



Novosadska
Asocijacija za
Teoriju
Etiku i
Filozofiju prava

Američka jurisprudencija XX veka

**Prof. dr Gordana Vukadinović i prof. dr Agneš Kartag–Odri
urednici**

Novi Sad, 2006

Izdavač

Novosadska asocijacija za teoriju, etiku i filozofiju prava

Urednici

Prof. dr Gordana Vukadinović

Prof. dr Agneš Kartag–Odri

Redakcioni odbor

1. Prof. dr Gordana Vukadinović, Novi Sad, Srbija

2. Prof. dr Agneš Kartag–Odri, Novi Sad, Srbija

3. Prof. dr Duško Vrban, Osijek, Hrvatska

4. Prof. dr Sergej Flere, Maribor, Slovenija

5. Prof. dr Dragan M. Mitrović, Beograd, Srbija

Tehnički sekretari

1. Mr Biljana Knežević

2. Mr Gordana Mitrović

3. Marko Božić

Menadžer za odnose sa javnošću

Prof. Branko Tucakov

Design i kompjuterska obrada teksta

ing. Vladimir Vatić, Predrag Rakić

Štampa

Krimel, Budisava

Tiraž: 300

Izdavanje ove knjige podržali su:

1. Američka ambasada



2. Izvršno veće AP Vojvodine

3. Opština Sremski Karlovci

Generalni sponzor

SIM doo, Novi Sad, Branka Bajića 10



Sponzor

KONZUL doo, Stevana Musića 1

Otvaranje Skupa

Prof. dr Gordana Vukadinović

Drage kolegice i kolege,
Gospođe i gospodo,
Poštovani gosti iz inostranstva,

Imam izuzetnu čast i zadovoljstvo da u ime organizatora Novosadske asocijacije za teoriju, etiku i filozofiju prava otvorim skup *Američka jurisprudencija XX veka*.

Želim Vam svima, u ime naše Asocijacije, poželeti dobrodošlicu i prijatan boravak u Sremskim Karlovcima, uspeh u radu i dobro i radosno raspoloženje.

Kolegice i kolege,
dozvolite mi sada da sa mesta predsedavajućeg predstavim Radno predsedništvo:

dr Mira Gur-Arie direktorka za Međunarodne sudske odnose pri Federalnom sudskom centru u Vašingtonu – D.C.,

Akademik prof. **dr Aleksandar Fira**,

dr Duško Vrban, profesor na Pravnom fakultetu u Osijeku, Hrvatska,

dr Agneš Kartag-Odri, profesor na Pravnom fakultetu u Novom Sadu, i

dr Gordana Vukadinović, predsednik Novosadske asocijacije za teoriju, etiku i filozofiju prava, profesor na Pravnom fakultetu u Novom Sadu.

Molim članove Radnog predsedništva da zauzmu svoja mesta.

Nije slučajno i nije bez razloga da se ovaj skup održava baš u Sremskim Karlovcima, u mestu koje je bilo centar srpske duhovnosti kroz dugi istorijski period. Razlog više je i činjenica da se moderna srpska pravna i politička misao začela baš na ovom vojvođanskom tlu.

Istovremeno i nije bez razloga što se pod pokroviteljstvom novoosnovane *Novosadske asocijacije za teoriju, etiku i filozofiju prava* održava ovaj skup. Naime, pre više od jedne decenije započela su pojedinačna istraživanja iz oblasti

američke jurisprudencije, da bi kasnije ona prerasla u osmišljen, celovit istraživački zadatak, prevashodno u okviru poslediplomskih studija. U tim okvirima, dozvolite da navedem samo neke od rezultata: odbranjene su dve magistarske teze iz ove oblasti, a u završnoj fazi nalazi se i treća. U toku je doktorski rad posvećen iusnaturalističkoj teoriji u Americi. Pored toga, osnovni pravci razvoja američke jurisprudencije prikazani su u udžbeničkoj literaturi iz *Teorije prava* (za studente prve godine Pravnog fakulteta). Potom štampana je i monografija *Pravna misao XX veka* u kojoj je značajan deo posvećen Dž. Rolsu, R. Dvorkinu, L. Fuleru, Dž. Finisu i R. Paundu velikanima pravne misli SAD. Sada je u pripremi i posebna monografija, autor prof. dr Agneš Kartag-Odri, o delu američke jurisprudencije, mislim na feminističku jurisprudenciju.

Želim da kažem, ako dozvolite da to učinim u ime svih učesnika, koliko smo presrećni da imamo ovu mogućnost da prikažemo naša dugogodišnja istraživanja. Nadam se da će ovaj projekt biti samo stepenica dalje u našim ispitivanjima američke jurisprudencije. Dakle, mi vezani za *Novosadsku asocijaciju za teoriju, etiku i filozofiju prava* pravimo planove za dalji rad, i uz Vašu pomoć bolje ćemo i uspešnije realizovati te planove, kao na primer štampanje zbornika sa ovog Skupa.

Danas smo se okupili u ovom predivnom zdanju Karlovačke gimnazije, u imponantnom broju, iz pet zemalja, da saopštimo naše rezultate, da razmenimo iskustva sa šireg geografskog područja o savremenoj američkoj jurisprudenciji u cilju zajedničkog nastavljanja i proširivanja ove naše aktivnosti i na druge oblasti, recimo pravnu etiku. Ovaj naš rad biće dostupan široj javnosti u knjigama *Američka jurisprudencija XX veka*, koje ćemo štampati na srpskom i engleskom jeziku.

Svega ovoga ne bi bilo bez generalnog pokrovitelja američke ambasade u Beogradu, kao i generalnog sponzora preduzeća "SIM" iz Sremskih Karlovaca, podrške pokrajinske vlasti iz Izvršnog veća Autonomne pokrajine Vojvodine, Karlovačke gimnazije gde se sada nalazimo, naših domaćina u ovom divnom mestu – skupštine opštine Sremski Karlovci. U ime organizatora našeg udruženja NATEF-a i u svoje lično ime svima Vam mnogo hvala.

Na samom početku želim da istaknem da je broj onih koji su se odazvali samo ona grupa učesnika koja je sve svoje poslove ostavila po strani, rešila sve druge probleme, i došla da bude sa nama u Sremskim Karlovcima.

Sada ću zamoliti gospodina **Džon Džonsona**, kulturnog atašea Američke ambasade u Beogradu da se obrati skupu.

Pozdravna reč

*Gospodin Džon Džonson ataše za kulturu
Ambasade Sjedinjenih Američkih Država u Beogradu*

Dobro jutro!

Čast mi je da budem sa vama.

Neću sada govoriti o američkoj jurisprudenciji, pogotovo ne u prisustvu tako eminentnih pravnih stručnjaka. Prvo, moram da kažem da imam zadovoljstvo da sam u prilici da učestvujem na ovoj Konferenciji i što smo bili u mogućnosti da dovedemo dr Miru Gur-Arie direktorku za Međunarodne sudske odnose pri Federalnom Sudskom Centru, u Vašingtonu D.C. da učestvuje zajedno sa nama u radu ovog Skupa.

Kao što je već rečeno, nadamo se da je ovo prvi korak u našoj saradnji. Takođe, želim da izrazim zadovoljstvo, i veoma mi je drago da vidim toliko ljudi iz zemalja bivše Jugoslavije koji su došli da izlože i kompetentno razmene svoje stavove o ovako važnoj temi, kao što je *Američka jurisprudencija XX veka*.

Hvala vam mnogo na pozivu da dođem i unapred se radujem šta ću čuti u saopštenjima referenata ovoga jutra.

Hvala.

Hvala gospodinu **Džon Džonsonu** i Američkoj Ambasadi koja nam je pomogla – od samog začetka ideje do danas – da ostvarimo ovako važan i značajan naučni skup.

A sada, kako vreme odmiče, ne bih htela dugo da zadržavam vašu pažnju. Znam da ste nestrpljivi da čujete reč našeg glavnog i uvaženog gosta dr Mire Gur-Arie.

Molim vas, gospođo Gur-Arie izvolite!

I

O američkoj jurisprudenciji

1. Dr Mira Gur-Arie
Vašington – D.C.
Američka jurisprudencija u trećem milenijumu
2. Prof. dr Gordana Vukadinović
Pravni fakultet, Novi Sad
Savremena američka jurisprudencija i naša teorija prava na početku XXI veka
3. Prof. dr Agneš Kartag-Odri
Pravni fakultet, Novi Sad
Nove perspektive u američkoj pravnoj teoriji

1. Dr Mira Gur-Arie*

Vašington – D.C.

AMERIČKA JURISPRUDENCIJA U TREĆEM MILENIJUMU – KOMENTARI –

Moji komentari će se odnositi na trenutne trendove u Američkoj jurisprudenciji, ili tačnije, "Jurisprudenciju u Sjedinjenim Američkim Državama u trećem milenijumu." Iako se diskusije povodom filozofije prava uglavnom vode u krugu profesora pravne teorije, debata o, kako je možemo nazvati, "primenjenoj jurisprudenciji" – principi tumačenja koje sudije koriste u odlučivanju slučajeva – zauzimaju mnogo stranica objavljenih sudskih odluka tokom poslednjih 200 godina i predstavljaju temu sa znatnim odjekom u današnjem američkom društvu.

Jurisprudencija se bavi suštinom aktivnosti sudija u SAD, procesom tumačenja Ustava i zakonskog teksta i primenom pravnih načela na činjenična pitanja. Jurisprudencija takođe ukazuje na shvatanja u pogledu uloge, institucionalne nadležnosti i odgovornosti sudova u okviru ustava SAD. Kako se od sudija u SAD traži da rešavaju pitanja od tako fundamentalnog značaja za društvo, uključujući domet i zaštite odgovarajućih individualnih prava, pravna teorija umnogome pruža intelektualnu osnovu za vladavinu prava.

Početak trećeg milenijuma u SAD obeležile su sve izraženije i oštrije javne debate vezane za ulogu sudstva, izazove u vršenju sudske vlasti, i neslaganja oko odgovarajućeg sadržaja procesa sudskog tumačenja. Ovo naglašeno interesovanje delom je rezultat značaja mnogih pitanja u okviru sudske revizije proteklih nekoliko godina i kontroverze tim povodom, uključujući ovlašćenja izvršne vlasti tokom rata, prava manjina i verske slobode. Debata povodom odgovarajuće uloge sudova i pravila tumačenja koja bi trebalo da usmeravaju "američku" juris-

* Mira Gur-Arie je direktorka za Međunarodne sudske odnose pri Federalnom sudskom centru, u Vašingtonu – D.C. Stavovi koji su izneti u ovom radu su autorovi i ne treba ih pripisivati Centru.

prudenciju, prisutna je ne samo u akademskim krugovima, već takođe i u tekstovima sudskih odluka, u kuloarima Kongresa, na novinskim stranicama i, sve učestalije, na internet stranicama. Ovo je period jurisprudencije u stanju promene.

Ovaj rad je pokušaj opisa stanja stalnih promena, prvo pružajući kratak istorijski pregled, a potom komentarišući savremene primere ovog jurisprudencijskog diskursa, kako su to formulisali vodeći naučnici i sudije Vrhovnog suda SAD. Trenutna polarizacija u američkoj pravosudnoj filozofiji, iako sada možda donekle izraženija nego ranije, odražava centralni značaj pravne teorije (i pravosuđa) za američku demokratiju.

Istorijski kontekst

U Sjedinjenim Američkim Državama, suštinski odnos između jurisprudencije i sudske vlasti potiče iz nastojanja ustavotvoraca da reše, ili bar ublaže tenzije između sudske nezavisnosti i odgovornosti. Opšta struktura američkog pravnog sistema i metod sudskog prava (Common Law method) dobro su poznati. Ustav SAD obezbeđuje značajnu ulogu pravosuđa. On postavlja institucionalni okvir za donošenje zakona od strane zakonodavstva i primenjuje od strane egzekutive. Pravosuđe je ovlašćeno da tumači zakone.

Ustavotvorci su ciljano stvorili jedno snažno i nezavisno pravosuđe, isključivi prethodno arbitrarnu i autoritarnu vladavinu kralja Engleske, vladavinu koja je obuhvatala politički uticaj na kolonijalno sudstvo. Oni su smatrali da je snažno pravosuđe suštinski bitno da bi se zaštitila lična sloboda od državne vlasti i stvorilo sistem upravljanja koji štiti sudski postupak od spoljašnjih uticaja. Ustav obezbeđuje federalnim sudijama stalnost i zabranjuje bilo kakvo smanjenje njihovih plata.

Pa ipak, od najranijih dana američkog kolonijalnog perioda do danas, priroda i granice ovlašćenja sudstva tema su mnogih rasprava. Nedugo pošto je Ustav ratifikovan, Vrhovni sud SAD u zloglasnom slučaju *Marberi protiv Medisona* (*Marbury v. Madison*) tumačio je Ustav u smislu davanja sudovima ovlašćenja i obaveze da proglasi ništavim i pravno nevažećim akt Kongresa koji nije u skladu sa Ustavom. Ovo rano tumačenje Ustava od strane predsednika Vrhovnog suda Džona Maršala (John Marshall) postavilo je teoriju sudske revizije i prošlo američku istoriju pravosuđa dugotrajnim žigom kontroverznosti i istaklo potrebu za formulisanjem jedne koherentne jurisprudencije.

Suština ove kontroverze izražena je kao "antivećinska dilema" – moralna ispravnost neizabranih službenika (sudija) da preispituju i preinače postupke demokratski izabrane zakonodavne grane. Jurisprudencija u SAD se primenjuje uz nastojanje da se odgovori na dilemu povodom snažne uloge pravosuđa što je zapravo nastojanje da se u sudski postupak uvede metodologija principijelnosti i sačuva ga od prerastanja u sudsku prevlast.

Škole američke jurisprudencije: Koje su aktivnosti sudija?

Izazov američke jurisprudencije jeste da se odgovori na pitanje legitimnosti – da se pokaže da pravni ishodi mogu biti objektivno pravični, da su osnove prava nepristrasne i da ne odražavaju arbitrarnu volju pojedinačnih sudija. Jurisprudencija na mnogo načina predstavlja kompenzaciju za široka ovlašćenja za sudsku reviziju pružajući objašnjenje pravnog postupka i izvora pravnih načela.

Iako postoje različite škole američke jurisprudencije, postoje i mnoga preklapanja sa sukcesivnim teorijama koje pozajmljuju odsvojih prethodnica ili reaguju na njih. Teoretičari prirodnog prava za polaznu tačku postavljaju da se pravo temelji na moralnoj istini. Ova moralna zasnovanost, oslobođena subjektivnosti i političkih hirova, smatra se da obezbeđuje legitimnost pravnim načelima. Kritičari jurisprudencije zasnovane na prirodnom pravu ukazuju na odsustvo konsenzusa povodom značenja prirodnog prava i sadržaja moralnosti. Pružajući odgovor na ovu dilemu, pravni pozitivizam usvaja sekularnu pravnu nauku koja je zasnovana na jasno formulisanim i neutralnim pravilima i načelima. Kritičari pravnog pozitivizma zauzvrat tvrde ne samo da ne postoji jedinstven, empirijski odbranljiv sudski metod, već da pravila odvojena od normativne osnove mogu dovesti do društveno neopravdanih rezultata i lišiti pravo moralnog značenja. Bez moralne osnove pravo je lišeno autoriteta.

Jedan od najpoznatijih kritičara shvatanja objektivnih pravnih principa bio je sudija vrhovnog suda Oliver Vendel Holms (Oliver Wendell Holmes). Holms je opširno pisao o subjektivnim uticajima pojedinačnih sudija. Sudije rešavaju teške slučajeve balansirajući interese u potrazi za "najboljim" rešenjem. Sudije ne otkrivaju pravne principe; oni stvaraju pravo donoseći zaključke koji u svojoj suštini odražavaju sudijine lične preference.

Pokret teorije pravnog procesa, koji se najčešće dovodi u vezu sa teoretičarem Lonom Fulerom (Lon Fuller), zagovara tezu da se pravo rukovodi razumom, a ne božanskom voljom i ovaj razum se odražava u transparentnom i je-

dinstveno primenjenom metodu analize slučaja. Pravni metod se koristi da bi se realizovali moralno opravdani ciljevi. Umesto da nameću subjektivne vrednosti, sudije prate osmišljen i transparentan proces tumačenja, skromno, postupno i sa institucijalnom pažnjom.

Šezdesete godine prošlog veka bile su period društvenih promena u Sjedinjenim Američkim Državama. Te promene obeležilo je traganje za socijalnom pravdom kao i skepticizam povodom legitimnosti državne vlasti. Metod procesne teorije kritikovan je kao isuviše formalističan i nerealno odvojen od konteksta. Pravnici su vršili pritisak na sudski sistem da ispravi društvene nepravde. Presude Vrhovnog suda tokom mandata predsednika suda Erla Vorena (Earl Warren) ulile su pojedinim građanima veru u sposobnost sudova da omoguće političke i društvene reforme i postignu pravdu – gledište koje predstavlja osnove američkog liberalizma. Međutim, za druge presude Vorenovog suda u slučajevima koji uključuju prava manjina i okrivljene u krivičnom postupku predstavile su američku jurisprudenciju u najgorem svetlu, sa sudijama podstaknutim da deluju kao Platonovi čuvari i prekoračuju svoja ustavom utvrđena ovlašćenja.

Liberalna tradicija Vorenovog suda pronašla je dalji filozofski izraz u pokretu nazvanom "živi Ustav", teoriju ustavnog tumačenja koja "dolazi do značenja iz evoluirajućih standarda čestitosti koja obeležavaju napredak društva koje sazreva, (Trup protiv Dalsa (*Troop v. Dulles*) (1958). Ova jurisprudencija se najčešće povezuje sa pokojnim sudijom Vrhovnog suda Viljamom Brenanom (William Brennan). Sudija Brennan je smatrao da je Ustav organski, živi dokument, koji treba tumačiti fleksibilno i koji bi trebalo da reaguje na savremene društvene uslove i običaje. Za jurisprudenciju "živog Ustava" centralno je shvatanje o ljudskom dostojanstvu. Ustavne odredbe treba tumačiti u pravcu očuvanja ovog dostojanstva i promovisanja egalitarnih vrednosti.

Nedavno penzionisana sudija Vrhovnog suda Sandra Dej O'Konor (Day O'Connor) i sudija Entoni Kenedi (Antony Kennedy) ne formulišu svoj metod tumačenja u smislu "živog Ustava." Njihov sudski metod je pažljiviji i suženiji, koji rešava slučajeve po principu slučaj-po-slučaj bez jasne doktrinarne jurisprudencije. Međutim, oni su prihvatili i jurisprudenciju koji se svodi na probleme i odbacili shvatanje o procesu tumačenja ograničenom na nejasan i oskudan jezik Ustava.

Pokret "Ustav u izgnanstvu" je delimično osnovan kao reakcija na primetna prekoračenja ere Vorenovog suda i na jurisprudenciju "aktivista" koja je usledila, zagovarana od strane pobornika "živog Ustava." Pripadnici ove škole smatraju da Ustav treba da bude striktno osmišljen, a da proces tumačenja treba

ograničiti na originalno značenje teksta iz 18. veka, sa jezikom i naredbama tumačenim onako kako bi ih tumačili ustavotvorci. Zagovornici originalizma su skeptični povodom ustavnih prava koja nisu eksplicitno izražena u tekstu dokumenta. Protive se "liberalnim" tumačenjima Ustava koja zahtevaju široko tumačenje jednakosti pred zakonom i zagovaraju ograničenu sudsku ulogu koja isključuje mogućnost "tumačenja" nejasnih ustavnih odredbi.

Ova američka tradicija pravnih škola – teorije, kriticke, suprotnih teorija – nastavila se i u drugoj polovini 20. veka, sa pokretom Kritičke pravne studije (Critical Legal Studies), feminističkom teorijom i kritičkom rasnom teorijom dovodeći u pitanje proces i legitimnost sudskog tumačenja. Imajući svoje korene u postmodernističkoj teoriji tumačenja, ove škole jurisprudencije tvrde da pravna načela reflektuju odnose moći u društvu. Pravo nije ništa drugo do odraz politike, a proces tumačenja koji sudije primenjuju nije moguće za neutralno i nenormativno sprovesti. U krajnjoj tački, postmodernistička pravna teorija iskušava određenost pravnog značenja i ukazuje na to da pravno zaključivanje zavisi od uverenja onoga ko odlučuje.

Američka jurisprudencija XXI veka: stanje stalnih promena

Počela sam svoje komentare sa napomenom da je američka jurisprudencija 21. veka promenljiva. Ovaj kratak istorijski prikaz ukazuje da ovakvo "stanje" nije ograničeno na savremeno doba već možda karakteristično za tražnje za pravnom teorijom u Sjedinjenim Američkim Državama. Pa ipak, u ovim ranim godinama trećeg milenijuma, promene u jurisprudenciji otkrivaju neobično pojačanu tenziju, ne samo povodom sadržaja sudskog tumačenja, već takođe povodom legitimnosti i uloge sudskog procesa. Metod sudskog prava zahteva od sudija da primenjuju pravne principe traže u precedentima, odlukama drugih sudova Sjedinjenih Američkih Država. Tokom poslednjih pola veka, zakoni su dobili bitnu ulogu u sudskom procesu presuđivanja, pokrivajući široka i raznolika pitanja poput zaštite životne sredine i jednakosti pred zakonom. Jedan od najizazovnijih i najtežih zadataka za sudiju u SAD jeste tumačenje često nejasnih odredbi zakona.

Američke sudije takođe konsultuju radove iz oblasti pravne nauke – pravne članke, knjige i pravne studije. Iako se sistem pravnog obrazovanja u Sjedinjenim Američkim Državama i dalje fokusira na metod slučajeva, gde se od studenata zahteva da čitaju sudska mišljenja, analiziraju činjenice, i sakupljaju

pravna načela iz sudskog zaključivanja, mnogi predmeti na pravnim fakultetima uključuju pravne studije kao obaveznu literaturu za studente prava. Ovo posebno važi za najteži i najzahtevniji od svih predmeta na prvoj godini prava, ustavno pravo.

Lorens Trajb (Lawrence Tribe) jedan je od najpoznatijih poznavalaca ustavnog prava u Sjedinjenim Američkim Državama. Predaje na Univerzitetu Harvard, a zastupao je u preko 30 slučajeva pred Vrhovnim sudom. Najpoznatiji njegov slučaj je bio 2002. godine Buš protiv Gora (*Bush v. Gore*) kada je bio na strani koja je izgubila parnicu. Izvorni tekst profesora Trajba, *American Constitutional Law* (Američko Ustavno Pravo), vodeća moderna sinteza američke ustavne doktrine, prvi put objavljena 1978., obavezna je literatura za mnoge generacije studenata prava. Profesor Trajb je objavio drugo izdanje svog rada 1988. i prvi tom trećeg izdanja 1999.

Profesor Trajb je odlučio da ne završi drugi tom trećeg izdanja, deo koji se odnosi na lična prava. Aprila 2005. godine, u pismu predsedniku Vrhovnog suda Stivenu Brejeru (Stephen Breyer), koje je potom objavljeno, profesor Trajb je objasnio tu svoju odluku. Trajb je tom prilikom napisao da sada nije stabilno vreme za američku jurisprudenciju. Skorašnje sudske presude obeležene su brzo promenjivim i supaničkim teorijama ustavnog tumačenja iz kojih ne proističe nikakav organizacioni princip. Trajb navodi, "konflikt povodom osnovnih ustavnih premisa danas je na vrhuncu", a "nacrt američkog ustavnog prava je možda procesu promene."

Trajb je zaključio da je američka jurisprudencija u stanju stalnih promena. U prilog njegovom stavu, Trajb je naveo raspravu među sudijama koja se tiče upotrebe međunarodnog i stranog prava u sudskim odlukama, kao i diskusiju gde se pojavilo većinsko i oprečno mišljenje povodom značenja ustavne odredbe o sekularnoj državi, i druga sporna pitanja ustavnog tumačenja.

Odluka Trajb da ne menja svoju studiju ukazuje na otežane okolnosti u kojima se našla američka jurisprudencija, mnoga pitanja koja su sada predstavljena Vrhovnom sudu nemaju objektivno tačne i pogrešne odgovore. Takođe, mnogi od težih slučajeva se odlučuju u odnosu glasova 5:4, ponekad samo sa jednim sudijom koji utiče na konačan ishod ne samo u konkretnom slučaju, već i u čitavom jurisprudencijskom pristupu značajnim oblastima ustavnog prava. Dobijanje većine za određenu sudsku odluku često podrazumeva kompromis: kako osmisliti presudu koja će ubediti suprotnu stranu da se priključi većini. Dok ovo čini uspešnu sudsku politiku, dotle umetnost sudskog kompromisa može voditi restriktivno formulisanim odlukama, tj. dispozitivima. Mnoga od novijih

većinskih sudskih mišljenja su primeri sudskog minimalizma, odluke sa ograničenim odjekom izvan moguće rasprave. Međutim, u oprečnim mišljenjima sudija u saglasnosti sa presudom protiv nje prisutno je oživljavanje debate povodom jurisprudencije, debate koja otkriva veoma različita shvatanja uloge i odgovornosti sudskog procesa.

Tekstualizam vs. Aktivne Slobode

Dilema povodom doktrine na koju se Trajb osvrće sažeta je u suparničkim pravnim filozofijama sudija Vrhovnog suda Antonina Skalije (Scalia) i Stivena Brejera. Sudija Scalia je možda najpoznatiji predstavnik jurisprudencijske teorije tekstualizma. Po ovoj doktrini, prilikom odlučivanja o ustavnim pitanjima, sudije moraju da imaju u vidu "prvobitnu nameru" izraženu jezikom Ustava. Savremena ustavna pitanja treba rešavati tumačeći tekst Ustava kako bi ga shvatila razumna osoba 1787. god. Ova teorija je odgovor na antivećinsku dilemu: devet neizabranih službenika (sudija) koji donose odluke koje utiču na društveni poredak ne bi smeli da nameću svoju ličnu volju. Sudije su ograničene jezikom onog dokumenta koji ih ovlašćuje: Ustavom Sjedinjenih Američkih Država. Sudija Scalia, govoreći na konferenciji pre nekoliko meseci, izrazio je svoj negativan stav prema sudskom aktivizmu i elastičnijoj teoriji ustavnog tumačenja: "Čovek mora biti malouman da bi poverovao da... Ustav nije živi organizam – on je živi dokument. On nešto otkriva, a nešto ne."

Zagovornici tekstualizma često kritikuju "sudije aktiviste" koji "sude sa druge strane", uzurpirajući autoritet izabranih sudija, i iz ustavnog teksta "izvlače" prava i zaštite koje nisu evidentne iz samog jezika dokumenta. Tekstualizam ukazuje da sudska nadležnost u sferi ustavnog prava treba da je ograničena na pravna pitanja koja je moguće rešiti na osnovu samog jezika Ustava. Pravna pitanja koja obuhvataju društvenu politiku ili odmeravanje suparničkih normi su isključivo domen politike: Kongresa, demokratski izabranih predstavnika naroda.

Knjiga sudije Scalia, *A Matter of Interpretation* (Stvar tumačenja), objavljena 1997. uključuje radove njegovih kritičara, među njima profesora Trajba, koji se oštro suprotstavlja jurisprudenciji sudije Scalia. Trajb citira Ronalda Dworkina (Ronald Dworkin), istaknutog američkog pravnog teoretičara, koji kaže, "Svi smo mi originalisti", misleći da tekst Ustava zaista treba da bude polazna osnova američke jurisprudencije. Dworkin, međutim, smatra da sudije ne treba da posmatraju ono što su ustavotvorci nameravali da urade, već ono što

su nameravali da kažu. Upravo su vrednosti koje su u osnovi Ustava one koje treba da određuju značenje odgovarajućih ustavnih odredbi.

Trajb, nasuprot tome, smatra da ono što su ustavotvorci nameravali nije određujuće. Njegova jurisprudencija je fleksibilnija, koja informaciju traži u ciljevima utemeljenim u osnovi Ustava – jedan pravičan sistem vlasti koji daje odgovore. Trajb piše: "Da bi se sprečilo da zadatak tumačenja preraste u nametanje ličnih nastojanja ili vrednosti pod prividom ustavne egzegeze, moramo priznati koliko je taj zadatak težak." Sudije treba da se rukovode "kanonima nepristrasnosti i samosvesne poniznosti". Trajb je skeptičan u pogledu postojanja konačnog skupa pravnih pravila. Umesto toga, sudski je proces određen "pronajljivošću i perspektivom" koje ograničava sudska umerenost.

Drugi kritičari tekstualizma, uključujući Kasa Sanstajna (Cass Sunstein), uvaženog profesora prava sa Univerziteta u Čikagu, tvrde da ova teorija postaje upravo ono što osuđuje: subjektivnost tumačenja. Možda pokušaji da se razluče mišljenja ustavotvoraca od ustavnog teksta mogu omogućiti neki dokaz o "prvobitnom značenju," ali ne može utvrditi značenje u konačnom smislu. Ne postoji nužno slaganje povodom toga šta originalno značenje obuhvata, niti ono postoji u pogledu isorijskih izvora koje treba konsultovati. Profesor Sanstajn tvrdi da tekstualizam ispravno savetuje da se posmatra tekst Ustava u potrazi za "disciplinom u sudskoj diskreciji", ali ukazuje da se ovo može činiti bez obavezanosti 200-godišnjim tumačenjem i kontekstom koji nije u mogućnosti da obuhvati savremene probleme i stvarnosti. Sunstein ističe da su mnoge od "originalnih misli" ustavotvoraca same po sebi neprihvatljive u današnjem vremenu, uključujući i one koje se tiču rase i pola.

Godine 2005., sudija Stiven Brejer je objavio *Active Liberty* (Aktivna sloboda), raspravu o metodi tumačenja koji direktno govori o jurisprudenciji Brejerovog kolege, sudije Skalia. Brejer tvrdi da je malo verovatno da su autori Ustava imali definitivan stav. On piše: "Zašto bi se ustavotvorci koji se nisu slagali povodom potrebe uključivanja Povelje o pravima, koji su se razilazili u mišljenjima povodom sadržaja te Povelje, uprkos svemu složili u pogledu škole tumačenja koju bi trebalo koristiti za tumačenje Ustava?" Metod tumačenja tekstualizma ostavlja dovoljno prostora subjektivnosti i ne uspeva da stvori jasna pravila tumačenja. Brejer primećuje da slučajevi odlučeni u skladu sa ovom metodologijom mogu imati loše posledice – kao što ukazuje i profesor Sanstajn. Tekstualizam, po mišljenju Brejera nije prihvatljiva jurisprudencija.

Brejer ne nudi teoriju tumačenja *per se*, u knjizi *Aktivna sloboda*. Naprotiv, on objašnjava da nijedna teorija neće pogoditi pravo značenje Ustava. Ume-

sto da tragaju za teorijom, sudije treba da traže principe koji oživljavaju Ustav. Ustav treba čitati u svetlu njegovih dalekosežnih ciljeva: stvaranja i očuvanja participativnog demokratskog društva. Sudije su obavezne da koriste načela koja će najefektivnije realizovati fundamentalne vrednosti koje su utemeljene u Ustavu: demokratsku samoupravu. Oni treba "da obrate pažnju na posledice i da teže donošenju odluka koje će omogućiti bolje funkcionisanje države". Kako je proces ustavnog tumačenja inherentno subjektivan, ovaj proces je siguran tek ukoliko se primenjuje skromno, obazrivo i sa naglaskom na demokratske vrednosti.

Nastavak promena: skori primeri

Rasprava povodom jurisprudencije, kao što komentari napred ilustruju, je i dalje prisutna u Sjedinjenim Američkim Državama. Zapravo, 22. marta 2006. ona se pojavila u slučaju pred Vrhovnim sudom. Činjenice slučaja Džordžija protiv Randolfa (*Georgia v. Randolph*) su jasne: ostavljena supruga gospodina Randolph-a dala je policiji dozvolu da pretraže njihov dom zbog dokaza o upotrebi droge. Gospodin Randolph, koji je bio prisutan u vreme pretresa, nedvosmisleno je odbio da dâ pristanak. Pronađen je kokain.

Prvostepeni sud je odbio zahtev gospodina Randolph-a da izuzme narkotike kao dokazno sredstvo zbog nezakonitog pretresa u skladu sa IV amandmanom. Drugostepeni sud države Džordžija preinačio je odluku prvostepenog suda i Vrhovni sud države Džordžija potvrdio je ovo preinačenje, smatraвши da je pretres bio nezakonit jer je vlasnik bio prisutan i odbio pristanak.

U presudi koju je napisao sudija Sauter (Souter), većina u Vrhovnom sudu potvrdila je odluku Vrhovnog suda države Džordžija, smatrajući da je konzistentna tema sudske jurisprudencije IV amandmana razumnost – u ovom slučaju, "veliki značaj koji se pridaje široko rasprostranjenim društvenim očekivanjima koja su pod uticajem, ali ne i kontrolom pravila imovinskog prava". Princip da je čovekova kuća njegova tvrđava je jedno od osnovnih društvenih pretpostavki, Sauter piše, i "sporna saglasnost ne može da se poredi sa ovom centralnom vrednošću".

Kako to često biva, jurisprudencijska rasprava odigrava se i među oprečnim mišljenjima sudija u koji su saglasni sa presudom i onih koji su protiv nje. Sudija Brejer napisao je saglasno mišljenje u kojem razrađuje metod tumačenja iznet u *Aktivnoj slobodi*. Brejer je zabeležio da IV amandman ne insistira na ja-

snim pravilima. "IV amandman pre priznaje da ni jedan jedinstven skup pravila ne može obuhvatiti večno promenjivu kompleksnost ljudskog života."

Sudija Stivens (Stevens) je takođe napisao saglasno mišljenje. U direktnoj kritici tekstualističke metodologije sudije Skalia, Stivens je primetio da kada bi sudski proces tumačenja bio sveden na cilj da se pronikne u shvatanja pravnika iz 18. veka, pristanak supruge ne bi ni bio uzet u razmatranje, pošto su prava žena u tom periodu retko uzimana u obzir. Prema Stivensu, ovo ilustruje ograničenja tekstualizma i značaj jurisprudencije koja priznaje promene u američkom društvu. Mišljenje sudije Skalia suprotstavilo se saglasnom mišljenju Stivensa, tvrdnjom da kritika sudije Stivensa meša "prvobitni značaj IV amandmana sa izvorima prava na koja se IV amandman, u svom originalnom značenju, odnosi". Dok je značenje ovog diskursa donekle nejasno, sâmo njegovo postojanje ilustruje intenzitet savremene američke rasprave povodom jurisprudencije, posebno zbog toga što utiče na tumačenje Ustava.

Kao što je u mojim komentarima i ranije pomenuto, rasprave povodom jurisprudencije dospale su na političku scenu, u nekim slučajevima, postajući deo popularne kulture. Jedan istaknut primer jeste praksa američkih sudova da navode sudske odluke međunarodnih i stranih sudova. Poslednjih godina, pojedine sudije Vrhovnog suda citirale su inostrane slučajeve ne kao obavezujuće precedente, već kao primere kako su drugi narodi rešili slična pravna pitanja. Ove sudije objašnjavaju da komparativna jurisprudencija može rasvetliti pravce moralne misli koji mogu pomoći sudovima SAD u borbi sa sve kompleksnijim pravnim pitanjima.

Postoje sudije, teoretičari i pravници praktičari koji podržavaju ili su ravnodušni pred takvom praksom; ni jedan sudija vrhovnog suda nije nikada izjavio da presude stranog suda mogu biti obavezujući precedenti za sud u SAD. Pa ipak, protivljenje je bilo jasno i izričito, možda iz razloga što su presude stranih sudova na koje se upućivalo uključivale posebno sporna pravna pitanja, kao što je egzekucija mentalno retardiranih osoba, maloletnika, pozitivna diskriminacija, i prava na privatnu sferu homoseksualaca.

Kritika ove prakse je dvojaka: prvo, da sve što treba da je važno u američkom sudu jeste pravo SAD i pravne vrednosti. Kao što je sudija Skalia rekao, on je sudija federalnog suda SAD, a ne suda u Evropi, Južnoj Africi ili drugde. Druga kritika glasi da se navođenje stranih sudskih odluka može selektivno primeniti da bi se opravdala sudijina lična nastojanja. Sudija Ričard (Richard) Posner, sudija Sedmog Okružnog apelacionog suda, 2004. godine je u časopisu *Legal Affairs* (Pravna pitanja) objavio članak pod naslovom "Ne hvala, mi već imamo

naše zakone”. Posner piše da sudski sistemi drugih zemalja imaju svoje jedinstvene istorije institucije i metode. Sudije SAD nisu upoznate sa tim kontekstom i stoga je njihovo citiranje stranih mišljenja i selektivno (oni citiraju strane presude koje im se dopadaju) i neodgovorno.

Kritika puni ne samo stranice pravnih časopisa, već i službene podatke Kongresa. 2004. godine Kongresu je predstavljen nacrt – Zakon o obnovi Ustava – koji je trebalo da zabrani Vrhovnom sudu da se oslanja na strano pravo u tumačenju Ustava. Ovo pitanje postalo je poziv za kritičare pravosuđa, one koji smatraju da duh i dela Vorenovog suda i dalje žive, sa sudijama aktivistima koji ugrožavaju američku demokratiju. U jednom govoru održanom prošle godine u Južnoj Africi, sudija Rut Bejder Ginsberg (Ruth Bader Ginsburg) otkrila je da su ona i sudija O’Konor bili izloženi pretnjama smrću preko interneta, pretnjama koje su citirale upućivanja ovih sudija na odluke stranih sudova.

Ova debata o relevantnosti stranog i međunarodnog prava na mnogo načina pogađa suštinu debate povodom jurisprudencije: ustavno tumačenje. Da li su sudije ograničenjima granicama Ustava i ”prvobitnom namerom” ustavotvoraca, ili je proces tumačenja dovoljno fleksibilan da dozvoli ne samo jurisprudenciju koja reaguje na promene u američkom društvu, već jurisprudenciju koja prevazilazi nacionalne granice.

Sjedinjene Američke Države su zemlja različitosti i nijansi, talište gde se ljudi različitog etničkog porekla, rase, religije, i vrednosti asimiliraju. Ne čudi, stoga, što ne samo da ne postoji jedinstvena američka jurisprudencija, već sto se nastavak rasprave o jurisprudenciji intenzivirao kako su podele u društvu postale istaknutije. Neki od nesporazuma povodom onoga što sudovi rade – što bi ili ne bi trebalo da rade – su rezultirali u antisudskom stavu, kao što je to bilo u slučaju pretnji prema sudijama Ginsberg i O’Konor. U državi Južna Dakota, sistem glasanja koji bi eliminisao sudski imunitet i podvrgao sudije odgovornosti za svoje presude prikupio je 40000 potpisa. Ovo je tek jedan primer popularnih izliva osuda u pogledu onoga što se smatra elitističkim sudstvom koje je prekoračilo ovlašćenja.

Da li je sudiji potrebna jurisprudencija?

Kaže se da slučajeve ne rešavaju teorije već sudije. Iako se metod tumačenja često osuđuje kao beznadežno pod uticajem ideologije, činjenica da sudije teže da zasnuju svoju jurisprudenciju na neutralnim principima tumačenja ukazuje da su svesni značaja transparentnog i legitimnog procesa.

Poslednjih godina, teoretičari pokušavaju da empirijski ustanove uticaj ideologije na sudski proces odlučivanja. Publikacija *Juricature* (Pravosuđe) objavila je niz članaka koji opisuju šablone glasanja među sudijama imenovanih od strane demokratskih i republikanskih predsednika, ukazujući na pravce i ističući primere kada se čini da pretpostavljena politička ideologija utiče na sudske odluke u različitim tipovima slučajeva (među njima preispitivanje regulativa životne sredine, prava iz radnog odnosa i krivične presude).

Nedavna studija objavljena u časopisu *Law & Society Review* (Pravo i društvo) ispitivala je presude Vrhovnog suda u slučajevima koji su uključivali sporove među sudskim okruzima (slučajevi u kojima su američki apelacioni sudovi došli do različitih zaključaka povodom istih pravnih pitanja). Studija je imala za cilj da ispita "uticaj jurisprudencijskog razmatranja procesa odlučivanja." Njeni autori nisu došli do konačnog odgovora na ovo pitanje, ali jesu zaključili: "Smatramo da je pravedno dati našim dokazima karakter pokazatelja da želja da se pronađu pravno valjana rešenja na pravna pitanja igra znatnu ulogu u procesu odlučivanja Vrhovnog suda."¹

Zaključak

Možda je poteškoću formulisanja američke jurisprudencije za 21. vek – poteškoća koju smo iskusili i u 18., 19. i 20. veku – treba pripisati kompleksnosti procesa odlučivanja u pravnim slučajevima. Od sudija se traži da rasprave složena pravna pitanja, često u kontekstu složenih činjenica. Njima na raspolaganju, u skladu sa sistemom sudskog prava (Common Law), ustanovljen je metodološki instrumentar: (i) obavezujući precedent (stare decisis); (ii) zaključivanje putem analogije; (iii) kanoni zakonske i ustavne konstrukcije; i (iv) institucionalna sposobnost.

Ispitujući ove instrumente, ističe se težina ovog poduhvata: postoje slučajevi bez dispozitivnih precedenata; kada precedent postoji, često je restriktivno napisan, ponekad odražavajući sudski kompromis koji je nastao iz potrebe da se pribavi većina. Zakoni mogu biti loše osmišljeni. Iako je ovaj nedostatak jasnoće možda slučajan, on takođe može da reflektuje politički kompromis zakonodavaca. Takođe, Ustav SAD je pun nejasnih i uopštenih formulacija. Ovaj osnivajući dokument je takođe potekao iz kompromisa.

¹ *Law & Society Review*, Vol. 40, No. 1 (2006). Linquist at 156-157.

Različiti načini na koje sudije koriste ovaj metodološki instrumentar proističu iz jurisprudencije, ponekad namerno, kao u slučaju sudije Scalia, a ponekad bez priznate ili načelne osnove. Jurisprudencija je pokušaj da se obezbedi jednoobrazan i jasan šablon za čin suđenja, šablon koji služi da obezbedi logičnost i legitimnost sudskog procesa. Ovu jednoobraznost je izuzetno teško postići, u velikoj meri jer je i sam proces često vrlo težak.

Dugotrajnost i intenzitet debate povodom jurisprudencije ukazuje da će pokušaji da se postigne koherentna filozofija sudske metodologije verovatno uključivati kompromis. Najprimetnija karakteristika nastojanja da se utvrdi američka jurisprudencija za treći milenijumje možda je upravo mera do koje je ova debata zaokupila ne samo sudije, pravnike, profesore prava i Kongres, već takođe i građane – one u čije ime je ovo traganje upravo i preduzeto.

2. Prof. dr Gordana Vukadinović

Pravni fakultet, Novi Sad

SAVREMENA AMERIČKA JURISPRUDENCIJA I NAŠA TEORIJA PRAVA NA POČETKU XXI VEKA

Sažetak: U savremenoj američkoj jurisprudenciji preovladavaju veoma različite i mnogobrojne orijentacije. Od nekoliko glavnih izdvajaju se: prirodno-pravna teorija, američki pravni realizam, Critical Legal Studies, pravo i ekonomija, pravo i literatura, feministička jurisprudencija i dr. Takođe i našu teoriju prava karakteriše mnoštvo pravaca, orijentacija i škola: prirodno-pravna, sociološka, integralistička itd. Pri tome prirodno-pravna teorija i u SAD i kod nas istakla je isti zahtev u pogledu "kvaliteta i kvantiteta" prava u cilju ostvarivanja vladavine prava (Rule of Law). Zatim, približavanje u kritičkom pristupu pravu, ali na različitim teorijsko-metodološkim osnovama nalazimo i u pokretu Critical Legal Studies i Kopaoničke škole prirodnog prava. Inicijativa i uticaji američke jurisprudencije na nas zapažaju se i u oblasti pravnog obrazovanja – na polju pravne etike.

Ključne reči: teorija prava, moral, pravo, prirodno pravo, pravna etika

I

Ako sagledamo u širim okvirima promene na teorijskom nivou sa uspostavljanjem konstitucionalnih temelja građanske epohe, one su dovele do izgradnje jedne nove epohalne slike sveta i moćnog razvitka pravne svesti. Ove promene usmerene su kako u sistemskom pogledu stvaranja prava, novih pravnih institucija, i njegove primene, tako i u pogledu razvitka pravne misli danas izražene kroz glavne tokove, nemačke, francuske, italijanske a, naročito, od druge polovine XX veka angloameričke pravne misli. S druge strane, ako hoćemo danas da ispitamo jedan segment, šta najmarkantnije obeležava savremenu američku jurisprudenciju, tj. koji su njeni glavni smerovi, uticaji koje ona vrši, ali i

trpi i zatim njen "susret" sa evropskom i unutar nje sa našom teorijsko-filozofskom pravnom mišlju u davanju odgovora na postavljena pitanja prvi i nužan korak je u "iscrtavanju" mape pravnih teorija, pravaca smerova koji obeležavaju savremenu američku jurisprudenciju na početku XXI veka.

Naša dugogodišnja istraživanja ukazuju na nekoliko dominantnih tokova u američkoj jurisprudenciji: prirodnopravna teorija, američki pravni realizam, Critical Legal Studies, pravo i ekonomija, pravo i literatura, komunitarizam, feministička jurisprudencija i dr.

Prirodnopravna teorija od antičkog doba, preko srednjeg veka, modernog doba do danas, ima svoju dvomilenijumsku postojanost i utemeljenje ne samo u evropskoj već i u američkoj filozofiji prava. Ona se izražava u dualitetu prava kao složenog i hijerarhijskog poretka čiji je sadržaj etički savršen (idealno) najčešće iskazan kao pravda ili opšte dobro. Načela prirodnog prava nadređena su u odnosu na pravila pozitivnog prava.¹ U sklopu američke jurisprudencije celovita shvatanja nalazimo, pre svega, u delima Džona Finisa i Lona Fullera.

Kako konstatuju mnogi autori *američki pravni realizam* nije bio ni koherentan intelektualni pokret i pravac, ni konzistentna teorija o pravu. On izražava više misaono opredeljenje nego jasan sistem načela, predstavlja više skup ponekad kontradiktornih koncepcija, nego strogi sklop metodoloških ili teorijskih postavki.² Početak pravnog realizma u Americi vezuje se za 1930. godinu, kada je Karl Levelin (Karl Llewellyn), profesor prava na Kolumbijskom univerzitetu, objavio članak pod naslovom *Realistička jurisprudencija – sledeća stepenica*, a sudija Džerom Frank (Jerome Frank) u knjizi *Pravo i moderno mišljenje* prvi put upotrebio naziv "pravni realizam".³ Teorijsko-metodološke izvore američkog pravnog realizma nalazimo u Holmsovom⁴ (Oliver Wendell Holmes) *pragmatizmu*,

¹ G.Vukadinović – R. Stepanov: *Teorija prava*, knj. I, Petrovaradin, 2001, 170-187.

² M.J. Horwitz: *The Transformation of American Law, 1870-1960*, Cambridge, Harvard, 1977, 169 i dalje.

³ K. Llewellyn: *A Realistic Jurisprudence – The Next Step*, *Columbia Law Review*, April 1930; J. Frank: *Law and the Modern Mind*, London, 1930.

⁴ Holms se najčešće određuje kao jedan od četvorice "očeva" *progresivne pravne misli*. Naime, u literaturi se ističe da razvoj američke pravne misli od 1870. do danas prolazi kroz šest karakterističnih faza. Prva faza obuhvata period od 1870. do poslednjih decenija XIX veka i označava se kao *klasična pravna misao*. Druga faza nazvana je *progresivna pravna misao*. Treća faza označena je kao *pravni realizam* i ona dominira od 30-tih godina XX veka. Četvrtu fazu, od sredine 50-tih godina, obeležava suprotstavljanje, negacija pravnog realizma – *antirealistički pravni pokret*. Peta faza naziva se *pravni procesi* ili *neutralni principi škola*

kao i u *sociolokoj jurisprudenciji* u celini, naročito kod najistaknutijeg predstavnika, Roska Paunda.

Širi okvir u kome je nastao i razvijao se američki pravni realizam bio je i realizam u filozofiji, koji je od 1930. godine postajao sve bogatiji po sadržaju, i "jači" u ličnostima. Ovaj pravac bio je "više plod kulturne krize", jedan proizvod američkog traganja za svojim intelektualnim i moralnim izvorima. Tako je počeo američki pravni realizam, da bi četrdesetih godina XX veka doživeo vrhunac u delima Karla Levelina, Džeroma Franka, Feliksa Koena (Felix S. Cohen), Viliama Dagleasa (William O. Douglas), Valtera Kuka (Walter W. Cook), Džona Greja (John Ch. Gray), Hesela Intema (Hessel Yntema) i dr.⁵ Među mnogobrojnim autorima koji su pripadali ovom pravcu neki su stvorili celovita dela o pravu uopšte (na primer Levelin, Frank, Koen), dok su se drugi zadržali na fragmentarnim priložima razvijajući ili objašnjavajući pojedine aspekte prava. I pored razlika među *dvadesetak* najznačajnijih autora, predstavnika ovog pravca, zajedničke karakteristike pravnog realizma sintetički, sažeto u devet tačaka dao je Levelin: "(1) Realisti shvataju pravo kao nešto promenljivo, a elemente promenljivosti vide u sudskom stvaranju prava. (2) Pravo je sredstvo za postizanje ciljeva, pa saglasno tome treba svaki deo prava sagledati sa stanovišta željenog cilja i posledica. (3) Društvo se brže menja od prava. (4) Realisti izdvajaju Kantovo *Sein* i *Sollen* i smatraju da treba razgraničiti i istraživanja. Razdvajanje nije konstantno već je ograničeno

pravne misli. Aktuelnu, šestu fazu obeležavaju *pokreti između pravnog realizma i pravnih procesa ili neutralnih principa* u koje se ubrajaju Ekonomska analiza prava i Critical Legal Studies, a među najznačajnijim predstavnicima dominiraju Ronald Dworkin (Ronald Dworkin) i Džon Rols (John Rawls). D. Kieso: *Legal Reasoning in the United States from 1870 to the Present*.

⁵ F. Cohen: Transcendental Nonsense and the Functional Approach, *Columbia Law Review*, No 6, June 1935, Vol. XXXV; W. Cook: Scientific Method and the Law, *American Bar Association Journal*, 1927; W. Douglas: Stare Decisis, *Columbia Law Review*, Vol 46, 1949; J. Gray: *The Nature and Sources of the Law*, New York, 1938; J. Frank: *Law and the Modern Mind*, London 1930; K. Llewellyn: Jurisprudence: Realism, *Theory in Practice*, Chicago, 1962; H. Yntema: American Legal Realism, in *Retrispect*, 14 *Vand Law Review*, 1960, 96.

Radovi o američkom pravnom realizmu: G. Casper: *Juristischer Realismus und Politische Theorie in Amerikanischen Rechtsdenken*, Berlin, 1967; H.W. Jones: Law and Morality in the Perspective of Legal Realism, *Columbia Law Review*, 1961; F. Michaut: Le rôle créateur du juge selon l'école de la "Sociological jurisprudence" et la règle de droit, *Révue Internationale de Droit Comparé*, 1987, No 2; G. Tarello: *Il Realismo Giuridico Americano*, Milano, 1962; W. Twining: *Karl N. Llewellyn and the Realistic Movement*, London, 1993.

na izučavanje činjenica. (5) Realisti nemaju poverenja u tradicionalne pojmove i pravne norme. Norme se shvataju kao generalizovano predviđanje o onome šta će uraditi sudovi. (6) Oni smatraju da formulisane norme nisu odličujuće za stvaranje sudske odluke, sudska odluka je za njih racionalizacija *a priori*. (7) Za razliku od tradicionalne teorije zalažu se za grupisanje slučajeva i situacija u uže kategorije i vrste. (8) Naglašavaju nužnost vrednovanja svakog dela prava u odnosu na posledice i istražuju posledice. (9) Svaki problem prava mora se analizirati u skladu sa ovim prethodnim tačkama”⁶.

Izvesno, američki pravni realizam, dao je značajan doprinos u proučavanju prava insistiranjem na (naglašavanjem) dejstvu(a) presude u praksi i stavljanjem težišta na ponašanje sudija u donošenju odluka, odnosno u primeni prava. Zamerke američkom pravnom realizmu isticale su i sami negovi predstavnici. Tako H. Intema ističe da američki pravni realizam zanemaruje humanističku stranu prava, da se nedovoljno interesuje za komparativne i istorijske aspekte prava, da suviše naglašava konkretnu tekuću praksu, a posebno ističe, kako ne razlikuje glavno od efemernog, nebitno od bitnog u pravu. Ipak, glavni nedostak je u pre-naglašavanju uloge suda u stvaranju prava, naročito onako kako su Grej i Frank činili ”da sudija ima *suverenu* prerogativu, da između više alternativa izabere pravno pravilo koje će u datom slučaju primeniti”⁷.

Što se tiče kritika u Sjedinjenim Američkim Državama pravni realizam našao se pod udarom *antirealističkog pokreta*. Od sredine pedesetih godina XX veka napadi su dolazili od američkog Katoličkog filozofskog društva i Katoličkih fakulteta, izjednačavajući pragmatizam realista sa nihilizmom, a shvatanje Holmsa kvalifikujući kao totalitarističko, dok tomistički realizam koji oni zastupaju izjednačavaju sa demokratijom.

Pošto američki pravni realizam zanemaruje etičku stranu prava i njegovu povezanost sa moralom, shvatanja ”realista” su nepotpuna i podložna kritici. Usled toga, Levin i Frank svojim shvatanjima dodaju prirodno-pravne elemente. Tim transformacijama nagoveštava se razvoj veoma različitih i mnogobrojnih novih pravaca i orijentacija u američkoj jurisprudenciji, kao što su po-red jusnaturalizma, Critical Legal Studies, ekonomska analiza prava, i drugo.

⁶ K. Llewellyn: Some Realism about Realism, 44 *Harvard Law Review*, 1931, 1222 i dalje (Cit. prema M. Ivović: *Ostvarenje prava, njegov karakter, odnos i veze sa stvaranjem prava*, doktorski rad, Podgorica, 1994, 101-103).

⁷ K. Čavoški: *Uvod u pravo*, knj. I, Beograd, 1994, 32.

Sedamdesetih godina dvadesetog veka u pristupu pravu, u SAD između ostalih, dominiraju dva pravca, često označena kao dva suprotna "tabora", *Critical Legals Studies* i *Law and Economics Analysis*. Prvi, pokret Critical Legal Studies (CLS), zadržao je obeležje intelektualnog kriticizma na prestižnim fakultetima, dok je *Škola ekonomske analize* prava formirana na osnovama rezultata istraživanja prava, ne toliko poznatih ekonomista, sa stanovišta troškova i koristi. Tek 1980. godine izborom Ronalda Regana za predsednika države ova škola, inače poznata i kao *čikaška škola prava* širi svoj uticaj ne samo na političkom i pravnom nivou, nego, ekonomska analiza prava postaje fakultetska disciplina na svim najuglednijim fakultetima u Americi.⁸

Začetke ove škole treba tražiti u radovima Ronalda Kouza (Ronald Coase) i Gvida Kalabrezia (Guido Calabresi)⁹, a razvijene ideje kod najznačajnijeg predstavnika Ričarda Poznera (Richard Posner)¹⁰. Svi oni koji pripadaju pokretu *Law and Economic* zalažu se za primenu principa tržišne analize radi rešenja socijalnih teškoća koje pogađaju postindustrijsko društvo. S obzirom na to da postoji tesna veza između prava i ekonomskog života, oni ističu da pravo počiva na ekonomskim načelima kao što su, pre svega, *racionalnost i efikasnost*. Naime, pravna regulativa treba da omogući *najefikasniju upotrebu* (alokaciju) ekonomskih izvora i sredstava (resursa) kojom se povećava stepen društvenog blagostanje. S obzirom na to da je dobara, tj. resursa manje nego što je potrebno za zadovoljenje potreba, istražuje se pravno rešenje koje omogućava da dobra budu angažovana tamo gde će proisteći *najveća korist* (maksimizacija koristi).¹¹

⁸ Ekonomska analiza prava proširila se i u Evropi. Tako je u Nemačkoj na nekim fakultetima uveden nov nastavni predmet, Ekonomska analiza prava.

⁹ R. Coase: *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, 3, 1960; G. Calabresi: *Some Thoughts on Risk Distribution in the Law of Torts*, *Yale Law Journal*, 70, 1961; *The Costs of Accidents*, (A Legal and Economic Analysis), New Haven – London 1970.

¹⁰ R. Posner: *Economic Analysis of Law*, Boston – Toronto, 1972; *The Economics of Justice*, Harvard, 1983. O ovoj školi postoji već brojna literatura. 1980. godine održan je simpozijum sa temom: *Efficiency as a Legal Concern*, *Hofstra Law Review*, 8, 1980; L.A. Kornhauser: *L'Analyse Economique du droit*, *Révue de Synthèse*, 1985; P. Bechrens: *Aspekte einer ökonomischer Theorie des Rechts*, *Rechtstheorie*, 4, 1981; H-D. Assmann, C. Kirschner, E. Schanze (hrsg): *Ökonomische Analyse des Rechts*, Kronberg / Ts, 1978; Z. Grebo: *Osnovne postavke ekonomske analize prava*, *Pregled* (Sarajevo), br. 6-7, 1989. Detaljniji spisak literature vidi kod A. Jovanović: *Uvod u ekonomsku analizu prava*, Beograd, 1998; V. Vodinić: *Građansko pravo, uvodne teme*, Beograd, 1991, 141-144.

¹¹ V. Vodinić: nav. delo, 142.

Ričard Pozner nastoji da sve aspekte prava podvrgne ekonomskoj analizi, polazeći od stava da je "nabijenost prava ekonomijom osnov pozitivne teorije o pravnom domenu koji najviše obećava". Budući da je vlastiti cilj odredio kao uvećanje društvenog bogatstva, maksimalizacije nacionalnog bruto proizvoda, cilj prava mora biti *maksimalno uvećanje bogatstva*, a ne stvaranje potpore državi blagostanja.¹² U delu *Problematika moralne i pravne teorije*¹³ ne prihvata značajniju ulogu moralne teorije u pravnom istraživanju, zalažući se za pragmatizam, slično kako je to na početku veka činio Oliver Vendel Holms.

Za ekonomsku analizu prava karakteristični su, smatra Pozner, izvesni osnovni ekonomski pojmovi i principi. Prvo, u analizi polazi se od činjenice da su resursi retki i ograničeni, jer živimo u svetu oskudnih izvora: kapitala, rada, novca, zemlje i drugih prirodnih dobara, života, zdravlja, vremena, itd. Drugo, pojedinci donose odluke u sopstvenom interesu, odnosno oni teže maksimumu sopstvene koristi¹⁴. "Ljudi se sistematski racionalno ponašaju u smislu da traže najbolju vezu između retkih resursa kojima raspolažu i ciljeva koji žele da ostvare." A to znači da teže da odlukom o upotrebi resursa omoguće ostvarenje maksimuma cilja sa datim raspoloživim resursima. S druge strane, racionalno ponašanje znači ostvarenje datog cilja sa minimumom resursa i troškova. Dakle, racionalno ponašanje se iskazuje "maksimizacijom rezultata (za date troškove – resurse) ili minimizacijom troškova (za dati cilj)"¹⁵. Treće, predmet ekonomske analize su pojedinac i njegove odluke, jer se i delovanje grupa, organizacije, nacije, čak i države može posmatrati kroz donošenje odluka od strane pojedinaca. Ovakav pristup naročito je značajan sa stanovišta donošenja političkih odluka, ali i onih koje se donose u preduzeću, sindikatu, porodici, itd. Četvrto, što se tiče ekonomije ona je nauka o racionalnom izboru polazeći od ograničenosti resursa i od pretpostavke da čovek racionalno maksimalizuje svoje ciljeve. Zadatak ekonomske nauke je da ispita koje su posledice odluka u pogledu izbora retkih resursa da bi se postigao neki cilj. Peto, osnovni instrumenti ekonomske analize su ponuda i tražnja. "Ponuda se obrazuje na osnovu odnosa između troškova za proizvodnju neke robe i cene po kojoj se ta roba prodaje. Tražnja se obrazuje na osnovu odnosa između korisnosti koju potrošač uživa od upotrebe

¹² Z. Grebo: nav. delo, 466.

¹³ A. Posner: *The problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard, 2002.

¹⁴ *Korisnost* se definiše kao osećanje zadovoljstva koje neko lice uživa od preduzete ekonomske aktivnosti, odnosno donete odluke (A. Jovanović: nav. delo, 18).

¹⁵ Isto.

robe i njene cene. Interakcija ponude i tražnje određuje cene i količinu neke robe na tržištu”. Šesto, efikasnost podrazumeva da su resursi iskorišćeni u upotrebi gde je njihova vrednost najveća. Ovako shvaćena efikasnost podrazumeva pojedinačne odluke o upotrebi resursa kojima pojedinci maksimalizuju svoju korist u najširem smislu te reči. Ekonomska teorija u pogledu analize pravnog sistema ocenjuje kakvi su efekti pravnih pravila na efikasnu alokaciju resursa, a ne da li su ti efekti etički.

Ako pokušamo da Školu ekonomske analize prava sagledamo na konceptualnom nivou, onda se ona može sažeti u četiri postavke: biheviorizam, normativnost, deskriptivnost i evolucionizam.¹⁶

Pokret nazvan *Critical Legal Studies*, osnovan je, na konferenciji održanoj na Univerzitetu Viskonsin (Wisconsin) – Medison 1977. godine sa ciljem kritičkog ispitivanja pravnog fenomena.¹⁷ Za kratko vreme Pokret je napredovao¹⁸ ne samo brojem pripadnika¹⁹, raznovrsnošću filozofskih i teorijsko-metodoloških izvorišta, već i širinom predmeta i oblasti istraživanja²⁰. Otuda stoji konstatacija da je teško, ako ne i nemoguće, utvrditi njegove opšte, zajedničke crte.

Uticaj i popularnost pokreta treba tražiti jednim delom u specifičnosti američke kulture, odnosno u nacionalnom prestižu njegovih ekskluzivnih ”se-dišta”, Harvardskom i Stanfordskom univerzitetu, ali u izvesnoj meri i u intelektualnoj ”pomodnosti” izvesnih teorijskih pravaca i pristupa.

Ipak, nesumnjivo je da CLS predstavlja preokret u odnosu na prethodno prihvaćena shvatanja, posebno pravnih realista, jer pravo posmatra kao mnoštvo socijalnih pravila, ili se, kako ističe jedan od najznačajnijih predstavnika pokreta, radi o ”novom načinu tumačenja i primene prava”²¹. Pravo postoji da bi obezbedilo ostvarenje interesa grupe, partije ili klase koje ga formiraju. Govo-

¹⁶ L.A. Kornhauser: *Analyse économique du droit, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, 1988, 129-131.

¹⁷ Međutim, začetke pokreta treba tražiti dvadesetak godina ranije, kada je većina autora, tj. osnivača pokreta već bila politički angažovana u borbi za ljudska prava i protiv rata u Vijetnamu.

¹⁸ Prvi evropski sastanak gde je usvojen naziv *Critical Legal Studies*, (skraćeno CLS), održan je marta 1981. u Londonu.

¹⁹ U Bibliografiji CLS iz 1984. navodi se 150 akademskih autora. D. Kennedy and A. Klare: *Bibliography of Critical Legal Studies*, 94 *Yale Law Journal*, 461, 1984.

²⁰ Jurisprudencija, međunarodno javno pravo, radno, porodično prava, itd.

²¹ R. Gordon: *Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law*, 15 *Florida State University Law Review*, 1987, 195.

reći jezikom pobornika, bogati i moćni koriste pravo kao instrument za prinudu sa ciljem da održe postojeće mesto u društvenoj hijerarhiji. Osnovni je stav CLS-a da je *pravo političko sredstvo*, a ne neutralno i još manje izvan vrednosti. Mnogi pripadnici pokreta zalažu se za preokret hijerarhijske strukture dominacije u modernom društvu. Postoji vera u mogućnost i potrebu oštre i diskontinuirane promene.²²

Critical Legal Studies vezuje se naročito za Roberta Mungabeira Ungera (Roberto Mungabeir Unger) i Dankana Kenedija (Duncan Kennedy) koga inače nazivaju propovednikom CLS-a, ali i za Roberta Gordona (Robert Gordon), Mortona Horvica (Morton Horwitz) i Katarinu MekKinon (Katharine MacKinnon).²³ Svi autori zalažu se za kritički pristup pravu, ali sa različitih praktičnih i teorijsko-metodoloških polazišta: američkog pravnog realizma, marksizma, feminizma i poststrukturalizma.

Ako nastavimo da savladavamo "teškoću generalizacije", kako je govorio A. Kaufman u odnosu na *Critical Legal Studies*, onda je neophodno ukazati i na njegov kritički odnos prema školi *ekonomske analize prava* pa, prema tome, i prema empirijskom pravnom pozitivizmu. Sa druge strane, *Critical Legal Studies* je povezan i sa feminizmom, tj. u njegovim okvirima egzistira jedan feministički pristup pravu²⁴, koji je naročito zainteresovan za istraživanje uloge i značaja polova za pravo, uopšte za ljudsko pravo.

Posmatran u svojoj ukupnosti, i sam pokret pruža dosta elemenata za ozbiljnu kritiku. Realisti su oslobađali pravo od prošlosti, kao uvod, da bi došli

²² R.M. Unger: *Znanje i politika*, Zagreb, 1989, 324.

²³ Vidi o *Critical Legal Studies*: R. Abel: *The Politics of Informal Justice*, Vol. II, New York, 1982; P. Beirne and R. Quinney: *Marxism and Law*, New York, 1982; R. Gordon: *Critical Legal Histories*, 36 *Stanford Law Review*, 57, 1984; R. Gordon: *New Development in Legal Theory*, D. Kairys: *The Politics of Law*, New York, 1982; M. Horwitz: *The Transformation of American Law 1870-1960*, Cambridge, 1977; M. Jay: *Dialectical Imagination: A history of the Frankfurt school and the Institute of Social Research 1923-1950*, Boston, 1973; D. Kairys: *The Politics of Law*, New York, 1982; D. Kennedy: *Legal Education as Training for Hierarchy* D. Kairys: *Nav. delo*; K. MacKinnon: *Feminism, Marxism, Method and the State: An Agenda for Theory*, 7 *Signs* 515, 1982; C. Sumer: *Reading ideologies: An Investigation into Marxist Theory of Ideology and Law*, London, 1979; E. Thompson: *Whigs and Hunters – The Origine of the Black Act*, New York, 1979; R.M. Unger: *Law in Modern Society*, New York, 1976; R.M. Unger: *Knowledge and Politics*, New York, 1975; R.M. Unger: *Critical Legal Studies*, New York, 1986.

²⁴ U oblasti međunarodnog prava vidi: H. Charlesworth: *The Feminist Methods in International Law*, *American Journal of International Law*, Vol 93, April 1999, No. 2, 379-394.

do jednog efikasnog instrumenta, politike. *Critical Legal Studies*, pak, teži da demaskira pravo kritikujući ga, ali pri tome ne odgovara na pitanje kakvo bi pravo trebalo da bude, cilj kritike ostaje kritika.

Međutim, glavni predstavnik *Critical Legal Studies*, Roberto Mugabeira Unger, učinio je najdosledniji pokušaj u izgradnji jedne pozitivne teorije u izmeni postojećeg društva. Unger najpre podvrgava kritici liberalnu doktrinu da bi stigao do jedne, kako on kaže, alternativne doktrine – *teorije o ličnosti*, koja je i osnova za definisanje društvenog ideala. Ungeru je stalo, pre svega, ”do utemeljenja jedne teorije emancipacije čoveka, dakle i do utemeljenja prava na ideji čoveka, slično kao kod Radbruha”²⁵, a mnogo pre njega, na drugim osnovama, kod Rusoa²⁶. Uprkos osnovanim kritikama upućenim individualističkom shvatanju ličnosti, njegova zasluga je da je na osnovama kritike liberalizma postavio organizaciju društva koje bi zamenilo liberalnu državu i njen postojeći pravni sistem.

Sa Ungerom, na kraju, prethodna izlaganja predstavljaju sumaran pogled na jedan, još uvek veoma raširen pokret²⁷, koji i danas traje u Americi. U celini posmatrano, *Critical Legal Studies* ostao je na nivou negativnog stava prema pravu, koga obeležava eklektizam, a sami američki autori ga označavaju, u okviru fragmentarnih pristupa pravu, kao akademski nihilizam.

Pored navedenih jedan od pristupa koji u Americi ima značajne predstavnike je pravac *Pravo i književnost (Law and Literature)* koga zastupa R.A. Posner²⁸. On upoređuje pravo sa formama i strukturama literarnih dela. Oslanjanjem na metodologiju i terminologiju nauke o književnosti, ovaj pravac pravne teorije pruža mogućnost da se juristički diskurs shvati na način koji nije vezan za dogmatiku. To, pak, prevazilazi okvire Dvorkinovog pitanja da li se

²⁵ A. Kaufman: *Pravo i razumevanje prava*, Beograd, 1998, 293.

²⁶ Za Rusoa prirodna prava na slobodu i jednakost izražavaju osnovne attribute ljudske prirode. G. Vukadinović: *Žan-Žak Ruso i prirodno pravo*, 3. izdanje, Petrovaradin, 2005.

²⁷ Tako se i na simpozijumu u SAD, posvećenom *Metodima u međunarodnom pravu*, ukazuje, i na metodološki značaj CLS-a. Pokret je istraživao šta čini pravo, ili relevantnost prava za politiku, usredsređujući se na kontradikcije, hipokriziju i lažni međunarodno-pravni diskurs. Grupa autora oko CLS, koja je sebe često označavala kao deo *Nove struje (New Stream)*, naglašavala je značaj kulture za razvoj prava, nudeći kritički osvrt na progres prava u konfrontaciji sa državnim suverenitetom (*American Journal of International Law*, April 1999, Vol. 93, No 2, 294).

²⁸ R.A. Posner: *Law and Literature*, Harvard, 1988.

pravo može interpretirati paralelno sa književnošću. J. B. Vajt²⁹ pokazao je da bi jedno ovakvo shvatanje prava dozvolilo stvaranje nove didaktike prava i pravne prakse. Ali bi istovremeno i fakticitet pravnih činjenica mogao da se proveri u pogledu fiktivnosti i institucionalnosti.³⁰

Navedenim pravcima, na primer, Pozner dodaje feministički, komunitaristički i multikulturalistički pravac u savremenoj američkoj jurisprudenciji.³¹

II

U pogledu naše teorije prava, doskorašnje poluvekovno, skoro isključivo poimanje prava kao volje vladajuće klase, i države kao organizacije sa monopolom za fizičko nasilje koje se pozivalo na Marksa i marksizam, zamenjuje pluralizam u shvatanju prava. Pri tome u poslednje dve decenije i kod nas sve se više "probija" stav da su vrednosti ljudskog dostojanstva, pravde, slobode, tolerancije itd. kriterijum ili osnova prava, tj. obaveznosti pravnih normi.³²

Vrednosti kao attribute pojma prava nalazimo i kod onih autora koji inače nisu pristalice prirodnopravnog shvatanja, već integralističkog poimanja prava. "Pravo nije gola normativnost nego izražava specifičan društveni proces koji karakteriše određen tip društvenih odnosa, vrednosti i normi." Drugim rečima, "pravo je ona stvarnost čiji je smisao da služi društvu, njegovom redu, miru, njegovom održavanju. Pri tome osnovne vrednosti su: pravna sigurnost, i pravna delotvornost odnosno očuvanje čoveka i društva."³³ Tačno je da se pravo u celini može shvatiti samo na integralistički način, ali ono ne služi samo očuvanju, već i razvoju čoveka i društva.

²⁹ J.B. White: *The Legal Imagination. Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, 1973.

³⁰ Waldemar Schreckenberger: *Rhetorische Semiotik*, 1978.

³¹ R. Posner R.: *The Problems of Jurisprudence*, Harvard, 1993, 393 i dalje.

³² U savremenoj filozofiji prava, u svetu, pojavljuje se izvestan jusnaturalizam, ne u političkom značenju prava čoveka, već više u pravnom smislu vere u jednu funkciju i prirodno funkcionisanje prava i pravnik (R. Sève: Avant-Propos, *Archives de philosophie du droit*, 1988, t. 33, 21). Odnos pravde i prava i uloge pravde u pravu i putem prava posebno razmatraju Perelman (Ch. Perelman), Vilej (M. Villey), Rols (J. Rawls), Nozik (R. Nozik), Hajek (F. A. Hayek), Hofe (G. Hoffe) i dr.

³³ S. Blagojević: *Pravo i stvarnost*, Beograd, 1995.

U poslednjih nekoliko godina sve veći broj veoma uglednih autora ocenjuje da je kod nas došlo do "renesanse ideje prirodnog prava", u tom delu vidimo približavanje naše teorije i američke.

Celovito, originalno, izgrađeno prirodnopravno shvatanje nalazimo u delu profesora Slobodana Perovića³⁴, osnivača i glavnog predstavnika Kopaoničke škole prirodnog prava.³⁵ Ove godine navršava se dvadeset godina postojanja škole. Naime Kopaonička škola civilnog prava prerasla je u školu prirodnog prava. Posebno, u vremenu izolovanosti iz svetske baštine i iz opšte kulture prava, ona je, značila i danas predstavlja "ne samo naučni nego i kulturni podvig kojem je u svetu teško naći premca". Radovi štampani u tomovima časopisa *Pravni život* predstavljaju dokaz najozbiljnije naučne i stručne kritike prava i države. U tom delu, iako na drugim teorijsko-metodološkim osnovama vidimo približavanje dva kritički orijentisana "pokreta" u Americi CLS i Kopaoničke škole prirodnog prava.

Zaključak koji se takođe nameće je da su prirodnopravne teorije i u SAD i kod nas istakle iste zahteve u pogledu "kvaliteta i kvantiteta" prava.³⁶ Tako L. Fuller, polazi od prava koje čovek može poštovati, koje sadrži minimum moralnosti. Ukoliko pravne norme... ne sadrže minimum moralnosti ne mogu biti delotvorne pa ne zaslužuju ni taj naziv. Najuočljiviji načini: 1) da pravni sistem doživi neuspeh, čak katastrofu, kako upečatljivo veli Fuller, jeste da se uopšte ne utvrde pravila nego da se svaki slučaj rešava *ad hoc*; zatim sledi: 2) neobjavljivanje pravnih pravila ili kad pravna pravila nisu dostupna onima od kojih se očekuje da ih poštuju; ili 3) zloupotreba retroaktivnog dejstva, čime se ne samo onemogućava dejstvo norme unapred, već se narušava integritet pravila, njihov prospektivni efekat; ili 4) nerazumljiva pravila; 5) donošenje kontradiktornih odredaba; 6) donošenje pravila koja zahtevaju nemoguće ponašanje; 7) potom, česte izmene pravila koje uslovljavaju da subjekt nije u stanju da se po njima ponaša; i na kraju 8) neuspeh da se postigne sklad između objavljenih pravila i njihove stvarne primene³⁷. Drugim rečima Fuller smatra da bilo koji od ovih nedostataka ne samo da dovodi do lošeg pravnog sistema, već do nečega što se uopšte ne može zvati pravnim sistemom. Naravno, čovek ne može imati moralnu obavezu da poštuje pravno pravilo koje ne postoji, koje njemu nije poznato ili nastaje kada je on već postupio po nekom drugom pravilu, odnosno ako je

³⁴ S. Perović: *Pravnofilozofske rasprave*, Beograd, 1995.

³⁵ B.S. Marković: Poruka učesnicima savetovanja, *Pravni život*, 1995, br. 1-2, str. 19).

³⁶ Perović S.: *Pravno-filozofske rasprave*, Beograd, 1995, 382 i dalje.

³⁷ Fuller L.L.: *Moralnost prava*, Podgorica, 1999, 42. i dalje.

bilo nerazumljivo, protivurečno drugom pravilu istog sistema ili zahtevalo nemoguće, ili se, pak, menja svakog minuta³⁸.

U našoj literaturi postoji velika saglasnost među autorima da jedan od ključnih razloga neefikasnosti prava leži u velikom stepenu neusklađenosti društvene stvarnosti i prava "u smislu potrebne doze legitimiteta prava, pa preko niza nijansi, sve do njihove formalne i suštinske neusklađenosti."³⁹ Pored toga istrajava vera da se pravom može sve regulisati a izvesno je, da pravo iako moćno nije i svemoćno sredstvo.⁴⁰ Ovim nedostacima dodaju se i drugi: ishitrenost rešenja, preuzimanja "tuđih" rešenja koji ne odgovaraju stvarnosti, jezik prava u smislu širokih i komplikovanih poruka, često dvosmislenih i višesmislenih⁴¹, i sl. Svi ovi nedostaci, kao i drugi, dovode do daljih nedostataka prava usled čega ono postaje glomazno, neusaglašeno, podložno čestim izmenama i onda je teško primenljivo⁴² ili uopšte nepromenljivo.

Teorijsko-filozofska pravna misao kod nas i u SAD daje odgovore na ista pitanja u cilju ostvarivanja pravne države, odnosno vladavine prava (Rule of Law). U osnovi svih tih rasprava nalazi se osnovni problem, kako Fuller kaže "moralnosti prava", tj. odnosa prava i morala.

S druge strane sličnosti nalazimo i u "kritičkom odnosu" prema pravu, već kako sam naziv kaže on je u središtu pokreta CLS. Kod nas je na prirodno pravnim osnovama nastala i počiva Kopaonička škola prirodnog prava koja već dve decenije, okuplja na decembarskim skupovima oko 2000 pravnika, a u tomovima časopisa *Pravni život* u oko 4000 objavljenih radova nalazi se spoj teorije i prakse, kao i najoštrije i najtemeljnije kritike postojećeg prava i vizije mogućih rešenja.

Postavlja se pitanje, pored navedenih sličnosti, kakvi su dodiri i uticaji angloameričke jurisprudencije,⁴³ na našu teorijsku misao uključujući i oblast fakultetskog obrazovanje.⁴⁴

Uticaj američke teorije ogleda se i u edukativnom smislu na polju pravne etike. Na inicijativu američke advokatske asocijacije uvedena je pravna etika u

³⁸ Nav delo, 43. i dalje.

³⁹ Perović S.: *Pravno-filozofske rasprave*, 382. i dalje.

⁴⁰ Nav. delo, 386.

⁴¹ Nav. delo, 394.

⁴² Nav. delo, 395 i dalje.

⁴³ Tematski broj: *L'Américanisation du droit*, *Archives du philosophie du droit*, T.45, 2001.

⁴⁴ Ostavljamo po strani važnu oblast praktične recepcije, naročito praksu u ugovornom pravu.

fakultativnoj i izornoj formi u nastavni program na našim pravnim fakultetima,⁴⁵ uz ne male teškoće povezane sa programom, organizacijom i literaturom. I pored teškoća predmet je, s obzirom na nov metod rada, (primena analize slučajeva – case study), aktuelnost problematike, iz godine u godinu, privlači pažnju sve većeg broja studenata. Za četiri godine, do danas, iskustvo ukazuje da se grupa od 40 studenata povećala na 90, zatim oko 200, da bi školske 2005/6 godine imali, na predavanjima i vežbama iz tog predmeta, preko 300 studenata. Kvalitetu rada i brojnosti studenata doprinela je i povezanost sa praksom i sa najjeminentnijim pravnicičkim asocijacijama i stručnjacima, posebno Advokatskom komorom Vojvodine.

U pogledu nastave i naučno-istraživačkog rada, posebno ističemo da su pre više od jedne decenije započela pojedinačna istraživanja iz oblasti američke jurisprudencije na poslediplomskim studijama teorijsko-pravnog smera. Kasnije, ona su prerasla u osmišljen, celovit istraživački zadatak. U tim okvirima rezultati su odbranjeni dve magistarske teze iz ove oblasti, a u završnoj fazi nalazi se i treća. U toku je izrada doktorskog rada posvećenog jusnaturalističkoj teoriji u Americi. Pored toga, osnovne pravce razvoja američke jurisprudencije prikazali smo u udžbeničkoj literaturi iz Teorije prava⁴⁶ za studente prve godine Pravnog fakulteta. Potom štampana je u koautorstvu i monografija *Pravna misao XX veka*⁴⁷ u kojoj je značajan deo posvećen Rolsu, Dvorkinu, Fuleru, Finisu i Paundu. Uradili smo i mnogo više o čemu, opet, svedoče publikovani brojni članci, prilozi i prikazi. Naravno, ovim "lista" uticaja nije zatvorena. Moglo bi se govoriti i o drugim sferama, ali u ovoj teorijsko-pravnoj oblasti približavanju i prožimanju iskustva učinjeno je dosta, a to su smatramo samo delimično naši potencijali želje i mogućnosti.

Summary

Prof. Gordana Vukadinović, Ph. D.
Faculty of Law, Novi Sad

CONTEMPORARY AMERICAN JURISPRUDENCE AND OUR THEORY

⁴⁵ G. Vukadinović, S Beljanski: Deontološka etika i pravno obrazovanje, *Pravni život*, br. 7-8, 2004, 122.

⁴⁶ Vukadinović G.: *Teorija prava*, knj. 2, Petrovaradin, 2006.

⁴⁷ Stepanov R., Vukadinović G.: *Pravna misao XX veka*, Petrovaradin, 2000.

OF LAW AT THE BEGINNING OF THE TWENTY-FIRST CENTURY

In the contemporary American jurisprudence, there are many different orientations. As some of the most dominant, should be mentioned: Natural Law Theory, American Legal Realism, Critical Legal Studies, Law and Economics, Law and Literature, Feminist Jurisprudence, etc. Numerous approaches, orientations and schools, also mark our theory of law, such as natural theory, sociological, integral approach, etc. Furthermore, natural law theory in the USA, as well as in Serbia, have emphasized the same stipulation regarding "quality and quantity" of the law in order to establish the rule of law. Then, there are also some similarities in critical approaches to the law, but with differences in theoretical-methodological basis, between Critical Legal Studies movement and Kopaonik School of natural law. Initiative and influences of American jurisprudence are also evident in the area of legal education and legal ethics.

3. Prof. dr Agneš Kartag-Odri

Pravni fakultet, Novi Sad

NOVE PERSPEKTIVE U AMERIČKOJ PRAVNOJ TEORIJI

Sažetak: Namera autorke ovog rada jeste da identifikuje koncepte na kojima se zasniva feministička pravna teorija poznog XX veka u SAD. Ona nastoji da prati mnogobrojne načine na koji su se ovi koncepti menjali, s obzirom da su kritikovani i svojatani. Posledično, u pravnom feminizmu javljaju se određene 'ključne reči' koje postaju sastavni deo naučnih rasprava i pravne terminologije. Pošto ovi termini nalaze svoje mesto i u srpskoj pravnoj i političkoj misli, rad počinje definisanjem osnovnih termina (razlika između pola i roda, privatnog i javnog, feminizam) kao i određivanjem disciplina (pravni feminizam, feminističko pravno učenje, feministička pravna teorija). Feministička pravna teorija je predstavljena sledećim modelom: žene – pravna teorija – pravne reforme. Budući da feministička teorija nije monolitna i nije nastala kao relativno jedinstven žanr, središnji deo rada posvećen je liberalnom, radikalnom, kulturnom feminizmu i feminizmu razlika. Završni deo sadrži neke mogućnosti obezbeđivanja uočljivosti relevantnih feminističkih pitanja, što bi dovelo do pravnih reformi, novih zakona, mehanizama i institucionalnih promena za poboljšanje i unapređenje ženskih ljudskih prava.

Autorka ističe da je u Republici Srbiji u toku usvajanje novog Ustava, novog Zakona o ravnopravnosti i Zakona o nediskriminaciji. Njihovi nacrti već odražavaju važnost pitanja kao što su rodne perspektive, etnička pripadnost, rodno određen jezik, i princip nediskriminacije zasnovane na rasnoj i etničkoj pripadnosti, rodu i polnoj pripadnosti. Takođe, sadrže ideje za (re)konstrukciju prava na način feminističke kritike da bi se (iznova) unapredio položaj žena. U cilju ovoga, potrebno je znanje feminističkih pravnika i njihova modifikovana primena sopstvenog pravnog, socio-ekonomskog, kulturnog i političkog konteksta.

Ključne reči: feministička pravna teorija, feministička jurisprudencija, ljudska prava žena, pravne reforme.

”Poput ljudi i škole kritike, ideje i teorije putuju – od osobe do osobe, od situacije do situacije, od jednog perioda do drugog; i kako jedna teorija putuje, tako se preobražava putem svojih novih primena, novog mesta u nekom novom vremenu i mestu.”¹

I UVOD

Cilj ovog rada jeste da identifikuje koncepte na kojima se zasniva pravno mišljenje u periodu od druge polovine XX veka, ukazujući na njihovo poreklo u ”putujućoj teoriji” u SAD i van njih. Na svom putu ove ideje i diskursi se susreću sa drugim tradicijama misli i prakse, uvodeći pri tom mnoge oblike, koji zauzvrat sada kruže u okviru preobražene teorije. Pošto su kulture većinom, kao posledica globalizacije, međusobno isprepletene, nijedna od njih nije sama za sebe čista. Upravo suprotno: one su prilično heterogene i nisu monolitne.² Nije više moguće govoriti o jednoj jedinstvenoj pravnoj teoriji, niti je ovo proces u jednom smeru.

Pravni feminizam je prešao dug put. U akademskim krugovima i univerzitetskim nastavnim planovima pravni feminizam se sve više priznaje kao sila, ali je isto tako snažan i kao pokret potencijala koji se u stanju da dovede do promena, transformacija reformi kako u pravnom sistemu, tako i u politici.

Feministička pravna teorija i feministička politika 1990-ih godina u SAD izašle su sa novim prioritetima, s naglaskom na ženskim ljudskim pravima, sa renesansom feminističke teorije u pravu i akademskom znanju. Ove novootkrivene ideje mogle bi dovesti do pravnih reformi za poboljšanje položaja žena i njihovih ljudskih prava. Tendencija je da se ponovo konceptualizuje znanje sâmo po sebi, što akademski feminizam reflektuje u novoj institucionalnoj praksi.

Na svom putu, izmenjeno shvatanje o rodnosti pojavilo se u nekoliko disciplina. Feministička teorija zauzela je istaknuto mesto ne samo u književnosti već i u pravu, antropologiji, ekonomiji, istoriji, medicini, u medijima, psihoanalizi, sociologiji itd. Zbog toga, ne izbegavajući interdisciplinarni pristup, osvrnućemo se na doprinos feminizma pravu (uključujući pravni feminizam, femini-

¹ Said, E.: *The World, the Text and the Critic* (London: Vintage) 1983, 226.

² Said, E.: *Culture and Imperialism* (London: Chatto and Vindus) 1993, XXIX.

stičku jurisprudenciju i feminističko pravno učenje) i njegov uticaj na pravne reforme i promene u pravnom sistemu i institucijama.

Savremeni pravni feministi (zapadni i ne zapadni, a pogotovu oni koji traže uključenje u EU) postavljaju neka fundamentalna pitanja o rodnosti i ljudskim pravima da bi se obezbedila jednakost, nediskriminacija, afirmativna akcija, borba protiv marginalizacije, degradacije, isključivanja, nasilja itd.

Naš cilj je i da istaknemo čvrstu vezu između feminizma i teorija o ljudskim pravima, budući da prava imaju ključno mesto ne samo u modernoj jurisprudenciji i političkoj misli, već i u borbi za ravnopravnost polova. Jedan od razloga ovome jeste da su i feminizam i ljudska prava nastala iz sličnih i specifičnih kulturnih istorija. Zbog ove povezanosti feministička pravna teorija može biti praktična osnova za kritički osvrt na modernu kulturu ljudskih prava.

U debatama koje se vode o ljudskim pravima žena, feministička pravna teorija ima čvrst, rekonstruktivan i normativan stav: zalaže se ne samo za analizu i kritiku savremenog prava, nego i u raspravama reformista o tome na koji način bi se pravo i institucije mogle promeniti.

Naša polazna tačka je da koherentna škola pravne misli mora da se zasniva na konkretnom predmetu proučavanja. U slučaju pravnog feminizma to bi bila figura žene. Feministički pravni teoretičari svakako proučavaju njen pravni položaj, ali takođe joj nude (pravnu) pomoć (pogotovu u slučaju kada je ona žrtva). U okviru ove formulacije pravni feministi traže teorijski model koji će im pružiti odgovarajuću normativnu osnovu, najavljujući progresivno kretanje u globalnom kontekstu.

Bolja pravna teorija će pravnim reformama zadovoljiti potrebe žena i zbog toga razmišljamo u shemi trougla: žene – pravna teorija – pravne reforme. Ovaj model, koji su izumeli feministički pravni teoretičari, jeste shema koja bi mogla da poveže feminizam, pravnu teoriju i praksu, dovodeći do promena / reformi u pravu, kako na nacionalnom tako i na međunarodnom nivou.

Republika Srbija je u toku usvajanja novog Ustava, novog Zakona o ravnopravnosti i Zakona o nediskriminaciji. Njihovi nacrti već odražavaju važnost pitanja kao što su rodne perspektive, etnička pripadnost, rodno određen jezik, i princip nediskriminacije zasnovane na rasnoj i etničkoj pripadnosti, rodnoj i polnoj pripadnosti. Takođe, sadrže ideje za (re)konstrukciju prava na način feminističke kritike da bi se (ponovo) unapredio položaj žena. U cilju ovoga, potrebno je znanje feminističkih pravnika i njihova modifikovana primena sopstvenog pravnog, socio-ekonomskog, kulturnog i političkog konteksta. Ovi nacrti

sadrže gore navedene ideje o bliskoj vezi između poštovanja opštih ljudskih prava u Srbiji i položaja kakav žene uživaju u državi, ne samo zbog toga što poštovanje ljudskih prava podrazumeva zakonitost i stabilno i nezavisno sudstvo. Ovde se takođe postavlja i univerzalno pitanje o dostupnosti vlasti i donošenju odluka, što čini društveno-ekonomsku sferu. Na svim ovim područjima žene su i dalje izložene diskriminaciji i pored sprovođenja domaćih i međunarodnih standarda koji se zalažu za jednakost. Zbog toga novi ustav i novi zakoni (o rodnoj ravnopravnosti, antidiskriminaciji itd.) moraju biti čvrst i jasan garant ravnopravnosti žena i muškaraca, i predstavljati pouzdan vodič za aktivnosti zakonodavaca koji treba da imaju na umu ideje feminističkih pravnih teoretičara.

II NEOPHODNOST PRAVNOG FEMINIZMA I PRIMENA PRAVA

Da bi se izbeglo pogrešno tumačenje termina, veoma je važno krenuti od značenja osnovnih termina i definisanja disciplina koje će biti korišćeni u ovom radu. Poznato je da se nauka i teorija razlikuju od prakse. Pravo kao "dobar razlog za delovanje" se isto tako sastoji, od prakse i teorije tj. pravno učenjaštvo (koja se deli na normativnu pravnu teoriju poznatu kao jurisprudencija ili pravna teorija) i od empirijske pravne nauke (koja se dalje deli na sociologiju prava, psihologiju prava itd.).³

Normativna pravna nauka je disciplina koja tumači i sistematizuje pravne standarde (vrednosti, norme, principe itd.), s ciljem njihove primene u pravnoj praksi. U kontinentalnoj Evropi pravnu doktrinu stvaraju uglavnom naučnici, profesori pravnih nauka, dok u anglo-američkom svetu ta uloga uglavnom pripada sudijama. **Pravna nauka** čini sponu između normativne i empirijske pravne teorije, neophodnu vezu između političkih ideja i političkog delovanja. Ovu klasifikaciju ćemo primeniti i na feminističku pravnu teoriju kao akademsku disciplinu i školu pravne misli. Ali pre toga moramo dati odgovor na jedno preliminarno pitanje: šta je feminizam i da li postoji minimum sadržaja .

U pravnoj i političkoj misli vrlo mali broj tema je toliko uzburkao javnost kao što je to učinio feminizam. Pokret je protutnjao svetom i suprotstavio

³ "Filozofija prava se često spominje kao "jedina" pravna nauka, "jedina" teorija prava." Scoular, J.: "Feminist Jurisprudence", u: Jackson, S. – Jones, J. (ur.): *Contemporary Feminist Theories*.

se dotada stabilnim vrednostima i doneo značajne promene.⁴ Istorijski gledano, o čemu će kasnije biti reči, nastali su mnogi, različito zasnovani i definisani, feminizmi. Naša preliminarna definicija feminizma obuhvata sledeće: doktrinu o jednakim pravima žena i ideologiju društvene transformacije koja ima za cilj da za žene stvori svet koji predstavlja više nego puku socijalnu jednakost,⁵ što podrazumeva neophodne reforme u pravnom sistemu.

Međutim, neki pokazatelji ipak ne mogu da se svedu na minimum koji čini imperativ feminizma. U najmanjoj meri termin podrazumeva "identifikaciju žena kao sistematično potčinjene".⁶ (Razlog tome je što postoje mnogi primeri gde strukture vlasti otvoreno rade protiv žena!) Ova činjenica nas dovodi do drugog aspekta koji ističe da "je mnogo toga što feministički naučnici i aktivisti trenutno rade od strateške važnosti i uslovljeno."⁷ Treći sadržaj koji mora minimalno biti prisutan jeste posvećenost feminista promenama, njihovo odbijanje da prihvate okolnosti koje deluju protiv žena.

Upravo ovi aspekti čine silu i polje aktivnosti u okviru kojih feministi deluju i sprovode svoje raznorodne interese. Takođe je važno da feminizam postigne određeni ontološki status da bi postojao kao kategorija. Bez tog statusa ne bi mogao da zadrži svoj akademski status, a isto tako ne bi mogao da stupi ni u dijalektički odnos sa drugim naukama ili teorijama kao ravnopravan partner.

Feministički teoretičari često napadaju apstraktne, univerzalne teorije o društvu, uključujući i pravo. ipak, mnogi pokušavaju da ponude feminističku verziju jurisprudencije ili teorije kao naučnu ili objektivnu verziju, ili da stvore čitavu pravnu teoriju o ženskoj potčinjenosti, procenjujući razliku među polovima. Oni pokušavaju da iznađu model koji bi mogao da dovede u vezu pravnu teoriju sa praksom, fokusirajući se na pravne reforme.

Važno je naglasiti da postoji razlika između "feminističkih pravnih naučnika" i "pravnih feminista".

Ko su feministički pravni naučnici? Termin govori da su oni "više nego feministi koji se bave pravom" posvećeni svom feminizmu, a njihov "posao ima

⁴ Monori, G.: *Feminist Jurisprudence in the 21st Century*, u: Visegrády A. – Andrassy, Gy. (ur.) *Jog és jogászok a 21. század küszöbén* (Pécs: JATE) 2004, 55.

⁵ Humm, M.: *Modern Feminism*, str. 406.

⁶ Andermahr, S. – Lovell, T. – Wolkowitz, C.: *A Glossary of Feminist Theory*, (London: Arnold) str. 93.

⁷ Bottomly, A.: "Shock to Thought – An Encounter (of a Third Kind) with Legal Feminism", *Feminist Legal Studies*, 00/2004, 32.

formu koja ukazuje na školu pravne misli.⁸ **Feminističko učenje** je slobodnija formulacija od **pravnog feminizama**.

S druge strane, po nekim teoretičarima, pravni feminizam se fokusira na žene – kao – žrtve u okviru pravnog sistema,⁹ i u središte interesovanja se stavlja način na koji pol uobličava pravo, otkrivajući štetu, i dovodi do promene u pravu. Ova tripartitna konfiguracija je u žiži pravnog feminizma. Zahteva i određenu seriju poteza: od pola, preko štete, do reforme (i od opšte teorije, preko određenog slučaja, do predloga promene). Stoga, rad feminista se opisuje sledećom formulacijom: stavljanje žena u centar ispitivanja polno obojenog sadržaja prava, tražeći tako strategiju za promenama. Ukratko rečeno možemo zaključiti da opšti **cilj pravnog feminizma** jeste otkrivanje štete nanete ženama, često uzrokovane pravom. Osnovni zahtev u ovom slučaju je da žene kao predmet istraživanja postanu uočljive. U ovom radu bavićemo se upravo ovim stavom pravnog feminizma, imajući pri tom na umu svu relativnost i poteškoće koje se javljaju u procesu definisanja ovih disciplina i disciplinovanja teških, neuobičajenih, neujednačenih karakteristika feminističke pravne teorije. Ipak je bilo neophodno da se to učini zbog prepoznavanja, odnosno, uključivanja ove discipline u nauku na određenom nivou, kao školu pravne misli, kao korpus znanja koji se može prezentovati u okviru termina koje nauka priznaje kao "pravnu teoriju".¹⁰

III ULOGA PRAVA U ODREĐIVANJU DRUŠTVENOG POJMA RODNOSTI

Kao središnja ideja feminističkog pristupa nalazi se prilično oštro razlikovanje *pola* i *roda*. Ukratko, na engleskom jezičkom području feministička teorija pod terminom *pol* (*sex*) podrazumeva fizičku i biološku kategoriju, dok je

⁸ Naffine, N.: "In Praise of Legal of Legal Feminism", *Legal Studies* 22/1, 2002, 80.

⁹ Nav. delo, str. 12.

¹⁰ Moguće su određene poteškoće – lingvističke, terminološke i tehničke prirode – kao posledica prevođenja ovih termina sa engleskog na druge jezike. Može se očekivati da van engleskog govornog područja tehnički termin poput "feminističko učenje" (*feminist scholarship*) neće biti široko prihvaćen, i da će se verovatno zameniti terminom feministička jurisprudencija, feministička pravna teorija ili pravni feminizam.

rod (*gender*) društveno određeno značenje *pola*.¹¹ Ova distinkcija je prihvaćena da bi se razlikovala društveno-kulturna značenja "ženskosti/mušкости" od osnove bioloških polnih razlika između "muškog/ženskog". Prema nekim shvatanjima feministica¹² biološka građa žena utiče ne samo na njihov psihološki identitet, već i na mesto u rodnoj hijerarhiji. U žiži interesovanja radikalnih perspektiva prava je upravo isticanje ovih polno diferenciranih (dominantnih i podređenih) položaja. Iako je ova distinkcija ubrzo dobila i svoje kritičare,¹³ imala je bitnu ulogu u premeštanju političkog i intelektualnog fokusa na *ulogu prava u definisanju društvenog pojma rodnosti*. Ovaj pristup na osnovu "prava i polnosti" postavio je okvir razlikovanja pola i roda kao opštu kategoriju za *kritičku pravnu analizu*, i otvorio je mogućnost da doprinos prava polnom i rodnom definisanju subjekta stupi u interakciju sa drugim društvenim snagama, stvarajući time višestruki položaj ženskog subjekta. To je zahtevalo kako jednu snažnu i dinamičnu ulogu prava u definisanju rodnosti, tako i sveobuhvatnu i potencijalno radikalnu pravnu reformu. Nadalje, otvorio je mogućnost uključivanja polne orijentacije u kritičku analizu pravne definicije polnosti, sa perspektivom da konačno razbije mit o polnosti/rodnosti kao isključivo "ženskom problemu".

Savremena pravna teorija nastala je kombinovanjem analitičkih i političko-etičkih tvrdnji. Analitički gledano, smatra se da je određivanje roda/pola veoma važna struktura društvene diferencijacije i zato bi moglo imati uticaj na oblikovanje prava. Sa političkog i etičkog stanovišta, feministička pravna teorija polazi od pretpostavke da načini na koje polnost/rodnost uobličavaju svet (uključujući i uticaj preko prava) nisu pravični, jer to čine preko dominacije, potčinjavanja i diskriminacije. Poznato je da pravno polno razlikovanje, globalno gledano, stavlja žene u nepovoljan položaj.

¹¹ Ovu distinkciju je formulisao psiholog Robert Stoler 1968. godine, a feminizam ranog "drugog talasa" je prihvatio kao definiciju. Stoller, R.: *Sex and Gender* (London: The Hogart Press), 1968.

¹² Scoular, J.: *Feminist Jurisprudence*, str. 65.

¹³ Koncept ideje o polu i rodu bila je na meti kritike sa obrazloženjem da je rodno razlikovanje ljudi, njihovih dela i stvari u okviru jedne kulture uvek određena svim drugim razlikama osim polnim. Validno je objašnjenje da se muškost i ženskost ne nastaju paralelno sa rasom, klasom, etničkom i nacionalnom pripadnošću, već u njima i kroz druge razlike, i da je pogrešno isticati pol u društvenom određivanju muškosti i ženskosti. Andermah, S. – Lovell, T. – Wolkowitz, C.: *A Glossary of Feminist Theory*, str. 103.

Feministička pravna teorija nije nastala kao relativno unitarna forma. Zbog toga ju je veoma važno generalizovati, ističući pri tom njene istinske različitosti. U narednom delu rada predstavimo uticaj feminističkog učenja na pravo, ukazujući i na razne probleme i pitanja sa kojima su se feministi suočili.

IV RAZLIČITE VERZIJE FEMINISTIČKE (PRAVNE) TEORIJE

Savremena feministička teorija je u velikoj meri različita. Značajan pomak u okviru feminizma ka teorizovanju povećalo je ovu raznolikost,¹⁴ ali usmerenost ka eliminisanju potčinjenosti žena unificiralo je sve te različite varijante feminističke teorije.¹⁵ Međutim, ovo slaganje se ubrzo razišlo u radikalno različita gledišta o toj potčinjenosti i o potrebnim merama za njihovo eliminisanje.

Neophodno je naglasiti da razlike između feminizama nisu uvek oštre i izražene, već se one, naprotiv, stalno ukrštaju.¹⁶ Feminizmi su stvorili bogat izvor društvenu, pravnu i kulturnu teoriju i praksu koja ima presudni uticaj na pravo i kulturu. Zbog ovih procesa treba da shvatimo da su ovo pre svega modeli, a ne detaljne taksonomije: neki autori spadaju u nekoliko tih klasifikacija. Kategorije su od koristi kako u razumevanju razvoja feminističke misli, tako i u uočavanju načina na koji su različite (političke) orijentacije dovele feminističke pravne naučnike da zauzmu suprotne stavove u vezi sa upotrebom prava kao okvira za analizu političke i zakonodavne strategije.

U nastavku prelazimo na neke osnovne feminističke kritike koje vodeće (političke) teorije (ne)zastupaju, u interesu žena, a osvrćući se na liberalni, radikalni, kulturni feminizam, kao i feminizam razlika.

1. Liberalni feminizam – feminizam jednakosti

Liberalizam je postao dominantan politički izraz napredne misli modernog doba, koji je obuhvatao i čitav niz doktrina. Suština može biti da se liberalizam zasniva na osnovnim idejama autonomije, univerzalnih prava, društvenoj

¹⁴ Ovaj proces, između ostalog, uključuje i psihoanalitiku ili poststrukturalističku teoriju i jurisprudenciju.

¹⁵ Jaggar, A.: *Feminist Politics and Human Nature* (NY: Rowman and Allanheld) 1983, 5.

¹⁶ Andermarh, S. – Lovell, T. – Wolkowitz, C.: *A Glossary of Feminist Theory* (London: Arnold) 2002:222.

ravnopravnosti i demokratiji, ali kroz decenije se menjala u zavisnosti od toga u kolikoj meri je koja ideja bila dominantna.

Liberalni feminizam se najčešće karakteriše kao **feminizam jednakosti**,¹⁷ i zastupa "egalitaristički stav", ideju da svi su članovi zajednice ravnopravni.¹⁸ Liberalni feminizam se posebno dovodi u vezu sa idejama formalne ravnopravnosti i jednakih mogućnosti, iako savremene liberalne teorije, kao što je teorija Ronalda Dworkina, zastupaju čvršće principe jednakosti, poput jednakosti resursa i jednake brige i poštovanja.¹⁹

Ovom prilikom neophodno je dati kratku analizu nekih argumenata koje iznose feministički kritičari liberalizma. Početna faza feminističke kritike prava se često povezuje sa identifikacijom polne jednakosti sa jednakim postupanjem, odbacujući bilo kakvu mogućnost da bi pravo trebalo da toleriše ili uvaži prirodne razlike između muškaraca i žena.²⁰ Strategija koju su preuzeli liberalni feministi jeste da traži od prava ispunjenje liberalnih zahteva za objektivnošću i principijelnošću. Oni se zalažu za reformu prava, za obaranje barijera jednakom postupanju prema ženama kao sa muškarcima u javnoj sferi. Pretpostavka je da neravnopravan položaj u kakvom su žene može biti sužen i preinačen jednim jednostavnim zahtevom za ravnopravno postupanje. Ovaj pristup usvaja rečnik, epistemologiju i političku teoriju prava na način kako danas funkcioniše.²¹ Prema ovom pristupu zabrana polne diskriminacije obećava ravnopravnost ženama koje pokušaju da se prilagode muškom modelu, a nudi malo onima koje to ne čine. Problem sa ovakvim pristupom jeste da nije prikladan "da kritikuje i transformiše svet u kom je raspodela dobara zasnovana prema rodosti".²² Ovaj pristup zahteva "svet autonomnih pojedinaca koji započinju trku ili donose samostalne odluke koje nemaju uticaja na činjenicu da muškarci i žene jednostav-

¹⁷ Nav. delo, str. 48.

¹⁸ Kymlicka, W.: *Contemporary Political Philosophy, An Introduction* (Oxford University Press), str. 376.

¹⁹ Dworkin, R.: *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality* (Harvard University Press) 2000, 1, 65.

²⁰ Lacey, N.: "Feminist Legal Theory and the Rights of Women", u Knop, K (ur.) *Gender and Human Rights* (Oxford University Press) 2004, 20.

²¹ Charlesworth, H.: "What are 'Women's International Human Rights'?", u Cook J., R. (ur.): *Human Rights of Women – National and International Perspectives* (University of Pennsylvania Press) 1994, 63-64.

²² Lacey, N.: "Legislation Against Sex Discrimination – Questions from a Feminist Perspective", *Journal of Law and Sociology*, 14/1984, 411, 415.

no trče u različitim trkama.”²³ Jezik ”jednakih prava” i ”jednakih mogućnosti” prećutno potvrđuje osnovnu organizaciju društva.²⁴

Sledeća opšta feministička kritika liberalne teorije, a u isto vreme i tema koja se ponavlja u feminističkom pravnom učenjaštvu, je analiza distinkcije između **javne** i **privatne sfere**. Ova dihotomija vidi javnu sferu kao sferu racionalnosti, reda i političkog autoriteta u kojoj se odvija politička i pravna aktivnost, dok privatnu sferu posmatra kao ”subjektivnu” bez odgovarajuće regulative. Porodični život se tipično smatra središtem privatnog sveta.²⁵ U zapadnim društvima žene su proterane iz javnog života u privatnost kućnog i porodičnog života. Javna sfera (radno mesto, pravo, ekonomija i politika, intelektualni život i kultura) se smatra da je u nadležnosti muškaraca. Ova pojava se tumači kao pitanje prirode, prikladnosti ili ličnog izbora. Jedan feministički odgovor na ove tvrdnje je da razlikovanje javnog i privatnog zapravo deluje tako da prikrije, i opravda dominaciju muškaraca nad ženama. Dihotomija javno/privatno je rodno određena: ona je ”metafora za društveno strukturisanje roda, opis sociološke prakse, i kategorija zasnovana na iskustvu.”²⁶ To je, takođe, i normativna distinkcija, pošto se veća važnost i moć pripisuje javnom, muškom svetu. Izolovanje žena u kućnu sferu učvršćuje njihovu neravnopravnost sa muškarcima, s obzirom da se žene smatraju materijalno zavisnim od muškaraca. Šta više, privatnost porodičnog života čini ženske probleme nevidljivim i obezbeđuje očuvanje stanja status kvo.

Interesovanje feminista za dihotomiju u (zapadnoj) pravnoj misli usmerava se na način na koji se pravo koristi da se žene isključe iz javne sfere: profesije, glasanja itd. Analizirajući podelu u ovom smislu, ovo može biti posebno korisno za domen ljudskih prava.

Zbog čega je nedostatak regulative određenih sfera društvenog života značajan za žene? Neki feministički naučnici smatraju da ”nedostatak prava obezvređuje žene i njihove uloge: žene jednostavno nisu dovoljno bitne da bi zaslužile

²³ Nav. delo, 420.

²⁴ Dalton, C.: ”Where We Stand: Observation on the Situation of Feminist Legal Thought”, *Berkeley Women’s Law Journal*, 3/1987-88, 1, 5.

²⁵ Teoretičari na različite načine razlikuju javnu i privatnu sferu.

²⁶ Garmanikow, E.: ”Introduction”, u *The Public and the Private*, ur. Garmanikow, E. et al. (New York: St. Martin’s Press) 1983, 1, 5.

pravnu regulativu.²⁷ Međutim, takođe je važno uočiti da namerna politika nemešanja države ne znači nedostatak kontrole ili neutralnost.²⁸ Uređenje sfera kao što su zapošljavanje, poreska politika, socijalna zaštita i krivična dela, ima važan uticaj na privatnu sferu, ističe određenu vrstu porodice – jezgro, u kom postoji podela rada između muškaraca i žena.²⁹ Nemešanje države u ime zaštite privatnosti na taj način može da prikrije neravnopravnost i dominaciju koja se sprovodi u privatnoj sferi.³⁰ U zapadnim nacionalnim pravnim sistemima podela na javno i privatno zastupa seksualno nasilje na kom se gradi patrijarhat: otvara prostor u koji obična pravna zaštita protiv nasilja neće imati pristupa. Najsveobuhvatnije zlo protiv žena javlja se u samom jezgru privatnog života: u krugu porodice. Stoga, u zapadnim pravnim sistemima neregulisanje privatne sfere daje legitimnost samoregulativi, što se neizbežno pretvara u mušku dominaciju.

Posledično, feministi ispituju opredeljenje liberalizma prema rodnoj neutralnosti prava kao i pravnu analizu. U svetu gde pol/rod predstavljaju okosnicu društvene diferencijacije (iako se posredno uvode kroz druge varijable, kao što su stalež, rasa, starost, etnička pripadnost itd.) postavlja se pitanje da li pravni subjekti generalno mogu biti rodno neutralni, i da li se to može formulisati rodno neutralnim jezikom. U vezi sa ovim postavlja se pitanje da li rodno neutralan set univerzalnih ljudskih prava treba možda zameniti ili dopuniti u nekim sferama posebnim pravima za žene ili članove drugih grupa.³¹

2. Radikalni feminizam – isključivo feministička koncepcija

Radikalni feminizam predstavlja veoma uticajnu i intelektualno moćnu struju u današnjoj feminističkoj pravnoj teoriji. Često se smatra najautonomnijom i najistaknutijom koncepcijom feminizma, upravo zbog toga što je isključi-

²⁷ Taub, N. – Schneider, M., E.: "Perspectives on Women's Subordination and the Role of Law", u: *Politics of Law*, ur. Kairys, D. (NY: Pantheon Books) 1982, 122.

²⁸ O'Donovan, K.: *Sexual Division in Law* (London: Weidenfeld and Nicolson) 1986, 7.

²⁹ Nav. delo, str. 14-15.

³⁰ Charlesworth, H.: *What are Women's International Human Rights*, str. 70.

³¹ U ovom kontekstu, Konvencija UN o eliminaciji svih oblika diskriminacije protiv žena (CEDAW) (New York, 18 Dec. 1979, na snazi od 3 Sept. 1981, 1249 UNTS 13) od posebnog je značaja, a pažljivo je pozicionirana između univerzalne koncepcije ljudskih prava i političkog fokusa u čijem su središtu žene.

vo feministička teorija. Potiče iz Severne Amerike, a nastao je iz nezadovoljstva radikalnom politikom leve orijentacije i tako doveo "drugi talas" ženskog pokreta do vrhunca krajem 1960-ih i ranih 1970-ih godina.³²

Teško je izdvojiti karakteristike radikalnog feminizma. Rizikujući stvaranje stereotipa, može se reći da radikalni feministi posmatraju razlike među polovima kao faktor koji nosi određene povlastice u društvenom životu: oni te razlike vide kao "radikalnije" ili bazičnije nego, primera radi, klasne, ili rasne, ili etničke razlike. Za radikalne feministe polne razlike su isto toliko strukturalne kao što su klasne razlike za marksiste.³³

Ketrin MekKinon u svom revolucionarnom radu ističe: "Polnost je za feminizam isto što i rad za marksizam: to je ono što najviše pripada čoveku, a ipak mu se najviše oduzima."³⁴ Ona tvrdi da je država kategorično muška i daje legitimitet muškoj dominaciji sprovođenjem te epistemologije kroz pravo. Žene se u pravu (kao i u društvu) definišu oduzimanjem njihove polnosti.³⁵

Radikalni pogledi na pravo su suprotni liberalnim stavovima. Činjenica da žene nisu ravnopravne se posmatra ne samo kao pitanje razlike, već i kao pitanje nejednake podele moći: "Rodnost... je pitanje dominacije a ne razlike. ...Razlika je u tome da muškarci imaju moć, dok žene nemaju."³⁶

Radikalne teorije se usredsređuju na glavno pitanje moći, a manje se interesuju za uskost pravne doktrine i njenu nesposobnost da uoči razliku. Problem "nije u tome da se razlike ne uvažavaju, problem je što se one definišu kroz moć."³⁷ Pravo sprovodi, daje legitimitet ovoj objektivaciji: "Pravo nije neutralno (kao što

³² "Drugi talas" feminizma je termin koji se obično upotrebljavao za pokret za oslobođenje žena od kraja 1960-ih godina uglavnom u Severnoj Americi i Evropi. "Prvi talas" feminizma kulminirao je u brojnim pogodnostima za žene Andermahr, S. – Lovell, T., – Wolkowitz, C.: *A Glossary of Feminist Theory* (London: Arnold) 2002, 223, 238 see also Nedović, S.: *Savremeni feminizam – položaj i uloga žene u porodici i društvu* (Beograd: CUPS i CESID) 2005, 41.

³³ MacKinnon, C.: *Toward a Feminist Theory of the State* (Cambridge, MA: Harvard University Press) 1989, 124.

³⁴ MacKinnon, C.: "Feminism, Marxism, Method and the State", *Journal of Women in Culture and Society* 3/1982, 515.

³⁵ MacKinnon, C.: *Toward a Feminist Theory of the State*, p. IX.

³⁶ Isto.

³⁷ Nav. delo, str. 8.

tvrdi da jeste) u odnosu na rodnu podeljenost; pravo je muško.”³⁸ Očuvanjem hijerarhijskog sistema koje se zasniva na rodnosti, pravo žene potiskuje i isključuje.

Ketrin MekKinon daje i alternativnu pravnu analizu neravnopravnosti za koju je glavno pitanje uvek ”da li data politika ili praksa integralno doprinosi održavanju jedne podređene klase ili obespravljenom položaju zbog polne pripadnosti.”³⁹ Neki kritičari ove teorije⁴⁰ naglašavaju da se pristup MekKinonove ne može uvek jednostavno primeniti budući da su mnogi odnosi podređenosti koji su zakonom sankcionisani tako duboko ukorenjeni da se čine potpuno prirodni. To obuhvata i ”traženje onog što smo naučeni da ne vidimo... (identifikujući) nevidljivo.”⁴¹ Ako se pitanje neravnopravnosti preformuliše kao pitanje dominacije i subordinacije, zakoni o polnoj diskriminaciji koji prosto obećavaju ravnopravan odnos prema polovima postaju ograničeno upotrebljivi. Ketrin MekKinon se prvenstveno zalaže za proširenje domena prava da bi se obuhvatile tradicionalno pravno nepriznate štete od posebne važnosti za žene, kao što su to seksualno uznemiravanje i pornografija. Ona tvrdi da femistički cilj u pravu jeste da se dâ pravni osnov stvarnim povredama koje se ženama nanose da bi se time učinile neprihvatljivim. Ovo je jedan moguć način, doduše spor, da se transformišu rodni odnosi. Na osnovu analize MekKinonove, neki feministički pravници opisali su diskriminaciju na radnom mestu i drugim institucijama gde su prakse kompatibilnije sa kulturno definisanim muškim životnim partnerima nego sa ženskim.⁴²

Zato bi se neke ideje radikalnog feminizma mogle prepoznati u sledećem: žene su potčinjene kao žene, a njihovi potčinitelji su muškarci. Muško potčinjavanje ima primat nad svim drugim potčinjavanjima. Na ovaj način je radikalni feminizam zaslužan za otkrivanje razmera do kojih ide nasilje protiv žena, seksualno uznemiravanje,⁴³ kao i uloga prava u definisanju pornografije kao ”insti-

³⁸ Cornell, D.: *Beyond Accommodation: Ethical Feminism, Deconstruction and the Law* (London: Routledge) 1991, 121.

³⁹ MacKinnon, C.: *Feminism Unmodified*, p. 3.

⁴⁰ Charlesworth, H.: ”What are Women’s International Human Rights?”, Cook, R. (ur.) *Human Rights of Women* (University of Pennsylvania) 1999, 67.

⁴¹ MacKinnon, C.: *Sexual Harassment of Working Women* (New Haven: Yale University Press) 1979.

⁴² Littleton, A., C.: ”Equality and Feminist Legal Theory”, *University of Pittsburgh Law Review*, 48/1987, 1043.

⁴³ Monori, G.: Feminist Jurisprudence in the 21st Century in: Visegrády A. – Andrassy, Gy. (ur.) *Jog és jogászok a 21. század küszöbén* (Pécs: JATE) 2004, 55.

tucije rodne neravnopravnosti... (koja) kao i silovanje... stapa erotizaciju nadređenosti i podređenosti sa društvenom konstrukcijom muškog i ženskog”.⁴⁴

Poput liberalne i radikalna feministička misao podleže kritici. Jedna od tačaka kritike jeste i njen relativno ograničen fokus. Većina feminističkih pravnika se, naime, fokusira na veoma specifična pitanja, poput problema o polu, polnosti, reprodukciji itd.⁴⁵ Predmet kritike je i status radikalnog feminizma kao takozvane *velike teorije*. Feministi koji imaju plularistički stav prigovaraju monolitnoj teoriji 'patrijarhata', jer je ona neosetljiva na društvene razlike, kao što su etnička i klasna pripadnosti.⁴⁶

3. Kulturni feminizam – glas žena u pravnom kontekstu

Iz radikalnog feminizma nastao je kulturni feminizam, koji predstavlja formu koja zastupa postojanje ženske kulture, i u analizi daje prioritet kulturi.⁴⁷ Poput sličnih ranih feminizama drugog talasa (liberalni, radikalni ili marksistički), kulturni feminizam se u velikoj meri slaže da su razlike u biti između polova od veoma malog značaja, ali su uveličane kroz ideološku kultivaciju.⁴⁸ Drugim rečima, smatra se da su razlike u većoj meri kulturne i psihičke, nego prirodne i neminovne. Suština ovog oblika feminističke jurisprudencije je određivanje izrazitog "ženskog glasa" u pravnom kontekstu i ponovna evaluacija njegovog doprinosa pravnoj doktrini. Rad dečjeg psihologa Kerol Giligan imao je poseban uticaj na razvoj kulturnog feminizma.⁴⁹ Ona skreće pažnju na raskorak između iskustava žena i predstavljanje ljudskog razvoja navedenog u psihološkoj literaturi. Uobičajeno tumačenje ove pojave bilo je ukazivanje na probleme u psihološkom razvoju žena. Giliganova okreće analizu naopačke, tvrdeći da je neuspeh žena da se uklope u postojeće modele ljudskog razvoja za-

⁴⁴ MacKinnon, C.: *Feminism Unmodified*, p. 148; O pornografiji vidi: Dworkin: *Pornography: Men Possessing Women* (London: Women's Press) 1981.

⁴⁵ Lacey, N.: *Feminist Legal Theory and the Rights of Women*, u: Knop, K. (ur.) *Gender and Human Rights* (Oxford University Press) 2004, 24.

⁴⁶ *ibid.*

⁴⁷ Segal, L.: *Is the Future Female? Troubled Thoughts on Contemporary Feminism* (London: Virago) 1987.

⁴⁸ Andermahr, S. et al: *A Glossary of Feminist Theory*, str. 48.

⁴⁹ Gilligan, C.: *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* (Cambridge, MA: Harvard University Press) 1982.

pravo ukazivalo na ograničenje u pojmu stanja ljudskog roda. U hipotezi koju feministički naučnici izvlače iz istraživanja Giliganove u kontekstu nacionalnih pravnih sistema jeste da, kao što su tradicionalne psihološke teorije privilegovale mušku perspektivu, a marginalizovale glas žena, na isti način pravo privileguje muško viđenje univerzuma. Mnogi feministi ističu da je pravo deo strukture muške dominacije. Njegova hijerarhijska organizacija, njegov suprotan format, i cilj apstraktnog ostvarivanja konkurentnih prava čine pravo izrazito patrijarhalnom institucijom. Pravo predstavlja veoma ograničen aspekt ljudskog iskustva. Jezik i stil prava naglašavaju njegov muški karakter: ističući racionalnost, objektivnost i apstrakciju, karakteristike tipično pripisivane muškarcima, nasuprot emocijama, subjektivnosti i kontekstualizovanom razmišljanju, što je tipično ženski domen.⁵⁰

Što se tiče pravnog razmišljanja, Giliganova je pokušala da objasni zbog čega je moralni glas žena devalviran u savremenoj teoriji morala, uključujući tu i pravo.⁵¹ Po njenom viđenju, u okviru standardne etičke sheme prava se smatraju normom, a svako odstupanje se smatra manje vrednim. Ovo se slučajno poklapa sa otkrićem da su žene sklonije etičkom pogledu koji daje veću vrednost brizi, nego pravima. Stoga, u sistemu moralnog razmišljanja glas žena je sistematično devalviran. Giliganova zaključuje da se naši sistemi etičke pravde moraju razvijati da bi obuhvatili tu isključenu žensku etiku o brizi.⁵² Njena studija navodi da muškarci i žene na različite načine posmatraju pitanja kao što su pravda i ravnopravnost, i zato teorija koja je u skladu sa viđenjem jedne grupe ne mora odgovarati i drugoj. Prema ženskom viđenju, svet (uključujući i državu) nije 'lestvica', nije hijerarhijski uređen (ljudski odnosi se ne posmatraju kao takmičenje pojedinaca za određenju poziciju).⁵³ Naprotiv, prema ženskom viđenju svet/država je mreža međusobnih odnosa. Zato se one ne bave samo "penjanjem na lestvice", već i očuvanjem netaknutosti te mreže,

⁵⁰ Charlesworth, H.: "What are 'Women's International Human Rights'?" u: Cook, R. (ur.) *Human Rights of Women, National and International Perspectives* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press) 1994, 66.

⁵¹ Scoular, J.: "Feminist Jurisprudence" u: Jackson, S. – Jones, J. (ur.) *Contemporary Feminist Theories*, 1998, 63, 64.

⁵² Gilligan, C.: "Why Should a Woman Be More Like a Man?" u: *Psychology Today*, Jun 1982, 70-71.

⁵³ Po Kartsovoj, "Pravo je prvenstveno sistem lestvice, za lestvicu i od strane lestvice." Karts, K.: "Women's Constitution", *Duke Law Journal* 1984, 461.

uspostavljajući ravnotežu između svakog unutar nje. Ovaj "pogled iz mreže" stvara moral s naglaskom na odgovornostima više, nego na pravima.

Ocenjivanje razlika između muškog i ženskog načina razmišljanja u pravnim sistemima nije lišeno problema.⁵⁴ Međutim, važnost pristupa kulturnih feminista jeste u tome što oni ističu bezmalo neizostavno isključivanje ženskih iskustava iz razvoja zakona i što iskušavaju njegovu neutralnost i objektivnost. Ipak, ono što je uočljivo jeste da u očigledno otvorenijem i fleksibilnijem sistemu, žene i njihova iskustva su i dalje u velikoj meri isključeni.

4. Feminizam razlika – dominantan pristup u okviru feminističke pravne teorije

Kritika glavnih pravaca političkog feminizma ima, za posledicu, pojavu nešto drugačijeg seta modela feminističke pravne teorije, koji se mogu svesti pod zajednički naziv "feminizam razlika".

Feminizam razlika prevazilazi standardne vrednosti zakonitosti, kao što je formalna ravnopravnost. Poput radikalnog feminizma, on kritikuje liberalni feminizam zbog njegove ograničenosti suštinski komparativnim standardom.⁵⁵ Stoga se fokusirao ne samo na odraz prava o 'prelegalnoj/predpravnoj' polnoj razlici, već i na dinamičku ulogu zakona u stvaranju i održavanju polnih razlika i polno određenih identiteta.

Ukratko, feminizam razlika se može opisati u okviru sledećih tema:

- 1) Suština prava odražava muško stanovište;
- 2) Pravni subjekat je konstituisan kao muškarac, dok su žene isključene, ućutkane;⁵⁶
- 3) Metodi prava su polno određeni, i to na štetu žena;⁵⁷

⁵⁴ Rad Giliganove ne daje odgovor na pitanje o uzroku polno uslovljenih razlika u razmišljanju. Ketrin MekKinon ispituje autentičnost ženskog glasa. Žensko – tvrdi MekKinonova – je definisano u patrijarhalnoj kulturi: "Za žene afirmacija različitosti, kada različitost znači dominaciju, kao što je to slučaj sa rodnošću, znači afirmaciju kvaliteta i karakteristiku ne posedovanja moći... Kada nemate moć, nije da samo drugačije govorite. Najčešće ni ne govorite." MacKinnon, C.: *Feminism Unmodified*, str. 45.

⁵⁵ Lacey, N.: "Feminist Legal Theory and the Rights of Women" u: Knap, K. (ur.) *Gender and Human Rights* (Oxford University Press) 2004, 26.

⁵⁶ *ibid.*

⁵⁷ Ovde postoji veza sa uticajnim radom gore pomenute psihološkinje Kerol Giligan. Naime, identifikuju se dve različite metode analize u moralnom razmišljanju. Prva, pod nazivom

4) Insistiraju na tome da suština pravne jurisprudencije treba da bude, pored pravne doktrine i prava, i način na koji se pravo tumači i primenjuje;

5) Feministi razlika analizirali su suštinu pravnih normi, konceptualne elemente od kojih su sačinjene te norme, u smislu binarnih parova kao što su gore navedene razlike između javnog i privatnog koje otežavaju da se nasilje u kući ili seksualno uznemiravanje uzme kao ozbiljno pravno pitanje.⁵⁸

Iz ovoga se može izvući sledeći zaključak. Kao što smo ranije napomenuli, feministička pravna teorija nije monolitna i postoje različita gledišta u različitim verzijama feminizma. Feministički teoretičari, uprkos razlikama u školama pravnog mišljenja, slažu se u sledećim osnovnim tvrdnjama.

1) Većina njih se u svojoj analizi fokusira na takozvanu "reviziju" – rastavljanje postojećih principa i struktura mišljenja, i rekonstrukcija onoga kako bi oni izgledali ukoliko bi se sagledavali iz perspektive iskustava žena.⁵⁹

2) Zajednička je i kritika podele na javno i privatno. U vezi sa prethodno pomenutim dihotomijama, odnosno, podelama na razum/emocije, um/telo, objektivno /subjektivno, opšte/pojedinačno, i javno/privatno, prvi element u paru nosi predznak muškog i smatra se superiornim. Feministi su ispitivali ove kategorije i kritikovali podelu da nije u skladu sa ženskim iskustvima ili stavovi-

'etika prava' veoma podseća na pravo. S druge strane, 'etika brige' analizira moralne probleme tražeći zajednička rešenja. Ove dve etike su polno uslovljene: žene su sklone etici brige, dok muškarci češće razmišljaju u okviru prava. Gilligan, C.: *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* (Cambridge, MA: Harvard University Press) 1982.

⁵⁸ Binarni parovi su karakteristika zapadnog pravnog mišljenja: muško/žensko; subjekat/objekat; javno/privatno; forma/suštinu; um/telo; aktivno/pasivno; razum/emocije. Feministi su generalno nametnuli da se ove dihotomije hijerarhijski i polno određene: muškarac se podrazumeva u prvom elementu svakog para, i ta polovina se vrednuje nad drugim elementom. Međutim, strateški odgovori na ovu analizu se kod radikalnih i liberalnih feminista razlikuju. Radikalni feministi prihvataju polnu određenost ovih podela, ali traže da se obrne vrednovanje, zahtevajući da se u društvenoj praksi prizna emotivno, afektivno i žensko. S druge strane, liberali često prihvataju hijerarhijsku određenost, ali obrću polnu određenost dihotomija, uz tvrdnju da žene nisu ništa manje umno sposobne da ne bi imale pravo na javnu sferu, da su jednako sposobne za rad, intelektualnu moć i objektivnost kao i muškarci. Olsen, F.: "Feminism and Critical Legal Theory" u: *International Journal of the Sociology of Law*, 8/1990, 199.

⁵⁹ Irons, J., C.: A Feminist Look at R. Dworkin's Theory of Equality, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Vol. 1 No. 1/1993:2, www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v1n1/irons113.html

ma prema svetu.⁶⁰ U ovom smislu feministička pravna teorija smatra da ovakva pitanja ne mogu da se razdvoje jedni od drugih niti od političkih i moralnih pitanja. Stoga je važno osposobiti žene (sa ili bez porodica) da u potpunosti učestvuju u javnoj sferi, istovremeno poboljšavajući njihov položaj u privatnoj sferi, a paralelno tome pokušati da se modifikuju i/ili sruše barijere između javnog/privatnog.⁶¹ Takođe je zajednički stav da privatna sfera treba da postane u većoj meri javna, mada u različitoj meri i na različite načine, u zavisnosti od verzije feminizma.⁶²

3) Feministički teoretičari se takođe slažu u svom osnovnom stavu da je društvo patrijarhalno, koje uobličavaju i gde dominiraju muškarci. Feministička jurisprudencija daje analizu i kritiku položaja žena u patrijarhalnom društvu, ispituje prirodu i stepen ženske podređenosti. Istražuje ulogu prava u održavanju i ovekovečivanju patrijarhata. Feministička pravna teorija traži odgovor na teorijska pitanja o interakciji između prava i rodnosti, primenjuje feminističku analizu i perspektivu na konkretne različite oblasti prava (npr. porodično i krivično pravo, ljudska prava itd.) sa vizijom donošenja pravnih reformi.

Posle isticanja glavnih ideja na kojima se zasniva feministička pravna teorija, takođe je neophodno dati pregled/identifikaciju glavne okosnice različitosti feminističke pravne teorije. Stoga, glavne razlike između feministički teorija su sledeće.

Prva je u vezi sa teorijama o polnim razlikama.⁶³ Feminizam MekKinonove ima specifično viđenje razlika među polovima. Poreklo i održavanje polnih razlika leži u dominaciji zasnovanoj na zloupotrebi polne moći i sprovođenju razlika među polovima. To zauzvrat znači da su pitanja na

⁶⁰ Lloyd, G.: "The Man of Reason: Male and Female" u: *Western Philosophy* (Minneapolis: University of Minnesota Press) 1984.

⁶¹ Pored zagovaranja uslova koji će omogućiti učestvovanje u javnoj sferi, minimalan feministički stav jeste da politička teorija ili jurisprudencija ne smeju da definišu žene funkcionalno niti da ih izgnaju u privatnu sferu porodice. Okin, S. M.: *Justice, Gender and the Family* (Basic) 1989.

⁶² Jaggar, A.: *Feminist Politics and Human Nature*, 1983:357. O oštrom razdvajanju (ženske) domaće sfere i (muškog) javnog sveta vidi takođe Kymlicka, W.: *Contemporary Political Philosophy, An Introduction* (Oxford University Press), 2002, 390.

⁶³ U radu MekKinonove nalazimo strukturalnu, materijalnu teoriju o potčinjavanju žena, analogno marksističkoj teoriji o klasnim razlikama. MacKinnon, C.: *Feminism Unmodified*, str. 48.

koja feministička pravna teorija treba sa se fokusira u velikoj meri distinktivna: pornografija, seksualno zlostavljanje i nasilje, kao i abortus.

Drugi pristup je u većoj meri eklektičan ali se ujedinjuje u okviru problema identiteta koji je strukturalno rodno određen i ima posledice u vezi sa statusom žena kao pravnim i političkim subjektima.⁶⁴ Pojedini radikalni i kulturni feministi vide polne razlike kao ukorenjene u specifičnim ženskim telesnim iskustvima i u vezi koja uslovljava određenu žensku etiku. Ovaj feministički stav zahteva ponovnu evaluaciju ženskog.⁶⁵

Sledeći momenat razlike među feminističkim teorijama u vezi je sa stepenom do koje ispoljavaju suštinki i metodološki kontinuitet sa drugim pravnim i društvenim teorijama. S jedne strane, feministička pravna teorija nije autonomna, niti predstavlja potpuno samostalni metodološki pristup, već je više deo pravne teorije koji stavlja posebna pitanja na dnevni red, da bi se osvetlila pitanja rodnosti/polnosti. U tom smislu "pravo se posmatra i kao sila u okviru i proizvod socijalnog stvaranja realnosti."⁶⁶ Stoga, feministička pravna teorija je konceptualizovana kao interpretativni pristup koji traži da prodre ispod površine pravne doktrine, i koji posmatra tradicionalnu jurisprudenciju kao ideološku i kao apologiju za status kvo.

Radikalni i kulturni feministi, s druge strane, više insistiraju na autonomiji feminističke pravne teorije na nivou metoda.

V ZNAČAJ FEMINISTIČKE PRAVNE TEORIJE ZA SRBIJU

Bez obzira koliko je važno i neophodno za ovu regiju da kritički usvoji teorijsko znanje "sa zapada" (uključujući tu i pravni feminizam), činjenica je da je u realnosti Srbije 1990-ih godina feminizam često bio pitanje sa negativnom društvenom konotacijom. Takođe je poslužio kao izgovor za pokretanje "novog patrijarhata" i kao rezultat toga "antifeminizam je postao patriotski čin."⁶⁷

⁶⁴ Cornell, D.: *The Imaginary Domain*, 1995.

⁶⁵ Lacey, N.: *Feminist Legal Theory and the Rights of Women*, str. 18.

⁶⁶ Nav. delo, str. 19.

⁶⁷ Blagojević, M.: "Mizoginija: nevidljivi uzroci, bolne posledice", u: Blagojevic, M. (ur.) *Mapiranje mizoginije u Srbiji: diskursi i prakse* (Beograd: AŽIN) 2000, 674.

Promene su devedesetih godina drastično obustavile mnoge beneficije, ravnopravnosti *de lege* koje su žene uživale u doba komunizma.⁶⁸ U ratom pogođenim državama bivše Jugoslavije negativni trendovi prema ženskim pravima dobili su dramatične dimenzije. Ne samo što su žene izgubile povlastice stečene u vreme komunizma, već su i dodatno bile izložene ogromnom ideološkom i oružanom pritisku konzervativne, nacionalističke i verske sile. Snažan preporod uticaja crkve na politički život takođe je bio evidentan, kao i slabljenje zakonitosti, eksplozija nezaposlenosti, kolaps socijalne zaštite, i porast nasilja protiv svih slabijih članova društva – žena, dece, starih, kao i manjina svih vrsta. Glavna karakteristika društva bila je retradicionalizacija, noseći breme duboko ukorenjenih patrijarhalnih vrednosti.⁶⁹ Diskriminacija, marginalizacija, nasilje itd. mogu se posmatrati kao neka vrsta "osvete" za (nametnutu) ideološku ravnopravnost koja je postojala u komunizmu.

Novi talas antifeminizma je delimično bio rezultat neuspeha da se obezbedi prava ravnopravnost žena i muškaraca, kako u javnoj tako i u privatnoj sferi, kroz institucionalizaciju ravnopravnosti. Poteškoće u širenju feminizma takođe proističu iz činjenice da žene svoju energiju uglavnom usredsređuju na individualnim umesto na kolektivnim strategijama otpora, a ove dve strategije se najčešće međusobno isključuju.

Sama ideja širenja/učenja/primene feminističkih teorija, kao što smo videli u prethodnim poglavljima, jeste mogućnost povezivanja feminističkih teorija, znanja sa praksom i aktivnostima, radi otvaranja novih spirala teorijskih razmatranja feminističke misli i razumevanja njegovih društvenih konteksta. Početkom XXI veka postalo je očigledno da je uspostavljanje institucionalizovane ravnopravnosti regulisane različitim pravnim odredbama pokazalo određeni broj slabosti. Neke od njih su sledeće:

- proces uspostavljanja rodne ravnopravnosti sporo teče;

⁶⁸ Uživanje u velikim društvenim beneficijama koje se tiču zapošljavanja, zdravstvene zaštite itd. je takođe bila karakteristika većine zemalja u istočno-centralnoj Evropi. Regulska, J.: Gender Integration of Europe: "New Boundaries of Exclusion", u: Jähnert, G. et al. (ur.): *Gender in Transition in Eastern and Central Europe Proceedings*, (Berlin) 2001, 87; takođe Griffin, G. (ur.): *Women's Employment, Women's Studies and Equal Opportunities, 1945-2001; Reports from Nine European Countries*, (University of Hull, The Netherlands) 2002, 293-322.

⁶⁹ "Jedan od bitnih aspekata tzv. retradicionalizacije, ali i nostalgije za nekom vrstom 'patrijarhalnog reda' koja jača u 'haosu' 'tranzicije'." Blagojević, M.: *nav. delo*, str. 33.

- postoje oblici "skrivena diskriminacije" (uporedo sa antidiskriminator-
skim regulativama);
- uključivanje žena u određene oblasti ili institucije redovno se poklapa sa
slabljem značaja tih institucija;
- same institucije su u procesu velike transformacije i, shodno tome, insti-
tucionalna ravnopravnost je nešto što ni u kom slučaju ne rešava u pot-
punosti problem (rodne) ravnopravnosti, već zapravo predstavlja njegov
segment u opadanju. U zemljama u tranziciji kao što je Srbija, gde su insti-
tucije manje-više disintegrisane i prazne fasade, ovaj problem je uočljiviji.

Feministički naučnici su zato naglasili da će pravna/ustavna odredba o ravnopravnosti polova, nediskriminaciji itd. ostati samo proklamacija ukoliko ne postoje određeni prateći mehanizmi (komisije, odbori, saveti, nacionalni akcioni planovi, statuti, ombudsmeni itd.) u okviru institucija sistema (parlament, vlada, lokalna uprava) u cilju postizanja ravnopravnosti polova. Oni su jedini koji su u pravom smislu sposobni da doprinesu sprovođenju jednakih prava žena i muškaraca.⁷⁰

VI UMETO ZAKLJUČKA

⁷⁰ Posle promena od 5. oktobra 2000. (tj. pada Miloševićevog režima) osnovana su sledeća tela za ravnopravnost polova: 2002. u Skupštini AP Vojvodine, potom 2003. u Skupštini Srbije, preko konstituisanja tela u izvršnoj vlasti (2002. u Pokrajinskom sekretarijatu za rad, zapošljavanje i ravnopravnost polova, 2003. Savet za ravnopravnost polova Vlade Republike Srbije, 2004. Pokrajinski zavod za ravnopravnost polova). Značajne promene desile su se i u okviru Porodičnog zakona (usvojen 2005.), Zakona o radu (2005.), kao i Krivičnog zakona iz 2003. (uvođenjem krivičnog dela nasilja u porodici u okviru Člana 118a. Isto krivično delo ostalo je i u novousvojenom Krivičnom zakonu iz 2005.). U oblasti nadgledanja sprovođenja politike rodne ravnopravnosti i jednakih mogućnosti za žene i muškarce takođe je napravljen pomak ustanovljavanjem tela za praćenje ostvarivanja ženskih ljudskih prava, odnosno imenovanjem zamenika/-ice ombudsmana za rodnu ravnopravnost (Odluka o pokrajinskom ombudsmanu iz 2002.) i usvajanjem Zakona o zaštitniku građana (2005), gde iako eksplicitno nije navedeno, postoji mogućnost da se jedan od zamenika/-ice bavi rodnom ravnopravnošću.

Prepoznavajući neophodnost postojanja pravnog okvira koji bi omogućio dosledno sprovođenje koncepta rodne ravnopravnosti u svim sferama javnog i privatnog života, 2004. godine Skupština AP Vojvodine usvojila je Deklaraciju i Odluku o ravnopravnosti polova. Ovi dokumenti predstavljaju prve pravne akte donete na teritoriji Državne zajednice Srbija i Crna Gora koji eksplicitno regulišu pitanje rodne ravnopravnosti u oblastima koje su u nadležnosti AP Vojvodine.

Naša namera je bila da ukažemo na određene mogućnosti feminističkih pitanja i pravnog feminizma s ciljem da se obezbedi uočljivost relevantnih feminističkih tema, što bi moglo da ima za rezultat stvaranje novih institucija, mehanizama i pravnih reformi za poboljšanje položaja žena. Možemo zaključiti da nema sumnje da ideje pravnih feminista (putem predloga, ponuđenih reformi, kritika postojećih pravnih rešenja itd.) mogu da imaju i imaće uticaj ne samo na akademsku pravnu misao, već i na institucionalne i pravne reforme.

Takođe se može zaključiti da jedna od ključnih feminističkih epistemoloških strategija jeste konceptualizacija: ne postoji znanje, niti postoje teorijski pojmovi van prostornog i vremenskog konteksta. Prihvatanje zapadnih teorija koje počivaju na iskustvu kapitalističkih društava uvodi kako mogućnost razumevanja tako i mogućnost obmane. Postoji opasnost da se olako identifikujemo i da lako prihvatimo različite društvene pojave usled neadekvatnih objašnjenja. Upravo je iz ovih razloga kontekstualizacija neophodna za razumevanje razlika i raznih mehanizama, koji čak i u savremenoj "globalnoj civilizaciji" određuju precizan, lokalno specifičan odnos među ženama i muškarcima.

Shodno tome, "uvoz" ovih "stranih dobara", odnosno, "putujućih teorija" može imati višesložne efekte: podstiče razvoj novih identiteta, uvodi nove vrednosti i dovodi do adaptacije prilagodljivosti različitih normi i ponašanja. Kakve će efekte ove međunarodne interakcije i konfrontacije imati na duži period, ostaje da se vidi. Možemo jedino da se nadamo da će "putujuće teorije" i dalje uticati na organizovanje žena i imati sve više rezultata na ženski aktivizam usmeren na pitanje politike (rodne) ravnopravnosti. Da li će državne institucije (uključujući i zakonodavce) i akademski/univerzitetski nastavni program ženskih/rodnih studija postati rodno osetljivi i uključeni u pitanje rodne ravnopravnosti? Ili će njihova osetljivost biti kratkog veka, te će patrijarhat i retradicionalizacija ponovo rekonstruisati hijerarhijski odnos između muškaraca i žena?

Na kraju, sledeće dileme i dalje ostaju otvorene: postoji li "dvosmerna ulica", razgovor koji bi premostio ideje američke feminističke pravne misli i dostignuća ne-zapadnih društava u tranziciji, fokusiranih na dimenziju rodnosti. Kratkim predstavljanjem liberalnog, radikalnog, kulturnog feminizma i feminizma razlika mogli bismo postaviti pitanje, do koje mere razvoj u zemljama u tranziciji uspeva da povratno utiče na sadržaj i evoluciju zapadnih feminističkih pravnih teorija?

Summary

Prof. Agneš Kartag-Odri, Ph. D.
Faculty of Law, Novi Sad

NEW PERSPECTIVES IN AMERICAN LEGAL THEORY

The author's intention is to identify the concepts that structured feminist legal theory in the late 20th century in the USA. Her effort is to trace the variety of ways in which these concepts have been transformed, as they were critiqued and appropriated. As a result, there are some 'key words' in legal feminism that are becoming a part of scientific debates and legal terminology. Since these terms are finding their place in Serbian legal and political thinking, the article starts with defining basic terms (difference between sex/gender, private/public, feminism) and naming the disciplines (legal feminism, feminist scholarship in law, feminist legal theory). Feminist legal theory is expressed by a triangular model: women–legal theory–law reforms. Since feminist theory is not monolithic, and it is not constructed as a relatively unitary genre, the central part of the article is devoted to liberal, radical, cultural and difference feminism.

The closing part contains some possibilities of how to create some attachment to legal feminism in order to ensure the visibility of relevant feminist topics, which may result in law reforms, new laws, mechanisms and institutional changes for the improvement and betterment of women's human rights.

The Republic of Serbia is in the process of adopting the new constitution, a new law on gender equality, an anti-discriminatory law etc. High hopes are set for the time when they come into force. These drafts already reflect the importance of issues including gender perspectives, gender sensitive language, and principle of non-discrimination on base of race, ethnicity, gender and sexual affiliation. They also contain ideas for (re)construction of the rights in ways responsive to legal feminist critique in order to (re)achieve the betterment of women's position. To do this, one also needs the theoretical knowledge of legal feminists and their modified application to its own legal, socio-economic, cultural and political context.

II

Šta je pravo?

1. Prof. dr Duško Vrban
Pravni fakultet, Osijek, Hrvatska
Ekonomska analiza prava
2. Prof. dr Milorad Žižić
Dekan Pravnog fakulteta, Priština
Bioracionalna i društvena određenost procesa materijalne izvornosti i suštine prava
3. Prof. dr Miroslav A. Živković
Policijska akademija, Beograd
Doprinos američkih pravnih škola određenju pojma prava
4. Mr Biljana Knežević
Novi Sad
Prirodno pravo Ronalda Dvorkina
5. Mr Sanja Đurđić
Fakultet za Poslovno pravo, Novi Sad
Liberalna teorija pravde Džona Rolsa
6. Prof. Branko Tucakov
Novi Sad
Pravni realizam Džeroma Franka
7. Dipl. pravnik Ferenc Nemet
Glavni urednik časopisa *Létünk*, Novi Sad
Zastupljenost savremene angloameričke jurisprudencije u mađarskoj pravnoj teoriji

1. Prof. dr Duško Vrban

Pravni fakultet, Osijek, Hrvatska

EKONOMSKA ANALIZA PRAVA

Sažetak: Ekonomska analiza prava koja se razvila u okviru poslijeratne čikaške škole ekonomista postavlja temeljni izazov ne samo tradicionalnoj američkoj pravnoj znanosti, nego i uobičajenom europskom poimanju pravnog sustava i njegove autonomije. Ciljevi te škole su dvojaki: prvo, razviti novu vrstu pravne tehnike koja se zasniva na efikasnosti i maksimizaciji bogatstva, i drugo, pružiti novi svježiji teorijski pristup za objašnjenje pravne posebno sudačke prakse. Autor ističe da u suštini taj pristup izbjegava uzeti u obzir ne-ekonomske činioce kao što su altruizam, težnja općem dobru i posebno načelo premoći individualnih prava i vladavine prava.

Ključne reči: ekonomska analiza prava, američki realizam, filozofski pragmatizam, sudstvo, pravna tehnika

Prije nego se u ovome radu dotaknemo naše središnje teme, a to je ekonomska analiza prava u američkoj jurisprudenciji, bilo bi korisno ukazati na neke značajke pravnog mišljenja s obje strane Atlantika, te na teškoće i perspektive, koje se javljaju u ovome kontekstu susretanja dvaju pravnih kultura.

Treba napomenuti da se usprkos još uvijek dosta proširenom mišljenju o nepodudarnosti dvaju pravnih sustava, onoga anglo-američkog *Common law* i europske kontinentalne pravne tradicije (koja počiva na rimskom pravu i na premoći zakonodavstva kao izvora), danas sve više uviđa da su razlike između ta dva sustava dosta relativne. Dapače, u svijest kontinentalnih pravnika sve više prodire uvjerenje o prednostima i potrebi sudačkog stvaranja prava. Ovaj je pomak očigledan u problematici ustavnog sudovanja, kod zaštite ljudskih prava i u nekim posebno dinamičnim područjima kao što je trgovačko pravo i međunarodno sudovanje. Tim u svezi opada nekadašnje –pomalo naivno – povjerenje u svemoć i "racionalnost" zakonodavca, koji bi mogao putem općih akata promijeniti svijet i učiniti pravni sustav pravednim i transparentnim, kao što su vjerovali sastavljači francuskog Napoleonovog zakonika (*Code civil, 1804*). Da-

nas se uviđa da i najbolja zakonodavna tehnika ima mane i da je uvijek u zaostatku sa živom zbiljom, koju je nemoguće u potpunosti predvidjeti i okovati u lance paragrafa građanskih i drugih zakonika. Već je ugledni Savigny na početku 19. stoljeća u Njemačkoj upozoravao na opasnosti koje prate maniju kodificiranja, kojoj ne prethode pripremne radnje, solidno izučavanje pojedinih instituta i uvid u običajno pravo t.j. pučku kulturu.

S ironijom mogli bi primjetiti, da kao što je nekada europska književnost i znanost sa radoznalošću ali i s osjećajem nadmoći, otkrivala nove i nepoznate svjetove, uključivši Ameriku (*noble savage* kod Rousseaua), tako bi i suvremeni američki pravnik, mogao ukazati na neke dogme europske jurisprudencije kao zastarjele i neprikladne dinamičnoj eri globalizacije. Jedna od pouka koju bi mogli steći iz američke teorije i prakse je pored korisnosti sudačke diskrecije kod stvaranja i primjene prava, i ispitivanje učinkovitosti pravnog reguliranja. Učinkovitost odnosno korisnost pravnih odluka, upitna je ne samo u kaznenom pravu, nego najviše kod odmjeravanja naknada za štete i kod procjena pravičnih razrješenja trgovinskih transakcija. Upravo na tom području izgleda najzanimljiviji doprinos ekonomske analize prava.

Do približavanja **prava** ekonomskom načinu razmišljanja dolazi već u 18. st., kada Jeremy Bentham i kasnije John S. Mill, zastupaju tezu o najvećoj sreći najvećeg broja ljudi, kao cilju prava i politike. Ovdje se radilo poglavito o jednoj vrsti moralne (praktičke) filozofije, koja se doticala naročito svrhe kažnjavanja. Nešto drugačije se postavlja ekonomska analiza prava, koja želi nadomjestiti tradicionalnu pravnu dogmatiku novim načinom razmišljanja. Ipak, prema nekim zapažanjima i taj pravac predstavlja samo slijed klasičnog engleskog utilitarizma. Utilitarizam nije formalna analiza prava – koja se npr. susreće kod Austina – nego je preskriptivan model kao uputa za rješavanje društvenih problema i poticanje napretka. I suvremeni se ekonomizam u pravu, rukovodi sličnim pobudama; polazeći od uvećanja društvenog bogatstva (*wealth*), on sugerira putove za maksimizaciju dobitka ili naknade za štetu, koja bi vodila računa o troškovima, svodeći ih na najmanju moguću mjeru. Ovdje etička dimenzija prava nije vidljiva, ili je implicitno sadržana u premisama liberalizma (što veća sloboda trgovine i poduzetništva, veće društveno bogatstvo).

Do intenzivnijeg susretanja prava i ekonomije u Americi, dolazi naročito 1960-ih i 1970-ih godina, kada se u okviru ekonomskog odjela sveučilišta u Chicagu, osniva tzv. "čikaška škola". Osim razrade ekonomskih modela učinkovitosti, radovi Garyja Beckera, Ronalda Coasea, Guida Calabresija, Henryja

Mannea i Richarda Posnera, bave se i pravom, ukazujući i na zanemarenu racionalnost tradicije sudačkog stvaranja prava (*Common law*), čime se je htjela istaknuti i odbojnost, prisutna već kod Holmesa i pravnih realista, prema legalizmu (*Statute law*) i normativnom formalizmu (europska pravna znanost). Među autorima koji pišu u tom duhu, ističe se figura Richarda Posnera, suca i nastavnika, koji je najviše zaslužan za prodor ideja o ekonomskoj analizi prava.

Treba napomenuti da, ustvari postoje dvije čikaške škole: jedna, koja se razvila već u razdoblju prije Drugog svjetskog rata i druga, nakon njega, koja više pažnje posvećuje metodološkim pitanjima. Pripadnici prve škole (Douglas, Knight, Schultz, Viner), nastojali su revitalizirati ekonomsku misao, vraćanjem povjerenja u moć tržišnih snaga, nasuprot državnom intervencionizmu, do kojeg je došlo reformama *New Deal*a. U tome smislu, ove su teorije bile sukladne postavkama Adama Smitha iz 1776. (*nevidljiva ruka*), kao i engleskim liberalnim ekonomistima iz bečke škole, Hayeku i von Misesu, koji su se suprostavljali kejnzijanskoj logici podsticanja potražnje. U toj se perspektivi ističe doprinos Milтона Friedmana, koji je nakon rata postao korifej neo-liberalizma i najviše prevođen američki ekonomski pisac.

Druga, poslijeratna škola čikaških ekonomista, posvetila je mnogo pažnje metodološkim pitanjima maksimiranja korisnosti i smanjenja troškova, kao učinkovitosti djelovanja, u području proizvodnje, razmjene dobara i usluga (*exchange*) i posebno kod kompenzacija za gubitke (*Kaldor-Hicks efficiency*). Polazna je točka ovih modela tzv. "Pareto optimum", po kojemu postoji ravnoteža u raspodjeli dobara, ako bi bilo koja promjena dovela jednog od aktera u lošiji položaj. Čikaški su teoretičari, uzeli u obzir i pravno inducirane promjene u ekonomskom položaju stranaka, npr. kod određivanja naknade za štete, te su nastojali postaviti jedno racionalno pravilo za takve slučajeve (*Coaseov teorem*). Tim u svezi, postavilo se je i pitanje opravdanosti apriorne zakonodavne regulative za takve slučajeve. Kao što je poznato, pravne se konstrukcije utemeljenja odgovornosti kreću u rasponu od načela krivnje (najčešće je to nehaj – *negligence*), presumirane krivnje (teret dokaza je na tuženome), do objektivne odgovornosti, kada krivnju ne treba dokazivati (*strict liability*). Tako se je došlo do zaključka, da su u načelu tržišni mehanizmi poravnanja, učinkovitiji od pravno-zakonske regulative, te da je presuđivanje u tradiciji *Common law*-a, djelotvornije od zakonskog propisivanja odgovornosti, te da u skladu s tim, sudovi trebaju voditi računa o tome da se rizik bar djelomično prebaci na onog tko štetu može smanjiti ili izbjeći, vodeći računa o troškovima.

Značajnu novinu u tome rasuđivanju predstavlja uvažavanje troškova poslovanja (*transaction costs*). Radi se o troškovima koji potječu od težnje da se nešto kupuje i prodaje; osim traženja informacija, stranke se trebaju dogovoriti (*ex ante costs*), zatim se moraju brinuti o tome da se ugovorne obveze ispunjavaju (*ex post costs*). Treba napomenuti, da ova ideja ne potječe od čikaške škole, nego je plod starijeg doprinosa neo-institucionalista (Commons, Coase, Barnard), koji su skrenuli pažnju na ograničenu racionalnost ekonomskih agencija, koje su često izložene neočekivanim troškovima, već i zbog sukoba interesa među njima.

Osim naknada šteta, neke je ekonomiste zaokupljao i ekonomski aspekt ne-tržišnih ponašanja. Tako je Gary Becker pokušao izračunati društveni trošak zločina i ukazati pažnju na ekonomske motive kod sklapanja i razvoda braka, podizanja djece, podjele rada u kućanstvu, zahvaćajući čak i alkoholizam i narkomaniju. Ovo širenje ekonomskog pristupa na oblasti izvan tradicionalne ekonomije, neki su nazvali "ekonomskim imperijalizmom", koji posredno svjedoči i o duhu američkog društva, reflektiranog već u filozofiji pragmatizma. Međutim, neki su drugi autori krenuli u suprotnom smjeru, razmišljajući o ekonomiji kroz institucije, kao što su vlasništvo i pravo (Alchian, Demsetz). Time je započela i afirmacija neo-institucionalizma u ekonomiji, koji se je tako suprostavio formalizmu i individualizmu neoklasičara.

U 1970-im je godinama čikaška škola prava i ekonomije zadobila ugledno mjesto, ne samo među ekonomistima, nego i u krugovima pravnika, kako akademski tako i praktično orijentiranih. Mnogi su polagali velike nade u taj novi pristup, u uvjerenju da on otvara nove perspektive, kako u teoriji prava, tako i u pravnom praktičnom rasuđivanju, koje bi konačno trebalo postaviti na solidne i racionalne temelje. Nikli su i specijalizirani časopisi u toj domeni kao *Journal of Law and Economics* i *Journal of research in Law and Economics*, a protagonisti toga smjera počeli su dobivati zapaženo mjesto i u drugim etabliranim publikacijama. Naglo porasla popularnost ekonomskog pristupa pravu, ako je i doprinijela napuštanju starijeg normativizma Langdellovog tipa, nije ipak sasvim istisnula druge pravce, kao što je već spomenuta neo-institucionalna škola i, onoga bliže domenu sociološkog pristupa – kritičkih pravnih studija.

Pokušavajući rezimirati ovo izlaganje, mogli bi se zapitati koja su to ključna polazišta i pojmovi čikaške škole prava i ekonomije, koji su doprinijeli njezinoj izuzetnoj popularnosti s one strane Atlantika? Ova bi tematika iziskivala detaljniju analizu, koja bi trebala uzeti u obzir specifične osobitosti američkog prava, te razlike u europskom i američkom mišljenju. Zadržavajući se sumarno

na bitnim značajkama toga pristupa, može se ustvrditi prije svega, da ova škola, kao i neki drugi pravci, koji se bave pravom i ekonomijom, počiva na stanovitom dualizmu; s jedne strane, ona teži objašnjavanju smisla i djelovanja pravnih institucija, a s druge strane, ona se postavlja kao preskriptivna metoda, koja prerasta u svojevrsnu pravnu tehniku. Tako se može govoriti o dvije dimenzije ekonomske analize prava, o pozitivnoj, t.j. onoj koja opisuje i predviđa, i o normativnoj, koja propisuje.

Težište ove teorije nalazi se svakako u **konceptu učinkovitosti**, koja se shvaća kao maksimiziranje bogatstva mjereno u novcu. Time, ali i drugim instrumentima, kao što je marginalna korisnost, čikaški autori nastavljaju neo-klasičnu analizu, uključujući u nju, razmatranje troškova poslovanja i ugovaranja. Ovo razmišljanje, koje smatra da je cilj prava implicitno sadržan u njegovom doprinosu uvećanju bogatstva, izrazito je individualističko i apstraktno ocrtano kao i drugi modeli *homo oeconomicusa*. Na taj se način pravo sagledava instrumentalno, kao jedno od institucionalnih uređenja društva, koje se nalazi u istoj natjecateljskoj areni kao i tržište, ugovaranje i izbor političkih preferencija, dakle kao jedan od mehanizama koji bi trebao poslužiti rješavanju sporova koji imaju stvarnu ili hipotetičku tržišnu vrijednost.

Usprkos privida racionalnosti, takav pristup dovodi i do teško prihvatljivih zaključaka, što se može pokazati i na dva primjera, koje navodi Posner, kao ilustracije učinkovitog gledanja na pravo. Tako, on vidi u odsutnosti pravne obveze za spašavanje kupaca, racionalni pristup, jer kad bi bilo drugačije, dobri plivači bi izbjegavali spašavanje, koje im ne bi moglo donijeti nikakvu korist. Budući da oni ipak, usprkos tome, spašava utopljenike, oni bivaju nagrađeni, kako u novcu, tako i priznanjem za altruizam. Drugi je primjer još drastičniji. Posner se naime zalaže da se usvajanje djece obavlja poput dražbe, po principu ponude i potražnje, čime bi se – iako i sam priznaje da je to teško zamislivo – postigli raznovrsni povoljni učinci. Na taj bi način usvojitelji lakše došli do željenog djeteta, a biološki bi roditelji dobili naknadu, koja bi im značila stanoviti dobitak, a i sama bi djeca došla u ruke najboljeg ponuđača, dakle adoptivnih roditelja, koji bi se za njih optimalno brinuli.

Mnoge kritike ekonomske analize prava osvrću se na te i druge insuficijencije ovoga pristupa. Možda je najprimjerenija kritika sadržana u zapažanju da racionalni aktori pravnih ekonomista, imaju malo što zajedničko sa stvarnim ljudima. Radi se o novijoj varijanti *homo oeconomicusa*, kao apstraktnog proizvoda ekonomske imaginacije. Treba dodati i to, da nije realno ni moralno

prihvatljivo vrednovati štete, a pogotovo ljudski život, samo u novcu, kao što to čini ekonomska analiza.

Glavne zamjerke ekonomskoj analizi prava, posebno u varijanti čikaške škole, mogli bi sažeti u ove četiri točke: 1/ Osim učinkovitosti mjerene u novcu, pravni poredak teži i drugim vrijednostima, među kojima se ističe i pravednost; 2/ U tradiciji europske i zapadne pravnoznanstvene paradigme, leži imperativ poštivanja prava uz ograničenje vlasti, što se izražava sintagmom "pravne države" ili "vladavine prava". U toj se perspektivi, sudovanju kao i uopće pravnom odlučivanju, postavljaju normativne granice, koje jamče pravnu sigurnost i provedbu demokratski izabраниh ciljeva zakonodavstva. Unošenjem drugih kriterija, kao što je npr. učinkovitost, te se normativne premise mogu dovesti u pitanje. 3/ Kao što pokazuje istančana ekonomska analiza, ekonomski čimbenici nisu neovisni od društvenog i posebno pravnog konteksta. Naime, troškovi i cijene izravno su ovisni od vlasničkih i drugih institucionalnih ograničenja. 4/ Za većinu ljudi, apstraktno uvećavanje bogatstva, odnosno kvantitativni odnosi raspodjele, imaju manje značenje od samog pristupa dobrima. Drugim riječima, za većinu je društvenih aktera mnogo važnije pitanje **kako** raspodjeliti društvena dobra, javna i privatna, od težnje ka pukom uvećanju koristi mjerene novcem.

Primjerenije bi bilo stoga govoriti o međuzavisnosti ili interakciji društveno-kulturnog konteksta i ekonomske računice, kao što to čini institucionalna i neo-institucionalna škola. Ipak, ne mogu se poreći i neke zasluge čikaške škole; ona je doprinijela boljem uvidu u racionalnost, kako zakonodavstva, tako i sudskog odlučivanja, u onim područjima prava koji su najbliži ekonomiji. To su sporovi o štetama (*tort law*), zaštita vlasničkih prava, te obvezno i trgovačko pravo.

LITERATURA

1. J. D. Hanson / Melissa R. Hart: Law and economics, u: Dennis Patterson (ur.): *A companion to philosophy of law and legal theory*, Malden (MA) itd., 2003, 311-331
2. J. W. Harris: Utilitarianism and the economic analysis of law, u: J Banfield (ur.): *Readings in law and society*, North York (Ont.), 1991, 241-246 (izvor: J. W. Harris: *Legal philosophies*, London, 1980, 36-47)
3. J. M. Kelly: *A short history of Western legal theory*, Oxford, 2003

4. Kregar, J. / Šimonović I.: Teorijski temelji ekonomske analize prava, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 1996, 6:557-617
5. T. Keresteš: Ekonomsko vrednotenje v pravu, *Pravnik* (Ljubljana), 59 (2004) 7-9:279-392
6. N. Mercurio / Steven G. Medema: *Economics and the law: From Posner to post-modernism*, Princeton (N. J.), 1997
7. R. A. Posner: *Economic analysis of law*, Boston /Toronto/London, 1992
8. W. E. Scheuerman: Die stille Revolution im amerikanischen Recht, u: H. Brunkhorst /P. Niesen (ur.): *Das Recht der Republik*, Suhrkamp, 1999, 209-231.

Summary

Prof. Duško Vrban Ph.D.
Faculty of Law, Osijek, Croatia

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND EUROPEAN LEGAL TRADITION

Economic analysis of law developed within post-war Chicago School of Economics poses the fundamental challenge not only to the traditional American jurisprudence, but to the customary European concept of legal system and its autonomy as well. Although it can be seen as a continuation of the utilitarian search for a better and more efficient society, from Bentham onwards, its roots could be discovered in philosophical pragmatism and in the concept of "indeterminacy" common to legal realists from the mid-20th century. Its aims are twofold: firstly, to propose a new kind of legal technique based on the concept of efficiency and maximization of wealth, and secondly, to offer a new and fresh explanatory theory of optimal legal, especially judicial behavior. It is argued that, essentially, this approach fails to take into consideration the non-economic factors such as altruism, common good and, particularly, the principle of supremacy of individual rights and of the rule of law. In the European context, its straight application would be discordant with the predominance of statute law and the position of judiciary which is subordinated to the recognized sources of law outside of it.

2. Prof. dr Milorad Žižić¹

Dekan Pravnog fakulteta, Priština

BIORACIONALNA I DRUŠTVENA ODREĐENOST PROCESA MATERIJALNE IZVORNOSTI I SUŠTINE PRAVA

Sažetak: U pristupu problemu saznanja suštine prava, autor polazi iz osnove koja je nastala sučeljavanjem bioracionalnih i društvenih determinanti prava. Iz takvog procesa projektuje troslojnu suštinu prava, i to: normativni vid

¹ Naše poimanje materijalne izvornosti prava u prvom vidu, tj. pravo kao društvene proizvodnje (stvarnosti) želeća proizvodnja, jednim delom biva suprotno dogmatsko-normativističkoj teoriji prava "očišćenog" od socijalnih i drugih primesa. Jednim delom biva slično sociološko pravnim shvatanjima (Digija, Spasojevića i ostalih). Suprotnost s dogmatsko-normativističkim shvatanjima je prisutna zbog, po nama, ekstremne isključivosti takvih shvatanja kada je u pitanju sociološki, psihološki i drugi faktor, koji po nama bivaju itekakva determinanta izvornosti i suštine prava. Sličnost sa takvim shvatanjima je u tome što i mi pored ostalog ukazujemo na normativnu stranu prava, ali za razliku od njih, kao na jedan vid troslojne suštine prava, koji sam po sebi bez socijalne i vrednosne dimenzije biva nepotpun, jednostran. Sličnost našeg gledišta sa sociološko-pravnim shvatanjima prava, pa i sa pravnim sociologizmom, ekonomizmom, je zaista jednim delom i prisutna. I to što osnova izvornosti ovog vida prava začinje i proces njegovog nastanka se determiniše iz društvene stvarnosti (proizvodnje u najširem smislu reči). Suprotnost, odn. razlika sa prethodnim gledištima je u tome što se, kao i kod normativnog segmenta, ne zadržavamo samo na tom sociološkom segmentu, već njemu u uslovljenoj interakciji pridajemo normativni i vrednosni vid suštine prava, o čemu tokom ovog rada govorimo. Međutim, ono što je, pored ostalog, u našem gledištu različito od ostalih gledišta o pravu, jeste ponuđeni model, pojmovna konstrukcija koja iz bioracionalnog i socijalnog sučeljavanja i interakcije sintetizuje i "usisava" ili ostavlja otvorene mogućnosti "usisavanja" mnogobrojnih uzroka ili činilaca sa različitim ulogom i značajem, a koji se kod mnogih ponaosob smatraju "izvori" prava. Takav je slučaj i sa našim gledištem o materijalnoj izvornosti prava i kroz drugi i kroz treći vid izvornosti prava. I ovde napominjemo da pod pojmom "izvornosti prava" podrazumevamo isključivo materijalnu izvornost prava. Formalni izvor prava (opšti pravni akt) nije predmet ovog rada.

(zapovesti u normama), socijalni vid (ljudske radnje) i vrednosni vid (zaštita vrednosti). Na taj način daje se jedan antropološkopravni ogled integralne projekcije bioracionalne i socijalne određenosti procesa materijalne izvornosti prava i suštine prava.

Ključne reči: suština prava, izvor prava, pravne norme, društveni odnosi, vrednosti.

Iz određene osnove nastale, prevashodno, bioracionalnim i socijalnim prožimanjem različitih sadržaja proizašlih iz stanja potreba datog vremena i prostora, uslovljenih društvenom razvojnošću bilo konkretnom ili opštom, i koja biva osmišljavana determinisanim idejama (odrazom objektivizirajuće razvojnosti društva), začinjje ili može začeti, po našem određenju, proces materijalne izvornosti prava koji poprima ili može poprimiti tri svoja vida, toka.

Prvi vid procesa materijalne izvornosti prava evolutivno je adaptivan, prilagodljiv društvenoj stvarnosti i njenoj potrebi za pravnom regulativom društvenih odnosa. Iz njega u krajnjoj liniji izvire norma koja biva (manje-više) iskazana kroz jedan tehnički iskaz i oblik koji nazivamo normom, odn. pozitivnim pravom. Želeće predstave pravne regulative iskazane kroz pravnotehnički oblik pozitivne norme, predstavljaju željeno-interesna stremljenja tvorca pozitivne norme, pozitivnog prava, odn. stvarnosti koja takvu regulativu priželjkuje.

Ovakvo pozitivno pravo sagledano kroz ovaj vid procesa materijalne izvornosti prava, shvatamo i iskazujemo jednostavnom formulacijom: PRAVO KAO DRUŠTVENE PROIZVODNJE (STVARNOSTI) ŽELEĆA PROIZVODNJA.

Društvena proizvodnja (stvarnost) uzeta u sveobuhvatnom, najširem smislu reči, u interakciji društvenih odnosa i strukture, uslovljava potrebu izgradnje adekvatne pravne regulative mnogobrojnih i raznorodnih društvenih odnosa. Nagonska potreba za samoodržanjem, udruživanjem, identitetom, ukorenjenošću, orijentacijom; želja za moći; **egzistencijalna** sigurnost, ekonomska profitabilnost i drugo, iskazuje se kroz društvenu bazu i nadgradnju, gde se ostvaruje ili pokušava ostvariti željeno-interesna zadovoljština.

Ostvarivanje željeno-interesne zadovoljštine iziskuje potrebu adekvatne zaštite, regulative, posebno pravne regulative. Interesna sučeljavanja i polarizacija u društvenoj proizvodnji (stvarnosti) rezultiraju raznovrsnim sukobima, a što uslovljava potrebu za postojanjem organizovane sile i adekvatno izgrađenog aparata koji će tu silu primeniti u cilju njihovog razrešavanja i zaštite određenih interesa. Zavisno od snaga moći, i niza društvenih pretpostavki i okolnosti, a

koji utiču na izgradnju i organizaciju aparata za primenu organizovane sile (koja po intenzitetu treba da bude najjača u takvoj društvenoj stvarnosti), zavisice i izgradnja njima podešene pravne regulative društvenih odnosa.

Tako determinisana društvena stvarnost uslovljava želeću proizvodnju pravne regulative, koja u umnostvaralačkom procesu izvornosti prava biva zajedno začeta i osmišljena, i tehnički realizovana u pozitivnu normu.

Kada iz naše, bioracionalnim i socijalnim sadržajima satkane osnove materijalne izvornosti prava, prođemo kroz ovaj vid i u krajnjoj liniji dođemo do pozitivne norme (pozitivnog prava), završava se, po nama, prva faza izvornosti prava, poznatija kao materijalna izvornost prava ovog prvog vida. Od onog momenta kada izgrađeni pravni akt u kome je pravna norma, stupi na snagu (ako je reč o opštem pravnom aktu, odnosno opštoj pravnoj normi), započinje nova faza – faza formalnopravne izvornosti evropskokontinentalnog pravnog sistema. O ovoj vrsti izvornosti kao nadogradnji na pomenuto materijalno pravno izvorno tle, nećemo govoriti.

Jedna od bitnih odlika prvog vida procesa materijalne izvornosti prava, u našem određenju, jeste dakle, postojanje određene društvene sigurnosti sa iskazanim potrebama za pravnom regulativom, s jedne strane. I stvaralačka kreativnost proizašla iz sučeljavanja bioracionalne i socijalne uslovljenosti je evolutivna, adaptivna, tj. prilagodljiva takvoj stvarnosti, odn. njenim iskazanim potrebama za pravnom regulativom, s druge strane.

Pošto iz ovoga vida izvornosti prava izvire pozitivno pravo u našem poimanju, analitičko-sintetički fokus biva usmeren na pomenutu društvenu stvarnost (proizvodnju), na njena bitna i karakteristična svojstva, odn. na kolektivitet i mnogobrojne odnose u njemu, koji su najvažnija determinanta date stvarnosti. Stoga i naša polazna osnova i ideja, nastala kao produkt sučeljavanja bioracionalnih i socijalnih determinanti, biva usmeravana kroz ovaj prvi vid izvornosti prava. Odnosno, kroz poimanje, osmišljavanje prilagodljivo postojećoj stvarnosti, s jedne strane, a s druge, kroz doprinos bitnom modifikovanju društvene stvarnosti. U tome se ogleda posebna sociološka dimenzija prava.

O nekim segmentima takve stvarnosti bitnim za ovaj vid prava govorićemo kasnije.²

² Dublje sagledavanje odnosnih problema moguće je u knjizi autora – M. Žižić, *Bioracionalna i društvena određenost procesa materijalne izvornosti i suštine prava*, Grafika "Simić", Kruševac 2004.

Drugi vid procesa izvornosti prava shodno našem određenju ide drugim želećim evolutivnim tokovima (za razliku od prvog vida), tokovima ne mirenja (neadaptacije sa postojećom stvarnošću (proizvodnjom) i stvaranjem regulativnih predstava u cilju prevazilaženja takve stvarnosti (proizvodnje), zasnovanih na intuitivnim, ideološkim, moralno-vrednosnim sudovima, htenjima i sličnom. Ako bi se stvorili društveni uslovi i društvena prijemčivost za tako nešto, onda bi ovaj vid procesa izvornosti prava rezultirao, takođe normom, koja bi kroz tehnički iskaz i oblik bila pretvorena u pozitivnu normu, čime bi nastalo osmišljenije i razvojnije (evolutivnije) pozitivno pravo, s jedne strane, ili, s druge strane, tzv. revolucionarno pozitivno pravo.

Ovakvo, bilo tzv. evolutivnije pozitivno pravo, ili tzv. revolucionarno pozitivno pravo, sagledano kroz ovaj vid procesa materijalne izvornosti prava, shvatamo i pojmovno određujemo i podvodimo pod iskaz: PRAVO KAO ŽELEĆA PROIZVODNJA U CILJU PREVAZILAŽENJA POSTOJEĆE I USPOSTAVLJANJA NOVOG OBLIKA DRUŠTVENE PROIZVODNJE (STVARNOSTI).

Društvena determinisanost ovako shvaćenog poimanja prava je delom slična pravu koje proizlazi iz prvog vida procesa izvornosti. Međutim, u ovom slučaju se radi o drugačijoj željenointeresnoj zaštiti opozicionih snaga koje žele da svrgnu tvorca prava, smene vlasti u cilju nametanja svojih interesa i ovladavanja silom, koja bi omogućila njihovu zaštitu. Dakle, moguće su dve situacije.

Ako je reč o prvoj situaciji, takvo pravo shvatamo kao želeću proizvodnju predstava pravne regulative, koje su evolutivne ali neadaptivne (nemireće) prema postojećoj društvenoj stvarnosti i situaciji, i koje se ako naiđu na društvenu prijemčivost, iskazuju kroz pravnotehnički iskaz pozitivne norme. Onda takvo pravo shvatamo kao gipkije, razvojnije evolutivno pravo koje može odgovarati tvorcu prava, ali može odgovarati i opozicionim snagama.

Ako je reč o drugoj situaciji (gde opozicione snage žele nametanje svojih interesa i ovladavanje silom i procesom stvaranja i primene prava), takvo pravo shvatamo, takođe, kao želeću proizvodnju predstava pravne regulative, koje su evolutivne, ali neadaptivne (nemireće) prema postojećoj društvenoj stvarnosti, i koje se, ako naiđu na društvenu prijamčivost, iskazuju kroz pravnotehnički iskaz pozitivne norme u specifičnim društvenim uslovima, a što bi odgovaralo našem poimanju revolucionarnog pozitivnog prava. Dakle, došlo bi do korenitih promena u društvenoj stvarnosti a time i u pravu, odn. pravnom poretku.

I u jednoj i u drugoj situaciji ovako shvaćeno pravo proizlazi iz drugog vida procesa materijalne izvornosti prava. Ono predstavlja želeću proizvodnju

pravne regulative u cilju prevazilaženja postojeće i uspostavljanja novog oblika društvene proizvodnje (stvarnosti).

Ovakvo analitičko-sintetičko prožimanje i fokusiranje stvarnosti (proizvodnje), takođe našem polazištu i daljnjem toku izvornosti prava daje realnu, sociološku dimenziju prava. To analitičko-sintetičko fokusiranje realiteta u njegovoj konkretnoj sadržajnosti, ta socijalna interesno-nadražajna impulzija i varnica u bioracionalnoj sferi, mikrokosmosu čoveka i kolektiviteta, može prouzrokovati pored ostalog, želeću proizvodnju pravne regulative u cilju prevazilaženja postojeće i uspostavljanja novog oblika društvene stvarnosti. Dakle i ovde bioracionalna nit tokom procesa prava biva uslovljena, determinisana socijalnom niti, a što će kroz sferu psihičkog rezultirati određenim želeće interesnim stremljenjima i mogućim otelovljenjem u nešto što nazivamo pozitivnom normom.

Razvoj društvenih odnosa, antagonizam pluralističkih interesa, društveno krizne situacije i slično, uslovljavaju, pored ostalog, socijalnu dimenziju koja u ovom (i prvom vidu izvornosti) determiniše izvorni proces prava. Kao što smo rekli, o nekim društvenim činionicima koji se mogu javiti kao determinanta prvog i drugog vida procesa materijalne izvornosti prava, govorićemo kasnije.

Treći mogući vid kretanja procesa materijalne izvornosti prava, kao i prethodna dva vida, polazi iz osnove proizašle iz sučeljavanja različitih bioracionalnih i socijalnih komponenti, ali ide posebnim želećim tokom nezavisnim od društvene stvarnosti, vremena i prostora. Pri tom se stvaraju željene predstave pravne regulative univerzalno-vrednosnog, večnog, prirodnim zakonima identičnog poimanja, gde se autonomnim preživljavanjem, intuicijom, nadahnućem, otkrovenjem, metafizičkom spekulacijom različitog opsega ili jednostavnim pravilnim rezonovanjem pretpostavlja valjani sadržaj, vrednost i merila, prirodno, voljom božjom ili ljudskim umom dati. Ovaj vid procesa izvornosti prava rezultira u nešto što najčešće nazivamo prirodnim pravom, objektivnim pravom, božjim pravom, univerzalnim pravom, umnim pravom, pravim pravom i sl.

Stoga tako proizašlo pravo shvatamo i podvodimo pod iskaz: PRAVO KAO ŽELEĆA PROIZVODNJA NEZAVISNA OD DRUŠTVENE STVARNOSTI, VREMENA I PROSTORA. Znači i ovaj vid procesa izvornosti prava rezultira željenim predstavama pravne regulative, zasnovanim na subjektivnim iskazima i merilima. Ti subjektivni iskazi i merila kao odraz želeće proizvodnje predstava pravne regulative, kao što smo naveli kod prvog i drugog vida pravne izvornosti, bivaju ili mogu biti objektivizirani, otelovljeni u oblik pozitivno pravne norme.

Međutim, kod ovog vida izvornosti prirodnog prava ovi iskazi i merila ostaju misleni iskazi i merila, možda i norma (ali ne u vidu pozitivne norme, sem ako je pozitivno pravo inkorporira) ili jednostavno nekakav zahtev i sl. Stoga bi se takav, uslovno rečeno, prirodno-pravni misleni iskaz, merilo, norma, zahtev i slično, mogao javiti kao impulzivna presija na umnostvaralački proces pozitivnog prava, odn. kao korektiv pozitivnog prava u određenim segmentima i određenoj meri.

Čime se objašnjava potreba za ovakvim određenjem prava, kao prirodnog, univerzalnog i sličnog? Jedan razlog nalazimo u neiscrpnjivosti kreativnosti ljudskog uma i duha, koji su jedna od pokretačkih snaga čovekove egzistencije. Drugi, u nagonskoj potrebi za samoodržanjem, društvenošću, identitetom, ukorenjenošću, orijentacijom, moći i drugim oblicima zadovoljštine. Treći, u čovekovo nesigurnosti, nesnalaženju i teškoj mirljivosti sa, često, surovom stvarnošću. Četvrti, u čovekovo uobrazilji, veri i nadi. Peti, u mogućnosti postojanja i neke druge sile ili prirodne uslovljenosti.

Iz ovako determinisanih potreba proističe i određeni značaj tzv. prirodnog prava, upravo u cilju stvaranja želećih predstava pravne regulative, koja bi na neki način izazvala njihovu zadovoljštinu. Ovo se posebno odnosi na domen zaštite ljudskih prava i sloboda, koja se na neki način stavljaju u prvi plan i predstavljaju najvitalniju okosnicu egzistencijalne sigurnosti i svakog demokratskog pravnog poretka.

Dualitet tzv. prirodnog i pozitivnog prava, gde se prvo pretpostavlja drugom, kao nešto što je večno, savršeno ili savršenije, nečem što je prolazno, nesavršeno, surovo, podložno jačem, i čija se primena u krajnjoj liniji svodi na organizovanu merljivu silu, može se kretati od najbliže dodirnih tačaka s jedne strane, pa do potpunog udaljavanja i krajnje polarizacije s druge strane.

Dualitet ova dva prava posebno dolazi do izražaja kada je reč o najznačajnijoj sferi egzistencijalizma, a to su, kao što rekosmo, ljudska prava i slobode. Pozitivno pravo po svojoj prirodi i kroz svoj razvoj neretko ispoljava određenu surovost ili relativnu zaštitu kada su u pitanju ljudska prava i slobode. Čak, može ispoljiti i takav stepen surovosti i narušavanja nekakvog prirodnog sklada prava i sloboda čoveka, da ona jednostavno mogu biti i suspendovana ili samo u određenoj meri formalno-pravno zajamčena, ali da realizacija takvih prava i sloboda bude faktički neostvarljiva. Stoga, kao jedan prirodan odgovor egzistencijalne borbe tako silom zaštićenom pravu (pozitivnom pravu), jeste iskonska i nagonska potreba suprotstavljanja istom. I to u cilju njegovog prevazilaženja,

prilagođavanja širem prirodnijem shvatanju prava i sloboda čoveka i sličnog, kao i u cilju njegovog ukidanja. Usled toga, prirodno ili objektivno pravo sa svim bitnim i karakterističnim svojstvima, mišljenja smo da, pored ostalog, biva i značajan korektiv pozitivnog prava, posebno u društveno kriznim situacijama. To potvrđuju iskustva francuske buržoaske revolucije, i potom revolucionarna prekretnica u razvoju takvih prava i sloboda. Između zalaganja za dualizam umnog i pozitivnog prava (pravni racionalizam), s jedne strane, i pokušaja izmirenja racionalnih elemenata (uma) i istorijskih (pozitivnog prava), a što čini objektivno-pravni idealizam, s druge strane, naše zalaganje ide pravcem izmirenja prirodnog i pozitivnog prava. I to u smislu što bi prirodno pravo bilo snažna impulzija i korektivna presija nad pozitivnim pravom, čime bi pozitivno pravo bilo prirodnije, pravičnije, ljudskije, sa izraženim moralnim i drugim vrednostima, posebno kada su u pitanju ljudska prava i slobode, odn. njihova zaštita.

Bilo o kom vidu izvornosti prava da je reč, po našem određenju, takvo pravo nastaje suštinski kao posledica određenog uzročno-posledičnog sleda. Taj svaki vid prava u sebi sadrži suštinska svojstva iskazana kroz razložnost, uzročnost, motivisanost, htenje, svrhu, radnju, sankciju, interes i slično, pored ostalog. Pravo bilo iz kog od pomenuta tri vida izvornosti, po nama, pretstavlja pojavu, fenomen, sredstvo koje suštinski osmišljava i usmerava kroz određene vidove ljudsku egzistenciju ka nekom cilju. Najčešće u sadejstvu i sa drugim pojavama i procesima karakterističnim za druge nepohodne vidove ljudske egzistencije. Naravno svaka od njih na svoj specifičan način.³

Naš pristup problemu saznanja suštine prava, uz sav rizik, polazi iz osnove nastale sučeljavanjem bioracionalnih i društvenih determinanti prava. Iz takvog procesa projektujemo troslojnu suštinu prava, i to: normativni vid (zapovesti u normama), socijalni vid (ljudske radnje) i vrednosni vid (zaštita vrednosti).⁴

Ovim je dat jedan antropološkopravni ogled integralne projekcije bioracionalne i socijalne određenosti procesa materijalne izvornosti prava i suštine prava, kao naš doprinos teoriji prava.

³ Isto.

⁴ P. Laslett: *Philosophy, Politics and Society*, Oxford, Blackwell, 1956.

Summary

Prof Milorad Žižić, Ph. D.
Faculty of Law, Priština
with temporary headquarters in Kosovska Mitrovica

BIORATIONAL AND SOCIAL DEFINITENESS OF THE PROCESS OF MATERIAL AUTHENTICITY AND THE ESSENCE OF LAW

1. The problem of knowledge of law in philosophical legal and theoretical legal sense was studied in various ways during last two and half milleniums in European civilization.

Knowledgable statements about law are being found in a series of suppositions and works of famous philosophers and theoreticians of law. Numerous stimuli, causes, factors, suppositions and circumstances mostly characteristic for specific time and space, significantly determined and determine motivation, approaches and goals of studying and recognition of this phenomenon.

The most significant aspects, theories of state and law which originated during designated social development are being intentionally projected. Some, among other things, also for the justification or denial of existing or coming social, i.e. legal order.

2. The problem of material authenticity and essence of law the author is trying in certain degree to recognize through an antropological legal essay of integral projection as a process of facing biorational and social guidelines, and points to possibility of triple form material authenticity and essence of law. First two forms of the process of material authenticity of law result or can result in legal rule, i.e. bring to appearance of positive law, either in form of law as social production (reality) of desired production, or law as desired production in order to outgrow an existing and establishing a new form of social reality (production). The third form of material authenticity of law could be experienced as desired production independant from social reality, time and space (natural law, God's law, real law, sense law and similar).

The author points out that a problem of the essence of law in a certain degree can be approached in threefold way, i.e. he emphasizes a triplelayer

essence of law, pointing to its normative, social and value aspect. Normative aspect of the essence of law is reflecting in forms of commands in legal rules. Social aspect in aim-rational, value-rational and traditional acting, in other words, behavior. And value aspect in forms of accomplishment and protection of certain interests.

3. Prof. dr Miroslav A. Živković

Policajska akademija, Beograd

DOPRINOS AMERIČKIH PRAVNIH ŠKOLA ODREĐENJU POJMA PRAVA

Sažetak: Američke pravne škole proširuju pojam prava smatrajući da se on neopravdano svodi na zakon odnosno opšte pravne akte, dok se značaj pojedinačnih pravnih akata i posebno sudske odluke zanemaruje. Ove škole insistiraju na stavu da se opšti pravni akti primenjuju najčešće tek posredstvom pojedinačnih akata i sudske odluke. Stoga su organi koji donose pojedinačne akte, a posebno sud umnogome slobodni kada određuju šta je pravo u konkretnom slučaju. Sloboda organa primene i posebno suda proizlazi iz činjenice da konkretne pravne odluke zavise ne samo od sadržine zakona odnosno propisa već i od logičkih, filozofskih, političkih i moralnih pretpostavki odnosno shvatanja onih koji donose te odluke.

Ključne reči: američke pravne škole, američki realizam, zakonski pozitivizam, pojedinačni pravni akt, sudska odluka.

1. *Uvod* – Tokom 19. veka, a naročito u njegovoj drugoj polovini u Evropi je dominirala škola zakonskog pozitivizma, koja je uopštavajući evropsku pravnu praksu pravo definisala kao sistem važećih zakona i drugih propisa. Redukcionizam i formalizam ovakvog pristupa kritikovan je kako u Evropi, tako i u SAD. Krajem 19. veka, otprilike u isto vreme pojavile su se škola slobodnog prava, prvo u Nemačkoj, a potom i drugde po Evropi i realistička škola u SAD. Ove škole proširuju pojam prava smatrajući da se on neopravdano svodi na zakon odnosno opšte pravne akte, dok se značaj pojedinačnih pravnih akata i posebno sudske odluke zanemaruje. Američke pravne škole insistiraju na stavu da se opšti pravni akti primenjuju najčešće tek posredstvom pojedinačnih akata i sudske odluke. Stoga je za građane najrelevantniji sadržaj pojedinačnih akata, koji se često donose na osnovu diskrecione vlasti. Čak i kada nije takav slučaj,

mnoge zakonske odredbe su nedovoljno određene, nejasne, međusobno protivrečne, ili postoji slučaj pravne praznine. Stoga su organi koji donose pojedinačne akte, a posebno sud u mnogome slobodni kada određuju šta je pravo u konkretnom slučaju. Sloboda organa primene i posebno suda proizlazi iz činjenice da konkretne pravne odluke zavise ne samo od sadržine zakona, odnosno propisa, već i od logičkih, filozofskih, političkih i moralnih pretpostavki odnosno shvatanja onih koji donose te odluke.

2. *Američka realistička škola* – Ova škola se pojavila krajem 19. veka kao reakcija na školu zakonskog pozitivizma koja prenaplašava značaj zakona i drugih opštih pravnih akata.¹ Prema školi zakonskog pozitivizma pravo se svodi na opšte pravne akte (opšte norme), a njegova primena na deduktivno izvlačenje zaključka iz opšte pravne norme putem formalne logike. Ova škola prenaplašava značaj stvaranja prava od strane zakonodavca, a potcenjuje samostalnost sudova i drugih organa koji primenjuju pravo. Organi primene prava shvaćeni su u školi zakonskog pozitivizma, kao i u školi pojmovne jurisprudencije, kao prosti logički automati.

Škola pravnog realizma nastala je kao reakcija na prenaplašavanje značaja važnosti državnih propisa i zanemarivanje stvaralačkog karaktera sudskih odluka i slobode sudova u tumačenju propisa. Imajući u vidu značaj slobode i kreativnosti sudova u tumačenju zakona i drugih propisa Bendžamin Hodli je početkom 18. veka rekao: "Onaj ko ima apsolutnu vlast tumačenja bilo kojih pisanih ili izrečenih zakona, taj je uistinu praktično zakonodavac, a ne ono lice koje ih je prvo napisalo ili izreklo".² Pravni realizam je posebno kritikovao pozitivističku dogmu o potpunosti, neprotivrečnosti i određenosti pravnog sistema. S obzirom na to da je pravni sistem pun nepotpunosti (praznina), protivurečnosti i neodređenosti (nejasnoća) sud ima veliku samostalnost u donošenju sudskih presuda.

Sudija i profesor Oliver Vendel Holms je među prvima izrazio sumnju u ispravnost tada dominantnih postavki analitičke i istorijske škole. Smatrao je da u objašnjenje prava, pravnog procesa i prirode pravnog mišljenja treba uneti više realizma i pragmatizma nasuprot preovlađujućoj sklonosti ka apsolutizaciji i mešanju logike i metafizike. Po nekim mišljenjima Holms nije bio samo

¹ Vidi tačku "American Realism", u knjizi: *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, str. 655-670.

² B. Hoadly, Bishop of Bangor, *Sermon preached before King*, 1717, str. 12, navedeno prema: K. Čavoški, *Uvod u pravo I*, str. 29.

zastupnik pragmatizma u pravnoj teoriji, već je bio među ključnim ličnostima koje su doprinele razvoju "američkog pragmatičnog duha".³

U objašnjenju društvene svrhe i uloge prava Holms je bio preteča funkcionalističke teorije. Po njegovom mišljenju pravo je sredstvo za postizanje društvenog cilja za koji se odlučila vladajuća snaga zajednice. U društvu svaka grupa, kao i individua, ima različite interese te se stoga vladajući interesi uspostavljaju kroz borbu za opstanak i bolji društveni položaj. Holms je blizak klasnom pogledu na pravo, on kaže da je teza o solidarnosti različitih interesa u društvu lažna, te da su "zakoni sredstva za prenošenje neugodnih tereta s jedne klase na drugu".⁴

Što se tiče određenja pojma prava Holms se zalaže za pojmovno odvajanje prava od morala. Po njemu pravo nije ni moralni minimum, a kamo li da je u celosti zasnovano na moralu.⁵ Prava priroda prava najbolje se može otkriti ukoliko se ono posmatra sa stanovišta lošeg, nemoralnog čoveka. On mari jedino za predvidive negativne posledice, a predvidljivost nije moguća samo na osnovu poznavanja zakona, već tek na osnovu poznavanja sudske prakse. Loš čovek, kaže Holms, ne mari za dedukcije iz aksioma ili zakona, već nastoji da zna ili predvidi kako će u konkretnoj situaciji postupiti sudovi Masačusetsa ili Engleske. Holms kaže da deli mišljenje "lošeg" čoveka o odlučnosti ovog pitanja. "Predviđanja, šta će sudovi učiniti u konkretnoj stvari, i ništa pretencioznije, su ono što ja smatram pravom".⁶

Značaj sudske odluke proizlazi iz neodređenosti (apstraktnosti) i protivrečnosti zakona, postojanja pravnih praznina i specifičnosti slučaja na koji se norma ili norme primenjuju. Kako kaže sudija Holms, istaknuti predstavnik realističke škole, "opšte odredbe ne rešavaju pojedinačne slučajeve", te stoga sudije imaju "suverene prerogative izbora". Holms je osporio i zajednički stav različitih pozitivističkih škola da je pravna logika suština procesa primene prava. Po njegovom mišljenju "život prava nije logika već iskustvo"⁷, a potom dodaje: "Ispod logičke forme leži sud o relativnoj vrednosti i važnosti suprotstavljenih pravnih osnova, često neartikulisani i nesvesni sud koji je zaista pravi koren i nerv celog postupka. Svakom zaključku možete dati pravnu formu. Uvek

³ A. Molnar, *Društvo i pravo*, Novi Sad, 1994, knj. I, str. 223.

⁴ M. White, *Društvena misao u Americi*, 1975, str. 175.

⁵ A. Molnar, *Društvo i pravo*, str. 228.

⁶ O. W. Holmes, *Collected Legal Papers*, New York, 1921, str. 172.

⁷ O. W. Holmes, *The Common Law*, Boston 1881, str. 1.

možete podrazumevati neki uslov ugovora. Ali zašto ga podrazumevate? Zbog verovanja da tako postupa zajednica ili klasa, ili zbog mišljenja o politici, ili ukratko, zbog nekog vašeg stava o stvari koja nije podobna za kvantitativno merenje, pa zato nije podobna za donošenje preciznih logičkih zaključaka”.⁸

Po Holmsu za razliku od apstraktnog i krutog zakona presuda odnosno sudija je u stanju da uvidi specifičnosti konkretnog slučaja, da razreši i pomiri pravne kontradiktornosti i kontradiktornosti individualnih i društvenih vrednosti i interesa. Stoga tek sudska presuda predstavlja relevantno i živo pravo.

U sociološkom objašnjenju prava Dž. Frank slično Holmsu i Kordozu polazi od konfliktne prirode društvenih odnosa, sukoba ekonomskih, rasnih i religioznih interesa i stavova. Međutim, uticaj klasne pripadnosti više dolazi do izražaja kada je u pitanju donošenje zakonskih pravila no sudskih odluka. Sudski slučajevi se tiču pre svega svakodnevnih problema u kojima klasna pripadnost često nije od značaja. Uticaj klasne pripadnosti se ispoljava u slučajevima kada su stranke pripadnici različitih klasa i kada sudija po pravilu sudi u korist pripadnika svoje klase, ali takvi slučajevi su relativno retki.⁹ Pravo, dakle, u jednom svom delu pokazuje klasni karakter.

Frank razlikuje dve vrste legislative: legislativnu (parlamentarnu) i sudsku. Međutim, ni legislativna, ni sudska pravila ne čine pravo, ”*pravo se ne sastoji od pravila, već od odluka*”. Pri sudskom stvaranju prava pravila su osnov, polazište, smernice, pravila imaju karakter sredstava i instrumenata kojima se sudija služi da bi došao do svojih odluka. Frank smatra da su lična uverenja sudije značajnija od sadržaja pravnih pravila. Ako se sudijino shvatanje razlikuje od onoga na šta ga upućuje pravilo, on će postupiti po svom mišljenju tako što će opservirati činjenice onako da to omogući da njegova odluka stekne formalno-logičku osnovu u pravnom pravilu. Većina sudija nije svesna prave prirode svog psihološkog procesa.

Zbog toga se sudske odluke ne mogu unapred predvideti. Najvažnija determinanta sudske odluke jesu psihološke osobine sudije. Frank ovo dokazuje brojnim statističkim podacima zaključujući da dodeljivanje pravde zavisi pre svega od toga pred kog sudiju predmet dođe, a ne od sadržaja pravnih pravila. Zaklanjanje iza pravnih pravila je ideološki postupak i u tom smislu pravo je jedan oblik ideologije, štaviše tu ima elemenata zaostatka magije, magijske vere

⁸ O. W. Holmes, *Collected Legal Papers*, str. 181, 182.

⁹ A. Molnar, *Društvo i pravo*, knj. I, str. 245.

u priziv svetih reči, a prizivanje pravnih pravila proizlazi iz verovanja da reči, same po sebi, proizvode efekat koji im se pripisuje. U stvarnosti pravo kao tehnički i ideološki mehanizam obezbeđuje sa jedne strane relativnu stabilnost poretka, a sa druge strane omogućava arbitrarnost državnih odluka, koja je ponekad potrebna, dok u drugim slučajevima nije potrebna ali je podnošljiva.

Mada neki predstavnici realističke škole pri definisanju prava koriste pojam ponašanje sudija njihovo shvatanje ipak ne bi trebalo da se shvati kao antinormativističko jer se ponašanje sudije svodi na odluku, tj. na normu koju on donosi. Prema tome, razlika između sociološke i pozitivističke škole ovde je, pre svega, terminološka jer i realistička škola pod pravom podrazumeva norme, tj. sudske odluke koje donose sudovi. Osnovna razlika između raznih škola pozitivizma i realizma je u tome što realistički pravac naglašava značaj procesa primene prava i pojedinačnih pravnih akata. Pravo se konkretizuje i postaje relevantno za stranke tek u procesu primene. Zbog toga realistička škola akcenat u definisanju prava stavlja na akte primene prava prvenstveno na sudske odluke, umesto na zakon i druge propise. Pomeranje težišta prava sa opštih na pojedinačne pravne akte (pre svega sudske odluke) uslovljeno je korišćenjem sociološkog metoda od strane realističke škole. Za razliku od pozitivizma koji je isticao kako pojedinačni pravni akti treba da se donose u skladu sa višim pravnim aktima u duhu logike hijerarhije pravnog sistema ne ulazeći u pitanje da li se to u stvarnosti tako i zbiva, realistička škola dala je odredbu prava imajući najpre u vidu stvarne odnose u primeni prava, tj. stvarni odnos sudske presude i zakona.

3. *Ekonomska analiza prava* – U poslednjih nekoliko decenija u svetu su se izdvojila još dva teorijska pravca (škole) mišljenja. Reč je o dva teorijski i ideološki suprotstavljena tabora: ekonomskoj analizi prava (Law and Economics) i Kritičkom izučavanju prava (Critical Legal Studies Movement).

R. Coase (Kouz) i R. Posner (Posner) predstavljaju najznačajnije teoretičare ekonomske analize prava koja je iznikla u Sjedinjenim državama (pre svega Čikagu) i Velikoj Britaniji na tradiciji klasičnog liberalizma.¹⁰ Po liberalističkom shvatanju ekonomski pristup socijalnoj i političkoj filozofiji predstavlja najefikasniji način rešavanja društvenih problema. Po shvatanju škole ekonomske analize pošto pravo reguliše društvene odnose i doprinosi rešavanju društvenih problema i ono mora biti ustrojeno na osnovi

¹⁰ Vidi tačku: "The Economic Analysis of Law", u knjizi: *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 374-379.

ekonomskih principa. Posner smatra da pored tradicionalnog privatnog prava koje je već prožeto implicitnom ekonomskom logikom celokupan pravni sistem treba da bude prožet logikom efikasnosti i savršene konkurencije.¹¹ Kritičari ove škole su međutim ukazali da se ekonomska logika u mnogim pitanjima razilazi od pravne logike čiju srž čine recipročnost i pravičnost. Kao regulativni mehanizam pravo nije isključivo u službi ekonomije, već šire, politike, morala i društva čiji interesi nisu samo ekonomski.

Prema školi ekonomske analize prava ekonomska efikasnost treba da bude konačni arbitar kako u formulisanju prava tako i u njegovoj primeni. Nije preterano ako se kaže da je ideja o pravdi kao suštini prava ovde zamenjena idejom o ekonomskoj efikasnosti kao suštini prava. Pošto su za nju zainteresovani pre svega poslovni krugovi koji raspolažu ekonomskom moći, cela teorija je u stvari racionalizacija njihovih interesa. Po svom redukovanju i banalizaciji pravna škola ekonomske analize je slična teoriji o sili kao osnovu i suštini prava. Umesto fizičke sile ovde je postavljena ekonomska efikasnost koja je takođe oblik prinude nad čovekom.

Škola je naročitu pažnju posvetila ekonomskoj analizi države blagostanja i njenog prava. Po njenom shvatanju, koje je delio i predsednik Regan, svaka preraspodela dohotka u društvu mimo mehanizma slobodnog tržišta je nepoželjna, ona je kapitalno ekonomsko zlo, štaviše, Posner je na jednom mestu naziva krađom. On cinično primećuje da preraspodela i porez ipak imaju izvesno opravdanje. Bez njih bi porasla beda koja izaziva kriminal, a on, pak, ugrožava ekonomsku efikasnost. Beda sama za sebe očito nije problem, ona škodi samo ukoliko putem kriminala ugrožava bogate. Ova škola se zalaže za racionalizaciju pravnih pravila koja bi snizila troškove (naročito u postupcima) i stvorila takva pravila koja bi odgovarala sporazumu koji bi između stranaka inače bio postignut da ne postoje državno-pravne procedure. Jednostavno rečeno, ovde postoji zahtev da se stvori pravna situacija kakva bi postojala da nema prava i njegove zaštite. Pravo treba stvoriti po idealu bespravnosti, tj. idealu prava jačeg. Tako se zahtev za ekonomskom efikasnošću na kraju svodi na politiku sile (ekonomske moći). Kouz nešto umerenije tvrdi (Kouzova teorema) da će strane u sporu povezane eksternim efektom, ako mogu besplatno da pregovaraju, uvek naći efikasno rešenje, bez obzira ko je po zakonu odgovoran za štetu. Ova pretpostavka često neće biti ostvariva. Ona počiva na viziji kalkulantskog i kooperativnog homoekono-

¹¹ R. Posner, *Economics Analysis of Law*, 1986, str. 29-40.

mikusa. U stvarnosti međutim često postoje različite psihološke prepreke i iracionalni motivi koji onemogućavaju sporazum. Na tom hiljadugodišnjem iskustvu i postoji institucija pravnog procesa. Ona košta, što naročito smeta Kouzu, ali je kao pravna institucija neophodna.

Škola ekonomske analize očito predstavlja racionalizaciju ekstremno konzervativnih ideoloških stavova. U tom smislu ona nema osnov u klasičnom liberalizmu na koji se samo verbalno oslanja. Liberalizam ne smatra da se ljudska prava i slobode mogu redukovati na pravo vlasništva i ekonomsku konkurenciju (efikasnost). Pravo mora biti ne samo izraz već i ograničenje ovih, kao i drugih, nesumnjivo nužnih društvenih vrednosti. U pravu efikasnost je samo jedna od više ključnih vrednosti pored slobode, mira, sigurnosti, pravde, ljudskog dostojanstva i istine. Pravo izražava, ograničava i razgraničava ove vrednosti. Ono se ne može svesti na jednu ili nekolicinu svih vrednosti.

Umereniji predstavnici škole ekonomske analize uviđaju nemogućnost da se u pravu svi kriterijumi i sve vrednosti svedu na ekonomsku efikasnost te stoga govore o usklađivanju pravnih i ekonomskih kriterijuma u formulisanju i primeni prava.

4. *Škola kritičkog izučavanja prava* – Ova škola leve orijentacije predstavlja suprotnost konzervativnoj školi ekonomske analize prava. Izrasla je na pravnim školama Jeila, Harvarda i Stenforda na tradiciji kritičkog maksizma, posebno onog frankfurtske škole i američkog pravnog realizma. U tradicionalnom pristupu pravu kritička škola naročito negira formalizam, pozitivizam i liberalni legalizam. Pripadnici škole su levi liberali, reformatori i radikali. Osnovu programa i metoda kritičke škole predstavlja dijagnoza društva prema kojoj "Zemlja i svet su krcati zlom i nepravdom. Prihodi i moć su zločinački nepravedno raspoređeni. Hipokrizija i histerija istinski obeležavaju spoljnu i unutrašnju politiku. Pravo doista, bar delom, sadrži želju vladajućih da nastave da vladaju".¹² Na osnovu ovakve ocene društvene situacije moguća je samo kritička ocena postojećeg prava, teorije i ideologije koja je u njegovoj osnovi. Prema kritičkoj školi, liberalizam koji je u osnovi postojećeg prava svojom prividnom brigom za slobodu i individualna prava služi kao maska za *status quo* koji odlikuje eksploatacija i nepravda. Pravni legalizam, formalizam i pozitivizam nalaze se u službi liberalističke ideologije. Po shvatanju ovih

¹² L. Schwartz, With Gun and Camera Through Darkness CLS – Land, 36 *Stanford L. Rev.*, 1984, str. 420.

pravaca pravna nauka bavi se samo onim pravom koje je dato u formalnim pravnim izvorima. Značenje i smisao prava objektivno su dati, te se stoga mogu objektivno saznati metodom tumačenja. Po mišljenju kritičke škole koja usvaja bitne tekovine američkog pravnog realizma, iznete pretpostavke su uglavnom netačne. Pre svega, pravo nije samostalan društveni činilac, ono nije ni apolitično, ni neutralno. Pravo je politički fenomen, ono nije ništa drugo do čista politika. To se vidi u njegovom stvaranju i u njegovoj primeni. Pravne norme nemaju objektivno dato značenje. U praksi pravo je uvek stvar subjektivnog političkog tumačenja. Formalno-deduktivni karakter pravnog zaključivanja je samo pojavni oblik i sredstvo sprovođenja proizvoljne političke odluke. Kritička škola smatra da je njen zadatak da razotkrije da pravo slično religiji, u stvari legitimiše dati poredak moći. Pravo je ne samo u svom tumačenju već i svojoj formulaciji izraz bogatih i moćnih, onih kojima odgovara formalna jednakost i sloboda tržišta. Pravo nije pojava sa samosvrhom, ono je pre svega jedan socijalni instrument. Ono se ne može odvojiti od vrednosti, morala i politike vladajućih ili bilo kog drugog tumača. Veliko je pitanje da li je dogmatički metod tumačenja uopšte naučan, da li je moguće naučno tj. objektivno tumačenje ili će jurisprudencija zauvek biti, kako su je shvatali još Rimljani, pre svega veština i filozofija.

5. *Zaključak* – Većina američkih pravnih škola u 20. veku podržava nekoliko ključnih teorijskih shvatanja:

1) pravna teorija se mora izgrađivati u tesnom jedinstvu sa sociološkim posmatranjem prava;

2) u određenju pojma prava treba poći od njegovih funkcija, a takođe funkcije prava treba razgraničiti od funkcija drugih normativnih sistema;

3) pravo je kako u svom stvaranju, tako i u primeni tesno povezano sa politikom i moralom tj. potrebama, interesima i shvatanjima ljudi;

4) povezanost sa moralom naročito dolazi do izražaja kroz sudski proces u kome sudije interpretiraju i razrešavaju protivurečnosti i nepotpunosti pravnog sistema i tumače konkretne pravne pojmove polazeći od trenutnih društvenih potreba i preovlađujućih moralnih shvatanja;

5) pri određenju pojma prava mora se imati u vidu strukturalna složenost pravnog fenomena (stupnjevitost) i sa njom povezana procesualnost njegovog ostvarivanja;

6) posebnu pažnju pri definisanju prava treba posvetiti značaju subjektivnog faktora, tj. čoveka i njegove pravne svesti pri uobličavanju konačnih, konkretnih pravnih odluka.

Otvaranjem novih pitanja i originalnim rešenjima nekih tradicionalnih dilema američka teorija se u 20. veku izdigla u sam vrh svetske pravne misli dostigavši Evropu koja je do tada imala nesumnjiv primat.

Summary

Prof. Miroslav A. Živković, Ph. D.
Police Academy, Belgrade

CONTRIBUTION OF AMERICAN LEGAL THEORY IN DEFINING THE CONCEPT OF LAW

During the nineteenth century, and especially in its other half, in Europe dominated a school of legal positivism which by generalizing the European legal practice defined law as a system of current laws and other regulations. Reductionism and formalism of such approach was criticised both in Europe and in the United States. Late in the 19 century, about the same time two schools of free law appeared first in Germany, and then in other places through Europe and a realist school in the United States of America. These schools widen the concept of law considering it to be unjustly reduced on law or in other words general legal acts while the importance of individual legal acts and especially court decisions are being ignored. American law schools insist on standpoint that general legal acts are being applied most often only through individual acts and court decision. Therefore, the most relevant thing for the citizens is the content of individual acts, that are often being passed on the basis of discretion authority. Even when this is not the case quite a number of legal regulations are insufficiently determined, unclear, mutually contradictory or there is a case of legal emptiness. Therefore, bodies passing individual acts, especially the court, are to a great extent independant when determining what law is in that particular case. Independance of applying bodies and especially that of the court results from the fact that particular legal decisions depend not only on the content of

law in other words regulations but also from logical, philosophical, political and moral suppositions, that is, understanding those who make those decisions.

Therefore, a definition of the concept of law needs to express 1. place and role of normative phenomenon in society; 2. place and role of law in the scope of normative phenomenon and its relations with other normative systems (morality, customs); 3. complex relations and mechanisms in relations of law and other social subsystems (religion and politics); 4. inner structural complexity of legal phenomenon (graduality) and 5. procession of accomplishment of law and significance of subjective factor i.e. man and legal values which he adopts in forming final, particular legal decision.

4. Mr Biljana Knežević

Novi Sad

PRIRODNO PRAVO RONALDA DVORKINA

Sažetak: U radu se analizira jusnaturalizam Ronalda Dvorkina (*Ronald Miles Dworkin*), jednog od najvažnijih pravnih filozofa današnjice. Autor nastoji da predstavi nastanak i razvoj Dvorkinovog prirodno pravnog učenja koje se znatno razlikuje od klasičnih prirodno pravnih teorija. Razlike proizlaze iz eklektičnosti njegovog shvatanja pravne pojave. Sabirajući uticaje interpretativne teorije prava, prirodno pravne teorije, kao i postmoderne filozofije, on stvara novo, interpretativno prirodno pravo. Po njemu, pravo je kategorija koja počiva na pluralizmu pravnih principa i individualnim pravima. Nova vrednost kojom se pravni tekst rukovodi je pravo kao integritet. Pravo kao integritet je metafizička kategorija do koje se dolazi interpretacijom sudije. Na ovaj način, sudija postaje centralna figura u donošenju odluka i generator samog stvaranja prava. Samo jedna osoba "sudija Herkules" može dosegnuti skriveni smisao prirodnog prava na kome su zasnovani svi pravni principi i koje će najbolje oslikati potrebe individue u društvu. Nova pravna stvarnost postignuta interpretacijom treba da zadovolji moralne kriterijume pojedinačne ličnosti, jednako se odnosi prema svima i poštuje pravo na samoopredeljenje. Dvorkinova interpretativna teorija prirodnog prava na taj način privileguje individuu: onu koja sudi i onu kojoj se sudi. Ovakvo shvatanje prirode prava usredsređeno je na karakter presuđivanja teških slučajeva.

Ključne reči: prirodno pravo, interpretacija, pravni principi, individua.

Shvatanje prava Ronalda Dvorkina – jedne od najuticajnih figura anglo-američke pravne tradicije, smešta se između dva potpuno oponentna stanovišta pravne teorije – strogog *pozitivizma* i današnjeg, *postmodernizma*. Svojim pu-

blikacijama: *Suština individualnih prava*¹ i *Carstvo prava*², on je doneo veliki preokret pravnoj teoriji i filozofiji prava. Ovaj preokret se sastojao u savremenom pogledu na tradiciju liberalizma, oličenu u Dž. Loku i F. Hajeku, kao i u postavljanju novog problema u identifikovanju fenomena prava i razmatranju njegovog smisla i sadržaja – a to je problem *pravne interpretacije*.

Dva fundamentalna Dvorkinova dela, unela su promene u pravni život, kako u SAD-u, tako i u Engleskoj u kojoj je pravna tradicija počivala na strogom pozitivizmu i težila da odbaci svaku mogućnost interpretacije (Ostin, Bentam), ali i svaki pokušaj upliva bilo kakvih drugih društvenih pojava, odnosno socijalnih fakata. Jedna od bitnih karakteristika još potpuno nerazvijenog građanskog života pedesetih i šezdesetih godina XX veka u Americi je potpuno i neprikosnoveno uspostavljanje razlike između onoga što *pravo jeste*, i onoga što bi pravo *trebalo da bude*. Dvorkin negira ovu koncepciju uvođenjem *morala* u sam pojam prava, kao i uvođenjem pojma *principa*, koji su glavna vrednost i preteča postojanja ljudskih prava, a pritom nisu zasnovani na dotadašnjim racionalističkim postavkama.

Dvorkinovo filozofsko-pravno polazište objedinjuje i sintetizuje tradiciju *prirodnopravne teorije* i teorije morala, sa hermenautičkim karakterom *postmoderne filozofije*, čiji je rezultat *interpretativna teorija prava*.

U okviru postojeće podele teoretsko pravnih škola u anglosaksonskoj jurisprudenciji, shvatanje prava Ronalda Dvorkina smatra se teorijom koja stoji između pozitivizma i teorije socijalnih činjenica. Sa druge strane, ona je bliska jusnaturalizmu, a neki pisci smatraju je realističkom teorijom.³ Dvorkin se na neki način nadovezuje na shvatanja pravnog realizma, na Holmsa, Kardoza i Franka, međutim, i pored uočljive veze, između njih postoji i značajna razlika.⁴ Ovakav položaj Dvorkinovog shvatanja prava, pripisuje se njegovom insistiranju na moralnim principima u pravu, a delom je posledica širokog spektra tema kojima se bavi. To su oblasti pravne, političke, socijalne filozofije, bioetike, teorije sudskog odlučivanja itd.⁵ On posmatra pravo kao koherentni sistem, kome

¹ Ronald Dvorkin: *Suština individualnih prava*, Podgorica, 2001. (Ronald Dworkin: *Taking Rights Seriously*, Ducworth, 1977.).

² Ronald Dvorkin: *Carstvo prava*, Beograd, 2003. (Ronald Dworkin: *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986.).

³ Sajmon Blekbourn: *Oxfordski filozofski rečnik*, Novi Sad, 1999, str. 93.

⁴ Gordana Vukadinović, Radivoj Stepanov: *Uvod u filozofiju prava*, Novi Sad, 2004, str. 166.

⁵ Nav. delo, str. 167.

su i moral i socijalni fakti, ali i prinuda imanentni. Prema njemu, pravo se mora posmatrati kao šira pojava, odnosno kao integritet.⁶

Ronald Dvorkin je jedan od najvažnijih pravnih filozofa današnjice.⁷ Njegovi savremenici često govore o njegovom monumentalnom doprinosu filozofiji prava i smatraju ga za teoretičara sa međunarodnim renomeom.⁸ O tome nesumnjivo govore mnogobrojni prikazi njegovih knjiga i radova, kao i veliko međunarodno interesovanje za njegovu teoriju. Mnoge od njegovih knjiga prevedene su na brojne svetske jezike.

Ronald Majls Dvorkin, rođen je 1931. godine, diplomirao je jurisprudenciju na Oksfordu (*Oxford – Magdalen College*), a zatim je upisao pravni fakultet na Harvardu (*Harvard Law School*), na kojem je diplomirao 1953. god. Posle završenog fakulteta, radio je kao službenik u jednoj američkoj firmi (*American Judge Learned Hand*), u periodu 1957-1958, a zatim u jednoj asocijaciji pravnika (*New York Law Firm of Sullivan and Cromwell*), od 1958. do 1962. Iste godine, Dvorkin je postao profesor prava na Jejl univerzitetu (*Yale University*). Godine 1969, počeo je da drži predavanja jurisprudencije na Oksfordu. Ostali profesori jurisprudencije na Oksfordu bili su takođe poznata imena savremene pravne teorije: Džon Finis, Nil Mek Kormik⁹ i Jozef Raz. Od 1975, Dvorkin je postao profesor prava na Njujorškom univerzitetu (*New York University*), na kome je držao seminar iz oblasti filozofije prava zajedno sa Robertom Nozikom, sve do Nozikove smrti 2002. Dvorkin drži predavanja i na drugim prestižnim američkim univerzitetima: Harvardu, Kornelu (*Cornell University*) i Princetonu (*Princeton University*). Održao je veliki broj predavanja i u Engleskoj, na London koledžu (*University College of London*).

Njegovi prvi objavljeni radovi su veoma privlačili pažnju, zbog svog anti-utilitarističkog karaktera. Poseban uticaj na Dvorkina, kao mladog autora, imao

⁶ Ronald Dvorkin: *Carstvo prava*, str. 189. i dalje.

⁷ David A. J. Richards, u predgovoru: Stephen Guest: *Ronald Dworkin*, Stanford University Press, 1998, str. 1.

⁸ Gordana Vukadinović, Radivoj Stepanov: nav. delo, str. 166.

⁹ Neil MacCormick (1941), bio je profesor Univerziteta u Glazgovu (*Glasgow University*) i Edinburgu (*Edinburg University*), od 1972. Član je finske i britanske akademije nauka i umetnosti. Autor je mnogih knjiga iz pravne i političke teorije. Najznačajnija dela: *Civil Liberties and The Law*, 1977, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978, *H.L.A. Hart*, 1981, *Legal Right and Social Democracy*, 1982, *In Institutional Theory of Law*, 1986.

je Džon Rols, svojim delom *Dva koncepta normi (Two Concepts of Rules)*,¹⁰ koje je objavljeno 1955. Od pojavljivanja tog dela, postalo je jasno da je liberalizam našao novu odbranu svoje ekonomije i ugovorno baziranog sistema, koji je Rols modifikovao i unapredio. Takođe, veliki uticaj na Dvorkina izvršio je Herbert Hart, kao i na čitavu generaciju mladih pravnikâ i pravnih teoretičara, koji su kao i Hart, bili inspirisani Vitgenštajnovom i filozofijom običnog jezika. Može se slobodno reći da su ova dva pravna teoretičara, dakle Džon Rols i Herbert Hart dali pečat radu Ronalda Dvorkina. Veliki uticaj na Dvorkina je izvršio i jedan od najvećih anglosaksonskih filozofa – Bernard Vilijams. Njegov uticaj posebno je vidljiv u Dvorkinovoј ideji o *jednakosti*. Još jedan filozof mora biti pomenut kada se radi o delu Ronalda Dvorkina, a to je Garet Evans.¹¹ U periodu od 1973. do 1975, Evans i Dvorkin su zajedno držali seminar u Oksfordu, na temu objektivnosti u pravu i moralnosti. Upravo na ovim seminarima, rodile su se mnoge zajedničke ideje. Najznačajnije publikacije tih pedesetih godina prošlog veka, koje su između ostalih, pomogle Dvorkinu da pronade svoj stav o pravu, bile su: knjiga Juliusa Stona *Područje i funkcija prava (The Province and Function of Law)*, 1946, zatim, delo Volfganga Fridmana, *Pravo i društvene promene u savremenoj Britaniji (Law and Social Change in Contemporary Britain)*, koje je izdato 1951. godine. Takođe, uspešna je bila i knjiga Denisa Lojda *Uvod u jurisprudenciju (Introduction to Jurisprudence)*, 1959, koja je obuhvatala pregled glavnih škola jurisprudencije.¹² Ovo su ujedno i dela koja su gradila Dvorkinovu pravnu stvarnost i pomogla mu da shvati i prevaziđe tradicionalna liberalistička stanovišta o državi i društvu.

Veoma bitan momenat u Dvorkinovom opusu, koji otkriva njegovo metafizičko stanovište i koji u velikoj meri objašnjava njegov stav o pravu, je rad *Pravo izvan prava (Law Beyond the Law)*,¹³ koji je postao i jedna od glava njegove knjige *Carstvo prava*, u kojoj sasvim jasno i precizno objašnjava svoju teoriju integriteta, odnosno *prava kao integriteta* i negira bilo kakve apstrakcije u definisanju i tumačenju prava. Sam naziv, *pravo izvan prava*, govori o tome da pravo svakako nisu sudske presude, kao što misle realisti, konvencionalisti i konzervativna pravna teorija, ali, po Dvorkinu, to nisu ni ogoljene pravne

¹⁰ John Rawls: *Two Concepts of Rules*, *Philosophical Review*, 64, 1955.

¹¹ Ovaj neafirmisani mladi filozof bio je visoko nadaren, tragično je preminuo 1980, kada je imao 31. godinu.

¹² Stephen Guest: *Ronald Dworkin*, Stanford University Press, 1998. 1-16.

¹³ Ronald Dworkin: nav. delo, str. 433. i dalje.

norme i čisti pravni tekst, kao što tvrde pozitivisti. Pravo je samostalan sistem, ima određeni habitus i predstavlja *samodovoljnu, korporativnu* celinu koja sama sebe oblikuje i prečišćava. U pravnom sistemu nalaze se najrazličitiji pravni oblici, koji se razlikuju po svom stepenu čistote i savršenosti. Otkrivanje savršenosti prava, uvek teče od lošijeg ka boljem. Naime u manje savršenom obliku prava, nalazi se njegov više savršen oblik, koji tek treba otkriti. Tako postepeno dolazimo do sve većeg savršenstva, što se događa gotovo evolutivno i vrlo sporo. Dakle, pravo je *koherentna, osmišljena celina*, u kojoj treba otkriti njen najprečišćeniji oblik. Ovo je u zadatak dobio apsolutno inteligentni sudija, koga je Dworkin nazvao Herkulesom, a koji će umeti da uoči sve najvažnije strukture nepogrešivog sistema i da otkrije njegov najsavršeniji oblik i značenje, koji se nalazi negde u pravnom tekstu. Naziv njegovog rada, *Pravo izvan prava*, daje povod za određene prirodno pravne implikacije – pravo se nalazi izvan samog pravnog teksta i predstavlja samostalan i samodovoljan sistem, koji je integrisan sa pozitivnim pravom, tako što na njega utiče u smislu poboljšanja. Kada se pravo prečišćava, ono u stvari dolazi do svog savršenijeg oblika, imajući pred sobom sliku ovog "prava izvan prava". Način na koji pravo dolazi do svog ideala je *interpretacija sudije*.

Zbog toga, mnogi teoretičari prava, kao i Dworkinovi kritičari, poput Nila Mek Kormika, Raza, ili Pola Gejfnija, razmišljaju o njemu kao o teoretičaru prirodnog prava. Raz je jedan od teoretičara koji je među prvima primetio prirodno-pravne elemente u njegovoj teoriji.¹⁴ Dworkin je dao novi smisao prirodnom pravu, govoreći o večnim vrednostima, koje se ogledaju u sistematskom i zaokruženom integritetu i insistirajući na *moralnom sadržaju prava*. Prirodno pravo proučava, ne ono što pravo jeste, nego ono što bi trebalo da bude. Prema prirodnom pravu, sudije treba da odlučuju teške slučajeve interpretirajući političku strukturu svoje zajednice na poseban način, tražeći *moralne principe zajednice*.¹⁵

Dworkinov svet, kao i Rusoov potiče iz iste ideje stvaranja sveta, iz subjektivnog. On smatra, da je čovek otuđen od sopstvenog realiteta i da se nalazi u neautentičnom stanju. Međutim, osnovna razlika između dva pisca proizlazi iz nejednakog poimanja apstraktnih kategorija, kao što su *sloboda, opšta volja, ili građansko stanje*. Dworkin ne postulira neistorijski momenat postojanja prirod-

¹⁴ Joseph Raz: "Professor Dworkin's Theory of Rights", *Political Studies*, 26, 123, 1978. cit. prema: Ronald Dworkin: *Suština individualnih prava*, str. 444.

¹⁵ Isto.

nog stanja – njegova individualna prava, posledica su postojanja sopstvenog *moralna i savesti* svake ličnosti, pri čemu je moral lišen svake pomisli na kolektivnost. *Opšta volja*, koju postulira Ruso, je apstraktna zamisao o slobodi većine, dok bi *volja svih* bila pojedinačna volja svakog člana društva.¹⁶ Dvorkin je u svom delu potpuno apstrahovao *opštu volju*, kao i apstraktnu kategoriju *slobode*. Od Rusoovog zahteva za slobodom i jednakošću, Dvorkin insistira samo na jednom, a to je jednakost. Ova samerljiva, komutativna vrednost nije karakteristična za savremeni liberalni svet koji počiva na materijalnom i slobodnoj razmeni. Sa druge strane, u Dvorkinovoj teoriji, očigledan je sam vrhunac razvoja partikularnih volja, koje se protive *opštoj volji*. Želja za jednakošću ostaje u njegovoj teoriji samo kao nemogućnost poricanja notorne činjenice da generalni distributer ipak postoji. Dolazi do fatalne inverzije: *volja svih* suprotstavlja se *opštoj volji* i nastoji da zavlada svojom anarhičnošću. Univerzumi pojedinačnih volja, podstaknuti subjektivističkim, građanskim ophođenjem i izgradnjom sopstvenog personaliteta, izdižu se iznad politike – ”moderni subjektivitet sa načelom: sve što jeste to je po meni, je neposredovano progovorio kroz odluku da se država i epoha čine od samog početka, iz same ideje – iz jedne ideje se stvara svet.”¹⁷

Dvorkinova teorija, u svojoj prirodno-pravnoj dimenziji, liči na ekspaniranu Rusoovu zamisao. Ona daje novo svetlo teoriji prirodnog prava, ukidajući pojam *opšte volje*. Opšta volja nije ono što stvara pravo, ona predstavlja samo jedan mali deo prava kao integriteta, predstavlja moćnu politiku i vlast u kojoj su pojedinačna prava i pojedinačna volja rasplinuti i obespravljani. Umesto opšte volje kao centralne teme koja opravdava nadmoć kolektiviteta, Dvorkin postuli-
ra novi izvor suverenosti – pravo kao integritet. Pravo kao integritet, ujedno je i *pojedinačno i opšte* – to je ”zajednička” volja u kojoj ne postoje ontološke razlike između pojedinca i kolektiviteta. Ona podjednako uvažava pojedinca kao i kolektivitet. U Dvorkinovoj teoriji, subjektivnost se izdigla do objektivnosti. Pravo kao integritet, integritet pojedinca i društva – Rusoove opšte i pojedinačne volje, pri čemu se pojedincu, odnosno *volji svih* daje prednost. Međutim, ovaj zamišljeni integritet nije još ostvaren. Pravo je sistem koji se sam prečišćava – sledeći vrednosti integriteta, manje savršeni oblici postaju sve savršeniiji čekajući svoje vreme apsoluta, odnosno integritet sam.¹⁸ Integritet nije nedostižan, ali nije ni ostva-

¹⁶ Up. Gordana Vukadinović: *Žan Žak Ruso i prirodno pravo*, Petrovaradin, 2005, str. 94. i dalje.

¹⁷ Lazar Vrkatić: *Ontologijski stav filozofije prava*, Novi Sad, 1997. str. 41.

¹⁸ Ronald Dvorkin: nav. delo, str. 243. i dalje.

ren. Sam Dvorkin smatra ga mogućom utopijom, ali i rešenjem neprekidnog sukobljavanja političke vlasti i pojedinca, smatrajući političku vlast dovoljno apstraktnom, da izgubi kredibilitet subjekta o kome se u pravu vodi razgovor. U Dvorkinovoј teoriji, dovodi se u pitanje autentičnost i legitimitet vlasti, odnosno, postavlja se pitanje, da li država uopšte treba da postoji, ukoliko ne uključi u svoj pojam nebrojive pojedinačne volje. Zbog ovog raskola između *prava kakvo je trenutno*, odnosno *prava kakvo treba da bude*, može se sa sigurnošću tvrditi da Dvorkinova teorija jeste *prirodno pravna teorija* koliko i Rusoova, koliko i teorije njegovih savremenika: Lona Fullera, začetnika proceduralne varijante prirodnog prava i Džona Finisa, tvorca supstantivnog naturalizma.¹⁹

Analizirajući Dvorkinovo, kao i Rusoovo delo, očigledna je još jedna sličnost između dva pisca, koja se mora imati u vidu. To je instaliranje jedne ličnosti, koja treba da herojskim poduhvatom dostigne zadate vrednosti ideala. Kod Rusoa, to je "herojski zakonodavac" koji poseduje moć najveće moguće ljudske razboritosti,²⁰ koji je personifikacija *opšte volje*, duha samog, a kod Dvorkina, to je *sudija* Herkules, koji takođe ima nadljudske sposobnosti u odlučivanju kako bi uspeo da prodre u samu suštinu, odnosno prirodu prava. Ukoliko je kod Rusoa ovaj herojski zakonodavac izraz *opšte volje* koji stvara sve iz jedne ideje,²¹ kod Dvorkina, Herkulesova *pojedinačna volja* nije proizvod opštosti, što ukazuje na dodatno revolucionisanje i promovisanje subjektivnog. Subjektivno ovde biva prikazano u svojoj punoj važnosti – kao biće koje obiluje vrlinama samo po sebi. Svi multipliciteti i heterogenosti savremenog društva i prava bivaju ukinuti idealnim prikazom jedinstvenog, vrlog čoveka. Ovo je pravo slavljenje i pohvala *individui*. "Herojski zakonodavac", kod Rusoa, bavi se opštom stvari, on je emanacija opšte volje i donosi zakone. Herkules ne predstavlja većinu, niti je izraz bilo kakve opštosti. Kao takav, on nije osposobljen da donosi zakone, ali zato vrlo spretno presuđuje u pojedinačnom slučaju. Njegova vrlina nije čak ni *građanska vrlina*, jer je i građanska vrlina po pravilu izvedena iz opšte vrline. Građanska vrlina ne razlikuje se od opšte vrline apsolutno i dok opšta vrlina ne postoji kod svakoga, građanska pretenduje da se proširi na svakoga.²² Herkules, prema tome,

¹⁹ Nav. delo, str. 433.

²⁰ Žan Žak Ruso: *Društveni ugovor – O poreklu i osnovama nejednakosti među ljudima*, Zagreb, 1978, str. 117.

²¹ Gordana Vukadinović: nav. delo, str. 102. i dalje, Lazar Vrkatić: nav. delo, str. 58.

²² Lazar Vrkatić: *Prirodno pravo i pozitivisanje prava*, doktorska disertacija, Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet, 1993, str. 222.

nema građansku vrlinu, niti je ima bilo koja individua Dvorkinovog društva. "Herojski sudija", je istaknuti pojedinac kome je dato pravo da dosegne apsolut, odnosno *integritet* sam. Stoga, može se reći da Dvorkinova teorija nije ni strogo liberalna, niti racionalna, a ponajmanje umska, dok individue Dvorkinog društva nisu građani – niti su vrli, niti racionalni. Individue Dvorkinovog društva imaju sopstvenu, samovoljnu prirodu, koja je sama po sebi, autentična je i nije deo "duha zajednice", ili bilo kog apstraktnog principa ili opštosti.

Opšta volja, kao politički momenat dovedena je u pitanje, ruinirana je uspostavljanjem "samosvesti" individue, građenjem novog "tehnološkog društva". Vidimo da se Rusoova teorija, primenjena na uslove savremenog društva i prava, ne može pokazati kao izraz opšte volje. Jedino što je sigurno, jeste očigledna težnja za uspostavljanjem potpuno novog poretka, pa makar on bio i utopija, odnosno *ne-stvarnost*.

Novina koju je Dvorkin uveo u teoriju prirodnog prava, nalazi se i u odnosu između prirodnog i pozitivnog prava. Naime, pozitivino i zadato, prirodno pravo, u teoriji prava kao integriteta, nisu potpuno metafizički odvojeni. Ono što ih vezuje jeste *interpretacija*. To je ono što oživljava, što je *logos*, večna vatra koja spaja dve, reklo bi se, nepomirljive suprotnosti. Interpretacija je bez sumnje *delatni princip*, bez koga ne bi moglo da funkcioniše ni pozitivno pravo, ni pravo kao integritet. Interpretacijom, pozitivno pravo stalno pokušava da dođe do najboljeg odgovora, do najviše vrednosti. To je njegovo oružje i način kako može biti spašeno, oživotvoreno i revolucionisano. U interpretaciji, polazi se od *principa*, jer upravo su oni izvor ljudskih prava. Oni su pokazatelji prava, koje čovek prirodno ima, van zakonskog teksta, drugim rečima, oni su *autohtoni*.

Razmotrimo sada prirodu Dvorkinovog apsoluta – prava kao integriteta u svetlu prirodno pravnih teorija. Heraklit je smatrao: "Sa stanovišta Boga, sve stvari su lepe, dobre i pravedne, ali ljudi su napravili pretpostavku da su neke stvari pravedne, a druge nisu."²³ Aristotel smatra da je prirodno pravo ono koje svuda ima istu važnost, odnosno koje je opšte za sve.²⁴ Drugi antički pisci, stoici na primer, govorili su da je prirodni zakon merilo svih ostalih zakona, dok su ga neki izjednačavali sa Bogom. Iz prethodnih stavova, može se videti da je prirodno pravo naslovljeno kao nešto što je večno, nepromenjivo, za razliku od ljudskog zakona koji je podložan promenama. Dok je prirodno pravo, bilo ono ote-

²³ Cit. prema: Leo Straus, *Prirodno pravo i istorija*, Beograd, 1997, str. 119.

²⁴ Aristotel: *Nikomahova etika*, Beograd, 1960, str. 129.

lotvorenje Boga, ili prirode same, monolitno i jedno jedino, idealna i apsolutna egzistencija, dotle su zemaljski zakoni vođeni providjenjem o nepromenljivoj i neizostavno menjani u težnji za dostizanjem savršenstva. Postoji oštra metafizička razlika između prirodnog, zadanog prava i pozitivnog prava.

I to je upravo još jedna razlika između Dvorkinovog učenja i klasičnih teorija prirodnog prava, a ujedno novina i svojevrsno senzacionalno otkriće. Naime, egzistencija prirodnog prava, odnosno prava kao integriteta nije nepokretna. Naprotiv, Dvorkin kaže da nikada nije tvrdio da postoji jedan pravi odgovor, već mnoštvo različitih "pravih" odgovora.²⁵ Njegov svet prava kao integriteta nije monolitan, niti nepokretan. Naprotiv, on sadrži princip *uključivosti*. Otvoren je za sve nove ideje i mnogostruk, drugim rečima, pluralističan je i razbijen, baš kao što su i pojedinci različiti. Ova tvrdnja je svakako neosporan dokaz uticaja kritičkih teorija, kao i postmoderne teorije prava. Nije slučajno što Dvorkin nosi epitet teoretičara "postliberalizma".²⁶ Upravo u ovom ključnom elementu njegove teorije, u pokretljivosti, uključivosti, fleksibilnosti, uviđamo njegov raskid sa klasičnom filozofijom prirodnog prava, ali i raskid sa Kantom i bilo kojom klasičnom filozofijom. Po njemu, ne postoji univerzalno prirodno pravo, već se ono razlikuje prvenstveno po podneblju i istorijskom dobu, a zatim i pojedinačno, od slučaja do slučaja. Tako, Dvorkinovo prirodno pravo postaje *interpretativno prirodno pravo*. Ovakvim svojim shvatanjem, on negira postojanje kategoričkih moralnih imperativa, pretpostavljenu ljudsku racionalnost, univerzalni umski sadržaj, pa i Boga (prirodno pravo kao božansko providenje) i traga za autentičnim tekovinama čoveka, skrivenim u njegovoj prirodi. U Dvorkinovoj teoriji, ne postoji veštačka geometrija sveprisutnog uma, ova koncepcija biva potpuno iscrpljena neracionalizovanim elementima, koji priznaju čak i imaginaciju, sve ono što individua jeste. Ovi elementi su *principi* iz kojih se izvode ljudska prava, koji su za svakog čoveka drugačiji. Njihov zajednički imenitelj nije um, niti razum. Zajednički imenitelj, po Dvorkinu, može biti samo *mogućnost komunikacije*, među potpuno različitim individuama. Dvorkin uporno želi da skrene pažnju na nemogućnost govora istim jezikom²⁷ i negira činjenicu da se komunikacija odvija isključivo kroz fenomen ljudske racionalnosti.

²⁵ Ronald Dvorkin: nav. delo, str. 447.

²⁶ Sajmon Blekborn: *Oksfordski filozofski rečnik*, str. 93.

²⁷ Djilo Dorfler (1910), jedan od najpoznatijih filozofa estetičara, u svojoj knjizi *Teorija disharmonije*, koristi izraz "prevavilonsko stanje" (pre Vavilonske kule ljudi su govorili jednim jezikom) za tzv. geometrijski apstraktizam, odnosno racionalizovano, "razumljivo" po-

Drugi argument, koji ide u prilog tvrdnji nepostojanja univerzalnog umskog sadržaja, ili unapred predpostavljene racionalnosti, jeste njegovo objašnjenje samoizgradnje, odnosno *samoprečišćavanja pozitivnog prava*. Pravo se evolutivno razvija: u prostijem njegovom obliku, skriva se više savršen, a u njemu još više savršen oblik. Pravo je dinamično, a dinamiku, odnosno kretanje, pravo dobija *interpretacijom*. I to ne bilo kakvom interpretacijom, već interpretacijom individue. I tako se pravo kreće, stalno stvarajući novu i novu pravnu stvarnost. A ta nova pravna stvarnost je ponovo interpretacija, koja će zadovoljiti moralne kriterijume pojedinačne ličnosti, interpretacija koja je zasnovana na *principima*, ona koja se jednako odnosi prema svima, koja je bez predrasuda i poštuje svačije pravo na samoopredeljenje. Ovaj proces je beskonačan. Stoga, ne postoji neko zauvek dato pravo.

Uočene su sve klasične formule prirodnog prava koje Dworkin koristi, ali takođe i nekoliko postmodernih elemenata. Iz navedenog se može zaključiti, da se Dworkin na neki način trudi da sintetiše moralnu teoriju sa tradicijom prirodnog prava i elementima postmoderne filozofije. Rezultat je *interpretativna teorija prava*, koja je usredsređena na suštinski moralni karakter presuđivanja teških slučajeva. Sudija je taj koji mora pronaći ideal integriteta. On potencira moral epistemološki i metafizički. Privileguje individualne ciljeve, a ne politiku grupe.²⁸

Međutim, Dworkin je učinio zaista hrabru i dramatičnu inverziju. *Individualno mišljenje*, postalo je *objektivna istina*. Iz ove, veoma značajne, ključne tvrdnje, proizaći će ozbiljne posledice Dworkinovog razmišljanja, o pravu kolektiviteta i individualiteta, pitanju ljudskih prava, ali i pravnim odnosima, dužnostima i obavezama, kao i teoriji suđenja. Ukoliko prihvatimo tezu da je moralitet ontološki lik građanskog principa,²⁹ zaključujemo da društvo o kome Dworkin govori *nije građansko društvo*, jer u njemu nema moraliteta koji po svojoj uobičajenoj definiciji proizlazi iz kolektivnog. To je pre *zajednica individua*, pri čemu su individue jednako tretirane od strane vlasti, a povezane su međusobnom komunikacijom – razmenom stavova o svojoj posebnosti.

imanje sveta i stvarnosti. Uračunavajući ovakav stav, vidi se da Dworkinova *interpretativna teorija prava*, kao i Habermasova *teorija komunikacije* potpuno uvažavaju "postvavilonski" istorijski momenat, posmatrajući ljude shodno principima njihove različitosti.

²⁸ Paul Gaffney: *Ronald Dworkin on Law as Integrity Rights as Principles of Adjudication*, Edwin Mellen Press, 1996.

²⁹ Lazar Vrkić: nav. delo, str. 364.

Pojedinačna volja ne proizlazi iz pojma države ili duha, već je ona sama po sebi. Ima sopstvenu, nezavisnu moralnost. Izjednačiti pojedinca i državu u značaju, zaista je krajnje plemenita namera. Ali, to je namera koja se duboko opire autoritetu samog duha države i dogmatici njenog uzvišenog mesta u razvoju svetskog duha. Zbog ove svoje osobine, Dvorkinova teorija prava je utoliko dekadentna i razarajuća za sam pojam države i ne samo za njega, nego ozbiljno dovodi u pitanje idealističku postavku razvoja samog bića.

Sudija Herkules takođe je samo individua koja pokušava da u procesu suđenja uvaži sve relevantne činjenice širokog "prava kao integriteta" koji poštuje ne samo zakone i političke ciljeve, već podjednako i u istoj meri i stavove pojedinačne individue. Tako on gradi sopstvenu teoriju prava. Iz već postojećeg prava, stvara jedno novo, evolutivno savršenije pravo. Dvorkin smatra da sadašnje pravo sadrži u sebi čistije pravo koje se zove *čisti integritet*. Zadatak Herkulesa jeste upravo da iz sadašnjeg, nesavršenog prava, otkrije jedno maksimalno savršeno pravo. Da bi došao do prava kao integriteta, kao najvišeg kvaliteta u svetu prava, potrebno je da subjekat koji ga otkriva, odnosno Herkules, poseduje osobine koje će mu omogućiti ovaj poduhvat.

Iz ovog razloga, Dvorkin sudiji Herkulesu pripisuje *vrline* koje ima i Aristotelov antički čovek koji je pun vrlina. Ali, ovo nije Aristotelov čovek, niti reč vrlina može da ima istu važnost i značenje kod Dvorkina i kod Aristotela. Vrlina je pojam koji predstavlja vitalnu vrednost antičke filozofije, posebno kod Platona i Aristotela. Ona označava, pre svega, moralnost, čast, plemenitost i junačka dela – ona predstavlja *delatnost* duše.³⁰ Vrlina je za Aristotela nešto samodovoljno, savršeno – on vrlinu naziva merom svih stvari.³¹ Čovek koji poseduje vrline, po Aristotelu, samo je slika polisa i simbolizuje nepokretnost, samodovoljnost. Demokratija je zgražavala Aristotela, smatrao je da je to najgori oblik vladavine, a potrošačko-proizvođačka delatnost, najprimitivniji vid delanja.³² Kod Dvorkina nema ni reči o samodovoljnosti, već sve teče i sve se menja, od pozitivnog zakonodavstva, do ključne radinosti prava kao integriteta. Dvorkinova individua može da ima stavove, koji se uopšte ne poklapaju sa stavovima zajednice i države. Postavlja se pitanje, zbog čega baš sudija Herkules mora biti obdaren vrlinama. Uopšte, u društvu u kome Dvorkin živi, sporno je šta je to vrlina. Odgovor na to može biti samo još jedan pokušaj naše analize.

³⁰ Ljubomir Tadić: *Filozofija u svom vremenu*, Beograd, 1998. str. 6.

³¹ Aristotel: nav. delo, str. 16.

³² Aristotel: *Politika*, Beograd, 1960. str. 17.

Da bi smo odgovorili na pitanje šta je to vrlina u savremenom svetu, moramo uvideti da je sudija Herkules u stvari generator *interpretacije*. Ona je stvar koja spaja i pokreće čitavu Dvorkinovu mašineriju. Interpretacija ima određeni cilj i pravac, odnosno kreće se prema zadatim vrednostima, a zadata vrednost je pravo kao integritet, koji je opet podložan interpretaciji. U ovom dinamičnom, Dvorkinovom svetu, pitanje je kako ustanoviti nešto što će biti stalno i nepromenljivo, nešto što će jedino biti nepokretno. Društvo u kome živimo predstavlja svojevrsan fenomen razvoja ljudske svesti, u kome je potpuno dozvoljen sukob mišljenja, ponašanja i navika. U njemu homoseksualci i feministkinje, kao i post-kritički nastrojani teoretičari, pripadnici "autsajder jurisprudencije", izlažu svoja mišljenja i bez želje da budu i pravu. Dvorkin je ovde ipak poklekao predčačkom i starom i pokazao svoju sklonost ka idealizmu, time što je uveo *vrline* u sistem prava. Vrline su instrument kojim se "pravilno" interpretira, jedino "vrlom interpretacijom" može se doći do čistog integriteta u datom momentu. O ovome je govorio i Ruso, koji smatra da je čovek rođen da bi živeo u vrlini.³³ Čitava delatnost, odnosno interpretacija, spona između onog i ovog sveta, prema Dvorkinu, počiva na vrlini da se spozna bipolarnost i dvostranost svakog procesa država-pojedinac. Jedino iz vrline, koja ima sposobnost da ovo pojmi, može da se pojavi pravo delovanje koje menja svet. To Dvorkin vrlo dobro razume i pokušava da dodeli te vrline nadmoćnom sudiji Herkulesu. Međutim, Herkules je, nažalost, samo subjekat u pravu. Iz subjekta se kod Dvorkina dobija sve: moral, interpretacija, pravo, pa čak i država. Sve to počiva na *moralu individue*. I to ne na moralu koji je objektivni, koji je umske prirode. Zbog ove činjenice nepriznavanja objektivnog moralnog suda, istinitije je reći da kod Dvorkina sve počiva na *principima individue*. Ali, pošto se individua u Dvorkinovom delu, ne može svesti na opštu racionalnost, ona nije deo opšteg moralnog zakonodavstva, proizlazi da je ona lišena osećaja za pravdu, pravičnost, nije joj bliska ni jedna opšta kategorija. Individua ima samo "svoju pravdu" i vlastiti, poseban moral. Jedina osoba koja može da pojmi *integritet* i opšte kategorije, jeste sudija Herkules, jer on poseduje vrline. Ali, Herkules nije *polis*, nije starogrčki čovek, stoga on nema stare i predačke vrline. Upravo zbog toga, Herkules ne postoji, on je zamišljena, natprirodna ličnost. U stvarnosti, ovaj zamišljeni lik može imati samo sopstvenu interpretaciju. Dvorkinov pokušaj da hipostazira subjekta kao misleće biće, potpuno je različit od načina i metoda kojim su ljudi običavali da misle. Ne-

³³ Gordana Vukadinović: nav. delo, str. 51.

mački idealisti smatrali su da je subjekat podređen u odnosu na objektivnu istinu – Kant je mislio da subjekat ovu istinu nikada ne može saznati,³⁴ a Hegel da je on zrno peska u istoriji, neizbežan deo večnoga uma, koji se kreće prema njegovim pravilima.³⁵ Kod Dvorkina je suprotno: subjekat je onaj koji stvara i uslovljava, postavlja pitanja i daje odgovore, bilo da se radi o Herkulesu koji ima *vrline* i rukovodi se *principima*, bilo da se radi o bilo kojoj individui datog društva, koja zastupa sopstveno mišljenje. Jasno je da Dvorkin, ma koliko se protivio postmodernizmu, feminizmu i ostalim mnogobrojnim teorijama savremenog doba, ipak u velikom delu svoje teorije postupa pod uticajem kritičkih i "autsajder teorija". Ni jedan koherentni program se ne može održati suviše dugo u suviše brojnoj zajednici, smatra Dvorkin.³⁶ Otkrivamo da se koherentnost, ali i integritet, kod Dvorkina nalaze u samom personalitetu. Herkules je hibrid izrastao iz razjedinjenog društva, pokušavajući da dosegne skriveni smisao politike. Prepuštajući samo njemu otkriće moguće svrhovitosti, Dvorkin rizikuje da sam Herkules postane svrha. I on to postaje. On je izvor i središte interpretacije. Dakle, svrha kod Dvorkina nije u kolektivnom i u zakonima koji se samo formalno poštuju. On traga za postojećom realnosti ljudske prirode i za zakonima koji će je verno ospoljiti. *Individualizacija društva* – to je kvalitet za koji se Dvorkin zalaže, a Herkules je njegov prototip. Zakon na taj način postaje obavezan individui, a ne individua zakonu.

Ideja modernog subjektivizma u Dvorkinovom delu doživljava dalju evoluciju – individua nije više apstraktni subjekat u pravu, posledica opšteg dobra, već slobodni kreator prava. "S pravom je Herbert Markuze (Herbert Marcuse) u *Umu i revoluciji* uporedio svetski duh, hipostazirani istorijski subjekt, sa skrivenim i strašnim kalvinističkim bogom. Taj *deus absconditus* čini da, po Hegelu, povest nije tlo sreće, nego patnje i trpljenja".³⁷ Dok Čarls Tejlor smatra da je izbegavanje moralnog apsoluta proizvod tehnološke suprematije, Dvorkin je bliži stanovištu da je izbegavanje ovog apsoluta oslobađanje od tiranije jednoulja. Subjekt u pravu nije slobodan, individua je u današnjem društvu sputana svećnim kolektivističkim poretom.

Ipak, postoji jedan momenat u Dvorkinovoј teoriji, kada je čovek zaista *slobodan*, u pravom, ontologijskom smislu. A slobodan je samo onaj ko stvara,

³⁴ Imanuel Kant: *Kritika praktičnog uma*, Beograd, 2004. str. 29.

³⁵ Georg V.F Hegel: *Enciklopedija filozofskih znanosti*, Sarajevo, 1987. str. 122, 412.

³⁶ Ronald Dvorkin: nav. delo, str. 228. i dalje.

³⁷ Ljubomir Tadić: nav. delo, str. 22.

onaj ko ima slobodu sopstvene kreacije. Za sada, to je samo sudija Herkules, jer on nema slobodu kao dopuštenost, on ima slobodu *interpretacije*, odnosno *stvaranja*. Građansko određenje slobode je dato kroz stav da je granica nečije slobode zapravo tuđa sloboda. Ovo je razumski, liberalni stav koji slobodu posmatra kao ograničenu samovolju.³⁸ Ali, Herkules nema slobodu kao dopuštenje, jedino on ima dodira sa pojmom integriteta kao apsolutnim pojmom i stoga jedino on ima slobodu u supstancijalnom smislu. Ali, zar treba ponovo reći da osoba sa natprirodnim osobinama, kao što je Herkules ne postoji – upravo je ovo *Dvorkinova metafizika*. Zadate vrednosti, koje ćemo možda postići, *principi* kao osnova individualnih prava – to je Dvorkinovo novo *prirodno pravo*. Nama, ostalim smrtnicima, nije dozvoljeno da dostignemo slobodu u supstancijalnom smislu. Naša sloboda je u stvari vapaj za *jednakošću*. I zbog toga, možemo reći da sve što Kant govori o *slobodi*, Dvorkin može reći o *jednakosti*. Imamo li pravo na slobodu? Ukoliko se priklonimo Dvorkinovom mišljenju, odgovor će svakako biti negativan.

Ukazivanje na ovakve činjenice i aspekte neslobode i nejednakosti individua u društvu upravo čini još jedan od ogromnih doprinosa Ronalda Dvorkina, kako teoriji *prirodnog prava*, tako i savremenim, *postmodernim* pravnim kretanjima. On je omogućio sagledavanje savremene pravne teorije iz drugačijeg ugla, odnosno iz vizure osavremenjene i multiplikovane pravne stvarnosti, koja je usledila posredstvom "antiuniverzalnog", postmetafizičkog pravca mišljenja. Takvo gledište odbija da pravnost doživi kao emanaciju unitarnog uma a univerzalni razlog postaje nemoguć u uslovima socijalnog i ideološkog pluralizma. Upravo u Dvorkinovo, kao i u mnogim savremenim teorijama, dolazi do nesmetane komunikacije između subjekata o kojima se u pravu govori i koji o pravu govore. Pravnost na taj način postaje oslobođena unapred pretpostavljene racionalnosti, integritetna pojava koja "uračunava" iskustva pojedinca i interpretira se svima dobro poznatim "običnim jezikom".

³⁸ Lazar Vrkić: nav. delo, str. 290.

Summary

Biljana Knežević, LL. M.

Novi Sad

RONALD DWORKIN'S NATURAL LAW

This paper analyzes jusnaturalism of Ronald Dworkin, one of the most important contemporary philosophers of law. The author tries to present the emergence and development of Dworkin's natural law teachings, which greatly differs from classical natural law theory. The differences stem from his eclectic understanding of legal phenomenon. By combining influences of interpretative legal theory, natural law theory, as well as, of postmodern philosophy, Dworkin creates new, interpretative natural law. According to him, law is the category which rests on the pluralism of legal principles and individual rights. The new value, by which the legal text is governed, is the law as integrity. Law as integrity is metaphysical category which is achieved through the interpretation of a judge. In this way the judge becomes a central figure in decision making and it becomes a generator of law creation itself. Only one person, "judge hercules", can attain a hidden meaning of natural law on which all legal principles are based, and which will give the best depiction of the needs of an individual in a society. The new legal reality achieved through interpretation should satisfy moral criteria of individual person, and this new reality should treat everyone equally and respect a right to self-determination. In that manner, Dworkin's interpretative natural law theory gives privileges to individuals: those that judge and those that are judged. Such an understanding of the nature of law is focused on deciding hard cases.

5. Mr Sanja Đurđić, asistent**Fakultet za Poslovno pravo, Novi Sad****LIBERALNA TEORIJA PRAVDE DŽONA ROLSA**

Sažetak: Džon Rols (*John Rawls*) je najznačajniji i najuticajniji politički filozof XX veka. Njegovo delo *Teorija pravde* predstavljalo je prekretnicu u američkoj političkoj filozofiji, budući da je zaslužno za renesansu ideje pravde u savremenoj političkoj filozofiji. U ovom delu Rols je izložio svoju liberalnu teoriju pravde, u cilju izgradnje modela pravednog pojedinačnog ustavno-demokratskog društva. Međutim, njemu su se često upućivale kritike da se bavi samo problemima pravde u pojedinačnom društvu, odnosno, ustavnoj demokratiji. Ukazivalo se da on, pri tome, zanemaruje probleme pravde u međunarodnim odnosima. Rols je bio svestan nužnosti proširenja svoje liberalne koncepcije pravde na probleme pravednih međunarodnih odnosa, odnosno, neophodnosti formulisanja koncepcije međunarodne pravde. Na taj način, on je, izgradio celovitu liberalnu teoriju pravde koja, pored koncepcije pravde za pojedinačno ustavno-demokratsko društvo i pravde za pojedince, obuhvata i koncepciju međunarodne pravde.

Ključne reči: principi pravde, osnovna struktura društva, pravda za pojedince, međunarodna pravda.

Američka filozofija sa početka XX veka obeležena je razvojem logičkog pozitivizma, a potom i filozofije jezika. Teorijska marginalizacija etike i politike je nastavljena, tako da je karakteristična za celu prvu polovinu XX veka. Ovakve okolnosti prouzrokovale su uverenje da je politička filozofija mrtva. Tu pesimističku ocenu angloameričke političke filozofije dao je Piter Laslet 1956. godine, koji je konstatovao da je "za sada politička filozofija u svakom slučaju mrtva"¹.

Prekretnicu i novum u američkoj političkoj filozofiji predstavljalo je kapitalno delo Džona Rolsa *Teorija pravde*, objavljeno 1971. godine. Njemu pripada

¹ Dž. Rols: *Teorija pravde*, Podgorica, 1998, 21.

zasluga što je opovrgnuo uverenje da je politička filozofija mrtva, kao i za obnovu američke političke filozofije sedamdesetih godina XX veka. Svojim delom Rols je oživeo refleksiju intelektualaca za probleme pravde. Usled toga, može se reći da je zaslužan za renesansu ideje pravde u savremenoj političkoj filozofiji.

Rolsova teorija pravde nastala je kao posledica i reakcija na okolnosti koje su joj prethodile. Naime, u modernom periodu, dominantna etička i politička teorija u zapadnim demokratskim društvima bio je utilitarizam u različitim varijantama. Rolsova namera bila je da izgradi shvatanje pravde koje će biti razložno sistematična alternativa utilitarizmu, koja bi bila prihvatljivija od utilitarizma. Glavni razlog za ovu nameru on nalazi u slabosti utilitarističke doktrine kao osnove za ustanove ustavne demokratije. Osnovnim nedostatkom utilitarizma Rols smatra njegov cilj najveće ukupne sreće, odnosno, najveće ravnoteže ukupnog zadovoljstva svih pojedinaca.

U nastojanju da opiše političku i društvenu pravdu koja bi bila prihvatljivija od vodećih poznatih tradicionalnih koncepcija, nastaje Rolsova liberalna teorija pravde. Njome je pokušao da generalizuje i podigne na viši nivo apstrakcije tradicionalnu teoriju društvenog ugovora, kako su je u XVII i XVIII veku zastupali Džon Lok, Žan Žak Ruso i Imanuel Kant.

Svoju teoriju pravde Rols je formulisao za specifičnu vrstu predmeta. Ona se, prvenstveno, primenjuje na ono što on naziva osnovnom strukturom društva. Društvo koje, pri tome, ima u vidu je moderna ustavna demokratija. Osnovnu strukturu društva, odnosno, pojedinačno ustavno-demokratsko društvo smatra primarnim subjektom svoje teorije pravde. Pod osnovnom strukturom društva podrazumeva osnovne političke, društvene i ekonomske ustanove društva i način na koji se one zajedno uklapaju u jedinstven sistem društvene kooperacije.

Rols pravi razliku između principa pravde za pojedinačno ustavno-demokratsko društvo, odnosno, principa pravde za osnovnu strukturu društva i principa pravde koji se primenjuju na pojedince i njihovo ponašanje u posebnim okolnostima. Teorija pravde postaje potpuna tek kada, uz principe pravde za osnovnu strukturu društva, obuhvati i principe pravde za pojedince.

Činjenica je da koncepcija pravde za pojedinačno ustavno-demokratsko društvo predstavlja osnovu na kojoj se zasnivaju i njenim daljim proširivanjem utemeljuju pravda za pojedince i međunarodna pravda. Njegova osnovna intencija bila je da utvrdi uslove koji su neophodni za realizaciju pravedne moderne ustavne demokratije. Uslove čije ispunjenje modernu ustavnu demokratiju čini pravednom, Rols je pronašao u dva principa pravde kao nepristrasnosti. Ti

principi koji, po njemu, mogu obezbediti pravednost osnovne strukture društva su sledeći:

1) Svaka osoba ima jednako pravo na potpuno odgovarajuću shemu jednakih osnovnih sloboda, koja je kompatibilna sa sličnom shemom sloboda za druge – *princip najveće jednake slobode*.

2) Društvene i ekonomske nejednakosti treba da budu uređene tako da zadovoljavaju dva uslova:

a) one moraju biti vezane za službe i položaje koji su otvoreni za sve, pod uslovom nepristrasne jednakosti mogućnosti – *princip nepristrasno jednakih mogućnosti*; ib) one moraju biti od najveće koristi onim članovima društva koji se nalaze u najnepovoljnijem položaju – *princip razlike*.

Navedeni principi se primarno primenjuju na osnovnu strukturu društva. Uređuju propisivanje prava i dužnosti, kao i raspodelu društvenih i ekonomskih dobiti. Ugradnja navedenih principa pravde u osnovne političke, ekonomske, društvene ustanove načinila bi, prema Rolsu, društvo pravednim. Sama činjenica ispunjenosti navedenih principa pravde govorila bi o pravednosti datog društva. Rolsova težnja je bila da svojom koncepcijom pravde za osnovnu strukturu društva, tačnije, da njenim principima pravde, pomiri ideal slobode sa idealom jednakosti. Funkcija dva principa pravde bila bi ispunjena ukoliko bi oni uticali na osnovne ustanove društva tako da se omogući istovremena realizacija vrednosti slobode i jednakosti. Tako bi građani moderne ustavne demokratije bili slobodne i jednake ličnosti.

Osnovne slobode, koje pruža i jemči prvi princip, date su u obliku liste. Najznačajnije slobode obuhvaćene listom su: političke slobode (pravo da se glasa i da se obavljaju javni poslovi), zajedno sa slobodom govora i udruživanja; sloboda savesti i sloboda mišljenja; sloboda ličnosti koja uključuje slobodu od psihološkog pritiska i fizičkog napada i rasparčavanja (integritet ličnosti); pravo na ličnu svojinu i sloboda od samovoljnog hapšenja i zadržavanja; prava i slobode obuhvaćene vladavinom prava. Prema principu najveće jednake slobode, ove osnovne slobode treba da budu jednake.

Drugi princip pravde odnosi se na distribuciju prihoda i bogatstava i na formiranje organizacija koje koriste razlike u ovlašćenjima i odgovornostima. Sve društvene vrednosti treba da se distribuiraju jednako. Svako odstupanje od jednake raspodele prihoda i bogatstava dozvoljeno je samo ukoliko je nejednaka raspodela od koristi za svakoga. Nejednakosti koje nisu svakome od koristi predstavljaju nepravdu. Istovremeno, položaji vlasti i odgovornosti moraju biti do-

stupni svima. Drugi princip nalaže da se položaji drže otvoreni, dok ekonomske i društvene nejednakosti uređuje tako da svakome donose dobit.

Kao razloge koji daju prednost njegovim principima pravde u odnosu na ostale sa liste koja je ponuđena učesnicima u prvobitnom položaju, Rols navodi: uslov opštosti, univerzalnosti u primeni, ograničenosti informacija; shvatanje strana da imaju određene temeljne interese koje moraju zaštititi ukoliko je to moguće i da, kao slobodne osobe, imaju interes najvišeg reda da očuvaju svoju slobodu da modifikuju i unapređuju ove ciljeve. Uveren je da će se učesnici prvobitnog položaja, iz navedenih razloga, opredeliti za njegove principe pravde. Ovo stoga što oni nalažu jednakost u propisivanju osnovnih prava i obaveza, a društvene i ekonomske nejednakosti smatraju pravednim samo ukoliko za posledicu imaju poravnavajuće dobiti za svakoga, prvenstveno za članove društva u najnepovoljnijem položaju. "Kad jednom odlučimo da potražimo shvatanje pravde koje sprečava da se upotrebljavaju slučajnosti prirodne obdarenosti i slučajnosti društvenih okolnosti, kao merila za političke i ekonomske prednosti"², njegova dva principa pravde postaju neminovnost, zaključuje Rols. Usled toga je uveren da njegovi principi pravde obezbeđuju bolje razumevanje zahteva za slobodom i jednakošću u demokratskom društvu od njihovih alternativa (utilitarizma, perfekcionizma, intuicionizma).

U Rolsovoj koncepciji pravde kao nepristrasnosti, nakon izbora principa pravde za osnovnu strukturu društva, pristupa se izboru principa pravde za pojedince. Iako imaju sekundarni i drugostepeni značaj, tek uzimanjem u obzir principa pravde za pojedince shvatanje pravde kao nepristrasnosti postaje potpuno. Davanje prvenstva izboru principa pravde za osnovnu strukturu društva u skladu je sa Rolsovim shvatanjem pravde kao prve vrline društvenih ustanova, odnosno, sa društvenom prirodom vrline pravde i njenom tesnom povezanošću sa društvenom praksom. Principi pravde za pojedince, kao i principi pravde za osnovnu strukturu društva, predmet su izvorne saglasnosti u prvobitnom položaju. Shvataju se, takođe, kao rezultat hipotetičkog sporazuma. Kao i kod izbora principa pravde za osnovnu strukturu društva, tako se i izbor principa pravde za pojedince vrši sa kratkog spiska tradicionalnih i poznatih principa. Izbor principa pravde za pojedince znatno je pojednostavljen usled činjenice da su principi pravde za osnovnu strukturu društva već usvojeni. Naime, ponuđene alternative ograničavaju se samo na one koje su kompatibilne sa dva principa pravde za

² Dž. Rols: *Teorija pravde*, 343.

osnovnu strukturu društva. Principima pravde za pojedince određuju se njihove institucionalne veze, sa jedne, i način na koji pojedinci postaju obavezani jedni prema drugima, sa druge strane. Neophodno je birati principe pravde za pojedince koji su usaglašeni sa principima za osnovnu strukturu društva.

Principe pravde za pojedince Rols razvrstava na: zahteve i dopuštenja. Zahtevi obuhvataju obaveze i prirodne dužnosti. U obaveze ubraja princip pravičnosti i dobru veru. Prirodne dužnosti deli na: pozitivne i negativne. Kao primere pozitivnih prirodnih dužnosti navodi: podržavanje pravde, uzajamnu pomoć, uzajamno poštovanje. Kao negativne prirodne dužnosti određuje: dužnost nenanošenja štete, dužnost nepovređivanja nevinog i sl. Budući da svoju raspravu ograničava na teoriju društvene pravde, Rols se manje bavi drugom vrstom principa za pojedince – dopuštenjima. Ovo stoga što su dopuštenja oni postupci za koje je pojedincima ostavljena sloboda da ih čine ili ne čine. Takvim postupcima ne narušava se nikakva obaveza, niti prirodna dužnost. Dopusštenja razvrstava na: ravnodušna, odnosno, moralno indiferentna; i naddužnosna dopuštenja. Naddužnosnim postupcima smatra: postupke dobročinstva i milosrđa, heroizma i samožrtvovanja. Oni se ne zahtevaju, jer nisu nečija dužnost niti obaveza. Pojedinaac koji čini naddužnosni postupak nije se pozvao na izuzeće koje dopuštaju prirodne dužnosti zbog znatnog gubitka ili rizika za onog ko takav postupak čini.

Rolsu su se često upućivale kritike da se bavi samo problemima pravde u pojedinačnom društvu, odnosno, ustavnoj demokratiji. Ukazivalo se da on, pri tome, zanemaruje probleme pravde u međunarodnim odnosima. Svestan granica svoje teorije pravde, Rols je proširio i nadgradio koncepcijom međunarodne pravde. To je učinio u delu: *Pravo naroda (The Law of Peoples)*, objavljenom 1999. godine. Ovakvim proširenjem svoje liberalne teorije pravde, objašnjava na koji se način ona može primeniti, ne samo na pojedinačne, ustavno-demokratske, režime, već i na međunarodne odnose. Namera mu je bila stvaranje uslova za pravednu međunarodnu zajednicu i pravedne međunarodne odnose, a cilj globalna pravda. Kao svoj glavni zadatak odredio je dovođenje u odnos pravednih političkih principa koji uređuju ponašanje država sa ugovornim učenjem i objašnjenje moralnog osnova međunarodnog prava³. Na taj način, on je, pored koncepcije pravde za osnovnu strukturu društva, i pravde za pojedince, formulisao i koncepciju međunarodne pravde.

Rolsova koncepcija međunarodne pravde ideju društvenog ugovora proširuje sa osnovne strukture društva na društvo naroda. Dakle, ona nastaje proši-

³ Dž. Rols: *Prava naroda*, Beograd, 2001, 68.

renjem liberalne ideje pravde. Pri tome, postavlja osnovne principe koje mogu i koje bi trebalo da prihvate, kako liberalna, tako i neliberalna, ali pristojna društva, kao standard za regulisanje svojih međusobnih odnosa.

Pod društvom naroda Rols podrazumeva sve narode koji u međusobnim odnosima poštuju ideale i principe međunarodne pravde. Ti narodi mogu biti: liberalni i neliberalni, ali pristojni narodi. Tiranski i diktatorski režimi ne mogu, po mišljenju Rolsa, biti prihvaćeni kao dostojni članovi jednog razumnog društva naroda.

Cilj koncepcije međunarodne pravde Rols bi smatrao u potpunosti ostvarenim ukoliko bi sva društva mogla konstituisati bilo liberalne, bilo pristojne režime. Prema tome, svrha Rolsove koncepcije međunarodne pravde jeste mogućnost ostvarenja razložno pravednog društva naroda koje bi obuhvatalo liberalne demokratske i pristojne narode.

Pri formiranju svoje koncepcije međunarodne pravde Rols se, kao i prilikom stvaranja koncepcije pravde za pojedinačna liberalna demokratska društva, poslužio teorijom društvenog ugovora, tačnije, jednom konstrukcijom koju naziva *prvobitni položaj*. U prvobitnom položaju, pod velom neznanja, racionalni predstavnici naroda nepristrasno utvrđuju osnovne uslove saradnje između naroda koji se, kao liberalni narodi, tretiraju kao slobodni i jednaki. Osnovni zadatak racionalnih predstavnika naroda u prvobitnom položaju jeste konstituisanje koncepcije međunarodne pravde, njenih ideala, principa i standarda, kao i utvrđivanje načina na koji se njene norme primenjuju na političke odnose između naroda. Na taj način, principi međunarodne pravde proizilaze, po Rolsu, iz prvobitnog položaja.

Rols tvrdi da će predstavnici pristojnih hijerarhijskih naroda usvojiti istu koncepciju i principe međunarodne pravde kao i predstavnici liberalnih naroda. Na taj način se dolazi do jedne koncepcije međunarodne pravde za pravedno političko društvo dobro uređenih naroda.

Principe međunarodne pravde koje će predstavnici dobro uređenih naroda usvojiti u prvobitnom položaju, Rols određuje na sledeći način:

- 1) narodi su slobodni i nezavisni, a njihovu slobodu i nezavisnost trebalo bi da poštuju i drugi narodi;
- 2) narodi treba da poštuju ugovore i obaveze;
- 3) narodi su jednaki i učesnici su u sporazumima koji ih obavezuju;
- 4) narodi treba da poštuju obavezu ne-intervencije;
- 5) narodi imaju pravo na samoodbranu, ali nemaju pravo da podstiču rat iz drugih razloga osim odbrambenih;

6) narodi treba da poštuju ljudska prava;

7) narodi treba da se pridržavaju određenih utvrđenih ograničenja u vođenju rata;

8) narodi imaju dužnost da pomognu drugim narodima koji žive pod nepovoljnim uslovima koji ih sprečavaju da imaju pravedan ili pristojan politički i društveni režim.

Navedeni principi omogućavaju pravdu između naroda, odnosno, međunarodnu pravdu, smatra Rols. Tvrdi da navedenih osam principa međunarodne pravde ima prevagu nad bilo kojim drugim principima. Zbog toga smatra izvesnim da će predstavnici dobro uređenih naroda usvojiti, upravo, ovih osam principa međunarodne pravde.

Osim što će se saglasiti sa osam principa međunarodne pravde, predstavnici dobro uređenih naroda će utvrditi i principe za stvaranje i uređivanje organizacija za saradnju, kao i standarde nepristrasnosti za trgovinu i druge institucije saradnje, ističe Rols. Takođe, formulišaće i smernice za regulisanje međusobne pomoći naroda koja je predviđena poslednjim principom međunarodne pravde.

Na taj način, utvrdiće se kompletna koncepcija međunarodne pravde i pravednih političkih odnosa između naroda. Rolsovo je stanovište da bi i liberalni i pristojni hijerarhijski narodi prihvatili istu koncepciju međunarodne pravde. Osam principa međunarodne pravde se, stoga, primenjuje na dobro uređene narode koji se smatraju slobodnim i jednakim, što znači na liberalne i pristojne hijerarhijske narode. Kompletna koncepcija međunarodne pravde bi, po mišljenju Rolsa, obuhvatala razložne političke principe za sve politički relevantne subjekte: za slobodne i jednake građane i njihove vlade; i za slobodne i jednake narode. Pored toga, ova koncepcija bi uključivala i smernice za osnivanje organizacija za saradnju između naroda i za utvrđivanje različitih dužnosti i obaveza. Ovakva kompletna koncepcija međunarodne pravde imala bi, kako Rols kaže, "univerzalni domet", zbog toga što uređuje najobuhvatniji politički subjekt: političko društvo naroda. Koncepciju međunarodne pravde Rols je formulisao u cilju pronalaženja rešenja koje će omogućiti pravednu međunarodnu zajednicu.

Možemo zaključiti da je Rols ceo život posvetio potrazi za modelom koji će pravdu, pravedno društvo i pravedne međunarodne odnose učiniti mogućim i dostižnim. Na taj način, izgradio je integralnu liberalnu teoriju pravde koja, pored pravde za pojedinačno ustavno-demokratsko društvo i pravde za pojedince, obuhvata i međunarodnu pravdu.

Summary

Sanja Đurđić, LL. M.
asistent, Novi Sad

RAWLS'S LIBERAL THEORY OF JUSTICE

John Rawls is the most important and most influential political philosopher of the twentieth century. His book *The Theory of Justice* marked the turning point in American political philosophy, having in mind that it has merits for the renaissance of the idea of justice in contemporary political philosophy. In this book Rawls explained his liberal theory of justice in order to construct a model of a fair individual constitutional and democratic society. However, he has often been criticized for dealing with problems in individual societies i.e. constitutional democracy. At the same time he has been pointed up to neglect the problems of justice in international affairs. Rawls has aware that it was necessary to expand his liberal concept of justice with problems of fair international relationships, meaning that there was a need to formulate the conception of international justice. In that way, he made a complete liberal theory of justice which comprises the concept of justice for individual democratic society and justice for individuals as well as the concept of international justice.

6. Prof. Branko Tucakov**Novi Sad****PRAVNI REALIZAM DŽEROMA FRANKA**

Sažetak: U radu obrađujemo pravni realizam Džeroma Franka, čije je psihološko tumačenje prava jednako intrigantno bilo kada se pojavilo kao i početkom trećeg milenijuma. Pošto na našem jeziku ima veoma malo tekstova o pravnom realizmu Džeroma Franka, cilj nam je bio da predstavimo njegovo stvaralaštvo. Kombinujući Frojđovu psihoanalizu sa pravnom analizom stvarajući skeptičnu, reformski orijentisanu teoriju, koja je ulogu precedenta svodila na minimum u pravnom sistemu, pri čemu sudije imaju svu slobodu, Frank je tvrdio da izvesnost prava ne postoji. Po njemu izvesnost prava je mit, a poreklo tog mita i verovanja u pravnu izvesnost pronalazi u dečjoj psihologiji. Ključna uloga u stvaranju i primeni prava je u rukama sudija, a pri tome sve zavisi najviše od njihovih psiholoških karakteristika. S obzirom na to da analiza pojedinih činilaca koji sve utiču na donošenje sudskih odluka pokazuje kako stvarno pravo funkcioniše u društvu, Frank smatra da je uloga subjektivnih i objektivnih faktora značajnija nego prethodno formulisana normativna rešenja.

Ključne reči: pravni realizam, konstruktivni skepticizam, psihološko tumačenje prava, neizvesnost prava, osnovni mit.

Uvodne napomene

Raskorak između prakse i američke pravne teorije krajem 20-tih godina XX veka dostiže svoju kulminaciju. Potreba za pravnim regulisanjem državne intervencije i opravdanje ekonomske politike Nju Dila, izrodila je pokret *pravnog realizma*. Iako je *pravni realizam* obuhvatao oko dvadesetak autora sa različitim mišljenjima i teorijskim postavkama, mogli bismo reći da je većina pripadnika pokreta, pre svega, ustala protiv *prava u knjigama*, i rešenja tražila u onome što se *stvarno s pravom dešava* u društvu. Pri čemu su im ključne postavke

bile: neodređenost prava, zalaganje za interdisciplinarni pristup proučavanju i pravni instrumentalizam, tj. shvatanje prema kojem je pravo sredstvo za postizanje društvenih ciljeva i uravnotežavanje suprotstavljenih društvenih interesa. U takvim okvirima razvijalo se i shvatanje prava Džeroma Franka (*Jerome Frank*).¹

Centralna tema ovog rada je pravni realizam Džeroma Franka i njegovo psihološko tumačenje prava, kao teoretičara za čije se stvaralaštvo najčešće vezuju osnovne postavke pokreta *pravnog realizma*. Napomenimo, da je u okviru *pravnog realizma* postojalo i *sociološko krilo* koje je predvodio Karl Levelin (*Karl Llewellyn*).

Nastanak pokreta pravnog realizma

Pod terminom "*pravni realizam*", kako ga je definisao Brajan Lajter (*Brian Leiter*),² podrazumevamo "intelektualni pokret u Sjedinjenim Američkim Državama koji je nastao oko grupe profesora i pravnika dvadesetih i tridesetih godi-

¹ Džerom Frank, (10. septembar 1889 – 13. januar 1957, Njujork). Na Univerzitetu u Čikagu diplomirao je filozofiju i pravo. Radio je kao advokat, sudija, službenik Ruzveltove administracije i predavač na fakultetu (iako nikada nije bio zaposlen ni na jednom). Napisao je šest knjiga i mnoštvo drugih radova i ne samo iz oblasti prava. Prvo i najznačajnije delo *Pravo i moderno mišljenje* (*Law and the Modern Mind*), objavljeno je prvi put 1930. godine, a kasnije doživelo mnoga izdanja od kojih je poslednje izašlo 1985. godine. Usledila su zatim dela: *Save America First* (1939.), *If Men were Angels. Some Aspects of Government in Democracy* (1942.), *Fate and Freedom. A Philosophy for Free Americans* (1945.), *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice* (1949.), i *Not Guilty* (knjigu je napisao u koautorstvu sa kćerkom, koju je završio dva dana pre smrti, a objavljena je posthumno 1957.) Od velikog broja napisanih članaka izdvojili bismo: "Are Judges Human?", *University Of Pensilvania Rewiev*, 80, 1931, "Why Not A Clinical Lawyer-School?", 81 *Un. of Pa. L.Rev.* (1933.), "What Constitutes a Good Legal Education", 19 *Am. Bar Ass'n J.* (1933.), "A Plea For Lawyer-Schools", 56 *Yale L. J.* (1947.), "Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation," 47 *Colum. L. Rev.* 1259, 1267 (1947.), "Say It with Music," 61 *Harv. L. Rev.* 921 (1948.), Jerome Frank, "A Conflict with Oblivion: Some Observations on the Founders of Legal Pragmatism", *Rutgers Law Review* 9 (1954.) i mnogi drugi. Čak i jedan članak pod pseudonimom: Anon Y. Mous, "The Speech of Judges: A Dissenting Opinion", 20 *Va. L. Rev.* 625 (1943.).

² Inače, Brajan Lajter (*Brian Leiter*), profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Teksasu, je danas vodeći predstavnik pravnog realizma navodi ovu odrednicu pravnog realizma u: Brian Leiter, *Legal Realism*, u: *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, ured. Dennis Patterns, Oxford, 1996, 261. i dalje.

na 20. veka, uključujući Karla Levelina, Džeroma Franka, Feliksa Koena (*Felix Cohen*), Hermana Olifanta (*Herman Oliphant*), Valtera Kuka (*Walter Wheeler Cook*), Anderhila Mora (*Underhill Moore*), Hesela Intemu (*Hessel Yntema*), i Maksa Redina (*Max Radin*).³ Prema Lajterovom mišljenju, *pravni realizam* je "najznačajniji domaći pokret jurisprudencije u SAD u 20. veku",⁴ koji je imao veliki uticaj, ne samo na američki pravni obrazovni sistem, već i na reformu prava, posebno advokature.

Pravni realizam je ustao protiv, do tada preovlađujuće, "mehaničke jurisprudencije", odnosno "formalizma", čije je uporište bio Harvard, i shvatanja Kristofera Lengdela (*Christofer Langdell*) da je pravo "nauka", koja bi trebala da izučava u svojim laboratorijama, tj. bibliotekama, pravne slučajeve iz kojih, izvlačenjem opštih pravnih principa, pravo može postati bolje i efikasnije. Lengdalov stav je bio da su "biblioteke za nas ono što su laboratorije za hemičare i fizičare ili ono što su muzeji za prirodnjake". Zato ne čudi što je govorio da "ono što kvalifikuje neku osobu da predaje pravo nije iskustvo iz rada u advokatskoj kancelariji, ne iskustvo stečeno radom sa ljudima, ne iskustvo sa suđenja ili argumenti sa parnica, ne iskustvo, ukratko, primene prava, već iskustvo stečeno izučavanjem prava."⁵ Tako umesto formalističkog shvatanja, po kojem sudije donose presude na osnovu pravnih pravila, pojavljuje se pokret *realista* sa sedištem na Univerzitetima Kolumbija i Jejl, koji su zastupali stav da iz empirijskih posmatranja, kako sudovi stvarno (*really*) donose presude, proizlazi da

³ Ovaj broj "realista" uglavnom se poklapa sa drugim autorima, izuzetak je Kevin Mekej (Kevin Meckey) koji je napravio listu od preko 40 pripadnika tog pokreta. Vidi: Kevin Meckey: *Triumph of Legal Realism*, MSC/DCL, 2004, 14 i dalje, na sajtu: <http://www.law.msu.edu>

⁴ Lajter izbegava da govori i o skandinavskom realizmu, nazivajući ga "rođakom", koji se bitno razlikuje od američkog. On kaže da su američki realisti bili pravnici (uključujući i neko licinu naučnika), a ne filozofi, i time je njihovo polje interesovanja bilo bitno drugačije od skandinavskih kolega. Zajedničku karakteristiku dva realizma, on pronalazi u činjenici da su svi delili istu intelektualnu kulturu *pozitivizma*, u smislu da su u prirodnim naukama videli uzor za svo naučno saznanje, pa su zato verovali da i društvene nauke, uključujući i pravo, treba da imitiraju metode prirodnih nauka.

⁵ Jerome Frank: *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton, New Jersey, 1973, 225. i dalje. Frank na tom mestu daje i biografiju dekana na Harvardu, Lengdala, a u rečima kritike naziva ga "briljantnim neurotikom". Lengdalov pogled na to šta je za njega *pravo*, zapostavljajući realni život, i njegovu okrenutost samo ka onome što se nalazi u knjigama, Frank kritikuje i za taj sistem obrazovanja pravnika kaže da je to kao kada bi "buduće arhitekture studirale prosto slike budućih građevina".

oni to ne čine (primarno) striktno primenjujući zakon, već na temelju njihovog osećaja pravde, i to na osnovu iznetih činjenica u određenom slučaju.

Iako su realisti izbegavali da daju definiciju prava, za njih je karakteristično da na pravo gledaju kao na *skup odgovarajućih socijalnih činjenica*, pod čime podrazumevaju odgovarajuće ljudsko ponašanje (pre svega sudija), u zavisnosti od ideja i stavova koje na to ponašanje utiču i koje ga motivišu.⁶ Stalna tema realista je *neizvesnost prava*, pa je zato prema njihovom mišljenju neophodno objašnjenje sudijskih postupaka tražiti iza samog prava. U tom nastojanju izdvojila su se dva krila realizma – *sociološko*⁷ i *idiosinkratsko*⁸. Pripadnici *sociološkog krila* smatraju da sudske odluke, ipak, *potpadaju pod predvidive obrasce*, i da različite *društvene snage* imaju uticaja na sudije, kao i da ih one prisiljavaju da na činjenice reaguju na slične i predvidive načine. Pristalice *idiosinkratskog krila*, a pre svih Džerom Frank, ističu da na sudijsku odluku utiču *idiosinkratske činjenice* o psihologiji i karakteru tog sudije. Prema tome ”ako je karakter sudije ključni faktor u primeni prava, u tom slučaju pravo može da se razlikuje u zavisnosti od karaktera sudije koji se zadesi da presuđuje u bilo kom datom slučaju.”⁹ Jer ”lična crta, karakter, sklonosti i navike pojedinog sudije će, tada, često odlučiti šta on smatra da je pravo”.¹⁰

Frankovo shvatanje prava

Frank je u svojim delima na više mesta objašnjavao razloge zbog kojih izbegava da definiše pravo, i umesto toga je govorio da se pravo uopšte ne sastoji od pravila, nego samo od ukupne *sume pojedinačnih odluka*. Ipak, na početku svog stvaralaštva, u knjizi *Pravo i moderno mišljenje*, on kaže: ”Mi možemo sada pokušati da damo grubu definiciju prava s tačke gledišta prosečnog čoveka: Za bilo kog laika, pravo je, u odnosu prema nekom određenom zbiru činjenica, odluka suda u vezi sa tim činjenicama, ukoliko ta odluka ima posledice za određenu

⁶ Gotovo svi realisti polaze od mišljenja koje je početkom 1897. godine formulisao Oliver Vendel Holms u tekstu *The Path of the Law*: ”Predviđanja o tome šta će sudovi uraditi, i ništa pretencioznije, jeste ono što ja smatram pravom.”

⁷ Najznačajniji predstavnici su: Levelin, Olifant, Mur i Koen.

⁸ Najkarakterističniji predstavnik tog krila je Džerom Frank.

⁹ Jerome Frank: *Law and the Modern Mind*, Brentano's Publishers, New York, 1930, 111.

¹⁰ Isto.

osobu. Dok sud nije presudio o tim činjenicama nikakvo pravo o tom odnosu još ne postoji. Pre takve odluke, jedino moguće pravo jeste mišljenje pravnik a o pravu koje se odnosi na to lice i te činjenice. Takvo mišljenje u stvari nije pravo već samo nagađanje o tome šta će sud odlučiti. Pravo je, prema tome, za bilo koju datu situaciju ili (a) stvarno pravo, tj. specifična prošla odluka za tu situaciju, ili (b) verovatno pravo, tj. nagađanje o budućoj specifičnoj odluci”.¹¹ Uvidevši grešku Frank se te definicije odriče već naredne godine u jednom članku,¹² a obnavlja je kasnije, ali ovaj put govoreći o *zakonskom pravu*, za koje kaže da znači ”ili (1) šta je sud već presudio u nekom ranijem sporu u vezi sa nečijim konkretnim pravima; ili (2) što je uobičajena situacija, ono što neki sud, negde, može presuditi, nekog dana u budućnosti, u konkretnom sporu povodom nečijih posebnih prava”.¹³

Ključna uloga u *stvaranju prava* je u rukama sudije, koji se poziva na postojeće propise i prethodne odluke, ali utvrđivanje činjenica nije objektivna posao, i on to čini u zavisnosti od svojih *psiholoških karakteristika*. One nesvesno upravljaju njime, i tada nikakva istina ili pravda ne odlučuju, već *osobnosti sudije*. Budući da prilikom donošenja odluke sudija stvara pravo, pravna pravila su mu tada samo sredstva, koja su ravnopravna sa drugim sredstvima, jer su po Frankovom mišljenju ”*sva pravna pravila, principi, propisi, koncepti, standardi – svi opšti stavovi o pravu – fikcije*”.¹⁴ S obzirom na to da *psihološke karakteristike* (osobnost, predrasude, itd.), imaju veći uticaj na sudije od *opštih karakteristika* (sličnog opšteg i pravnog obrazovanja, iskustva, sudske tradicije, itd.), dolazi do izražaja *pravna neizvesnost*, i to ne samo opšta, već i u pojedinačnim slučajevima.

Pravna (ne)izvesnost

Frank utemeljuje svoju teoriju na tome da je izvesnost prava *mit*, u koji veruju, čak, i advokati i sudije, zato je njegov rad bio usmeren ka razbijanju tog

¹¹ J. Frank: *Law and the Modern Mind*, Brentano's Publishers, New York, 1930, 46. U delu *Courts on Trial* (1949), Frank kaže da će izbegavati da koristi reč *pravo*, i da će ”umesto toga govoriti (1) o tome šta sudovi zaista rade, (2) o tome šta bi oni trebalo da rade, (3) o tome da li oni rade ono što bi trebalo da rade, i (4) o tome da li bi trebalo da rade šta treba da rade”.

¹² J. Frank: *Are Judges Human?*, *University Of Pensilvania Review*, 80, 1931.

¹³ J. Frank: *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton, New Jersey, 1973, 9.

¹⁴ Nav. delo, 167.

osnovnog mita, shvatanja o *pravnoj izvesnosti* i *pravnoj sigurnost*. Osnovu tog mita Frank pronalazi u dečjoj psihologiji i analizirajući proces sazrevanja, formiranja i socijalizacije ličnosti, on daje objašnjenje kako se to odražava na odnos prema pravu. Stoga je neophodno, da bi se shvatili razlozi različitih iluzija kod odraslih ljudi, osvrnuti se na razvojne faze detinjstva. Formirana navika pokoravanja (autoritetu) u detinjstvu će, u osnovi, determinisati odnos čoveka prema raznim vidovima vlasti, prema prihvatanju i izvršavanju zapovesti, i formirati odnos prema poštovanju moralnih i pravnih normi. Pošto je detinjstvo period u kojem nastaju neke od prirodnih kočnica i struktura vrednosti, što u daljem životu čini prirodni okvir za poštovanje autoriteta i prava, navika o nužnosti, formira one neposredne psihičke veze koje ga u kasnijem životu primoravaju ne samo na poslušnost, već i na ponašanja u skladu sa pravom.¹⁵ Rođenjem, kaže Frank, dete iz malog sveta gotovo potpune sigurnosti u kojoj je bilo do tada, biva bačeno u novu, za njega zastrašujuću sredinu, koja pred njega postavlja mnoge zahteve. Pored hrane i disanja dete upoznaje i za njega novine kao što su svetlost, zvuk, dodir i miris, a roditelji čine sve da udovolje njegovim nevelikim prohtevima. Tako dete pokretom ruke ili plaćem, postiže kompletno pokoravanje sredine, i izgleda kao *svemoćno*. Ono veruje da je sve objašnjivo, nema događaja bez poznatog razloga, uvek mora postojati *zašto* i *zato*. Haos je nezamisliv, poredak i pravila vladaju.¹⁶ Odrastanjem, međutim, ono postaje svesno da ima i iznenadnih i nepredvidivih pojava koje ne može da kontroliše i kojima ne može da upravlja, i javljaju se strah od skrivenog u mraku, neviđenog, nevidljivog i nepoznatog. Tada traži pomoć roditelja koji staju između njega i mnogostrukih opasnosti i nepredvidivosti života. Roditelji su *svemoćni* i *sveznajući*. "Ako dete više ne može da veruje da je samo u stanju da kontroliše čitav svet, i dalje može da veruje da njegovi roditelji to čine – i za njega."¹⁷ Oni drže stvari pod kontrolom, znaju sve i razumeju, sređuju stvari i pružaju zaštitu, znaju šta je dobro, a šta loše, i uspostavljaju red tamo gde stanje izgleda haotično. Dete i dalje ima svemoć, ali sada zastupničku, u toj ulozi se sada pojavljuju njegovi roditelji, preko kojih ono uspostavlja tu moć. Iako majka predstavlja porodičnu bliskost, nežnost, pomoć i razumevanje kome se dete može uvek vratiti, Frank kaže, a po-

¹⁵ Kartag Odri A.: Stvaranje i primena prava – pravno psihološki aspekti, *Stvaranje prava*, Treći skup Jugoslovenskog udruženja za teoriju, filozofiju i sociologiju prava, Miločer, 24-25. septembar 1999; Zbornik priredio D. Mitrović, Beograd, 2000., 50 i dalje.

¹⁶ J. Frank: *Law and the Modern Mind*, Brentano's Publishers, New York, 1930, 13.

¹⁷ Nav. delo, 14.

ziva se na pisanje Malinovskog,¹⁸ da je otac taj koji ima ulogu konačnog arbitra, koji poseduje snagu i autoritet, i koji povremeno iz uloge nežnog i zaštitničkog prijatelja, prelazi i prihvata poziciju *strogog sudije* i *čvrstog izvršioca prava*. Sazrevanjem dete se suočava sa saznanjem da otac nije svemoćan i sveznajući, kako je do tada izgledao, i ponovo se javljaju strah i neizvesnost, kao i potreba za blizinom nekoga ko bi mogao da bude zamena za oca. U ulozi zamene za oca pojavljuju se: sveštenici, sudije, lideri u grupi... međutim, i one *nisu svemoćne*, razočavaju dete, a potreba za očevim autoritetom i dalje postoji. Pošto i kod odraslih ljudi postoji potreba za sigurnošću, u toj ulozi pojavljuje se *pravo*. Naivna vera deteta u svemoć oca da savlada kaos i opasnosti sveta, sada se pretvara u veru, koja prerasta u *mit*, da je to ostvarljivo preko pravnog sistema, preko njegovog autoriteta, određenosti i predvidivosti. Ipak, prema Frankovom mišljenju ovo nije jedino, niti je potpuno objašnjenje *osnovnog mita* o određenosti, sigurnosti i predvidivosti prava, jer na njega deluju i drugi činiooci. Ljudi nisu napustili dečju potrebu za autoritativnim ocem, i svojstva koja su nekada pripisivala njemu, poput odlučnosti, sigurnosti, izvesnosti i nepogrešivosti, nesvesno pokušavaju da nađu u pravu. Jer, "društvo je sastavljeno od osoba koje su sada ili su ne tako davno bili deca."¹⁹ Ta *psihološka potreba* za sigurnošću je najznačajniji *činilac predstave o pravu*, koje nije ni sigurno, ni određeno, ni predvidivo, ali ga mi, zbog psihološke potrebe za određenošću i sigurnošću, smatramo takvim, odnosno, očekujemo da pravo bude takvo. U početku je društvo bilo *detinjasto*, jer je i ljudski um bio nerazvijen, u kojem je vladala magija. Sada, umesto magičnih reči koje je prizivao primitivni čovek, *moderni detinjasti čovek* priziva zakonska pravila ili neke druge uniformnosti koje vode jednoobraznosti u sudskim pravilima.²⁰

Međutim, kaže Frank, "moderna civilizacija zahteva misao oslobođenu očinskog upravljanja. Ostati očinski upravljani u zreloom dobu je specifično moderni greh. *Moderna misao je misao oslobođenja detinjastih emocionalnih tereta, zrela misao*. A pravo, ukoliko želi da udovolji potrebama moderne civilizacije mora se prilagoditi modernoj misli. Ono mora prestati da bude oličenje filozofije koja je protiv promena. Ono mora postati otvoreno pragmatsko. Do ove tačke mora se razviti prihvatanje i uklanjanje prenošenja detinjastog straha od, i poštovanja za, očinskom svemoći; taj strah i poštovanje snažna su uporišta otpora

¹⁸ Nav. delo, 15.

¹⁹ Nav. delo, 20.

²⁰ Aleksandar Molnar: *Društvo i pravo. Istorija klasičnih socioloških teorija, I-II*, Visio Mundi/Academic Press, Novi Sad, 1994, knjiga 1, 248.

ka promenama. Sve dok ne postanemo u potpunosti svesni, i dok lik oca skrivenog iza autoriteta prava ne prestane da ima vlast nad nama, nećemo doseći prvi korak u civilizovanom upravljanju pravdom, priznanjem da čovek nije stvoren za pravo, već da je pravo stvoreno za ljude.”²¹

Stvaranje prava

Prema Frankovom mišljenju, *pravo se stvara u sudu*, odnosno *stvara ga sudija*,²² jer ”sudija nije samo mehanički izvršilac, primenjivač prava, već je on stvaralac, tačnije, jedini kreator prava”.²³ Tradicionalna teorija ispitala je šta sudije rade u višim sudovima, što je preusko posmatranje problema, jer zapostavljaju šta se stvarno dešava u drugim, nižim sudovima, kao i to kakav je stvarni odnos među strankama u postupku. Takođe, nisu samo pravna pravila ta koja odlučuju o konačnoj odluci, već to čini sudija, a ta odluka zavisi od njegove osobenosti.²⁴ Frank ne negira da, ipak, postoje pravne norme i da su one jedan od izvora prava, ali uočava da postoje dve ”legislative” (zakonodavna i sudska),²⁵ jer pored pravila koje stvara i verifikuje parlament, u stvaranju prava učestvuje i sud. Kao što zakonodavstvo primenjujući i donoseći zakon reguliše sukobljene interese, tako se ponaša i sudija prilikom stvaranja u ovom slučaju *sudskih pravni pravila*.²⁶ Pravne norme, po Franku, bez obzira na to da li su sadržane u zakonima, precedentima, ili drugim pravnim propisima, ostaju samo reči, jer im sadržaj i život daje sud prilikom rešavanja spornog slučaja. O zakonodavstvu je govorio bez simpatija: ”Imamo stabilni skup pravila koja se odnose na pravnu sigurnost. Sami retko menjamo bilo koje pravilo, a ako to činimo, radimo to samo posle najsavesnijih razmišljanja. Međutim, zakonodavstvo stvara nova pravila, često bez razmišljanja, i ta pravila potkopavaju pravnu sigurnost. Delatnost zakonodavstva je kapriciozna i površna, oslonjena na nezrele

²¹ J. Frank: *Law and the Modern Mind*, Brentano's Publishers, New York, 1930, 252.

²² Nav. delo, 126.

²³ Vukadinović G., Stepanov R.: *Teorija prava I*, Petrovaradin, 2001, 227.

²⁴ Vidi: Jes Bjarup: *Rättsteori och rättordning*, Stockholm, 2004, 164.

²⁵ Jerome Frank: *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton, New Jersey, 1973, 262.

²⁶ Nav. delo, 265.

subjektivne utiske malobrojnih članova legislative. Zašto bismo uvažavali tako rđave produkte?”²⁷

Frank sebe smatra reformistom, da on uočava greške u koje je američko sudstvo upalo, ali nema iluzija da se sudski postupak može učiniti perfektnim.²⁸ Pošto je stvarao u vreme turbulentnih događaja u Americi, bio je svedok ”agonije” sudstva, koje se našlo na udaru društvenih zbivanja i svojih konzervativnih sudija Vrhovnog suda. Sve je to imalo uticaja na Franka da u postavkama svoje teorije pravo vidi kao *borbu*, a ”parnicu kao jednu vrstu borbe ili bitke”, koja se odigrava u sudnici pred i pod kontrolom sudije. ”*Odlazak pred sud*” po odluku je civilizacijski napredak, jer on predstavlja *zamenu za privatni rat*. Pobjednik iz te *bitke* odnosi *pravna ovlašćenja*, a poraženi *pravne obaveze*. ”Šta *prava* i *obaveze* znače, u takvim okolnostima, možete pretpostaviti gledajući gangsterske obračune”.²⁹ *Sudska odluka*, po Franku, jedina može raspraviti jedan konflikt, bez obzira na to o čemu se radi, ali je ona nepredvidiva, jer se odnosi na neki prethodni konkretni slučaj, i zavisna je od toga kako je doživljava i interpretira sudija u tom slučaju. Zato društvena funkcija suda postaje sprečavanje društvenih poremećaja koji bi nastupili ukoliko bi, umesto sudske presude, spor presuđivao fizički obračun, odnosno, ”politički izbori, mirna revolucija, su supstitut za revoluciju silom, na taj način smo nekom vrstom sudskog ili duela u sudnici zamenili privatni rat”. Da bi ilustrovao koliki je značaj sudske odluke, Frank navodi primer Persije gde je postojao običaj da kada kralj umre, počinje petodnevni period anarhije, kako bi narod mogao da shvati prednosti postojanja vladara i prava.³⁰

Tako do izražaja dolaze individualne karakteristike sudija, njihove simpatije ili antipatije prema svedocima, advokatima ili strankama u sporu, a ”njego-va prošlost mogla je formirati pozitivan ili negativan odnos prema ženama, ili plavušama, ili muškarcima sa bradom, ili Južnjacima, Italijanima, Englezima, ili vodoinstalaterima, ili sveštenicima, ili diplomiranim studentima, ili pripadnicima Demokratske partije”.³¹ Međutim, i određeni način izgovora, kašljanje ili gestikuliranje, kao i bilo koje drugo ponašanje, može kod sudije podstaći pozi-

²⁷ Nav. delo, 292.

²⁸ Nav. delo, 2.

²⁹ Nav. delo, 8.

³⁰ Jerome Frank: *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton, New Jersey, 1973, 7.

³¹ Nav. delo, 106.

tivna ili negativna sećanja u njegovoj svesti, koja mogu biti odlučujuća pri donošenju odluke u procesu. Frank to objašnjava na sledeći način: "Konvencionalna teorija" smatra da je "Pravilo plus Činjenice = Odluka", dok je njegov stav da "Podsticaji koji imaju uticaja na sudiju" plus "Karakter sudije = Odluka".³² Iz Frojdovog shvatanja, koje je imalo najveći uticaj na Frankovu teoriju, i po kojem ključ karaktera leži u zakopanim dubinama nesvesnog, proizlazi da je uzaludno sudijama davati normativne savete, odnosno, reći im da nešto *treba* da urade drugačije. Zato je predviđanje sudijske odluke u najvećoj meri nemoguće. Želja advokata i građana da misle drugačije samo oslikava infantilnu želju za pouzdanošću i sigurnošću i vraća na *osnovni mit*.

Primena prava i povećanje njegove neizvesnosti

Pravna neizvesnost dolazi do još većeg izražaja kada se činjenice utvrđuju preko *svedoka*, jer je iskaz svedoka uvek pod uticajem njegovog iskustva, ličnih karakteristika i predrasuda, i često je selektivno. Svedočenje postaje manje verodostojno, čak i kod najiskrenijih svedoka, sa protokom vremena od događaja za koji se utvrđuju činjenice.³³ Mnogi svedoci se osećaju neugodno u toj ulozi u sudnici, i pod psihičkim stresom njihovo svedočenje nije pouzdano.³⁴ Sudija je kao istoričar, pošto se događaj koji je dospeo u sudnicu odigrao u prošlosti i sudija utvrđuje činjenice *post festum*, prilikom čega se između njega i događaja nalaze iskazi svedoka. Svedoci ne reprodukuju mehanički ono što su videli, čuli ili doživeli, već subjektivno iznose činjenice o događaju. Stoga je potrebno da sudije, osim prava, dobro poznaju i psihologiju.³⁵

Dok je "primitivni čovek mogao da kaže da su zakonska prava na kolenima bogova, mi moramo reći da su ona na kolenima ljudi – sudija i porota".³⁶ Tako dolazimo do još jednog mita američkog pravosuđa – *porote*, njene uloge u individualizaciji kazne i pravnoj sigurnosti. Prema oficijelnoj ili naivnoj teoriji,

³² J. Frank: Are Judges Human?, *University Of Pensilvania Rewiev*, 80, 1931, 242.

³³ J. Frank: *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton, New Jersey, 1973, 17 i dalje.

³⁴ J. Frank: *Law and the Modern Mind*, Brentano's Publishers, New York, 1930, 106 i dalje

³⁵ Nav. delo, 147.

³⁶ J. Frank: *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton, New Jersey, 1973, 50.

kaže Frank, kada se neki slučaj raspravlja pred sudijom i porotom, uloge su jasno podeljene, tako što sudija primenjuje pravo, a poroti je ostavljeno utvrđivanje činjenica i ono što sudija proglašuje za pravo, mora biti prihvaćeno od strane porote kao potpuno autoritativno.³⁷ Međutim, praksa je pokazala da to nije slučaj, jer pošto su saslušani dokazi, sudija daje poroti, "uputstvo o pravu", obrazlažući koje su pravne posledice ukoliko se porota odluči za jedne ili druge činjenice. Na taj način *porota*, odlučujući o činjenicama, *primenjuje pravo*. Kao posledica javlja se da sa jedne strane *odluke* donose prosečni ljudi, laici za pravo, koji imaju svoje viđenje, a sa druge strane, ne moraju da obrazlažu te odluke. Prema teoriji koju zastupaju *realisti*, kaže Frank, u mnogim slučajevima, porota bez obraćanja pažnje na pravna pravila, utvrđuje, ne "činjenice", već odgovarajuća zakonska prava i obaveze stranaka u procesu.³⁸ Iz toga proizlazi da umesto sudskog prava, imamo *pravo koje stvara porota*, što dovodi do potpune nepredvidivost i neizvesnosti ishoda suđenja i prava u kojem učestvuje porota. "Teško bi se mogao zamisliti bolji instrument da se postigne nesigurnost, kapricioznost, nedostatak usklađenosti sa prethodnim odlukama, ukratko nepredvidivost. Mudar advokat će se ustezati da garantuje, mada on može rizikovati da nagađa, kakva će odluka biti doneta u slučaju koji vodi i u kojem odlučuje samo sudija. Samo se vrlo glup advokat može usuditi da nagađa ishod odluke koju donosi porota".³⁹ Tako odluke u mnogim slučajevima, umesto sudija, donosi dvanaest nekompetentnih laika, puni kaprica i predrasuda.⁴⁰ Tako imamo da činjenice "da je optuženi dobro stojeća korporacija, a tužitelj siromašni mladić; da je glavni svedok jedne od stranaka mason ili katolik; da je branilac briljantni govornik," često odlučuju u nekom slučaju "ko će pobediti ili izgubiti".⁴¹ Ipak, da bi opravdali zadržavanje sistema porote, autori navode da se time omogućava da se zadrži izgled održavanja osnovnih pravnih principa, a u isto vreme porota omogućava da se u konkretnom slučaju nađe *pravedno* rešenje, bez obzira na dotadašnje propise, koji odgovaraju tom slučaju.⁴² Time se

³⁷ J. Frank: *Law and the Modern Mind*, Brentano's Publishers, New York, 1930, 170.

³⁸ J. Frank: *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton, New Jersey, 1973, 111.

³⁹ J. Frank: *Law and the Modern Mind*, Brentano's Publishers, New York, 1930, 173.

⁴⁰ Nav. delo, 177.

⁴¹ Nav. delo, 178.

⁴² Frank u delu *Courts on Trial* navodi sedam razloga u korist odbrane sistema porote: a) porotnici su bolji pronalazači činjenica od sudija; b) porotnici su (kao) zakonodavci; c) po-

postizuje fleksibilnost i individualizacija prava, koja posebno dolazi do izražaja u krivičnim postupcima, kada postaje sredstvo humane individualizacije.⁴³

Frankova podela realista

U Predgovoru šestom izdanju knjige *Pravo i moderno mišljenje* (1948.),⁴⁴ Frank priznaje da je tada ne bi napisao kao pre osamanaest godina. Pre svega, smatra da je napravio grubu grešku, jer je pokušao da, pored već postojećih, da svoju definiciju reči *pravo*. Međutim, iz te bitke se izvlači i godinu dana kasnije u jednom članku kaže da će izbegavati da koristi reč *pravo*,⁴⁵ a da će umesto toga govoriti o sledećem: (1) specifičnim odlukama suda; (2) kako su te odluke malo predvidive i uniformisane; (3) postupku u kojem su te odluke stvorene; i (4) u kojoj meri, u interesu pravde za građane bi taj proces mogao i trebalo da bude poboljšan. Kao svoju drugu grubu grešku u knjizi Frank navodi da je pogrešno upotrebio izraz *pravni realizam*, koji je pozajmio od Karla Levelina, da bi izrazio specifičnu poziciju u odnosu na ponašanje sudova. Pošto u filozofskom diskursu pojam *realizam* ima drugačije značenje, on već 1931. godine, u istom članku, predlaže da se pravni realisti nazovu terminom *konstruktivni skeptici*, a pokret *konstruktivni skepticizam*.⁴⁶ Pošto je *pravni realizam* obuhvatao širok krug teo-

rota je dobar način da se izbegne uticaj nekompetentnih i korumpiranih sudija; d) porota obrazuje i kreira poverenje u vladu; e) stanovnici na taj način učestvuju u vlasti; f) suđenja sa porotom su popularne predstave; g) poseban značaj porote u krivičnim predmetima; h) lakmus funkcija posle nepopularnih odluka sudija.

⁴³ J. Frank: *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton, New Jersey, 1973, 136.

⁴⁴ J. Frank: *Preface to Sixth Printing, Law and the Modern Mind*, Gloucester, MA: Peter Smith, 1970.

⁴⁵ J. Frank: *Are Judges Human?*, *University Of Pensilvania Rewiev*, 80, 1931.

⁴⁶ Dve godine kasnije Frank predlaže da se realisti nazovu *eksperimentalistima*. Frank tada, verovatno, nije ni slutio da će to poslužiti kao osnova za nastanak tzv. "eksperimentalne jurisprudencije", koja se pojavila na Univerzitetu u Nebrasci, posle Drugog svetskog rata. Ta jurisprudencija je krizu "naučnosti" pravnih koncepcija, na koju su ukazali realisti, pokušala da reši nalaženjem uporišta u novoj – eksperimentalnoj – nauci. Otkrića do kojih se dolazi putem tih eksperimentalnih nauka su pouzdana i opštevažeća, te se zakonodavna vlast može osloniti na njih, pa i koristiti njihovim metodom u pronalaženju "prave mere" za zahvate u društvenim procesima, stav je pripadnika te "eksperimentalne jurisprudencije". Vidi: Alek-

retičara, čije ideje nisu bile konzistentne, nije moglo biti reči o *školi*. Zato, određujući ih kao *skeptike*, Frank daje opis pokreta koji je imao zajednički stav prema konvencionalnim pravnim teorijama, ponašanju sudova, izvesnosti predviđanja ponašanja (pre svega, sudija) i svim drugim pitanjima koja je pravni realizam obuhvatao, uključujući i reforme u interesu pravde koja se ostvaruje preko suda. Ako se zanemare pozitivne strane u njihovim teorijskim razmišljanjima, priroda skepticizma nije ista kod svih. Upravo iz tih razloga proizlazi i njihova podela prema Franku na *skeptike u odnosu na pravila* i *skeptike u odnosu na činjenice*.

Skeptici u odnosu na pravila, koju predvodi Levelin, imali su za cilj *veću pravnu sigurnost*. Želja im je bila da advokati svojim klijentima *mogu predvideti* ishod odluke pre samog suđenja. Primetili su da je problem u tome što obični ljudi nisu znali kako da se ponašaju u sudu, odnosno kakvo bi ponašanje bilo poželjno da bi bilo ispravno procenjeno i pravilno vrednovano. Prema njihovom shvatanju, kaže Frank, problem je u tome što se "*pravila na papiru*", često pokazuju kao nepouzdan pokazatelj buduće presude. Verovali su da se iza tih "*pravila na papiru*", mogu otkriti "*stvarna pravila*", opisivanjem jednoobraznosti i regularnosti stvarnog ponašanja sudija, i da ona mogu poslužiti kao pouzdana predviđanja – instrumenti, koji će dati veliku meru predvidivosti ishoda budućih parnica. U svojim radovima, ti skeptici su pažnju usmeravali ka odlukama višeg suda, a zanemarivali osnovne sudove, ali na to nisu skretali pažnju svojim čitaocima.

Frank sebe ubraja u drugu grupu skeptika, koju naziva *skeptici u odnosu na činjenice*, koja se ne zadržava samo na skepticizmu prema pravilima i proučavanju činjenica koje utiču na odluke viših sudova, već se *okreću delatnostima nižih sudova*. "Bez obzira na to kako precizno ili konačno može biti formalno pravno pravilo, kažu ovi skeptici u odnosu na činjenice, bez obzira na to u kojoj je meri moguće otkriti jednoobraznost tih formalnih pravnih pravila, uvek je nemoguće i nikada neće biti moguće, zbog neuhvatljivosti činjenica na koje se odluka oslanja, predvideti buduće odluke u većini (ne svim) parnicama, koje još nisu započete i koje nisu bile u sudskom postupku."⁴⁷ Tvrdeći ovo, *skeptici u odnosu na činjenice*, smatraju da je beskorisno nastojanje da se preko pravila postigne veća sigurnost, te da to pre može povećati, a ne smanjiti broj neprava-

sandar Molnar: *Društvo i pravo. Istorija klasičnih sociološkopravnih teorija, I-II*, Novi Sad, 1994, knjiga 1, 266.

⁴⁷ J. Frank, *Law and Modern Mind*, Garden City, New York: Anchor Books, 1963, u Predgovoru, str. xi.

vednih odluka. U ovu grupu, *skeptika u odnosu na činjenice*, Frank svrstava Grena, Redina, Arnolda, Dagleasa i, kako kaže, možda, Morgana.

Iako u obe grupe postoji velika šarolikost ideja i tumačenja, moglo bi se generalno reći da skeptici u odnosu na pravila svodeći sebe na nivo viših sudova, žive u nestvarnom *dvodimenzionalnom pravnom svetu*, dok je taj svet za skeptike u odnosu na činjenice – *trodimenzionalan*. Frank ističe da je očigledno da mnogi događaji iz trodimenzionalnog sveta skeptika u odnosu na činjenice su izvan vidokruga, a time i izvan svesti, skeptika u odnosu na pravila. *Kritičari skeptika*, takođe, žive u nestvarnom svetu viših sudova, pronalazeći time manje zamerki skepticima u odnosu na pravila, pošto se i jedni i drugi oslanjaju na tradiciju. Upravo protiv te tradicije bune se skeptici u odnosu na činjenice, kao pripadnik te grupe Frank smatra, da se sve svodi na sledeće: "ako prihvatimo kao tačan uobičajeni opis kako sudovi dolaze do svojih odluka, tada odluka bilo kog slučaja proizlazi iz primene pravnog pravila ili više njih na činjenice tog slučaja". Ovo je prilično jednostavno u običnim slučajevima (na primer: "da se vozi desnom stranom ulice"), ali nije tako jednostavno kada je glavno svedočenje usmeno ili protivrečno, kao što je u većini slučajeva, i *pronalaženje* činjenica zavisi od više promenljivih faktora. Radi ilustracije on prvo navodi suđenje u kojem sudija (u parnici bez porote), ili porota (u suđenju u kojem i ona učestvuje), moraju doći do činjenica putem svedoka. Svedoci su ljudska bića, čine greške u izlaganju o tome šta su videli ili čuli, ili posmatrali, ili u reinterpetiranju svojih sećanja u sudnici. Drugo, sudije i porotnici su, takođe, ljudska bića sa svojim predrasudama, kojih često ni sami nisu svesni (kao što je slučaj, prema pojedinim svedocima, strankama u procesu, advokatima). Kada su te predrasude rasne, religiozne, političke ili ekonomske prirode, one mogu ponekad biti naslućene. Međutim, po Franku, postoje nesvesne sklonosti sudija ili porote, kao na primer, naklonosti i odbojnosti: prema ženama, ili neudatim ženama, crvenokosim, plavušama, ili muškarcima sa dubokim glasom... sklonosti kojih niko nije svestan. One su prikrivene i krajnje *idiosinkratske*, osobene svakom sudiji ili porotniku i ne mogu, objašnjava Frank, biti formulisane kao jednoobraznost i ukalupljene u regulisane "obrasce ponašanja". Upravo zbog toga nijedan sudija ili porotnik nije standardizovan, pa je zato nemoguće predvideti šta će oni uvažiti kao činjenice u određenom slučaju. On zaključuje da su te navedene teškoće bile zapostavljene od većine onih, uključujući i skeptike prema pravilima, koji su pisali o pravnoj izvesnosti ili predvidivosti sudskih odluka. Svi oni su, prema njegovom mišljenju, pogrešno nazivali svoje pisanje "jurisprudencija",

ali izostavljajući i ne uzimajući u obzir porotu i porotni sud, dodaje on, "mogli bismo ih ukoriti zbog zaboravljanja jurisprudencije".

Zaključna razmatranja

Džerom Frank i američki pravni realizam bio je na udaru kritike da je *zanemario etičku stranu prava* i njegovu *povezanost sa moralom*. Frank je u odgovoru na kritike, pokušao da u svoju teoriju uvrsti prirodnopravne elemente obrazlažući to rečima "ne razumem kako ijedan pristojan čovek danas može odbiti da prihvati, kao temelj moderne civilizacije, osnovne principe Prirodnog prava, koja se odnose na ljudsko ponašanje, kao što je to naveo Toma Akvinski."⁴⁸

Taj pokušaj ubacivanja prirodnopravnih elemenata u svoju teorijsku postavku, bila je Frankova odbrana realizma i skepticizma, od napada koji su usledili, a koji su bili najjači upravo od zastupnika prirodnopravnog stajališta sa katoličkih fakulteta. Najradikalniji u tome je bio Frensis Lisej (*Francis Lucey*),⁴⁹ koji je govoreći pred jednim skupom u martu 1941. godine u Vašingtonu, poistovetio nacističku filozofiju sa realizmom, utilitarizmom i pragmatizmom, i istakao "da je Hitlerov utilitarizam i pragmatizam veoma sličan Holmsovoj filozofiji".⁵⁰ Smatrao je da ravni realizam uništava sve vrednosti demokratije i svojim skepticizmom može proizvesti samo konfuziju, podele, strah i očaj, igralište u svakoj naciji za demagoge, sofiste i diktatore.⁵¹

Frank nije imao čvrstu empirijsku potporu za svoje stavove, (na primer: na slutnji zasnovanom donošenju odluka i ulozi *ličnog elementa*),⁵² zato je bio oštro kritikovan. Pripadnici tzv. *sociološkog krila* pravnog realizma, isticali su da Frankove pretpostavke nisu verodostojne, uvažavajući predvidivost u mnogim slučajevima postupanje sudova. Karl Levelin, pored Franka najpoznatiji pripadnik realizma, nije propustio priliku da prijatelju uputi kritičku opasku, rekavši da je u

⁴⁸ J. Frank, *Law and Modern Mind*, Garden City, New York: Anchor Books, 1963, u Predgovoru, str. xvii, citat prema: J. Bjarup: *Rättsteori och rättordning*, Stockholm, 2004, 164.

⁴⁹ F. Lisej je bio član uprave na Pravnom fakultetu u Džordžtaunu i profesor filozofije i jurisprudencije..

⁵⁰ George J. Marlin THE POLITICIAN'S GUIDE to Assisted Suicide, Cloning, and Other Current Controversies, (<http://www.ewtn.com/library/HUMANITY/PGUIDE.HTM>).

⁵¹ Isto.

⁵² Brian Leiter: American Legal Realism, *The University of Texas School of Law, Public Law and Legal Theory Research paper* No. 042, October 2002, 19.

svojoj težnji da razotkrije iluziju pravne sigurnosti i predvidivosti, Frank napravio iluziju iluzornijom nego što ona jeste.⁵³ Tako Frankov skepticizam nije bio potpuno usklađen sa iskustvom u praksi, jer, ipak, većina advokata svoje klijente uspeva da savetuje o verovatnom ishodu spora, često se Frankovo shvatanje uzimalo za određenje stavova pripadnika pokreta realizma. Da bi umanjili značaj i ulogu Franka u američkoj jurisprudenciji kritičari realizma ironično tvrde da prema njemu "sudijska odluka može zavisiti od toga šta je sudija doručkovao".⁵⁴ Protiv realizma reagovali su ne samo naučni radnici u Americi, politički protivnici, pravnici (profesori) sa katoličkih fakulteta, već i teoretičari u Evropi. Kritikujući Frankovu teoriju, Gurvič ističe da je "dovoljno reći da nijedna vrsta individualne psihologije nije, generalno, u stanju da dovede do kontakta sa problemima prava kao fenomena koji, u suštini, čini kolektivno iskustvo i koji je povezan sa društvenom celinom."⁵⁵ Na nedostatak Frankove teorije, i *stavu o izvesnosti prava kao mitu*, ukazao je i Norberto Bobio, sledećim argumentima "da zalaganje za izvesnost prava nije novo, ali je nov način na koji autor objašnjava svoju ideju, nov je ekstremizam Franka koji razmatranja o izvesnosti dovodi do apsurdnih rezultata".⁵⁶

Međutim, svojom teorijom Džerom Frank ne samo da je otvorio puteve proučavanju *stvarnih* društvenih odnosa, koji se uspostavljaju između suda, svedoka, porote, advokata, stranaka u sporu, sudija, već i razbio *mit* tradicionalne teorije, po kojoj su sudije samo izvršioci prava. Džerom Frank i *pravni realisti* su svojim verovanjem u *pravnu neodređenost*, zalaganjem za *interdisciplinarni pristup* prilikom proučavanja onoga što se *stvarno* dešava prilikom donošenja sudijskih odluka (koliko subjektivni i objektivni faktori utiču na stvaranje prava), verovanjem u *pravni instrumentalizam*, otvorili vrata mnogim teorijskim pravcima. "*Duh realizma*" ostavio je nemerljiv uticaj u američkoj pravnoj teoriji i političkim naukama 20. veka, jer ne samo da su *realisti* i njihove ideje bili popularni,⁵⁷ već je iz *realizma* nastalo mnogo škola i pravaca u američkoj jurisprudenciji kao što su: *Critical Legal Studies*, (pokret *kritičkih pravnih studija*, čiji su karakteristični predstavnici: Dankan Kenedi, Umeberto Unger i dr.), *Law and*

⁵³ A. Molnar: *Društvo i pravo. Istorija klasičnih sociološkopravnih teorija, I-II*, Visio Mundi/Academic Press, Novi Sad, 1994, knjiga 1, 251.

⁵⁴ Vidi: Legal realism, http://www.absoluteastronomy.com/encyclopedia/L/le/legal_realism.htm

⁵⁵ Žorž Gurvič: *Sociologija prava*, CID, Podgorica, 1997, 165.

⁵⁶ Vidi: Vukadinović G., Stepanov R.: *Teorija prava I*, Petrovaradin, 2001, 227.

⁵⁷ Čuvena je izjava: "It's a *bona fide* conviction that "we are all (legal) realists now" ("To je *bona fide* uverenje 'da smo svi (pravni) realisti sada'").

Economics (*pravo i ekonomija*, u početku se još zvala *ekonomska analiza prava*, sa Ričardom Poznerom i Ričardom Epštajnom, kao glavnim predstavnicima), *Feminist Legal Theory* (*feminističke pravne teorije*), *Critical Race Theory* (*kritičke rasne teorije*), a imali su uticaj i na političke nauke.

Skinuvši normu sa pijedestala, negirajući samu normativnu prirodu prava, raskrinkavajući *stare mitove*, Frank je stvorio novi mit – mit o *potpunoj iracionalnosti prava*, i postavio pitanje samog značaja norme kao takve. Jer, ”*neodređenost*, ukratko, po mišljenju realista, ne proizilazi iz samih pravila, već iz načina na koji mi karakterišemo šta sadrže zakonska pravila i precedenti”.⁵⁸ Koliko je bitno *stvarno* tumačenje i primena prava svedoči i Frankovo poređenje prava sa muzikom, tvrdeći ”zakonodavstvo je kao kompozior. Ne može samo sebi pomoći. Mora interpretaciju prepustiti drugima, prvenstveno sudovima”.⁵⁹

Prema tome, ako bismo želeli da damo u najkraćem ocenu Frankovog dela treba istaći da je on kombinovao Frojdovu psihoanalizu sa pravnom analizom stvarajući skeptičnu, reformski orijentisanu teoriju, koja je ulogu precedenta svodila na minimum u pravnom sistemu, pri čemu sudije imaju svu slobodu.

Summary

Prof. Branko Tucakov

LEGAL REALISM OF JEROME FRANK

The work deals with legal realism of Jerome Frank, whose psychological interpretation of the law was equally intrigant when it appeared as well as it is at the beginning of the third millenium. Since there are very few texts in our language concerning legal realism of Jerome Frank, our goal was to present his athorship. Combining Frojd’s psychoanalysis with legal analysis creating sceptical, reform oriented theory, which reduced to a minimum the role of precedent in a legal system, where judges have all the freedom, Frank contended that certainty

⁵⁸ B. Leiter: American Legal Realism, *The University of Texas School of Law, Public Law and Legal Theory Research paper* No. 042, October 2002, 19.

⁵⁹ Jerome N. Frank, Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation, *47 Colum. L. Rev.* 1259, 1264 (1947.).

of law did not exist. According to him certainty of law is a myth, and source of that myth and belief in legal certainty he finds in child psychology. The key role in the making and application of law is in the hands of the judges, while everything depends mostly from their psychological characteristics. Forasmuch as analysis of individual factors which have influence on adjudications show how law really is functioning in the society, Frank is of opinion that the role of subjective and objective factors is more important than previously formulated normative solutions.

7. Dipl. pravnik Ferenc Nemet*

Glavni urednik časopisa *Létünk*, Novi Sad

ZASTUPLJENOST SAVREMENE ANGLOAMERIČKE JURISPRUDENCIJE U MAĐARSKOJ PRAVNOJ TEORIJI

Mađarska pravna teorija je počev od 1990-te godine napravila zaokret, bar što se tiče otvaranja prema svetu i prema pravnim idejama i teorijama zapadnih zemalja. Dakako, bio je to rezultat pre svega političkih promena, ali i velikog stručnog interesovanja pravnih teoretičara, koje je sredinom devedesetih godina prošloga veka dovelo do objavljivanja više originalnih radova, udžbenika ali i prevoda iz te oblasti, sa namerom, da se stručnoj javnosti predoče savremene koncepcije i savremena kretanja u pravnoj teoriji drugih zemalja, pre svega, anglo-američkih.

Od sredine devedesetih usled uticaja pravne teorije drugih zemalja polako se menja i mađarska pravna teorija prihvatajući savremene doktrine i koncepcije. Za otvaranje zaslužna je pre svega nekolicina mađarskih pravnih teoretičara koji su svojim radovima i prevodima približili između ostalog i savremena angloamerička stremljenja. Među one koji su svakako prokrčili put novim idejama i viđenjima u mađarskoj pravnoj teoriji, svakako spada Antal Visegrády (*Modern jogbölcséleti irányzatok*. [Savremeni pravci u pravnoj filozofiji]. Pečuj, 1995.), Béla Pokol (*A Jog gazdasági elemzése*. [Privredna analiza prava]. In: *Jogbölcséleti vizsgálódások*. Budimpešta, 1994.; *A jog szerkezete* [Struktura prava]. Budimpešta, 1998.), Mátyás Bódig (*Hart, Dworkin és a jogelmélet posztmetafizikai fordulata*. [Hart, Dworkin i postmetafizički zaokret u pravnoj teoriji]. Budimpešta, 2000.), Miklós Szabó (*Jogbölcséleti előadások*. [Predavanja iz filozofije prava]. Miškolc, 1998.), András Beck (*A filozófus az amerikai életben*. [Filozof u

* Autor je diplomirani pravnik, trenutno na magistarskim studijama, glavni i odgovorni urednik naučnog časopisa na mađarskom jeziku *Létünk* (Stvarnost).

američkom životu]. Pompeji, 1995.), a nadalje József Szabadfalvi o čijem radu ćemo i nešto više reći.

Ovi pravni pisci i teoretičari su mađarskoj stručnoj javnosti približili između ostalog savremene angloameričke pravne teorije i teoretičare, od Ronalda Dworkina, Jeroma Franka, Roberta Ungera, Richarda Posnera, do Petera Goodricha.

U zadnjih desetak godina, bar što se tiče angloameričke pravne teorije, u Mađarskoj su objavljena dva izuzetna dela koja su od velikog značaja za mađarsku pravnu teoriju. Prvi je prevod jedne od najznačajnijih fundamentalnih pravno-teorijskih dela današnjice, *Pojam prava* od H. L. A. Harta, koji je objavljen u Budimpešti 1996. godine, a drugi, štampan iste godine, je vrsta zbornika savremene angloameričke pravne teorije, koju je pod naslovom *Mai angol-amerikai jogelméleti törekvések* [Savremena stremljenja u angloameričkoj pravnoj teoriji] uredio József Szabadfalvi. O ovom navedenom delu ćemo sada i nešto više reći, napominjući da je upravo Szabadfalvi pisac više eseja i rasprava o angloameričkim teorijskim pravcima i jedan od najznačajnijih poznavaca angloameričke pravne misli u Mađarskoj. U prilog tome navodimo neke njegove radove: *Angolszász hatások a második világháború előtti magyar jogbölcseleti gondolkodásban*. [Anglosaksonski uticaji u mađarskoj pravnoj teoriji pre drugog svetskog rata]. In: *Állam és Jogtudomány*, 1999. br. 1-2. str. 51-88.; *Critical Legal Studies*. In: *Jogi Lexikon*. Budimpešta, 1999. str. 118.; *Some Reflections on the Anglo-Saxon Influence in the Hungarian Legal Philosophical Traditions*. Acta Juridica Hungaria. Hungarian Journal of Legal Studies, XLII. 2001. br. 1-2. str. 111-119.; *Angolszász hatások a magyar jogbölcseleti gondolkodásban*. [Anglosaksonski uticaji u mađarskoj pravno-filozofskoj misli]. In: *Collectio Iuridica Universitatis Debreceniensis*. II. Multiplex Media Debrecen University Press, Debrecin, 2002. str. 123-155.; *Angolszász hatások Horváth Barna, Szabó József és Bibó István jogelméletében*. [Anglosaksonski uticaji u pravnim teorijama Barne Horvátha, Józsefa Szabóa i Istvána Bibóa]. In: *Ünnepi tanulmányok Holló András hatvanadik születésnapjára*. Bíbor Kiadó, Miskolc, 2003. str. 395-419.

* * *

Mai angol-amerikai jogelméleti törekvések. [Savremena stremljenja u anglo-američkoj pravnoj teoriji] (Sorozatszerkesztő: Szabadfalvi József) Bíbor Kiadó. Miskolc, 1996.

”Istorija promišljanja koja se odnosi na prirodu prava je veoma duga i zamršena; međutim, ipak, je očigledno da se ono vrtelo oko nekoliko osnovnih pitanja, koje razumljivo nisu nasumice izabrali i ne zarad lepote naučne rasprave. Ta pitanja su povezana sa onim osobenostima prava koja su uvek dovodila u zabludu, te je potreba za njihovim razrešenjem, čak i u glavama elokventnih ljudi, dobrih znalaca prava, proizvela određenu zabunu.”¹

Ove citirane misli Herberta Harta dobro ilustruju raznolikost shvatanja autora zastupljenih u ovoj knjizi. Ovu misaonu raznolikost treba uzeti za ”prirodnu”. Raznovrsni pristupi, naime, moguće da u sebi kriju ”veliku” teoriju, mogućnost pronalaska određujuće, nove paradigme, za čije koncipiranje se zalaže svaki iole značajan pravni teoretičar. Ali, ako to ipak ne bi uspelo, ni to ne bi značilo poraz, budući da svaki pokušaj, koji ima za rezultat nešto novo vezano za pojavni svet prava, upotpunjuje naša dosadašnja shvatanja o pravu, čak i onda ako ne dovodi do njegovog menjanja. Međutim, na kraju XX veka pitanje je da li je potrebno i da li je moguće tu i sada očekivati jedan, u osnovi nov teorijski i metodološki pristup, ili pak – slično slikarima romantizma XIX veka koji su pre izrade neke veće kompozicije pravili studije i skice na kojima su dominirale boje i konture, pre nego što su svoje delo konačno uobličili – samo to da pravni teoretičari današnjice ”skiciraju” stvari, u nadi da će jednom uspeti da izrade paradigmatično novu teoriju. Naravno, svaka misao pravne filozofije artikuliše se i objavljuje iz te pobude, čak i tada kada je njegov kreator načisto sa tim – poznavajući istoriju misli pravne filozofije – da može uobličiti promišljenije i ”konačnije” shvatanje.

* * *

Moderna pravna nauka slična je jednom intelektualnom bojnopolju, na kojem je borba do smrti svakodnevna stvar, i gde je to, čini se, prirodno stanje. Naime, troši se enormna intelektualna snaga na rasprave koje se često svode na cepidlačenja. Razlike u stavovima čine se većim od stvarnih. Iza teorijske buke i ličnih animoziteta kriju se razni filozofski pravci i politička ubeđenja.

¹ H.L.A. Hart: *A jog fogalma* (Budapest, Osiris Kiadó, 1995; ford.: Takács Péter) 16.

Većina shvatanja koja pripadaju "glavnom toku" pravne teorije bave se ulogom sudova unutar liberalnih demokratija, sa njenim funkcijama i delatnostima. Donošenje pravnih odluka pokušavaju opravdati tako, što prikazuju na koji način postojeće pravne institucije i pravna praksa prisiljavaju sudije da ispoštuju takozvanu sudijsku objektivnost i socijalnu pravdu.²

Knjiga o kojoj je reč, pre svega, ima nameru da prikaže pojavu i razvoj novije kritičke misli, koja se razvila nasuprot klasičnim, liberalnim ili tradicionalnim pravnim shvatanjima anglo-američke pravne misli 1960-ih i 1970-ih godina.³ To je vreme, kada je trebalo spoznati da više nema mogućnosti za izradu opšte teorije o prirodi prava. Trebalo se konačno razračunati sa verovanjem da pravo počiva na čvrstim etičkim i spoznajno-teorijskim osnovama.⁴ Dok je metoda istraživanja ranijeg, klasičnog liberalnog (tradicionalnog) pravnog gledišta omogućavala dobijanje tačnih odgovora na postavljena pitanja, dotle su savremeni teorijski pristupi (*multiculturalism in legal studies*)⁵ pokolebali tradicionalnu veru u pravnu nauku. Dobar deo pravnih teoretičara postalo je pesimistično u odnosu na rešavanje osnovnih pitanja tradicionalne pravne nauke. Novi pristupi političkim i moralnim dimenzijama prava doveli su do pometnje u relacijskim odnosima politike i filozofije morala. Početkom 1970-ih godina je već postalo očigledno da je došlo do kraha perspektive "podržavljenog" Rule of Law-a. Inače, to je period kada su pravni stručnjaci, koji su istraživali međuzavisnost prava i šire društvene sredine, počeli da ispituju i primenjuju rezultate drugih naučnih oblasti. Oni su svoja istraživanja usmerili, pre svega, na opšte društvene nauke, na filozofiju, sociologiju, psihologiju, antropologiju, ekonomiju, itd. Značaj ovih istraživanja se ne može potcenjivati, pošto su izuzetno proširila naša saznanja o pravnim pojavama. Ukazala su na prednosti interdisciplinarnih pristupa i time poduprla uve-

² Morris R. Cohen – Felix S. Cohen: *Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy* (New York, 1951); George C. Christie: *Jurisprudence. Text and Readings on the Philosophy of Law* (St. Paul, 1973); Ervin H. Pollack: *Jurisprudence. Principles and Applications* (Columbus, 1979); Lord Lloyd of Hampstead – M. D. A. Freeman, *Introduction to Jurisprudence* (5. izd. London, 1985); W. Michael Reisman – Aaron M. Schreiber, *Jurisprudence. Understanding and Shaping Law* (New Haven, 1987); Richard A. Posner, *Problems of Jurisprudence* (Cambridge, Mass, 1990).

³ U mađarskoj stručnoj literaturi videti Visegrády Antal: *Modern jogbölcseleti irányzatok* (Pécs, 1995) 1- 33.

⁴ Videti Richard A. Posner, "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987". 100 (1987) *Harvard Law Review*, 766-767.

⁵ Gary Minda "Jurisprudence at Century's End", 43 (1993) *Journal of Legal Education*, 29.

renja da mogućnosti analize sveta pravnih pojava još nikako nisu iscrpljene. Kao nov momenat, u središte pažnje dospelo je jezik (*language*), značenje (*meaning*) i istina (*truth*) – nasuprot klasične pravne argumentacije.

Prva dva poglavlja knjige predstavljaju prelaz između posleratnog markantnog (analitičkog) pravnog pozitivizma Herberta Harta, Josepha Raza i Neila MacCormicka, procesno-pravne teorije prava (*legal process theory*), savremenih prirodnopravnih teorija (Lon Fuller, John Finnis stb.) i novijih, postmodernističkih teorija koje su se javile 1980-ih godina.

Članak Ronalda Dworkina iz 1967. godine pod naslovom "The Model of Rules", – koju je deset godina kasnije ponovo objavio kao drugo poglavlje svoje knjige "Taking Rights Seriously"⁶ koja mu je donela međunarodnu reputaciju – uneo je neke nove tonove u teorijsku raspravu vođenu protiv tradicionalnog pravno-teorijskog shvatanja. U ovom svom radu bavi se Austinovom i Hartovom pravno-pozitivističkom tradicijom. Shvatanje Austina, da je pravo u stvari zapovest suverena, on naziva "sasvim očaravajućim u svojoj jednostavnosti". Hartov pozitivizam sa dva aspekta smatra kompleksnijim od Austinovog. Najpre, zapaža, da norme, po logici imaju više varijanti ("primarne" i "sekundarne" norme), a potom odbacuje Austinov stav da je norma (pravilo) jedan vid zapovesti, te sve to zamenjuje sa jednom doradenom opštom teorijom. Ove dve koncepcije su, međutim, u jednom veoma slične – kazuje Dworkin –, i to u tome da i Hart i Austin priznaju, da pravne norme imaju "otvorenu teksturu" (*open texture*), i slično Austinu rešavanje problematičnih slučajeva vidi u tome, da ih sudije rešavaju po svom slobodnom uverenju, stvarajući tako novo pravo. Dworkin u svom pomenutom radu "uopšteno napada" pozitivizam i tom prilikom, kao metu, koristi Hartovu varijantu pozitivizma. Po njegovom shvatanju, pored normi (*rules*) postoji i jedan takav segment prava, na koji se sudija oslanja prilikom rešavanja "teških slučajeva" (*hard/difficult cases*). Dworkin ovaj segment prava naziva standardima (*standards*), a na drugim mestima principima u širem smislu (*principles*), pravnim načelima (*legal principles*), kod kojih razlikuje više vrsta – načela (*principles*), ciljeve (*policies*) i druge standarde. U svom članku rad mehanizma standarda, polja njegove primene i njihovu vezu sa pravnim normama prikazuje kroz poznate pravne slučajeve. Po njegovom viđenju mogućnosti koje pruža pozitivizam – prema kojem je pravo sistem određenih pravila – sputavaju našu

⁶ Ronald Dworkin: *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1977) 14–45.

maštu, i ako uspemo da se oslobodimo stega tradicionalnog modela normi, možda ćemo uspeti da artikulišemo jedan takav novi model koji će vernije odslikavati kompleksnost i slojevitost pravne prakse.

Drugi deo knjige vezuje se za ime Rogera Cotterrella, – koji je počev od 1970-ih godina bio između analitičke pravne teorije i postmodernih stremljenja, dajući i njihovu delimičnu kritiku, izborivši se za ugled anglosaksonskoj pravnoj teoriji.⁷ U svom eseju objavljenom 1983. godine bavi se problematikom sociološkog poimanja prava, te dolazi do zaključka da od institucionalnih poimanja prava perspektivu imaju ona⁸ koja se ne vezuju isključivo za državno pravo ili za čist pravni pluralizam. U modernim društvima današnjice državno pravo treba tretirati kao centralno pitanje pravne analize, a ne kao njegov isključiv predmet. On zastupa takvo shvatanje pojma prava, koji istraživanja usmerava na pravnu doktrinu, a pravo od ostalih društvenih pravila razlikuje po tome, da u njemu za izgradnju, shvatanje i primenu doktrine služe zasebne institucije i postupci. Po njegovom shvatanju, pravo se pojavljuje "kao doktrina nastala na osnovu prakse institucija, ovaplođena u njima, kao nešto što im daje legitimitet". Po Cotterrellu ovakvo shvatanje prava daje mogućnost za sagledavanje i neobično važnih ideoloških aspekata prava, nadalje i važne stavove o njegovom aspektu kao prinudi i kao sredstvu za rešavanje konflikata.

Počev od druge polovine 1970-ih godina u Sjedinjenim Državama mogli smo biti svedoci nastanka jednog novog pokreta u oblasti pravnih nauka, iz kojeg ćemo sada izdvojiti dva, sada već klasična rada. Pojava pokreta *Critical Legal Studies* (skraćeno: CLS) značila je veliki izazov za političke i filozofske osnove tradicionalne pravne teorije. Najvažniji cilj CLS-a bio je da radikalno kritikuje "tradicionalnu", "ortodoksnu" pravnu nauku i pravnu praksu, pospešujući time društvene promene, to jest, nastajanje harmoničnih društvenih

⁷ Knjige Rogera Cotterrella na mnogim univerzitetima Engleske koriste kao udžbenik is sociologije prava i teorije prava: *The Sociology of Law; An Introduction* (London, Butterworths, 1984, 1992); *The Politics of Jurisprudence; A Critical Introduction to Legal Philosophy* (Philadelphia, University of Pennsylvania Press, London, Butterworths, 1989).

⁸ Teorijsko uobličenje ovog pravca videti: N. McCormick – O. Weinberger: *An Institutional Theory of Law, New Approaches to Legal Positivism* (Dordrecht, Boston, London. Kluwer Academic Publishers, 1986).

odnosa. Među pobornicima CLS-a, pored pravnih teoretičara, nalazimo i predstavnike privatnog, ustavnog, radnog i socijalnog prava.⁹

Korene CLS-a kao pokreta mnogi pronalaze u američkom pravnom realizmu 1920-ih, 30-ih godina, koji je slično CLS-u skeptičan prema klasičnom pozitivizmu (Austin). Pravni realizam je bilo prvo shvatanje koje je dovelo do otvaranja u pravnoj nauci, i koja je pravo posmatrala spolja, kao društveno-političku instituciju. Međutim, i realisti su delom akceptirali tradicionalni pravni način mišljenja, budući da su prihvatili tradicionalni način pravne argumentacije i time su – prema CLS-u – doveli sebe do takozvanog ”disciplinarnog slepila”. Međutim, ono što jasno razdvaja CLS od američkog realizma je kritička društvenofilozofska osnova njihove pravne teorije (Marx, Freud, Mannheim, Lukács, Gramsci, Althusser, Poluantzas, Lévi-Strauss, Sartre, Marcuse, Habermas, Foucault). Glavni razvojni pravac CLS-a pokazuje da se pravna teorija shvata kao integralni deo savremene društvene teorije. Dok su realisti odlučno zastupali liberalizam (Roosevelt – New Deal), dotle je pokret CLS-a izložilo permanentnoj kritici ”liberalnu ortodoksu pravnu teoriju” i praksu, koja je po njima doprinela do izgradnje novog hijerarhijskog poretka savremenih društava, a tom cilju je podređeno i pravno obrazovanje današnjice. Oni u obrazovanju pravnika vide socijalizirajuće procese usmerene na prihvatanje i funkcionisanje postojećih društvenih odnosa, a koja u svom sadašnjem obliku služi produženju života hi-

⁹ Od ”klasičnih” radova iz oblasti CLS-a videti: D. Kennedy: ”Form and Substance in private Law Adjudication”, 89 (1976) *Harvard Law Review*, 1685.; D. Kairys: *The Politics of Law. A Progressive Critique* (New York, Pantheon, 1982); R. M. Unger: ”The Critical Legal Studies Movement”, 96 (1982) *Harvard Law Review* 561–675. (U zasebnoj knjizi: Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986); A. Hunt: ”The Theory of Critical Legal Studies”, 6 (1986) *Oxford Journal of Legal Studies*, 1–45.; P. Fitzpatrick – A. Hunt: *Critical Legal Studies* (Oxford, Basil Blackwell, 1987); M. Kelman: *A Guide to Critical Legal Studies* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1987); Ch. Joerges – D. M. Trubeck: *Critical Legal Thought. An American-German Debate* (Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1989); A. Hutchinson: *Critical Legal Studies* (Totowa, New Jersey Rowman & Littlefield Publisher Inc., 1989); A. Altman: *Critical Legal Studies. A Liberal Critique* (New Jersey, Princenton University Press, 1990); R. de Lange – K. Raes: *Plural Legalities. Critical Legal Studies in Europe* (Den Haag, CIP-Gevens Koninklijke Bibliotheek, 1991); M. Tushnet: ”Critical Legal Studies: A Political History”, 100 (1991) *Yale, Law Journal* 1515-1544.; I. Grigg-Spall – P. Ireland: *Critical Lawyers Handbook* (London, Pluto, 1992); James Boyle: *Critical Legal Studies* (New York, Dartmouth, 1992); A. Hunt: *Explorations in Law and Society. Toward a Constitutive Theory of Law* (New York, Routledge, 1993).

jerarhijskih društvenih odnosa. Mada među pobornicima CLS-a postoji saglasnost o tome da je liberalizam tokom društveno-političkog razvoja sa uspostavljanjem formalno-pravne jednakosti doprineo poboljšanju opšteg društvenog stanja, u novije vreme je, međutim, to postalo opasni politički anahronizam.

Sledbenici SLS-a su mišljenja da se u okvirima današnjeg sistema pravnog obrazovanja studenti edukuju da "pravnički razmišljaju", to jest, da ovladaju jednim dobro razrađenim i čvrstim sistemom argumentacije, što predstavlja najveću vrlinu dobrog stručnjaka, obrazovanog pravnika. Ovladavanje "Pravnom metodom" (*legal method*) – bez obzira na njen objekat – omogućuje ovoj eliti intelektualaca "pravničku" stručnost.

U pravnom obrazovanju stavljanje naglaska na pravni metod – po CLS-u – ima značajne posledice po pravnu nauku. Pravna nauka je u stvari istančana i produbljena forma pravne argumentacije, tokom koje je tradicionalni način mišljenja skoncentrisan na norme, zakone i slučajeve. Tradicionalna pravna nauka se ne trudi da spozna procese koji se kriju ispod površine pravnih pojava, a ako ipak do toga dođe, to čini zbog toga da bi objašnjenje koje se odnosi na posmatranu pojavu, učvrstio njihove, već prethodno zauzete pozicije. Oni se ne bave analizom raznih interesa koji se javljaju u procesu nastanka normi i u pojedinim pravnim slučajevima, jer to smatraju nezanimljivim sa aspekta prava. Oni pretpostavljaju da odnos između pravnog sistema i drugih društvenih odnosa ne sadrži probleme, ili pak, da se ti problemi u slučaju potrebe mogu eliminisati. Tradicionalni pravni način mišljenja, razume se, imanentan je samo uskom krugu pravnih teoretičara i praktičara, i isključuje predstavnike drugih struka. Oni, naime, potcenjuju povezanost liberalne doktrine i društva, kao i ulogu predstavnika pravne struke koji između njih posreduju.¹⁰

Teoretičari CLS-a smatraju da tradicionalna pravna ideologija zamagljuje stvarnu ulogu pravnih institucija u društvenim procesima. Promenu (usavršavanje) društvenih odnosa žele postići tako, što pokušavaju razotkriti, to jest, učiniti vidljivim sistem interesa koji motivišu društvene odnose. Po njima, pravo ima ulogu u očuvanju društvenog *status quo*-a, sistema institucija "kapitalističkog društva", i često je otporan na sve vrste promena. Osnovna razlika između kritičkog i tradicionalnog pravnog mišljenja (podrazumevajući i realiste) je ta, da CLS odbacuje razliku između pravne (*legal reasoning*) i političke argumen-

¹⁰ F. Munger – C. Seron: "Critical Legal Studies versus Critical Legal Theory. A Comment on Method", 6 (1984) 3 *Law & Policy* 257-297.

tacije. Prema zagovornicima CLS-a nema načina za razlikovanje pravne argumentacije. Pravni diskurs je zapravo samo jedna stilizovana varijanta političkog diskursa. Oni ističu geslo: "Pravo je politika" (Law is politics). Prema CLS-u pravni način mišljenja je jedan nepregledan i protivrečan proces teorijskih kategorija i razlikovanja. Doktrinarni uzori nikada ne mogu biti objektivno potvrđeni, budući da se sastoje od bezbroj nizova *ad hoc* napravljenih kompromisa. Pravo, zapravo, ne postoji nezavisno od ideoloških borbi unutar društva. Oni odbacuju takvo shvatanje modela prava u kome nema vrednosti, i ne veruju u neutralnost prava. Ideologiju Rule of Law-a smatraju samo maskom, koja daje privid nezaoibilaznosti postojeće društvene strukture, a time daje legitimitet liberalnom legalizmu. Pokret CLS-a je na stanovištu da je liberalna pravna doktrina, s obzirom na svoje termine nekoherentna, zaključci su nelogični te dovode do iracionalnih zaključaka. Na taj način protivrečnosti liberalne pravne doktrine mogu se opravdati unutar svog pojmovnog sistema.

Pokret CLS-a nastoji da promeni pravila koja u osnovi utiču na društvene odnose, korigujući spoznajno-teorijske i političke odlike aktuelnog pravnog mišljenja. Po CLS-u ne postoji teoretski "nevino" ili politički neutralno stanje. Delatnost "presuđivanja" i "razumevanja" – njihovi i terorijski i praktični pojavni oblici – imaju čvrstu, međuzavisnu političku i istorijsku dimenziju. Pravna teorija spoznaje nije ništa drugo već ideološka borba, koja se vodi drugim, još skrivenijim sredstvima.¹¹

Uticao CLS-a na pravnu nauku je protivrečan: počev od oduševljenog prihvatanja do njegovog potpunog odbacivanja. Na intelektualnom bojnopolju savremene pravne nauke protivnici CLS-a predlažu njegovo obuzdavanje, a poneki i njegovo izopštenje iz nastave prava. Naravno, postoje i nešto objektivnije kritike ove škole. Tako su neki kritikovali metodu CLS-a, koji je zapravo veoma sličan "liberalnom pravnom metodu". CLS su optuživali i zbog toga, što se ispod nastojanja da se podrije liberalni legalizam, zapravo kriju iste istraživačke paradigme kao i kod pravne teorije koja se napada. Na taj način CLS i sama potvrđuje liberalnu paradigmu.

Ali zapravo koga sve svrstavamo u pokret CLS-a, ko su ti "CLS naučnici"? Od članova osnivača mnogi su bili studenti za vreme nastanka Pokreta Prava Državljanstva (civil rights movement) i antiratne vijetnamske kampanje 1960-ih godina. Zagovornici CLS-a su tokom svog teorijskog rada nastojali da dosledno

¹¹ A. Hutchinson: "Introduction" in: A. Hutchinson: *Critical Legal Studies* (Totowa, New Jersey, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1989) 5–6.

ostanu verni svome aktivističkom poreklu. U ethosu CLS-a značajne vrednosti predstavlja njena praktična opredeljenost kao i solidarnost grupa.

Početakom 1970-ih godina mesto sastanka "radikalnih pravnika" (legal radicals) bilo je udruženje pod imenom "Law and Society Association".¹² Nakon nekoliko dogovora u proleće 1977. godine u Medisonu je i "službeno" rođen CLS, na konferenciji koju je organizovao Univerzitet Wisconsin. Članovi društva su bili univerzitetski profesori prava, pravnici praktičari, naučni radnici iz oblasti društvenih nauka i studenti. U ovoj, ne previše čvrsto povezanoj naučnoj grupi, našli su se jedni pored drugih, nezadovoljni liberali, radikalni feministi, neomarksisti kao i anarhisti-utopisti. Snaga njihovog organizacionog i duhovnog integriteta bila je u raznolikosti unutar pokreta i u eklekticismu. Ovo šarenilo će kasnije dovesti do nastanka određenih pravaca, to jest, teorijskih smerova unutar CLS-a. 1970-ih i 80-ih godina najznačajnija dela ovog pravca vezuju se za dela *Roberto Ungera, Duncan Kennedyja, Marka Tusneta, Davida Trubecka, Roberta Gordona, Mortona Horwitza, Richarda Abela, Petera Gabriela, Francesa Olsena, Marka Kelmana, Catharine MacKinnon, Elizabeth Mensch, Cornel West, Clare Dalton i Karl Klare*.¹³

Pokret CLS-a je počev od 1980-ih godina, zahvaljujući svome uticaju postala značajan pravac anglosaksonskog kulturnog miljea. Osim Engleske, u Evropi je našla značajnije sledbenike u Nemačkoj, Holandiji i Belgiji, a dela nastala pod uticajem ove škole publikuju se u bezbroj evropskih država. CLS je sebi obezbedila ozbiljne pozicije u nastavi prava na univerzitetu, te je zbog toga iz više aspekta dobila "zvanični" karakter, te se izdigla među odomaćene teorijske pravce. 1980-ih, 90-ih godina se dalje širio krug pristalica CLS-a. Među njima su najpoznatiji: *Peter Fitzpatrick, Alan Hunt, Allan Hutchinson, Stanley Fish, Drucilla Cornell, Alan Norrie i Peter Goodrich*. Pristalice ovoga pravca godišnje organizuju više međunarodnih konferencija u Sjedinjenim Američkim Državama, u Engleskoj, a poslednjih godina i u zapadnoevropskim zemljama (Conference on Critical Legal Studies = CCLS).

Od dva "klasična" rada koja pripadaju školi CLS-a u ovoj knjizi, najpre, može pročitati rad Duncan Kennedyja iz 1976. godine, koji se smatra jednim od prvih studija CLS-a. U njemu autor razmatra dva međusobno suprotna pojma,

¹² Časopis ovog Društva je *Law and Society Review*.

¹³ Bibliografiju ranih radova teoretičara CLS-a videti: D. Kennedy – K. Klare: "Bibliography of Critical Legal Studies" 94 (1984) *Yale Law Journal*, 461–490.; A. Hunt: "Critical Legal Studies: A Bibliography", 47 (1984) *Modern Law Review*, 369–374.

koja pronalazi u privatnopravnim normama, a to su altruizam i individualizam. Individualizam, koji preovladava u "sadašnjoj" retorici pravnog diskursa, po Kennedyju jasno razgraničava sopstvene interese od interesa drugih i proklamuje da je "pravilno da se tokom postupanja prednost daje privatnim interesima". Forma delovanja individualizma je samostalnost, koja znači da ciljeve postavljamo i dostižemo bez pomoći drugih. Dakle, to je stav po kome ni naš dobitak, ali ni gubitak ne delimo sa drugima. Ideologija individualizma – kaže Kennedy – služi za opravdavanje osnovnih krivičnihopravnih, svojinskopravnih i ugovornopravnih instituta, i na taj način ima za cilj osiguravanje legitimiteta postojećem pravno-političkom poretku. Nasuprot tome, je ideja altruizma, čije je suština vera, da se ne sme dozvoliti preterano davanje prednosti afirmaciji ličnih interesa. Najosnovniji pojavni oblik altruizma je podela, i podnošenje žrtve, a njegovi koreni su isto toliko duboki kao i kod individualizma, mogu se istovremeno pronaći i u kulturi, i u veri, i u etici, i u umetnosti. Prema Kennedyju moderno pravno mišljenje u privatnom pravu započinje odbacivanjem klasičnog individualizma, negde početkom prošloga (XX) veka. On za svoj najvažniji osnovni stav uzima premisu da klasična teorija ne može da ukaže na individualistički karakter pravnih instituta, pa ni to da su konkretna pravna pravila izvedena iz ideja kao što su sloboda, vlasništvo ili lična sigurnost. Po njegovom shvatanju, upravo zbog toga moralnost i politika je zauzela mesto logike i osnovnih načela. Potom on detaljno analizira međusobni uticaj i paralelu između polaznih tačaka altruizma i individualizma. Pravni diskurs vezan za razlike ova dva pojma prerasta okvire prava. Prema autoru ove razlike odslikavaju konflikte različitih stavova vezanih za prirodu privrede i društva. Po njemu predstavlja "liberalni mit" ako se interesne razlike unutar društva vezuju samo za pojam individualizma. Po njegovom nedvosmislenom stavu "individualizam je sistem status quo-a".

Drugi rad, koji je takođe osnovni esej CLS-a, je rad Roberto Ungera, Amerikanca brazilskog porekla, koji slovi za markantnog teoretičara ovog pravca. Njegov rad objavljen 1983. godine daje celovit pregled stanja, društvenoteorijskih aspekata, kao i događaja koji su prethodili pojavi CLS-a. Po njemu je CLS moderno pravno mišljenje i praksa, koja vodi poreklo od levičarskog nasleđa. Ovu tradiciju karakteriše odbacivanje objektivističkih tendencija klasičnog pravnog mišljenja XIX veka, zatim kritika pravnog formalizma, ali i njegova upotreba kao oruđa za postizanje levičarskih ciljeva pravne teorije i prakse. Ali Unger ne kritikuje samo objektivizam i formalizam tradicionalnog pravnog shvatanja XIX veka, već i od savremenih pravnih teorija školu ekonomske analize prava

(Law and Economics), kao i pravac Prava i Načela (Rights nad Principle) koji se vezuje za Dworkinovo ime. Oba ova savremena shvatanja vidi kao "razvodnjenu" verziju pravne nauke XIX veka. Škola CLS-a se usled kritike formalizma pojavljuje kao "jeretičko učenje" koje problem pravne nauke – istorijsku i analitičku kritiku postojećih pravnih pojmova – rešava na taj način što nanovo definiše te pojmove. On je izgradio jedan takav unutrašnji razvojni metod, čiju snagu mogu obuzdati samo institucionalna promišljanja, nezavisna od višeg autoriteta. Ponovno definisanje institucionalnih formi demokratije i tržišta, kao i istraživanje njegovih alternativnih formi Unger shvata kao konstruktivan rezultat kritike objektivizma. Sve to se može zamisliti samo u okviru jedne nove, kritičke društvene teorije, čije osnovne postavke upravo sam autor nastoji da artikuliše. To ide ruku pod ruku sa preispitivanjem našeg dosadašnjeg shvatanja o ulozi demokratije, državne vlasti, organizovanju privrede i pravnog sistema. Program koji je on kreirao nije mitski, niti antiliberalan, već suprotno, ovaplođuje jednu vrstu "superliberalizma", koji liberalne pretpostavke dovodi do tačke koja već izražava jedno drugačije nastojanje: "u kojem je struktura društva sama sebi manje strana, te koja je sposobna da prevaziđe svoje mentalne ili socijalne tvorevine, i da na mesto njih postavi neke druge". Kao konkluziju on konstatuje da Škola Kritike Prava mora da se suoči sa onom ogromnom provalijom koja se isprečila između ostvarenja njihovih političkih i intelektualnih ubeđenja i strogih okvira njihovog položaja.

Osim pravca CLS – kao posledica širenja uticaja kritičko-pravne načina mišljenja shvaćenog u širem smislu – tokom 1970-ih godina mogli smo biti svedoci pojave feminističke pravne teorije (*Feminist Legal Theory*), a od "law and..."-teorija *ekonomske analize prava* (*Law and Economics*), i *proučavanja prava i književnosti* (*Law and Literature*), koji su već kao odomaćeni pravno-naučni pravci 1980-ih godina konačno poljuljali monopolski položaj tradicionalne pravne nauke. Ova stremljenja poljuljala su ugled pravnog formalizma i autonomije prava, i dovela su do nastanka takvih interdisciplinarnih teorija koje već ni po čemu nisu ličile na pravni formalizam. Početkom 1990-ih godina je već postalo jasno da je nov pravni diskurs – postmodernizam – konačno razorio okvire pravne nauke, a unutar nje i ranije okvire pravne teorije i njene dominantne tipove. Pored skeptičnosti, kod mnogih je to izazvalo i razočarenje.

Iz pokreta CLS je izraslo – kao njena "podvrsta" – feministička pravna teorija čije korene možemo pronaći u pokretima za ravnopravnost žena 1960-ih i 70-ih godina. Zagovornice ove teorije suštinu postojećeg, aktuelnog društvenog

stanja vide u tome, što se iza države i prava krije patrijarhalna vlast koja ih određuje, te koja pruža mogućnost muškarcima da ugnjetavajuću vlast primene na ženske članove društva. Znakovi toga se, po njima, prepoznaju na svakom polju političkog i pravnog sistema. Zapravo, drže da su pravo i njeni instituti formirani na sliku i priliku muške populacije, i da pristrasno prednost daju jačem polu. A to nije slučajno, jer se na svakoj poziciji, na kojoj bi trebalo menjati postojeći sistem, uglavnom nalaze samo muškarci. Zagovornike ove teorije karakteriše uglavnom oštri kritički stav. Deo teksta koji se nalazi u ovoj knjizi, delo je Catharine MacKinnon, jedne od najkarakterističnijih predstavnica feminističke pravne teorije. U svome delu objavljenom 1983. godine, autorka koja sebe naziva "radikalnom feministkinjom" a po svojim metodama "post-marxistom", zagovara utemeljenje jedne samostalne feminističke pravne teorije, koja je preko potrebna da bi se suprotstavila hegemoniji "muškog aspekta". Ona tvrdi da je "država u feminističkom smislu muškog roda", a sve to ima za posledicu da se pravo ophodi prema ženama upravo onako kako se muškarci u svakodnevnom životu odnose prema ženama. Postojeći pravni sistem ne samo da odslikava društvo u kome vladaju muškarci, već ono i samo vlada "na muški način". "Liberalna država" nastala shodno interesima muškog roda – sa svojim legitimnim normama i političkim pravcem – obezbeđuje muškarcima uticaj nad ženskom seksualnošću. Ona se detaljno bavi i sa nezaobilaznim pitanjem feminizma, sa problemom nasilja, koju po njoj "okružuju muškim seksualnim pojmovima", na osnovu kojeg muškarci sebi obezbeđuju prednosti prilikom razlikovanja seksa od nasilja. Po MacKinnonu sve to olakšava društvenu socijalizaciju žena, čija je osnovna karakteristika odgajanje za pasivno prihvatanje. Nasilno izveden seksualni akt, koji sankcioniše pravni sistem – naročito nasilje unutar braka – odslikava društvenu praksu, to jest ono rasprostranjeno uverenje među muškarcima, da za žene – pošto su pristale na uspostavljanje seksualne veze –, kasnije, u slučaju nasilno izvedenog seksualnog akta, pokretanje tužbe ima smisla samo u najočitijim situacijama. Liberalni legalizam "muškoga roda" treba zameniti jednim, po žene pravednijim pravnim shvatanjem. Prema autorki za to je najprikladnija feministička pravna teorija.

Od "law and..."-pokreta razmatraćemo najpre pravac "Law and Economics".¹⁴ Privredna analiza prava se kao pokret pojavila 1960-ih godina. Ona je

¹⁴ Od mađarske stručne literature koja obrađuje ovaj pravac videti: Harmathy-Sajó: *A jog gazdasági elemzése* (Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvtár, 1984), a naročito u uvodnom eseju Sajó András: *Közgazdasági vizsgáldások a jogról* 5–42.; Pokol Béla: *A jog gazdasági*

pokretanjem časopisa (Journal of Law and Economics, Journal of Legal Studies), a kasnije i mnogim studijama i knjigama u Sjedinjenim Američkim Državama osigurala za sebe značajan uticaj. Najznačajniji centar ovog pravca je Univerzitet u Čikagu, ali značajan istraživački centar radi i u Majamiju i Kaliforniji. Ovaj pravac se prvobitno vezivao za neoklasičnu ekonomsku školu (Milton Friedman) čije je središte bilo upravo na Univerzitetu u Čikagu. Jedan od najznačajnijih pristalica neoklasicističkog pristupa je Richard Posner, autor briljantne logike, čije rad daje kratak prikaz načina mišljenja ovog pravca. Šta, zapravo, karakteriše ovaj pravno-teorijski pravac? Posner i njegovi sledbenici polaze od analize slobodnog tržišnog modela u kojem na ljudsko držanje i delovanje utiču zakonitosti ponude i tražnje. Po njihovom shvatanju slobodno tržište je najcelishodnije sredstvo za funkcionisanje privrede, u kome su cene najjevtiniji i najsigurniji indikatori privrednih odluka. Tržišna cena je po ovom shvatanju najpouzdanije merilo zbog toga, jer svaka roba vredi toliko koliko su ljudi stvarno voljni da plate za nju. Samo pojedinac zna šta mu je potrebno od datih materijalnih dobara i koliko mu to vredi. Ovu potrebu stvarnim čini okolnost, da je pojedinac voljan isplatiti određenu sumu za zadovoljenje svoje potrebe. Prema Posneru najpreči zadatak ekonomske analize prava je da odgovori na pitanje u kojoj meri data pravna institucija utiče na efikasnost privrede. Centralni pojam autora je pragmatični princip "maksimaliziranja blagostanja" (*principle of wealth maximalization*), koja u kontekstu ekonomske efikasnosti prožima odnose ponude i tražnje na slobodnom tržištu. Ovaj pravac, kao samostalni pravnoteorijski sistem, trpeo je i trpi i danas mnogo kritika, ali pitanja koje postavlja, ne mogu se prenebregnuti, na primer, sa aspekta konkretnih odluka regulisanja privrede neophodno je sagledati i uticaje i troškove. Privredna analiza prava se ne pojavljuje samo kao teorijsko pitanje u pravnoj misli, već i u svakodnevnim analizama instituta privrednog prava, porodičnog prava, prava osiguranja, krivičnog prava itd.)

Drugi značajan "Law and..."-pravac koji se pojavljuje 1993. godine u delu Marije Aristodemou je pravac "Law and Literature" (pravo i književnost). "Pokret" koji je zaživeo u drugoj polovini 1970-ih godina u Sjedinjenim Američkim Državama tek zadnjih godina je dobilo građanstvo sa ove strane Atlantskog okeana. "Pravo i književne studije" javljaju se u veoma različitim formama. Autor razlikuje dva ključna tipa: jedan se bavi sa pravom u književnosti, a drugi sa pravom kao

elemzése, in: *Jogbölcséleti vizsgálódások* (Budapest, Nemzeti Tankönyvkiadó, 1994) 60-68.; Visegrády Antal: *Modern jogbölcséleti irányzatok* (Pécs, 1995) 13-17.

književnošću. Ova dva pristupa odgovaraju dodirnim tačkama prava i književnosti, to jest, onim prednostima do kojih može dovesti istovremeno, zajedničko posmatranje ove dve pojave. Prva uzajamna korist od zajedničkog posmatranja, po prvoj interpretaciji, je da je i pravo i književnost – mada se na različite načine zalažu za različite ciljeve – bave se međuljudskim odnosima i moralnim vrednostima. Kao posledicu toga počeli su ispitivati kako se u književnosti pojavljuju pravni ci, sudski procesi, ideali prava i pravne vrednosti. Po njima, naime, proučavanje odgovarajućih književnih dela imaće za rezultat obrazovanje "boljih" pravnika. Po drugom shvatanju, i pravo i književnost koriste isti medij: reči za postizanje svojih ciljeva. To nas odvodi do istraživanja "prava kao književnosti" (*law as literature*) u kome pravo postaje predmet tekstualne analize, i pravna dokumenta sučeljavaju sa stavovima koji potiču iz teorije književnosti i filozofije jezika.

Dva poslednja poglavlja, to jest, njihove autore je već teže svrstati u neki konkretan pravac, mada je nesporno da oboje vode poreklo od CLS-a. Pridev postmoderan koji se koristi u anglo-američkoj pravnoj literaturi – označava mnoga i raznovrsna savremena pravno-teorijska pristupa, koristeći prednosti kritičko-pravnog mišljenja, to jest, rezultate najmodernijih filozofskih i društveno-teorijskih stremljenja. Upotreba prideva *postmoderan* je u neku ruku pogodan za to da do izvesne mere prikrije našu neodređenost u vezi definisanja ovog pravca, budući da bi u ovu kategoriju – zbog višestrukog značenja – mogli svrstati bilo koju aktuelnu pravnoteorijsku misao ili mislioca.

Knjiga Petera Fitzpatricka objavljena 1992. godine bavi se vezom prava i upravljanja. Prema Foucault-u on konstatuje da je vladavina prava i modernog upravljanja u međusobnoj simbiozi, znači da je pravo podređeno upravljanju, ali ga u isto vreme i drži u "šaci". Da bi razrešili ovu protivrečnost trebalo bi da konstatujemo gde su granice međusobnih odnosa prava i upravljanja. On upravljanje naziva nužnom "tamnom stranom" prava. Kada bi se pravo ozbiljno suprotstavilo upravljanju, administrativnom vlašću, tada bi potkopao temelje svoje sopstvene egzistencije. Vladavina prava samo zahvaljujući sveobuhvatnoj vlasti upravljanja može održati aspekte univerzalnosti i jednakosti, i odrediti sfere slobodnog delovanja.

Na samom kraju knjige nalazimo jedan deo iz rada Petera Goodricha objavljenog 1986. godine pod naslovom *Pravo i modernost*, u kojoj se susrećemo sa izrazitim postmodernim pravnoteorijskim pitanjima. Autor u ovom svom delu sažima značajnije tačke rasprave o modernosti i o njenom uticaju na pravnu nauku. Konstatuje da je kritička pravna nauka pogrešno razumela različite forme i

pojavne oblike modernizma i neadekvatno ih je primenila u analizi prava. Prihvatajući osnovne postavke postmodernizma on tvrdi da su "bezvlašće", "iracionalnost" i "gubljenje vere (nihilizam)" ona tri pitanja koja se najneposrednije vezuju za kritičke rasprave unutar pravne nauke. On se detaljno bavi pitanjem pravnog shvatanja, i pitanjem pravnih tekstova na osnovu kojih zaključuje da treba odbaciti potrebu pravne dogmatike, da se pravni tekstovi klešu u kamen, to jest, da se dokumentuju. S druge strane, pak, pravo treba otvoriti za dijalog, i otvoriti ga pred onim disciplinama koje je pravna dogmatika pokušala da potisne iz okvira istraživanja pravnih nauka. Goodrich to sveobuhvatno naziva "dekonstrukcijom" pisanog prava. Nadalje, suprostavlja tumačenje pravnih tekstova egzegetske škole sa otvorenijim i hedonističkim tumačenjem dekonstruktivne interpretacije. U svom zaključku govori o modernosti, o vremenskoj dimenziji i o jedinstvenoj međusobnoj povezanosti pravnih tekstova.

Summary

Dipl. iur. Ferenc Nemet
Chief – in – editor *Létünk*, Novi Sad

REPRESENTATION OF CONTEMPORARY ANGLOAMERICAN JURISPRUDENCE IN HUNGARIAN LEGAL THEORY

Hungarian legal theory has had a substantial turning point at the beginning of the 1990s as regards to opening up towards the world and towards the legal ideas and theories of Western countries. Certainly, it was predominantly a result of political changes, but also of a large-scale expert interest of legal theoreticians, which had, in the mid-20s of the past century, led to the publishing of several original works, textbooks, as well as translations in that field. The aim of all this was to demonstrate the contemporary concepts and current movements in the legal theory of other countries, chiefly Angloamerican ones.

In the past ten years in Hungary there have been two exceptionally important volumes published that are related to Angloamerican jurisprudence. They have both had a great influence on Hungarian legal theory. The first book is the translation of one of the most significant fundamental works in the field

of present-day legal theory, *The Concept of Law* by H. L. A. Hart, published in 1996 in Budapest. The other publication, printed in the same year, is a kind of anthology of contemporary Angloamerican legal theory published under the title *Mai angol-amerikai jogelméleti törekvések* [Contemporary Endeavors in Angloamerican Legal Theory] edited by József Szabadjfalvi. In the latter volume, Szabadjfalvi gives a review and an outline of up-to-date Angloamerican jurisprudence, from Herbert Hart, Ronald Dworkin, Roger Cotterrell, Peter Fitzpatrick, Maria Aristodemou, Peter Goodrich, Richard Posner, followed by the movement of *Critical Legal Studies*, as well as the emergence of feminist legal theory, down to the "law and..."-theory, tracking a way for the influence of Angloamerican legal thought onto contemporary Hungarian legal theory.

III

Moralnost prava

1. Prof. dr Dragan M. Mitrović
Pravni fakultet, Beograd
*Pravno učenje Lona Fullera o moralnosti prava u svetlu
učenja njegovih protivnika i branilaca*
2. Marko Božić, asistent-pripravnik
Pravni fakultet, Novi Sad
Džon Finis, baštinik tomističke prirodnopravne tradicije
3. Mr Marko Trajković, asistent
Pravni fakultet, Niš
R. Posner: The Problematics of Moral and Legal Theory
4. Prof. Danijela Grujić
Novi Sad
Za ljubav domovine i sveta

1. Prof. dr Dragan M. Mitrović
Pravni fakultet, Beograd

PRAVNO UČENJE LONA FULERA O MORALNOSTI PRAVA U SVETLU UČENJA NJEGOVIH PROTIVNIKA I BRANILACA *

Sažetak: Lon L. Fuller pripada onom najužem krugu velikana čije učenje, možda čak i više nego za njegovog života, zaokuplja pravnu misao u svetu. U vreme kad je pozitivnopravno učenje o razdvojenosti prava od morala bilo na svom vrhuncu, pojavila se Fullerova originalna procesna prirodnopravna teorija u sekularizovanom obliku, čiji su osobeni i promišljeni razlozi pozdravljeni čak i u onim pravničkim sredinama u kojima je ona dovela do zapaljivih razlika i rasprava.

Lon Fuller je razvio svoje procesno prirodnopravno učenje težeći da prevaziđe jaz između pozitivizma i jusnaturalizma. Taj pokušaj se različito vrednuje. Ali, to ne znači da je Fulerov doprinos pravnoj teoriji skroman, kako bi pojedini pravni pisci i danas želeli da se to smatra. Još manje može da se tvrdi da je svaka rasprava o obliku prava u potpunosti lišena moralnog ocenjivanja. A to je sasvim dovoljno da ukupna ocena Fulerovog doprinosa pravnoj filozofiji i teoriji za njega bude mnogo povoljnija.

Ono što u Fulerovom učenju i danas posebno pleni pažnju, jeste to da ono čovečanstvu pruža izbor! Iako je pravo preduslov dobrog prava, samâ pravna pravila nisu dovoljna. Potrebna je moralnost koja pravo čini mogućnim.

Ključne reči: Lon Fuller, pravo, prirodno pravo, moral, moralnost.

* Ovaj prilog je neznatno izmenjen tekst našeg predgovora knjizi Lona Fulera *Moralnost prava* (Beograd, 2001, str. 218), čije je prvo izdanje na srpskom jeziku objavljeno kao deveta knjiga posebne biblioteke Pravnog fakulteta u Beogradu *Prevodi dela velikih pravnika*, i to zahvaljujući razumevanju, velikodušnoj pomoći i izričitom dopuštenju izdavača *Yale University Press* (U.K.).

I

Lon L. Fuller (1902-1978) pripada onom najužem krugu velikana čije učenje, možda čak i više nego za njegovog života, zaokuplja pravnu misao u svetu. U vreme kad je pozitivnopravno učenje o razdvojenosti prava od morala bilo na svom vrhuncu, pojavila se Fullerova originalna procesna prirodnopravna teorija u sekularizovanom obliku, čiji su osobeni i promišljeni razlozi pozdravljeni čak i u onim pravničkim sredinama u kojima je ona dovela do zapaljivih razlika i rasprava. Začudo, ona je u velikoj meri prošla nezapaženo kod onih teoretičara koji su posebno bili zainteresovani za procese i institucionalni poredak tržišnog društva, a upravo to predstavlja pouzdano polazište za ispravno razumevanje Fullerove bogate i tanane misli izložene u obliku njegove originalne procesne prirodnopravne teorije.

Svoje glavne ideje Fuller je izložio 1964. godine u knjizi *Moralnost prava*, tom njegovom verovatno najpoznatijem delu, koje je do danas doživelo više izdanja, uključujući i ovo najnovije izdanje na srpskom jeziku.

Knjiga se temelji na predavanjima koja je Fuller održao u aprilu 1963. godine na Pravnom fakultetu Jel. Na kraju knjige objavljen je dodatak *Problem zavidnog doušnika*, očigledno nadahnut nezastarivim i neprolaznim iskustvom nacional-socijalističke, fašističke i staljinističke diktature. Prilog je prvobitno zamišljen kao osnov za raspravu na kursu iz jurisprudencije, ali je takođe korišćen i kao neka vrsta uvoda u probleme jurisprudencije na kursevima koje su tih godina pohađali svi studenti prve godine na Harvardskom pravnom fakultetu. Ali, uprkos takvoj nameni, sve do danas, njegova vrednost ni malo nije izgubila na značaju. Naprotiv. Reč je o pravom malom remek-delu, u kome je sasvim jasno pokazano kako se razgibavanjem ljudskog razmišljanja stvara pouzdana ustava svakom totalitarnom obrascu. Uostalom, zar bilo koji totalitarizam svoje najčvršće uporište nema upravo u lenjosti i oronulosti ljudskog duha, koji se zatim lako predaje vođstvu samozvanih mesija. Prava je šteta što svi učesnici Peto-oktobarske smene vlasti u Srbiji 2000. nisu bili upoznati sa ovim dodatkom, koji bi im sigurno izoštrio misao, olakšao donošenje važnih državnih odluka i učvrstio uverenje u pogledu odgovornosti za dalju sudbinu naroda koji predstavljaju.

Zanimljive su i okolnosti koje drugačijim svetlom razumnosti obasjavaju pojavu ovog Fullerovog dela. Među njima, posebno mesto pripada iscrpljujućoj raspravi koju je Fuller vodio sa Herbertom Hartom, najpoznatijim američkim učenikom Hansa Kelzena i verovatno najoštrijim Fullerovim kritičarem. Povod je

bila Hartova rasprava sa američkim filozofom Bodenhajmerom, koji se kritički izrazio o Hartovom radu *Definicija i teorija u jurisprudenciji* iz 1952. godine. U raspravu između Harta i Bodenhajmera, nešto kasnije, uključio se i sâm Fuller, pored drugih uglednih pravnika (Paunda, Dvorkina, Dentreva, Raza, Rosa), i to čak pre pojavljivanja njegove knjige *Moralnost prava*. Zato ne treba da čudi što je Fuller po objavljivanju knjige jedan poseban deo posvetio iznošenju prigovora na postojeća gledišta o pravu.

Razložno kritikujući pravni pozitivizam, Fuller je posebno istakao verbalnu i formalnu prirodu iskaza o pravu i nesposobnost pozitivizma da se bavi sadržinom prava. Pored toga što je pozitivizam nesposoban da razlikuje "pravo" od "dobrog prava", tvrdio je Fuller, on isto tako nije sposoban ni da utvrdi neko pouzdano ili konačno merilo za pravo kao pojavu iskustvenog sveta. Štaviše, i sâm zdrav razum nam kazuje da su u svetu prava, kao i u svetu činjenica, ono što "jeste" i ono što "treba" nerazdvojno isprepletani.

Fuller je tom prilikom posebno razmotrio Hartov pojam prava. Raspravu, sada između Harta i Fulera, posebno je rasplamsala Fullerova tvrdnja da Hartovi prigovori njegovom pojmu unutrašnje moralnosti prava, posebno oni prigovori koje je Hart učinio u svetlu svog učenja o pravilu priznanja – "promašuju cilj". Hart je pak tvrdio da Fullerova načela unutrašnje moralnosti prava nisu moralne prirode, već da se radi o načelima veštine koja su nezavisna od materijalnih ciljeva prava. Zbog toga, isticao je Hart, Fuller svojim načelima unutrašnje moralnosti prava nije u potpunosti uspeo da se oslobodi pravnog pozitivizma protiv koga se tako zdušno zalagao u svom učenju. Interesantno je da i Artur Kaufman zastupa mišljenje slično Hartovom. Prema njemu, Fullerovo učenje spada u tzv. "empirijski pozitivizam", iako takva ocena o Fullerovom naučnom delu nema pravu boju istine. U svakoj iole značajnijoj pravnoj enciklopediji ili enciklopediji pravnih filozofa, Fullerovo naučno delo se svrstava u pravac tzv. "procesnog prirodnog prava", a ne pravnog pozitivizma.

Fuller je svoje glavne ideje i tvrdnje dopunio već u drugom izdanju knjige (1969), dodavši postojećem tekstu posebnu, petu glavu pod nazivom "Odgovor kritičarima". To nije slučajno, jer je pojava prvog izdanja njegove *Moralnosti prava* 1964. godine sa nosećom idejom o tesnoj ili, još bolje, o nerazdvojnoj povezanosti prava i morala, na pristalice pravnog pozitivizma proizvela isti efekat kao i mahanje crvenom maramom u koridi. Štaviše, knjiga je gotovo odmah pokrenula lavinu optužbi, koje su Fulera gotovo smele. Da je Fuller ipak izdržao silinu napada koji su dolazili sa svih strana pokazuje upravo ta peta glava u sle-

dećem, drugom izdanju njegove knjige, koja se neznatno proširena nalazi u svim kasnijim izdanjima. U njoj je Fuller razložno odgovorio na naučne optužbe svojih kritičara. Kao rezultat toga, mnogi Fullerovi žestoki kritičari ispravili su svoj stav prema njegovoj teoriji. Posebno je upečatljiv primer Fullеровог žestokog kritičara Roberta S. Samersa (Robert S. Summers), koji je svoju prvobitnu kritiku premetnuo u odbranu Fullерove teorije. Štaviše, Samers je jedno svoje delo u celini posvetio Lonu Fullерu, baš tako ga i nazvavši: *Lon L. Fuller* (Lon L. Fuller, 1984). Herbert Hart, naravno, tako nešto nikad nije učinio.

To nije jedina Fullерova knjiga koja je doživela više izdanja. Podsećamo i na druge Fullерove knjige koje su isto tako doživle više izdanja, i to kako za njegovog života, tako i posle, kakav je slučaj sa *Legal Fictions* (1970), *Anatomy of the Law* (1976), *The Principles of Social Order: Selected Essays* (1982), *Law in Quest of Itself* (1966. i 1987) ili sa *Basic Contract Law* (American Casebook Series, 1996). Ali, ti radovi su uglavnom objavljeni u vreme pošto je Fuller već na sebe skrenuo pažnju svetske pravne filozofije i nauke, i to upravo zahvaljujući svojoj svakako najizazovnijoj knjizi *Moralnost prava*.

Da je reč o izuzetnoj knjizi, pokazuje preko pedeset kritički naslovljenih, uglavnom kraćih radova Endrjusa, Bartolomja, Bernsa, Vroblevskog, Vuslija, Dijasa, Harta, Majera, Perelmana, Rosa, Samersa, Takeru, Švarca – da pomenemo samo neka ugledna imena, u kojima je Fuller više napadan nego što je branjen, a koji su napisani već do 1967. godine. Međutim, posle njegove smrti, prvobitna oštrica kritike je ili ublažena ili sasvim napuštena u korist onog što predstavlja Fullеровu ideju-vodilju i neprolazan doprinos pravnoj filozofiji i nauci: da pravo ne može da bude potpuno amoralno ili izopačeno, već da mora da sadrži barem minimum moralnosti.

U takvoj izmenjenoj naučnoj klimi pojavili su se radovi u kojima je Fullеров doprinos sasvim drugačije ocenjivan. Pored pomenutog Roberta Samersa, tako postupaju i drugi pisci, kakav je slučaj sa Čarlsom Kovelom (Charles Covell): *The Defence of Natural Law: A Study of the Ideas of Law and Justice in the Writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F. A. Hayek, Ronald Dworkin* (2000) ili sa Barijem Meklod-Kulinanom (Barry Macleod-Cullinane): *Lon L. Fuller and the Enterprise of Law* (Legal Notes, No. 22, London, 2000).

To su samo neki upečatljivi primeri. Ali, takvih je primera mnogo više, kakav je slučaj nekad sa jugoslovenskom, a sad sa srpskom pravnom naukom, u kojoj je Fullеров doprinos odavno ne samo dobro poznat, već i visoko ocenjen. Uostalom, ako promena sveta menja i našu naučnu sliku sveta, onda je takva

promena svakako samo doprinela porastu interesovanja za naučno delo Lona Fulera. Kako god bilo, sigurno je da danas postoji više hiljada pisanih naučnih odrednica o Fulerovom naučnom delu, dok njihov broj u elektronskim izdanjima na Internetu uopšte ne može pouzdano da se utvrdi.

II

Fuler u svom pravnom učenju, u kome glavno mesto pripada tzv. "unutrašnjoj moralnosti prava", pokušava istovremeno da odkloni ili bar da prevaziđe slabosti pravnog pozitivizma i prirodnopravne teorije. Takvoj njegovoj nameri odgovara i definicija prava, prema kojoj pravo predstavlja "poduhvat podređivanja ljudskog ponašanja vladavini pravila". Ali, to nisu bilo kakva pravna pravila, već samo ona koja raspoložu unutrašnjom i spoljašnjom moralnošću. U protivnom, reč je o izopačenom pravu.

Na toj osnovi Fuller izlaže i svoje učenje o moralu, bez koga ne može da se razume ni njegovo učenje o moralnosti prava. U najkraćem, Fuller razlikuje dve vrste morala: "moral dužnosti" i "moral težnji". Moral težnji polazi od vrha ljudskih ostvarenja, a moral dužnosti od dna. Međutim, unutrašnja moralnost prava rasprostire se kako na oblast morala dužnosti, tako i na oblast morala težnji. Dužnosti se sastoje u zabranama, dok unutrašnja moralnost prava zahteva još i pozitivne zahteve i njima odgovarajuće akte. I dok je relativno jednostavno utvrditi kad su dužnosti prekršene (na primer, kad je donet zakon sa povratnom snagom ili kad zakon uopšte nije objavljen), to nije slučaj i sa pozitivnim zahtevima (na primer, kad treba da se proceni da li je usvojeni zakon u dovoljnoj meri jasan i razumljiv).

Pošto je odredio pojam prava kao svrsishodnu delatnost čiji je proizvod pravni sistem, Fuller navodi osam nužnih zahteva (uslova, načela, elemenata) od kojih zavisi postojanja i ostvarivanja zakonitosti u svakom pravnom sistemu. To su: opštost, obnarodovanje, zabrana zloupotrebe povratne pravne snage, jasnost, neprotivrečnost, ostvarivost, postojanost pravnih pravila i saglasnost između proglašanih pravila i načina na koje se ona primenjuju. Skup tih osam zahteva Fuller označava izrazom "unutrašnja moralnost prava". Ona u sebi sadrži i moralnost koja pravo uopšte čini mogućnim. Kad je, pak, reč o predmetu zakonodavčeve delatnosti, tad se radi o tzv. "spoljašnjoj moralnosti prava".

Između unutrašnje i spoljašnje moralnosti može da dođe do sukoba. Ali, do sukoba ponekad može da dođe i unutar same unutrašnje moralnosti prava.

Do toga, ističe Fuller, dolazi bilo zbog toga što potreba za postojanošću zakona dolazi u sukob sa njihovim čestim izmenama, bilo zbog promena konkretnih okolnosti ili ljudskih uverenja, bilo zbog toga što čak i strogo ispunjavanje svih osam zahteva unutrašnje moralnosti prava samo po sebi još nije dovoljno da pozitivno pravo postane ili ostane ispravno (dobro, valjano), jer je veoma teško povući jasnu granicu između upotrebe i zloupotrebe prava.

Pomenuti zahtevi, koji su istovremeno i merila unutrašnje moralnosti prava, prvenstveno su procesnog, tj. proceduralnog karaktera. Njima se ništa pouzdano ne kazuje o važnim ciljevima prava, jer su oni neutralni prema širem skupu etičkih pitanja. Ali, unutrašnja moralnost ne može da bude neutralna kad je reč o samom poimanju čoveka. Zbog toga se napuštanje unutrašnje moralnosti prava, ističe Fuller, protivi dostojanstvu koje čoveka proizvodi u biće slobode.

Ljudsko dostojanstvo, međutim, nije jedini cilj kome teži unutrašnja moralnost prava. To su isto tako pravda, kao i samâ osobena ljudska priroda koja je sposobna da spozna pravdu. Zato se Fuller u svojoj knjizi posebno bavi vezom unutrašnje moralnosti i prirodnog prava, nazivajući rezultate svog učenja jednom posebnom vrstom prirodnog prava. Prirodno pravo za njega predstavlja skup zahteva praktične razboritosti kojima se uređuje život u ljudskoj zajednici. Ti prirodno-pravni zahtevi, štaviše, prethode svakom moralu i zahtevaju postojanje osnovnih dobara, bez kojih nikakav valjan ljudski život ne može da se zamisli.

Fuller isto tako razlikuje procesno prirodno pravo od suštastvenog (supstancijalnog, materijalnog) prirodnog prava, smatrajući da je unutrašnja moralnost prava "proceduralna verzija prirodnog prava". Tom prilikom, on namerno koristi izraz "proceduralan", pripisujući mu posebno i prošireno značenje, koje u sebi sadrži i suštastvenu "saglasnost između službene delatnosti i izdatog zakona".

Fuller teži da svojim učenjem o unutrašnjoj moralnosti prava prevlada rascep između formalnog i materijalnog sadržaja prava, koji je prisutan kako u pozitivizmu, tako i u prirodno-pravnoj doktrini. Dok mnogi pozitivisti smatraju da i najgori zakon važi ako je formalno korektan, pristalice prirodnog prava tvrde obrnuto: da nijedan formalno korektno donet zakon ipak to nije, sve dok ne postane i moralno dobar. Nastojeći da prevaziđe pomenuti jaz, Fuller ističe da o materijalnom sadržaju prava treba raspravljati samo u okviru njegove spoljašnje moralnosti. Ali, oblik i sadržina prava nisu razdvojeni, već povezani, kao što su u pravu i u životu nerazdvojno povezani "treba" i "jeste". I zato Fuller posebno istrajava na raspravi o moralnosti prava, uprkos tome što se može reći da je svaki oblik prava moralan čim se poštuju zahtevi unutrašnje moralnosti. I

tek tad, smatra Fuller, kad su ispunjeni ovi uslovi, ili kad se bar raspravlja o njima, uspostavljena je nužna veza između prava i morala.

Zahvaljujući Fullerovim plodonosnim idejama u pravo je ponovo vraćena iz njega neopravdano prognana moralna ideja, pomoću koje možemo da razlikujemo "svaki" pravni poredak od "ispravnog" i samim tim "dobrog" pravnog poretka. Ispravan poredak čini pravo koje odgovara zahtevima pravde i morala, ili bar idejama ljudi o tome šta bi on trebalo da bude. Drugim rečima, bez uvažavanja minimuma zahteva unutrašnje moralnosti prava, nijedno pravo ne može da se uspostavi u obliku ispravnog poretka. Za pravedan poredak, pak, taj zahtev je samo nužan, ali ne i dovoljan uslov. Na taj način, Fuller je osavremenio pravnu teoriju, pravo i društvo.

III

Lon Fuller je razvio svoje procesno prirodno-pravno učenje težeći da prevaziđe jaz između pozitivizma i jusnaturalizma. Taj pokušaj se različito vrednuje. Ali, to ne znači da je Fullerov doprinos pravnoj teoriji skroman, kako bi pojedini pravni pisci i danas želeli da se to smatra. Još manje može da se ustvrdi da je svaka rasprava o obliku prava u potpunosti lišena moralnog ocenjivanja. A to je sasvim dovoljno da ukupna ocena Fullerovog doprinosa pravnoj filozofiji i teoriji za njega bude mnogo povoljnija.

Ono što u Fullerovom učenju i danas posebno pleni pažnju, jeste to da ono čovečanstvu pruža izbor!

Fuller je pravo dovodio u najtešnju moguću vezu sa tržištem, što se manje ističe kad se govori o njegovom delu. Štaviše, on je smatrao da je pravo moralno samo kad je u sprezi sa tržišnim poretkom. Zato kroz celu njegovu "Moralnost prava" stalno provejava duh pregnuća i poduhvata. I zato njegov pojam prava predstavlja jedan džinovski pano dinamičkog stvaranja i stalnog otkrivanja prava. Samo na taj način može da se shvati Fullerov zdrav skepticizam prema poduhvatima zakonodavacâ i stavljanje naglaska na spontanom stvaranju prava, prvenstveno običajima i sudskim precedentima, u kojima je on pre nego kod zakonodavacâ uočio put za usavršavanje prava kroz razvijanje ljudskog saobraćanja. Samo na taj dinamičko-procesualan način može da se shvati njegova opravdana briga za sve izraženiju krizu javnog prava na Zapadu, koju i danas posebno obeležavaju visoka stopa kriminala i sve veći rashodi država da se suprotstave tom

zlu. Ali, samo na taj način može da se shvati i njegova opravdana briga za posledice, već u njegovo doba predviđenog kraha režima u zemljama Srednje i Istočne Evrope, kraha koji je danas sasvim očigledan, a čiji glavni problem predstavlja izopačeno pravo. Fuller ističe da takvi uporedni procesi na Zapadu i Istoku otežavaju ili sasvim onemogućavaju normalno ostvarivanje moralnosti uopšte kao noseće pravne ideje.

Odgovarajući na pitanje koje je društvo najbolje, Fuller ističe da je to društvo ekonomskih preduzetnika u najširem smislu, kao i F. A. Hajek dovodeći u vezu vladavinu prava sa tržišnim poretkom. Tom idejom, o ponovnom potvrđivanju potrebe za slobodnim ljudskim saobraćanjem – bez čega pravo i na pravu zasnovan poredak ne mogu da se ostvaruju, ugrožavajući sâm ljudski opstanak – Fuller na neki način i zaokružuje suštinu svog pravnog učenja.

Iako je pravo preduslov dobrog prava, samâ pravna pravila nisu dovoljna. Potrebna je moralnost koja pravo čini mogućnim.

Summary

Prof. Dragan M. Mitrovic, Ph. D.
Faculty of Law, Beograd

LON FULLER'S LEGAL PHILOSOPHY ON THE MORALITY OF LAW IN VIEW OF HIS OPPONENTS AND ADVOCATES

Lon L. Fuller ranks among the very few of those great men whose teachings, perhaps now even more than during his life, have attracted the attention of legal philosophers in the world. At the time when philosophy of legal positivism on the separation of the law from morality was at its height, Fuller's original procedural natural law theory appeared in a secularised form, the theory whose distinctive and profound reasons were met with approval even in those jurisprudence communities where it led to extremely fierce differences and arguments.

Lon Fuller developed his procedural natural law philosophy in an effort to overcome the breach between positivism and iusnaturalism. His efforts have been seen in different lights. However, it does not mean that Fuller's contribution

to legal theory is in any way modest, as certain jurists of today would like to think. It is even less possible to claim that each discussion on the form of law is completely devoid of moral judgement. And that more than suffices for Fuller's contribution to legal philosophy and theory to fare much better when it comes to overall assessment.

What still attracts much attraction today in Fuller's teachings is that it offers a choice to mankind! And although law is the prerequisite of good law, legal rules themselves are not sufficient. The morality is needed, since it makes law possible.

2. Marko Božić, asistent-pripravnik

Pravni fakultet, Novi Sad

DŽON FINIS, BAŠTINIK TOMISTIČKE PRIRODNOPRAVNE TRADICIJE

Sažetak: Predmet rada predstavlja pokušaj da se utvrdi u kojoj meri neotomistička prirodnopravna teorija savremenog angloameričkog autora Džona Finisa baštini ideje Tome Akvinskog. Cilj nam je da otkrijemo gde, kako i u kojoj meri Džon Finis sledi filozofsku misao Tome Akvinskog. U tom smislu naša analiza ostaje okrenuta ključnim pojmovima Finisove filozofskopravne konstrukcije i posmatra ih sa stanovišta njihove neotomističke prirode.

Ključne reči: Prirodno pravo, neotomizam, pravo, etika, osnovno dobro, praktična razboritost, zajedničko dobro

Uvodne napomene

Kretanja u savremenoj teoriji i filozofiji prava između ostalog obeležavaju i ponovna okretanja religiji, te pokušajima pristupanja pravu sa uporištem u teologiji. U okviru ovih tendencija javlja se i neotomistička teorija prava kao smeo pokušaj da se na osnovama učenja Tome Akvinskog objasni fenomen prava. Savremeni neotomizam, polazeći od misaonog sistema iz sredine XIII veka, predstavlja jedan "egzotičan poduhvat" u modernoj filozofiji prava i govori u prilog stavu o aktuelnosti učenja Tome Akvinskog i na pragu XXI veka¹.

U plejadi neotomističkih pravnih pisaca ističe se ime savremenog angloameričkog autora Džona Finisa (*John Finnis*). Iako rođeni Britanac, Finis je svoju kari-

¹ Ovo oživljavanje interesovanja za Akvinskog i njegov misaoni sistem, pre svega među katoličkim intelektualcima, pojačava se posle 1879. i papske enciklike *Aeterni Patris*, kojom je Lav XIII velikog sholastičara proglasio za najvećeg među sholastičkim doktorima. Od tada do danas razvijaju se različite, pa i dijametralno suprotne doktrine nastale na osnovu Akvinčevog učenja a koja za jedini zajednički imenitelj imaju ime svog srednjovekovnog uzora.

jeru gradio i van Engleske, no uvek unutar kruga zemalja anglosaksonske pravne tradicije: prava je diplomirao u Australiji, doktorirao je na Oksfordu dok je kao gostujući profesor predavao širom sveta, a naročito u SAD². Njegovo ime se vezuje za akademski opus u kojem dominiraju teme iz opšte pravne nauke, filozofije i teorije prava, ali i studije iz polja međunarodne, krivične i ustavno-pravne nauke³.

Srpska teorija prava posvetila je Finisu određenu pažnju, posmatrajući njegovo delo u celini⁴. Upravo stoga mi sebi stavljamo u zadatak da obradimo posebno značajan aspekt njegove filozofije: vezu koju ona ostvaruje sa svojim sholastičkim uzorom, tomističkom filozofijom prava.

Cilj ovog rada će biti da otkrije gde, kako i u kojoj meri Džon Finis sledi filozofsku misao Tome Akvinskog. Ograničeni prostorom, zadržaćemo se samo na utvrđivanju u kojoj meri osnovni pojmovi etike i teorije prava Džona Finisa odgovaraju komplementarnim konceptima Akvinčeve misli. Zadatak nam je da kroz uporednu analizu originalnog tomističkog učenja i osnovnih Finisovih ideja podvučemo sličnosti i razlike dvojice autora, odnosno utvrdimo u kojoj meri dve misli međusobno korespondiraju baštineći istu jusnaturalističku tradiciju.

Metodološki, naš komparativni pristup se oslanja na Akvinčevu *Suma teologiju* i *Državu*, a sa Finisove strane na dva kapitalna rada: njegovom najpoznatijem delu *Natural Law and Natural Rights*, koje je u nas nedavno prevedeno kao *Prirodno pravo*, i vrlo vrednoj studiji *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, koja, u nas još uvek neprevedena, ostaje nedostupna široj domaćoj naučnoj javnosti.

² Iako je svoju akademsku karijeru gradio pre svega na Oksfordu (*Oxford*) gde i danas predaje, Finis je u više navrata bio angažovan kao gostujući profesor na mnogim univerzitetima širom sveta, a pre svega u SAD. U tom svojstvu je boravio i predavao na pravnim fakultetima u Bostonu i kalifornijskom Berkliju (*Berkeley*). Danas je angažovan na Pravnom fakultetu Notr Dam (*Notre Dame Law School*) u Vašingtonu, koji ga "deli" sa britanskim Oksfordom.

³ Finisova bibliografija je imponantna. Nju čini veliki broj autorskih i koautorskih članaka, knjiga i udžbenika. Njegova najznačajnija dela su: *Natural Law and Natural Rights*, 1991; *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, 1998; *Fundamentals of Ethics*, 1983; *Moral Absolutes: Tradition, revision and Truth*, 1991.

⁴ U domaćoj pravnoj literaturi Finisovim delom su se bavili samo profesorka Gordana Vukadinović i profesor Kosta Čavoški. Profesorka Vukadinović, u svojoj *Filozofiji prava*, Finisovu teoriju određuje kao "supstativni jusnaturalizam" a njenog autora svrstava među dvanaest najznačajnijih pravnih mislilaca XX veka, dok profesor Čavoški u njemu prepoznaje pravnog pisca koji je "pokušao da iznova razvije celovitu zamisao prirodnog prava", K. Čavoški: *Uvod u pravo I*, Beograd, 1999, str. 82.

1. Toma Akvinski i Finisov supstantivni jusnaturalizam

Džona Finisa bez sumnje možemo okarakterisati pre svega kao jednog od onih savremenih autora koji svoje delo posvećuju oživljavanju ideje prirodnog prava. Pri tom treba odmah podvući da je karakter Finisov jusnaturalizam u velikoj meri rezultat njegovog konfesionalnog opredeljenja – Džon Finis, naime, predstavlja jednog od najznačajnijih katoličkih mislilaca koji svoje nadahnuće neposredno izvodi iz stvaralaštva klasika prirodnog prava.

Ovo je razlog zbog kojeg smatramo da valjanom razumevanju njegovog dela neposredno treba da prethodi utvrđivanje mere u kojoj ono sledi gledišta antičkih, a naročito srednjovekovnih i sholastičkih pisaca na čelu sa Tomom Akvinskim. Stoga, našu pažnju usmeravamo pre svega ka pitanju: šta je u biti Finisovog prirodnog prava, odnosno gde počiva veza između njegovog i Akvinčevog jusnaturalizma.

Finisova prirodnopravna teorija počiva na dva ključna pojma – konceptima osnovnog dobra i praktične razboritosti. Otud, objasniti Finisa i njegovu jusnaturlističku koncepciju značilo bi objasniti mesto i ulogu oba ova pojma, istovremeno imajući u vidu i poseban odnos koji među njima vlada.

1.1. Osnovno dobro

Prirodnopravna teorija Džona Finisa počinje pojmom osnovnog dobra. Osnovna dobra predstavljaju fundamentalne ljudske vrednosti, ono za šta vredi i treba živeti. One predstavljaju temelj ljudske egzistencije i po Finisu ih ima sedam. To su: život, znanje, igra, estetsko iskustvo, prijateljstvo, praktična razboritost i religija.⁵ Ovih sedam osnovnih dobara predstavljaju prirodne sklonosti

⁵ Važno je podvući razliku između osnovnih dobara koje decidirano navodi Toma Akvinski i skupa od sedam osnovnih dobara koje prepoznaje Finis. Naime, Toma Akvinski u svojoj *Sumi teologije* daje opšte određenje pojma osnovnog dobra koje definiše kao vrednost kojoj čovek po svojoj prirodi spontano teži, da bi u nastavku, radi pojašnjenja, naveo život i znanje kao primere takvih osnovnih dobara ni ne pokušavajući da napravi njihovu listu. S druge strane, Finis, koji prihvata tomističku tezu o osnovnim dobrima ima potrebu da zaokruži njihov skup, tj. da ih popiše. Svestan da sedam osnovnih dobara koje je naveo svakako ne iscrpljuju listu vrednosti za kojima čovek traga, on u nastavku priznaje da lista nikada ne može biti zaključena, te da su oblici ljudskog dobra mnogobrojni. Time, iako tvrdi da sva ostala dobra predstavljaju samo puteve kojima se stremi ka jednom od ovih osnovnih sedam, Finis dovodi u pitanje izlišnost bilo kakve njihove enumeracije.

ljudskog bića, vrednosti kojima čovek spontano teži prepoznajući u njima aspekte sopstvenog blagostanja.

Pojam i određenje osnovnog dobra Finis u osnovi preuzima od Akvinskog koji u svojoj *Suma teologiji* kaže: "A sve stvari, prema kojima čovek ima prirodnu sklonost, razum spoznaje kao dobre, pa ih stoga valja činiti, a njima suprotne spoznaje kao zle, pa ih stoga valja izbegavati, budući da se dobro predstavlja kao svrha što je valja polučiti, a zlo kao suprotna stvar. Stoga poredak zapovjedi prirodnog zakona sledi iz poretka prirodnih sklonosti"⁶. Akvinski, dakle, kaže da osnovna dobra čovek prepoznaje spontano, kao prirodne inklinacije svog racionalnog bića, odnosno kao objektivne i univerzalne vrednosti, i u tome ga Finis zaista sledi⁷. Iz istog razloga i za Akvinskog i za Finisa osnovna dobra su neupitna i samoočigledna⁸.

Zapravo, i za Akvinskog i za Finisa dosegnuti osnovno dobro značilo bi ostvariti smisao sopstvenog postojanja, tj. ostvariti se kao čovek. Za Finisa: "osnovni oblici dobra predstavljaju mogućnosti *biti*; što punije čovjek participira u njima to je on više ono što može biti"⁹. Kao takva, osnovna dobra predstavljaju ciljeve čovekove racionalne aktivnosti, razloge zbog kojih ljudi preuzimaju konkretne životne korake. Upravo zato Finis ih i određuje kao praktične principe jer služe da orijentišu čovekovo praktično rasuđivanje¹⁰. Ona predstav-

⁶ T. Akvinski: *Izbor iz djela*, str. 650; *Suma teologija* I-II, p. 94, čl. 2, zaključak. Zagreb, 1990 (u prevodu Veljka Gortana i Josipa Barbarića).

⁷ Preciznije, Akvinski govori o najopštijim načelima (*principia communissima*), koja su poznata svima (*que sunt omnibus nota*), sama po sebi (*per se nota*) i koja se ne mogu dokazati (*indemonstrabilia*). Vidi: T. Akvinski: *Izbor iz djela*, str. 646; *Suma teologija* I-II, p. 94, čl. 2, zaključak i nav. delo, str. 658; *Suma teologija* I-II, p. 94, čl. 6, zaključak.

⁸ Samoočiglednost je ona osobina osnovnih dobara na kojoj Finis najviše insistira. Za njega su osnovna dobra "nedemonstrabilni ali samoočividni principi koji oblikuju naše praktično rasuđivanje". U pitanju su vrednosti koje se ne mogu izvesti iz činjenica ili dokazati na neki drugi način. S pozivom na Tomu Akvinskog on će utvrditi da su u pitanju aksiološke kategorije koje su očigledne same po sebi (*per se nota*) i kao takve apsolutno neizvodljive iz bilo kakvih spekulativnih načela, metafizičkih stavova i ostalih filozofskih pretpostavki ili teoloških istina. Insistirajući na samoočiglednosti osnovnih vrednosti Finis je uspeo da izgradi jednu teoriju etičkog vladanja bez izričitog pozivanja na Boga, ostajući jednako otvorenom kako za teističke tako i ateističke svetonazore.

⁹ Dž. Finis: *Prirodno pravo*, Podgorica, 2005, str. 113.

¹⁰ Nav. delo, str. 73.

ljaju prva načela ljudske aktivnosti, premise naših postupaka. Ona su, kako kaže Finis, interpretirajući Akvinskog, "osnovni razlozi delanja"¹¹.

Međutim, ako su osnovna dobra tačka spajanja dve prirodnoopravne ideje, Akvinčeve i Finisove, ona su i tačka njihovog razdvajanja. Kao što su to do sada primetili mnogi autori¹², ono što Finis stvarno preuzima od Akvinskog je njegova ideja o osnovnim dobrima kao načelima ovozemaljskog blagostanja. Za obojicu su ona načela ljudske sreće, no samo za Finisa ona su i dovoljna za postizanje čovekovog blagostanja. Za razliku od Finisa, Akvinski ovakvu sreću smatra vremenitom, ovozemaljskom i prolaznom blagodeti, jednim nesavršenim blagostanjem – tzv. *beatitudo imperfecta*. Za Akvinskog je pravo blagostanje, istinska sreća, ka kojoj je uperena etika, ona koja za svoj cilj ima dosezanje i spoznaju tzv. univerzalnog dobra – Boga.

Tako Finis ostaje samo delimično veran tomističkoj etici. Njega, za razliku od Akvinskog, okupira pitanje jednog morala koji bi, najjednostavnije, bio put ka dobrom životu pojedinca. Finisa interesuje ovozemaljska sreća ljudi. Kod njega Bog ostaje po strani¹³.

Pronalazeći svrhu moralne delatnosti u ovozemaljskom životu Finis je svoju etiku približio Aristotelu, a udaljio je od Tome Akvinskog¹⁴. S druge strane, ne vezujući je ni za kakav uži religijski kontekst, proširio je granice njene prijemčivosti mada je nije u potpunosti sekularizovao činjenicom da je listu svojih osnovnih dobara zaključio religijom – specifičnom ljudskom potrebom za odgovorima na prva pitanja čoveka i njegovog sveta.

¹¹ J. Finnis: *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, 2004, str. 79.

¹² Vidi: Bradley D.J.M.: John Finnis on Aquinas "The Philosopher", *The Heythrop Journal*, vol. 41/1.

¹³ Mada ne do kraja. Naime, ne treba zaboraviti da je Finis među svoja osnovna dobra naveo i potrebu za religijom koja nam nudi posebno, neiskustveno objašnjenje prvih i poslednjih pitanja čovekovog sveta. Na taj način Bog (ili već neki drugi oblik religijskog objašnjenje) dobija svoje mesto u Finisovoj etici, ali u svakom slučaju ne kao prvi i poslednji cilj čovekove ovozemaljske prakse, već tek kao jedan od sedam ravnopravnih osnovnih ciljeva.

¹⁴ Za Aristotela je dosezanje sreće čin ovozemaljske prirode i nije povezan ni sa kakvim transcendentnim iskustvom. Zato i smatramo da, iako tu sreću Finis ne definiše na isti način kao Aristotel, činjenicom da je smešta u isti kontekst čovekovog vremenitog života, postiže veću saglasnost sa Stagiraninovom no Akvinčevom misli.

1.2. Praktična razboritost

No, upravo stoga što su samoočigledna i jasna, osnovna dobra nisu problematična. Ona su po sebi nesporna i kao takva, mada su temelj etike, ne predstavljaju i njen temeljni problem. U pitanju su nesumnjive vrednosti koje pretvode svakom moralu. Finis nas stalno podseća: "Zapamti: pod "dobrom", "osnovnim dobrom", "vrednošću", "blagostanjem", itd. ja *ne* podrazumevam "moralno dobro", itd."¹⁵. Osnovna dobra, ako i predstavljaju neki zahtev, neku instrukciju, neko *treba da*, ona nikada nisu moralno trebanje. Finis nam skreće pažnju tumačeći Akvinskog: "Ovo *treba da* je inteligibilno u smislu da nije moralno. Čak i krajnje ravnodušni ili prema moralnim zahtevima neprijateljski raspoloženi ljudi, mogu prepoznati, i, ako su inteligentni, prepoznaju i koriste neke od prvih principa praktičnog razuma"¹⁶. Svako ljudsko biće ima spoznaju osnovnih dobara zbog čega ova dobra i jesu osnova našeg praktičnog, pa i etičkog ponašanja, ali jednostavno sama po sebi ona ne predstavljaju moralnu dilemu. Ona su izvanmoralne, tačnije predmoralne prirode. Moralna dilema se za Finisa nalazi na drugom mestu.

Naime, iako poznajemo osnovna dobra kojima težimo, mi nismo lišeni problema njihovog doseganja. Naime, to što poznajemo osnovna dobra kao sliku našeg blagostanja ništa nam ne govori i o tome kako ih možemo postići. Drugim rečima, čovek nikada nije u dilemi u vezi sa vrednostima koje treba da sledi, ali jeste u pogledu puta koji vodi do njih, tj. konkretnih akcija koje valja preduzeti kako bi se ostvarili postavljeni ciljevi. Tako, nije problem u osnovnim dobrima kao samoočiglednim premisama, odnosno principima našeg delovanja, već u konkretnim zaključcima koje iz premisa treba izvesti u cilju njihovog postizanja. Finis kaže: "Principi koji izražavaju opšte ciljeve ljudskog života ne stižu, kako bi se danas kazalo, "moralnu" snagu sve dok ne izvrše pritisak na definitivan raspon projekta, dispoziciju ili akciju, ili na određene projekte, dispozicije ili akcije"¹⁷. Dakle problem etike nije u pretpostavljenim ciljevima delanja, već u samom delanju. Ovde leže sve naše moralne dileme: "Otkrivajući horizonte za nas privlačnih mogućnosti, naše shvatanje osnovnih vrednosti tako ne stvara odgovore, već probleme donošenja razumne odluke"¹⁸.

¹⁵ Dž. Finis: *Prirodno pravo*, str. 95.

¹⁶ J. Finnis: *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*, str. 86 i dalje.

¹⁷ Dž. Finis: *Prirodno pravo*, str. 111.

¹⁸ Nav. delo, str. 110.

Postavlja se pitanje u kojoj meri ovim Finis sledi etičko učenje Tome Akvinskog. Svakako, i za njega, kao i za srednjovekovnog sholastičara, osnovni problem etike, ostaje donošenje ispravnih moralnih sudova na osnovu samoočiglednih principa¹⁹. Sledeći Aristotela, oni blagostanje prepoznaju u delatnosti, "u delatnosti koja usavršava najvišu sposobnost čoveka upravljajući je na najviše i najplemenitije predmete"²⁰. U pitanju je jedna praktička etika. I za jednog i za drugog moralni problem je uvek problem delanja.

Pošto je postavio problem, Finisu ostaje da ga reši. Na ovom mestu on uvodi drugi noseći pojam svoje etike – praktičnu razboritost. Praktičnu razboritost Finis vidi kao sposobnost rasuđivanja i odlučivanja u cilju "donošenja odluka i delovanja"²¹, određujući je kao "sposobnost vlastite inteligencije da se uspešno nosi sa osobenim problemima izbora vlastitih akcija, životnog stila i oblikovanja vlastitog karaktera"²². Praktična razboritost je intelektualna sposobnost čoveka da se uhvati u koštac sa moralnom dilemom i uspešno je razreši a sadržinski se svodi na devet načela²³.

Iako i ranije odan svom sholastičkom uzoru, tek sa uvođenjem praktične razboritosti Finis u potpunosti otkriva svoje neotomističko lice. Jer, praktična razboritost u osnovi je Aristotelova *phronesis*, odnosno *prudentia* Tome Akvinskog – praktična mudrost ili razboritost kao posebna sposobnost intelekta da razlučuje valjano od nevaljanog u ljudskom praktičnom delanju²⁴. Jednako kao i autori čiju misao sledi, Finis u poštovanju zahteva praktične razboritosti vidi kriterijum etičke samoostvarenosti ljudskog bića. Samo u onoj meri u kojoj smo

¹⁹ Vidi: T. Akvinski: *Izbor iz djela*, str. 646 do 659; *Suma teologija* I-II, p. 94 u celini.

²⁰ F. Koplston: *Istorija filozofije – srednjovekovna filozofija*, Beograd, 1991, str. 449.

²¹ Dž. Finis: *Prirodno pravo*, str. 12.

²² K. Čavoški: nav. delo, str. 84.

²³ Ovih devet načela Finis navodi i detaljno razmatra u petoj glavi svoje knjige *Prirodno pravo*. To su: Postojanje koherentnog životnog plana, nepostojanje arbitrarnih preferencija među vrednostima, nepostojanje arbitrarnih preferencija među licima, uzdržanost, obavezivanje, efikasnost u granicama razuma, poštovanje svake osnovne vrednosti u svakom aktu, zahtev opšteg dobra i poštovanje sopstvene savesti.

²⁴ Finisov pojam *practical reasonableness* je u domaćoj literaturi različito preveden. Prevod koji su prihvatili profesor Čavoški i profesorka Vukadinović nam se čini najprihvatljivijim. U njihovim radovima se ovom pojmu dodeljuje prevod *praktična razboritost* koji više korespondira sa gore navedenim i čini se boljim rešenjem od onog za koje se, u svom inače izvrsnom prevodu Finisovog *Prirodnog prava*, opredelio Milorad Ivović interpretirajući ga kao *praktičnu razumnost*.

postupali razborito, dakle, sledeći ova načela, možemo se približiti osnovnim dobrima, vrednostima kojima spontano težimo. Samo ona ljudskost iz potencije prevodi u stvarnost.

Sa praktičnom razboritošću Finis dovršava svoju prirodnopravnu teoriju kao jednu filozofiju morala. U pitanju je koncept koji predstavlja ugaoni kamen njegovog jusnaturalizma. "Dosledna teorija prirodnog prava je samo ona, kaže Finis, koja izričito pristupa kritici praktičnih stanovišta u nameri da razdvoji razborito od nerazboritog i time razlikuje stvarno važno od onoga što je nevažno ili je važno samo kao nerazborito korišćenje ili suprotnost istinski važnom"²⁵. U ovome leži suština Finisovog prirodnog prava. U pitanju je moralna teorija koja se zasniva na poštovanju osnovnih vrednosti i nudi praktičnu razboritost sa njenih devet načela kao operativnu metodu za postizanje moralnog dobra.

2. Toma Akvinski i Finisova teorija prava

Ovako shvaćena, Finisova prirodnopravna teorija je zapravo učenje koje objašnjava načine valjanog, dobrog života, tj. života u kojem se osnovna dobra i vrednosti mogu dosegnuti. Kao takva, njegova etika je pre svega upućena individui, tj. čoveku kao pojedincu i postizanju njegovog ličnog blagostanja. S obzirom na ovo postavlja se pitanje gde je mesto društvene zajednice u ovom sistemu, koja je uloga države, javne vlasti, prava i drugih pojmova političkog društva. U odgovoru na ovo pitanje leži i Finisova interpretacija uloge pozitivnog prava.

2.1. Legitimacija vlasti

Ne naglašavajući nužnost veze između pojedinca i zajednice na način na koji to čine Aristotel i Toma Akvinski (koji ljudsku prirodu objašnjavaju polazeći od shvatanja čoveka kao društvenog bića, *zoon politikon*), Finis faktički, (čini se *a priori*) prihvata neophodnost postojanje ljudskog društva. Za njega je, naime, nesporno to da pored individualnog dobra postoji i zajedničko dobro koje se "sastoji u obezbjeđenju čitavog skupa materijalnih i drugih uslova koji teže da favorizuju realizaciju, od svakog pojedinca u zajednici, njegovog ličnog

²⁵ K. Čavoški: Nav. delo, str. 83.

razvoja”²⁶. Tako zajedničko dobro, u smislu blagostanja čitave političke zajednice, a koje mi danas prepoznavamo u izrazima ”opšte blagostanje” i ”javni interes”,²⁷ predstavlja preduslov svakog individualnog blagostanja²⁸.

Pojam zajedničkog dobra jedan je od kardinalnih pojmova Finisovog jusnaturalizma. S osloncem na ovaj koncept on će izgraditi svoje shvatanje pozitivnog prava. Naime, utvrđujući važnost zajedničkog dobra za pojedinca i društvo u celini, suočava se sa vrlo važnim pitanjem njegovog ostvarivanja: ko je taj koji odlučuje o pitanjima od zajedničkog dobra, kako se takve odluke donose i ko ih sprovodi.

Po Finisovom mišljenju, unutar jedne zajednice opšte dobro bi se, teoretski govoreći, moglo postići ili saglasnošću svih njenih članova ili uspostavljanjem autoriteta javne vlasti. Ovu dilemu on u stvari preuzima iz *Sume teologije*, gde Akvinski kaže: ”A usmejaravati neku stvar prema zajedničkom dobru zadaća je ili cjeloga naroda, ili onoga koji to čini u njegovo ime (*gerens vicem totius multitudinis*). Stoga donositi zakone spada ili na cjeli narod, ili na javnu osobu koja se za nj brine”²⁹. Budući da apsolutni konsenzus u zajednici nije moguć, Finis se opredeljuje za drugo rešenje. Interpretirajući Akvinskog on kaže: ”Tako, dobar život grupe – političke zajednice – takođe zahteva da grupa deluje na dobar način. Ali postoji preduslov za dobro delovanje: jedinstvo u delovanju njegovih delova. U pojedinačnim ljudskih bićima, ovaj preduslov je obezbedila priroda. No, u zajednicama, neophodno jedinstvo života, jedinstvo nazivano mirom (*pax*), mora biti osigurano vladavinom (*per regentis industriam*)”³⁰. Finis u stvari preuzima Akvinčevo opravdanje javne vlasti. Autoritet javne vlasti nam je neophodan kako bismo obezbedili ostvarivanje zajedničkog dobra – neophodnih materijalnih uslova za afirmaciju svakog ličnog napretka i pojedinačnog blagostanja.

²⁶ Dž. Finis: *Prirodno pravo*, Podgorica, 2005, str. 163.

²⁷ Nav. delo, str. 165.

²⁸ Interesantno je napraviti paralelu između Finisovog i Maritenovog (*Maritain*) shvatanja opšteg dobra kao ključnog pojma (neo)tomističke pravne i političke filozofije. U pitanju su dva vrlo bliska pristupa na šta upućuje, pre svega, sličnost konotacija ovog pojma kod oba autora. Naime, i Mariten, poput Finisa, pod opštim dobrom podrazumeva skup onih stvari koje svakom članu društva pružaju usavršavanje sopstvenog života i lične slobode, istovremeno omogućavajući i skladan život zajednice u celini.

²⁹ T. Akvinski: *Izbor iz djela*, str. 610 i dalje; *Suma teologija* I-II, p. 90, čl. 3, zaključak.

³⁰ J. Finnis: *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*, str. 230.

Preuzimajući ideje Tome Akvinskog o legitimnosti javne vlasti³¹ Finis određuje pozitivno pravo kao instrument putem kojeg ova vlast obezbeđuje uslove za ostvarivanje zajedničkog dobra, odnosno pravo tumači kao skup pravila koje usmeravaju zajednicu ka opštem dobru³². U tom smislu on se direktno naslanja na Akvinskog koji, definišući ljudski zakon, kaže: "On, naime, nije ništa drugo, nego jedna razumska uredba usmjerena na zajedničko dobro, a proglasio ga je onaj koji ima odgovornost za neku zajednicu"³³. Ovakvo njegovo shvatanje o izvoru javne vlasti i suštini prava direktno se nastavlja i na druge antičke i srednjovekovne autore. Naime, antička politička filozofija funkciju države određuje kao postizanje opšteg dobra i pravednog poretka. Javna vlast i postoji da bi svojim odlukama osigurala zajedničko dobro unutar jednog političkog društva. Ova ideja je vrlo stara a možda je najlepše ilustruje misao Akvinskog o prirodi prava i zakona: "Stoga je neophodno da se zakonom poglavito naziva ono što je usmereno na zajedničko dobro, budući da svaka druga zapovjed što se odnosi na pojedinačni čin, ima smisao zakona samo po usmjerenju na zajedničko dobro. Stoga je svaki zakon usmjeren na zajedničko dobro"³⁴.

No, da bi zajedničko dobro zaista bilo zaštićeno pozitivnim pravom, po Finisu, odluke javne vlasti moraju i same biti utemeljene na načelima praktične razboritosti. Samo tada pravo bi omogućavalo postizanje osnovnih ljudskih dobara i vrednosti. Upravo tu i leži veza između prirodnog i pozitivnog prava koju

³¹ Mada Finisova legitimacija javne vlasti nije u potpunosti identična onoj Tome Akvinskog. Ovo pre sveg otud što je za Akvinskog ipak poslednje opravdanje njenog autoriteta biblijskog porekla i počiva na poznatoj maksimi "Svaka je vlast od Boga".

³² Prema Finisovoj fokalnoj ili žarišnoj definiciji, pravo je pojam koji se koristi: "da se označe pravila stvorena u skladu sa regulativnim pravnim pravilima, od strane određene i efektivne vlasti (koja se sama identifikuje i standardno konstituiše kao institucija pomoću pravnih pravila) za "potpunu" zajednicu i poduprijeta sankcijama u skladu sa pravom usmjerenim stipulacijama adjudikativnih institucija, a da je pri tome ovaj skup pravila i institucija usmjeren da razumno razriješi bilo koji koordinacioni problem zajednice (i na ratifikovanje, tolerisanje, regulisanje ili odbacivanje koordinacionih rješenja bilo koje druge institucije ili izvora normi) radi zajedničkog dobra te zajednice, na način i u obliku koji su sami prilagođeni tom zajedničkom dobru osobinama specifičnosti, minimiziranjem arbitrarnosti i održavanjem kvaliteta recipročnosti između subjekata prava, kako među sobom tako i u njihovim odnosima sa zakonitom vlašću". Dž. Finis: *Prirodno pravo*, Podgorica, 2005, str. 287 i dalje.

³³ T. Akvinski: *Izbor iz djela*, str. 612; *Suma teologija* I-II, p. 90, čl. 4, zaključak.

³⁴ T. Akvinski: *Izbor iz djela*, str. 609; *Suma teologija* I-II, p. 90, čl. 2, zaključak.

Finis preuzima od Akvinskog: svaki zakonodavac mora prilikom donošenja svoje odluke poštovati načela praktične razboritosti, treba da postupa razborito, dakle u skladu sa prirodnim pravom³⁵. Samo tada on ostvaruje funkciju svoje vlasti, doprinosi opštem dobru omogućavajući svakom pojedincu da ostvari sopstveni životni napredak.

Ovakvi pogledi na pravo najlepše ilustruju neotomizam Džona Finisa. Naime, mogla bi se podvući paralela između dva pisca, jer kad Akvinski kaže: "Politički poredak je, dakle, vladavina pravde. Od vladara se očekuje da vlada po zakonima, a ti zakoni moraju biti pravedni. To znači da ne mogu biti proizvoljni izraz volje, bila ona osobna ili kolektivna, nego razumski izvod iz načela pravednosti što ih je Bog otkrio čovjeku"³⁶, Finis, vekovima posle, nastavlja: "Naziv koji se uobičajeno daje takvom stanju odnosa u kome je pravni sistem u pravno dobrom obliku jeste 'Vladavina Prava'³⁷. Zapravo, za Finisa vladavina prava u stvari nije ništa drugo do pravni sistem koji poštuje načela praktične razboritosti, odnosno ona je pozitivnopravni sistem koji sledi principe prirodnog prava³⁸. U takvim situacijama pravna norma ima ne samo pravno obavezu-

³⁵ Finis od Akvinskog preuzima i dva modela izvođenja pozitivnih pravnih pravila iz načela prirodnog prava: *modum conclusionis* i *modum determinationis*, odnosno putem neposrednog zaključivanja iz ovih univerzalnih principa i putem bližeg određivanja, konkretizacije opšteg, prirodnopravnog načela. Finis pokušava da napravi razliku kada kaže da: "deriviranje prava iz osnovnih principa praktičnog rasuđivanja uistinu posjeduje dva glavna modaliteta koje je identifikovao i imenovao T. Akvinski; ali oni ne predstavljaju dva toka koji teku u odvojenim kanalima". Dž. Finis: *Prirodno pravo*, str. 299.

³⁶ D. Biongari: *Politički nazori Tome Akvinskog*, iz predgovora T. Akvinski: *Država*, Zagreb, 1990, str. 21.

³⁷ Dž. Finis: *Prirodno pravo*, str. 281.

³⁸ Finis prepoznaje sedam principa Vladavine prava. Vladavina prava postoji kada je pravni sistem takav da su: 1. njegova pravila prospektivna, a ne retroaktivna; 2. ni na koji način nisu takva da ih je nemoguće poštovati; 3. da su njegova pravila promulgovana; 4 koherentna jedna s drugim; 5. da su njegova pravila dovoljno stabilna da omoguće ljudima da budu usmeravani svojim znanjem sadržine pravila; 6. da donošenje dekreta i naredbi primenjivih na relativno ograničene situacije bude usmeravano putem pravila koja su promulgirana, jasna, stabilna i relativno opšta; 7. da su oni ljudi koji poseduju autoritet da stvaraju, primenjuju i sprovode pravila u službenom kapacitetu a) odgovorni za svoje ponašanje u skladu sa pravilima koja se mogu primeniti na njih i b) da stvarno primenjuju pravo i u skladu sa njegovim duhom. Ovakve poglede Finis, kako sam kaže, preuzima od drugih autora. U tom pogledu sličnost koji njegova teorija ostvaruje sa idejom Lona Fullera (*Lon Fuller*) o unutrašnjoj moralnosti prava je evidentna.

juću, već i moralno obavezujuću snagu. Takve norme, jezikom Akvinskog "obavezuju čovjeka u savjesti"³⁹.

Poštovanje nepravednog zakona

Ono što za Finisa predstavlja poseban problem jeste situacija u kojoj javna vlast svojim odlukama nije obezbedila traženu legitimaciju, onda kada pozitivno pravo, kreirano voljom nosilaca javne vlasti, nije utemeljeno na načelima praktične razboritosti te samim tim ne ide u prilog zajedničkog dobra. Postavlja se pitanje da li pravno pravilo korumpirane vlasti ostaje obavezujuće.

Naime, kako Finis smatra, ono što jednoj odluci obezbeđuje karakter pravnosti jeste činjenica da ta odluka proističe iz autoriteta javne vlasti. Da bi pravo važno, da bi se primenjivalo i bilo pravno obavezujuće, dovoljno je da potiče iz pravno ovlašćenog izvora. U tom smislu, pozitivnopravni propis ne gubi svoje pravno važenje čak ni onda kada je u direktnoj suprotnosti sa zajedničkim dobrom. On i dalje ostaje pravno valjan, i dalje je deo pozitivnog prava. No, takav propis, udaljavajući se od pravde, gubi svoju moralnu snagu i prestaje da obavezuje čoveka u njegovoj savesti. Zapravo, u slučajevima u kojima se pomenuta načela prirodnog prava ne poštuju, tj. onda kada se autoritet javne vlasti koristi protiv opšteg interesa, odluke koje su donete nemaju moralnu, već samo suženu, pravnu obaveznost, one prestaju da moralno obavezuju čoveka u njegovoj savesti. "U tim slučajevima, prema Finisu, ne može se primeniti jednostavan princip nepravedan zakon nije zakon. Pozitivno pravo koje nije u skladu sa načelima praktične razboritosti ne prestaje da bude pravo, mada je njegovo svojstvo prava umanjeno, ono je manje pravno ili drugačije rečeno nije pravo u potpunosti"⁴⁰.

I mada se čini da ovim tvrdnjama Finis radikalno odstupa od jedne među najprepoznatljivijim tomističkih teza – *lex injusta non est lex*⁴¹, on je u stvari samo originalnije reinterpreтира. Polazeći od Akvinčevog stava da pravedan zakon, štiteći opšte dobro obavezuje čoveka u njegovoj savesti, Finis samo izvodi logičnu konsekvencu da u suprotnom, nepravedan zakon ostaje samo puki pozitivnopravni propis lišen punog legitimiteta i unutrašnje moralne snage⁴².

³⁹ T. Akvinski: *Izbor iz djela*, str. 678; *Suma teologija* I-II, p. 96, čl. 4, zaključak.

⁴⁰ G. Vukadinović, R. Stepanov: *Teorija prava I*, str. 517.

⁴¹ Na latinskom: Nepravedan zakon nije zakon.

⁴² Zapravo Akvinski u svojoj *Suma teologiji* kaže: "Zakoni, međutim, mogu biti i nepravedni, i to na dva načina. Prvo, jer su u suprotnosti sa ljudskim dobrom, to jest u suprotnosti su

Na taj način, Finisova doktrina postaje široko prihvaćena, ostvaruje jednako dobar odjek ne samo među pobornicima obnove prirodnog prava, već i među pristašama pravnog pozitivizma. Ona igra ulogu jednog kompromisa. "Jednostavno, razlog tome treba tražiti u činjenici da njegovo shvatanje ne predstavlja antipod nego dopunu stavova pozitivista, naročito u onom delu u kojem su Finisovi stavovi kompatibilni sa teorijom zasnovanoj na izvorima prema kojima je pravo makar i nepravedno – zahvaljujući svom izvoru formalno punovažno"⁴³.

* * *

Kretanja u savremenoj teoriji i filozofiji prava između ostalog obeležavaju i ponovna okretanja religiji, te pokušaji pristupanja pravu sa uporištem u teologiji. U okviru ovih tendencija javlja se i neotomistička teorija prava kao smeo pokušaj da se na osnovama učenja Tome Akvinskog objasni fenomen prava. Moderni neotomizam, polazeći od premisa jedne sholastičke doktrine, predstavlja originalan pravac filozofije prava, govoreći u prilog stavu o savremenosti doktrine Tome Akvinskog i na pragu XXI veka.

U savremenoj neotomističkoj književnosti prirodnopravna teorija Džona Finisa već duže vreme pleni pažnju teoretičara kako u svetu tako i kod nas. Ona je danas predmet mnogobrojnih prikaza, teorijskih obrada i komparativnih studija, iznova se kritikuje i komentariše. U fokusu naše pažnje, međutim, našlo se samo jedno pitanje: u kojoj meri ovo učenje dosledno prati svoj uzor, jusnaturalizam Tome Akvinskog.

s netom navedena tri uvjeta: ili od strane svrhe, kao kada onaj koji zapovijeda nameće podložnicima nesnosne zakone, ne zbog zajedničkog dobra, nego zbog svoje gramzljivosti i osobne slave; ili od strane zakonodavca, kao kad netko donosi zakon preko onih moći koje ima; ili od strane sadržaja, kao kad se tereti u društvu raspoređuju na nejednak način, premda su usmjereni prema zajedničkom dobru. Takve su uredbe prije nasilje nego zakon, jer se – kako kaže Augustin u knjizi *O slobodnom rasuđivanju* – "ne čini da zakon može biti ono što je nepravedno". Stoga takvi zakoni ne obvezuju u savjesti, osim ako se možda ne radi o tome da se izbjegnju sablazni ili nemiri, pa je čovjek u tom slučaju dužan žrtvovati vlastito pravo, po riječima *Matejeva evanđelja* (4, 40–41): "Ako te tko prisili da ideš s njim jednu milju, hajde dvije; a tko bi te htio tužiti da se domogne tvoje košulje, podajmu i ogrtač".", T. Akvinski: *Izbor iz djela*, str. 678 i dalje; *Suma teologija* I-II, p. 96, čl. 4, zaključak.

⁴³ G. Vukadinović, R. Stepanov: Nav. delo, str. 518.

Smatramo da se ovaj problem može posmatrati sa dva aspekta.

S jedne strane, u osnovi Finisovog učenja se nalazi jedna teorija morala, pa ga je stoga moguće, u biti, posmatrati kao jednu etiku. Ovako shvaćen, Finisov jusnaturalizam korespondira sa tomističkom etikom iz najmanje dva razloga: Prvo, s obzirom na svoje ključne pojmove – osnovno dobro i praktičnu razboritost – koji su tomističkog porekla, i drugo, po svom biću koje ovu etiku čini jednom praktičkom etikom, tj. etikom čije se moralne dileme smeštaju u kontekst konkretnog ljudskog delanja. Tako, u osnovi ostajući verna tomističkom konceptu, ona od njega ipak odstupa utoliko što se definiše kao etika ovozemaljskog blagostanja, kao etika dobrog života a ne kao putokaz moralnog pregnuća usmerenog ka postizanju kakvog transcendentnog cilja. U tom smislu ona je tomistička utoliko što sa svojim srednjovekovnim uzorom deli isti aristotelovski fundament.

S druge strane, Finisova prirodnopravna teorija jeste i jedna filozofija prava. Ona u najkraćim crtama objašnjava pravo kao akt javne vlasti donet u cilju postizanja i očuvanja zajedničkog dobra. Sledeći vrlo staru antičku ideju, kojoj je bio privržen i Akvinski, Finis u stvari nastavlja tradiciju koja državnu vlast i njene odluke legitimiše putem njene funkcije – postizanjem opšte koristi. Za Finisa je ovaj zadatak ostvariv jedino ukoliko javna vlast u svojoj zakonodavnoj delatnosti poštuje načela praktičke razboritosti, obezbeđujući tako svojim odlukama traženi prirodnopravni legitimitet. Direktno se nastavljavajući na autoritet Akvinskog Finis izvodi zaključak da se takvo pravo može smatrati ne samo važećim na osnovu svojih formalnih karakteristika, već i na osnovu legitimnosti svoga sadržaja.

Svojim stavovima o nepravednom pravu kao važećem pozitivnom propisu umanjene pravnosti, Finisa su danas skloni da posmatraju i ocenjuju kao originalnog savremenog pravnog pisca, sposobnog da napravi korak dalje u odnosu na srednjovekovnu doktrinu od koje polazi. Nama se pak čini da Finis u stvari ne odstupa radikalno u odnosu na Akvinskog i njegovo osporavanje nepravednih zakona. Polazeći od njegovog stava da pravedan zakon, štiteći opšte dobro, obavezuje čoveka u njegovoj savesti, Finis samo izvodi logičnu konsekvencu da u suprotnom, nepravedan zakon ostaje samo puki pozitivnopravni propis lišen punog legitimiteta i unutrašnje moralne snage.

Summary

Marko Božić, assistant

JOHN FINNIS, A HERITOR OF THE THOMIST TRADITION OF NATURAL LAW

Among other things, trends in the contemporary theory and philosophy of law are also characterized by repeated turns towards religion, as well as by the attempts to approach law from the standpoint in theology. These tendencies also include a Neo-Thomist theory of law as a bold attempt to explain the phenomenon of law on the basis of Thomas Aquinas' teachings. Modern Neo-Thomism, starting from the premises of a scholastic doctrine, today represents an original trend in the philosophy of law, advocating the opinion about the validity of Thomas Aquinas' doctrine at the beginning of the 21st century, too.

In contemporary Neo-Thomist literature, the name of an Anglo-American authority, John Finnis, stands out. For a long time, his theory of natural law has been attracting attention of theoreticians, both in the world and in our country. Today, it is the topic of many reviews, theoretical elaborations and comparative studies, it is being criticized and commented anew. However, the focus of our attention included only one question: to which degree this teaching corresponds to its model, *jusnaturalism* of Thomas Aquinas.

With his opinions about the unjust law as a current positive regulation of decreased lawfulness, Finnis is today often viewed and evaluated as an original contemporary law writer, capable of making a step further from the medieval doctrine which he used as a source. However, to us it seems that Finnis actually does not diverge radically from Aquinas and his disputing of the unjust laws. Starting from Aquinas' standpoint that the just law, protecting the basic good, obliges man in his conscience, Finnis only draws a logical consequence that in the opposite case, the unjust law remains only a mere positive-legal regulation devoid of full legitimacy and internal moral strength.

3. Mr Marko Trajković, asistent

Pravni fakultet, Niš

RICHARD A. POSNER: THE PROBLEMATICS OF MORAL AND LEGAL THEORY (Problemi teorije morala i prava) third printing, First Harvard University Press, 2002, 311 str.

Prema časopisu *Legal Affairs* Ričard A. Pozner je među dvadeset najvećih pravnika Amerike. Međutim, njegov pragmatizam i moralni relativizam kao i privrženost filozofiji Fridriha Ničea, odvaja ga od konzervativne Amerike. Stil mu je pristupačan, a objašnjenja skoro uvek jasna, iako je poznat po polemičkom pristupu. Njegovi uticaji su američki pravници Holms i Hend. Napisao je nekoliko knjiga o jurisprudenciji i filozofiji prava: *Pravo, pragmatizam i demokratija*, *Problemi jurisprudencije*, *Problemi teorije morala i prava*. Poznerova filozofija je često kontroverzna, ali je njen doprinos bez obzira na polje istraživanja veliki.

Knjiga Ričarda A. Poznera *Problemi teorije morala i prava* proistekla je iz niza predavanja održanih 1997. godine na Harvardu, Univerzitetu u Njujorku i na državnom Univerzitetu u Arizoni.

U ovom delu raspravlja zašto teorija morala ne bi trebalo da učestvuje u uobličavanju prava. "Oslobodite pravo od morala" (str. 95), je njegov osnovni zahtev.

Pozner se prevashodno bavi izučavanjem prava, međutim prihvata preovlađujući stav da advokati, sudije i profesori prava ne mogu da se bave pravom bez pomoći drugih disciplina. Razlog leži u tome, što pravnici nedovoljno poznaju sve oblasti društvenog života koje su uređene pravom. Smatra da im je pomoć neophodna, ali da postoji neslaganje u pogledu toga kome se treba obratiti.

Zauzima stav da filozofija morala nema šta da ponudi učenim pravnicima ili sudijama u donošenju presuda ili u stvaranju pravnih doktrina. Obrazovani ljudi koji su prihvatili učenje filozofije morala, za razliku od onih koji nisu pod njenim uticajem, ponašaju se manje moralno. Smatra očiglednim da pravna pi-

tanja ne bi trebalo proučavati iz ugla filozofije morala, već ih valja posmatrati sa pragmatičkog stanovišta.

Knjiga se sastoji iz dva dela, a svaki deo sadrži po dva poglavlja. Prvi deo je u osnovi kritički osvrt, dok se drugi deo primarno bavi konstruktivnim sagledavanjem problema.

Problem morala najviše pažnje posvećuje u poglavlju *Teorija morala*. Moralno teoretisanje prema Pozneru, ne stvara dobru osnovu za moralne sudove i ne može od nas da načini bolje ljude. Čak i kada bi ono stvorilo valjanu osnovu za moralne sudove, ovi ne bi smeli da budu upotrebljeni kod donošenja pravnih odluka. Dalje, iznosi stav da nema univerzalnih moralnih principa, već postoje samo "pomodne" društvene norme koje se razlikuju od društva do društva. Univerzalan je "moralni sentiment" ili "moralne emocije", gde uključujemo krivicu, ogorčenje i gađenje. Svoj stav u oblasti teorije morala naziva "pragmatični moralni skepticizam". Možemo da zaključimo da, Pozner nije moralni nihilista, epistemološki skeptik ili zagovornik relativizma, ali nije ni potpuni skeptik.

Autor zastupa stav da bi "akademska" filozofiju morala valjalo razlikovati od moralnog "propovedanja" van čisto teoretskih krugova. Dobro zaključuje, Isus Hrist iz *Jevanđelja* je propovednik morala, ali za razliku od Platona ili Aristotela, nije teoretičar i ne koristi se "akademske argumentima".

Sa filozofije morala Pozner premešta svoje interesovanje na pravnu teoriju, ispitujući kako teorija morala utiče i može da utiče na pravo. Kako, on to vidi uticaj je veoma mali. Navodi, navodno moralno-pravne slučajeve, od eutanazije i abortusa do segregacije i nalazi da je filozofija morala u osnovi odsutna i nepotrebna u sudskim odlukama povodom ovih slučajeva. Poglavljem *Pravna teorija, moralne teme*, eksplicitno uvodi raspravu u oblast prava. Sam termin "teorija prava", prema Pozneru nije jasan koliko bi to trebalo da bude. Poglavlje je posvećeno profesionalnim naporima da se odupremo prodoru teorije morala u oblast prava. Tu izučava pitanja jurisprudencije, ustavnog, precedentnog i statutarnog prava. Ovo čini pozivajući se na Dvorkina, Harta i Jirgena Habermasa. Odlika teorija ovih autora koju Pozner želi da naglasi je pretenzija na univerzalnost. Svi oni navode principe za koje smatraju da su primenljivi u svakom pravnom sistemu. Ipak principi su bolje razumljivi ako se primenjuju na nacionalni pravni sistem; Engleski u slučaju Harta; Američki u slučaju Dvorkina i Nemački u slučaju Habermasa. Ponovo ističe da je teorija morala beskorisna u rešavanju konkretnih pravnih problema.

Neslaganje prava i pravde je vekovni problem, ali se čini još manje razumljivim zbog korišćenja moralnih termina kao što su "pošteno" i "nepravedno". Vodeći se Holmsovim mislima ističe, da je ovaj, odavno upozorio na zamke u razumevanju prava, zbog isuviše ozbiljnog prihvatanja rečnika morala. Pravo dođuše koristi moralne termine delimično zbog svog porekla i impresivnosti; da bi ga bolje razumeli laici na koje se odnose njegove naredbe; na kraju i sam Pozner priznaje, zato što postoji znatno preplitanje između prava i morala. Ali je preplitanje ipak ograničeno. Zato nije veliki promašaj kada pravo propusti da veže sankciju za neko nemoralno ponašanje, ili kada pridoda sankciju moralnom ponašanju.

U trećem poglavlju pod nazivom *Profesionalizam*, daje primer, kako društvena nauka može da pomogne u davanju odgovora na pitanje o idealu pravde i funkcionisanju pravnog sistema (odnos kriminala i socijalnih klasa, socijalne klase i "kriminalizovanje" narkotičkih sredstava, socijalne razlike između zločinca i žrtve, tužilaca i branilaca, sudije i porotnika), koja zbunjuju teoretičare i filozofe prava. Sociologija prava ima veliku ulogu u Poznerovoj teoriji. Autor osvetljava problem pravne prakse. Dalje sledi mišljenje da je profesionalizam preduslov reformi u pravu.

Pragmatizam, a to je i naziv poslednjeg poglavlja, je ključ za unapređenje prava. To je način da se dođe do pravog profesionalizma. Kako je i sam sudija, autor želi da donekle u ovom poglavlju osvetli rad sudije pragmatičara. Sudija pragmatičar ima različite prioritete. On želi da donese odluku koja će biti valjana za sadašnje i buduće slučajeve ili potrebe. Daleko, da je nezainteresovan za prethodne odluke. Dakle, sudija pragmatičar se poziva na precedente, statute i ustavno-pravne tekstove kao izvore za donošenje valjane odluke u sadašnjosti. Ali i pored ovakvog pristupa obrazovanju pravnika autor ističe da profesori prava nisu plaćeni da obučavaju advokate, već da proučavaju pravo i podučavaju studente.

Delo je posvećeno filozofiji pragmatizma, koja podstiče sumnje, a one dalje postižu istraživanje; na taj način sudije i profesori prava postaju manje dogmatičari i agnostičari, a više pragmatičari "širokog uma". Knjiga gubi na preciznosti kada se prelazi sa kritike na analizu i predloge. Naročito je sporan stav da je filozofija morala nepotrebna sudijama i advokatima. Ipak knjiga je veoma korisna, a Pozner je izuzetno dobar pisac i mislilac. Delo nudi mnogo toga, mada se velikom broju čitalaca možda neće dopasti njegova osnovna argumentacija. Ovo provokativno i interesantno delo je svakako neophodno i preporučljivo svakome ko se bavi moralnom i pravnom teorijom.

4. Prof. Danijela Grujić

Novi Sad

ZA LJUBAV DOMOVINE I SVETA*

Sažetak: Američka akademska rasprava o granicama patriotizma s kraja dvadesetog veka u središte pažnje stavlja temeljnu modernu političku antitezu kosmopolitizma i patriotizma čineći je osnovom ozbiljne javne diskusije koja seže znatno dalje od svog osnovnog zavičaja, ili da kažemo znatno dublje – do carstva opštečovečanskih ciljeva. To je vrlo sličan put onom koji prevaljuju dela nacionalne uzdižući se do svetske književnosti, samo što interesovanje koje ona izaziva ne zastaje kod onog kulturnog, ili onog moralnog, ne zastaje ni kod kosmopolitiskog pogleda na svet kako se to obično površno čini. Mogao bi se u svemu tome pronaći čak i neki istorijski interes, pokušaj da se razume novija američka i evropska istorija u svetlu posmatrane antiteze. Ona ujedno podstiče i teorijsko i praktičko držanje čoveka, ustvari izaziva zauzimanje doslednog životnog stava ovde jednako kao i u Americi.

Gljučne reči: kosmopolitizam, patriotizam, Amerika, multikulturalnost, globalizacija, međunarodni poredak država.

Promišljanje savremenog političkog iskustva u Americi, svojevrsna refleksija političkog praksisa na kraju dvadesetog veka, sledi novovekovnu tradiciju antitetičkog mišljenja u vidu sučeljavanja kosmopolitizma i patriotizma. Svestrano zanimanje diskutanata¹ za njihov odnos, kao za svoju osnovnu teorijsku

* Ova rasprava izložena je u zborniku *Za ljubav domovine* koji su priredili Marta K. Nusbaum i Džoša Koen. Prema rečima uvodničarke Marte Nusbaum ona započinje nešto ranije pozivom Ričarda Rortija sunarodnicima da utvrde zajednički američki nacionalni identitet. To nije bio usamljeni slučaj, kada je reč o jačanju patriotizma već je prethodno Šeldon Hakni isprovocirao nacionalnu raspravu o američkom identitetu.

¹ U pomenutom zborniku: Marta K. Nusbaum, Džoša Koen (ur.), *Za ljubav domovine (rasprava o granicama patriotizma)*, Biblioteka XX vek, Beograd 1999, nalaze se uvodni članak Marte Nusbaum, radovi šesnaest diskutanata i završni rad uvodničarke.

prizmu, otvorilo je tako mogućnost višeslojnog sagledanja značaja i uloge kosmopolitizma i patriotizma u savremenom svetu, te bogatu diferencijaciju odgovora upućenih kosmopolitskoj inicijativi **Marte Nusbaum**. U svom uvodnom eseju ova autorka se pre svega pozivala na kulturni kosmopolitizam svojstven antičkoj epohi ističući "stari ideal kosmopolite, čoveka privrženog svekolikoj svetskoj zajednici ljudskih bića" nasuprot moralno i politički opasnom patriotskom ponosu. Zalaganje za kosmopolitski koncept obrazovanja koji teži da "u središte građanskog obrazovanja postavi svetsko, pre nego demokratsko ili nacionalno državljanstvo", s druge strane, tiče se modernog kosmopolitizma, njegovih političkih pretenzija i osnovne novovekovne dihotomije u pojmu građanina, u ovom smislu: građanin Sjedinjenih Američkih Država – građanin sveta.

Podsećanja radi, treba reći da je kosmopolitska tradicija, za kojom se često osvrću učesnici diskusije, daleko bogatija od onoga što se obično ima na umu prilikom letimičnog pominjanja kinika, stoika ili Kanta. Još je bitnije reći da se sama kosmopolitska misao tokom svoje duge istorije transformisala, prolazeći kroz niz posebnih uobličjenja. Osnovnu razliku bi, međutim, trebalo praviti između antičkog i modernog kosmopolitizma; ona se kreće na nivou epohalnih razlika starog i novog sveta.

Antički kosmopolitizam je u suštinskom smislu kulturnog karaktera, on je samo jedna apstraktna ideja civilizacijski nejake ljudske subjektivnosti mada je istorijski prisustvovao realizaciji antičke svetske države. Imajući to u vidu **Natan Glejzer** kaže: "Slutim da je jedan od razloga što je kosmopolitizam mogao imati smisla za filozofe koje je proučavala Marta Nusbaum i taj što su sami bili građani "kosmopolisa" – gotovo univerzalne države i civilizacije – čija su se jednoobrazna prava i obaveze ogledali u jednoobraznosti gradskog uređenja i arhitekture". Ali, to je ipak bilo jedno civilizacijski negativno iskustvo uređenja svetske države, sasvim oprečno danas zrelim kosmopolitskim uverenjima. Ono u stvari uopšte nije bilo kosmopolitsko carstvo, stoga ni najmanje ne treba da nas čudi stav **Ejmi Gatman**: "Prema onome što znamo, svetsko političko uređenje može postojati samo u tiranskom obliku." I **Sisela Bok** to uviđa kada nas podseća na to da "inspirativna razmišljanja stoika Marka Aurelija o kosmopolizmu, jednakosti i ljubavi prema bližnjem nisu omela rimskog cara Marka Aurelija da previdi pojačano proganjanje hrišćana koji su se zalagali za te iste ideale."

Kada je reč o modernoj epohi, situacija je sasvim drugačija. Čedo prosvetiteljstva, kosmopolitizam, oblikuje se kao relevantna politička ideja, koja međutim nije uspela da dođe do svog ostvarenja u međunarodnom poretku novo-

vekovnih nacionalnih država. Snažna moderna antiteza kosmopolitizma i patriotizma u krugu političkih ideja pokazala se nezrelom u sferi historijskog realiteta. Stoga, treba ozbiljno shvatiti reči Ejmi Gatman: "Možemo zaista biti građani sveta samo ako postoji svetsko političko uređenje.", naravno, uređenje koje bi bilo izraz modernih kosmopolitskih političkih stremljenja.

Američki internacionalizam

Specifičnost američkog nacionalnog identiteta, kao izvanredne mešavine kosmopolitizma i parohijalizma koju pažljivo razmatra **Bendžamin R. Barber**, otkriva gotovo zaboravljenu gorku životnu priču novovekovne Evrope rastrzane brutalnošću netolerantnih društvenih odnosa. Rođenje američkog građanina u svetlu historijski do krajnjih granica napregnute antiteze kosmopolitizma i patriotizma daje mu poseban kosmopolitski smisao. "Kolonisti i (kasnije) osnivači videli su sebe kao nosioce novog procesa iskorenjivanja i ponovnog ukorenjivanja. U svojim slavnim *Pismima američkog farmera*, sv. Džon Kraveker daje ton novom američkom obliku patriotizma zamišljenom kao protivteža verskom parohijalizmu i progonima od kojih su bežali oni koji su se doseljavali u Ameriku. Američki patriotizam bio je protivteža upravo onom zlu koje Marta Nusbaum povezuje sa američkim patriotizmom. Kraveker slavi nastajanje "novog čoveka" u "velikom američkom azilu (gde) ... sve teži obnavljanju (čoveka) ... novi zakoni, nov način života, novi društveni sistem: ovde su oni postali ljudi; u Evropi su bili jalove biljke ... (ovde) su pustili korenje i procvetali." Kako se to dogodilo? "Koja moć je izvršila taj neobičan preobražaj? Moć zakona." Američki građanski identitet zamišljen je kao prepreka verskim ratovima, a Marta Nusbaum strahuje da bi ih upravo on mogao izazvati." Reč je zapravo o američkom pokušaju prevladavanja dualizma patriotizma i kosmopolitizma, specifičnom eksperimentu "u kalemljenju patriotskih osećanja na ustavno stablo", prihvatanju jednog novog skupa političkih ideja koje su američko stanovništvo trebale da oslobode od opterećujućih starih evropskih kulturnih i političkih spona. Američki internacionalizam sadržan je i u Linkolnovim rečima da je "Amerika možda "naša najbolja nada" za ljude širom sveta, ti ideali privukli su na američke obale ljude unesrećene raznim otrovnim patriotizmima."

Američki pokušaj prevladavanja moderne antiteze kosmopolitizma i patriotizma izveden je na nivou jedne posebne države, što kasnije stvara niz pratećih problema. "Kosmopolitizacija takvih vrednosti dovodila je čak Ameriku i u

nevolje (u Meksiku pod Vilsonom, u Vijetnamu pod Kenedijem, Džonsonom i Niksonom, a sad možda i u Bosni) – podsetnik za Martu Nusbaum da i kosmopolitizam ima svoje patologije i da može da odgaji sopstvenu antiseptičku verziju imperijalizma.” – objašnjava Bendžamin R. Barber. O negativnim posledicama kosmopolitizacije posebne države govori i **Majkl Valzer** smatrajući da su zločine ”u dvadesetom veku alternativno činili pervertirani patrioti i pervertirani kosmopoliti”, misleći pri tom na socijalizam u lenjinističkoj i maoističkoj verziji.

I pored toga što smatra da nijedna kultura nije kosmopolitska u punom smislu te reči, **Majkl V. Mekonel** kaže: ”Savet Marte Nusbaum naročito je pogrešan kad se upućuje zemlji koja je najsklonija da ga prihvati: Sjedinjenim Državama. Kakva god bila istina o kulturama drugih zemalja, američka kultura već više ističe univerzalne norme prirodne pravednosti nego ponos i dostojanstvo bilo koje posebne rase i nacije.” To je već teren savremenog zrelog iskustva multikulturalnosti, kao široke osnove modernog kosmopolitizma. Posredi je poseban ponos zbog pripadnosti američkoj naciji, ponos zasnovan ”na sveopštem prihvatanju delova kultura raznih naroda, naših predaka, iz svakog kutka zemljine kugle. Kako bismo pogrešili kad bismo to odbacili!” I zaista, to je ona kosmopolitska baza koja se danas mora ojačati, kako zaključuje i Sisela Bok. ”Ako ne naučimo da razumemo jedinstvenost kultura, počevši od sopstvene, verovatno nećemo umeti da cenimo ni ljudsku različitost i zajedničku ljudskost koja se nalazi u središtu kosmopolitskog ideala.”

Kosmopolita u istorijskom svetu

Tematizujući univerzalnost u kulturi **Džudit Batler** se zanima za posebna kulturna iskustva univerzalnog, njegovu kulturnu razuđenost i kulturno prevođenje kao osobenu kulturnu artikulaciju univerzalnosti. Ono univerzalno nalazi se u srcu kosmopolitizma, ali nikako nije konstanta. Njegov smisao se istorijski formira, otvoren je za budućnost, i može biti samo plod međukulturne interakcije. ”Prevođenje koje se odigrava na toj sceni sukoba takvo je da intendirano značenje nije u većoj meri odredbeno za ”konačno” čitanje od primljenog značenja, te konačnog suđenja sukobljenim pozicijama ne može biti. Bez ovog konačnog suda, interpretativna dilema ostaje, i upravo ona predstavlja dinamičko obeležje nastajuće demokratske prakse.” Tako se u sferi kulture otvara pitanje istoričnosti kategorija praktičkog sveta.

Kosmopolitski sadržaj je takođe istoričan, oblikuje ga istorijsko vreme baš kao što se i sve pojedinačne kulture nalaze u stalnom pokretu. "Ali uvek je bilo tako, sve ide, odlazi, jer je kultura promena, pokret; u tome leži znanje o kosmopolitizmu i samo prihvatanje tog oblika promene ima erotsku privlačnost koja može da bude protivteža patriotizmu" – smatra **Robert Pinski**. Tu je takođe na delu kritika čestih kosmopolitskih suvoparnih formulacija, na meti udara nalazi se udaljavanje kosmopolitizma od tradicije, njegova apstraktnost, beskrvnost kako kažu neki diskutanti. **Hilari Patnam** ističe: "Tradicija bez uma je slepa; um bez tradicije je prazan." Kakvog smisla ima univerzalni um mimo tradicije? Na ovoj opštoj postavci o istoričnosti praktičkog sveta i njegovih kategorija treba zaći iza antiteze kosmopolitizma i patriotizma. Različite tradicije učestvuju u raspravi i debati, tu se preispituje i samo razumevanje onog univerzalnog. "Ukratko, ne moramo da biramo između patriotizma i univerzalnog uma; kritička inteligencija i odanost onome što je najbolje u našim tradicijama, uključujući i naše nacionalne i etničke tradicije, uzajamno su zavisne."

Puno uvažavanje međukulturnih različitosti i njihov suživot predstavljaju samo životno jezgro savremenog kosmopolitizma. "Upravo je slavljenje kulturnih različitosti ono što kosmopolitu razlikuje od nekih drugih naslednika prosvetiteljskog humanizma." – misli **Kvame Entoni Apaja**. To mišljenje ujedinjuje kosmopolitizam i patriotizam na zajedničkom zadatku izgradnje jednog tolerantnog sveta. Uopšte, kosmopolitizam promovise poštovanje svih prirodnih i istorijski razvijenih različitosti bez hijerarhije, otklanjajući odnose dominacije i subordinacije, kako to u svom završnom radu ističe i Marta Nusbaum.

Savremeno određenje kosmopolitizma

Preispitivanje kosmopolitizma **Ričarda Folka** donosi ozbiljan sud o prirodi savremenog odnosa kosmopolitizma i patriotizma, jedno danas široko zastupano određenje kosmopolitizma koje u prvi plan ističe specifičnosti aktuelnog međunarodnog poretka. "Iako u osnovnim crtama delim viziju Marte Nusbaum, uznemirava me to što ona implicitno podstiče polarizovan – ili/ili – stav o tenziji između nacionalne i kosmopolitske svesti. Rasprava koja se pokreće na taj način nužno previđa jedinstvenost naših političkih okolnosti na kraju dvadesetog veka, a upravo ta jedinstvenost čini obe krajnosti problematičnim." Gubitak visokog stepena autonomije i prvenstva suverene države uz snažne procese regionalizacije, globalizacije i ometanje humane države zahtevima globalnog tržišta

čini ključnu strukturnu osobinu današnje faze međunarodne istorije. To, naravno, vodi otupljivanju patriotske oštrice, ali i mogućnostima jedinstvenog nastupa patriotizma i kosmopolitizma u svetu čija politička jedinica nije više nacionalna država. Obnavljanje humane države i humanog regiona sa socijalno angažovanim institucijama traži zajedničku inicijativu patriotizma i kosmopolitizma.

Veoma značajan deo diskusije tako predstavlja ukazivanje na opasnosti globalizacije, zalaganje diskutanata za distanciranje kosmopolitizma od ovog aktuelnog procesa kojim isključivo upravlja logika tržišta. "Da bi bio dostojan poverenja, kosmopolitizam se mora udružiti s kritikom etički manjkavog globalizma otelovljenog u neoliberalnim modelima mišljenja i u takvom zamišljanju sveta kao celine koje svodi na najmanju meru etički i vizionarski sadržaj kosmopolitske ideje." – kaže Ričard Folk uz napomenu da "takvo viđenje celine gotovo potpuno previđa etičke imperativne ljudske solidarnosti". Sasvim je drugačija stvar sa tzv. globalizacijom odozdo, ona nije etički neutralna i nije motivisana kapitalom. Štaviše, može se smatrati izrazom neokosmopolitizma, njenu okosnicu čine transnacionalni i lokalni učesnici i procesi i dobrovoljna udruženja građana često angažovana oko globalnih problema zagađenja životne sredine.

Drugu vrstu odgovora zahuktalom globalizmu predstavlja razvoj kosmopolitske demokratske kulture zasad pretežno usmerene ka uspostavljanju međunarodnog diskursa o temama kao što su: žene, razvoj, populacija i prirodna sredina. Postepeno odvajanje demokratske prakse od njene uske vezanosti za državu može biti put izmirenja patriotizma i kosmopolitizma. Slično kaže i Ejmi Gatman: "možemo da odbacimo ideju da naša primarna privrženost pripada bilo kojoj zajednici i da shvatimo moralni značaj sposobnosti da živimo kao slobodni i jednaki građani bilo kog uistinu demokratskog političkog sistema."

Smisao kosmopolitskog građanskog statusa

Kao ključni deo rasprave o dometima modernog kosmopolitizma na različite načine problematizuje se pitanje građanskog statusa i države, te aktuelnog međunarodnog poretka država. "Nije lako videti kako bi se moglo iskoračiti iz situacije u kojoj primarna moć da se garantuju i čuvaju prava leži u konstituisanoj suverenoj državi." – misli **Natan Glejzer**. "Kosmopolitska politička lojalnost je pojam koji je teško prebaciti u stvarnost, kao što je teško i osloboditi ga neizbežne veze sa zapadnom kulturnom tradicijom, iz koje, zapravo, potiče." Uočljivi su, doduše, fragmenti kosmopolitske stvarnosti, međunarodni ugovori

i aktivnosti koji ograničavaju ponašanje država za dobrobit celog sveta, kao što su sporazumi o životnoj sredini, tretmanu izbeglica ili pravima žena, ali je i dalje jedina institucija koja ima legitimitet i moć da garantuje i čuva prava – konstituisana suverena država.

Slično misli i **Gertruda Himelfarb**, od presudnog značaja je "postojanje država sposobnih da preduzmu i podstiču međunarodne sporazume. "Nacionalno" je neophodni i primarni sastavni deo "internacionalnog". Osim toga, Gertruda Himelfarb sasvim dosledno ističe besmislenost govora o kosmopolitizmu izvan konteksta svetske države. To kasnije oštro kritikuje **Amartja Sen**. Po njenom mišljenju kosmopolitska ideja nije i ne mora biti pravno zasnovana, ne postoji svetska država ali i pored toga ima smisla biti građanin sveta. Na kraju krajeva, "toliki "mešoviti" pojmovi – ljudska prava, liberberski socijalni programi, nagrada prema zaslugi – vrlo dobro funkcionišu iako nemaju pravni status u užem smislu."

Kosmopolitizam, posebno onaj starog kova, nosi sa sobom opasnost izbegavanja konstitucionalizma. **Elejn Skeri** ukazuje na to "da takvi pokušaji zamenjivanja nacionalizma internacionalizmom često povlače odbacivanje konstitucionalizma u korist nekakve slobodnolebdeće dobre volje koja se može opisati kao velikodušno zamišljanje." Da bi se stvarno zauzeo za ljudska prava kosmopolitizam mora biti udružen sa konkretnom voljom spremnom za promenu ustavnih i zakonskih odredbi. "Kako će doći do takvih ustavnih i zakonskih promena ako su državno uređenje i nacionalna država predmet kosmopolitskog prezira?" – pita Elejn Skeri i nešto kasnije odgovara: "Međutim, čak i ta kosmopolitska praksa zamišljanja može biti podstaknuta i zaštićena ustavom." Na taj način, što na kraju u svom odgovoru prihvata i Marta Nusbaum, kosmopolitski zahtev za pravdom postaje objektivan. Kosmopolitskim vrednostima neophodna je podrška ustava, baš kao što će ova institucionalizacija biti postojana ukoliko kosmopolitskim obrazovanjem kultiviramo savremenog čoveka za ulogu građanina sveta.

Summary

Prof. Danijela Grujić
Novi Sad

FOR THE LOVE OF ONE'S COUNTRY AND THE WORLD

In America, the academic discourse on the issue of patriotism and its limits at the end of the twentieth century² focuses on the basic modern political antithesis cosmopolitanism versus patriotism, thus making it the starting point for a serious public discussion, which reaches far further from its basic homeland, more precisely, far deeper than that, touching the goals of an empire, the eternal mankind. This path is very similar to the one that is walked by national literatures climbing up to become world literatures, only that the interest which it arises does not stop by the cultural, or the moral, or by the cosmopolitan view, as it is usually the case in a superficial approach. Even a certain historical interest could be found in all this, a trial that the recent American and European history is understood in the light of the antithesis under consideration. At the same time, it enhances both theoretical and practical human behavior, in fact, it challenges a consequent life attitude to be chosen no matter where, either here or in America.

² This discourse has been published in the Proceedings *For The Love of One's Country*, edited by Martha Nussbaum and Joshua Cohen. According to Martha Nussbaum, it had begun somewhat earlier by Richard Rorty's invitation addressed to his co-patriots to establish a common American identity. This was not an isolated attempt concerning strengthening of patriotism, but, previously, Sheldon Hackney had provoked a national wide discourse about the American identity.

IV

Argumentacija i tumačenje prava

1. **Prof. dr Marijan Pavčnik**
Pravni fakultet u Ljubljani, Slovenija
Ustavno tumačenje
2. **Dr Slobodan Beljanski**
advokat, Novi Sad
Paundov pojam pravnih standarda
3. **Dragutin Avramović, asistent-pripravnik**
Policajska akademija, Beograd
A. Votson: Pravni transplanti – pristup uporednom pravu

1. Prof. dr Marijan Pavčnik

Pravni fakultet u Ljubljani, Slovenija

USTAVNO TUMAČENJE

Sažetak: Autor u radu polazi od prirode ustava i nekih problema u tumačenju. Zatim razmatra klasične argumente tumačenja: lingvističko, logičko, sistematsko, istorijsko i teleološko tumačenje. Potom sledi ukazivanje na važnost pravnih principa i način primene.

Ključne reči: ustav, tumačenje, argumenti tumačenja, pravni principi, primena ustava.

I Uvod

Ustavno tumačenje je jedna vrsta tumačenja zakonskih tekstova (→ zakonsko tumačenje). To je tumačenje samo kada je zakonsko značenje u isto vreme i značenje reči ili jedno od značenja reči zakonskog teksta. U prirodi je razumevanja da nijedan tekst ne može sa potpunom sigurnošću da predvidi kako će biti shvaćen. Zakonski dokument nikada ne može "prisvojiti" svoje tumačenje¹. Ova neizbežna karakteristika razumevanja zakona najjača je u vezi sa ustavom, koji je, bar sa stanovišta nacionalnog prava, zakonski dokument koji se nalazi na vrhu hijerarhije. Na kraju, osoba koja ga tumači je sama. Iznad njega, nema višeg zakonskog dokumenta koji bi mogao veoma jako da ukaže na put za tumačenje jednog nižeg. Da parafraziram *Kanta*, iznad njega nalazi se samo zvezdano nebo i zakon moralnosti u okviru njega².

Radi se o igri reči da li je, u pogledu rečenog, tumačenje ustava nad-ustavni ili pod-ustavni akt. Dilemu je intenzivirao bivši sudija Vrhovnog Suda

¹ Hassemer Winfried: Juristische Hermeneutik, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 72 (1986.) 2, str. 203.

² Vidi: *Kant Immanuel: Kritik der Praktischen Vernunft*. Suhrkamp, Frankfurt/Main 1989, str. 300 (A 289, 290).

Sjedinjenih Država *Charles Evan Hughes*, koji je naveo da su sudije "pod ustavom, ali ustav je ono što sudije kažu da jeste". Ukoliko želimo da budemo precizni, vidimo da je tumač iznad teksta; tekst je pred njim i on mora da razume njegovo značenje. Ključno pitanje je kako se ulazi u ovaj hermeneutički krug: da li njegov pristup i njegovo prethodno znanje zahtevaju da on putem pojedinačnih argumenata tumačenja otkriva šta tekst *sadrži*, ili da li on želi da uradi sve da bi *voljno uneo* svoje sopstvene poglede, stremljenja i želje u tekst

Prikladno gledište za tumačenje ustava je prilaz koji je prvi pomenut, a koji pokušava da otkrije šta ustav *sadrži*. Otkrivanje šta ustav sadrži, koje mogućnosti on nudi, i koje je značenje ovih mogućnosti, nije samo akt izlaganja/prepravljavanja, već i stvaralački akt. Na nivou principa može se reći da je "pravo značenje jednog teksta, kako se on obraća onome ko ga tumači (...) uvek međusobno određeno i istorijskom situacijom onoga ko ga tumači i stoga celokupnošću nepristrasnog toka istorije"³.

Što se tiče razumevanja zakona generalno, a posebno u vezi sa zakonskim shvatanjem ustava, postoje brojne važne okolnosti koje međusobno određuju takvo shvatanje. Zadatak pojedinačnih argumenata tumačenja je da otvore kontekst shvatanja i da racionalizuju, provere i daju pravac razumevanju. Tumačenje prestaje na tački gde ono izlazi van mogućih značenja reči ustava.

Ustavno tumačenje se takođe smatra jednim metodom dolaska do mogućeg shvatanja ustava putem ustavnih sudova. Ova analiza može se na odgovarajući način primeniti na tumačenje koje su uradili redovni sudovi ili druga nadležna državna tela. Glavna razlika između ustavnih i redovnih sudova je u nadležnostima koje imaju. Položaj koji jedan sud ima u hijerarhiji sudova takođe je od velike važnosti. U principu, što je viši položaj, veći je uticaj na ustanovljavanje sudske prakse.

II Neke dileme u vezi sa tumačenjem

U principu, isti problemi i ograničenja koja se odnose na razumevanje zakonskih tekstova uopšte, takođe, odnose se i na razumevanje ustava, mada

³ Gadamer Hans-Georg: *Truth and Method*. London, New York 2004, str. 296 ["Der wirkliche Sinn eines Textes, wie er den Interpreten anspricht, (...) ist immer auch durch die geschichtliche Situation des Interpreten mitbestimmt und damit durch das Ganze des objektiven Geschichtsganges", Gadamer Hans-Georg: *Wahrheit und Methode*, šesto izdanje, Tübingen, 1990. str. 301].

ovo ne znači da ne postoje razlike u značenju između dve vrste razumevanja. U tom šematskom načinu, moguće je naročito pomenuti tri opšte dileme: otvorenost argumenata tumačenja u odnosu na njihovo značenje, otvoreni delokrug argumenata tumačenja, i labave veze između argumenata tumačenja.

Kada bi zakonski tekstovi bili definisani u smislu njihovog značenja od samog početka i kada bi oni zadržali svoju konačnost i u vezi sa konkretnim slučajevima, ne bi bilo potrebe za njihovim tumačenjem (*In claris not fit interpretatio!*) *Ignorance of the law is no excuse*, ali se mogu primeniti direktno i bilo bi moguće trenutno obuhvatanje. Isto retoričko pitanje odnosi se i na pojedinačne sadržaje tumačenja. Nijedan zakonski tekst nije koncipiran kao obrazac koji je potrebno popuniti podacima, nakon čega se on može primeniti. I čak i kada bi on bio koncipiran na takav način i kada bi se približio prirodi obrazca, i dalje bi bio samo jedan od nekoliko obrazaca među kojima treba napraviti izbor. Ukratko, *argumenti tumačenja su "samo" orijentacije* i manje više *sažeta uputstva* o tome kako postupati u određenim slučajevima. "Čak i u najboljem slučaju," *Aarnio* kaže, "oni nam govore samo: idi u ovom pravcu"⁴. A ovo je već velika stvar, u nekim (teškim) slučajevima ovo može značiti mnogo.

Druga dilema je u tome *da mi ne znamo zatvoreni lanac argumenata tumačenja*. Dokazni krug je otvoren, već poznatim argumentima mogu se dodati novi ukoliko oni mogu doprineti otkrivanju i proveriti značenja zakonskog teksta. Novi argumenti se neprekidno stvaraju putem načela zasnovanih naročito na osnovnim (ljudskim) pravima i obavezama, i pravnim principima (na primer na principu države u kojoj postoji vladavina prava i na principu ustavne podele moći), itd. Ako, uprkos svemu ovome, i dalje govorimo o ustanovljenim argumentima tumačenja, očigledno je da mislimo da neke argumente koji su opšte prihvaćeni u određenim pravnim kulturama i/ili u određenom delokrugu zakona. Zajednička tačka ustanovljenih argumenata je *von Savignyev koncept tumačenja* (vidi glavu IV).

Niti postoji lako rešenje za treću dilemu, usmeravanje pažnje na *odnos između predmeta tumačenja*. Teorija daje nekoliko predloga kako napraviti stalno određen redosled kojeg se treba pridržavati u pravnoj praksi. Konačni odgovor je kratak i jasan: ne postoji stalno određen redosled, postoji tačno isti broj odgovora koliko je i autora koji su se bavili metodama tumačenja. I pored toga, od-

⁴ Aarnio Aulis: Reasoning Judicial Decisions, *Rechnorm und Rechtswirklichkeit*. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag, Berlin 1993, str. 644.

govor na takav nesklad tumačenja nije proizvoljan jer odgovarajuća *opredeljenja* mogu se postići uprkos razlikama. Osnovno opredeljenje je da je dozvoljeno samo takvo tumačenje koje ostaje u okviru mogućeg značenja (porozno koliko već može biti) zakonskog teksta. Drugo opredeljenje je da sve glavne tačke gledišta tumačenja (logička, sistematska, istorijska i teleološka tačka gledišta) moraju da se provere a rešenja koja ona donose moraju se utvrditi.

Među ovim značenjima tumači biraju najubedljivije, a to je je ono sa najviše argumenata (u odnosu na kvalitet kao i na kvantitet) govoreći u njegovu korist a koje je u isto vreme značenje koje se odnosi na namenu (telos) pravne norme. Ako se tumač koleba između nekoliko rešenja on se odlučuje za ono koje je u skladu sa namenom pravne norme (vidi glavu IV.6) U ovom smislu teleološko tumačenje zajedno sa lingvističkim čini osnovni princip tumačenja. U isto vreme, ovo je zajednički imenitelj do kojeg su došle teorije koje proučavaju sukob između argumenata tumačenja.

III Priroda Ustava

Način na koji je ustav koncipiran i shvaćen kao zakonski akt utiče na tumačenje ustava. U prirodi je ustava da je on zakonski akt koji je *polazna tačka i osnovni zakonski akt*: on je polazna tačka jer ima najveću zakonsku vrednost u okviru države, a ujedno je i osnovni zakonski akt jer on određuje "samo" najvažnije društvene odnose. Time što je polazna tačka takođe znači da je ustav (bar sa određene tačke gledišta) prvenstveno *proceduralni akt*, koji svim političkim subjektima daje mogućnost da učestvuju u *zakonskoj igri*. Ustav predviđa vrste i odgovornosti pravnih subjekata, njihove međusobne odnose kao i osnovna proceduralna pravila stvarajući okosnicu u okviru koje mogu da se donose zakonske i političke odluke. Proceduralna strana ustava posebno je važna za savremenu državu. U današnje vreme država je vrsta nad-sistema, u okviru kojeg različiti sistemi i podsistemi moraju da deluju zajedno.

Ustav je takođe i *osnovni zakonski akt* koji reguliše društvene odnose u odnosu na njihov sadržaj. Ustavi savremenih demokratskih država u kojima postoji vladavina prava posebno su fokusirani na tri grupe pitanja: osnovna (ljudska) prava (to jest fundamentalna prava i slobode), oblik države i organizaciju države. Ovo otelotvoruje takozvani klasični *materia constitutionis* /ustav jedne zemlje/. Ako poredimo ova tri predmeta, možemo primetiti da se oni raz-

likuju kako lingvistički tako i tehnički. *Organizacija države* najbolje je fokusirana u odnosu na njen sadržaj i može se direktno konkretizovati kao celina do važnog stepena, dok je *oblik države* u nekim važnim delovima izražen "samo" kroz principe kao što su principi demokratije, države u kojoj postoji vladavina prava, socijalne države, podele moći, itd. Ovi principi se ili normativno stavljaju u neke konkretne oblike u druge delove ustava (na primer princip podele moći razrađen je u Glavi koja se bavi organizacijom države) ili predstavljaju smernice za donošenje zakona i konkretno ponašanje. Poseban oblik u odnosu na sadržaj dat je *ljudskim pravima i osnovnim slobodama*. Početna tačka je da su oni definisani u ustavu na takav način da se direktno mogu primeniti. Do odstupanja od ovog pravila može doći samo kada je to neophodno zbog posebne prirode individualnog prava ili slobode ili kada je predviđeno za neka prava da zakon uređuje način njihove primene. Ova tehnička zakonska mogućnost se u praksi naširoko primenjuje. Opisi osnovnih prava takođe obuhvataju brojne vrednosne kriterijume kao što su "ljudsko dostojanstvo", "lično dostojanstvo", "neljudsko ili degradirajuće postupanje ili kažnjavanje", "nepovredljivost fizičkog i mentalnog integriteta svake osobe", "ekonomska, društvena i ambijentalna funkcija imovine", itd. (uporedi Sporazum za utemeljivanje Ustava za Evropu, Član II-61 i dalje.) Osnovna prava sa ovim i sličnim vrednosnim kriterijumima imaju prirodu "zakonskih principa", koji su opisani sa manje ili više detalja, i potrebno ih je dalje razraditi i konkretizovati u odnosu na njihovo značenje.

Ovi i drugi kognitivni zakoni nisu prepreke koje se ne mogu prevazići i direktno su ispunjeni razumevanjem (tumačenjem) ustava. Oni su samo zakoni koje tumač treba da uzme u obzir, dok istovremeno mora biti svestan toga ko bi normativno trebalo da konkretizuje ustav i na kom nivou bi ovo trebalo da bude urađeno. Ustav je *živi organizam* koji se obraća zajednici organizovanoj u skladu sa zakonom države, omogućavajući joj da funkcioniše na zakonski način: od vrhovnih državnih tela koja normativno ustavu daju operativni oblik putem zakona i drugih opštih zakonskih akata, i običnih smrtnika, koji su ograničeni jednakim pravima drugih, do državnih tela (na primer ustavni sud) koja obezbeđuju da se igra dešava u granicama zakona u odnosu na sadržaj i procedure. A ovo je takođe i *ključ za razumevanje ustava*. Na neki način, ključ je veoma jednostavan: nalazimo se u okviru ustava sve dok u obzir uzimamo norme koje se tiču jurisdikcije, procedure, i orijentacije koja se tiče sadržaja (zajedno sa njegovim obavezujućim ograničenjima). Sve dok su ovo naše polazne tačke, mi se nalazimo u okviru zakona (ustava) i u isto vreme ovo određivanje nam omogu-

ćava da sadržaj učinimo dinamičnim i da ga normativno dalje razvijamo do više detalja. Sve dok postupamo na takav način, mi postupamo zakonski i u isto vreme podržavamo svaki novi sadržaj koji smatramo zakonitim. To je, takođe, i igra koju može i mora kontrolisati kompetentno državno telo (na primer ustavni sud ili vrhovni sud). Ovo kompetentno državno telo nema nikakve nad-ustavne kriterijume koji bi ukazivali na to da li je razvoj sadržaja važećeg ustava ustavan. Kompetentno državno telo može "samo" odlučiti da li je razvoj sadržaja i dalje u granicama ustavnih mogućnosti i da se kao takvo dogodio u skladu sa procedurom koja je još uvek u granicama ustavne proceduralne igre. Od posebne je važnosti za kompetentno državno telo (na primer ustavni sud) da kontinuirano razmatra da li zakonski učesnici poštuju ustavom utvrđene institucije države u kojoj postoji vladavina prava (kao takozvana ustavna demokratija).

Šta znači biti "i dalje u granicama ustavnih mogućnosti" ili biti "i dalje u okviru ustavne proceduralne igre"? Takav nije postojan već često neodređen kriterijum. Neproduktivno je to neprihvatiti i kriti se iza ustavnog teksta, kao da je on dovoljno siguran pouzdan. Bilo bi mnogo mudrije razjasniti relativnu nesigurnost ustavnog teksta, da bi se analizirao kao takav, a potom tragati za takvim primenama koje nisu izvan ustava i koje teže da otelotvore značenje koje ustavni tekst bar implicitno sadržava. Ne, ovo nije igra reči, ovo je metodološki postupak koji je samovoljno samo-ograničavajući. Ovaj metodološki postupak ima posebnu težinu za najviše zakonsko telo (na primer: za ustavni sud), koje u težim slučajevima može biti dovedeno u iskušenje da se pozove na ustavne odredbe samo prividno, dok u stvarnosti, međutim, on funkcioniše kao nad-ustavno telo, menjajući i usavršavajući važeći ustav (uporedi → aktivizam, kritički).

IV. Klasični argumenti tumačenja

1. Uvod

Svaka oblast zakona ima niz posebnosti koje je potrebno razmotriti, a koji takođe imaju uticaj na interpretativni prilaz. Opšte metodologije vrednovanja kao i pojedinačne pravne nauke moraju u obzir uzeti ove posebnosti. Prvi korak koji treba preduzeti je da se započne sa *von Savigny-jevim* klasičnim argumentima tumačenja i da se pokuša da odrediti da li oni imaju neke posebne odlike kada dođu u dodir sa tekstom ustava. Sami argumenti tumačenja proširuju takav pristup jer su oni uvek u odgovarajućem "dijalogu" sa predmetom svog razumevanja.

Von Savigny-jevi klasični argumenti obuhvataju lingvističku interpretaciju, logičku interpretaciju, sistematsku interpretaciju, istorijsku interpretaciju i teleološku interpretaciju. Ovi argumenti su dobro poznati i opšte prihvaćeni u evropskom kontinentalnom pravu. U daljem tekstu pažnju ću posvetiti nekim posebnostima koje ovi argumenti imaju ili mogu imati u tumačenju ustava.

Slični argumenti koriste se u tumačenju Ustava Sjedinjenih Država. *Philip Bobbitt*⁵ analizira šest oblika ili modaliteta tumačenja ustava. Ovi oblici su sledeći: istorijski argument, tekstualni argument, strukturalni argument (ovaj argument je sličan sistematskom tumačenju), pravni primer, etički argument (koji izvodi "pravila iz onih moralnih prosuđivanja američkog etosa koji se odlikavaju u Ustavu"), i promišljeni argumenti [(koji teže "da uravnoteže štete i koristi određenog propisa").⁶

2. Lingvističko tumačenje

Osnovna odlika lingvističkog tumačenja je da je jezik ustava početni zakonski akt i osnovni zakonski akt (vidi Glavu III). U ustavu organizacija države definisana je na relativno precizan način, dok su zakonski principi i opšte odredbe koje se tiču oblika države, definisani prema karakteristikama zakonskog dokumenta i brojnim elementima osnovnih (ljudskih) prava relativno neodređeni. Relativno neodređeni nazivi obuhvaćeni su, kako Hart kaže, polusenkom sumnje, koja otvorenim ostavlja pitanje da li konkretni slučajevi i dalje podležu opštim normama⁷. Okolnost da je ustav hijerarhijski najviši državni dokument otežava ovaj problem. Ukoliko ustavni sud ili neko drugo telo koje tumači ustav sa konačnošću, nije spremno da upražnjava samoograničavanje, ovo u opasnost dovodi principe podele moći. Oštrica sumnje može skrivati opasnost da onaj koji predstavlja interpretativnu moć menja osnovu zakonskog dokumenta; s druge strane, pažnju poklanja važnosti moralne polazne tačke zakona i osetljivoj moralnoj ulozi (i odgovornosti) onih koji tumače ustav.

⁵ Bobbit Philipp: *Constitutional Interpretation*, u: Kermit L. Hall (glavni ur.): *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York Oxford 1992, str. 184-188.

⁶ Uporedi: Summers Robert S.: *Statutory Interpretation in the United States*, u: MacCormick Neil D., Summers Robert S. (urednici) 1991, str. 412-419.

⁷ Hart H.L.A.: *The Concept of Law*, drugo izdanje, Oxford 1994, str. 123, vidi takođe i str. 128-136.

3. Logičko tumačenje

Logičko tumačenje nije "interesantno" u svom aspektu u kojem se zahteva postupanje u skladu sa pravilima formalne logike u odnosu na obrazovanje mišljenja, izvođenja zaključaka i dokaza. U ovom smislu ne postoje razlike između razumevanja ustava i bilo kog drugog zakonskog razumevanja. Logičko tumačenje postaje uzbudljivo kada se odnosi na ubedljivost i dokazivanje koje se tiče sadržaja, koje se ne može proveriti i vezati striktnim pravilima formalne logike. Primeri podsticajnog dokazivanja su: *argumentum a contrario* (razlog suprotnosti), *argumentum a simili ad simile* (argument analogije) (u okviru zakonskog teksta ili zbog praznina u ustavu), *argument a fortiori* (razlog tim pre), argument prirode stvari, itd.

Kao primer ubedljivog argumenta, može se uzeti *argumentum a maiori ad minus*. (ne može se dokazivati da je nedovoljno manje). Ovaj argument koriste neki sudovi kada odlučuju o prilagođenosti zakona sa ustavom i o prilagođenosti propisa sa ustavom i zakonima. Sudovi su zauzeli stav da je dozvoljeno sve gde nema neposrednog opoziva ili potpunog ukidanja pravila. U ovom smislu takozvana *interpretativna odluka* trebalo bi da bude dozvoljena, mada nije spomenuta ni u ustavu ni u ustavnom sudskom aktu.

Interpretativne odluke mogu biti prilično osporljive ukoliko se ne usklade sa ulogom ustavnog suda u određenom državnom pravnom sistemu (sistematička i teleološka interpretacija!). Ukoliko ustavni sud treba da bude podređen ustavnim institucijama (na primer upravljanje državom u kojoj postoji vladavina prava) i uzdržan u svom delovanju tako da se ne meša u odgovornost zakonodavnog tela (princip podele moći!), ovo znači da su dozvoljene samo neke interpretativne odluke.

Osnovni *zadatak interpretativne odluke* je da *izostavi* iz pravnog sistema značenje teksta zakona (ili nekog drugog zakonskog teksta) koji je vanustavni. Interpretativna odluka čuva zakon (ovo dovodi u vezu *mutatis mutandis /the necessary changes having been made//changing what need changing/* sa opštim zakonskim aktima koji mogu biti predmet kritičke ocene ustavnog suda) i pomaže zakonodavstvu da svoju zakonsku poruku zadrži *u granicama ustavnih mogućnosti*. U principu, zadatak ustavnog suda je da autoritativno *ukloni* bilo kakvo neustavno *tumačenje*.

Važno je, međutim, da tumačenje nikada ne sme *preuzeti ulogu zakonodavnog tela*, koje može u granicama ustava, odlučiti u korist šireg ili užeg opsega

značenja zakonskog teksta. U principu, ustavni sud ne bi trebalo da ustanovljava koja značenja zakonskog teksta su jedino zakonski (ustavno) ispravna, nego bi trebalo samo da paze na to da li je traganje za dimenzijama značenja zakona ustavno (na primer u granicama ustava). Pravna hermeneutika zna da novi slučajevi prouzrokuju nova rešenja i nove razvoje koji se tiču značenja zakona. Ustavni sud bi samo izuzetno – u slučaju veoma nejasnih zakona koji ne mogu da se opozovu bez da se ne prouzrokuje nepopravljiva šteta – trebalo da na pozitivan način navede koje je tumačenje ustavno, u svim ostalim slučajevima trebalo bi da se radi o *negativnom zakonodavstvu*.

4. Sistematsko tumačenje

Sistematsko tumačenje može takođe imati opšte i posebno značenje. Opšte značenje je dobro poznato i odnosi se na ulogu pripisanu eksternom i internom pravnom sistemu⁸, kao i na način povezivanja i usaglašavanja ova dva sistema ukoliko postoji neusaglašenost među njima. Drugi slučaj se takođe bavi posebnim značenjem koje je tipično za pojedinačne oblasti zakona. Slučaj iza toga odnosi se na činjenicu da ustavno tumačenje mora takođe poštovati "duh" i gledište koje vlada u pojedinačnim oblastima zakona.

Propisi i sistematski zakoni trebalo bi, po pravilu, da budu zasnovani na pravnoj tradiciji i na utvrđenim otkrićima pravne nauke (uporedi Član 1/2 Švajcarskog Građanskog Zakonika). Ova tradicija i ova otkrića mogu biti tako snažna da imaju prirodu "*predmeta bez osobenosti ili toposa*". Ako takvi "putokazi" postoje, jedino normalno je da ih ustavni sud uzme u obzir i podigne ih na nivo "*ustavnih argumenata*" ukoliko ustanovi da su oni u skladu sa duhom, principima i kriterijumom teksta ustava. Da pojasnimo: "predmeti bez osobenosti" nemaju prioritet nad ustavom; s obzirom na to da su oni tako dobro zasnovani i ubedljivi, međutim, moguće je da ustavni sud njih prihvati kao "ustavni kriterijum". Neke odluke ustavnog suda koje se odnose na individualna ustavna prava (uporedi → Ljudsko dostojanstvo, → *Due Process Clause* /zakonski koncept koji obezbeđuje da će vlada poštovati sva zakonska prava neke osobe umesto samo nekih ili većine prava u slučaju kada vlada nekome oduzima

⁸ Heck Philipp: *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Tübingen, 1932, str. 139 i dalje, Uporedi: Canaris Claus-Wilhelm: *Systemdenden und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Drugo izdanje, Berlin, 1983.

život, slobodu ili vlasništvo/, → *Equal Protection Clause* /deo Četrnaestog amandmana Ustava Sjedinjenih Država, koji kaže da "nijedna država nikome ne sme u okviru svoje jurisdikcije osporiti podjednaku zakonsku zaštitu", → Prava zatvorenika) imaju prirodu "ustavnog kriterijuma" ili "predmeta bez osobenosti".

Bar još dva pitanja su važna za tumačenje ustava. Oba su vezana za pravne principe i njihovu važnost za razumevanje ustava. *Pravni principi* nemaju veću zakonsku vrednost od ostalih delova ustava, ali su njegov neodvojivi deo. Opšte ustavne odredbe predstavljaju vodeće principe i polaznu tačku samo utoliko što je njihov sadržaj realizovan u drugim glavama ustava, u pojedinačnim zakonima i drugim formalnim zakonskim izvorima. Tako je, ustav *pravna celina*, gde pojedinačni propisi moraju da budu usklađeni jedni sa drugima: sve mora da postoji u okviru ustava i u smislu opštih propisa, koji zajedno sa uvodnim delom predstavljaju polaznu tačku za njegovo tumačenje.

Pravni principi su veoma važni, ali i veoma osetljivi element koji daje ton ustavnog i pravnog sistema kao celine. Posebnu pažnju trebalo bi posvetiti činjenici da čak i veoma apstraktni principi takođe čine deo sistema i da ne bi bilo zakonski ukoliko bi se novi sadržaji unosili u sistem izvana. Opet smo stigli do hermeneutičkog kruga i načinu ulaska u njega. Nalazimo se u okviru ustavnog sistema sve dok polazimo od njegovih elemenata i polaznih tačaka. Ukoliko ova baza tumačenja ne postoji, već smo otišli izvan sistema i našli smo se na nezakonitom (neustavnom) polju. Ova vrsta tumačenja više nije u skladu sa principom → države u kojoj postoji vladavina prava.

5. Istorijsko tumačenje

Istorijsko tumačenje je klasični interpretativni argument koji obuhvata nekoliko elemenata: ono razmatra istorijske uslove u kojima i zbog kojih se pojavio zakonski tekst, ono otkriva genezu i celokupni razvoj načina na koji zakonski tekst dobija svoj konačni lingvistički izraz i upoređuje bilo koji raniji zakonski tekst sa novim tekstom koji reguliše istu pravnu materiju. U svim ovim slučajevima istorijske okolnosti nam pomažu da ustanovimo značenje zakonskog teksta.

Sve tri grupe pitanja su svakako takođe važne za razumevanje ustava. *Istorijske okolnosti* su posebno važne za *uvodni deo* i njegovu interpretativnu snagu; *pripremni materijali* koji su na raspolaganju posebno su zanimljivi u vezi sa ustavnim odredbama koje su bile predmet različitih tačka gledišta u vreme kada

je ustavni tekst bio u postupku usvajanja ili tamo gde je konačni tekst kompromis između nekoliko tačaka gledišta, gde je *poređenje* ranijeg ustava sa novim tekstom posebno vredno u odnosu na ustavne odredbe koje se razlikuju u novom ustavu.

Istorijsko tumačenje otvara novu centralnu dilemu, a koja je od ključne važnosti za razumevanje ustava. To je dilema o tome da li bi prioritet trebalo da bude dat subjektivno-statičkom ili objektivno-dinamičkom tumačenju ustavnog teksta. Većina mišljenja je da je ustav zakonski akt koji bi trebalo da obuhvati zakonski život u državnoj zajednici *na duže vreme*. Bilo bi nepodnošljivo kada bi zakonski život bio sadržan u "volji" istorijskog stvaraoca zakona. Ova "volja" je svakako važna, jedan od elemenata razumevanja ustava će uvek biti "volja" stvaraoca ustava, koji treba ustanoviti od slučaja do slučaja a poziciju zauzimati nakon toga. Što je ustav mlađi, veća je prisutnost "volje" istorijskog stvaraoca ustava. Pa ipak ova "volja" nije nezavisni pravni zakonski izvor i nije automatski obavezujući, to je samo element koji prati razumevanje ustavnog teksta.

Ustav je *dugoročni merodavni zakonski dokument*, koji je *otvoren ka objektivno-dinamičkom razumevanju*. Pitanje nije da li ovaj pristup može da se izbegne; pitanje je koja pozicija se posle toga zauzima i koji mu se smisao daje. Osnova razumevanja nije ni fosilizovano prošlo značenje ustava ni njegovo "proročko" buduće značenje, već moguće lingvističko značenje, koje je deo sveta u kojem živimo. Ponovo smo stigli do *pravne etike* koja se oslanja na ustanovljenu tradiciju vrednosti, pa ipak ga mora neizostavno zameniti i usavršiti u odnosu na to šta se dešava u određeno vreme i na određenom mestu i u smislu odgovornosti za buduće generacije.

6. Teleološko tumačenje

Još jedan od klasičnih interpretativnih argumenata je *teleološko tumačenje* koje je u tesnoj vezi sa objektivno-dinamičkim razumevanjem zakonskih tekstova. Teleološko tumačenje određuje značenje lingvističkih znakova u odnosu na svrhu zakonskih odredaba. Sa pravne tačke gledišta put od svrhe do konačne odluke o značenju pravne norme mora biti određeno do one mere da značenje pravne norme bude zasnovano na kriterijumu sadržanom u zakonskom tekstu (u ovom slučaju u ustavu i/ili zakonu) to jest na kriterijumu koji se može aktivirati ustanovljenim metodama tumačenja. Ukoliko zakonski tekst ne sadrži osnovu na

koju se može bazirati razumevanje, ne može se govoriti o tumačenju: u takvom slučaju teleološko tumačenje ne može zameniti druge interpretativne argumente i u sebi (kao cilj) stvoriti pravnu normu koja bi služila kao sredstvo za određeni cilj. Takav slučaj bi u najboljem slučaju bio zakonska praznina koja se kao takva mora prepoznati i popuniti vodeći računa o njenom sadržaju pomoću sredstava koja su na raspolaganju za popunjavanje praznina u zakonu.

Teleološko tumačenje ne sme *stajati samo kao "blistavi cilj" kojim se može manipulirati na samovoljan način*. U pravnoj je prirodi teleološkog tumačenja da ono takođe mora biti zasnovano na drugim elementima ugrađenim u pravni sistem⁹. Što je veći broj ovih elemenata koji određuju tumačenje u odnosu na njegovo značenje i što je više elemenata koji dopunjuju jedni druge ili što manje isključuju ili čak protivreče jedni drugima, teleološko tumačenje je usaglašenije. Zadatak tumača je da otkrije ove kriterijume, da ih kombinuje i vrednuje i da utvrdi rešenje koje on prihvata kao ono koje sobom nosi najveću težinu i ono koje je najrazumnije.

Prirodno je i zakonski da tumač prvo traži kriterijume koji se tiču name-
ne pravne norme u samom tekstu zakona. *Logičko tumačenje* će mu reći da li je kriterijum održiv i pomoći će mu, uz argumente ubeđivanja, i slučajeve koji lingvistički nisu direktno upravljani (na primer *argumentum a contrario*). *Istorijsko tumačenje* će svoju pažnju usmeriti na namenu koja je data pravnom tekstu (zakonu) od strane zakonodavaca ili namenu koja je određena istorijskim okolnostima koje su doprinele pojavi zakonskih tekstova i u kojima je nastao tekst zakona. U širem smislu istorijsko tumačenje takođe će otvoriti dilemu da li je tumač vezan "voljom istorijskom stvaraoca ustava", "voljom aktuelnog stvaraoca ustava" ili onim što je nezavisni tekst dobio od vremena kada je tumačen (objektivno-dinamička interpretacija). U ovom širokom rasponu mogućnosti, koje mogu biti divergentne i kontradiktorne, *sistematičko tumačenje* će pažnju usmeriti na značenje zakonskih principa, na značenje pravne norme u odnosu na njen položaj u sistemu, i "internu logiku" kombinujući delove u celinu i tako ih određujući u odnosu na namenu.

Idealna situacija je kada ovi i drugi reprezentativni argumenti deluju u skladu jedan sa drugim i na taj način potvrđuju da tekst zakona ima relativno jasno i određeno značenje. U pravnoj praksi, međutim, često se dešava da argu-

⁹ Vidi na primer: Müller Friedrich, Christensen Ralph: *Juristische Methodik*, osmo izdanje, Berlin, 2002, str. 175-279.

menti ne rade zajedno i ne omogućavaju da se otkriju dva ili više značenja teksta zakona. U slučaju sukoba između dva argumenta, *argument namene* (*teleološki argument*) nosi posebnu težinu. Opšte je prihvaćeno u teoriji i pravnoj praksi da u takvoj situaciji, među nekoliko lingvistički mogućih rešenja, treba izabrati ono koje najbolje odgovara nameni pravne norme. Neophodan uslov je, naravno da to nije namena koju tumač pretpostavlja ili čak priželjkuje, već da je to namena koja je već iskazana zakonskim tekstom ili koji može da se razume iz teksta i teleološkog konteksta do relativno (to jest dovoljno) definisanog obima.

V Važnost pravnih principa

Ograničenja i orijentacija ustavnih mogućnosti su takođe određeni pravnim principima koji su već pomenuti nekoliko puta. U teoriji pozitivnog prava i u pravnoj praksi pravni principi često se nedovoljno posmatraju. Za mnoge glavna pravna smernica je još uvek pravna norma (za neke, čak samo "pravna uredba", "pravna odredba", "ustavna odredba", "član" ustava, itd) a ne i pravni princip, mada su obe pravne smernice tesno povezane jedna sa drugom: pravila bez principa izgubila bi svoj pravac (kao i svoju unutrašnju suštinu) i zbog toga *zastarevaju*, principi bez pravila izgubili bi svoju odliku u odnosu na sadržaj (kao i njihovu predvidljivost i postojanost njihovog značenja), a što bi dovelo do *neprincipijelne* i *neosnovane* zakonske presude. Ukratko, zakon je sistem pravnih principa i pravnih normi a u okviru ove celine postoje razlike koje je potrebno razmotriti.

Na primer, sledeće razlike su važne za tumačenje ustava. U prirodi je pravnih principa da su oni vrednosni kriterijumi stavljeni u dejstvo putem pravnih normi. Stvaralac ustava i zakonodavstvo operacionalizuju ustavne principe: prvi to čini u okviru samog ustava, koji je sistem ustavnih principa i normi, a drugi to čini putem zakona koji su, u odnosu na njihov sadržaj, podređeni ustavnim principima i ustavnim pravilima. Zakonodavno polje donošenja odluke veoma je široko. Što se tiče pravnih principa, idu od *donje granice*, koja već dovodi do toga da je zakonsko pravilo u sukobu sa ustavnim principom (na primer sa principom države u kojoj postoji vladavina prava ili sa principom socijalne države) do *gornje granice*, koja može biti visoka koliko god je to moguće (na primer Zakon o invalidskom osiguranju obuhvata veoma visoki stepen socijalnih vrednosti). U stvari, gornja granica je optimum koji nikada ne može biti dosegnuta¹⁰.

¹⁰ Alexy Robert: *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt/Main, 1986, str. 75-76.

Pravni principi okarakterisani su *visokim stepenom apstraktnosti*. Apstraktnost je tako velika da niti svi slučajevi na koje se pravni principi odnose mogu biti predviđeni unapred, niti se može unapred reći do koje granice bi pojedinačni principi trebalo da budu obavezujući za konkretne životne slučajeve. U konkretnom slučaju može se desiti da se za relevantne činjenične elemente primenjuje više principa u isto vreme (mada sa različitim stepenom jačine, što nijansira različite pravne principe do te mere da oni nisu međusobno isključivi). U konkretnom slučaju sud može odlučiti *da isključi jedan ili više principa* ukoliko se dokaže da je neki drugi princip jači (na primer pravo na poštovanje, koje je jedan od elemenata prava na privatnost, ima prioritet u odnosu na slobodu izražavanja).

U nemačkoj ustavno-pravnoj praksi "Lebach presuda" izazvala je živu debatu. U ovoj presudi sud je dao prioritet zaštiti ličnosti u odnosu na slobodu izražavanja (informisanja). Dokumentarni film prikazao je ubistvo četiri osobe zbog krađe nekog oružja. Osuđena osoba, koja je potpomagala i podsticala krivično delo, imenovana je više puta u filmu a prikazana je i njena fotografija. U vreme kada je dokumentarni film trebalo da se prikaže na televiziji ona je trebalo da bude puštena iz zatvora. Da je film bio prikazan, njen povratak u društvo bio bi ugrožen. Regularni sudovi nisu mogli da sprovedu njen zahtev da ne dođe do emitovanja dokumentarnog filma. U postupku njene ustavne žalbe ovo je uradio Ustavni Sud. On je *vrednovao suprotna prava kao principe* i bio je mišljenja da bi, imajući u vidu okolnosti slučaja, došlo do tako snažnog napada na zaštitu ličnosti da bi sloboda izražavanja (informacija) morala *dati prednost* zaštiti ličnosti¹¹.

Osobenost *osnovnih (ljudskih) prava* je u tome da je svako od njih zasnovano na odgovarajućem principu koji on operacionalizuje kao pravnu normu (pravo). Ukoliko su dva prava u konfliktu, prvo dolazi do konflikta dva principa (na primer konflikt između zaštite ličnosti i slobode izražavanja). Od prirode principa i osobina životnog slučaja zavisi da li dva principa koegzistiraju (u bilo kojoj srazmeri) ili da li neki od njih moraju prednost dati drugom. Iza sukoba dva prava, odigrava se drugi, još jači konflikt, dva principa koji omogućavaju da se dođe do zakonske odluke. Ovde se radi o doktrini da su ljudska prava i osnovne slobode ograničeni samo (tim) pravima drugih koji su međusobno ogranič-

¹¹ BVerfGE 35, 202, uporedi: Koch Hans-Joachim, Rüssmann Helmut: *Juristische Begründungslehre*, 1982., str. 98 i dalje; Alexy Robert: *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt/Main 1986, str. 84 i dalje.

ljivi u smislu pravnih principa, a ne pravima drugih, koja su, u okviru pravnih principa, očigledno slabija od drugog (jačeg) prava.

Na prvi pogled čini se da je situacija u potonjem slučaju ista kao kada se bira među nekoliko pravnih normi kako bi se rešio konkretni životni slučaj. Osnovna razlika leži u okolnosti da *kod biranja između nekoliko mogućih pravila, veći naglasak je dat poređenju stvarnih i normativnih sastavnih elemenata*, dok se *kod biranja između dva ili više principa veća težina poklanja samom vrednovanju*. Takođe u prethodnom slučaju vrednovanja, moguće je da dolazi čak do važnijeg vrednovanja, a ipak do mere koja je manje jaka nego sa pravnim principima. *U oba slučaja mi konačno obuhvatamo i izvodimo zaključak o pravnim posledicama*; u slučaju pravnih normi staza tumačenja je obično kraća i manje kompleksna, dok je u slučaju pravnih principa postupak tumačenja uopšteno duži i složeniji. U svakom slučaju odluka je jedino moguća kada se izabere norma/princip i kada se u isto vreme njegovo značenje – bez obzira koliko je nepretenciozno – prihvati.

VI Način primene

U prirodi je zakonskog (i ustavnog) razumevanja zakonskih tekstova da ih čovek može *razumeti na drugačiji način* nego što to čine stvaraoci ustava. Razumevanje zakonskog (ustavnog) teksta uvek je deo slaganja šireg i užeg konteksta, a i sam tumač je deo ovih konteksta. Širi kontekst odgovara istorijskoj i kulturnoj tradiciji i vremenu aktivnosti, uži kontekst je prirode koja je više zakonska i međusobno je određena ustavnim i celokupnim državno-pravnim dokumentima, dominantnom političkom ideologijom i vrednostima, pravnom teorijom i pravnom dogmatikom, edukacijom pravnika, i načinom pravnog razmišljanja (oba su važni elementi pravničkog pred-razumevanja), sudom i ustavnom-sudskom praksom, i na kraju konkretnim slučajem koji je podstakao tumačenje.

Činjenica da zakonski tekst (ustav) može biti mudriji od svog autora a tumač mudriji od oba¹² nije loša sama po sebi. To je jednostavno *osobina razumevanja*, koja nikada nije završen proces i zato se nikada unapred ne daje kao potpuno zaokružena činjenica. Svako razumevanje zakonskog teksta, kao što je

¹² Radbruch Gustav: *Rechtsphilosophie*. Studienausgabe. Ralf Dreier and Stanley L. Paulson (urednici) Heidelberg 1999, str. 107.

to ranije navedeno, uzrokovano je *konkretnim slučajevima iz života* (slučaj može biti i tekst zakona koji mora biti usklađen sa ustavom). Takođe *Gadamerova* zakonska hermeneutika pažnju poklanja *načinu primene*: "Pravnik razume značenje zakona iz sadašnjeg slučaja i zbog sadašnjeg slučaja"¹³. Karakteristično je da primena nije dalja primena date opštosti, koja je inicijalno shvaćena sama po sebi, za dati slučaj, ali je primena jedino stvarno razumevanje same opštosti, koju dati tekst predstavlja za nas¹⁴. I dalje: "Sudija koji prilagođava preneti zakon potrebama sadašnjosti nesumnjivo teži da izvrši praktični zadatak. (...) Sudija teži da bude u skladu sa 'zakonskom idejom' povezujući je sa sadašnjošću".¹⁵

Kada neko razmišlja o tome, *novo razumevanje* ustava nije obavezno bolje od prethodnog, pa ipak ono svakako može biti drugačije razumevanje ukoliko su se slučaj i okolnosti razumevanja promenili. Posebna je osobina *pravnog razumevanja* da ono mora ostati *u okviru mogućnosti ponuđenih od strane samog ustavnog teksta* i da ono mora – u okviru ovih granica – tražiti *rešenje* koje je *tipično* za društvo što je moguće više. Međutim, sam tekst ustava ne može garantovati da će ovi zahtevi uopšte biti uzeti u obzir (i ispunjeni sadržajem) i na koji način će ovo biti urađeno; ukoliko je tekst dobrog kvaliteta (u odnosu na jezik i na mišljenje), on može prokrčiti put za pravnu teoriju i pravnu praksu koja će biti u stanju da ispuni ove zahteve.

Pravna teorija ima mnogo prostora za manevar. Ona može biti veoma važna na polju obrazovanja kao i na teorijskom polju. Na polju obrazovanja važno je da li ona doprinosi tome da pravnike načini sposobnim da nezavisno razmišljaju i da se orijentišu ka problemu. *Pravno mišljenje okrenuto problemima* je odgovorno razmišljanje, koje svaki put takođe zahteva razloge (argumente). Visoko

¹³ Gadamer Hans-Georg: *Truth and Method*. London, New York 2004, str. 322, ["Der Jurist fasst den Sinn des Gesetzes von dem gegebenen Fall her und um dieses gegebenen Falles willen", Gadamer Hans-Georg: *Wahrheit und Methode*, šesto izdanje, Tübingen, 1990, str. 331.]

¹⁴ Gadamer Hans-Georg: *Truth and Method*. London, New York 2004, str. 336, ["Applikation ist keine nachträgliche Anwendung von etwas gegebenem Allgemein, das zunächst in sich verstanden würde, auf einen konkreten Fall, sondern ist erst das wirkliche Verständnis des Allgemeinen selbst, das der gegebene Text für uns ist", Gadamer Hans-Georg: *Wahrheit und Methode*, šesto izdanje, Tübingen, 1990, str. 346.]

¹⁵ Gadamer Hans-Georg: *Truth and Method*. London, New York 2004, str. 324, ["Der Richter, welcher das überlieferte Gesetz den Bedürfnissen der Gegenwart anpasst, will gewiss eine praktische Ausgabe lösen. (...) Er sucht dem 'Rechtsgedanken' des Gesetzes zu entsprechen, indem er es mit der Gegenwart vermittelt", Gadamer Hans-Georg: *Wahrheit und Methode*, šesto izdanje, Tübingen, 1990, str. 333.]

kreativne mogućnosti takođe se mogu naći ina polju pravne teorije (u širem smislu te reči). Dobro razumevanje ustava uvek je zasnovano, između ostalog, na odgovarajućoj pravnoj teoriji i na odgovarajućoj zakonskoj dogmatici.

Tumačenje ustava bez uzimanja u obzir konkretnih ustavno-sudskih slučajeva ne može da funkcioniše. *Mutatis mutandis*, ovo je takođe istina i za ustavno-sudsku praksu koja je gluva za pravnu teoriju. Standardni (*typus*) kvalitet ustavnih zakona ponekad je tek nagovešten u samom ustavu i može se u potpunosti sprovesti u život i dobiti svoje (verovatno novo) značenje u dodiru sa konkretnim slučajevima. Zakonska presuda ubedljiva je u odnosu na svoj sadržaj i zakonski sigurna ukoliko je moguće postići *dijalog* i odgovarajuću *kreativnu nاپetost* između prakse koja može da osluškuje stanovišta i namere teorije i teorija koja zna gde nastaje pravi zakon (uporedi na primer *Maunz/Dürig Grundgesetz Kommentar* – Komentar nemačkog ustava). Novo i drugačije razumevanje ustava dozvoljeno je kada imamo jasne (konačne) argumente za odstupanje od ustanovljene ustavno-sudske prakse, za njegovu promenu i/ili davanje nove nijanse.

Tumačenje ustava ima mnogobrojne veze sa drugim odrednicama. Najjače veze obuhvataju odrednice, *Ustav*, *Ustavnost*, *Kritička ocena*, *Tumačenje zakona*, i *Metode tumačenja*, a u okviru ovoga, su šire povezane odrednice, *Ustavni principi*, *Ustavna prava i ustavne obaveze*, *Ustavne vrednosti*, *Demokratija i moderni zakon*, *Zakon i politika*, *Vladavina prava*, *itd.* Ove odrednice koje se bave sadržajem ustava i raznolikim konceptima na koji način bi trebalo da funkcioniše država u posebnoj su vezi sa ovom odrednicom.

Odrednica *Ustavno tumačenje* fokusira se na tumačenje ustava kao pisanog (formalno zakonskog) akta. Odrednica o *Ustavnim konvencijama*, koje su posebno karakteristične za Ujedinjeno Kraljevstvo, i ona koja se tiče *Ustava Sjedinjenih Država*, koja zbog interpretativne uloge Vrhovnog Suda aktivno doprinosi savremenom razumevanju ustavnosti i vladavine prava, obe zaslužuju poseban tretman. Članak *Ustavno tumačenje u Ujedinjenom Kraljevstvu i Sjedinjenim Američkim Državama* odrednica je koja sama po sebi ima posebnu važnost.

Navedena literatura

Aarnio Aulis: *Reasoning Judicial Decisions: Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag. Berlin 1993, str. 643-654.

- Alexy Robert: *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt/Main 1986.
- : *Theorie der juristischen Argumentation*, drugo izdanje. Nachwort: Antwort auf einige Kritiker (str. 399-435). Frankfurt/Main, 1991.
- : Juristische Interpretation, u: Alexy Robert: *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt/Main, 1995., str. 71-92.
- Bäckenförde Ernst-Wolfgang: *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandaufnahme und Kritik*, u NJW, 29 (1976) 46, str. 2089-2099.
- Bobbitt Philipp: Constitutional Interpretation, u: Kermit L. Hall (glavni ur.): *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York Oxford 1992, str. 183-190.
- Bogdanor Vernon (urednik): *The British Constitution in the Twentieth Century*, Oxford 2005.
- Canaris Claus-Wilhelm: *Systemdenden und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Drugo izdanje, Berlin 1983.
- Dicey A.V.: *Introduction to the Study of the Law of the Constituion*, osmo izdanje, London 1927.
- Dreier Ralf: Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation (1976), u: Dreier Ralf: *Rechts-Moral-Ideologie*. Frankfurt/Main 1981, str. 106-145.
- Dreier Ralf, Schwegmann Friedrich (urednici): *Probleme der Verfassungsinterpretation*. Baden-Baden 1976.
- Dworkin Ronald: *Law's Empire*. London, 1987.
- : *Taking Rights Seriously*, London 1987.
- Esser Josef: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, drugo izdanje. Frankfurt/Main, 1972.
- Feteris Eveline T.: *Fundamentals of Legal Argumentation*. Dordrecht, Boston, London 1999.
- Gadamer Hans-Georg: *Wahrheit und Methode*, šesto izdanje, Tübingen, 1990.
- : *Truth and Method*. London, New York 2004.
- Hart H.L.A.: *The Concept of Law*, drugo izdanje, Oxford 1994.
- Hassemer Winfried: Juristische Hermeneutik, *Archiv für Rechts: und Sozialphilosophie*, 72 (1986.) 2, str. 195-212.
- Heck Philipp: *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Tübingen, 1932.
- Holländer Pavel: *Verfassungsrechtliche Auslegung: methodologisches Kopfzerbrechen*, u: Sieckmann Jan-R. (urednik) 2005, strane 15-31.
- : *Ústavnepřávní argumentace (Constitutional Law Argumentation)* Praha, 2003.

- Isensee Josef, Kirchhof Paul (urednici): *Handbuch des Staatsrechts*. Band II. Heidelberg 1987. Band VII Heidelberg 1992.
- Jovičić Miodrag: *O Ustavu*, Beograd, 1977.
- Kant Immanuel: *Kritik der Praktischen Vernunft*, Suhrkamp: Frankfurt/Main 1989.
- Kelsen Hans: *General Theory of Law and State*. Cambridge, Massachusetts, 1945.
- Koch Hans-Joachim, Rüssmann Helmut: *Juristische Begründungslehre*, 1982.
- Larenz Karl: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. peto izdanje, Berlin, itd. 1983, šesto izdanje: 1991.
- MacCormick Neil D., Summers Robert S. (urednici): *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Aldershot, itd. 1991.
- Müller Friedrich, Christensen Ralph: *Juristische Methodik*, osmo izdanje, Berlin 2002.
- Pavčnik Marijan: *Juristisches Verstehen und Entscheiden*. Wien, New York, 1993.
- Peczenik Aleksander: *Scientia Juris*. Dordrecht 2005.
- Radbruch Gustav: *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*. Ralf Dreier and Stanley L. Paulson (urednici) Heidelberg 1999.
- Savigny Friedrich Karl von: *System des heutigen Römischen Rechts*. I. Berlin, 1940.
- : *Juristische Methodenlehre* (Kollegnachschrift von Jacob Grimm) G. Wesenberg (urednik), Stuttgart 1951.
- Sieckmann Jan-R: (urednik) *Verfassung und Argumentation*, Baden-Baden 1997, str. 25-52.
- Sprenger Gerhard: *Der Menschen Maxx: der Andere. – Gedanken zu Humanität und Recht*, u: Gröschner Rolf, Morlok Martin (urednik): *Recht und Humanismus*, Baden-Baden, 1997, strane 25-52.
- Starch Hristian: *Die Verfassungsauslegung*, u: Isensee, Kirchhof (urednici), 1992., strane 189-229.
- : *Praxis der Verfassungsauslegung*, Baden-Baden 1994.
- Stelmach Herzy; Brożek Bartosz: *Metody prawnicze, Zakamycze*, 2004.
- Summers Robert S.: *Statutory Interpretation in the United States*, u: MacCormick Neil D., Summers Robert S. (urednici) 1991. strane 407-459.
- Winkler Günther: *Studien zum Verfassungsrecht*, Wien, New York, 1991.

Summary

Prof. Marijan Pavčnik, Ph. D.
Faculty of Law, Ljubljana, Slovenia

Constitutional Interpretation

Constitutional Interpretation has many links to other entries. The strongest connections include the entries *Constitution*, *Constitutionalism*, *Judicial Review*, *Statutory Interpretation*, and *Methods of Interpretation*, and within this framework, more broadly connected are the entries on *Constitutional Principles*, *Constitutional Rights and Constitutional Duties*, *Constitutional Values*, *Democracy and Modern Law*, *Law and Politics*, *Rule of Law*, *State*, etc. Those entries which treat the contents of the constitution and various concepts of how a state should operate are especially connected to this entry.

The entry *Constitutional Interpretation* is focused on the interpretation of the constitution as a written (formal legal) act. The entries on *Constitutional Conventions*, which are especially characteristic of the United Kingdom, and on the *Constitution of the United States*, which due to the interpretative role of the Supreme Court actively contributes to a modern understanding of constitutionality and the rule of law, both deserve separate treatment. The item *Constitutional Interpretation in the UK and USA* is an entry of special importance as well.

2. Dr Slobodan Beljanski
advokat, Novi Sad

PAUNDOV POJAM PRAVNIH STANDARDA

Sažetak: Američki pravni teoretičar Rosko Paund među prvima je ukazao na činjenicu da se prâvom, osim pomoću pravila, načela i pojmova, odnosi u društvu regulišu i uz pomoć merila koja nazivamo pravnim standardima. Njima se služimo, smatrao je, u procesu individualizacije u primeni prava, kada smo prinuđeni da se oslanjamo na iskustvo i da pribegavamo intuiciji. Kritikujući realistički radikalizam, Paund je pravne standarde odredio kao sudove relativnog karaktera, zasnovane na zdravom razumu i moralnom prosuđivanju. U kasnijoj fazi, ne napuštajući osnovnu postavku da pravni standardi pripadaju primeni i sprovođenju prava, Paund zapaža da se njihova funkcija ne može izdvojiti iz oblasti stvaranja prava, a njihov sadržaj da se ne može lišiti ideala. Iako su deo korpusa merodavnih smernica za odlučivanje, zahvaljujući činjenici da su njihove polazne tačke prihvaćeni ideali, standardi su po svom karakteru legislativne prirode. Autor analizira ove postavke i zaključuje da nas Paund suočava sa apsolutom i protivrečjima metafizike. Metafizička dimenzija pravnih standarda proizlazi iz njihove formalno apriorne prirode: unapred se uzima da su njima obuhvaćene samo maksime sa potencijom pravičnosti i univerzalnosti. Njima se istovremeno kvalifikuje pravno pravilo kao svrsishodno i poželjno, i kvantifikuje kritična mera njegove prihvatljive opštosti. Metafizika pravnih standarda je izraz našeg nemirenja sa nedovršenošću prava i nedostižnošću pravde.

Ključne reči: pravni standard, ponašanje, odlučivanje, moralno prosuđivanje, relativitet, ideali, metafizika.

Učestala i široka upotreba pojma *pravni standard* u najmanju ruku odudara od njegovog značenja: niti je dovoljno ujednačena da bi mu pravo moglo biti osnovno obeležje, niti je dovoljno određena da bi se pomoću njega pravo moglo identifikovati. Pravnim standardom, naime, podjednako se smatraju i

običaji, i opšteprihvaćena pravila, i načelne odredbe pozitivnog prava, i sistemi jurističke interpretacije.

Prvobitna upotreba ovog pojma u savremenoj teoriji odnosila se na jurističku interpretaciju. Pravni standardi korišćeni su samo kao metoda pojava u "tehnicima prava", a ne i kao izvor prava. Zato su svedeni na sudijsko rasuđivanje u službi zakonitosti. Koristeći se standardima i direktivama, kaže jedan od pobornika ovakvog tumačenja, sudija ne odstupa od principa zakonitosti, nego primenjuje zakonske pojmove na način koji odgovara njihovoj tipološkoj prirodi¹. Takvo razumevanje pravnih standarda tačnije bi se moglo nazvati standardnim putevima interpretacije.

Američkom pravnom teoretičaru Rosku Paundu pripisuje se da je među prvima ukazao da pravo, osim pomoću pravila, načela i pojmova, reguliše odnose u društvu i pomoću merila koja nazivamo pravnim standardima. Njima se služimo, pisao je, u procesu individualizacije u primeni prava, kada smo prinuđeni da se oslanjamo na iskustvo i da pribegavamo intuiciji. Ovakav pristup vodio je zaključku da pravni standardi dolaze do izražaja tek sa diskrecionim ovlašćenjima i procenom okolnosti koje obeležavaju pojedinačni slučaj.

Kritikujući realistički radikalizam, Paund je pravnim standardima pripisao tri karakteristike: oni sadrže neki moralni sud o ponašanju, umesto egzaktnog pravnog znanja zahtevaju sud zdravog razuma, i relativni su prema mestu, vremenu i okolnostima.² Nije teško uočiti da je Paundova kategorizacija tautološka i konkluzivna. Svaka od navedene tri karakteristike svodi se na ravan iste klase i istovrsnog objašnjenja, a svaka naredna karakteristika proizilazi iz prethodne. Zbog toga, zapravo, Paund tvrdi samo to da su pravni standardi sudovi relativnog karaktera, zasnovani na zdravom razumu, intuiciji i moralnom prosuđivanju. Njegova tvrdnja posledica je shvatanja da moralno rasuđivanje pripada zdravom razumu, da se zdrav razum oslanja ponajpre na intuiciju, a da se intuicija kreće u krugu relativnih vrednosti.

Da li zbog uviđanja ove slabosti, ili zbog nedovršenosti svojih postavki, uglavnom, Paund nije sebi pripisivao posebne zasluge za uvođenje pravnih standarda u sistematiku prava. Naprotiv, isticao je da se pravni standardi pojavljuju

¹ Frank, S., "Standardi i direktive u kaznenom pravu", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 5-6/1939, str. 423-432.

² Paund, R., *Uvod u filozofiju prava*, Podgorica, 1996. prev. N. S. Krznarić, (Pound, R., *Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, 1961), str. 101-102. i Paund, R., *Jurisprudencija*, Beograd - Podgorica, 2000, I - III, prev. Đ. Krstić, I, str. 360.

već sa rimskom pravičnošću i prirodnim pravom. Zato je i upućivao na Cicero-nov stav da bi rešavanje o *actiones bonae fidei*, zbog prevelike slobode koju daje njihovo tumačenje, trebalo poveriti sudijama sa čvrsto izgrađenim shvatanjima i snažnim karakterom.

Osim toga, Paundova upotreba ovog pojma nije lišena protivrečnosti. Kako se bilo šta standardno može izvesti iz niza uslovnih akcidenција povezanih sa našim neposrednim uviđanjem i manje ili više proizvoljnim osećajem za vrednosti? Nije li *intuitivno mišljenje* paradoks? Nisu li standardizovani pogledi na svet, zasnovani na bilo kakvoj poznatoj eshatologiji, samo kule u pesku? Setimo se opore primedbe jednog savremenog mislioca, da nijedno od suštinskih pitanja filozofije do danas nije rešeno i da nikakvi standardi u našoj civilizaciji ne daju prevagu realistima nad nominalistima, niti kritičarima nad pobornicima semantičkog pojma istine. Kako se tada osloniti na "standarde" koji kreiraju sudske odluke i od kojih direktno zavise ljudske sudbine?

Mada on sam ne pribegava takvoj podeli, mogli bismo reći da Paund pravne standarde određuje na dva načina. U materijalnom smislu on ih smatra merilima ponašanja koje propisuje pravo (zakon). U procesnom smislu smatra ih sastavnim delom korpusa merodavnih smernica za odlučivanje.³ U oba slučaja težište je na vrednosnim parametrima. Bilo da se radi o kriterijumu ponašanja ili kriterijumu odlučivanja, pravni standardi su ponikli iz naše slobode i upereni su protiv te slobode. Nastali u polju slobodne volje, u kome nam je dopušteno da se ponašamo ili odlučujemo i ovako i onako, standardi su rezultat ideje da bi sudovima određene vrste trebalo ustanoviti novi ograničavajući obrazac koji bi preporučivao, ili nas na neki snažniji način upućivao, kako u određenim situacijama da se ponašamo, ili kako da odlučujemo. Ako bez povrede zakona možemo postupati i odlučivati na više načina, zašto je ipak bolje da postupamo ili odlučujemo baš na određeni način? Šta nas na to podstiče? Čime se rukovodimo prilikom izbora?

Traganje za odgovorima na ova pitanja staro je koliko i sama teorija. Još je Aristotel smatrao da nema sveobuhvatnog zakona, pa se zato suština pravičnosti i sastoji u tome da se uopštenost ili nepotpunost zakona nadomesti donošenjem posebnih odluka – *ψηφισμα*.⁴ Čak se i Paskal, koji je zastupao naizgled suprotan stav da ništa nije tako pogrešno kao zakoni koji ispravljaju greške, držao

³ Isto, str. 398.

⁴ Aristotel, *Nikomahova etika*, Beograd, 1958, prev. M. N. Đurić, 1137b.

Aristotelove postavke da se onaj ko zakone prilagođava pozivajući se na pravičnost, pokorava zapravo pravdi koju zamišlja.⁵

Stvari su manje-više jasne kada su u pitanju norme sa neposrednim diskrecionim ovlašćenjem, kakvo postoji kod odgovornosti na osnovu pravičnosti. U obligacionom pravu, na primer, propisano je da će sud, kada to zahtevaju interesi pravičnosti, odrediti da štetu nadoknadi i štetnik koji nije odgovoran, ili roditelj na kome nema odgovornosti za štetu koju je maloletnik prouzrokovao, imajući u vidu materijalno stanje oštećenog i lica na čiji bi teret šteta imala pasti.

Daleko su složenije norme koje se ne pozivaju na samo jedan princip, nego sadrže i refleksivnu disjunkciju dva ili više principa.

U savremenom akuzatorskom krivičnom postupku pravni standard je da tužilac mora dokazati da su i činjenični i pravni osnov krivice van svake razumne sumnje i da će sud u slučaju sumnje odlučiti u korist okrivljenog. Pravni standard, međutim, rekao bi pristalica Paudovog tumačenja, ne nalazi se samo u inicijalnom cilju pravila o teretu dokazivanja, nego i u finalnim aspektima razgraničavanja sumnje od uverenja, a to znači u metodu zaključivanja koji pretihodi donošenju odluke i pomoću koga se formira svest o tome da se određeni sadržaj nalazi van svake razumne sumnje, ili, što je još jedan korak dalje (iako nas logika upućuje da se radi o jednom te istom), pomoću koga se formira svest o tome da određeni sadržaj nije napredovao dalje od sumnje.

U savremenom pravu standard je, takođe, pravo okrivljenog da se brani uz stručnu pomoć advokata. Ovo pravo, iako apsolutno, sa aspekta onoga kome je namenjeno nije ni jednako dostupno, ni jednako poželjno. Postoje okrivljeni koji smatraju da im je stručna pomoć potrebna, ali ne ispunjavaju uslove da im sud po službenoj dužnosti postavi branioca, niti su u mogućnosti da sami snose izdatke skopčane sa njegovim angažovanjem. Postoje i okrivljeni koji ne žele branioca, iako je sud dužan da im ga dodeli. Naš Zakonik o krivičnom postupku propisuje da će u prvom slučaju sud, osim kada se radi o najlakšim krivičnim delima, na zahtev okrivljenog postaviti branioca ako to zahtevaju interesi pravičnosti (član 72 stav 1 ZKP). Za drugi slučaj jedino rešenje koje naš Zakonik nudi je nametanje branioca, uprkos činjenici da je nametanje prava koje se odbija za samog adresata uvek nepravično. Standard prava na formalnu odbranu, dakle, uključuje i merila za apstraktno uslovljene ali određive izuzetke od pravila, ili izuzetke od tih izuzetaka, koji u krajnjoj liniji vode negaciji samog prava. Haški

⁵ Paskal, B., *Misli*, Beograd, 1965, prev. J. i M. Ibrovac, 294, str. 139.

tribunal morao je da kreira rešenja za okrivljene koji su odbijali branioca, pa je na taj način stvorio i standard o pravu i standard o aberaciji od prava.

Pravo na privatnost, sloboda veroispovesti, sloboda izražavanja, zabrana diskriminacije i pravo na obrazovanje, čine materijalne pravne standarde savremene civilizacije. Kada oni dođu u međusobni sukob, od koristi može biti Paundova formula. Tipičan primer je nedavno doneta odluka Evropskog suda u slučaju Sahin. U martu 1998. godine Leila Sahin nije dozvoljeno polaganje ispita i pohađanje nastave na Medicinskom fakultetu u Istanbulu zbog toga što u tim prilikama nije htela da se odrekne nošenja zara. Zabrana je bila zasnovana na nešto ranije donetoj naredbi zamenika rektora Univerziteta, u skladu sa ovlašćenjem propisanim turskim zakonom i potvrđenim praksom Ustavnog suda Turske, kojom se studentima sa bradama i studentkinjama sa zarom zabranjuje pristup predavanjima, kursevima i vežbama. U presudi od 29. juna 2004. godine Veće Evropskog suda je zaključilo da nije došlo do povrede člana 9 i da u vezi sa ovim članom nema povrede članova 8 i 10 Evropske konvencije. Pozivajući se na to da se radi o problemu koji se tiče pitanja od opšte važnosti, ali je od značaja i za tumačenje i primenu Konvencije, Leila Sahin je iskoristila pravo iz člana 43 Evropske konvencije i zahtevala da se slučaj iznese pred Veliko veće. Iako je prihvatilo da zabrana predstavlja ograničenje prava na ispoljavanje veroispovesti i na obrazovanje, Veliko veće je zaključilo da ipak nije došlo do povrede Evropske konvencije: intervencija turskih vlasti bila je u domenu prava države ugovornice na slobodnu procenu, pri čemu suština prava na obrazovanje nije povređena, a mešanje turskih vlasti u privatni život, slobodu ubeđenja i slobodu izražavanja bilo je predvidivo i srazmerno opravdanim ciljevima demokratskog društva da zaštiti slobode i prava drugih.

Ispostaviće se da je u svemu ovome granica naše slobode upućena na ideale: ideal pravičnosti, ideal suštine prava, ideal ciljeva demokratskog društva. Pri tom, stvaranje i tumačenje prava postaju nerazdvojivi. Jer, gotovo da u pravu ne postoji način stvaranja i tumačenja u kome se, da se poslužimo Fulerovim izrazom, možemo osloboditi aspiracije i unutrašnje moralnosti.

I sam Paund će se kasnije, ne napuštajući osnovnu postavku da pravni standardi pripadaju primeni i sprovođenju prava, dotaći teze da se njihova funkcija ne može izdvojiti iz oblasti stvaranja prava, a njihov sadržaj da se ne može lišiti ideala.⁶ Svi koji stvaraju ili primenjuju pravo upućeni su na idealizovanu sli-

⁶ Pound, R., *Jurisprudencija*, II, str. 398, *Ideal Element in Law*, Indianapolis, 2002, str. 371.

ku društvenog poretka, kroz koju se, kao njihovu osnovnu stvarnost, reflektuju pravne ustanove, pravna pravila i pravno obrazovanje.⁷ U pravu postoji "korpus prihvaćenih i autoritativnih ideala". "Ovaj element svodi se na sliku o društvenom poretku određenog vremena i mesta", "obuhvata pravnu tradiciju karakterističnu za taj poredak, a time i svrhu i cilj društvene kontrole koja predstavlja osnovne okvire tumačenja i primene pravnih propisa i naročito pravnih standarda".⁸ Sudovi i pravnici-pojedinci u bilo kom razvijenom sistemu prava uvek su delovali na osnovu nečeg višeg nego što je formalna celina aktuelnih propisa. Čak i pravnik analitičar, smatrao je Paund, u praksi unosi u svoje naučno razmatranje jedan idealni obrazac i pri tom postavlja jedan idealni plan. Kada takve idealne slike steknu izvesnu stalnost u sudskoj tradiciji, one postaju deo prava, baš kao i propisi. One, zapravo, propisima daju njihov živi sadržaj, a u teškim slučajevima predstavljaju konačnu osnovu za izbor, uobličavanje i primenu pravnog materijala pri odlučivanju.⁹

Ros je ovakvo stanovište označio kao jurisprudencijalni idealizam. U toj vrsti idealizma, ocenio je, saznanje prava se istovremeno zasniva na spoljašnjem iskustvu i na apriornom rasuđivanju. Pravo je fenomen stvarnosti utoliko što je stvoreno od ljudi i zavisno od spoljašnjih činilaca vlasti. Ali, da bi ova činjenica dobila važenje ona mora biti data i nesvodivom neposrednom intuicijom razuma i postavljenim zahtevom. Pravo je istovremeno i fenomen i važenje, za razliku od morala koji je čisto važenje.¹⁰

Zbog toga pravo nikada nema celovitosti. Tačnije, u pravu uvek ima nedostižnosti. Ono je samo izraz nesavršenosti antropogene težnje ka savršenstvu.

U razradi fenomenologije prava, Aleksandar Kožev smatrao je da se radi o želji usmerenoj na drugu želju, o antropogenoj želji koja uspostavlja virtuelnog čoveka i njegovu potencijalnost, zbog čega ju je, kada je toj želji sadržaj želja za priznanjem, označio kao izvor ideje pravde.¹¹ Zapravo, nismo se udaljili od Aristotelove postavke o pravdi koju zamišljamo. To ne čini ni Kant kada osnov kategoričkog imperativa nalazi u principu iz koga proizlazi forma radnje, čije se suštinski dobro sastoji u nastrojenosti, a ne u pobudama i učincima. Zato bez

⁷ Pound, R., *Interpretations of Legal History*, New York, 1923, str. 5.

⁸ Paund, R., *Jurisprudencija*, I, str. 354.

⁹ Paund, R., *Jurisprudencija*, I, str. 357.

¹⁰ Ros, A., *Pravo i pravda*, Beograd, 1996, prev. M. Ivočić (Ross, A., *On Law and Justice*, London, 1958), str. 89.

¹¹ Kožev, A., *Fenomenologija prava*, Beograd, 1984, str. 250.

uvijanja govori o tome da je svako u praktičnom pogledu slobodan samo ukoliko deluje pod idejom slobode, i da je sloboda samo ideja uma čiji je objektivni realitet uvek po sebi sumnjiv.¹² Na istom izvoru napaja se i Jungovo shvatanje da nedostižnost idealne ličnosti, kao potpunog ostvarenja celovitosti našeg bića, ne potkopava taj ideal, jer ideali nisu cilj nego putokaz.¹³

Paund je smatrao da je pravo socijalni institut pomoću koga se uređuje ljudsko ponašanje u okviru politički organizovanog društva, sa ciljem i na način da se, uz najmanju žrtvu, zadovolji što više potreba, zahteva i očekivanja. To se, po njegovom mišljenju, može postići kroz društvenu kontrolu, ili stalan "društveni inženjering" – neprekidno, potpunije i delotvornije suzbijanje pustošenja i sukoba do kojih među ljudima dolazi tokom uživanja u blagodetima života.¹⁴

Na prvi pogled može izazvati čuđenje to što je ovakve poglede poštedeo kritike najveći kritičar utopijskog inženjeringa, Karl Popper. Štaviše, Popper je odao Paundu priznanje. Ono se nije odnosilo samo na Paundovu kreaciju pojma "društveni inženjering",¹⁵ nego, pre svega, na bliskost Paundovih pogleda njegovom sopstvenom zalaganju za socijalni "korak po korak inženjering".¹⁶ Za razliku od utopijskog inženjeringa, u kome se, pre preduzimanja ma kakve praktične akcije, formira krajnji politički cilj ili "Idealna Država", "korak po korak inženjer će radije usvojiti metod za otkrivanje i borbu protiv najvećih i naj-

¹² Kant, I., *Zasnivanje metafizike morala*, Beograd, 1981, prev. D. Basta, str. 55, 99, 110.

¹³ Jung, K., *Duh i život*, Novi Sad, 1977, prev. D. i P. Milekić, str. 260.

¹⁴ Paund, R., *Uvod u filozofiju prava*, str. 89-90.

¹⁵ Popper je smatrao da je Paund prvi upotrebio izraz "društveni inženjering" u *Uvodu u filozofiju prava*. Mesto o kome je reč glasi: "Što se tiče sadašnjih ciljeva, sklon sam da u istoriji prava sagledam neprekidno šire priznavanje i zadovoljenje ljudskih potreba, zahteva ili želja kroz društvenu kontrolu, mnogo obuhvatnije i delotvornije obezbeđenje društvenih interesa, neprestano i potpunije i delotvornije suzbijanje pustošenja i sprečavanje sukoba u čovekovom uživanju u blagodetima života – ukratko, stalan i mnogo delotvorniji socijalni inženjering" (Paund R., *Uvod u filozofiju prava*, str. 90).

¹⁶ Popper nalazi da onome što on, oslanjajući se na Paunda, naziva "društveni inženjering", odgovara Hajekova sugestija da je u sklopu "korak po korak inženjeringa" preka potreba uspostavljanje pravnog okvira (Popper, K., *Otvoreno društvo i njegovi neprijatelji*, Beograd, 1993, I – II, prev. B. Gligorić (Popper, K., *The Open Society and Its Enemies*, Princeton, New Jersey, 1971.), I, str. 377). Sam Hajek, pak, kaže da se opire izrazu koji označava tehnološki problem rekonstrukcije na osnovu totalnog znanja o fizičkim podacima, izrazu koji se ovde koristi da bi označio eksperimentalni pokušaj da se poboljša funkcionisanje nekog dela, bez obaveze poimanja strukture celine (Hajek, F. A., *Pravo, zakonodavstvo i sloboda*, Beograd – Podgorica, 2002, prev. B. Gligorić (Hayek, F. A., *Law, Legislation and Liberty*), str. 157).

prećih zala društva, nego metod za otkrivanje i borbu za svoje najveće i krajnje dobro.¹⁷ I zaista, Paund je veoma rano upozorio na tendenciju pribegavanja arbitrarnoj moći vlade i korišćenju "pravde bez prava", pri čemu se zloupotreb- ljava izvršna, pa čak i zakonodavna "pravda".¹⁸

U nastojanju da nađe kompromisnu formulu za definisanje pojma prâvo, Paund je ocenio da je sjedinjavanje različitih koncepcija moguće pomoću ideje o društvenoj kontroli. Prâvo je, zaključice, kontrola svakoga od nas kroz pritisak naših bližnjih, i to kako nesvesna i nedobrovoljna, tako i neposredna i ciljana kontrola. Taj pritisak, sve više organizovan i usmeravan, uspostavlja i održava naše ovladavanje ljudskom prirodom. Delokrug jurisprudencije je društvena kontrola kroz sistematsku primenu sile politički organizovanog društva. To podrazumeva postojanje pravnog poretka, koji čini skup merodavnog materija- la za delovanje sudova i postojanje sudskog i upravnog postupka koji dozvolja- va razumno predviđanje.¹⁹

Iako se, pri tom, pozvao na Alfa Rosa, u ovoj definiciji teško je naći Roso- vu određenost. Sam Ros nije pokazao sličnu predusretljivost, nego je Paunda, zajedno sa Stonom, Kitonom i Hohfeldom, svrstao u tvorce eklektičkih defini- cija, koji u jurisprudenciju uključuju i logičko-analitičke, i etičke i sociološke probleme.²⁰ Za razumno predviđanje potrebno je ne samo stabilno i koherentno procesno pravo, nego i isto takvo pravo koje čini merodavni materijal za odlučivanje. Osim toga, domašaj prava nisu samo odluke suda ili upravnog organa, nego i uređivanje odnosa koji tim odlukama prethode.

Standardi jesu deo korpusa merodavnih smernica za odlučivanje, ali bu- dući da su njihove polazne tačke prihvaćeni ideali, postupak dolaženja do ta- kvih ideala i način njihovog korišćenja, po svom karakteru legislativne su priro- de. Kako se tumačenjem ulazi u sferu stvaranja prava, tako se i sudska funkcija prepliće sa zakonodavnom.

Paundov savremenik i jedno vreme saradnik, Hans Kelzen, imao je o ovome drugačije gledište. Odgovarajući Karlu Šmitu na optužbe da je jedan od "zelota slepog normativizma" i pobornika normativističke i formalističke logi- ke, Kelzen se vratio svojoj staroj tezi da je poistovećivanje prava i pravde poli- tička a ne naučna tendencija, kojoj je cilj da se opravda dati društveni poredak.

¹⁷ Poper, K., *Otvoreno društvo i njegovi neprijatelji*, I, str. 209-210.

¹⁸ Pound, R., *The Spirit of the Common Law*, Boston, 1921, str. 72.

¹⁹ Paund, R., *Jurisprudencija*, I, str. 13.

²⁰ Ros, A., *Pravo i pravda*, str. 51.

Fenomen koji Paund naziva pravnim standardima, za Kelzena nije ništa drugo do pravno neobavezna postavka koja postoji samo u meri u kojoj smo dozvolili slobodnu ocenu.²¹ Kelzen je polje slobodne ocene nazivao namernom neodređenošću akta primene prava, neodređenošću sadržanom u intenciji donosioca propisa da se proces determinacije od opšte norme nastavi ka pojedinačnoj normi. Kada se ima u vidu da je pokušaj otklanjanja sukoba između volje i izraza uvek suočen sa neuspehom i da svi metodi tumačenja vode do jednog mogućeg, a nikada do jednog jedinog ispravnog rezultata, tada se, ako postoji želja da se ograniči vlast sudova i time politički karakter njihove funkcije, manevarski prostor slobodne ocene, koji zakoni dopuštaju za svoju primenu, mora do kraja suziti²².

Unošenje ideala u pravo, a to znači i ukrštanje prava sa moralnim principima, dovodi nas na prag metafizike. Pri tom, nemamo na umu metafiziku u okviru ideje o "istorijskom Bogu", Ostinove predstave o božanskim naredbama koje upoznajemo otkrovenjem ili pomoću indeksa korisnosti, ili ideje sa kojom se našalio Borhes kada je "dokazivao" da Bog postoji zato što samo on zna broj ptica koje su nam se ukazale dok smo zatvorenih očiju imali viziju jata (*Argumentum ornithologicum*). Na umu imamo pokušaj da se prebrodi neuspeh u racionalnom suprotstavljanju zahtevu utilitarista da se povuče stroga granica između prava kakvo jeste i prava kakvo bi trebalo da bude. Čak i oni koji su u raspravu o ovom pitanju uložili naročiti trud, suočili su se sa zaključkom da ublažavanje distinkcije između prava i morala vodi osporavanju svega konzistentnog u pravnom pravilu i izvlačenju potpunih i jasnih pravila na istu ravan

²¹ "Ako je reč o normama koje nisu pozitivisane", pisao je Kelzen, "nego tek, pošto predstavljaju 'pravdu', treba da postanu pozitivno pravo (iako ih branioci tih principa, u jednoj više ili manje jasnoj predstavi, već smatraju 'pravom'), onda ne postoji ništa drugo osim pravno neobaveznih postulata (koji su uistinu samo izraz određenih grupnih interesa), usmerenih na organe kojima je povereno stvaranje prava. I to ne samo organe zakonodavstva [...] nego i na organe nižeg stupnja stvaranja prava, kod kojih, doduše, ta mogućnost opada u istoj meri u kojoj njihova funkcija ima karakter primene prava, ali koja ipak postoji, i to u istoj meri u kojoj postoji slobodna ocena; dakle, kod pravosuđa i uprave kada je potrebno da se bira između više mogućnosti interpretacije". (Kelzen, H., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, i *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, nav. prema: Kelzen, H., *Ko treba da bude čuvar ustava?*, u knjizi *Norma i odluka – Karl Šmit i njegovi kritičari*, Beograd, 2001, prev. D. Basta, str. 173.).

²² Kelzen, H., *Čista teorija prava*, Beograd, 2000, prev. D. Basta, str. 267-269 i Kelzen, H., *Ko treba da bude čuvar ustava?*, u knjizi *Norma i odluka – Karl Šmit i njegovi kritičari*, str. 272-273.

preispitivanja sa problemima čije rešavanje zavisi od slobodne ocene.²³ Rezultat je priznanje da stav utilitarista ima i moralnu i intelektualnu vrednost, i pomalo maglovit apel da se zajedno sa utilitaristima prizna da zakoni čine pravo, ali da su katkad suviše loši da bismo ih poštovali.²⁴

Pribegavajući u pravu uveliko kompromitovanom pojmu metafizike, oslonili smo se na Kantovo poimanje metafizike kao "čiste" ideje (ovom prilikom ideje o pravu), ograničene na predmete razuma i izvedene iz principa *a priori*.²⁵ Da li je takav pristup uopšte danas moguć? I da li je moguć kada je reč o pravnim standardima?

Iz Paundovog učenja mogli bismo zaključiti da on daje potvrđan odgovor, ili da bi ga, da je tako upitan, dao. Veoma dobro uočavajući dejstvo metafizičkog ideala u istoriji prava, posebno u 19. veku u kome su se, ostajući izvan domašaja zakonodavne inovacije, idealizovali principi opšteg prava garantovani poveljama o pravima (Paund, 2000, I: 357), on je smatrao da i takve idealizovane slike, kada u sudskoj i profesionalnoj tradiciji steknu određeni nivo stalnosti, baš kao i propisi, postaju deo prava, da u najtežim slučajevima, prilikom rešavanja spornih pitanja, postaju ključni putokaz za izbor, uobličavanje i primenu pravnog materijala, i da je smišljanje teorija da bi se ovakve pojave izgnale iz prava, samozavaravanje u kome se uzalud borimo protiv fenomena od najvećeg značaja za funkcionisanje pravosuđa²⁶.

Vratimo li se korak nazad, od postupka tumačenja ka načinu doživljavanja i razumevanja nekog formiranog činjeničnog skupa, suočićemo se sa stanjem koje je Tojnbi označio kao nesamerljivost života i zakona, nesamerljivost koja nas gotovo navodi da dignemo ruke od pokušaja da pomirimo pravo i pravdu, pravnu normu i zahteve morala. Nastojanje da pravo bude bezlično može uroditi plodom samo po cenu tretiranja ljudskih duša, koje su individualne i jedinstve-

²³ Hart je, nakon detaljne analize, zaključio da ublažavanje ove razlike zagonetnom tvrdnjom o postojanju identiteta između prava koje jeste i prava kakvo bi trebalo da bude, znači sugerisanje da su sva pravna pitanja fundamentalna, kako ona iz "polusenke" (penumbra), tako i ona koja nastaju unutar tvrdog jezgra pravila sa utvrđenim značenjem (Hart, H. L. A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, u zb. *Ogledi iz filozofije prava*, Beograd, 2003, prev. S. Stepanović Todorović (*Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, str. 71, 80).

²⁴ Isto, str. 87.

²⁵ Kant, I., *Zasnivanje metafizike morala*, str. 16.

²⁶ Paund, R., *Jurisprudencija*, I, str. 358. i Pound, R., *Law and Morals*, Chapel Hill, 1926.

ne, kao masovnih proizvoda i standardizovanih nehumanih predmeta. S druge strane, potpuno prilagođavanje prava ličnim okolnostima vodilo bi žalosnom udaljavanju od nepristrasnosti koja je suština ljudske pravde.²⁷ Na sličnoj aporiji ponikli su i Diltajov skepticizam – uverenje da u razumevanju ima nečeg iracionalnog što se ne da predstaviti nikakvim logičkim obrascima²⁸, ali i Gadamerova postavka o suštinskoj povezanosti jurističke hermeneutike i pravne dogmatike, povezanosti u kojoj prvenstvo pripada hermeneutici. Kada Gadamer ističe da je neodrživa teorija potpune pravne dogmatike i da je neophodno jurističko posredovanje u kome razumeti i tumačiti zakon znači spoznati i priznati njegov važeći smisao (*geltenden Sinn*), tada u važećem smislu ima uvek više od onoga što postoji u zakonu.²⁹ Uostalom, i Paund primećuje neuspeh pokušaja da se iz normi sa iscrpnim i autoritativno postavljenim sadržajem ukloni mera neodređenosti, koja je karakteristična za pravne standarde.³⁰

Nastavljajući pravcem u kome je Paund krenuo, mogli bismo zaključiti da se pojam pravnog standarda odnosi na ono što pripada idealnoj slici prava *ex aequo et bono*, što se u svom elementarnom pravnom obliku ustalilo više kao ideja nego kao pravna činjenica, i što bi moglo predstavljati minimum univerzalnosti nekog pravnog pravila, nezavisno od toga da li je ono ostalo u domenu teorije, da li je ugovorna klauzula, ili je postalo sastavni deo pozitivnog unutrašnjeg ili međunarodnog prava. Metafizička dimenzija ovog pojma proizlazi iz njegove formalno apriorne prirode: unapred se uzima da su njime obuhvaćene samo maksime sa potencijom pravičnosti i univerzalnosti. Njegova apriornost zasniva se na projekciji opštosti, na nadempirijskoj sposobnosti uma da postavlja sintetičke zahteve, i na nužnosti da takve zahteve postavlja, čak i kada smo svesni da su oni izvan realnog domašaja, ili baš zbog toga što su, za one koji se ne mire sa ovom vrstom iluzije, još uvek izvan realnog domašaja. Tim pojmom se istovremeno kvalifikuje pravno pravilo kao svrsishodno i poželjno, i kvantifikuje kritična mera njegove prihvatljive opštosti. Pri tom, ne sme nas zavarati činjenica da je ideal kome se teži rezultat sublimacije pravnog iskustva i znanja,

²⁷ Tojnbi, A., *Proučavanje istorije*, Beograd, 1971, I-II, prev. M. Lukić (Toynbee, A., *A Study of History*, London, II, str. 71.

²⁸ Diltaj, V., *Izgradnja istorijskog sveta u duhovnim naukama*, Beograd, 1980, prev. D. Guteša (Dilthey, W., *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*, Göttingen, 1973, str. 279.

²⁹ Gadamer, H. G., *Gesammelte Werke*, Bd. 1. *Hermeneutik I*, Tübingen, 1986, str. 335.

³⁰ Paund, R., *Uvod u filozofiju prava*, str. 103.

napredovanja pojedinačne i relacijske norme do pravila koje se može uopštiti, apsolutizovati i proizvesti u paradigmu. Iskustvo koje se unosi u projekcije pravnih standarda proisteklo je iz nezadovoljstva i nade. Metafizika pravnih standarda je izraz našeg nemirenja sa nedovršenošću prava i nedostižnošću pravde. Ona je, ujedno, večita potraga za čvrstim uporištem, za stvaranjem generalnih i trajnih kriterijuma, povezanih sa moralnim svrhama, upravo tamo gde pravo prihvata relativnost i otvorenost, ostavljajući prostor za dinamično prigalodavanje okolnostima.

Navedena literatura

- Aristotel, *Nikomahova etika*, Beograd, 1958, prev. M. N. Đurić
- Gadamer, H. G., *Gesammelte Werke*, Bd. 1. *Hermeneutik I*, Tübingen, 1986.
- Diltaj, V., *Izgradnja istorijskog sveta u duhovnim naukama*, Beograd, 1980, prev. D. Guteša, (Dilthey, W., *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*, Göttingen, 1973)
- Frank, S., *Standardi i direktive u kaznenom pravu*, Arhiv, 5-6/1939, str. 423–432.
- Hajek, F. A., *Pravo, zakonodavstvo i sloboda*, Beograd – Podgorica, 2002, prev. B. Gligorić, (Hayek, F. A., *Law, Legislation and Liberty*)
- Hart, H. L. A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, u zb. *Ogledi iz filozofije prava*, Beograd, 2003, prev. S. Stepanović Todorović (*Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983)
- Jung, K., *Duh i život*, Novi Sad, 1977, prev. D. i P. Milekić
- Kant, I., *Zasnivanje metafizike morala*, Beograd, 1981, prev. D. Basta.
- Kelzen, H., *Čista teorija prava*, Beograd, 2000, prev. D. Basta
- Kelzen, H., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, i *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, nav. prema: Kelzen, H., *Ko treba da bude čuvar ustava*, u knjizi *Norma i odluka – Karl Šmit i njegovi kritičari*, Beograd, 2001, prev. D. Basta.
- Kožev, A., *Fenomenologija prava*, Beograd, 1984, prev. Z. Stojanović, (prema: Kojève, A., *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, 1981)
- Paskal, B., *Misli*, Beograd, 1965, prev. J. i M. Ibrovac
- Popper, K., *Otvoreno društvo i njegovi neprijatelji*, Beograd, 1993, I – II, prev. B. Gligorić, (Popper, K., *The Open Society and Its Enemies*, Princeton, New Jersey, 1971.)

- Pound, R., *Ideal Element in Law*, Indianapolis, 2002.
- Pound, R., *Interpretations of Legal History*, New York, 1923.
- Paund, R., *Uvod u filozofiju prava*, Podgorica, 1996. prev. N. S. Krznarić, (Pound, R., *Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, 1961)
- Paund, R., *Jurisprudencija*, Beograd – Podgorica, 2000, I – III, prev. Đ. Krstić
- Pound, R., *Law and Morals*, Chapel Hill, 1926.
- Pound, R., *The Spirit of the Common Law*, Boston, 1921.
- Pound, R., *The Theory of Judicial Decision*, Harvard Law Review, IX, 1936.
- Ros, A., *Pravo i pravda*, Beograd, 1996, prev. M. Ivović, (Ross, A., *On Law and Justice*, London, 1958)
- Tojnbi, A., *Proučavanje istorije*, Beograd, 1971, I . II, prev. M. Lukić, (Toynbee, A., *A Study of History*, London)

Summary

Slobodan Beljanski, Ph.D.
attorney at law, Novi Sad

POUND'S CONCEPT OF LAW STANDARDS

American legal theoretician Roscoe Pound was among the first to point to a fact that law, in addition to rules, principles and concepts, governs life also by criterion which we refer to as law standards. We use them, he believed, in individualization process when practicing law, when we are forced to trust to experience and to recourse to intuition. By criticising realistic radicalism, Pound defined law standards as judgments having relative character, based on common sense and moral ponderation.

In his next phase, Pound, without abandoning the basic postulate that law standards belong to applying and enforcing law, notices that their function cannot be singled out from the field of creating law, and that their content cannot be deprived of ideals. Norms are part of corps of competent directives for decision-making. However, having in mind that their starting points are accepted ideals, a procedure of reaching such ideals and methods of their use are by their character of legislative naržture. In such a way in law interpretation

starts to be of use to creation, while passing a judgement – to setting goals based on ethics.

In this paper the author analyses Pound's postulates and concludes that disregarding the fact that his idea of law standards cannot be identified with contemporary meaning of this phenomenon, in things most closely linked with reality and to which answers can be given only under shadow of consistent relativism, Pound faces us with the absolute and the contradiction of metaphysics. The metaphysical dimension of this concept comes out from its formal *a priori* nature: in advance it is taken that it includes only maxims with potential justice and universality. This concept at the same time qualifies legal norm as appropriate and desirable and quantifies critical measure of its acceptable universality. Metaphysics of law standards is an express of our uncompletion of law and non-unattainability of justice.

3. Dragutin Avramović, asistent-pripravnik
Policajska akademija, Beograd

**ALAN VOTSON: PRAVNI TRANSPLANTI
– PRISTUP UPOREDNOM PRAVU
(Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Institut za
uporedno pravo), Beograd 2000, 193 str.**

Istaknuti američki profesor uporednog prava dr Alan Votson (*Alan Watson*), koji je svoju naučnu karijeru gradio na univerzitetima u Edinburgu, Oksfordu, Pensilvaniji, Virdžiniji, Kaliforniji, a sada na Pravnom fakultetu Univerziteta u Džordžiji, stekao je slavu u anglosaksonskoj i svetskoj naučnoj javnosti svojim mnogobrojnim radovima (preko 40 knjiga i više stotina članaka). Međutim, po dva velika doprinosa će ostati upamćen. Prvi je objavljivanje celokupnih Justinijanovih Digesta na engleskom jeziku¹, a drugi je teorija o pravnim transplantima, koja je unela pometnju u naučne pravničke krugove.² Zadiranjem u osnovne postavke evolucionističke teorije i istorijsko-pravne škole, pa i marksističkog shvatanja razvitka prava, Votson je stekao veliki broj kritičara,

¹ Watson, A.: *The Digest of Justinian, I-II*, University of Pennsylvania Press, 1998.

² Svoju teoriju o pravnim transplantima prvi put je jasno definisao u knjizi A. Watson, *Legal Transplants, an Approach to Comparative Law*, University Press of Virginia, 1974. Začetak ove teorije može se pronaći u njegovim ranijim radovima u oblastima uporednog prava i pravne istorije, a odbrana teorije i dodatna argumentacija u delima koja su usledila, kao što su *Society and Legal Change*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1977; *Comparative Law and Legal Change*, Cambridge, 1978; *The Making of the Civil Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1981; *The Sources of Law, Legal Change and Ambiguity*, University of Pennsylvania Press, 1984; *The Evolution of Law*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1985; *Failures of the Legal Imagination* (University of Pennsylvania Press, 1988); *Legal Transplants*, 2nd ed., University of Georgia Press, 1993; *Law Out of Context* University of Georgia Press, 2000; *The Evolution of Western Private Law* Johns Hopkins University Press, 2001. Važan doprinos odbrani ove teorije dostupan je i u elektronskom obliku: A. Watson, "Legal Transplants and European Private Law", *Electronic Journal of Comparative Law*, vol 4.4 (December 2000) <<http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>>.

ali i određeni broj pristalica. Najnovije sučeljavanje protivnika i pristalica ove teorije odigralo se u maju 2005. godine na kongresu održanom na Univerzitetu u Londonu koji je pokazao da teorija pravnih transplanata privlači sve više pažnje. Mada se ime Alana Votsona još uvek ne može pronaći među najznačajnijim misliocima XX veka³, njegov doprinos pravnoj teoriji se ne može osporiti.

Prema Votsonovoj teoriji razvoj prava se najčešće svodi na pravne pozajmice, mada ne isključuje ni uticaj unutrašnjeg razvitka prava i drugih faktora koji ga oblikuju. Međutim, Votson potencira i empirijski dokazuje, kroz brojne primere, činjenicu da su promene u pravu često posledica preuzimanja rešenja iz drugih pravnih sistema, a do čega u velikom broju situacija dolazi slučajno (čime potkopava same temelje evolucionizma). Pri tom nije uvek neophodan čak ni sličan ili približan stepen opšteg društvenog, a naročito ekonomskog razvoja države davaoca i države primaoca (zbog čega je pogotovo na meti marksističke kritike).

Knjiga je podeljena u 17 poglavlja, kroz koje se kombinuju teorijski i empirijski pristup. Prve četiri glave pod nazivom "Uporedno pravo kao akademska disciplina", "Opasnosti uporednog prava", "Vrednosti uporednog prava", "Uvod u pravne transplante", postavljaju teorijske okvire na kojima će utemeljiti svoje zaključke. On uporedno pravo tretira ne samo kao metod, već ga vidi kao jednu kompleksnu naučnu disciplinu: "Ako uporedno pravo treba da bude jedna samostalna naučna disciplina, tada ono nije samo izučavanje jednog inostranog sistema (sa osvrtima na sopstveno pravo), niti sveobuhvatan pogled na svetske sisteme, ili poređenje pojedinih pravila ili grana prava, kao što je poređenje između dva ili više sistema. Zbog toga bih izneo stav da ono predstavlja izučavanje povezanosti jednog pravnog sistema i njegovih pravila sa drugim" (str. 27). Votson odriče mogućnost da se postavi teorija opšteg pravnog razvoja koja je primenjiva na sva ili na mnoga nepovezana društva (str. 36). On napada teoriju evolucije sa njenog sopstvenog polazišta jer smatra da nije zasnovana na čvrstim načelima i metodološki je nesavršena i zbog toga ne postoji mogućnost da se pobije objektivnim teorijskim razlogom. "Ali, teorija može da bude postavljena – i opovrgnuta – jedino onda kada je razvijena. Upravo iz tih razloga i moramo da razmotrimo sporno pitanje sa onog polazišta koje je izabrao glavni pred-

³ R. Stepanov – G. Vukadinović, *Pravna misao XX veka*, Petrovaradin, 2000, izdvajaju kao najznačajnije Roska Paunda, Emila Laska, Gustava Radbruha, Hansa Kelzena, Lona Fulera, Herberta Harta, Norberta Bobia, Džona Rolsa, Niklasa Lumana, Ronalda Dvorkina, Pola Amseleka i Džona Finisa.

lagač teorije, i da pokažemo da u jednom (za njega) važnom slučaju, pravno gledište koje je opisao potiče iz njegove teorije, a ne iz dokaza” (str. 37). Najveću vrednost uporednog prava Votson vidi u tome što ono može da pruži saznanje o prirodi prava, a posebno o pravnom razvoju. Kroz njega se sagledava postojanje veza između pravnih sistema i kao takvo predstavlja okvir za objašnjenje prirode i razvitka prava. Upravo na takvom polazištu Votson ističe paradoks da, iako pravo odražava ”duh naroda”, transplantati prava su izuzetno uobičajeni i značajni. Kao dva najznačajnija sistema donora iz kojih su se presađivale pravne ideje i institucije autor vidi rimsko pravo i engleski precedentni sistem – *common law*.

Zbog toga, u poglavljima koja slede (”Rimljani i rimsko pravo u rimskom Egiptu”, ”Rimska sistematika u Škotskoj”, ”Usvajanje rimskog prava u Škotskoj”, ”Značenje i autoritet”, ”*Lo Codi*”, ”Rano pravo kolonije u Masačusetskom Zalivu”, ”Englesko pravo na Novom Zelandu”, ”Rimsko pravo u periodu pozne Republike”, ”*Lex Aquilia*: recepcija i ne-recepcija”, ”Prenos svojine i rizika u kupoprodaji”, ”Ponovo o autoritetu” dokazuje ove svoje stavove na konkretnim pravnim sistemima i pravnim ustanovama. Materija koju autor proučava i putem koje dokazuje verodostojnost ideje o transplantima tiče se prevashodno privatnog prava. Na bogatom istorijskom materijalu koristeći prvenstveno uporednopravni metod Votson dolazi do stanovišta da je pojava transplantacije podjednako raširena i u starom i u modernom svetu. Pri tom, on uočava mogućnost klasifikacije transplanata polazeći od osnovne podele na one koji nastaju dobrovoljno i na one koji su nametnuti (str. 58).

Kao i u njegovim drugim radovima i predavanjima, posebno mesto se daje analizi fenomena koji je uslovio da se škotsko pravo pretežno razvija pod uticajem kontinentalnog prava. Iz rimskog prava Škotska je recipirala kako pozitivno pravo, tako i sistematiku, mada se nalazila u neposrednoj blizini Engleske – drugog velikog rasadnika prava. Na ovom fenomenu Votson pokazuje ulogu slučaja i značaja autoriteta velikih pravnika u procesu stvaranja prava kroz pozajmice. Kao glavni razlozi transplantacije rimskog prava, a ne *common law*-a navode se dve činjenice: Prvo, istorijski rivalitet Škotske i Engleske, koji je kulminirao prekidom veza posle Rata za nezavisnost, kojim je u XIV veku Škotska postala nezavisna i drugo, nepostojanje univerziteta u Škotskoj, zbog čega su Škotlandčani odlazili u Evropu na studije prava (str. 77). Vraćajući se posle studija u svoju zemlju, Škotlandčani su sa sobom donosili koncepte rimskog prava i poštovanje prema autoritetu svojih profesora i njihovih pravnih shvatanja. Tako su slučaj i uloga autoriteta odlučujuće uticali na formiranje škotskog prava. Na taj način,

kao i da time potvrđuje svoju tezu o dominantnoj ulozi slučajnosti u stvaranju prava, njegov odabir uzoraka koji su bili predmet posmatranja može se pripisati takođe slučaju, jer je i sam autor poreklom Škot. Dodatni dokaz uticaja slučaja pri stvaranju prava predstavljaju i nepravni činioци – nedostatak literature i lingvističke barijere. "Očigledno je da je jedan od razloga zbog kojih je rimsko pravo bilo tako široko prihvaćeno, bio i taj što je *Corpus Iuris Civilis*, kako je docnije nazivan, bio napisan na latinskom – na jeziku koji je svim obrazovanim ljudima Evrope bio vekovima poznat" (str. 139).

U završne dve glave ("Neka opšta zapažanja" i "Uporedno pravo i pravna istorija") autor sintetizuje svoje stavove i formuliše 13 glavnih teza svoje teorije. Prvo, transplantacija je uobičajeni način stvaranja prava, kako u prošlosti, tako i danas. Drugo, transplantacija je glavni činilac pravnog razvitka, kako za pojedina pravna pravila, tako i za sistematiku. Treće, pravo je duboko ukorenjeno u prošlosti, pa su neki instituti savremenog prava samo neznatno modifikovani. Četvrto, transplantacija pravnih pravila nije u osnovi složen proces, već se lako sprovodi, i zbog toga se prilikom pravnih reformi često poseže za pozajmicama. Peto, kada su u pitanju transplantacije većeg obima, često dolazi do njihove modifikacije pod uticajem klime, ekonomskih uslova, verskih pogleda ili čak slučajnosti, čime autor pravi kompromis sa konceptom istorijsko-pravne škole o značaju "nacionalnog duha" pri stvaranju prava. Šesto, nijedna oblast privatnog prava nije imuna na transplante, pa čak i one najkonzervativnije i najtradicionalnije, kao što je porodično pravo. Sedmo, posebno pogodne uslove za transplantaciju predstavlja vreme kada se neki pravni sistem nađe pred promenom i reformom. Osmo, prihvatanje prava je moguće i lako ostvarivo kada je društvo koje prihvata pravo na nižem razvojnem nivou, mada promene do kojih dolazi mogu dovesti do simplifikacije prava. Deveto, prilikom transplantacije često može doći do pogrešnog razumevanja stranog prava. Kao primer takvog pogrešnog razumevanja, koje može biti dalekosežno, on navodi Monteskvjeovu doktrinu podele vlasti: "Mnogo se raspravlja o tome da li je Monteskvje stvarno pogrešno razumeo engleski ustav ili je stvarao jedan idealan ustav sa Engleskom kao njegovim izvorom. Kako god bilo, njegova gledišta su bila od suštinskog značaja za sastavljачe američkog ustava, iako oni nisu imali nikakvih iluzija u pogledu stvarne prirode engleskog ustava" (str. 148). Deseto, ističe se veliki značaj autoriteta prilikom stvaranja prava, što je prisutno prilikom skoro svih pozajmica. Jedanaesto, čak i pravni sistemi koji su glavni donori prava (rimsko pravo, precedenčno pravo), ponekad, doduše retko, i sami prihvataju transplante. Dvanaesto,

pravo nastaje kao plod ljudskog iskustva, koje uspeva da racionalizuje mali broj ljudi ili nacija, te su i dometi u kreativnosti pri stvaranju prava ograničeni, ali njihovo dalje preuzimanje je neograničeno. Trinaesto, pojedini narodi u određenim oblastima izražavaju izrazit kulturni napredak i domišljatost, tako da nije čudo što je pragmatični duh Rimljana i Engleza više od drugih evropskih naroda suštinski doprineo razvoju privatnog prava i učinio ih glavnim uzorima prilikom preuzimanja.

Najzad, u "Pogovoru" koji sledi kao posebno poglavlje u drugom izdanju knjige iz 1993. godine (na osnovu koga je izvršen srpski prevod koji prikazujemo), Votson se osvrće na brojne kritičare koji su osporavali njegove stavove iznete u prvom izdanju knjige iz 1974. godine. Ne samo da ostaje pri svojim stavovima, nego smatra da je značaj pravnih transplanata u razvitku prava čak potencio i dodaje nove argumente u prilog svoje teorije. Pri tom ističe da je glavni kriterijum odabira sistema donora njegova pristupačnost. "Inostrani sistem prava, pristupačan je prevashodno: a) kada postoji u pisanom obliku; b) kada postoji u formi koju je relativno lako otkriti i razumeti (što uključuje i jezik kojim je napisan); i v) kada je odmah dostupan". Utoliko on ističe i praktičnu dimenziju ovog stanovišta: "Ako pozajmljivanje predstavlja glavni način razvoja prava, i ako je pravnička elita vezana svojom pravničkom kulturom, i ako je ta kultura ograničena onim što ta pravnička elita ne zna, tada proizlazi da kvalitet pravničkog obrazovanja, uključujući i susretanje sa uporednim pravom (gde do toga dođe), igra izuzetno značajnu ulogu u reformi prava" (str. 178).

Ova teorija je izazvala burne reakcije u nauci. Među njenim glavnim kritičarima ističe se V. Ivn (*W. Evan*) koji između ostalog kaže: "Ukratko, postoji dovoljan razlog da se ospori valjanost Votsonove teze koja se tiče promene prava i pravne evolucije. To je naročito značajno za sociologiju prava, jer celina Votsonovog rada može da se protumači kao nešto što podriva racionalnost u razvitku teorije prava i društva".⁴ Međutim, koliko god Votsonova teorija deluje revolucionarno i ekstravagantno, on se, prema njegovim sopstvenim rečima, delimično oslanjao i na pojedine misli drugih autora, kao što je npr. Rosko Paund (*Roscoe Pound*), koji na jednom mestu kaže: "Istorija sistema prava najvećma je istorija pozajmljivanja pravnih sadržaja iz drugih pravnih sistema i usvajanja sadržaja izvan okvira prava".⁵ Isto tako, slične ideje su se javljale i kod starijih

⁴ W. Evan, *Social Structure and Law*, Newbury Park, 1990, 35.

⁵ Cit. prema A. Votson, *Pravni transplanti*, 49.

autora: tako je Džeremi Bentam (*Jeremy Bentham*) povodom prilagođavanja engleskog sistema prava Bengala, razradio niz utilitarnih maksima, pogodnih za izvođenje transplantacije (*Rasprave o zakonodavstvu* 1820, tom III. 117).⁶

Osim toga, Votsonov osnovni koncept je blizak ideji o akulturaciji razvijenoj u sociološkoj teoriji, a naročito stanovištu o pravnoj akulturaciji, koja podrazumeva kalemljenje jedne (pravne) kulture na drugu (pravnu) kulturu. Mada se ova teorija više vezivala i objašnjavala prelazak iz primitivnih društava u civilizaciju, ona se u načelu može odnositi i na pravne sisteme uopšte. Pri tom većina autora smatra da akulturacija nikada ne može imati potpuni uspeh, jer "ako je sve determinisano društvenom sredinom, nema presađivanja izvan društvene sredine koje ne bi bilo avantura i koje ne bi, u svakom slučaju, moralo imati kao rezultat deformaciju presađenog elementa".⁷ "Pošto se pretpostavlja da je sistem u ravnoteži, premestiti jedan dio znači rušenjem zaprijetiti celini".⁸ U tom smislu se zaista Votsonu mogu stavljati i pojedinačne primedbe: u njegovom omiljenom primeru najupečatljivije transplantacije – presađivanja Švajcarskog građanskog zakonika u Ataturkovoju Turskoj 1926. godine, velikim delom uslovljene činjenicom da je tadašnji turski ministar pravde Mahmut Esad Bozkurt, kome je povereno kodifikovanje turskog prava, studirao pravne nauke u Švajcarskoj (str. 172) – on prenebregava činjenicu da je i tu delimično došlo do "odbacivanja stranog tela", npr. kada je 1938. g. uzrast za stupanje u brak, koji je prema švajcarskom uzoru bio postavljen po evropskim standardima na 20 godina za muškarce i 18 godina za žene, morao biti snižen u skladu sa društvenim potrebama na uzrast od 17 odnosno 15 godina, a brakovi koji su bili zaključeni isključivo na osnovu običajnog prava, bez poštovanja propisane zakonske forme, naknadno su morali biti konvalidirani. Međutim, istine radi, sam Votson veliki teorijski značaj posvećuje problemu "odbacivanja", tako da mu se ne može zameriti što u svim konkretnim situacijama nije na njih eksplicitno ukazao.

Razumljivo je što su Votsonovi najuporniji kritičari marksisti (jer ne pri- daje dovoljan značaj materijalnoj osnovi društva prilikom stvaranja prava) i sociolozi (jer pravo mora da odslikava društvo, što se ne dešava u potpunosti u slučaju transplanta). Ipak, čini se da Votson nije sasvim potcenio ni materijalnu

⁶ Cit. prema Karbonije. Ž., *Pravna sociologija*, Sremski Karlovci – Novi Sad – Titograd, 1992, 76.

⁷ Karbonije, Ž., nav. delo, 197.

⁸ Karbonije, Ž., nav. delo, 194.

osnovu, niti determinisanost prava socijalnim uslovima. Votson je svojim delom otišao znatno dalje od do tada poznatih pojedinačnih ideja o značaju preuzimanja prava, što uostalom predstavlja neosporan istorijski fenomen koji se ne može negirati (počev od najpoznatijeg primera, recepcije rimskog prava⁹). Ono što mu se ne može osporiti je da je svoju osobenu teoriju o nastanku prava postavio na izvanrednom obilju empirijskog istorijskog materijala, koji suvereno poznaje, kao i na izvanrednoj upućenosti kako u anglosaksonski, tako i u kontinentalni pravni sistem. Posebnu vrednost, koju njegovi kritičari često ne žele da uoče ili prihvate, ovoj teoriji daje njen pomirljiv stav u odnosu na evolucionističko stanovište. Jer, Votson ne negira značaj niza drugih faktora koji potencijalno utiču na stvaranje prava. On samo naglašava uticaj pozajmica i smatra ih često presudnim, uvek u zavisnosti od specifičnih društvenih i istorijskih okolnosti. Taj kompromisni stav, bez obzira na brojne kritike, u osnovi vodi ka jednom vidu integralističkog shvatanja nastanka prava. Na ovu okolnost se retko ukazuje u literaturi, već se u prvi plan obično stavlja (ne potpuno opravdana) kritika Votsonovog insistiranja na značaju pravnih transplanata. Ona se, po pravilu, pre svega poziva na Votsonovo isticanje slučajnosti, pa i grešaka prilikom transplantacije, čime se uvodi ideja voluntarizma i nepostojanja pravilnosti i zakonitosti u nastanku prava. Međutim, kod Votsona "gospodin Slučaj" (kako bi to rekao Crnjanski), mada zaista ponekad prenatravan, dobija određeno, čini se zasluženo mesto, među mnogobrojnim drugim faktorima koje on nesumnjivo uvažava pri objašnjavanju pravnog razvitka.

⁹ Treba praviti razliku između pravnoistorijskog pojma recepcije i sociološkopravnog koncepta akulturacije. Dok recepcija podrazumeva preuzimanje pravnog sistema u celini, dotle se pravna akulturacija odnosi po pravilu na preuzimanje pojedinih pravnih instituta.

V

Pravni i politički sistem SAD

1. Prof. dr Dragan Bataveljić
Pravni fakultet, Kragujevac
Savremeni ustavni sistem Sjedinjenih Američkih Država
2. Mr Ivana Tucak
Pravni fakultet, Osijek, Hrvatska
*Teorija suvereniteta i federalni Ustav
Sjedinjenih Američkih Država*
3. Mr Gordana Mitrović
Novi Sad
Anarhija, država i utopija

1. Prof. dr Dragan Bataveljić
Pravni fakultet, Kragujevac

SAVREMENI USTAVNI SISTEM SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA

Sažetak: Autor u radu, najpre, ukazuje na istorijski razvoj i stvaranje prve i najpoznatije federacije u Sjedinjenim Američkim Državama. Ustav SAD-a, donet 1787. godine, zbog svojih originalnih i izvornih rešenja, smatra se doajenom među ustavima u svetu. Posebno je obrađeno načelo podele vlasti, i to u svom rigidnom (čvrstom) obliku, prema kome je izvršena organizacija vlasti navedenim Ustavom. Originarni predsednički sistem, prvi put uspostavljen Ustavom iz 1787. godine, zaslužuje, kao stabilan, ali komplikovan sistem vladavine, izuzetno mesto u analizi američkog ustavnog sistema. Takođe, u radu se analiziraju zakonodavna, izvršna i sudska vlast ponaosob, a naročita pažnja je posvećena odnosu između zakonodavne i izvršne vlasti, kao i odnosu između zakonodavne i sudske vlasti.

Ključne reči: Ustav, podela vlasti, zakonodavna vlast, izvršna vlast, sudska vlast, Kongres, Predsednik SAD, pravo veta, Senat, Predstavnički dom, Kabinet, impičment, Vrhovni sud.

Uvod

Severnoamerički kontinent je otkriven krajem XV veka i počeo je da se naseljava postepeno, pre svega, došljacima iz Evrope. To naseljavanje je započeto već u XVI, a posebno u XVII veku, i to, naročito iz Velike Britanije. Ova naseljavanja su posebno intenzivirana u XVIII veku i ona traju sve do danas. Prvi doseljenici su počeli da obrazuju posebne kolonije, koje su bile sastavni deo velikog Britanskog carstva, pa je, prva, tako obrazovana kolonija, bila Virdžinija 1607. godine, a poslednja Džordžija, 1732. godine (trinaesta po redu). Sve ove kolonije su imale sličnu organizaciju, sa izvesnim, razlikama: izvršni vlast je

vršio guverner, koji je imenovan iz Londona¹, neku vrstu zakonodavne vlasti činilo je predstavničko telo, a sudska vlast, organizovana kao kopija iz Engleske, bila je svuda ista. Lokalna samouprava je bila organizovana kao i na britanskom ostrvu, samo uz primenu varoškog zbora, kao oblika neposredne demokratije², dok je *common law* bilo važeće u svim kolonijama, kao i u Engleskoj.

Zbog ogromne udaljenosti i teške komunikacije, a i usled zaoštavanja sukoba sa Engleskom, koja je pokušavala da nametne plaćanje poreza i da ograniči slobodu trgovine, došlo je do nezadovoljstva u kolonijama. To je prouzrokovalo tzv. Prvi kontinentalni kongres u Filadelfiji, tj. upućivanje 1774. godine, predstavnika 13 kolonija, posle čega je sledio i Drugi kontinentalni kongres, 1775. godine. Na ovom Kongresu je doneta odluka o otpočinjanju borbe protiv britanskog kolonizatora, dok je, sledeće, 1776. godine, 04. jula, doneta čuvena Deklaracija nezavisnosti³. Ovom Deklaracijom, 13 kolonija su proglašene nezavisnim, a borba za nezavisnost započeta je 1776, trajala je sve do 1783. godine. Naime, tada je Britanija Ugovorom, koji je zaključen u Versaju, bila prinuđena da prizna nezavisnost svojih bivših 13 kolonija.

U međuvremenu, 1777. godine, Drugi kontinentalni kongres je doneo odluku o obrazovanju konfederacije, i to, usvajanjem tzv. Članova Konfederacije i Većite unije⁴. Ovi Članovi Konfederacije su počeli da se primenjuju već iduće, 1778, ali su tek 1781. godine ratifikovani od strane svih 13 država.

Zaključno sa 1780. godinom, svih 13 novih, samostalnih država, donele su svoje samostalne ustave, koji su se, međusobno, često, dosta razlikovali, ali je u svima njima proklamovano da vlast počiva u narodu i da se u organizaciji vlasti razlikuju zakonodavni, izvršni i sudski organi⁵. Ustavi Masačusetsa i Pensilvanije su poslužili kao uzor pri izradi Ustava SAD, jer je konfederacija predstavljala dosta labavu organizaciju i slabu vezu između različitih država. Zbog brojnih problema u funkcionisanju Konfederacije u praksi, sve države su donele jednoglasnu odluku 1787. godine o sazivanju ustavotvorne skupštine, koja se 1787. godine, sastala u Filadelfiji, koja, ne samo da je prevazišla svoj zadatak revizije

¹ Ove kolonije su bile udaljene 3.000 milja od Londona, do koga se tada, putovalo samo jedrenjacima i po više nedelja.

² *Town meeting*.

³ *Declaration of Independence*.

⁴ *Articles of Confederation and Perpetual Union*.

⁵ Ovde treba napomenuti da je u većini tih ustava, zakonodavnoj vlasti data očigledna prednost u odnosu na izvršnu vlast, čiji je nosilac bio guverner.

Članova Konfederacije, nego je donela novi Ustav, koji danas predstavlja doajen među svetskim ustavima i važi za svih 50 država, sa samo 27 amandmana.

Ime i zastava Sjedinjenih Američkih Država, predočavaju nam federalni karakter američke države. Pojam "savezna država" ukazuje da je reč o jednom političkom sistemu, koji je, u celom Savezu i u država članicama, raspoređen, tako da one deluju kao nezavisni centri odlučivanja, a na drugoj strani uzajamno utiču, kako bi "ukupni interes" jednog naroda unapredile.

Načelo podele vlasti

Sama doktrina o podeli vlasti vuče svoje poreklo još iz dela "Dve rasprave o građanskoj vladi" i "O duhu zakona". Autor prvog dela je Džona Loka, a drugog Šarl Monteskeje, koji se, posebno uzima kao pravi tvorac doktrine o podeli vlasti.

Prvi pisani ustav na američkom kontinentu donela je 26. VI 1776. godine generalna konvencija države Virdžinije, koji je sadržavao u trećem odeljku dotada najjasniji i najprecizniji iskaz principa podele vlasti nakon engleskog *Instrument of Government*-a. Po ovom odeljku "legislativni, egzekutivni i sudski departmani biće odvojeni i različiti, pa nijedan neće vršiti više od jedne vlasti u isto vreme, osim sudija pokrajinskih sudova koji budu izabrani u Predstavnički dom".⁶ Uz Ustav Virdžinije podelu vlasti su među svojim odredbama sadržavali i ustavi države Pensilvanije (1776), Severne Karoline (1776), Džordžije (1777), Nju Hempšira (1777), Masačusetsa (1780) i Vermonta (1784).

Međutim, podela vlasti je, u principu, bila priznata pretežno verbalno! Uprkos postojanju normativne podele državnih funkcija na legislativnu, egzekutivnu i sudsku i njihovog davanja trima posebnim organima, doktrina o podeli vlasti od 1776. do 1789. je značila veoma malo, zbog takvog prihvatanja verzije čiste podele vlasti u kojoj nije bilo mesta nikakvom mehanizmu kontrole i ravnoteže.

SAD su dobile svoj prvi federalni ustav 1787. godine. Ovaj ustav afirmiše princip podele vlasti, uprkos činjenici što ustav ne sadrži posebnu odredbu o podeli vlasti. Prva tri člana ustava SAD govore o legislativnoj, egzekutivnoj i

⁶ v. *Sources and Documents Illustrating the American Revolution 1764-1788*, 1970, i tekst Ustava Virdžinije, str. 152.

sudskoj grani vlasti, tako da "sva legislativna vlast pripada Kongresu, odnosno Predstavničkom domu i Senatu" (čl. 1.), "sva izvršna vlast pripada Predsedniku" (čl. 2), dok "sudska vlast pripada (federalnom) sudstvu" (čl. 3).⁷

Američki doprinos evropskoj teoriji o podeli vlasti sastoji se, pre svega, u spoznaji da narod ne predstavlja samo legislativa, već i nosilac egzekutivne vlasti, te da zbog toga, šef egzekutive treba da bude, isto kao i legislativa, izabran od strane naroda. Drugi, izrazito američki doprinos doktrini o podeli vlasti predstavlja naglašavanje nezavisnosti sudske grane vlasti. Pored toga, podela vlasti je nužan prethodni uslov sudske kontrole ustavnosti prava, koja je zavisila od prihvatanja ideje o "težama i protivtežama" ("kontrolama i ravnotežama")⁸ kao bitnim preprekama nepravilnom vršenju vlasti.

Striktna podela vlasti izostavila je bilo kakvu mogućnost sudske kontrole ustavnosti prava, kakva je proizilazila iz principa *checks and balances* prema američkom ustavu. U Americi je "čista" doktrina o podeli vlasti primenjivana kratko, i to kao rezultat raskida sa tradicionalnim oblicima vlasti, tako da je ova doktrina u SAD ubrzo bila izmenjena pojavom principa *checks and balances*, dok je u Francuskoj do izmene došlo tek 1814. i 1848. godine. Razlog tome je što je u SAD revolucija uspeła u potpunosti i što ista nije imala nikakvih problema sa monarhijom i aristokratijom, s obzirom da Amerika nije imala feudalizam. Ona je bila "prazna" zemlja i nije morala da ruši feudalnu, nego samo stranu kolonijalnu vlast. U Francuskoj, "čista" doktrina o podeli vlasti nije nikada ostvarena potpuno.

Koje su okolnosti pogodovale razvoju doktrine o podeli vlasti u njenom "čistom obliku", kako u Francuskoj, tako i u Americi, tokom i krajem XVIII veka?

Prema tome, kao što se iz navedenog može zaključiti, teorija o podeli vlasti je široko prihvaćena i primenjena u ustavima mnogih zemalja. Kao što smo videli, Ustav SAD od 1787. godine primenio je ovo načelo u svojoj praksi gradeći na njemu predstavnički sistem i tako, pored predstavničkog tela, uspostavio vrlo snažnu egzekutivu (oličenu u predsedniku SAD) i nezavisno sudstvo. U evropskim zemljama načelo podele vlasti je, takođe, našlo plodno tle za svoju primenu. Već je Deklaracija o pravima čoveka i građanina od 1789. godine objavila da društvo u kome nije utvrđena podela vlasti nema ustava (član 16.).

⁷ Tekst Ustava SAD korišćen iz knjige B. Mitchell – L. Mitchell: *A Biography of the Constitution of the United States*, 1964, Art. I, II, III.

⁸ U daljem tekstu korišćemo originalan izraz *checks and balances*.

Stabilan, ali komplikovan sistem vladavine

Ustav SAD, ni na jednom mestu ne sadrži reč "demokratski". U vreme nastanka ovog Ustava, pod rečju "demokratski" razumela se samo neposredna demokratija, kakva je postojala u antičkim gradovima – državama i kakva postoji u pojedinim kantonima Švajcarske. Američka politika je stalno bila obeležena rivalitetom između Kapitola (Kongresa) i Bele kuće (Predsednika). Ovaj rivalitet se sastoji u delimično ustavnopravnim nesuglasticama i razgraničenjima kompetencija. Politikolog, i kasniji predsednik, Vudro Vilson⁹ je video tok američke istorije kroz cikličnu promenu između preovladavanja, u jednom trenutku, Kapitola, a onda, ponovo, Bele kuće.

Zakonodavna vlast

Mada Ustav SAD nije izričito formulisao načelo podele vlasti, ovo načelo je, ipak, očigledno primenjeno. Naime, ono se jasno vidi u strogoj podeli nadležnosti između zakonodavne (legislative), izvršne (egzekutive) i sudske vlasti (judikative), odnosno, između glavnih nosilaca ovih triju vlasti – Kongresa, predsednika SAD i Vrhovnog suda. Podela vlasti je izvršena na rigidan, tj. čvrst način, tako da nijedna od ovih vlasti nema pravo da se meša u rad i nadležnost druge vlasti. Međutim, kako se ni jedinstvo vlasti ne može sprovesti potpuno, tj. ne može se izvršiti koncentracija vlasti samo u jednom jedinom organu, tako se ni podela vlasti ne može shvatiti kruto. To znači da ne postoji apsolutna odvojenost između tri glavne poluge vlasti, tj. svaka vlast ima svoj delokrug, jer postoje mehanizmi koji sprečavaju bilo koju vlast da se preterano osamostali na račun druge. Tako se onemogućava preuzimanje nadležnosti jedne vlasti od druge, odnosno preuzimanje odlučujuće uloge u državi.

Na ovom mestu se, doduše, mora reći da je, ipak, i pored tako prihvaćenog sistema vlasti koji funkcioniše više od dva veka, dolazilo do izvesnog i neizbežnog njegovog modifikovanja. Sistem vladavine u SAD je stabilan, ali komplikovan sistem. U nekim fazama razvoja SAD, dolazilo je do jačeg uticaja vladavine Kongresa, tj. zakonodavne vlasti, drugi put do prevlasti i prevelikog uticaja predsednika SAD, tj. izvršne vlasti, ali je, takođe, bilo i perioda kada je glavni uticaj imao Vrhovni sud, tj. sudska vlast¹⁰.

⁹ Woodrow Wilson.

¹⁰ Ova pojava se naziva sudokratija.

Članom I Ustava je predviđeno da sva zakonodavna vlast pripada Kongresu Sjedinjenih Država, koji se mora sastajati najmanje jedanput godišnje, a taj se sastanak održava prvog ponedjeljka u decembru, izuzev, ako se zakonom ne odredi drugi dan. Kongres se sastoji od Senata¹¹ i Predstavničkog doma¹². Ovakva dvodomna struktura najvišeg zakonodavnog tela uslovljena je tipom državnog uređenja – federalizmom. SAD predstavljaju federaciju, koja je, u stvari, državna zajednica i građana i federalnih jedinica, pa su, zato, građani predstavljeni, kako samo ime kaže, u Predstavničkom domu, dok su federalne jedinice našle svoje mesto u Senatu.

Predstavnički dom sačinjava 435 članova, tj. poslanika, koji se biraju na period od dve godine, ali tako da se po jedna polovina bira svake godine¹³. Međutim, ovde se traže i određeni uslovi, tako da niko ne može biti izabran za predstavnika ukoliko nije navršio 25 godina života i ukoliko nije proveo 7 godina života kao građanin Sjedinjenih Država. Naravno, kao poseban uslov se podrazumeva da je kandidat za predstavnika žitelj države u kojoj treba da bude biran.

Senat Sjedinjenih Država, prema istom članu I Ustava, sastoji se od po dva senatora iz svake države, a te senatore bira zakonodavna vlast dotične države na 6 godina i svaki senator ima po jedan glas. I ovde se traži ispunjenje određenih uslova, tako da niko ne može biti senator ko nije navršio 30 godina života i ko nije 9 godina bio građanin Sjedinjenih Država. Takođe, i ovde je potrebno da kandidat za senatora u vreme izbora bude stanovnik države za koju se bira. Predsednik Senata je po funkciji potpredsednik Sjedinjenih Država, koji, međutim, nema pravo glasa, izuzev, kada su glasovi jednako podeljeni. Senat je uveden kao kompromisno rešenje između centralista i federalista, a s obzirom da ga sačinjavaju po dva senatora iz svake države (a ima ih ukupno 50), koje biraju građani neposredno na 6 godina¹⁴, to znači da Senat čini 100 senatora.

Za Senat je karakteristično da se u njegovoj nadležnosti nalazi jedna kvazisudska funkcija parlamenta, koja je nastala još u Engleskoj u XIV veku. To je, tzv. *impeachment* (*impeachment*), koji Senatu daje isključivo pravo suđenja po svim zahtevima za diskvalifikaciju i krivično gonjenje službenih lica. Kada se, međutim, sudi predsedniku SAD, onda Senatom predsedava predsednik Vrhovnog suda, s tim što niko ne može biti osuđen bez saglasnosti 2/3 prisutnih članova. U slučaju *impeachmenta*, tj. diskvalifikacije, odluka ne može ići dalje od ukidanja s

¹¹ *Senate*.

¹² *House of Representatives*.

¹³ Time se obezbeđuje stalni rad Predstavničkog doma u kontinuitetu.

¹⁴ Do 1913. godine, tj. do Amandmana XVII, senatore je biralo zakonodavno telo države.

položaja i zvanja, mesta od poverenja i plaćene službe Sjedinjenih Država. Ipak, diskvalifikovana stranka može biti optužena, može joj se suditi, ona se može osuditi i kazniti po odredbama zakona.

Za svoj rad članovi Predstavničkog doma i Senata, tj. predstavnici i senatori, dobijaju naknadu, koju određuje zakon, a istu isplaćuje blagajna Sjedinjenih Američkih Država. Oni, takođe, uživaju imunitet, tj. u svim slučajevima, sem slučaja izdaje, zločina i povrede javnog mira, predstavnici i senatori su zaštićeni od hapšenja za vreme trajanja zasedanja njihovih domova i pri dolaženju u njih. Pored toga, za svaki svoj govor ili izraženo mišljenje u oba doma, oni neće odgovarati ni pred kim. Međutim, za ova lica je predviđena i nespojivost službe, tj. inkompatibilitet. Naime, nijedan senator, ni predstavnik ne može, dok traje mandat za koji je izabran, biti postavljen ni na kakvu službeničku dužnost Vlade Sjedinjenih Država, koja bi bila stvorena ili čiji bi prihodi od toga bili uvećani za to vreme. Takođe, nikakvo lice koje vrši službeničku dužnost u Sjedinjenim Državama, ne može postati član bilo kog doma za vreme trajanja njegove službe.

Nadležnosti Kongresa su veoma velike. Tako, Kongres ima pravo:

- da ustanovljava i ubira poreze, carine, takse, trošarine¹⁵;
- da plaća dugove i stara se o zajedničkoj odbrani i o opštem blagostanju Sjedinjenih Država;
- da ujednačava sve takse, carine i trošarine na celom području Sjedinjenih Država;
- da objavljuje rat, daje dozvole za napadanje na neprijateljske brodove;
- da vrši isključivu zakonodavnu vlast u svakom pogledu nad distriktom... koji je ustupljen od strane pojedinih država i može postati sedište Vlade Sjedinjenih Država.

Bez odobrenja Kongresa, Sjedinjene Države ne mogu dodeljivati nikakvu plemićku titulu, ne može se razrezivati nikakav porez, niti donositi bilo kakav zakon o oduzimanju imovine i lišavanju imovinskih prava određenih lica. Nijedna država ne može ulaziti ni u kakav ugovor, ni u savez ili konfederaciju, ni kovati novac, ni izdavati novčanice, razrezivati dažbine, ulaziti u sporazume ili ugovore sa drugim državama ili stranim silama, niti se upuštati u rat, bez pristanka Kongresa, sem u slučaju neposrednog napada na nju ili takve opasnosti, koja ne trpi odlaganje.

Kongres može u Savez primiti nove države, ali nijedna nova država se ne može osnovati, ni proglasiti na pravnom području bilo koje druge države; ne može se, takođe, nijedna država obrazovati spajanjem dveju ili više država, ni

¹⁵ Ovde je bitno napomenuti da sve carine, takse i trošarine moraju biti jednoobrazne na celoj teritoriji Sjedinjenih Američkih Država.

delova država, bez pristanka zakonodavnih tela zainteresovanih država i Kongresa. Kongres ima pravo da raspolaže teritorijom i imovinom Sjedinjenih Država i da o tome izdaje potrebna pravila i propise.

Iz navedenog se može videti da Kongres ima veoma široke nadležnosti. Pre svega, Ustav je Kongresu poverio sva zakonodavna ovlašćenja i Kongres sva svoja ustavna ovlašćenja vrši sa velikim uspehom. Međutim, zbog postojanja klauzule o ograničenju državnih ustava i federalnih klauzula o podeli nadležnosti, vremenom se pokazalo da Kongres ne može u celini da vrši svoju zakonodavnu vlast samo donošenjem zakona i nadležnostima koje ima u okviru Ustava. Zbog toga je Kongres aktivirao tzv. "dopunska" ili "dodatna" ili "skrivena" ovlašćenja. Naime, shodno "teoriji prećutnih ovlašćenja", koja je stvorena i koja se sprovodi u praksi, najviši zakonodavni organ Amerike, ako je to potrebno, može "zakonodavno da deluje i u drugim materijama za čijim se regulisanjem na saveznom nivou pojavi potreba. Prihvatanjem ove teorije, ogromno je povećana nadležnost Kongresa..."¹⁶.

Iako se neki Amerikanci žale na opadanje moći Kongresa, posebno u XX veku, američka legislativa, još uvek, važi za "najmoćniji parlament na svetu", kao "radni parlament", koji u najvećoj mogućoj meri, autonomno ispunjava svoju zakonodavnu funkciju, i u smislu ograničenja vladavine, nadgleda i kontroliše izvršnu vlast. Kao "radnom parlamentu", koji autonomno obavlja svoje zadatke, Kongresu je potrebna sveobuhvatna visokoobrazovana i stručna služba, radno-tehnički aparat, kao i visoka mera specijalizacije. Ovo važi za oba doma, za mnogobrojne odbore, komisije i potkomisije, kao i pojedinačne poslanike i senatore. Zato Parlamentu stoji na raspolaganju, zahvaljujući kongresnoj biblioteci¹⁷, najbolja biblioteka na svetu. Takođe, Istraživački naučni servis (CRS)¹⁸, kao pomoćna služba Parlamenta, sastoji se od jednog specijalizovanog štaba sa više od 800 saradnika koji pomaže Kongresu u njegovom radu.

Izvršna vlast

Gotova sva izvršna vlast u SAD je članom II Ustava poverena predsedniku Sjedinjenih Američkih Država. Njegov mandat traje četiri godine, kao i mandat njegovog potpredsednika, a način izbora je dosta složen i karakterističan za

¹⁶ Jovičić, M., *Veliki ustavni sistemi*, Beograd, 1984, str. 77.

¹⁷ *Library of Kongress*.

¹⁸ *Congressional research service*.

SAD. To je tzv. elektorski sistem izbora. U SAD, predsednika bira elektorski kolegijum, sačinjen od elektora. Naime, svaka država imenuje izvestan broj izbornika (elektora), ravan celokupnom broju senatora i predstavnika na koje ta država ima pravo u Kongresu; za izbornike se ne može imenovati nijedan senator, ni predstavnik (poslanik), kao ni lice koje vrši neku državnu funkciju u Sjedinjenim Državama (počasnu ili plaćenu).

Predsednik se bira, dakle, od strane izbornika (elektora), a u svakoj državi se bira onoliko izbornika, koliko predstavnika država šalje u Kongres: dakle, najmanje 3 (dva senatora i najmanje jedan reprezent, tj. predstavnik). Ukupno ima 535 izbornika: 100 za senatore, 435 za članove Predstavničkog doma i 3 izbornika za distrikt Kolumbiju¹⁹. Glavni grad Vašington nema predstavnika u Kongresu, nego je kao federalni okrug pod jurisdikcijom Kongresa. Za svakog kandidata je važno da osvoji one države koje daju puno poslanika za Predstavnički dom i time znače puno birača (izbornika, elektora), kao što su, na primer, Kalifornija, Teksas sa 32, Njujork sa 33 ili Illinois sa 22. Ove brojke se menjaju svakih 10 godina, ako se zbog nacionalnog povećanja stanovništva utvrdi promena u broju stanovnika pojedinačne države.

Izbornici se sastaju u svojim državama i glasaju tajno za dva lica, od kojih bar jedno neće biti stanovnik iste države koje su i oni. Tako će se sačiniti jedna lista svih lica za koje se glasalo i broja glasova datih za svako od njih. Taj će se spisak potpisati, overiti i zapečaćen dostaviti u predsedniku Senata, koji će u prisustvu Predstavničkog doma i Senata otvoriti sve spiskove. Glasovi se prebrojavaju, tako da lice koje ima najveći broj glasova postaje predsednik, ako taj broj predstavlja većinu od celog broja naimenovanih birača, a ako ih ima više, koji imaju tu većinu ili imaju jednak broj glasova, onda će Predstavnički dom odmah tajnim glasanjem izabrati jednog od njih za predsednika. Ukoliko nijedno lice nema većinu, onda između petorice sa najvećim brojem glasova na listi, Predstavnički dom na sličan način bira predsednika.

Očigledno je ova procedura dosta komplikovana i složena. Očevi Ustava su u svom poznatom delu *Federalist*, obrazložili političku pozadinu ovakve procedure: "izbor najvišeg službenika prepustiti direktno (neposredno) narodu, ima isto toliko smisla, kao kada bi se slepcu poverio izbor boje".

Predsednik SAD je šef države, šef izvršne vlasti, vrhovni komandant oružanih snaga, šef obaveštajne službe, on je vrhovni zapovednik vojske i morna-

¹⁹ *District of Columbia*.

rice Sjedinjenih Država i policije pojedinih država kad bude pozvana na aktivnu službu Sjedinjenim Državama. On može zahtevati pismeno mišljenje od starešina svakog upravnog resora o svakom predmetu koji se odnosi na poslove njegove nadležnosti. Takođe, predsednik SAD ima pravo da odlaže izvršenje kazni i da daje amnestije i pomilovanja za krivična dela protiv Sjedinjenih Država, izuzev u slučajevima diskvalifikacije, tj. impičmenta, od strane Kongresa. On može, uz mišljenje i pristanak Senata da sklapa međunarodne ugovore, pod uslovom da 2/3 prisutnih senatora da svoju saglasnost; on određuje i, uz mišljenje i pristanak Senata, imenuje ambasadore, druge diplomatske predstavnike i konzule, sudije Vrhovnog suda i sve druge službenike Sjedinjenih Država, za čije imenovanje nije Ustavom drugačije predviđeno, a za koje će to odrediti zakonom; imenuje sekretare (ministre), rukovodi spoljnom politikom, brine se o izvršavanju zakona i drugo.

Iz navedenog se može videti da je predsednik SAD institucija sa veoma moćnim ovlašćenjima. Međutim, on može uspešno da funkcioniše samo ako pored svog potpredsednika ima dobro organizovan splet institucija izvršne vlasti. Zato on ima uz sebe jedan broj ličnih savetnika za sve poslove sa kojima se susreće. To su, u stvari, predsednikove institucije koje su se vremenom ustanovile i formirale:

1. Kabinet, koji čine 14 starešina upravnih resora (sekretara, tj. ministara),
2. Izvršni biro predsednika²⁰.

Međutim, zbog toga što predsednik SAD ima tako velika i moćna ovlašćenja, postoje ograničenja trajanja predsedničke službe na četiri godine, s tim što je još Džordž Vašington rekao da nijedan građanin ne bi trebalo da bude duže od 8 godina na čelu države. Tako je, 1951. godine, u Amandmanu XXII, definitivno upisano načelo o samo jednom reizboru. Pre toga, Frenklin Ruzvelt je, zbog Drugog svetskog rata, proveo tri mandata u Beloj kući i time, po prvi put, prekršio napisano ustavno pravilo.

Sudska vlast

Slobodno i na pravu zasnovano pravosuđe predstavlja jedan od osnovnih stubova američke državnosti i njene ustavnosti. Naime, pitanje sudova, suđenja, zakona, prava i pravde, postavilo se u najoštrijoj formi još u ranoj fazi nastanka američkih država, tj. engleskih kolonija. S obzirom da su sve prvobitno osno-

²⁰ *Executive Office of the President.*

vane države na američkom tlu bile pod engleskom upravom, da su obrazovani ljudi dolazili uglavnom iz Engleske i da su doseljenici uglavnom govorili engleski jezik, to je pretežan uticaj engleskog prava bio razumljiv i logičan.

Zbog svega toga, evropski teoretičari prirodnog prava su imali veoma snažan uticaj na osnivače američke države i Ustava SAD, koji su bili uvereni da je za američke građane i američko društvo, podela vlasti najprikladniji model organizacije vlasti. U takvoj organizaciji sudska vlast je, pored zakonodavne i izvršne, tokom vremena postala treća, ravnopravna vlast, koja je uspostavljena samim Ustavom. Tako je ova vlast postala nesporan, autoritativan i nezamenljiv stub političkog sistema SAD.

Američki federalizam je, u spoju sa anglosaksonskim tradicijama, stvorio pravosuđe koje je za strance teško pristupačno i razumljivo. Naime, razvila su se dva vertikalna sudska sistema: savezna judikativa, kao trostepena piramida sa Vrhovnim sudom pravde²¹, apelativnim instancama i disktriktinim sudovima, na jednoj strani, i višestepeno sudstvo pojedinih država, na drugoj strani. Ovo vodi ka velikoj raznolikosti pravnih tumačenja, koja se oslanjaju na anglosaksonsko pravo²², koje ne poznaje bilo kakve zakonske i pravne kodifikacije, orijentisane na sistematiku rimskog prava, nego izvodi aktuelno pravo iz ranijih sudskih odluka, tj. prethodnih slučajeva.

Sudska vlast Sjedinjenih Država poverena se jednom Vrhovnom sudu i onim nižim sudovima koje Kongres može, s vremena na vreme, da određuje i ustanovljava. Karakteristična je sudijska samostalnost i nezavisnost, jer sudije i Vrhovnog i nižih sudova, zadržavaju svoja zvanja sve dok se dostojno vladaju, a za svoju službu dobijaju naknadu koja se ne može smanjivati za vreme njihove službe. Sudska vlast se prostire na sve slučajeve, po zakonu i pravičnosti, koji proističu iz Ustava SAD, zakona Sjedinjenih Američkih Država i ugovora zaključenih ili koji će se zaključiti po njihovom ovlašćenju, na sve slučajeve koji se tiču ambasadora, drugih diplomatskih predstavnika i konzula, na sporove u kojima su Sjedinjene Države stranka, na sporove između dveju ili više država, kao i između jedne države i građana neke druge države.

U svim slučajevima koji se tiču ambasadora i drugih diplomatskih predstavnika i konzula i u onima u kojima je neka država stranka, Vrhovni sud će suditi u prvom stepenu. U svim drugim, napred navedenim, kao i nepomenu-

²¹ *Supreme Court.*

²² *Common law.*

tim slučajevima, Vrhovni sud će rešavati po žalbi. Suđenje o svim krivičnim delima, izuzev slučajeva impičmenta, tj. diskvalifikacije u Kongresu, vrši se uz učešće porote. Takvo se suđenje vrši u državi u kojoj je delo izvršeno, a ako delo nije izvršeno ni u jednoj državi, suđenje se vrši na onom mestu ili mestima koje Kongres zakonom odredi.

Odnos između zakonodavne i izvršne vlasti

Danas je opštepoznato da predsednik SAD ima veća ovlašćenja nego bilo ko drugi demokratski izabran predsednik države ili vlade, iako, Ustavom SAD iz 1787. godine, koji i danas važi, članom II, nisu utvrđene sve nadležnosti i sva njegova ovlašćenja koja on danas ima. Došlo je, znači, vremenom, do znatnog proširivanja ovih ovlašćenja, i to, pre svega, tumačenjima Ustava od strane Vrhovnog suda, ali i praksom predsednika i Kongresa.

Najpoznatiji primer predsedničkog sistema je u Sjedinjenim Američkim Državama i u njemu je očigledna težnja Ustava da stavi u isti položaj (u istu ravan) predsednika SAD i Kongres²³. Međutim, i u samom tekstu Ustava, i u ustavnoj praksi, između predsednika i Kongresa su utvrđeni, odnosno, vremenom uspostavljeni, određeni odnosi. Naime, i sam Monteskje, koji je najpotpunije razvio teoriju podele vlasti, u svom delu *O duhu zakona* kaže da su vlasti obavezne da rade sporazumno, što znači da bi potpuna ravnopravnost vlasti i čista podela vlasti, dovela do paralize. Odnosi između tri funkcije državne vlasti u predsedničkom sistemu SAD, zasnivaju se na načelu *checks and balances*, tj. na međuzavisnosti nosilaca tih funkcija putem *koordinacije*. Naravno, ovde treba ukazati da se takav tip odnosa suštinski razlikuje od međuzavisnosti nosilaca funkcija državne vlasti putem *integracije*, što je odlika organizacije vlasti u parlamentarizmu.

Svaki zakonski predlog koji prođe kroz Predstavnički dom i Senat, pre nego što postane zakon, mora biti podnet predsedniku Sjedinjenih Američkih Država. Ako se on sa njim saglasi, potpisuje ga, a ako se ne saglasi, vratiće ga sa svojim primedbama onom domu iz koga je potekao. Taj dom će u celosti uneti primedbe u svoj zapisnik i pristupiti ponovnom pretresanju podnetog zakon-

²³ Težnja Ustava je da to bude, kako u pogledu njihovog položaja, tako i u pogledu njihovih funkcija.

skog predloga. Ako se posle takvog ponovnog pretresanja 2/3 tog doma saglase da prime predlog zakona, on će se, zajedno sa svim primedbama poslati drugom domu, koji će ga na isti način uzeti u ponovno pretresanje, pa ako ga prime 2/3 tog doma, on će postati zakon.

Predsednik i Kongres vrše različite vlasti i u odnosu su čiste podele vlasti. Naime, za vreme celog svog mandata, predsednik (uz pomoć svog kabineta) vrši celokupnu izvršnu vlast, dok Kongres, kao zakonodavni organ, vrši celokupnu zakonodavnu vlast. To znači da, u načelu, nijedan organ ne može intervenisati u vršenje funkcije dodeljene drugom organu²⁴ i nijedan organ ne može odlučivati o postojanju drugog²⁵ (jednom izabran, svaki je organ siguran da će ostati na funkciji do isteka svog mandata). Predsednik ne može da raspusti Kongres, a Kongres ne može da opozove predsednika.

Odnos predsednika SAD i Kongresa je precizno utvrđen samim Ustavom. Međutim, dugogodišnja praksa je još više i jasnije utvrdila ovaj odnos, tako da je stvorena ravnoteža vlasti. Naime, iako predsednik nije odgovoran Kongresu, već samo Ustavu, on je, ipak, na neki način, vezan za Kongres, koji je, opet, s druge strane, vezan za predsednika u pogledu donošenja zakona. Tako, iako predsednik nije politički odgovoran, on je po Ustavu krivično odgovoran i zbog toga može da se prema njemu primeni impičment. Predsednik, zbog nepostojanja političke odgovornosti, ima mogućnosti za donošenje velikog broja samostalnih odluka, ali, ako se posumnja da je učinio neko krivično delo, kao što su, na primer, izdaja, mito i drugi teški zločini i prestupi, onda Predstavnički dom može pokrenuti postupak, dok Senat sprovodi suđenje. Do sada su poznata tri slučaja pokretanja odgovornosti za predsednika SAD, i to:

- prvi, 1868. godine, kada je predsedniku Endrju Džeksonu²⁶ sudio Senat, čijom odlukom je predsednik oslobođen optužbe;
- drugi, 1974. godine, kada je predsedniku Ričardu Niksonu²⁷ zaprećeno da će mu se suditi zbog afere "Votergejt" (prisluškivanje). On je sam podneo ostavku i zato mu se nije sudilo;

²⁴ Na primer, predsednik ne može učestvovati u vršenju zakonodavstva, a Kongres ne može intervenisati u funkcionisanje predsednika.

²⁵ Na primer, predsednik nema pravo da raspusti Kongres, a ovaj, sa svoje strane, ne može da pokrene pitanje odgovornosti predsednika.

²⁶ Andrey Jackson.

²⁷ Richard Nixon.

- treći, 1998. godine, kada je pokrenuta odgovornost protiv predsednika Bila Klinton²⁸ za aferu "Levinski" i "ovalni kabinet". Međutim, odlukom Senata i Klinton je oslobođen optužbe.

Pored toga, predsednik mora da položi račune Kongresu za svaki vid finansijskih izdataka. Takođe, on mora da traži saglasnost od Senata za sva važnija imenovanja svojih saradnika, kao i saglasnost za sva važnija spoljnopolitička pitanja. Kongres utiče na predsednika, već samim tim što donosi zakone i izglasa budžet (znači, propisuje pravila ponašanja i trošenja novca), a preko gornjeg doma, tj. Senata ima posebna sredstva uticaja na predsednika. Naime, Senat može da odbije nominacije visokih funkcionera koje je izvršio predsednik. Iako je za njihovo imenovanje nadležan jedino predsednik, nema postavljanja tih funkcionera bez pristanka Senata. Takođe je karakteristična tzv. "*senatorska predusretljivost*"²⁹, koja se sastoji u tome, što predsednik ne može da imenuje jedno lice za vršioca određene savezne funkcije, ako prethodno nije zatražio "*mišljenje i pristanak*" senatora koji potiču iz iste države iz koje potiče lice koja predsednik namerava da imenuje. Ako se desi da su ti senatori protiv predsednikovog imenovanja ili ako predsednik prilikom imenovanja od njih nije zatražio "*mišljenje i pristanak*", onda se ostali članovi Senata mogu sa njima solidarirati tako, iz razloga "*senatorske predusretljivosti*" oni mogu uskratiti predsedniku svoj pristanak na postavljenje imenovanog lica.

Takođe, Senat ima veoma velika ovlašćenja prema predsedniku i u oblasti spoljne politike, jer je ovlašćen da ratifikuje međunarodne ugovore, koje je on zaključio sa stranim državama. Senat to čini dvotrećinskom većinom prisutnih članova, pa je, tako, vršeći to svoje pravo, on odbio da ratifikuje neke međunarodne ugovore od velike važnosti³⁰. Može se reći da su sva ova ovlašćenja Kongresa prema predsedniku, ustvari, protivmere ovlašćenjima predsednika prema Kongresu, pa je tako, analogno predsednikovom vetu prema Kongresu, nastao "*Kongresni veto*". To je ovlašćenje Kongresa prema predsedniku, koje omogućuje Kongresu da blokira pojedina ovlašćenja predsednika.

Kada je reč o njihovom odnosu u pogledu donošenja zakona, onda treba reći da predsednik potpisuje i proglašava zakone i druge važne odluke Kongresa.

²⁸ Bill Clinton.

²⁹ *Senatorial Courtesy*.

³⁰ Primer za to je, recimo, Versajski mirovni ugovor iz 1920. godine.

U tom pogledu, predsjednik ima pravo veta na izglasane, a neobjavljene zakone i tu razlikujemo dve vrste veta: suspenzivni ili odložni i džepni veto (*pocket veto*).

Ako se predsjednik ne slaže sa nekim zakonskim predlogom, i pored toga što su ga prihvatili Senat i Predstavnički dom, on taj zakonski predlog može da ne potpiše i da ga takvog vrati Kongresu u roku od 10 dana. Otuda, ovaj suspenzivni (odložni) veto, predstavlja moćno oružje u rukama predsjednika. Naime, da bi takav zakon stupio na snagu i bez pristanka i potpisa predsjednika, Senat i Predstavnički dom ga moraju usvojiti dvotrećinskom većinom, što je, međutim, teško postići³¹. Ukoliko predsjednik u roku od 10 dana ne da saglasnost, ali ne stavi ni veto na zakon izglasan u Kongresu, onda takav zakon automatski postaje zakon i bez potpisa predsjednika, posle proteka roka od 10 dana od dana kada je predsjedniku dostavljen (i pod uslovom da Kongres, još uvek, zaseda). Međutim, ako se desi da Kongres, u međuvremenu, zaključi sa radom, predsjednik taj predlog zakona sa kojim nije saglasan, praktično, "stavlja u džep". Formalno posmatrano, on nema mogućnosti da u roku od 10 dana izrazi svoj stav, jer je Kongres zaključio sa radom, a što bi predsjednik učinio potpisivanjem zakonskog predloga ili stavljanjem veta na njega. Ova varijanta veta, koja ima delovanje apsolutnog veta, u praksi je dobila naziv "džepni veto", posle koga odnosni zakonski predlog mora u sledećem zasedanju Kongresa da prođe veoma težak put zakonske procedure od početka (*ab initio*), tj. od zakonske inicijative. Zato se sa sarkazmom kaže da predsjednik SAD, ustvari, predstavlja treći dom Kongresa.

Pored navedenog, kada je u pitanju uticaj predsjednika na Kongres, treba reći da predsjednik nema pravo zakonodavne inicijative. Takvo sredstvo u SAD predstavlja, faktički, predsednikova poslanica, tj. poruka o stanju nacije, a to je, ustvari, govor koji predsjednik drži u Kongresu svake godine, koji je ujedno i predsednikov zakonodavni program³². Naime, takve adrese predsjednika, upućene Kongresu, obično vrše veoma jak uticaj na javno mnjenje i postaju zakonodavni program Kongresa. U vezi sa njegovim govorom, tj. programom o stanju nacije i porukama u njemu, nema dijaloga. Čim završi svoj govor, predsjednik se povlači iz Kongresa.

Ustav ne pominje instituciju Vlade (Kabineta). Naime, na osnovu prakse, predsjednik SAD je formirao neku vrstu kabineta sastavljenog od starešina upravnog resora, koji su predsednikovi najbliži saradnici. Oni obrazuju nefor-

³¹ Zbog toga se zakon na koji je predsjednik stavio veto, ili više ne pojavljuje, ili se pojavljuje u nešto izmenjenoj formi, naravno, saglasno stavu predsjednika.

³² *Legislative Agenda*.

malni kabinet, koji se danas sastoji od 14 upravnih resora (departmana). Na čelu ovih resora se nalaze starešine, koji nose naziv sekretara, a jedino starešina resora pravde, nosi naziv opšti pravozastupnik³³. To su, uglavnom, predsednikovi lični prijatelji i najbliži saradnici, koji čine tzv. administraciju. Ovaj američki kabinet više podseća na grupu ministara koji su, kako je to isticao Džejms Brajs, "okruživali cara ili sultana ili koji su izvršavali naređenja rimskih imperatora poput Konstantina ili Julijana". To, uopšte, nije klasična vlada, niti neko homogeno kolektivno telo, već telo koje raspolaže samo onim ovlašćenjima koje mu dodeli predsednik. Odnose u kabinetu dobro ilustruje izjava koju je dao američki predsednik Linkoln, da "jedini glas koji važi je glas predsednika". Naime, u ondašnjem, za polovinu manjem od današnjeg, kabinetu, sastanci članova su bili, kao i danas, dosta retka pojava, a glasanje na njima se vršilo, i vrši, samo na zahtev predsednika, koji može da odluči drugačije od većine članova kabineta. Jednom prilikom, predsednik Linkoln je hteo da proveri svoj stav u Kabinetu i zatražio je glasanje. Svi članovi, tada njih sedmoro, glasali su protiv predloga predsednika, a jedino je Linkoln, kao predlagač, bio za, i on je nakon toga konstatovao "Imamo sedam ne i jedno da – odluka glasi da".

Odnos između zakonodavne i sudske vlasti

Važna poluga u predsedničkom sistemu vlasti u međuzavisnosti nosilaca vlasti putem koordinacije je i sudska vlast. Tu vlast vrše sudovi prema načelu samostalnosti i nezavisnosti, ali je njima dato u nadležnost jedno ovlašćenje za koje se u teoriji sa sigurnošću ne može tvrditi da je deo sudske funkcije. Naime, u SAD su (samo) vrhovni sudovi ovlašćeni da ispituju ustavnost akata koje je doneo parlament, i to, pre svega, zakona³⁴. Međutim, rešavajući konkretne sporove, sudovi su ovlašćeni da ne primene zakon koji smatraju neustavnim. Tako, oni primenjuju prilikom rešavanja konkretnog spora, neposredno Ustav, što predstavlja ekscipciju neustavnosti. S obzirom da u SAD postoji obaveza nižih sudova da se pridržavaju pravnih pravila viših sudova koja su oni formulisali u svojim presudama, ove odluke, praktično, imaju opšte dejstvo i snagu zakonskog pravila (a, ustvari, takve odluke treba da važe samo u spornom slučaju).

³³ *Attorney General.*

³⁴ *Judicial Review.*

Ustav je utemeljio samo Vrhovni sud kao ustavnu kategoriju, a sve ostale savezne sudove formira Kongres zakonima, kao zakonsku kategoriju, što je dovelo, vremenom, do stvaranja široke i snažne mreže saveznih sudova (pored, već utemeljene, mreže državnih sudova). Sudovi sude za sve vrste sporova, izuzev, što je Ustav izdvojio slučajeve impičmenta i to pravo suđenja dao Kongresu.

To što je Ustav dao svu sudsku vlast sudovima, poštujući ideju da pravosuđe bude nezavisna i treća poluga vlasti, je nešto što je sjajno i revolucionarno, ali za mnoge ljude toga vremena (kraj XVIII i ceo XIX vek), teško shvatljiva i po mnogima neostvariva. Međutim, danas je predsednikov uticaj na Vrhovni sud relativno skroman, između ostalog, i zbog toga što predsednik imenuje sudije Vrhovnog suda doživotno. To znači, da kada ih jednom postavi, onda nema pravo da ih smenjuje. U cilju odvajanja sudske od zakonodavne i izvršne vlasti i ostvarivanja njene nezavisnosti, u SAD je doneto i primenjeno nekoliko veoma dobro smišljenih i u praksi sprovedenih odluka, koje su omogućile da sudska vlast, zaista postane treća vlast:

- prvo, samim Ustavom je utvrđeno da je jedino sudovima dato pravo da tumače zakone i Ustav i da ih štite;
- drugo, sudije zadržavaju svoje položaje sve dok se dobro drže, tako da im njihova stalnost i sigurnost daje moć nezavisnosti. To, ustvari, znači da oni svoju funkciju obavljaju doživotno;
- treće, sudije su finansijski potpuno nezavisne, jer im, opet, sam Ustav, garantuje da se njihova finansijska prava ne smeju umanjivati, niti osporavati.

Rezime

U Sjedinjenim Američkim Državama sve najznačajnije državne institucije su formirane na bazi vrlo složenih pravnih, političkih, ekonomskih i istorijskih kriterijuma, a ta složenost je posledica stvaranja celokupnog sistema na osnovama brojnih teorijskih i praktičnih uticaja. Tu, pre svega, mislimo na uticaje vrlo komplikovanog, razuđenog i nekonzistentnog engleskog pravnog sistema, francuske teorije i prava, specifičnog oblika federalnog uređenja, kao i velikog broja državnih pravnih sistema, od kojih svaki ima neku svoju specifičnost.

SAD su demokratska zajednica sa izgrađenim pravnim sistemom i visoko dostignutim stepenom i svojstvima pravne države i vladavine prava, kao i sa dobro uređenim mehanizmima za zaštitu ljudskih prava i sloboda. To je, takođe,

federacija sa dobro organizovanom i utemeljenom vlašću prema načelu podele vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku. Iako Ustav nije izričito naglasio i formulisao ovo načelo podele vlasti, ono je, ipak, očigledno primenjeno.

Naime, ovaj princip organizacije vlasti se jasno vidi u strogoj podeli nadležnosti između zakonodavne, izvršne i sudske vlasti, tj. između Kongresa, Predsednika i Vrhovnog suda. Ovde je primenjena rigidna, čvrsta podela triju vlasti, tako da nijedna od njih nema prava da se meša u rad i nadležnosti druge vlasti. Naravno, pojam podele vlasti ne sme suviše kruto da se shvati, jer bi to podrazumevalo apsolutnu odvojenost između tri glavne poluge vlasti. Naime, ovde se radi o tome da svaka vlast ima svoj delokrug i da su izgrađeni mehanizmi da sprečavaju bilo koju vlast da se osamostali na račun druge, uzimajući i njene nadležnosti, i da tako preuzme odlučujuću ulogu.

Zakonodavnu vlast vrši Kongres, sastavljen od dva doma: Predstavničkog doma i Senata. Ovo je organ kome je Ustav poverio sva zakonodavna ovlašćenja. Kada je reč o izvršnoj vlasti treba reći da je ona članom II, gotovo sva, poverena predsedniku SAD, koji, zato, ima moćnu vlast, jaču i snažniju od ostalih. Treća je sudska vlast, tj. slobodno i na pravu zasnovano pravosuđe, koje predstavlja jedan od osnovnih stubova američke državnosti, njene ustavnosti i demokratske vladavine.

Summary

Prof. dr Dragan Bataveljic, Ph. D.
Faculty of Law, Kragujevac

CONTEMPORARY USA CONSTITUTIONAL SYSTEM

All the most significant institutions in USA are formed based on the very complex legal, political, economic and historical criterion; this complexity comes as the result of formation of the entire system based on numerous theoretical and practical impacts. Here, we first of all have in mind the impacts of very complicated, wide and inconsistent English Legal System, French Theory and Law, specific form of the Federal System and a big number of state legal systems, each with its own particularity.

US is a democratic union with established legal system, high rate and features of the legal state and governing of law, and properly established mechanisms for protection of human rights and freedom. It is a federation with properly organized and established power in compliance with the principle of power distribution to legislative, executive and judicial. Regardless of the fact that the Constitution did not explicitly stress and formulate this principle of power distribution, its application is evident.

Namely, this principle of organization of power is evident in strict division of responsibilities between legislative, executive and judicial power, that is between a Congress, a President, and a Supreme Court. Here, the strict and fixed distribution of power is applied, so that none of them has the right to interfere in the activity and responsibility of the other. Of course, the concept of the distribution of power should not be understood too rigorously, for it would mean the absolute separation between the three main power axes. Namely, here, each power has its competence, and there are established mechanisms to prevent any of the powers to become independent on behalf of the other, taking the responsibility of the other power, and the ruling role.

Legislative power is vested in a Congress, consisting of the House of Representatives and Senate. This is the body vested in all the legislative authorities by the Constitution. Executive power, almost entire, is by the Article 2 vested in a President of the USA, who has, due to this, the strong power, stronger than others. The third power is the judicial, i.e. the free, law based jurisdiction, representing one of the basic pillars of the American state, constitutionality and democracy.

2. Mr Ivana Tucak, asistent

Pravni fakultet, Osijek, Hrvatska

TEORIJA SUVERENITETA I FEDERALNI USTAV SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA

Sažetak: Za potpuno razumijevanje značenja pojmova suvereniteta i federalizma u Sjedinjenim Američkim Državama nije dovoljno proučavanje odredbi samog teksta Ustava iz 1787. Ustavne odredbe treba staviti u kontekst povijesnih događaja. Poimanje odnosa između savezne države i država članica znatno se promijenilo od vremena "Očeva utemeljitelja". Danas federalna vlada ima niz funkcija koje ustavotvorci u 18. stoljeću nisu mogli ni zamisliti. Pri tom je odlučujuću ulogu odigrao Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država, označen kao "permanentna ustavna konvencija". Tako se pored Američke revolucije, kao prijelomni događaji za razumijevanje američkog iskustva s federalizmom označavaju i razdoblje Građanskog rata i razdoblje *New Deal*a, programa predsjednika Franklina D. Roosevelta kojim se pokušalo odgovoriti na Veliku depresiju koja je obilježila tridesete godine 20. stoljeća.

Ključne riječi: suverenitet, imunitet suverena, federalizam, prava država, ustav.

1. Uvodne napomene – Značenje suvereniteta

Na samom početku važno je primijetiti kako je pojam suvereniteta, od svoga izuma u 16. stoljeću u Europi, bio primijenjen na tako različite situacije i bio podložan stalnoj redefiniciji u skladu s povijesnim okolnostima. Sve do zadnje četvrtine 18 stoljeća prevladava koncepcija prema kojoj u svakoj državi mora postojati institucija koja se smatra vrhovnom i neograničenom. Boreći se protiv arbitrarnih postupaka engleskog Parlamenta, upravo su tada američki kolonisti razvili novi koncept suvereniteta koji dozvoljava njegovu djeljivost. U ovom radu ćemo nastojati prikazati američko poimanje suvereniteta i njegov

razvoj u okviru novog oblika složene države koja ujedinjuje elemente unitarne države i konfederacije. Da bismo shvatili u čemu se sastoji ta novina, na ovom mjestu ćemo se samo ukratko osvrnuti na nastanak i poimanje ovog koncepta u Europi.

Smatra se da je prvi, koji je jasno oblikovao teoriju suvereniteta, bio francuski pisac Jean Bodin (1529-1596.) u svom djelu "Šest knjiga o republici" (*Six Livres de la Republique*, 1576.). Povijesne okolnosti u kojima se nalazila Francuska njegova vremena te rasulo nastalo građanskim ratom između katolika i hugenota potaknule su Bodina na razmišljanje kako se država može ostvariti samo prihvaćanjem jednog autoriteta koji bi imao središnju i neograničenu moć.¹ Bodin shvaća suverenitet kao najvišu, apsolutnu, neograničenu, trajnu, originarnu i od zakona slobodnu vlast.² On u *Republici* obrađuje čitavo državno pravo te razlikuje tri vrste država klasificirane prema nositeljima suvereniteta: monarhiju, narodnu državu i aristokraciju. Ova tri oblika vladavine nije moguće kombinirati. Budući da monarhiju opisuje kao najbolji i prirodni oblik vladavine, to je razlog zašto njegovo određenje suvereniteta nije ono koje bi se moglo primijeniti na sve oblike vladavine. Suverenitet se, prvotno, pokazuje u mogućnosti slobodnog donošenja zakona: "...prva oznaka suverenog vladara (je) vlast da donosi zakone za sve općenito i za svakoga pojedinačno".³ Ako bi suverenu pri donošenju zakona trebao pristanak podanika, senata ili naroda, on ne bi bio suveren.⁴ Vladar je, dakle, prema klasičnoj rimskoj doktrini, odriješen od obvezatnosti zakonu (*princeps legibus solutus est*). Suveren nije vezan vlastitim zakonima, niti zakonima svojih prethodnika. Vladar nije vezan niti svojom krunidbenom prisegom. Običaji vrijede samo ako vladari daju svoj prešutni pristanak na njihovo važenje.⁵ Osim donošenja zakona, drugi znakovi suverene vlasti su: objavljivanje rata i sklapanje mira, postavljanje najvažnijih službenika, davanje pomilovanja, pravo na vrhovnu sudsku vlast, kovanje novca i pravo na raspisivanje poreza.⁶

¹ Hinsley, F. H., *Suverenitet*, August Cesarec, Zagreb, 1992, str. 116.

² Krbek, Ivo, *Suverenitet*, Rad JAZU, knjiga 334, Zagreb, 1964, str. 80.

³ Bodin, Jean, *Šest knjiga o republici (izbor)*, Zagreb, Politička kultura, 2002, str. 58.

⁴ Krbek, op. cit., str. 82; Usp. Grubić, Nado, Oblikovanje i razvitak ideje monarhijskog suvereniteta, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 37: 5-6/1987, str. 806.

⁵ Grubić, op. cit., str. 807.

⁶ Grubić, op., cit., str. 808; Usporedi Bodin, op. cit., str. 53-68. (X. poglavlje Prave oznake suverenosti)

Međutim, važno je upozoriti da je Bodin učinio suverena samo gospodarom zakona, ali ne i gospodarom prava. Suveren je samo *legibus absolutus*, a ne *iure absolutus*.⁷ Suveren je, ponajprije, ograničen prirodnim i božanskim pravom. Suveren je, nadalje, ograničen međunarodnim pravom i obvezama koje je preuzeo prema drugim državama, "*pacta sunt servanda*".⁸ Suveren je ograničen i tzv. "osnovnim zakonima" (*leges imperii*), koji prethode suverenosti i iz kojih se suverenost izvodi. Ovi se zakoni odnose na nasljedstvo prijestolja (koje se temelji na Salijskom zakonu) i neotuđivost kraljevskog posjeda.

Među Bodinovim sljedbenicima posebno se ističe engleski pisac Thomas Hobbes (1588-1679.). Njegovo poimanje monarhijskog suvereniteta postalo je ekstremnije nego u originalnoj doktrini. Svoga suverena on je učinio neograničenim tako što ga je nadredio i prirodnim i božanskim zakonima, što je značilo konačan raskid sa srednjovjekovnim shvaćanjima. Međutim, Hobbesovu doktrinu monarhijskog suvereniteta neki pisci označuju kao "svečani nadgrobni spomenik-glorifikator nad odrom engleske apsolutne monarhije".⁹ U 17. stoljeću englesko ustavno pravo već posjeduje instrumente ograničavanja kraljeve vlasti, tako *Magna Carta libertatum* iz 1215., te Peticija prava (*Petition of Rights*) iz 1628. Također se kao važan jamac osobne slobode javlja *Habeas Corpus Act* iz 1679. godine.

Konačno se 1688. pojavljuje djelo "Slavne revolucije" kao doktrina o suverenitetu Parlamenta. Zakon prava (*Bill of Rights*) određuje da je zakon obvezan i za kralja. Nakon Slavne revolucije, u Engleskoj se vrhovna vlast nalazila u Kralju u Parlamentu, kojega čine Kralj, dom lordova i donji dom. Vrhovna vlast ne dolazi više od božanskih prava kraljeva, već od pristanka naroda. Međutim, nakon što narod izabere članove Parlamenta, on donosi zakone potpuno samostalno, bez bilo kakvog vanjskog utjecaja.¹⁰ Klasičnu definiciju dao je početkom 19. st. William Blackstone prema kojemu je vlast Parlamenta apsolutna, "Istina je da ono što Parlament učini, nijedna vlast na zemlji ne može poništiti"¹¹. Jedina moguća ograničenja volje suverena su ona koja sam sebi dobrovoljno nametne.

⁷ Prema Zvonku Posavcu, Bodin je, za razliku od srednjovjekovnih vladara koji su bili vezani za zakone, spojio dvije kompetencije u jednu: kompetenciju zakonodavstva i kompetenciju zapovijedi. Vidi Posavec, Zvonko, O suverenitetu, *Politička misao*, 30, 4/1993, str. 173.

⁸ Grubić, loc. cit. (bilj. 6).

⁹ Krbek, op. cit. str. 86.

¹⁰ Krbek, op. cit., str. 91.

¹¹ Sir. W. Blackstone, *Commentaries on the Law of England*, 16. izd., Butterworths, 1825, sv. 1, knjiga 2., str. 160, 161; navedeno prema Rodin, Siniša, *Europska integracija i ustavno pravo*, Zagreb, 1997, str. 123.

2. Federalni ustav

Pobuna kolonija 1776. godine nije bila isključivo reakcija na aktualnu politiku britanskog Parlamenta, već također i reakcija na doktrinu o supremaciji Parlamenta.¹² U novim kolonijama u Sjevernoj Americi Englezi su reproducirali civilizaciju domovine, tako i parlamentarnu praksu u vidu izabраних predstavničkih skupština kolonista.¹³ Parlament je radi jačanja imperijalne vlasti tijekom 1760-ih i 1770-ih počeo donositi zakone koje su kolonisti smatrali suprotnim temeljnim načelima engleskog ustava. To se odnosilo naročito na jačanje izvršne vlasti guvernera na račun skupština, uvođenje profesionalne vojske, propisivanje poreza bez suglasnosti kolonista, suspendiranje kolonijalnih skupština. Kako će to 1776. istaći James Wilson, kolonisti su težili "obrani i ponovnoj uspostavi prava kolonija".¹⁴

U srpnju 1776. kolonije su proglasile svoju neovisnost. Deklaracija o neovisnosti ih proklamira kao trinaest slobodnih i neovisnih država. Kao takve, one su se 1777. godine udružile u Konfederaciju. Stvorile su slabu središnju vlast koja je doživjela neuspjeh zbog vojnih, diplomatskih i trgovinskih nedostataka. Kao središnje tijelo, Kongres je imao samo koordinacijske ovlasti, bez mehanizma koji bi mogao natjerati države i građane na provedbu njegovih propisa. Na ustavnim raspravama u Philadelphiji 1787. godine, vodio se žestoki sukob između federalista, koji su se zauzimali za jačanje savezne države, i anti-federalista, koji su bili protivnici Ustava, te su branili suverena ustavna prava federativnih jedinica u odnosu na postojeći ustavni akt Članke o konfederaciji iz 1777. godine.¹⁵ Pitanje gdje bi se trebao nalaziti suverenitet u američkom federalnom sustavu, kao što je vidljivo iz zapisa sa rasprava, bilo je znatno manje istaknuto. Svoju pravu važnost ovo pitanje će pokazati u godinama koje slijede.¹⁶ Na Konvenciji većina delegata nije bila za rješenje prema kojemu bi se potpuna suverenost morala nalaziti u jednoj ili drugoj vladi. Nije bilo onih koji bi zastupali neograničenu vladu, suverenu po uzoru na britanski koncept suvereniteta

¹² Amar, Akhil Reed, Of Sovereignty and Federalism, 96 Yale L. J., 1425 (1986-1987), 1430.

¹³ Podolnjak, Robert, *Federalizam i republikanizam, Stvaranje američkog Ustava*, Barbat, Zagreb, 2004, str. 37.

¹⁴ Legal Right to Form a Government, The Annals of America, Enciclopedia Britannica Inc, Chicago 1976., 2; 418-419, nav. prema Podolnjak, op. cit., str. 39.

¹⁵ Branko Smerdel, Američke teorije federalizma, uvodna studija, za: Vincent Ostrom, *Politička teorija složene republike*, Informator, Zagreb, 1989, str. 3.

¹⁶ Podolnjak, op. cit., str. 212.

Parlamenta.¹⁷ U vrijeme nastanka Ustava prevladavalo je mišljenje kako složenom državnom obliku poput SAD najbolje odgovara princip podijeljene suverenosti. Na tome će principu naročito inzistirati federalisti. To je vidljivo i iz političkih eseja koje su objavljivali u dnevnom tisku, a koji su imali prvenstvenu svrhu utjecati na opredjeljivanje predstavnika države New York za ratifikaciju ustavnog teksta. U njima se nekoliko puta spominje djeljivost suvereniteta. Kasnije su ovi eseji objavljeni u posebnoj zbirci *Federalist*, čiji su se autori James Madison, Alexander Hamilton i John Jay krili pod pseudonimom Publius. Ova zbirka danas predstavlja najznačajniji izvor za izučavanje namjera ustavotvoraca, a kojima se često autori obraćaju u raspravama o suvremenom stanju američkog ustavnog sustava. Posebice je ovim pitanjem bio zaokupljen Madison, koji je u 39 eseju naglasio kako nadležnost središnje vlade obuhvaća samo nabrojane ciljeve i ostavlja pojedinim državama preostalu i neprekršivu suverenost nad ostalim dijelovima. Ovoj ideji o podijeljenom suverenitetu su se naravno žestoko protivili anti-federalisti.

Kao definitivno stajalište o pitanju suverenosti u američkom federativnom sustavu smatra se ono koje je za vrijeme ratifikacijskih polemika ponudio James Wilson. "Istina je da u našim vladama ta vrhovna, apsolutna i nekontrolirana vlast ostaje u narodu", a kada je "princip jednom riješen, da je narod izvor vlasti, posljedica je da oni mogu uzeti od podređenih vlada ovlasti koje su im do tada povjerali i stavite te ovlasti u opću, ako se misli da će tamo proizvesti više dobra."¹⁸ Tako iako je Ustavu SAD-a sam pojam nepoznat, možemo ga pronaći u prvoj rečenici Ustava: "Mi, građani Sjedinjenih Država...." Međutim, tu se onda otvara pitanje nalazi li se suverenost u narodu u njegovom nacionalnom svojstvu, za što su se zalagali predsjednik Vrhovnog suda John Marshall u sporu *McCulloch v. Maryland*, Lincoln i Woodrow Wilson, ili suverenitet pripada narodu u državnom svojstvu, što su smatrali teoretičari poput Thomasa Jeffersona, te predstavnici tzv. škole prava država – John Taylor i John C. Calhoun. Calhoun je smatrao kako je savezni ustav ugovor između suverenih članica. Svaka članica može na isti način kao što je postala članica, istupiti iz

¹⁷ Kako ističe James Madison u *Federalistu* br. 51. Ustav je osigurao "dvostruku sigurnost" protiv koncentracije vlasti na jednom mjestu, budući da je vlast podijeljena između država i federalne vlade, kao i između ogranaka nacionalne vlade. Struktura vlade mora osigurati mehanizme provjere i ravnoteže (*checks and balances*) između različitih ogranaka. Tekst dostupan na internet adresi: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/federal/fed51.htm>

¹⁸ Podolnjak, op. cit., str. 215.

federacije i ponovno sazvati ustavnu konvenciju i opozvati prethodni akt o ratifikaciji. Tako za njega secesija predstavlja ustavno pravo država članica. Kraj Građanskog rata i poraz jedanaest južnjačkih država dao je konačno rješenje o mogućnosti praktične primjene ove doktrine.¹⁹

3. Razvoj ustavnog prava

Kao što smo naglasili, sam Ustav ne spominje pojam suvereniteta, niti točno određuje koja su to područja isključive nadležnost država, a koja federalne vlade, što je u godinama koje slijede dovelo u pitanje postojanost i djelotvornost federalnog sustava. Ovdje se pokazala potreba za odgovarajućim arbitrom u federalnim odnosima, a koja uloga je dodijeljena Vrhovnom sudu.²⁰ Može se reći da su sve važnije američke transformacije odnosa između federalne vlade i država članica rezultat ne ustavnih amandmana, već rezultat sudskog tumačenja.

3.1. Uspostavljanje vrhovne vlasti federalne vlade

U prvim desetljećima praksa Vrhovnog suda je uglavnom išla u prilog proširenju ovlasti federalne vlade. U tome je naročito bila velika uloga predsjednika Vrhovnog suda Johna Marshalla. Pod Marshallovim je predsjedništvom Vrhovni sud donio niz odluka koje su išle u prilog onih koji su se zalagali za jaču središnju vlast i široke ovlasti Kongresa, a na štetu zagovornika državnih prava. Ovdje se kao ključne rane odluke pojavljuju *McCulloch v. Maryland*, *Martin v. Hunter's Lessee* i *Gibbons v. Ogden*. Vrhovni sud je u tim predmetima dao tumačenje određenih odjeljaka Ustava u kojima se navode uvjeti odnosa između federalne vlade i država članica.

*McCulloch v. Maryland*²¹ daleko je najvažniji slučaj glede uspostavljanja vrhovne vlasti federalne vlade. Pred Vrhovnim se sudom našao predmet u kojemu je trebalo odlučiti u pogledu dvije stvari: a) ima li Kongres prema Ustavu ovlast za osnivanje banke, b) da li u tom slučaju državne vlade (u konkretnom

¹⁹ Čavoški, Kosta, *Ustavnost i federalizam, Sudska kontrola ustavnosti u anglosaksonskim federalnim državama*, Savremena administracija, Beograd, 1982, str. 179.

²⁰ Čavoški, op. cit., str. 71.

²¹ *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316 (1819).

slučaju država Maryland) mogu nametnuti porez takvoj banci. Pri donošenju odluke predsjednik Marshall se oslonio na široko tumačenje čl. 1., odjeljka 8. Ustava, koji Kongresu daje ovlast za donošenje svakog zakona kad to bude nužno i prikladno radi provedbe njegovih navedenih ovlasti. Marshall je ekstenzivno tumačio ovu odredbu jer u Ustavu ne postoji odredba, koja bi kao u člancima o konfederaciji, isključivala uzgrednu ili implicitnu ovlast i zahtijevala da sve što je preneseno bude izričito i precizno opisano.²² "Neka cilj bude legitiman, neka bude unutar opsega ustava, a sva odgovarajuća sredstava koja su jasno prilagođena tom cilju, koja nisu zabranjena, već su u skladu s ustavom i njegovim duhom, ustavna su."²³ Nakon potvrdnog odgovora na prvo pitanje, Marshall je utvrdio kako je "ovlast za oporezivanje ovlast za uništavanje". Državne vlade ne mogu oporezivati federalnu vladu, kada je pokrenut postupak usvajanja Ustava, novostvorena federalna vlada je dobila suverenitet od građana, koji se nalazi izvan kontrole država. Odluka se temeljila na uvjerenju kako je savezna vlada, mada ograničena u svojoj vlasti, vrhovna unutar svoje sfere djelatnosti.²⁴ Ustavi i zakoni koji se donose u vršenje tih ovlaštenja nadređeni su ustavima i zakonima država te ne mogu biti predmet njihove kontrole. Ova presuda utemeljila je pravilo prema kojemu Kongres ima implicitnu vlast da izborom odgovarajućih sredstava pronalazi nove oblike zakonodavnog normiranja kada god se nađe pred novim nenadanim okolnostima.²⁵ Zbog toga se ova odredba naziva elastična ili rastezljiva. Upravo pomoću ove odredbe Kongres će u sljedeća dva stoljeća značajno povećati opseg djelovanja federalne vlade.

Predmet *Marbury v. Madison* (1803)²⁶ je označio početak sudske kontrole ustavnosti federalnih zakona. U slučaju *Martin v. Hunter's Lessee* (1816) Vrhovni je sud je presudio kako ima ovlast za reviziju presuda sudova država koje traže tumačenje federalnog zakona.²⁷ To je učinjeno na temelju klauzule o nadmoći

²² Ibid, str. 407 "Čak i 10 amandman... izostavlja riječ "izričito", i deklarira samo, kako ovlasti koje nisu dodijeljene Sjedinjenim Državama, niti zabranjene državama, su pridržane državama odnosno narodu." Prema Marshallu to je stoga što su ljudi koji su usvojili ovaj amandman iskusili neprilike koje su proizašle od umetanja ovih riječi u Članke o konfederaciji.

²³ Ibid., str. 422.

²⁴ Ibid., str. 407.

²⁵ Čavoški, op. cit., str. 94.

²⁶ *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803).

²⁷ *Martin v. Hunter's Lessee*, 1 Wheat. 304 (1816). John Calhoun je uspoređujući odluku protiv ustavnosti zakona Kongresa i država zaključio kako "prva djeluje kao ograničenje na ovlasti

Ustava (čl. VI), koja određuje kako Ustav i zakoni Sjedinjenih Država doneseni u njegovoj provedbi, i svi sklopljeni međunarodni ugovori od Sjedinjenih Država predstavljaju vrhovni zakon zemlje i vezuju suce u svim državama, bez obzira na bilo što suprotno u Ustavu ili zakonima koje države.

U slučaju *Gibbons v. Ogden* (1824)²⁸ Vrhovni se sud prvi put bavio federalnim ovlastima prema odredbi o trgovini. Odredba o trgovini (*commerce clause*) nalazi se u članku 1. odjeljku 8 točki 3. američkog Ustava, a prema kojoj Kongres ima ovlast "uređivati trgovinu sa stranim državama te između pojedinih država i s indijanskim plemenima". Odredba o trgovini je od izuzetne važnosti za razumijevanje prava prirode federalizma. Naime, jedan od glavnih razloga koji su doveli do nastanka federacije je pronalaženje načina koji bi spriječio države članice u nametanju raznih ograničenja, nameta i zabrana koje nanose štetu drugim državama članicama.²⁹ To je razlog zbog kojih federalna tijela dobivaju velike ovlasti u oblasti trgovine i prometa. Ova ustavna odredba je određena široko i neodređeno, ona ne definira "međudržavnu trgovinu", niti raspon ovlasti Kongresa, što je dalo sudovima značajnu ulogu u rješavanju sporova koji su proizlazili iz podjele nadležnosti u oblasti trgovine.³⁰ To je razlog zašto se tijekom primjene ove odredbe njeno značenje širilo i sužavalo u skladu s promjenama u vladajućoj doktrini sudaca Vrhovnog suda. U slučaju *Gibbons v. Ogden*, postavilo se pitanje ustavnosti zakona države New York kojim je uspostavljen monopol na plovidbu njenim vodama. Tužitelj se pozvao na savezni zakon (*Federal Coasting Act* iz 1793.) kako bi ostvario pravo plovidbe između New Yorka i New Havena. Marshall je zakon države New York proglasio neustavnim na temelju klauzule o nadmoći Ustava i širokog tumačenja odredbe o trgovini. Marshall je još jednom istaknuo kako "Ništavost bilo kojeg akta koji je protivan ustavu proizlazi iz deklaracije da je ustav vrhovni zakon."³¹ To je značilo da u slučaju konkurentne nadležnosti, odnosno u području gdje se preklapaju nadležnosti federalne vlade i vlade država članica, zakoni koji je donio Kongres na temelju Ustava ili ugovora sklopljenog u ime Sjedinjenih Država derogiraju akte zakonodavnih tijela država, mada su doneseni unutar djelokruga njihovih ovlaštenja koja nisu sporna.

(središnje) vlade, ali potonja djeluje kao njeno proširenje". Govor o vlasti veta, veljača 1842, nav. prema Podolnjak, op. cit., str. 398.

²⁸ *Gibbons v. Ogden*, 9 Wheat. 1 (1824).

²⁹ Čavoški, op. cit., str. 107.

³⁰ Bowles, Nigel, *Politički sustav SAD-a*, Osijek, Zagreb, Split, 2003, str. 245.

³¹ *Gibbons v. Ogden*, 9 Wheat. 1 at 210-211 (1824).

Marshall je odbacio usko tumačenje vlasti Kongresa nad trgovinom, koji bi bio u skladu s teorijom prava država (*states' rights*), "jer bi ovo usko tumačenje onespobilo vladu i učinilo je nedoraslom za ciljeve za koje se tvrdi da je zbog njih uspostavljena."³² Marshall je u ovom predmetu dao široku definiciju riječi trgovina koja ne uključuje samo kupovinu i prodaju roba. "Trgovina je, ističe Marshall, nesumnjivo, promet, ali je ona i nešto više, ona je općenje (*intercourse*). Ona obuhvaća trgovinski odnos između nacija i dijelova nacija, u svim svojim granama, a regulirana je putem propisivanja pravila za obavljanje tog općenja."³³ Nakon Marshallove smrti, njegov se nasljednik na mjestu predsjednika Vrhovnog suda Roger Brooke Taney, zalagao za obranu integriteta država i njihovih zadržanih prava (*residuary powers*). On je smatrao kako je pravo značenje odredbe o trgovini u tome da federalna vlada treba omogućiti glatko funkcioniranje trgovine, usredotočiti se na sprječavanje i otklanjanje smetnji. Njezina vlast treba biti negativna. Ovo tumačenje pretpostavlja slobodno tržište i ekonomiju. Tako je osobito važna odluka koju je donio Vrhovni sud u predmetu *Colley v. The Board of Wardens of the Port of Philadelphia*³⁴ u kojoj se ističe kako reguliranje trgovine u djelatnostima od lokalnog značaja može u odsutnosti federalnog zakona biti učinjeno i zakonom države.

3.2. Građanski rat i koncept dvojnog suvereniteta

U vrijeme nastanka Ustava, zastupnici jakog državnog suvereniteta bili su progresivisti.³⁵ Oni su isticali kako decentralizacija omogućava veću slobodu i participaciju građana u političkom životu. Najistaknutiji predstavnik bio je Thomas Jefferson koji je označio jedinstvenu vladu kao "najkorumpiraniju vladu na svijetu".³⁶ Međutim, u razdoblju prije početka Građanskog rata zastupnici jakog državnog suvereniteta su se počeli identificirati s konzervativnim razlozima. Pitanje suvereniteta je postalo vezano uz pitanje rase. Južnjačke države su inzistirale na pravima država, koja su obuhvaćala

³² Ibid. str 188-189.

³³ Ibid. str. 189.

³⁴ 12 Howard 299; 1852.

³⁵ Gey, Steven G., *The Myth of State Sovereignty*, 63 Ohio St. L. J., 1601, 2002, 1606.

³⁶ Smerdel, op. cit., str. 9.

pravo nulifikacije (zamisao da državna vlada može proglasiti određenu akciju savezne vlade ništavom) i pravo na secesiju.³⁷

Građanski rat je označio kraj ovakvih shvaćanja i potvrdio "vječnost i neraskidivost Saveza". To je za mandata Salmana Chasa u presudi *Texas v. White*, 7 Wallace 700 (1869) potvrdio Vrhovni sud: "Kada je stoga Texas, postao dio Sjedinjenih Država, on je ušao u neraskidiv odnos". Međutim, to ne znači kraj odvojenog postojanja država: "Očuvanje država i održavanje njihovih vlada su isto tako unutar svrhe i zaštite Ustava koliko i očuvanje Saveza i održavanje nacionalne vlade." Tako je u desetljećima nakon Građanskog rata Vrhovni sud prihvatio doktrinu dvojnog suvereniteta, koncept prema kojemu su i federalna vlada i državne vlade suverene, svaka unutar svoje sfere djelovanja.³⁸ Ova teorija se temelji na 10 amandmanu, prema kojemu federalna vlada ima ovlasti samo nad usko definiranim ustavnim zadaćama, a vrhovna vlast nad svim ostalim pripada državnim vladama.

Vrhovni sud je u ovom razdoblju napustio Marshallovo široko tumačenje nadležnosti federalne vlade pod vidom uređivanja međudržavne trgovine.³⁹ Sud je svoja stajališta izrazio u odlukama koje su se odnosile na sveobuhvatne federalne zakone vezane uz industriju i ekonomsku regulaciju u predmetima kao što su *Kidd v. Pearson* (1888.) i *Unites States v. E. C. Knight Co.* (1895). U ovim predmetima postavljen je teorijski okvir koji će diktirati odluke Ustavnog suda do sredine tridesetih godina 20. stoljeća. U ovim slučajevima se pokazala veza između suvereniteta država i vladajuće ekonomske teorije vremena, pretpostavkom da tržište gravitira prema prirodnoj ravnoteži ponude i potražnje i dubokom protivljenju svakoj državnoj intervenciji u tržište (*laissez faire*). Tako je Vrhovni sud oduzeo federalnoj vladi mogućnost da odredi minimalnu nacionalnu satnicu i uvjete rada.

³⁷ Janda, K., Berry, J. M., Goldman, J., *Izazov demokracije, vladanje u Americi*, Durieux, Zagreb, 1999, str. 72.

³⁸ Kako ističe Edward S. Corvin: "Iako, Vrhovni sud kao organ nacionalne vlade, interpretira Ustav, on to čini u suglasnosti s Ustavom koji priznaje suverenost i neovisnost država unutar opsega njihovih ovlaštenja" navedeno prema Smerdel, op. cit., str. 12.

³⁹ Krajem 19. stoljeća Sud je prihvatio osnovnu strukturu uspravane odredbe o trgovini koja je još karakteristična za ustavno pravo. Pod ovim sustavom međudržavne trgovinske regulacije, države mogu regulirati međudržavnu trgovinu, sve dok njihovi zakoni ne diskriminiraju ili terete međudržavnu trgovinu. Ali federalna vlada može preduhitriti ovakvu državnu regulaciju jednostavno usvajajući suprotnu politiku kroz federalno zakonodavstvo ili administrativnu akciju. Vidi *In re Rahrer*, 140 U. S. 545 (1891). Gey, op. cit., str. 1611.

Kidd se odnosio na državnu kontrolu proizvodnje pića namijenjenu za opremu u druge države. Postavilo se pitanje može li se proizvodnja pića smatrati "trgovinom" u smislu ustavne odredbe o trgovini. Sud je držao kako proizvodnja i trgovina nemaju iste funkcije, te ih je gledao kao dva različita dijela nepovezanog slijeda događaja. To ga je dovelo do zaključka kako državna regulacija ne krši ovlast Kongresa da regulira međudržavnu trgovinu, zato što proces proizvodnje ima lokalni karakter, i tako je podložan reguliranju isključivo od strane države.⁴⁰ Za Vrhovni sud ovog razdoblja, zabrinutom koji bi utjecaj imala nacionalna regulacija na državni suverenitet, bila je irelevantna činjenica kako će problemi koji se pojavljuju na razini proizvodnje neizbježno imati utjecaj na promet gotovih proizvoda.⁴¹

U slučaju *Unites States v. E. C. Knight Co.* (1895)⁴², Vrhovni sud je presudio kako bi bila neustavna primjena Shermanovog zakona protiv trusteva (Sherman Antitrust Act) iz 1890. na American Sugar Company, koja je nastojala monopolizirati proizvodnju šećera preuzimanjem nadzora nad pet preostalih neovisnih rafinerija.

Ipak, s vremenom je Vrhovni sud počeo davati podršku federalnim zakonima koji su odredbu o trgovinu koristili u druge regulativne svrhe. Tako su početkom 20. stoljeća doneseni zakoni o međudržavnoj trgovini srećkama, pokvarenjoj hrani i prostitutkama. Međutim, u slučaju *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918) Vrhovni sud je proglasio neustavnim Zakon o dječjem radu, budući da za razliku od ranije navedenih zakona proizvodi dječjeg rada koji su kolali između država nisu štetne naravi.⁴³ Prema Sudu, zaštita državnog suvereniteta iz 10. amandmana pokriva reguliranje unutarne trgovine i sve inherentno lokalizirane ekonomske aktivnosti. A u slučaju *Bailey v. Drexel Furniture Company (Child Labor Act, Slučaj poreza na dječji rad)* Sud je zaključio kako bi federalni zakon, koji bi se odnosio na oporezivanje takvih aktivnosti, predstavljao prijetnju da sruši sva ustavna ograničenja Kongresa i potpuno izbriše suverenitet država.⁴⁴

⁴⁰ *Kidd v. Pearson*, 128 U.S. 1 at 1614 (1888).

⁴¹ Gey, op. cit., str. 1615.

⁴² 156 U.S. 1 (1895).

⁴³ *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918).

⁴⁴ *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 259 US 20 at 38. (1922).

3.3. Razdoblje New Deal

U ovom razdoblju Vrhovni sud je odustao od nastojanja da točno odredi granice između savezne i državnih vlada. Sud je prihvatio Zakone o socijalnoj sigurnosti i Zakon o nacionalnim radnim odnosima iz 1937. U predmetu *United States v. Darby* 312 U.S. 100 (1941) Vrhovni je sud jednoglasno presudio kako Kongres ima ovlast zabraniti pošiljke proizvoda koji su nastali dječjim radom, čime je ukinuta presuda u *Hammer v. Dagenhart*. Bio je to kraj doktrine dvojnog federalizma, apsolutnog shvaćanja suvereniteta bilo država, bilo nacionalne vlade.⁴⁵ Vrhovni je sud prihvatio kako opća dobrobit predstavlja brigu federalne vlasti. Sud je označio deseti amandman kao samorazumljivu istinu. Vlast Kongresa nad međudržavnim prometom može biti vršena do krajnjih granica predviđenih Ustavom. Ova vlast ne može biti umanjena niti povećana vršenjem ili nevršenjem državnih ovlasti. "Kongres, prema svojoj koncepciji javne politike u pogledu restrikcija koje mogu podobno biti nametnute međudržavnoj trgovini, je slobodan da isključi iz trgovine članke čija upotreba u državama ...se može smatrati štetnom za javno zdravlje, moral ili dobrobit."⁴⁶ Od toga vremena Vrhovni sud je redovito davao prednost saveznoj vlasti nad državama članicama.

4. Novi državni suverenitet

Međutim, krajem 20. stoljeća Vrhovni je sud, njegova peteročlana konzervativna većina, u nizu svojih odluka oživio koncept državnog suvereniteta. Vrhovni sud se koristio koncepcijom državnog suvereniteta da proširi ovlasti državnih vlada i istovremeno ograniči federalnu vladu na svakome području gdje se njihove funkcije preklapaju.

⁴⁵ Znanstveni smatraju kako je u ovom razdoblju teoriju dvojnog suvereniteta zamijenila teorija kooperativnog suvereniteta, prema kojoj u ovom razdoblju dolazi do sve većeg preklapanja saveznih i državnih funkcija. Federalna vlada i vlade država dijele vlast i obavljaju svoje zadaće zajedno. Teorija se temelji na rastezljivoj odredbi Ustava (čl. 1. Odjeljak 8.) i na ustavnoj odredbi o nadmoći federalnih zakona i Ustava (čl. VI). Janda *et al.*, op. cit., str. 67.

⁴⁶ *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 at 117 (1941).

4.1. National League of Cities v. Usery

U ovom slučaju Vrhovni sud se pozvao na 10. amandman, baš kao u svojim odlukama o državnim pravima u razdoblju prije 1937. Postavilo se pitanje: mogu li se dopune federalnog zakona o poštenim normama rada (*Fair Labour Standards Act*) iz 1974. primijeniti na državne i lokalne vlade kao poslodavce. Pišući u ime većine Rehnquist je iznio stajalište kako se ovaj Zakon ne može primijeniti na one aspekte državnog zapošljavanja koji potpadaju pod "integralne vladine funkcije ovih tijela". Kongres ne može koristiti svoje regulatorne ovlasti (trgovinska odredba) nad "tradicionalnim vladinim funkcijama".⁴⁷ Tako se otvorilo pitanje među sucima nižih federalnih sudova, kao i na samom Vrhovnom sudu, što znači standard "tradicionalne funkcije vlade". Što se u praksi pokazalo neprovedivim.

To je doprinijelo tome da je 1985., Vrhovni sud odbacio *National League of Cities v. Usery*, odlukom *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* 469 U.S. 528 (1985). Sudac Blackmun, kao glasnogovornik većine, odbacio je stav kako Sud može koristiti posebnu koncepciju o državnom suverenitetu kada prosuđuje ovlasti Kongresa prema odredbi o trgovini. Suverena prava države se trebaju ostvariti u političkom procesu.

U slučajevima nakon *Garcie*, odluke suda su ponovno istaknule važnost država u federalnom sustavu SAD-a. Sud je tako zaštitio pravni i politički integritet država u predmetu *New York v. United States* 521 U. S. 898 (1997). Tada je proglasio neustavnim odredbe federalnog zakona (*Radioactive Waste Policy Act*) koji traži od državnih zakonodavaca poduzimanje određenih koraka ("Commandered the legislative process"), na što federalna vlada prema Ustavu nije ovlaštena. U predmetu *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995) je držao kako zabrana nošenja oružja u školama prelazi ovlasti Kongresa prema odredbi o trgovini.

4.2. 11 amandman i imunitet suverena

⁴⁷ "Ako bi Kongres oduzeo državama ovlast donošenja tih temeljnih odluka o zapošljavanju na kojima se temelji njihov sustav provedbe ovih funkcija malo toga bi ostalo od odvojenog i neovisnog postojanja država". *National League of Cities v. Usery*, 426 U. S. 833 at 853 (1976).

U jednom od ključnih područja suvremene jurisprudencije Vrhovni sud je stvorio proturječnu doktrinu, kojom dopušta državnim vladama pozivanje na imunitet suverena od odgovornosti za kršenje ustava i federalnih zakona. U slučaju *Chisholm v. Georgia* iz 1792., državljanin Južne Karoline je pred Vrhovnim sudom podnio tužbu za naknadu štete zbog kršenja ugovora o ratnim zalihama protiv države Georgie. Georgia je odbila raspravu pred sudom i uložila pismeni prigovor pozivajući se na suvereni imunitet država od tužbi. Odluka u korist tužitelja je izazvala burne reakcije među državama⁴⁸, što je rezultiralo usvajanjem 11. ustavnog amandmana 1798. godine, koji određuje: "Sudbena vlast Sjedinjenih Država ne može se tumačiti tako da bi se protezala na bilo koji spor po pravu ili pravednosti kad jednu od Sjedinjenih Država tuže ili optužuju državljani druge države ili državljani ili podanici strane države". Vrhovni sud je u slučaju *Hans v. Louisiana* 134 U.S. 1 (1890) prihvatio sveobuhvatno shvaćanje državnog suvereniteta, pronalazeći imunitet države u slučaju gdje se amandman pod svojim vlastitim uvjetima ne primjenjuje, te je odlučio kako federalna nadležnost ne postoji kada državljanin tuži svoju vlastitu državu. Tako se stvorila situacija da Kongres može u nekim područjima donositi zakone neposredno upućene građanima država, ali puna provedba ovih zakona se može ostvariti samo na razini državnih sudova.⁴⁹ Tako su građani počeli promatrati riječ federalizam sa strahom, kao pojam koji se upotrebljava da bi se uskratila prava građana koji su žrtve zlostavljanja svojih vlastitih vlada. Sam Vrhovni sud je uvidio ovaj problem, te je pokušao ograničiti opseg primjene načela imuniteta suverena putem različitih fikcija. Najpoznatiji je slučaj fikcije *Ex parte Young* 209 U.S. 123 (1908) koji dopušta građanima da podnose tužbe protiv države koja krši federalni Ustav ili federalne zakone, pretvarajući se da tuži državnog službenika. U slučajevima poput *Younga*, tužitelj je trebao dokazati da je optuženik državni službenik koji vrši državne ovlasti. Ovo rješenje nije imalo ni praktičnog smisla. Kada federalni sud presudi protiv državnog službenika zbog nepoštivanja federalnog prava, sama država će biti prisiljena uskladiti svoje ponašanje s federalnim za-

⁴⁸ Vrhovni sudac John Jay je istaknuo: "suverenitet nacije je u ljudima koji čine naciju, a preostali suverenitet svake države je u narodu svake države". Georgia je pristala na tužbu od strane građana druge države tako što je postala stranka nacionalnog ugovora. *Chisholm v. Georgia* 2 U.S. 419, at 471, 474 (1793).

⁴⁹ Amar, op. cit., 1478.

konom.⁵⁰ Tako je Sud u isto vrijeme pokušao uskladiti ustavni imunitet država i i supremaciju federalnog prava.

Vrhovni sud je nedavno upotrijebio 11. amandman na još kontroverzniji način, u slučaju *Alden v. Maine* (1999). U omjeru sudaca 5-4, odredio je kako države ne mogu biti tužene u svojim vlastitim sudovima za kršenje federalnog prava. Sud je tako odobrio državama široku ovlast za izbjegavanje provedbe federalnih zakona i otvoreno priznao da to izmiče doslovnom tekstu 11. amandmana. U slučaju *Alden* pitanje je bilo o sposobnosti privatnih stranaka da tuže državne vlade pred državnim sudovima za kršenje odredbi o plaćama i radnom vremenu iz Zakona o poštenim normama rada (*Fair Labor Standards Act*). U slučaju *Alden* većina je svoju odluku temeljila na ustavnoj strukturi, povijesti i vjerodostojnoj (*authoritative*) interpretaciji sudskih slučajeva vezanih uz 10. i 11. amandman, koji ukazuju kako je državni imunitet od tužbi osnovni aspekt suvereniteta koji su države uživale prije ratifikacije Ustava i zadržale sve do danas s onim izuzecima koji su predviđeni Ustavom ili određenim ustavnim amandmanima. One nisu degradirane na samo provincije ili političke korporacije, već su zadržale dostojanstvo, iako ne punu ovlast suvereniteta. Vrhovni sud je dao ustavni status "imunitetu suverena", koji ne može biti predmet regulacije Kongresa prema odredbi o trgovini.⁵¹ Engleska common law predodžba o zabrani tužbi protiv suverena u njihovim vlastitim sudovima, implicitno je sadržana u tekstu Ustava. Međutim, Sud je naglasio kako pravo država da se pozovu na suvereni imunitet ne znači da države mogu kršiti ustav ili validan federalni zakon. Države i njihovi službenici moraju poštivati obveze koje su propisane Ustavom i federalnim zakonima koji su sukladni ustavnom dizajnu.

Zaključak

Možemo zaključiti kako se koncept suvereniteta nalazio u žarištu političke teorije jednako prije, kao i poslije donošenja Ustava. Kroz povijest vodile su se mnogobrojne rasprave oko pitanja kome u federaciji pripada suverenitet, ali i oko pravog značenja samog pojma. Pri tom se zbog činjenice kako Ustav ne

⁵⁰ Ibid., str. 1479.

⁵¹ *Alden v. Maine* 527 U. S. 706 (1999) Merico –Stephens, Ana-Maria, Of Maine's Sovereignty, Alden's Federalism, and the Myth of Absolute Principles: The Newest Oldest Question of Constitutional Law, 33 U. C. Davis L. Rev. 325 (1999-2000), 327.

sadrži jasne granice između ovlasti federalne vlade i država članica, kao ključna pokazala uloga Vrhovnog suda kao arbitra u federalnim odnosima. Zadnji puta se odlučna bitka oko pitanja državnog suvereniteta i ovlasti federalne vlade vodila tridesetih godina prošlog stoljeća. Od tada je Vrhovni sud redovito davao prednost saveznoj vladi. Međutim, posljednjih desetak godina nova konzervativna većina sudaca je u nizu predmeta, koji su se pred njima pojavili koristila koncepciju državnog suvereniteta da ograniči ovlasti federalne vlade. Za razliku od posljednje krize, kada su suci zaista podržavali koncept koji je pretpostavljao 49 različitih izvora suvereniteta, svoje nove odluke Vrhovni sud temelji na pretpostavci kako države jesu suverene, ali suverenitet koji imaju države nije apsolutan.⁵² Ovakvo stanje nije samo teorijski problematično, već i praktički teško provedivo. Činjenica nepostojanja koherentne teorije, koja bi napravila ravnotežu između supremacije federalnog prava i suverenih prava država, ugrozila je samo načelo vladavine prava koje zahtijeva predvidljivo i dosljedno suđenje.⁵³

Summary

Ivana Tucak, assistant LL. M.
Faculty of Law, Osijek, Croatia

THEORY OF SOVEREIGNTY UNDER FEDERAL CONSTITUTION

American Revolution in 1776 caused problems among the authors regarding its theoretical interpretation. Stirred colonies rejected the British doctrine that the Parliament has legitimate right and power to do whatever it pleases – the doctrine of a single, unlimited and supreme power that must exist in each political community. As its source of inspiration, the American Revolution adopted the principle of separation of powers according to the theory of Ch. L. Montesquieu, and John Locke's theory of natural law. The delegates who assembled in Philadelphia in 1787, tried to create a strong, but limited central power. As Madison pointed out in Federalist No. 51, the Constitution provided a

⁵² Gey, op. cit., str. 1601.

⁵³ Merico-Stephens, op. cit., str. 332.

”double security”, the separation of powers was carried out between the national government and the governments of the states, and between the legislative, executive and judicial powers on the federal level as well. The founders set out from distrust into any power. All powers have their authorities, within which each power is the supreme one. Moreover, taking into consideration the range of those authorities, dispute among the powers is both desirable and foreseeable. These were the guarantees against tyranny.

So the theory of the sovereignty got entangled in the contradictions of the federal structure. Federalism rejects the monistic ideas in favor of the pluralistic ones. The question has been raised, of how to solve the problem of ultimate authority if, for example, a resident of New York is at the same time subordinated to the federal power of the USA and to the local power of the State of New York. In accordance with the principle of federalism, two or more governments exercise power over the same people and over the same territory.

In this way, the theory of sovereignty found itself in a situation similar to that in which mathematics is confronted with the problem of squaring the circle.

PRIKAZ

3. Mr Gordana Mitrović, dipl. pravnik

Novi Sad

**ROBERT NOZICK:
ANARHIJA, DRŽAVA I UTOPIJA
Naklada Jesenski i Turk, Zagreb, 2003.**

Pred nama se nalazi hrvatsko izdanje knjige harvardskog profesora filozofije Roberta Nozika (1938-2002) pod nazivom *Anarhija, država i utopija*. Ovo je prva Nozikova knjiga. Objavljena je 1974. godine i za nju je autor dobio prestižnu Nacionalnu nagradu za književnost. *Anarhija, država i utopija* je ocenjena kao ključno delo savremene političke filozofije. Uprkos činjenici da je doživela mnoge kritike i da je svoje stavove iznete u njoj i sam Nozik kasnije umnogome korigovao, kritičari su, bez obzira da li su se slagali ili ne sa Nozikovim stavovima iznetim u njoj, bili jednoglasni u stavu da se ovo delo odlikuje veoma živopisnim i pristupačnim stilom. Knjiga je prevedena na jedanaest jezika, a *Times Literary Supplement* (*Tajmsov literarni dodatak*) ju je proglasio jednom od stotinu najuticajnijih knjiga posle Drugog svetskog rata. *Anarhija, država i utopija* predstavlja Nozikovu kritiku knjige *Teorija pravde*, koju je 1971. godine objavio njegov harvardski kolega Džon Rols i koja je takođe bila nominovana za Nacionalnu nagradu za književnost. Nozik kritikuje Rolsov socijal-demokratski liberalizam i birokratsku državu blagostanja koja ima ulogu da raspodeljuje dobra tako da ni siromašni ni ljudi koji se nalaze u nepovoljnijem položaju ne mogu da se požale da je prema njima nepravično postupano. On se zalaže za minimalnu državu i primat individualnih prava. Funkcije ove minimalne države su svedene na to da ona štiti svoje građane od nasilja, krađe, prevare i kršenja ugovora, a svaka država sa širim ovlašćenjima od ove kršila bi prirodna prava svojih građana. Nozik ovakvim shvatanjem usvaja libertarijanski koncept države, tj. koncept države čije su funkcije svedene na nacionalnu odbranu, policijsku zaštitu i sudstvo, a za sve ostale oblasti javnog života (obrazovanje, zdravstvo, socijalna zaštita i sl.) zadužena su dobrotvorna društva, verske organizacije i ostale privatne institucije koje posluju na slobodnom tržištu. Stoga se knjiga *Anarhija*,

država i utopija i dan danas smatra "libertarijanskom Biblijom", a sam Nozik se često naziva "intelektualnim herojem libertarijanaca". U ovoj političkoj filozofiji ključ za uspješno društvo predstavljaju slobodan um i slobodno tržište.

U prvom delu ove knjige koji nosi naziv "Teorija prirodnog stanja ili kako dospjeti do države bez naročitog napora", autor kao osnovno pitanje političke filozofije navodi pitanje da li država uopšte treba da postoji. Odbacujući anarhističku teoriju kao teoriju koja podriva samu političku filozofiju, on pribegava teoriji prirodnog stanja, koje po njemu predstavlja najbolje stanje anarhije i ispitivanje čijih osobina i nedostataka nam može dati odgovor na pitanje da li je država bolja od anarhije, odnosno da li je država bolja čak i od najprihvatljivijeg oblika anarhije koji predstavlja samo prirodno stanje. Nozik pritom analizira prirodno stanje kakvim ga je opisao Džon Lok. U tom prirodnom stanju ljudi žive u stanju savršene slobode i raspoložu svojom imovinom i ličnošću u granicama prirodnih zakona koji naređuju da niko ne sme nauditi životu, zdravlju, slobodi i svojini drugoga. Kada su mu u prirodnom stanju ugrožena prava, pojedinac se sam brani, ostvaruje odštetu i kažnjava drugoga, ali u odbrani mu se mogu pridružiti i drugi pojedinci. Na taj način se stvaraju asocijacije uzajamne zaštite među kojima jedna mora biti dominantna. Na pitanje da li je ta dominantna zaštitna asocijacija u stvari država, Nozik odgovara da jeste ukoliko ona na određenoj teritoriji ima monopol fizičke prinude i u stanju je da zaštiti sve koji na njoj teritoriji žive. Tako iz prirodnog stanja nastaje, tvrdi Nozik, "nóćobdijska države klasične liberalne teorije" čija funkcija je pritom ograničena na zaštitu građana od nasilja, krađe i prevare, kao i na obezbeđenje poštovanja ugovora. Ovakvu državu on naziva minimalnom državom koja stoji nasuprot privatnih zaštitnih asocijacija. Pritom, između njih se može zamisliti još najmanje jedno društveno uređenje, koje Nozik naziva ultraminimalnom državom. Ova država bi imala monopol nad svakom upotrebom sile, osim one u neposrednoj samoodbrani. Ona bi isključivala mogućnost privatne osвете, ali bi, s druge strane, zaštitu pružala samo onima koji tu zaštitu "kupe", odnosno pribave "polisu izvršenja". Nozik dalje postavlja pitanje moralne dopustivosti aktivnosti koje ljudi preduzimaju da bi uspostavili i održali državu i tvrdi da moralna filozofija predstavlja okvir političke filozofije, a moralne zabrane su izvor legitimiteta državne moći prinude.

Smatrajući minimalnu državu najekstenzivnijom državom koja se može opravdati, u drugom delu knjige koji nosi naziv "Dalje od minimalne države?", Nozik ispituje razloge kojima su drugi autori pokušali da opravdaju ekstenziv-

niju državu, a među njima naročito: postizanje distributivne pravde (ovaj deo se zasniva prevashodno na kritici Rolsove teorije pravednosti), jednakosti, samopoštovanja, jednakosti startnih pozicija, radničke kontrole, dobrovoljne razmene, filantropije, veće političke jednakosti putem smanjena ekonomske nejednakosti i ostvarivanja prava glasa u onome što se tiče pojedinca. On razvija svoju teoriju pravednosti, tj. teoriju ovlašćenja, kako je sam naziva, prema kojoj se načelo pravednosti iscrpljuje prilikom izvornog sticanja svojine, prilikom njenog prenosa legitimnim sredstvima i na kraju, prilikom ispravljanja eventualnih nepravdi nastalih sticanjem ili prenosom. Za ostvarivanje ovako shvaćene pravednosti dovoljna je minimalna država. Ipak, drugi deo knjige Nozik završava hipotetičkim opisom jedne ekstenzivnije države, a sve sa ciljem, kako sam kaže, da takvu državu učini neprivačnom. Ova "ne tako minimalna država" bi postojala kada bi pojedinac počeo da prodaje deo prava nad samim sobom. On bi tako postao deoničko društvo koje bi za novac prodavalo vlasničke udele nad sobom. Pojedinac bi tada bio posmatran kao vlasnik prava da odluči kojim će se zanimanjem baviti, kakvu odeću će nositi, s kim će stupiti u brak, itd. Neka od ovih prava pojedinac bi, ne narušavajući prava drugih, otuđio, neka bi zadržao za sebe, a ljudi bi, pretvoreni tako u deonička društva, postali vlasnici jedni nad drugima. Ovo "vlasništvo nad ljudima, od ljudi i za ljude", tzv. demoktesis, bio bi najviši oblik društvenog života. Na taj način, u procesu koji bi kroz niz pojedinačnih postupaka tek bez povrede bilo čijih prava, od minimalne, smatra Nozik, stižemo do demokratske države.

I na kraju, kako bi izbegao da se minimalna država čitaocu učini bledom i nezanimljivom, "nepodobnom" da nadahne ljude da se za nju bore i žrtvuju, Nozik se u trećem delu knjige, nazvanom "Utopija" okreće utopijskoj teoriji i zaključuje da je minimalna država, kao jedina moralno poželjna, legitimna i podnošljiva država koja ne krši prava pojedinaca, "ona koja najbolje ostvaruje utopijske težnje neprojenih sanjara i vizionara". Ona, nasuprot ekstenzivnim državama u kojima ljudi žive u savremenom svetu, predstavlja nadahnjujući viziju i okvir za utopiju jer se prema ljudima odnosi kao prema nepovredivim pojedincima koji imaju svoja prava i svoje dostojanstvo i jer im daje slobodu da sami ili s nekim koga sami odaberu, vode svoj život i ostvaruju koncepciju sebe samih koliko god je to moguće u saradnji s istim takvim pojedincima.

Imajući u vidu produbljenost i sveouhvatnost koje odlikuju Nozиков koncept minimalne države iznet u delu *Anarhija, država i utopija*, ne čudi činjenica da je ovo delo, uprkos mnogobrojnim kritikama, ubrzo po svom objavljivanju

proglašeno, kako smo to na početku ovog prikaza rekli, "libertarijanskom Biblijom" i svežim zrakom u savremenoj političkoj teoriji. To ga čini aktuelnim i atraktivnim za širu čitalačku publiku na našim prostorima, a njegovo prevođenje na hrvatski jezik, iako je usledilo skoro tri decenije nakon objavljivanja u SAD, predstavlja veliki doprinos proučavanju savremene američke političke i pravne filozofije kod nas. Objavljivanje ovog izdanja trebalo bi, nadalje, da posluži i kao podsticaj izdavačima za prevođenje i objavljivanje i ostalih dela Roberta Nozika na srpski jezik, čime bi se domaći autori postakli na dalje proučavanje ne toliko obimnog, koliko po temama i povezanosti s različitim naučnim disciplinama, veoma raznovrsnog i interesantnog opusa ovog američkog autora.

ZAVRŠNA REČ

Prof. dr Gordana Vukadinović

Najpre želim da se zahvalim svim učesnicima na uloženom trudu u pripremi saopštenja u cilju uspeha Skupa, a naročito onima koji su svojim neposrednim prisustvom ovde i danas proširili i učvrstili međusobnu saradnju na ovom polju.

Imali smo posebnu privilegiju i zato naročito zahvaljujem našoj gošći gospođi dr Miri Gur-Arie koja nam je učinila veliku čast i prevalila dug put da bude sa nama i pomogne nam da razmenimo mišljenja i stavove i produbimo saznanja o *Američkoj jurisprudenciji XX veka*. A ova tema svojom aktuelnošću, kao što vidite inspiriše širok krug stvaralaca, naročito mladih, na šta smo mi vrlo ponosni.

Naravno, ovaj skup ne bi mogao da se održi da nije bilo podrške generalnog pokrovitelja Američke ambasade u Beogradu i na tome im zahvaljujemo. Svesrdno se zahvaljujem i generalnom sponzoru preduzeću "SIM" iz Sremskih Karlovaca koji je prepoznao značaj naučnog rada i pomogao održavanje ovog skupa. Njima dugujemo veliku zahvalnost za pomoć, pošto će ovaj naš trud, kako sam već istakla, biti krunisan Zbornikom radova i na srpskom i na engleskom jeziku u kome će biti štampani svi vaši radovi.

Posebnu zahvalnost dugujemo Pokrajinskom Izvršnom veću Vojvodine na bezrezervnom razumevanju za rad jedne novoformirane asocijacije. Asocijacije na području gde sa malim prekidom od par godina (kada je postojalo Jugoslovensko udruženje za teoriju, filozofiju i sociologiju prava), više od šest decenija, u našoj državi nemamo nikakvog specifičnog udruženja koje bi obuhvatilo poslenike na polju teorije, etike i filozofije prava. Nama je cilj da saradnja bude što šira, pa je moguće da jednoga dana prerastemo u regionalnu asocijaciju u ovoj oblasti.

Zahvalnost dugujemo i domaćinu, skupštini opštine Sremski Karlovci kao i Karlovačkoj gimnaziji koji su nas ugostili i omogućili ovaj jedinstveni naučni skup, prvi takve vrste na ovim prosatorima.

Hvala svima još jedanput.

Prolašavam ovaj skup zatvorenim ili možda privremeno zatvorenim – vidimo se na sledećem skupu, možda opet, u Sremskim Karlovcima.



Učesnici skupa Američka jurisprudencija XX veka,
održanog 31.III – 2.IV 2006. u Sremskim Karlovcima

Sadržaj

Otvaranje Skupa	
<i>Prof. dr Gordana Vukadinović</i>	3

I

O američkoj jurisprudenciji

1. Dr Mira Gur-Arie	
<i>Američka jurisprudencija u trećem milenijumu</i>	9
2. Prof. dr Gordana Vukadinović	
<i>Savremena američka jurisprudencija i naša teorija prava</i> <i>na početku XXI veka</i>	21
3. Prof. dr Agneš Kartag-Odri	
<i>Nove perspektive u američkoj pravnoj teoriji</i>	34

II

Šta je pravo?

1. Prof. dr Duško Vrban	
<i>Ekonomska analiza prava</i>	59
2. Prof. dr Milorad Žižić	
<i>Bioracionalna i društvena određenost procesa</i> <i>materijalne izvornosti i suštine prava</i>	66
3. Prof. dr Miroslav A. Živković	
<i>Doprinos američkih pravnih škola određenju pojma prava</i>	74
4. Mr Biljana Knežević	
<i>Prirodno pravo Ronalda Dvorkina</i>	83
5. Mr Sanja Đurđić	
<i>Liberalna teorija prvde Džona Rolsa</i>	97
6. Prof. Branko Tucakov	
<i>Pravni realizam Džeroma Franka</i>	105
7. Dipl. pravnik Ferenc Nemet	
<i>Zastupljenost savremene angloameričke jurisprudencije</i> <i>u mađarskoj pravnoj teoriji</i>	122

III Moralnost prava

1. Prof. dr Dragan M. Mitrović
*Pravno učenje Lona Fulera o moralnosti prava u svetlu
učenja njegovih protivnika i branilaca* 141
2. Marko Božić, asistent-pripravnik
Džon Finis, baštinik tomističke prirodnopravne tradicije 149
3. Mr Marko Trajković, asistent
R. Posner: The Problematics of Moral and Legal Theory 164
4. Prof. Danijela Grujić
Za ljubav domovine i sveta 167

IV Argumentacija i tumačenje prava

1. Prof. dr Marijan Pavčnik
Ustavno tumačenje 177
2. Dr Slobodan Beljanski
Paundov pojam pravnih standarda 196
3. Dragutin Avramović, asistent-pripravnik
A. Votson: Pravni transplantati – pristup uporednom pravu 209

V Pravni i politički sistem SAD

1. Prof. dr Dragan Bataveljić
Savremeni ustavni sistem Sjedinjenih Američkih Država 219
 2. Mr Ivana Tucak
Teorija suvereniteta i federalni Ustav Sjedinjenih Američkih Država 237
 3. Mr Gordana Mitrović
R. Nozik: Anarhija, država i utopija 253
- Završna reč 257
- Prof. dr Gordana Vukadinović*
- Summary 261

Summary

OPENING SESSION – Prof. Gordana Vukadinović, Ph. D.	3
--	---

I

ON AMERICAN JURISPRUDENCE

1. Mira Gur-Arie, Ph. D. AMERICAN JURISPRUDENCE IN THE THIRD MILLENIUM	9
2. Prof. Gordana Vukadinović, Ph. D. CONTEMPORARY AMERICAN JURISPRUDENCE AND OUR THEORY OF LAW AT THE BEGINNING OF THE TWENTY-FIRST CENTURY	21
3. Prof. Agneš Kartag-Odri, Ph. D. NEW PERSPECTIVES IN AMERICAN LEGAL THEORY	34

II

WHAT IS LAW?

1. Prof. Duško Vrban, Ph. D. ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND EUROPEAN LEGAL TRADITION.	59
2. Prof. Milorad Žižić, Ph. D. BIORATIONAL AND SOCIAL DEFINITENESS OF THE PROCESS OF MATERIAL AUTHENTICITY AND THE ESSENCE OF LAW	66
3. Prof. Miroslav Živković, Ph. D. CONTRIBUTION OF AMERICAN LEGAL THEORY IN DEFINING THE CONCEPT OF LAW	74
4. Biljana Knežević, LL. M. RONALD DWORKIN'S NATURAL LAW	83
5. Sanja Đurđić, LL. M., assistant RAWLS'S LIBERAL THEORY OF JUSTICE	97
6. Prof. Branko Tucakov LEGAL REALISM OF JEROME FRANK	105
7. Dipl. iur. Ferenc Nemet REPRESENTATION OF CONTEMPORARY ANGLO-AMERICAN JURISPRUDENCE IN HUNGARIAN LEGAL THEORY	122

III
THE MORALITY OF LAW

1. Prof. Dragan M. Mitrović, Ph. D.
LON FULLER'S LEGAL PHILOSOPHY ON THE MORALITY
OF LAW IN VIEW OF HIS OPPONENTS AND ADVOCATES 141
2. Marko Božić, assistant
JOHN FINNIS, A HERITOR OF THE THOMIST TRADITION
OF NATURAL LAW 149
3. Marko Trajković, LL. M., assistant
R. POSNER: THE PROBLEMATICS OF MORAL AND
LEGAL THEORY 164
4. Prof. Danijela Grujić
FOR THE LOVE OF ONE'S COUNTRY AND THE WORLD 167

IV
ARGUMENTATION AND INTERPRETATION OF LAW

1. Prof. Marijan Pavčnik, Ph. D.
CONSTITUTIONAL INTERPRETATION 177
2. Slobodan Beljanski, Ph.D.
POUND'S CONCEPT OF LAW STANDARDS 196
3. Dragutin Avramović, assistant
A. WATSON: LEGAL TRAPSPLANTS, AN APPROACH
T. COMPARATIVE LAW 209

V
THE LEGAL AND POLITICAL SYSTEM OF THE USA

1. Prof. Dragan Bataveljić, Ph. D.
CONTEMPORARY USA CONSTITUTIONAL SYSTEM 219
 2. Ivana Tucak, LL. M., assistant
THEORY OF SOVEREIGNTY UNDER FEDERAL CONSTITUTION 237
 3. Gordana Mitrović, LL. M.
ANARCHY, STATE AND UTOPIA 253
- CLOSING WORD – Prof. Gordana Vukadinović, Ph. D. 257