravo vrši, kada govorimo i o sociološkopravnom diskursu, nije potrebno ići dalje od Hartovog *Koncepta prava* (1994). Tako i Galligan u svojoj analizi polazi od sljedećih funkcija koje pravo vrši u društvu: (1) pravna pravila usmjeravaju ljudsko ponašanje; (2) pravna pravila služe ispunjavanju dva distinktivna cilja, a to su namećanje obaveza i davanje ovlaštenja; (3) pravna pravila služe ostvarivanju *supstantivnih* ciljeva, kao što su sprečavanje nasilja, distribucija i zaštita vlasništva, održavanje ugovora, alokacija vlasti, te kažnjavanje počinitelja i, konačno, (4) pravo, kao sistem, služi za osiguravanje opstanka društva (Galligan 2010, 199). U odnosu na prvi kriterij (1) i drugi kriterij (2), Galligan pravilno primjećuje da tvrditi da pravna pravila usmjeravaju odnose znači razlikovati normativne ili logičke kvalitete pravnog pravila u odnosu na društveni kontekst na koji se primjenjuje (Galligan 2010, 199). Odnosno, ta tvrdnja nam ništa ne govori o tome kako ona djeluje u društvu jer se kreće od pretpostavke o nekim nužnim kvalitetima pravnog pravila (Galligan 2010, 199). Slično, Hartova podjela primarnih pravnih pravila na ona koja daju ovlaštenja i na ona koja nameću obavezu normativnog je kvaliteta, te drugi faktori utiču na to kako će ona biti primijenjena u društvenom kontekstu (Galligan 2010, 200). Na sličan način kritikuje i funkciju prava u ispunjavanju *supstantivnih* društvenih ciljeva, vodeći se i Razovom analizom i klasifikacijom (Galligan 2010, 200–201). Razova analiza direktnih funkcija polazi od analize prava i ne govori nam ništa o njegovim društvenim efektima (Galligan 2010, 200). Neke indirektno funkcije mogu biti predviđene i usmjerene pravom, druge ne (Galligan 2010, 200). No, ne znači da će one funkcije koje su predviđene pravom biti i postignute u društvenom kontekstu, dok faktička dejstva prava mogu biti iznenađenja koja nisu ni namjeravana ni predviđena

(Galligan 2010, 201). Tako, na primjer, porodično pravo koje predviđa lakšu proceduru razvoda braka može uticati na veći stepen razvoda, dok otežane procedure mogu uticati na održavanje brakova (Galligan 2010, 201). Iz jezika prava kojim su izražene direktne i indirektno funkcije prava može biti jasno koje su to njegove funkcije – neke zavise od onoga ko stvara pravo, neke od onoga koji primjenjuje pravo (Galligan 2010, 201). No, ta tvrdnja je analitička. Svaka primjena prava podrazumijeva i tumačenje, te od vrste metode tumačenja prava ovisi hoće li i na koji način će neki društveni interes biti uključen: (1) objektivni metod koji podrazumijeva uvođenje principa društvenog interesa (cilja norme), dok drugi, (2) subjektivni, podrazumijeva ograničavanje na pravo i jezik prava (Galligan 2010, 201). Konkretnije, jezička pravna analiza zadržava se u sferi prava, dok ciljno uključuje i širi društveni kontekst i društveni značaj koji će se proizvesti odlukom suda (Galligan 2010, 202).

Galligan smatra da je korisno imati neki oblik klasifikacije utvrđene u Razovoj analizi, no pogrešno je njihovo vještačko odvajanje jer su one međusobno povezane, te njihova pretpostavljena direktna funkcija može biti indirektna i *vice versa* (Galligan 2010, 201). Ili drugačije, isti zakoni mogu imati različite društvene efekte u odnosu na različite društvene kontekste (Galligan 2010, 202). Galliganovi stavovi su podržani različitim empirijskim istraživanjima, kao, na primjer, prava država Centralne i Istočne Evrope koje su nakon pada komunizma izvršile reformu upravnog sistema a da se pri tome nisu desile neke supstancijalne promjene; studije Roberta Eliksona o regulaciji međusobnih odnosa rančera primjenom drugih društvenih normi u odnosu na pravo u okrugu Šasta (Kalifornija) i tako dalje (Galligan 2010, 205–207). I konačno, (4) pitanje da li se pravom nužno održava društvo može biti istinito, ali se ne može provjeriti: oni koji tvrde tako nešto polaze od konvencionalnog iskustva bez dokaza i činjenica (Galligan 2010, 209). U tom smislu, Galligan predlaže da se fokusiramo na pitanja na koja se može dati odgovor (Galligan 2010, 209). Naime, koja su to društvena dobra nužna za jedan podnošljiv društveni život i kako ih postići (Galligan 2010, 209)? Neki su već navedeni, no da se podsjetimo: sigurnost osoba i vlasništva, predvidljivost i reguliranost društvenih odnosa, rješavanje sporova, zaštita prava, socijalna zaštita, zaštita zdrave okoline, ograničavanje vlasti i sl. (Galligan 2010, 209). Kada se pitanje društvenih funkcija prava postavi u okvire postizanja konkretnih društvenih dobara i interesa a izostave opšti stavovi o društvenom poretku, solidarnosti ili opstanku društva, postaje lakše vidjeti na koji način pravo utiče na njihovo ostvarivanje (Galligan 2010, 210). U tom smislu, treba napustiti jezik funkcionalizma i zamijeniti ga čistim instrumentalizmom (Galligan 2010, 210). Na taj način fokus našeg interesovanja postaju pravna pravila, institucije i procesi kao instrumenti ostvarivanja društvenih dobara (Galligan 2010, 210). Ne pitajući koliko je značajno da se ugovori pravno zaštite u svrhu očuvanja društvenog

poretka, treba da se pitamo šta je potrebno da bi se oni osigurali ili da pretpostavimo da su oni značajno društveno dobro i analiziramo načine njihovog pravnog osiguravanja; kako da se zaštitimo od nasilja ili učinimo pravo slobode govora efektivnijim (Galligan 2010, 210).

7. KA NEESENCIJALISTIČKOM RAZUMIJEVANJU PRIRODE PRAVA

Prema shvatanjima Brian Tamanaha (2001, 149), pravo je društvena tvorevina kojoj nedostaju inherentno nužne kvalitete. Suprotnog stava su esencijalisti koji smatraju da pravo upravo posjeduje određene nužne karakteristike (Tamanaha 2001, 149). Kako naglašava i Brian Bih, nije najbolje govoriti o biti i prirodi ljudskih artefakata i društvenih ustanova (Tamanaha 2001, 150). Nije problem samo u činjenici da je društvene fenomene teško ograničiti već postoji veliki broj varijacija u njihovim obilježjima, te konačno činjenici da se društvene prakse mijenjaju (Tamanaha 2001, 150). Sociološkopravni pozitivizam, kojeg predlaže Tamanaha, prepoznaje da je pravo ljudska i društvena tvorevina, te na konvencionalistički način identifikuje šta je pravo (Tamanaha 2001, 151). Prema tom stavu, pravo je više od jednog fenomena, nego jedinstven standard putem kojeg se evaluira ponašanje ljudskih bića (Tamanaha 2001, 152). Slično, sociološkopravni pozitivizam prihvata da postoje različite vrste ili tipovi prava sa svojim karakterističnim elementima (Tamanaha 2001, 152). Također, taj pravac prepoznaje da svaki od tih tipova prava (na primjer, religijsko pravo ili transnacionalno pravo) realno postoji u društvenom kontekstu, te postoji potreba da se oni istraže (Tamanaha 2001, 152). Prema pogledu sociološkopravnog pozitivizma, pravni sistem postoji ukoliko postoji sklop pravnih aktera (koji su konvencionalno identifikovani kao takvi) koji koordinišu svoju djelatnost kako bi djelovali u odnosu na norme (Tamanaha 2001, 154). Sociološkopravni pozitivizam ostaje vjeran Hartovom konvencionalizmu i njegovom fokusu na društvene prakse, no u širem obimu nego što je njegov jer uklanja esencijalne i funkcionalističke elemente njegovog pristupa (Tamanaha 2001, 155), odnosno eliminiše njegov stav da stanovništvo generalno mora poštovati primarna pravna pravila, eliminiše zahtjev da državni službenici prihvataju sekundarna pravna pravila (Tamanaha 2001, 155). Taj pristup ne uvodi nijednu pretpostavku o funkcionalnim efektima prava i ne tvrdi da postoje bilo koji normativni efekti koje bi pravo nužno posjedovalo (Tamanaha 2001, 155). Takođe, on mijenja Hartov opis koncepta prava kao apstrakcije nužnih elemenata prava države kao okvira za koncepciju prava uopšte (Tamanaha 2001, 155). Drugi oblici prava ne uključuju nužno institucije te se oni posljedično ne kvalifikuju kao „sistemi“ (Tamanaha 2001,155). Konačno, elementi koji se utvrđuju u procesu apstrakcije

samo su njihova obilježja koja su po svojoj prirodi promjenjiva; mogu postojati njihove varijacije u okviru datog tipa prava, ali oni nikako nisu i njegovi esencijalni elementi (Tamanaha 2001, 155). Velika je prednost tog pristupa jer pretpostavlja veoma malo o pravu ostavljajući ga otvorenim za konvencionalnu identifikaciju i posljedično konceptualnu analizu i empirijske studije (Tamanaha 2001, 156).

8. ZAKLJUČAK

Koliko god pravni filozofi govorili o funkcijama prava, teško da se to pitanje odvojilo od idejnog elementa i analitičkog stava. Konceptualne klasifikacije imaju malo značaja jer pravo može, ali i ne mora, da vrši pretpostavljene funkcije. Konceptualna analiza normativnih i društvenih funkcija prava može biti korisna iz tri razloga: (1) zbog identifikacije idealnih elemenata prava; (2) zbog korištenja ideje zaštite nekog društvenog interesa u procesu stvaranja, promjene i primjene prava i (3) zbog primjene ideje nekog društvenog interesa u procesu ciljnog tumačenja prava. Osim toga, konceptualna analiza ne ide dalje u svom istraživačkom interesu, a nije ni u mogućnosti da dâ više odgovora.

Sociološkopravni pristup daje nam korisne korake za daljnju analizu i istraživanje, i to na sljedeće načine: (1) pomjeranjem fokusa sa analize funkcija prava ka društvenim efektima koje pravo proizvodi u društvenom kontekstu; (2) spuštanjem analize od opštih stavova o održavanju društvenog poretka, očuvanja društva ili društvene solidarnosti ka analizi društvenih efekata određenih društvenih ustanova ili grana prava: npr. na primjer, efekta materijalnopravnih pretpostavki i postupka izdavanja građevinskih dozvola na stepen nelegalne gradnje i sl.; (3) konačno, ako prihvatimo da pravo jeste društvena tvorevina i da kao takvo ne može posjedovati nužne elemente, onda posljedično treba odbaciti ideju o nužnim funkcionalnim elementima kao nepotrebnoj predrasudi koja nas vodi u pogrešne analize i zaključke. Neesencijalistički pristup Tamanahovog tipa nije nikakva posebna metodologija, on ne daje okvire u kojima pravo treba istraživati već jedno metodološko otrježnjenje da odbacimo apriorne stavove i nužne elemente u društvenim fenomenima koji po svojoj prirodi nemaju esencijalne elemente.

LITERATURA (REFERENCES)

Deflem, Mathieu. 2013. The legal theory of Jürgen Habermas. 70–95. *Law and social theory*, ed. Reza Banakar, Max Travers. Oxford, UK: Hart Publishing.

- Faso, Gvido. 2007. *Istorija filozofije prava*. Podgorica: CID (Faso, Gvido. 2007. *Istorija filozofije prava*. Podgorica: CID.)
- Galligan, Denis. 2010. *Law in modern society*. Oxford: Oxford University Press.
- Galligan, Denis. 2015. Concepts the currency of social understanding of law: A review essay on the later work of William Twining. *Oxford Journal of Legal Studies* 15: 2, 373–401.
- Habermas, J. [1992] 1996. *Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: The MIT Press.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus. 1994. Postscript. 238–275. *The concept of law*, ed. Penelope A. Bulloch, Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press.
- Kelsen, Hans. 1961. *General theory of law and state*. New York: Russell & Russell.
- Pound, Roscoe. 1922. *An introduction to the philosophy of law*. New Haven: Yale University Press.
- Pound, Roscoe. 1968. *Social control through law*. Hamden: Archon Books.
- Pound, Roscoe. 1912. The scope and purpose of sociological jurisprudence. *Harvard Law Review* 25: 6, 1–28.
- Raz, Joseph. 1973. On the functions of law. 278–304. *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press.
- Spaak, Torben. 2019. Robert Alexy and the Dual Nature of Law. SSRN. <https://ssrn.com/abstract=3348272>, last visited July 7, 2019.
- Tamanaha, Brian Z. 2001. *A general jurisprudence of law and society*. Oxford: Oxford University Press.

Damir Banović, PhD

Assistant Professor

University of Sarajevo School of Law

ANALYTICAL AND SOCIO-LEGAL APPROACH TO THE
STUDY OF NORMATIVE AND SOCIAL FUNCTIONS OF LAW

Summary

The paper outlines positions of analytical jurisprudence regarding the possible functions of law – whether they are determined as normative or social. Also, it offers an approach of a version of socio-legal theory to the social effects of law, as well as criticism of the analytical approach as unjustified and overly intuitive. Each analysis of law as a phenomenon starts from the analysis of the nature of law and, consequentially, from its functions, i.e. the introduction of the idea of dual nature of law, with the ideal and realistic elements, which leads to a different reflexive methodology that will shed light upon both elements. In the end, the paper offers a review of possible methodological improvements that would allow for empirically verifiable, instead of a priori, articulation of positions on possible functions of law and therefore improve theoretical legal analyses.

Key words: *Normative and social functions. – Dual nature of law. – Socio-legal positivism.*

Article history:

Received: 31. 7. 2019.

Accepted: 3. 9. 2019.