

Dr Damir Banović*

Jovanović, Miodrag A. 2019. *The Nature of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 272.

Veoma rijetko se dešava da se neko odluči krenuti u inovativna istraživanja o prirodi prava i novim metodološkim pristupima, još rjeđe kada je riječ o prirodi međunarodnog prava i načinu njegovog filozofsko-pravnog posmatranja. U tom smislu, knjiga *Priroda međunarodnog prava* (engl. *The Nature of International Law*) predstavlja sigurno prvi ozbiljan rad u toj oblasti. Ne samo zato što se bavi prirodom međunarodnog prava, već i zato što nam daje unaprijeđene metodološke postupke pogodne za istraživanja fenomena van paradigme prava države.

U pozitivnopravnom taboru skoro da i nema inspirativnijih radova kojima bi se pokušao objasniti fenomen prava kao takvog. Istraživanja se kreću u minimalnim nijansiranjima, terminološkim objašnjenjima te ostaju na pozicijama koje filozofiji prava ne donose ništa zaista novo. Možda je razlog tome analitički metod i metafizički inspirisana konceptualna analiza koja je u svom dometu ograničena. No, razvojem drugih društvenih disciplina, metodološkim postupcima i mogućnostima interdisciplinarnog pristupa nove metodologije, metodološka unapređenja, novi pristupi u teoriji koncepata, sasvim su prirodni i logični. Upravo je to jedna od vrijednosti Jovanovićevog pristupa: kretanje u okvirima analitičkog pristupa ili od već poznatih i dobro utvrđenih temelja, njihovoj modifikaciji i razvoju primjenom prototipske teorije koncepata. Moglo bi se reći – mali koraci, ali ne i manje bitni.

Danas se već čini neopravdanim voditi se pravom države kao paradigmom i centralnim slučajem zbog postojanja drugih pravnih fenomena koji ne ispunjavaju sve kriterije koje je postavila Kelzenova normativna teorija, pa i analitička jurisprudencija u anglosaksonskom svijetu, odnosno od Džeremija Bentama, Džona Ostina i konačno Herberta Harta. Osvježena u novijim pristupima proučavanju fenomena prava nalazimo u radovima Brajana Z. Tamanaha, Viliijama Tvajninga, Denisa Galigana, Ji-

* Autor je docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, na naučnoj oblasti teorija prava i države, d.banovic@pfsa.unsa.ba.

rgena Habermasa, Reze Banakara i drugih, prije svega sociološkopравnih teoretičara. Njihovi radovi su inspirisani novim empirijskim i teorijskim sociološkopравnim istraživanjima, društvenom teorijom i političkom filozofijom. Može se reći da je to jedan novi interdisciplinarni pristup koji omogućava dalja teorijska istraživanja.

Jovanović prvi put u filozofiji prava na inovativan način teorijski rasvjetljava i objašnjava fenomen međunarodnog prava. No, iako su njegovo posmatranje i metodologija fokusirani na jedan od pravnih fenomena, oni bi se lako mogli primijeniti i na pravo uopšte. Ili, posmatrati pravo kroz kriterije koje je postavio ili karakteristike koje (međunarodno) pravo uobičajeno ima da bi se moglo identifikovati kao „pravo“.

Kako je pravilo navedeno i na samom početku, pravna teorija je sve do sada većinom ignorisala međunarodno pravo kao predmet istraživanja ili „filozofiranja“ o pravu (str. i). Kako i sam navodi, njegov rad se kreće u okvirima analitičke tradicije, ali napušta dominantan pristup metafizički vođene analitičke jurisprudencije (str. i). Jovanović uvodi prototipsku teoriju konceptata koja mu daje okvir za utvrđivanje „tipičnih karakteristika“ koje konstituišu prirodu međunarodnog prava (str. i).

Razmatranje ranijih ideja o prirodi međunarodnog prava čini se poželjnim jer, kako nas uče historijska jurisprudencija (Bix, 2018) i savremena sociološkopравna teorija, ranije teorije i koncepti daju dobre osnove i razgraničavaju fenomen od pravu sličnih fenomena. Drugi razlog leži u činjenici da čovječanstvo u razvoju prava na praktičnom nivou nije otišlo predaleko, te su se ciklično mijenjale potrebe za centralizacijom i pravnom fragmentacijom, većim i manjim stepenom razvoja prava, no potrebe za određenim oblicima i načinima međusobnih regulacija nisu esencijalno promijenile svoju suštinu već samo oblik i stepen razvoja. Tako i I poglavlje Jovanovićeve knjige počinje kratkim historijskim pregledom i razvojem prava van paradigmatškog okvira prava države, ideje suvereniteta, te se kreće u okvirima težnji za univerzalnom validnošću normi razvijenih prije svega u prirodnoправnim učenjima (str. 8–31). No, početkom 19. vijeka i razvojem ideje pravnog pozitivizma desilo se da je interes za fenomen prava van okvira države prestao. Jovanovićev historijski pregled pojave, posmatranja i razvoja ideje međunarodnog prava dovoljan je, ne opterećuje glavnu ideju knjige i stvara prostor za drugi, vjerovatno i najznačajniji dio: o metodologiji (str. 32–64). Jer kako pristupiti analizi fenomena međunarodnog prava, kada dominantni pozitivnoправni pristupi to onemogućavaju, posmatraju međunarodno pravno kao granični slučaj ili, u najgorem slučaju, oduzimaju mu određenje pravnog fenomena. Logično je početi metodologijom, ali nužno sa drugačijom, novijom ili modifikovanom.

U njegovom metodološkom diskursu, kritikuje postavke konceptualne analize koja polazi od apriornih, esencijalnih i nužnih elemenata pra-

va. Ta Jovanovićeveva kritika nije nešto novo i može se već naći kod autora sociološkopravnog usmjerenja. U tom smislu, Brajan Z. Tamanaha u svojoj knjizi *A general jurisprudence of law and society* (Tamanaha, 2001) upravo zastupa ideju da pravo ne posjeduje apriorne, nužne i esencijalne karakteristike. On im te karakteristike oduzima jer pravo nije prirodni već društveni fenomen i nema nužnih i esencijalnih elemenata. Također, kako Jovanović dobro primjećuje, u konceptualnoj analizi međunarodno pravo je posmatrano kao jedan od graničnih slučajeva i time nezanimljiv za filozofiju prava (str. 3). Konačno, konceptualna analiza u svojoj preanalitičkoj fazi oslanja se na intuitivne stavove ograničene našim uobičajenim predstavljanjem koncepata (str. 3). Ta metoda se zasniva na psihološkim pretpostavkama koje su u suprotnosti sa novim istraživanjima u polju kognitivne psihologije (str. 3). Eksperimenti su pokazali da mi posmatramo kategorije (koncepte) kao reprezentacije niza karakteristika grupisanih oko neke vrste prototipa (str. 3). No, ne samo kognitivna psihologija već i široka empirijska istraživanja prava pokazuju mnoge manjkavosti analitičkog metoda i nepotrebnim zasnivanje koncepata na intuiciji (jer se oni mogu empirijski potvrditi ili opovrgnuti), ali i naučnu tvrdnju da pravo ne posjeduje esencijalne i nužne elemente. Za razliku od kognitivne psihologije, koja se fokusira na naše percepcije, sociološkopravna istraživanja se fokusiraju na pojavne pravne fenomene u društvenom kontekstu. Prototip teorije koncepata ima težnju da objasni i rasvijetli fenomen prava, te ga posmatra kao oblik ljudske aktivnosti različit od drugih, kao vrstu ili žanr (str. 3). Na sličan način i Galiganova koncepcija (Galligan, 2015), primjenjujući Veberovu metodologiju i polazeći od Hartove analitičke jurisprudencije, posmatra pravo kao jedan oblik ljudske društvene aktivnosti, te apstrahuje minimalne zajedničke elemente različitim pojavnim fenomenima prava. Oni se ne posmatraju kao nužni već kao karakteristični i apstrahovani iz društvenog konteksta, no svi pojavnici oblici prava sadrže minimalne karakteristike koje čine „pravnu vrstu društvene djelatnosti“, ali koje na nižim ili preklapajućim ima potencijalno drugačije elemente. Prema Jovanovićevom mišljenju, objašnjenje pojma jedne vrste društvene aktivnosti vodi ka formulaciji koncepta prava, shvaćenog kao reprezentacija grupe karakteristika ili elemenata oko jednog prototipa (str. 3). Postoji dosta sličnosti između sociološkopravnog teorijskog pristupa i prototipske teorije koncepata. Razlika je u tome što Jovanović pokušava da objasni koncept međunarodnog prava; Galiganov pristup fenomenu prava u modernim državama, a Tamanahin da dođe do opšte koncepcije prava konvencionalnim shvaćanjem njegovog pojma. Sva tri pristupa preuzimaju dijelove analitičkog i kombiniraju sa drugim pristupima: društvene teorije, empirijskih istraživanja i kognitivne psihologije.

Jovanović u metodološkom dijelu odlično nijansira različite analitičke pristupe jer se veoma često pogrešno shvata da postoji jedan jedinstven analitički metod, kao što nije ni opravdano postavljati oštre i ne-

pomirljive granice u odnosu na druge pristupe (Poglavlje II, str. 32–64). Također, Jovanović identifikuje, sada već relativno poznate, probleme analitičkog pristupa: apriorizam, esencijalizam i pretendovanje na univerzalnost metoda. U tom pogledu to već nije nešto novo, ali je nužno razbiti tu iluziju i drugačijim pristupima. Ako je pravo artefakt jednog tipa društvene aktivnosti, onda se ne može govoriti o apriornim, nužnim i esencijalnim elementima jer oni ne odgovaraju društvenoj realnosti prava. To je lakši i komforniji pristup, ali u tom pogledu manjkav. Pošto je analitički pristup formiran oko paradigme prava države i time je pretendovao na univerzalnost svog metoda, danas već (a sigurno i u vrijeme kada je postao dominantan u 19. i 20. vijeku), zbog drugih pojava oblika pravne regulacije, djeluje parohijalno. Onda treba biti iskren i jasno reći da je riječ o „konceptu prava države“ ne o pravu uopšte. No svako otvaranje i širenje koncepta stvara opasnost gubljenja ideje prava u odnosu na druge oblike društvene regulacije. O tome govori Vilijam Twining (Twining, 2009) kao o potrebi definicionog minimuma. Te opasnosti je itekako svjestan Jovanović i tvrdi da treba zadržati stepen kategorizacije i razgraničenja jer drugačije, prema mom mišljenju, nije ni moguće. Postavlja se logično pitanje: na koji način mi kategorizujemo? Odnosno, kako formiramo koncept, te kako posljedično formiramo koncept prava? U skladu sa novim pristupima u kognitivnoj psihologiji, Jovanović predlaže modifikovanje konceptualne analize i njeno prilagođavanje analizi prava kao fenomenu, izostavljanjem nužnih i esencijalnih elemenata, ali zasnivanjem na prototipu i gradacijom oko centralnog primjera.

Jovanović u svom radu izdvaja tipične karakteristike (međunarodnog) prava: (1) normativnost (Poglavlje IV, str. 78–155); (2) institucionalnost (Poglavlje V, str. 156–178); (3) garanciju prisile (Poglavlje V, str. 182–190); (4) svojstvo pravednosti (Poglavlje VI, str. 191–202) i (5) fragmentiranosti (Poglavlje VII, str. 208–218). U daljem dijelu rada, sve do kraja knjige, svaku od tih tipičnih karakteristika izlaže detaljnoj analizi i kritici, nijansirajući svaki od tih elemenata.

Kao jedan od oblika društvene djelatnosti, pravo teži da reguliše i koordiniše djelatnosti različitih društvenih aktera, te da rješava njihove međusobne sporove (normativnost); ono posjeduje institucije putem kojih se one stvaraju, te institucije koje odlučuju da li su pravila prekršena (institucionalnost); postoji oblik garancije u nekom obliku prisilnog mehanizma (garantovana prisila), te da li je pravo, uopšteno posmatrajući, pogodno za ispitivanje i procjenu koncepta pravde (svojstvo pravednosti). Te tipične karakteristike međunarodnog prava zavise od društvenog konteksta, te su okvir u kojem Jovanović ispituje da li ih i u kojem obliku međunarodno pravo posjeduje. Društvena praksa i razvoj iz okvira prava države učinili su te karakteristike *očitim*, te je potreban samo modifikovan model koji će ih apstrahovati i učiniti koherentnim. Taj model, onda,

možemo koristiti za objašnjenja i razumijevanje fenomena međunarodnog prava.

Analizirajući i ispitujući element normativnosti, Jovanović otvara dva značajna problema: za koje norme međunarodnog prava možemo reći da su validne ili koje kriterije treba da ispune kako bi se okarakterisale kao: *ius cogens* – obligacije koje djeluju *erga omnes*; običaji međunarodnog prava i, konačno, kako one prestaju biti dio međunarodnog prava. Drugo pitanje normativnosti odnosi se na tvrdnje nekih autora da pravo stvara razloge za djelovanje na način da isključuje druge normativne poretke. Jovanović kritikuje te postavke i smatra da je pravo samo jedan od normativnih poredaka, te da njegova normativnost nije ništa posebno. Odnosno, uvodi ideju o relativnoj normativnosti međunarodnog prava. To relativizovanje normativnosti kao jedne tipične karakteristike (međunarodnog) prava posljedica je napuštanja apriornih i nužnih elemenata, te uvid u društvenu realnost konkurišućih normativnih poredaka. Normativnost prava, a time i međunarodnog prava, nije nešto što samo po sebi čini nužnom njegovu obaveznost, a time ne i nešto specifično vezano samo za pravo.

Pravo i prema analitičkom pristupu, po svojim karakteristikama, uključuje postojanje institucija koje ga stvaraju, koje ga primjenjuju/rješavaju sporove i institucije koje prisilno garantuju njegovu primjenu. Kao paradigmu, gdje su države te koje su učesnici u procesu stvaranja, Jovanović analizira Ujedinjene nacije kao jednog od kreatora međunarodnopravnog poretku. Uz stvaranje ide i pitanje primjene i rješavanja međunarodnopravnih sporova. Nesumnjivo je velik porast stalnih (npr. Međunarodni sud pravde, Međunarodni krivični sud) i *ad hoc* međunarodnih sudova i stalnih i *ad hoc* međunarodnih arbitraža, kao tijela koja nužno: (1) da bi ga primijenila, prepoznaju šta je to međunarodno pravo i (2) odlučuju da li je ono prekršeno ili nije. Konačno, kako je i Kelzenova normativna teorija prava vezala pitanje pravne norme za sankciju, odnosno mogućnost prisile u slučaju njenog kršenja, nužno je i u međunarodnom pravu ispitati da li ona postoji i kako se manifestuje. Ukoliko i postoji prisila, ona se ne manifestuje kroz tipične karakteristike koje nalazimo u nacionalnom pravu. Pogrešno bi bilo i tvrditi da postoji samo jedan oblik prisile kao oblika garancije norme jer je i ona, kao i pravo, ljudski artefakt i ovisi o načinu na koji će on biti kreiran. Ako je prvi pojavni oblik bila pravna sankcija, nije nužno da ona bude i jedini. Odnosno, moguće je zamisliti druge oblike prisile specifično vezane za međunarodno pravo. Zanimljivo, Jovanović uvodi, a što se već izdvojilo kao dio društvene prakse, isključivanje kao oblik sankcionisanja kršenja međunarodnopravnih normi ili, preciznije, uskraćivanje međunarodnopravnog aktera (tj. neposlušnika ili kršitelja norme) koristi društvene kooperacije i članstva.

Konačno, fragmentacija međunarodnog prava u pogledu kreatora i izvora nužno ne mora značiti lošu odliku, već *jednostavno* odliku međunarodnog prava. U primjeni prava, pokazalo se, da međunarodni tribunali postupaju sa pretpostavkom da je međunarodno pravo koherentan normativni poredak, te da mnoštvo izvora, u stvari, omogućava različita interpretativna sredstva koja bi se mogla primijeniti prilikom rješavanja sporova. Zanimljivo, kao jedan idealni element, Jovanović uvodi i ideju da međunarodno pravo ima specifičnu karakteristiku „prilagodljivosti“ ideje pravde. Možda bi bilo preciznije određenje da međunarodno pravo služi konceptu pravde, kao jednom idealnom elementu. No taj ideal pravde, smatram, ne smije se posmatrati van mreže značenja međunarodnopravnog poretka. Okvir značenja je postavljen, samo treba odrediti sadržaj.

Jovanovićeva knjiga je sigurno prva koja se ne bavi filozofsko-pravnim ispitivanjima međunarodnog prava u savremenoj filozofiji prava. Pošto je prva, ne postoje druge s kojima bih je mogao uporediti kao cjelinu. Njegov pristup čini male, ali značajne korake. Polazi od poznatog, prilagođava ga i otvara prostor za proučavanje drugih značajnih fenomena prava. Njegov pristup nije revolucionaran, već evolutivan. On ne ruši postojeće okvire, već ih unapređuje. Neko bi rekao: ide sigurnim putem. No, pravo govoreći, nije ni potrebno. Već su zadati okviri solidna osnova, samo treba ukloniti ideje koje opterećuju metod i uvesti nove, te modifikovati postojeće. U konačnici, to nam upravo i dokazuje da je međunarodno pravo, po svojoj prirodi, upravo pravo.

LITERATURA (REFERENCES)

- Bix, Brian. 2018, May 22. A New Historical Jurisprudence? *Washington University Law Review* 95, 1035–1047. <https://ssrn.com/abstract=3183326>, last visited July 7, 2019.
- Galligan, Denis. 2/2015. Concepts the currency of social understanding of law: A review essay on the later work of William Twining. *Oxford Journal of Legal Studies* 15: 373–401.
- Tamanaha, Brian Z. 2001. *A general jurisprudence of law and society*. Oxford: Oxford University Press.
- Twining, William. 2009. *General jurisprudence. Understanding law from a global perspective*. New York: Cambridge University Press.