

Др Дамир Бановић\*

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

Веома ријетко се дешава да се неко одлучи кренути у иновативна истраживања о природи права и новим методолошким приступима, још рјеђе када је ријеч о природи међународног права и начину његовог филозофскоправног посматрања. У том смислу, књига *Природа међународног права* (енгл. *The Nature of International Law*) представља сигурно први озбиљан рад у тој области. Не само зато што се бави природом међународног права, већ и зато што нам даје унапријеђене методолошке поступке погодне за истраживања феномена ван парадигме права државе.

У позитивноправном табору скоро да и нема инспиративнијих радова којима би се покушао објаснити феномен права као таквог. Истраживања се крећу у минималним нијансирањима, терминолошким објашњењима те остају на позицијама које филозофији права не доносе ништа заиста ново. Можда је разлог томе аналитички метод и метафизички инспирисана концептуална анализа која је у свом домену ограничена. Но, развојем других друштвених дисциплина, методолошким поступцима и могућностима интердисциплинарног приступа нове методологије, методолошка унапређења, нови приступи у теорији концепата, сасвим су природни и логични. Управо је то једна од вриједности Јовановићевог приступа: кретање у оквирима аналитичког приступа или од већ познатих и добро утврђених темеља, њиховој модификацији и развоју примјеном прототипске теорије концепата. Могло би се рећи – мали кораци, али не и мање битни.

Данас се већ чини неоправданим водити се правом државе као парадигмом и централним случајем због постојања других правних феномена који не испуњавају све критерије које је поставила Келзенова нормативна теорија, па и аналитичка јуриспруденција у англосаксонском свијету, односно од Церемија Бентама, Џона Остина

---

\* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Сарајеву, на научној области теорија права и државе, [d.banovic@pfsa.unsa.ba](mailto:d.banovic@pfsa.unsa.ba).

и коначно Херберта Харта. Освјежења у новијим приступима проучавању феномена права налазимо у радовима Брајана З. Таманахе, Вилијама Твајнинга, Дениса Галигана, Јиргена Хабермаса, Резе Банакара и других, прије свега социолошкоправних теоретичара. Њихови радови су инспирисани новим емпиријским и теоријским социолошкоправним истраживањима, друштвеном теоријом и политичком филозофијом. Може се рећи да је то један нови интердисциплинарни приступ који омогућава даља теоријска истраживања.

Јовановић први пут у филозофији права на иновативан начин теоријски расвјетљава и објашњава феномен међународног права. Но, иако су његово посматрање и методологија фокусирани на један од правних феномена, они би се лако могли примијенити и на право уопште. Или, посматрати право кроз критерије које је поставио или карактеристике које (међународно) право уобичајено има да би се могло идентификовати као „право“.

Како је правило наведено и на самом почетку, правна теорија је све до сада већином игнорисала међународно право као предмет истраживања или „филозофирања“ о праву (стр. i). Како и сам наводи, његов рад се креће у оквирима аналитичке традиције, али напушта доминантан приступ метафизички вођене аналитичке јуриспруденције (стр. i). Јовановић уводи прототипску теорију концепата која му даје оквир за утврђивање „типичних карактеристика“ које конституишу природу међународног права (стр. i).

Разматрање ранијих идеја о природи међународног права чини се пожељним јер, како нас уче историјска јуриспруденција (Vix, 2018) и савремена социолошкоправна теорија, раније теорије и концепти дају добре основе и разграничавају феномен од праву сличних феномена. Други разлог лежи у чињеници да човјечанство у развоју права на практичном нивоу није отишло предалеко, те су се циклично мијењале потребе за централизацијом и правном фрагментацијом, већим и мањим степеном развоја права, но потребе за одређеним облицима и начинима међусобних регулација нису есенцијално промијениле своју суштину већ само облик и степен развоја. Тако и I поглавље Јовановићеве књиге почиње кратким историјским прегледом и развојем права ван парадигматског оквира права државе, идеје суверенитета, те се креће у оквирима тежњи за универзалном валидношћу норми развијених прије свега у природноправним учењима (стр. 8–31). Но, почетком 19. вијека и развојем идеје правног позитивизма десило се да је интерес за феномен права ван оквира државе престао. Јовановићев историјски преглед појаве, посматрања и развоја идеје међународног права довољан је, не оптерећује главну идеју књиге и ствара простор за други, вјероватно и најзначајнији дио: о методологији (стр. 32–64). Јер како присту-

пити анализи феномена међународног права, када доминантни позитивноправни приступи то онемогућавају, посматрају међународно правно као гранични случај или, у најгорем случају, одузимају му одређење правног феномена. Логично је почети методологијом, али нужно са другачијом, новијом или модификованом.

У његовом методолошком дискурсу, критикује поставке концептуалне анализе која полази од априорних, есенцијалних и нужних елемената права. Та Јовановићева критика није нешто ново и може се већ наћи код аутора социолошкоправног усмјерења. У том смислу, Брајан З. Таманаха у својој књизи *A general jurisprudence of law and society* (Таманаха, 2001) управо заступа идеју да право не посједује априорне, нужне и есенцијалне карактеристике. Он им те карактеристике одузима јер право није природни већ друштвени феномен и нема нужних и есенцијалних елемената. Такођер, како Јовановић добро примјеђује, у концептуалној анализи међународно право је посматрано као један од граничних случајева и тиме незанимљив за филозофију права (стр. 3). Коначно, концептуална анализа у својој преаналитичкој фази ослања се на интуитивне ставове ограничене нашим уобичајеним представљањем концепата (стр. 3). Та метода се заснива на психолошким претпоставкама које су у супротности са новим истраживањима у пољу когнитивне психологије (стр. 3). Експерименти су показали да ми посматрамо категорије (концепте) као репрезентације низа карактеристика груписаних око неке врсте прототипа (стр. 3). Но, не само когнитивна психологија већ и широка емпиријска истраживања права показују многе мањкавости аналитичког метода и непотребним заснивање концепата на интуицији (јер се они могу емпиријски потврдити или оповргнути), али и научну тврдњу да право не посједује есенцијалне и нужне елементе. За разлику од когнитивне психологије, која се фокусира на наше перцепције, социолошкоправна истраживања се фокусирају на појавне правне феномене у друштвеном контексту. Прототип теорије концепата има тежњу да објасни и расвијетли феномен права, те га посматра као облик људске активности различит од других, као врсту или жанр (стр. 3). На сличан начин и Галиганова концепција (Galligan, 2015), примјењујући Веберову методологију и полазећи од Хартове аналитичке јуриспруденције, посматра право као један облик људске друштвене активности, те апстрахује минималне заједничке елементе различитим појавним феноменима права. Они се не посматрају као нужни већ као карактеристични и апстраховани из друштвеног контекста, но сви појавни облици права садрже минималне карактеристике које чине „правну врсту друштвене дјелатности“, али које на нижим или преклапајућим има потенцијално другачије елементе. Према Јовановићевом мишљењу, објашњење појма једне врсте друштвене активности води ка формулацији концепта права,

схваћеног као репрезентација групе карактеристика или елемената око једног прототипа (стр. 3). Постоји доста сличности између социолошкоправног теоријског приступа и прототипске теорије концепата. Разлика је у томе што Јовановић покушава да објасни концепт међународног права; Галиганов приступ феномену права у модерним државама, а Таманахин да дође до опште концепције права конвенционалним схваћањем његовог појма. Сва три приступа преузимају дијелове аналитичког и комбинурају са другим приступима: друштвене теорије, емпиријских истраживања и когнитивне психологије.

Јовановић у методолошком дијелу одлично нијансира различите аналитичке приступе јер се веома често погрешно схвата да постоји један јединствен аналитички метод, као што није ни оправдано постављати оштре и непомирљиве границе у односу на друге приступе (Поглавље II, стр. 32–64). Такођер, Јовановић идентификује, сада већ релативно познате, проблеме аналитичког приступа: априоризам, есенцијализам и претендовање на универзалност метода. У том погледу то већ није нешто ново, али је нужно разбити ту илузију и другачијим приступима. Ако је право артефакт једног типа друштвене активности, онда се не може говорити о априорним, нужним и есенцијалним елементима јер они не одговарају друштвеној реалности права. То је лакши и комфорнији приступ, али у том погледу мањкав. Пошто је аналитички приступ формиран око парадигме права државе и тиме је претендовао на универзалност свог метода, данас већ (а сигурно и у вријеме када је постао доминантан у 19. и 20. вијеку), због других појавних облика правне регулације, дјелује пароксијално. Онда треба бити искрен и јасно рећи да је ријеч о „концепту права државе“ не о праву уопште. Но свако отварање и ширење концепта ствара опасност губљења идеје права у односу на друге облике друштвене регулације. О томе говори Вилијам Твајнинг (Twining, 2009) као о потреби дефиниционог минимума. Те опасности је итекако свјестан Јовановић и тврди да треба задржати степен категоризације и разграничења јер другачије, према мом мишљењу, није ни могуће. Поставља се логично питање: на који начин ми категоризујемо? Односно, како формирамо концепт, те како посљедично формирамо концепт права? У складу са новим приступима у когнитивној психологији, Јовановић предлаже модификовање концептуалне анализе и њено прилагођавање анализи права као феномену, изостављањем нужних и есенцијалних елемената, али заснивањем на прототипу и градацијом око централног примјера.

Јовановић у свом раду издваја типичне карактеристике (међународног) права: (1) нормативност (Поглавље IV, стр. 78–155); (2) институционалност (Поглавље V, стр. 156–178); (3) гаранцију присиле (Поглавље V, стр. 182–190); (4) својство праведности (Поглавље VI, стр. 191–202) и (5) фрагментарности (Поглавље VII,

стр. 208–218). У даљем дијелу рада, све до краја књиге, сваку од тих типичних карактеристика излаже детаљној анализи и критици, нијансирајући сваки од тих елемената.

Као један од облика друштвене дјелатности, право тежи да регулише и координише дјелатности различитих друштвених актера, те да рјешава њихове међусобне спорове (нормативност); оно посједује институције путем којих се оне стварају, те институције које одлучују да ли су правила прекршена (институционалност); постоји облик гаранције у неком облику присилног механизма (гарантована присила), те да ли је право, уопштено посматрајући, погодно за испитивање и процјену концепта правде (својство праведности). Те типичне карактеристике међународног права зависе од друштвеног контекста, те су оквир у којем Јовановић испитује да ли их и у којем облику међународно право посједује. Друштвена пракса и развој из оквира права државе учинили су те карактеристике *очитим*, те је потребан само модификован модел који ће их апстраховати и учинити кохерентним. Тај модел, онда, можемо користити за објашњења и разумијевање феномена међународног права.

Анализирајући и испитујући елемент нормативности, Јовановић отвара два значајна проблема: за које норме међународног права можемо рећи да су валидне или које критерије треба да испуне како би се окарактерисале као: *ius cogens* – облигације које дјелују *erga omnes*; обичаји међународног права и, коначно, како оне престају бити дио међународног права. Друго питање нормативности односи се на тврдње неких аутора да право ствара разлоге за дјеловање на начин да искључује друге нормативне поретке. Јовановић критикује те поставке и сматра да је право само један од нормативних поредака, те да његова нормативност није ништа посебно. Односно, уводи идеју о релативној нормативности међународног права. То релативизовање нормативности као једне типичне карактеристике (међународног) права посљедица је напуштања априорних и нужних елемената, те увид у друштвену реалност конкуришућих нормативних поредака. Нормативност права, а тиме и међународног права, није нешто што само по себи чини нужном његову обавезност, а тиме не и нешто специфично везано само за право.

Право и према аналитичком приступу, по својим карактеристикама, укључује постојање институција које га стварају, које га примјењују/рјешавају спорове и институције које присилно гарантују његову примјену. Као парадигму, гдје су државе те које су учесници у процесу стварања, Јовановић анализира Уједињене нације као једног од креатора међународноправног поретка. Уз стварање иде и питање примјене и рјешавања међународноправних спорова. Несумњиво је велик пораст сталних (нпр. Међународни суд прав-

де, Међународни кривични суд) и *ad hoc* међународних судова и сталних и *ad hoc* међународних арбитража, као тијела која нужно: (1) да би га примијенила, препознају шта је то међународно право и (2) одлучују да ли је оно прекршено или није. Коначно, како је и Келзенова нормативна теорија права везала питање правне норме за санкцију, односно могућност присиле у случају њеног кршења, нужно је и у међународном праву испитати да ли она постоји и како се манифестује. Уколико и постоји присила, она се не манифестује кроз типичне карактеристике које налазимо у националном праву. Погрешно би било и тврдити да постоји само један облик присиле као облика гаранције норме јер је и она, као и право, људски артефакт и овиси о начину на који ће он бити креиран. Ако је први појавни облик била правна санкција, није нужно да она буде и једини. Односно, могуће је замислити друге облике присиле специфично везане за међународно право. Занимљиво, Јовановић уводи, а што се већ издвојило као дио друштвене праксе, искључивање као облик санкционисања кршења међународноправних норми или, прецизније, ускраћивање међународноправног актера (тј. непослушника или кршитеља норме) користи друштвене кооперације и чланства.

Коначно, фрагментација међународног права у погледу креатора и извора нужно не мора значити лошу одлику, већ *једноставно* одлику међународног права. У примјени права, показало се, да међународни трибунали поступају са претпоставком да је међународно право кохерентан нормативни поредак, те да мноштво извора, у ствари, омогућава различита интерпретативна средства која би се могла примијенити приликом рјешавања спорова. Занимљиво, као један идеални елемент, Јовановић уводи и идеју да међународно право има специфичну карактеристику „прилагодљивости“ идеје правде. Можда би било прецизније одређење да међународно право служи концепту правде, као једном идеалном елементу. Но тај идеал правде, сматрам, не смије се посматрати ван мреже значења међународноправног поретка. Оквир значења је постављен, само треба одредити садржај.

Јовановићева књига је сигурно прва која се не бави филозофскоправним испитивањима међународног права у савременој филозофији права. Пошто је прва, не постоје друге с којима бих је могао упоредити као цјелину. Његов приступ чини мале, али значајне кораке. Полази од познатог, прилагођава га и отвара простор за проучавање других значајних феномена права. Његов приступ није револуционаран, већ еволутиван. Он не руши постојеће оквире, већ их унапређује. Неко би рекао: иде сигурним путем. Но, право говорећи, није ни потребно. Већ су задати оквири солидна основа,

само треба уклонити идеје које оптерећују метод и увести нове, те модификовати постојеће. У коначници, то нам управо и доказује да је међународно право, по својој природи, управо право.

#### ЛИТЕРАТУРА (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.