

УДК 340.11

CERIF: S115

DOI: 10.5937/AnalPFB1903150B

Др Дамир Бановић*

АНАЛИТИЧКИ И СОЦИОЛОШКОПРАВНИ ПРИСТУП ПРОУЧАВАЊУ НОРМАТИВНИХ И ДРУШТВЕНИХ ФУНКЦИЈА ПРАВА**

У раду су изложени ставови аналитичке теорије права о могућим функцијама права, било да се оне одређују као нормативне било као друштвене. Такођер, изложен је и приступ верзије социолошкоправне теорије друштвеним ефектима права, те критике аналитичког као неоправданог и сувише интуитивног. Свака анализа права као феномена полази и од анализе природе права, те посљедично, и од његових функција, односно од увођења идеје о дуалној природи права са идеалним и реалним елементима те посљедично једне другачије рефлексивне методологије која ће освијетлити оба елемента. У коначници, дат је осврт на могућа методолошка унапређења којима би се емпиријски провјерљиво, а не априорно, формирали ставови о могућим функцијама права те тиме унаприједиле теоријскоправне анализе.

Кључне ријечи: *Нормативне и друштвене функције. – Дуална природа права. – Социолошкоправни позитивизам.*

1. УВОД

Како је то уобичајено у филозофскоправним разматрањима, различити аутори тврде да право посједује и врши различите нор-

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Сарајеву, d.banovic@pfsa.unsa.ba.

** Прва верзија рада представљена је на XIII годишњој конференцији *Central and Eastern European Network of Jurisprudence* која се одржавала од 13. до 14. септембра 2018. године на Правном факултету Свеучилишта у Загребу.

мативне и друштвене функције. Те различите тврдње произлазе из примјене различитих методологија у праву: аналитичке, нормативне или социолошкоправне. И у доминантне три методологије или приступа проучавању права постоје различите тврдње о томе да ли и које друштвене и/или нормативне функције право (необходно) врши, односно посједује. Тако је, на примјер, Јерему Бентхам (више у Faso 2007, 435–441), као проминентна фигура инструменталног приступа, јасно изразио свој став да је право инструмент за остваривање било којег друштвеног циља који се сматра пожељним у датом друштву. Може се користити за остваривање доброг или лошег; може се користити за остваривање одређеног специјалног интереса; може бити средство за примјену опресије или кажњавања; или као средство за остваривање одређене концепције добра у друштву. Roscoe Pound (1912; 1922; 1968), као представник једног облика социолошке јуриспруденције, схватао је право као високоспецијализовану форму друштвене контроле у политички организованом друштву. Сматрао је да право обавља функцију испуњавања индивидуалних и друштвених интереса: право је друштвени механизам којим се остварују одређени циљеви друштва.

Из савремене перспективе, Denis Galligan (2010; 2015), у свом специфичном методолошком приступу право-и-друштво (*law and society approach*), који примјењује на проучавање феномена права у модерним државама, сматра да здрав разум и искуство показују да се право уобичајено користи као инструмент за остваривање одређених циљева и сврха (Galligan 2010, 193). Устави, међународне конвенције, законодавство и други облици регулација, судске пресуде, управна рјешења и одлуке производ су делиберативног дјеловања народа, држава, законодавца, управе, те се за све њих може оправдано претпоставити да имају одређену сврху (Galligan 2010, 193). Процес стварања права чешће се окончава компромисом и акомодацијом различитих политичких и друштвених интереса него изражавањем јасних намјера и сврха (Galligan 2010, 193). Без обзира на ту чињеницу, право је постављено и усмјерено на постизање друштвених интереса (Galligan 2010, 193). Питање његове друштвене вриједности уобичајено се поставља у вези са његовим функцијама, са идејом да право емпиријски остварује и врши специфичне функције у друштву (Galligan 2010, 193). Односно, треба истражити и анализирати његову улогу у различитим ситуацијама: закључивању уговора, извршењу кривичних санкција и сл. (Galligan 2010, 194).

Brian Z. Tamanaha (2001), с друге стране, предлаже неесенцијалистичку концепцију права. Према њој, шта право јесте, шта претпоставља и шта право врши не може се обухватити једном концепцијом или једном дефиницијом права. На општем нивоу није

могуће дефинисати појам „право је“ јер право нема онтолошки утврђен садржај. Посљедично, не можемо разумјети право у терминима његових могућих функција. Уколико желимо да утврдимо да ли право има, односно посједује и/или врши нормативне и/или друштвене функције, нужно је да одбацимо унапријед конструисане концепте те да комбинацијом аналитичког и социолошкоправног метода креирамо појам права на средњем нивоу. То, наравно, не треба схватати у смислу да право нема или не врши одређене нормативне и/или друштвене функције, но појам права се на најапстрактнијем нивоу не може схватати кроз његове могуће нормативне и/или друштвене функције. Право, претпостављено али и емпиријски потврдиво, врши нормативне и/или одређене друштвене функције. Врло је вјероватно да оно врши друштвене ефекте, односно емпиријски је потврђено да оно има друштвене ефекте. Но, то је питање које треба истражити и анализирати у сваком специфичном правном и друштвеном контексту комбинацијом социолошкоправног и аналитичког метода.

Такођер, иако је нужно ради анализе одвојити нормативну од друштвених функција права, моје разумијевање иде у сљедећем правцу: уколико право врши нормативну функцију (рецимо, управљање друштвеним односима), онда се тиме специфично врши и друштвена функција права. Друштвено може бити од значаја да се људски односи усмјеравају правним нормама. Даље, подјеле и класификације функција права колико год да дају увида у могуће друштвене ефекте права, понекад стварају и погрешну предоцбу да ће право увијек и под истим околностима вршити управо *ту* функцију. Коначно, овдје треба нагласити дистинкцију између тога да ли право има, односно посједује одређену/е функцију/е и да ли их/је врши, гдје би „вршење“ функције имало друштвени значај или барем да се признају друштвени ефекти његових функција као друштвена вриједност. Мање небитно, у разматрању могућих нормативних и/или друштвених функција права, фокус посматрања требало би помјерити са анализе функција на друштвене ефекте које право постиже у одређеном друштвеном контексту.

Да бисмо иоле расвијетлили теоретске проблеме повезане са нормативним и друштвеним функцијама права, у раду сам пратио методолошки различите приступе и, посљедично, различите закључке о томе да ли и које нормативне и друштвене функције право има, односно посједује и/или врши.

2. АНАЛИТИЧКО РАЗГРАНИЧЕЊЕ НОРМАТИВНИХ И ДРУШТВЕНИХ ФУНКЦИЈА ПРАВА

Према мишљењу Josepha Raz-а (1973, 278), анализа и концепције функција права од великог су значаја за сваку теорију права која претендује да да општа појашњења о природи права. Од значаја су и за правнике, судије и друге државне службенике који се сусрећу са свакодневним проблемима правилног тумачења и примјене права. Одређење онога што би право требало да врши, посебно у процесу тумачења и примјене, усмјерава одређење значења правних норми и утврђује садржај правних принципа приликом, прије свега, циљног тумачења. У том смислу, појам функције права одређује се априорно и идејно, а претпостављена функција остварује се тумачењем и, даље, примјеном. Одређење функција права значајно је за социологе и политологе чији је циљ да објасне интеракцију права са другим друштвеним нормама и институцијама (Raz 1973, 278), но тај приступ подразумијева емпиријска истраживања која посљедично доводе и до могућег различитог одређења појма права у теорији права и социологији права. Такођер, ако се полази од појма права како га схвата аналитичка и нормативна теорија, примјеном специфичног социолошкоправног метода, могу се извести сљедећи закључци: (1) право на макронивоу показује различите степене правне ефикасности, односно неефикасности, било примарно или секундарно, просторно и временски, вршећи тиме различите друштвене функције; (2) право у обављању своје претпостављене функције у додиру са друштвеним контекстом остварује своју идејну функцију или потенцијално се догађа метаморфоза у смислу прилагођавања друштвеном контексту, чиме се више или мање одступа од првобитног значења правне норме. У том смислу, не може се претпоставити које нормативне и друштвене функције право остварује, већ је то истраживачко питање које се поставља у сваком конкретном случају и истраживањем се даје врло вјероватан одговор.

Филозофи права уобичајено разматрају функције права у барем сљедећа три контекста (Raz 1973, 279–280).

- (1) Неки теоретичари су заинтересовани за истраживање функција које нужно врше сви правни системи или их врши већина правних система.
- (2) Слично, вршење одређених специфичних функција може бити одређујућа карактеристика одређених грана права.
- (3) Коначно, неки теоретичари су заинтересовани за истраживање тврдњи да правни системи нужно требају вршити одређене функције на одређени начин.

Сва та три начина посматрања су априорна и посљедица су есенцијалистичког приступа анализи права, односно посматрају функције права на три начина: као нужне елементе у одређењу концепта права, појединих грана права или нужног вршења функција права на одређени начин. Корисна су освјетљавања односа права са друштвеним контекстом или давања значаја интеракцији права са другим праву сличним феноменима или уопште друштвеним контекстом. За правну теорију су можда и значајнија утврђивања који су то идеални друштвени интереси и вриједности које право треба да штити који се уобичајено користе приликом стварања, примјене, тумачења и промјене права. Но, за утврђивање друштвених ефеката права нису од значајније користи.

3. НОРМАТИВНЕ И ДРУШТВЕНЕ ФУНКЦИЈЕ ПРАВА

Raz (1973, 280) сматра да је важно разликовати нормативне и друштвене функције права. Сваки правни систем нужно има нормативне а уобичајено и неке друштвене функције. О нужној карактеристици права која се односи на његове нормативне функције сазнајемо примјеном аналитичког метода у праву. Уколико право има и врши одређене друштвене функције, до тог сазнања долазимо примјеном емпиријског метода. Нормативне функције су дио онтологије права, док су његове друштвене функције његово дјеловање и остваривање друштвених ефекта или одређених друштвених сврха.

Нормативне функције права представљају начин на који право усмјерава људско понашање (Raz 1973, 287). Оне су детерминисане разлозима које право пружа као начин усмјеравања људског понашања (Raz 1973, 287). По својој природи, правни системи су нормативни системи (Raz 1973, 280). Право је или правна норма или има одређену логичну везу са правном нормом на тај начин што утиче на њено постојање, примјену или тумачење норме индиректно доприносећи њеном значењу (Raz 1973, 280–281). Само онај дио права који садржи правне норме има нормативну функцију и за њега је својствено да: (1) управља и води људско понашање (*примарна нормативна функција*) и (2) утврђује стандард за евалуацију људског понашања (*секундарна нормативна функција*) (Raz 1973, 281).

Утврђивање одређених правних посљедица које прате извршавање или неизвршавање одређених радњи једини је начин на који право може понудити разлоге за дјеловање (Raz 1973, 282). Правне посљедице правног дјеловања могу значајно варирати (Raz 1973, 282). Оне могу укључивати заснивање грађанске или кривичне одговорности за кршење правне обавезе, увођење правне обавезе испуњавања уго-

вора након што је он ваљано закључен, додјелјивање или ускраћивање права и сл. (Raz 1973, 282). Различите правне посљедице могу бити подијелјене у двије групе: (1) неке правне посљедице људска бића генерално сматрају непожељним (ускраћивање права на живот, слободу или власништво) и (2) неке правне посљедице сматрају се уопштено корисним за људска бића (Raz 1973, 282). Право ствара нешто што се може назвати *одређеним* упутствима за људско понашање (*детерминате гуданце*), када за њих везује правне посљедице првог типа (односно, генерално непожељне), и *неодређена упутства* за људско понашање (*индетерминате гуданце*), када за њих прописује посљедице другог типа (односно, општекорисне посљедице) (Raz 1973, 283). Први тип упутства за људско понашање управља људским радњама јасним и директним изражавањем начина на који се треба понашати уз стипулирање правне посљедице која ће наступити уколико се такво понашање не испуни (Raz 1973, 285). Други тип упутстава пак изражава се неодређено, стипулирањем одређених правних посљедица које ће наступити уколико се одређена правна радња изврши, а које нису уопштено посматрајући одбојне, с намјером и идејом да ће те правне посљедице утицати на одлуку особа да изврше радњу (Raz 1973, 285). Но то објашњење нормативних функција права не говори нам ништа о начину на који право врши своју нормативну функцију. Када и уколико се постави питање на који начин право врши своју нормативну функцију у друштву, долазимо до наредног поља разматрања, односно примјене права или поља *перформативности нормативних функција*. Могуће је замислити да право, на макро или микро нивоу своје нормативности, у цијелости или већим дијелом врши своје (претпостављене) нормативне функције. Но, аналитичка и нормативна теорија права нису у стању да дају прецизан одговор на то питање јер су тврдње о његовој нормативној функцији априори постављене. Установити да ли и на који начин право остварује своје нормативне функције питање је на које може дати одговор социолошкоправна теорија. Са становишта аналитичке и нормативне теорије права, то да ли право врши или не врши своју нормативну функцију не утиче на идеју његовог постојања као посебног феномена. Према ставовима Hans Kelsen-a (1961), једина претпоставка која нужно треба бити испуњена тиче се тврдње да је правни систем уопштено посматрајући ефикасан.

4. ШТА АНАЛИТИЧКИ ПРИСТУП МОЖЕ ДА КАЖЕ О ДРУШТВЕНИМ ФУНКЦИЈАМА ПРАВА

Да би се, барем теоријски, потпуније разумјеле нормативне функције права, нужно је кренути корак даље. Односно, нужно је

увести идеју о дуалној природи права која се до сада најдаље развила у теорији права Jürgen Habermas-a ([1992] 1996; Deflem 2013). О дуалној природи права говори и Robert Alehy (Spraak 2019), али повезујући реални елемент са сљедећим тврдњама: (а) право ствара државна власт и (б) право је друштвено ефикасно док је идеални елемент права повезан са идејом моралне исправности. Но, према Хабермасовом мишљењу, право посједује два квалитета: (1) идеју правне валидности и (2) идеју фактичности, односно ефикасности. Или једноставно, није довољно рећи да право онтолошки посједује нормативне функције или да право нужно посједује одређене нормативне карактеристике већ да је инхерентна природа права управу у томе што своје нормативне функције остварује у друштвеном контексту. У том смислу, иако постављено као нужни елемент концепта права, идеја права није само посједовање квалитета валидности и нормативности већ и перформативности нормативних квалитета. Једноставно, идеја права је остваривање одређених, прије свега пожељних друштвених ефеката.

5. ДРУШТВЕНЕ ФУНКЦИЈЕ ПРАВА

Друштвене функције права зависе од степена поковања праву и његове примјене: од ефеката које право остварује у односу на људско понашање, њихове односе и сл. (Raz 1973, 285). Разликовање међу различитим нормативним функцијама права релативно је једноставан задатак и оне су уско повезане са основним типовима правних норми (Raz 1973, 287). Но, када је ријеч о друштвеним функцијама, много је теже утврдити класификацију којом би биле обухваћене све друштвене функције које право врши (Raz 1973, 287). Много је теже тврдити да сви правни системи нужно врше одређене или све друштвене функције у било којем облику (Raz 1973, 287), односно веома је тешко успоставити чак и веома уопштenu класификацију која би била више него *ad hoc* средство корисно за веома ограничене сврхе (Raz 1973, 287). То заправо значи да није једноставно утврдити једну класификацију која би служила као добра основа за правнике, филозофе, социологе и политологе да даље истражују право (Raz 1973, 287).

Посебна опасност која прати било коју анализу друштвених функција права односи се на могућност да оне буду повезане са одређеним моралним или политичким принципима, који посљедишно немају никакве посебне користи за особе које их у цијелости и ексклузивно не прихватају (Raz 1973, 278–288). Но, та потенцијална опасност је посљедица посматрања друштвених функција права кроз призму нужних елемената права, што је погрешан приступ. Према

мом мишљењу, та опасност се лако може избјећи. Питање да ли право врши неке друштвене функције не мора нужно бити повезано са моралним или политичким принципима. Они се ипак посматрају као идеални дио права у његовој дуалној природи, док је питање његових друштвених функција његов реални елемент. У процесу социолошко-коправне анализе, питање да ли право и на који начин врши одређене друштвене функције дио је емпиријске анализе, а не нужно дио политичке филозофије или нормативне анализе. Право у обављању својих друштвених функција може испуњавати неке од моралних, правних или политичких принципа. Коначно, друштвена функција права може бити да служи неком моралном или правном принципу. Осигуравање мира, сигурности, једнакости, друштвених потреба појединаца и слично може бити схваћено као идејни елемент права те да право *треба* да их остварује кроз своју друштвену функцију (идејни елемент). Исто тако, остваривање, на примјер, сигурности грађана/ки може бити схваћено и као специфичан начин на који право остварује и врши своју друштвену функцију (реални елемент). Конкретније, друштвена функција права може бити и осигуравање сигурности грађана и грађанки у једном правном и друштвеном контексту. Овдје се јавља питање начина посматрања и примијењене методологије: онога што право „треба“ да врши (идејни елемент) и онога што право „врши“ (реални елемент).

Даље, сматра Raz, једино се могу индиректно најопштије и веома широко постављене категорије друштвених функција права (Raz 1973, 289). Свакој правној норми могуће је приписати једну нормативну функцију којом се објашњава њен нормативни карактер (Raz 1973, 289). Но, није могуће приписати једну дистинктну друштвену функцију сваком закону или правној норми (Raz 1973, 289). Друштвене функције се карактеристично врше путем правних установа које се утврђују и које су регулисане у различитим правним изворима (Raz 1973, 289). Често се испитују друштвене функције банкарског система, брака, власништва и сл. (Raz 173, 289). Једна те иста правна установа, а некада и један закон, могу вршити неколико друштвених функција (Raz 1973, 289).

Друштвене функције права могу бити подијелене на директне и индиректне (Raz 1973, 289). Директне функције права су оне које се остварују покоравањем и примјеном права (Raz 1973, 289). Индиректне функције су оне које се остварују путем односа, осјећаја, мишљења и облика понашања, које се не односе на покоравање праву или његовој примјени, но које резултирају из знања о његовом постојању, покоравању или примјени (Raz 1973, 289). Индиректне функције уобичајено резултирају не само у чињеници постојања права и његове примјене, већ и у његовој интеракцији са другим факто-

рима као што су: однос појединаца према праву или постојање других друштвених норми и институција у конкретном друштвеном контексту (Raz 1973, 290). Као примјере примарних друштвених функција Раз наводи сљедеће: (1) спречавање непожељног и осигуравање пожељног понашања; (2) осигуравање оквира руковођења приватно-правним односима међу појединцима/кама; (3) осигуравање услуга и редистрибуција добара; (4) рјешавање правних спорова (Raz 1973, 290–294).

Секундарне друштвене функције односе се на операционализованост правног система (Raz 1973, 297). Односе се на сам правни систем и његово функционисање. Оне осигуравају његову прилагодљивост, његову правну ефикасност те глатко и непрекинуто дјеловање (Raz 1973, 297). Право регулише своје властито стварање установљавањем органа и правних процедура (Raz 1973, 297). То подразумева конституисање тијела као што су парламент, локалне власти, управна легислација, обичаја, права које креирају судови, регулације независних јавних тијела (Raz 1973, 297). Од тих тијела, судови заузимају кључну позицију у свим правним системима (Raz 1973, 297). Њихова примарна функција је да рјешавају спорове (Raz 1973, 297–298). Они врше двије секундарне функције: (1) примјену права и (2) стварање права (Raz 1973, 298). Они врше веома важне и индиректне функције (Raz 1973, 298). Они су често у јавности директно повезани са идејом права и владавином права, те играју виталну улогу у промоцији права и вриједности које оно подржава (Raz 1973, 298).

Осим директних, које се према Рау даље могу класификовати на примарне и секундарне, право врши и своје индиректне друштвене функције. Индиректни друштвени ефекти права скоро увијек овисе о његовом успјеху код неправних актера, а посебно генералног односа према праву и његове интеракције са друштвеним установама и нормама (Raz 1973, 299). Неке од тих функција врше одређене правне институције, а друге сама чињеница постојања правног система (Raz 1973, 299). Индиректне друштвене функције права су многобројне и варирају у неограниченом броју и својој природи, значају и домету (Raz 1973, 299). То могу бити јачање или слабљење поштовања одређених моралних вриједности, јачање или слабљење поштовања ауторитета власти, утицај на осјећај националног јединства итд. (Raz 1973, 299). Треба бити јасно да индиректни друштвени ефекти права нису небитни нупроизводи права: они обављају његову есенцијалну функцију (Raz 1973, 299). Правници и правни теоретичари мало су се занимали за индиректне друштвене функције права (Raz 1973, 299). Од великог је значаја за политологе и социологе, но, феномен који је тешко ухватљив за квантификацију (Raz 1973, 299). Коначно, нема

сумње да ће наше разумијевање права остати оскудно и парцијално док друштвене науке не успију у потпунијој анализи и приступу проблему индиректних функција права (Raz 1973, 299).

6. ОД ДРУШТВЕНИХ ФУНКЦИЈА ДО ДРУШТВЕНИХ ЕФЕКТА ПРАВА

Денис Галлиган у свом раду у одређењу могућих друштвених функција права полази од Хартове аналитичке јуриспруденције и Разове класификације нормативних и друштвених функција, наставља инспирисан радом других области друштвених наука како би анализирао која је то друштвена вриједност права и које циљеве оно остварује у друштву (Galligan 2010, 193). Ако постоје право и правне норме, чему оне служе? Уколико се друштвени циљеви остварују у различитим другим облицима (обострано повјерење, кооперација, давање позитивних подстицаја), није потпуно јасно када и зашто су закони које је донијела држава ефикаснији од других средстава (Galligan 2010, 193). Ако је сарадња међу људима један од друштвених циљева, постоје и други начини осим права да би се она постигла. Уколико је идеја да се друштвени циљ треба остварити кроз правила, онда се друштвена правила која настају у друштву спонтано показују много бољим начином него правна правила, односно норме које долазе извана (Galligan 2010, 193). Иако појединци/ке и заједнице имају различите начине на које постижу своје друштвене циљеве, у порасту је кориштење права као начина осигуравања и остваривања интереса (Galligan 2010, 193). Право постоји не само зарад успостављања и одржавања модерног правног поретка, него боље осигурава и чини ефективнијим односе и договоре који би постојали и без права и омогућава друштву да постиже циљеве које другачије не би било лако постићи, као што су осигуравање боље и здравије животне околине, унапређење људских права и сл. (Galligan 2010, 194). Денис Галиган се у свом раду концентрише на два питања: (1) које су то функције које право врши у друштву, односно које друштвене ефекте постиже и (2) како право доприноси друштвеним добрима (Galligan 2010, 194).

Иако се у правној теорији друштвеним функцијама посвећује мало пажње, не значи да се нису изражавали различити погледи о томе шта право врши у друштву, и то: (1) контрола присиле; (2) један од начина примјене силе; (3) подређивање људског понашања правним правилима; (4) координација друштвених активности; (5) интеграција друштва; (6) рјешавање спорова и томе слично (Galligan 2010, 195). У традицији политичке и друштвене теорије,

функције права су биле од централног значаја (Galligan 2010, 195). У паралелном дискурсу правне и политичке теорије Хобса, Хумеа, Бенгама и Харта, право се сматра нужним за одржавање друштвеног поретка (Galligan 2010, 195).

Но, на конкретнијем нивоу посматрања нужним се показује концепт координације као начин управљања и контроле путем права, односно остваривања одређених друштвених ефеката (Galligan 2010, 196). У модерним правним порецима, постизање позитивних друштвених циљева није могуће остварити само путем координације, већ су за уклањање дискриминације, заштите људских права, осигуравање социјалне заштите становништва потребна усмјерења, регулације и ограничавања на страни приватноправних лица, али и јавне власти (Galligan 2010, 196). Да би се друштвена добра остварила кроз право, нужним се чини постојање институција, државних службеника те примјена присиле (Galligan 2010, 196).

У идентификовању друштвених функција које право врши, када говоримо и о социолошкоправном дискурсу, није потребно ићи даље од Хартовог *Концепта права* (1994). Тако и Галиган у својој анализи полази од сљедећих функција које право врши у друштву: (1) правна правила усмјеравају људско понашање; (2) правна правила служе испуњавању два дистинктивна циља, а то су наметање обавеза и давање овлаштења; (3) правна правила служе остваривању *супстантивних* циљева, као што су спречавање насиља, дистрибуција и заштита власништва, одржавање уговора, алокација власти, те кажњавање починитеља и, коначно, (4) право, као систем, служи за осигуравање опстанка друштва (Galligan 2010, 199). У односу на први критериј (1) и други критериј (2), Галиган правилно примјећује да тврдити да правна правила усмјеравају односе значи разликовати нормативне или логичке квалитете правног правила у односу на друштвени контекст на који се примјењује (Galligan 2010, 199). Односно, та тврдња нам ништа не говори о томе како она дјелују у друштву јер се креће од претпоставке о неким нужним квалитетима правног правила (Galligan 2010, 199). Слично, Хартова подјела примарних правних правила на она која дају овлаштења и на она која намећу обавезу нормативног је квалитета, те други фактори утичу на то како ће она бити примијењена у друштвеном контексту (Galligan 2010, 200). На сличан начин критикује и функцију права у испуњавању супстантивних друштвених циљева, водећи се и Разовом анализом и класификацијом (Galligan 2010, 200–201). Разова анализа директних функција полази од анализе права и не говори нам ништа о његовим друштвеним ефектима (Galligan 2010, 200). Неке индиректне функције могу бити предвиђене и усмјерене правом, друге не (Galligan 2010, 200). Но, не значи да ће оне функције

које су предвиђене правом бити и постигнуте у друштвеном контексту, док фактичка дејства права могу бити изненађења која нису ни намјерована ни предвиђена (Galligan 2010, 201). Тако, на примјер, породично право које предвиђа лакшу процедуру развода брака може утицати на већи степен развода, док отежане процедуре могу утицати на одржавање бракова (Galligan 2010, 201). Из језика права којим су изражене директне и индиректне функције права може бити јасно које су то његове функције – неке зависе од онога ко ствара право, неке од онога који примјењује право (Galligan 2010, 201). Но, та тврдња је аналитичка. Свака примјена права подразумијева и тумачење, те од врсте методе тумачења права овиси хоће ли и на који начин ће неки друштвени интерес бити укључен: (1) објективни метод који подразумијева увођење принципа друштвеног интереса (циља норме), док други, (2) субјективни, подразумијева ограничавање на право и језик права (Galligan 2010, 201). Конкретније, језичка правна анализа задржава се у сфери права, док циљно укључује и шири друштвени контекст и друштвени значај који ће се произвести одлуком суда (Galligan 2010, 202).

Галиган сматра да је корисно имати неки облик класификације утврђене у Разовој анализи, но погрешно је њихово вјештачко одвајање јер су оне међусобно повезане, те њихова претпостављена директна функција може бити индиректна и *vice versa* (Galligan 2010, 201). Или другачије, исти закони могу имати различите друштвене ефекте у односу на различите друштвене контексте (Galligan 2010, 202). Галиганови ставови су подржани различитим емпиријским истраживањима, као, на примјер, права држава Централне и Источне Европе које су након пада комунизма извршиле реформу управног система а да се при томе нису десиле неке супстанцијалне промјене; студије Роберта Еликсона о регулацији међусобних односа ранчера примјеном других друштвених норми у односу на право у округу Шаста (Калифорнија) и тако даље (Galligan 2010, 205–207). И коначно, (4) питање да ли се правом нужно одржава друштво може бити истинито, али се не може провјерити: они који тврде тако нешто полазе од конвенционалног искуства без доказа и чињеница (Galligan 2010, 209). У том смислу, Галиган предлаже да се фокусирамо на питања на која се може дати одговор (Galligan 2010, 209). Наиме, која су то друштвена добра нужна за један подношљив друштвени живот и како их постићи (Galligan 2010, 209)? Неки су већ наведени, но да се подсјетимо: сигурност особа и власништва, предвидљивост и регулираност друштвених односа, рјешавање спорова, заштита права, социјална заштита, заштита здраве околине, ограничавање власти и сл. (Galligan 2010, 209). Када се питање друштвених функција права постави у оквиру постизања конкретних друштвених добара

и интереса а изоставе општи ставови о друштвеном поретку, солидарности или опстанку друштва, постаје лакше видјети на који начин право утиче на њихово остваривање (Galligan 2010, 210). У том смислу, треба напустити језик функционализма и замијенити га чистим инструментализмом (Galligan 2010, 210). На тај начин фокус нашег интересовања постају правна правила, институције и процеси као инструменти остваривања друштвених добара (Galligan 2010, 210). Не питајући колико је значајно да се уговори правно заштите у сврху очувања друштвеног поретка, треба да се питамо шта је потребно да би се они осигурали или да претпоставимо да су они значајно друштвено добро и анализирамо начине њиховог правног осигуравања; како да се заштитимо од насиља или учинимо право слободе говора ефективнијим (Galligan 2010, 210).

7. КА НЕЕСЕНЦИЈАЛИСТИЧКОМ РАЗУМИЈЕВАЊУ ПРИРОДЕ ПРАВА

Према схватањима Brian Tamanaha (2001, 149), право је друштвена творевина којој недостају инхерентно нужне квалитете. Супротног става су есенцијалисти који сматрају да право управо посједује одређене нужне карактеристике (Tamanaha 2001, 149). Како наглашава и Brian Bih, није најбоље говорити о бити и природи људских артефаката и друштвених установа (Tamanaha 2001, 150). Није проблем само у чињеници да је друштвене феномене тешко ограничити већ постоји велики број варијација у њиховим обиљежјима, те коначно чињеници да се друштвене праксе мијењају (Tamanaha 2001, 150). Социолошкоправни позитивизам, којег предлаже Таманаха, препознаје да је право људска и друштвена творевина, те на конвенционалистички начин идентификује шта је право (Tamanaha 2001, 151). Према том ставу, право је више од једног феномена, него јединствен стандард путем којег се евалуира понашање људских бића (Tamanaha 2001, 152). Слично, социолошкоправни позитивизам прихвата да постоје различите врсте или типови права са својим карактеристичним елементима (Tamanaha 2001, 152). Такођер, тај правац препознаје да сваки од тих типова права (на примјер, религијско право или транснационално право) реално постоји у друштвеном контексту, те постоји потреба да се они истраже (Tamanaha 2001, 152). Према погледу социолошкоправног позитивизма, правни систем постоји уколико постоји склоп правних актера (који су конвенционално идентификовани као такви) који координишу своју дјелатност како би дјеловали у односу на норме (Tamanaha 2001, 154). Социолошкоправни позитивизам остаје вјеран Хартовом конвенционализму и његовом фокусу на друштвене праксе, но у ширем обиму него што је његов јер уклања есенцијалне и функционалистичке елементе

његовог приступа (Таманаћа 2001, 155), односно елиминише његов став да становништво генерално мора поштовати примарна правна правила, елиминише захтјев да државни службеници прихватају секундарна правна правила (Таманаћа 2001, 155). Тај приступ не уводи ниједну претпоставку о функционалним ефектима права и не тврди да постоје било који нормативни ефекти које би право нужно посједовало (Таманаћа 2001, 155). Такође, он мијења Хартов опис концепта права као апстракције нужних елемената права државе као оквира за концепцију права уопште (Таманаћа 2001, 155). Други облици права не укључују нужно институције те се они посљедично не квалификују као „системи“ (Таманаћа 2001, 155). Коначно, елементи који се утврђују у процесу апстракције само су њихова обиљежја која су по својој природи промјењива; могу постојати њихове варијације у оквиру датог типа права, али они никако нису и његови есенцијални елементи (Таманаћа 2001, 155). Велика је предност тог приступа јер претпоставља веома мало о праву остављајући га отвореним за конвенционалну идентификацију и посљедично концептуалну анализу и емпиријске студије (Таманаћа 2001, 156).

8. ЗАКЉУЧАК

Колико год правни филозофи говорили о функцијама права, тешко да се то питање одвојило од идејног елемента и аналитичког става. Концептуалне класификације имају мало значаја јер право може, али и не мора, да врши претпостављене функције. Концептуална анализа нормативних и друштвених функција права може бити корисна из три разлога: (1) због идентификације идеалних елемената права; (2) због кориштења идеје заштите неког друштвеног интереса у процесу стварања, промјене и примјене права и (3) због примјене идеје неког друштвеног интереса у процесу циљног тумачења права. Осим тога, концептуална анализа не иде даље у свом истраживачком интересу, а није ни у могућности да да више одговора.

Социолошкоправни приступ даје нам корисне кораке за даљњу анализу и истраживање, и то на сљедеће начине: (1) помјерањем фокуса са анализе функција права ка друштвеним ефектима које право производи у друштвеном контексту; (2) спуштањем анализе од општих ставова о одржавању друштвеног поретка, очувања друштва или друштвене солидарности ка анализи друштвених ефеката одређених друштвених установа или грана права: нпр.на примјер, ефекта материјалноправних претпоставки и поступка издавања грађевинских дозвола на степен нелегалне градње и сл.; (3) коначно, ако прихватимо да право јесте друштвена творевина и да као такво не може посједовати нужне елементе, онда посљедично треба одбацити идеју о нужним функционалним елементима као непотребној предрасуди

која нас води у погрешне анализе и закључке. Неесенцијалистички приступ Таманаховог типа није никаква посебна методологија, он не даје оквири у којима право треба истраживати већ једно методолошко отрјежњење да одбацимо априорне ставове и нужне елементе у друштвеним феноменима који по својој природи немају есенцијалне елементе.

ЛИТЕРАТУРА (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.
- Фасо, Гвидо. 2007. *Историја филозофије права*. Подгорица: ЦИД (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.