

Miodrag A. Jovanović¹

Pravni fakultet

Univerzitet u Beogradu

PRAVNA TEORIJA I ANTROPOLOGIJA – O NEKIM DISCIPLINARNIM TAČKAMA DODIRA²

Apstrakt: Ovaj rad nastoji da mapira oblasti disciplinarnog susretanja pravne teorije i antropologije, što je pitanje koje nije ozbiljnije pretresano u našim stručnim krugovima. Pri tom, težište u radu se stavlja na ona pitanja u kojima antropologija može da asistira pravnoj teoriji. U prvom delu rada daje se kratak prikaz međusobno isprepletane istorije razvoja obe discipline. U središnjem delu rada, pažnja je usmerena na dva važna metodološka problema pravne teorije u čijem rasvetljavanju antropološke discipline mogu biti od pomoći. Prvo, u pravnoj teoriji je aktuelna debata o tome da li je ova disciplina "parohijalna" (Dvorkin), odnosno "opšta" i "univerzalna" (Raz). Čini se, u tom pogledu, da neki od argumenata koji su razmenjeni u čuvenom antropološkom metodološkom sporu, koji su sredinom 1950-ih vodili Glukman i Bohenen u vezi sa pitanjem da li se tzv. primitivna društva mogu izučavati uz pomoć koncepata nastalih u razvijenim zapadnim društvima, mogu biti od koristi današnjoj jurisprudenciji. Drugo, u pravnoj teoriji se vodi spor da li postoje određena pravna pravila čija je sadržina u svim društvima nužno istovetna, s obzirom na univerzalna obeležja ljudske prirode (Hart) ili, pak, "pravo može imati bilo kakvu sadržinu" (Kelzen). Neka od klasičnih antropoloških istraživanja, poput onih Margaret Mid, mogu baciti novo svetlo na ovu debatu.

Ključne reči: pravna teorija, antropologija, univerzalnost, parohijalnost, nužna sadržina prava

Uvod

Ovaj rad nema velike pretenzije. On nastoji da u najkraćim crtama mapira oblasti disciplinarnog susretanja pravne teorije i antropologije, što je pitanje koje, bar prema mom saznanju, do sada nije ozbiljnije pretresano u našim stručnim krugovima. Budući da dolazim iz prvopomenute naučne oblasti, težište u radu će biti na onim pitanjima u kojima antropologija može da asistira

¹ miodrag@ius.bg.ac.rs

² Ovaj rad je urađen u okviru projekta "Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU"

pravnoj teoriji. U prvom delu rada će biti dat kratak prikaz međusobno isprepletane istorije razvoja obe discipline. U središnjem delu pažnja će biti usmerena na dva važna metodološka problema pravne teorije u čijem rasvetljavanju antropološke discipline mogu biti od pomoći. Prvo, u pravnoj teoriji je aktuelna debata o tome da li je ova disciplina "parohijalna" (Dvorkin), odnosno "opšta" i "univerzalna" (Raz). Pokazaće se da li u današnjoj jurisprudenciji mogu biti od koristi neki od argumenata razmenjenih u čuvenom antropološkom metodološkom sporu koji su sredinom pedesetih godina XX veka vodili Gluckman i Bohenen u vezi sa pitanjem da li se tzv. primitivna društva mogu izučavati uz pomoć koncepata nastalih u razvijenim zapadnim društvima. Drugo, u pravnoj teoriji se vodi spor da li postoje određena pravna pravila čija je sadržina u svim društvima nužno istovetna, s obzirom na univerzalna obeležja ljudske prirode (Hart) ili, pak, "pravo može imati bilo kakvu sadržinu" (Kelsen). Neka od klasičnih antropoloških istraživanja, poput onih Margaret Mid, mogu baciti novo svetlo na ovu debatu.

Međusobna prepletenost istorijskog razvitka pravne teorije i antropologije

Za antropologiju se neretko kaže da predstavlja "relativno skorašnju pridodšlicu u kategoriju društvenih nauka", utoliko što se kao autonomna disciplinarna oblast pojavljuje tek u drugoj polovini XIX veka, kada se šarolika grupa istraživača "okupila oko takvih tema kao što su definišuće karakteristike ljudske prirode i priroda i poreklo ljudskog društva."³ Teorijsko promišljanje o pravu svakako da ima mnogo dužu istoriju, ali se sredina XIX veka uzima kao period u kojem dolazi do pune disciplinarne autonomije i samoodrživosti jurisprudencije i njenog izbavljenja "iz kandži" teologije i metafizike. Takav se, bar, pogled na istoriju pravne teorije pruža iz perspektive pravnih pozitivista, koji smatraju da je ova disciplina konstituisana kao naučna onoga trenutka kada je usvojila empirijski metod, prevazilazeći tako jusnaturalističku opsesivnost "metafizikom prava".⁴ Kada je reč o antropologiji, ne može se, međutim, reći da je period njenog nastanka istovremeno bio i period postizanja pune predmetne i metodološke određenosti ove discipline. To stoga što su "po temama koje su birali da izučavaju, po načinu na koji su formulisali pitanja i po strategijama koje su koristili da bi došli do odgovora, rani antropolozi bili pod

³ John M. Conley and William M. O'Barr, "Legal Anthropology Comes Home: A Brief History of the Ethnographic Study of Law" (1993) 27 Loyola of Los Angeles Law Review 1, 41.

⁴ Hans Kelsen, "Naturrechtslehre und Rechtspositivismus", u Friedrich Koja (ed.), Hans Kelsen oder Die Reinheit der Rechtslehre (Wien: Böhlau Verlag, 1988), p. 231.

snažnim uticajem disciplina iz kojih su dolazili."⁵ Otuda su disciplinarne granice antropologije od samog početka bile zamagljene kada je reč o njenom odnosu prema drugim društvenim naukama kakve su sociologija, etnologija ili lingvistika.

Ipak, kada se govori o istraživačkom opredeljenju ranih antropologa, "nijedna disciplina nije imala veći uticaj na rađanje i razvoj antropologije od prava. Neki od prvih radova koji su priznati kao antropologija bili su napisani od strane pravnika i bavili su se pravnim temama."⁶ U tim monografijama razmatrane su teme kao što su porodica, brak i srodstvo u "arhaičnim" ili drevnim društvima. Na primer, iste 1861. godine Bahofen je u Nemačkoj objavio svoju knjigu *Das Mutterrecht*⁷, dok je Mejn u Britaniji izdao *Ancient Law*.⁸ Usledili su zatim radovi Morgana (Lewis Morgan)⁹, Engelsa (Fridrich Engels)¹⁰ i braće Meklenan (John Ferguson Mc Lennan and Donald Mc Lennan)¹¹, koji su se bavili istim temama i svi su bili objavljeni do kraja XIX veka. Zajednički imenitelj ovih ranih antropoloških studija bila je filozofija evolucionog razvoja ljudskih društava i institucija, kao i nepostojanje ozbiljnije istraživačke građe o društvima koja su se izučavala.

Konli i O'Bar su mišljenja da "ako je pravo imalo trajan uticaj na poreklo antropologije, rana antropologija je izvršila mali uticaj na pravnu doktrinu".¹² Sklon sam da se samo delimično složim sa ovim stanovištem. Ono je tačno samo utoliko što je pravo, u suštinskom smislu, tretirano od strane pozitivistički nadahnute jurisprudencije kao zatvoren sistem koji je moguće istraživati nezavisno od šire mreže društvenih ili kulturnih fenomena (ovaj korak je i omogućio disciplinarnu autonomiju pravne teorije XX veka). Međutim, u metodološkom smislu, rane antropološke studije, u najširem smislu te reči, sva-

⁵ Conley and M. O'Barr, "Legal Anthropology Comes Home", 41. To će Gluckmana navesti da kaže da su rani antropolozi "kao svoj predmet proučavali sve i svašta (a mixed bag of subjects)". Max Gluckman, *Politics, Law and Ritual in Tribal Society* (Oxford: Basil Blackwell, 1965), p. 1.

⁶ Conley and M. O'Barr, "Legal Anthropology Comes Home", 42.

⁷ Johann Jakob Bachofen, *Das Mutterrecht – Eine Untersuchung über die Gynaiokratie der alten Welt nach ihrer religiösen und rechtigen Natur* (Stuttgart: Kraiss & Hoffman, 1861)

⁸ Henry Sumner Maine, *Ancient Law – Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas* (With introduction and notes by Sir Frederick Pollock) (London: John Murray, 1927)

⁹ Luis Morgan, *Drevno društvo* (Beograd: Prosveta, 1981)

¹⁰ Fridrih Engels, *Poreklo porodice, privatne svojine i države*, u Karl Marks, Fridrih Engels, *Izabrana dela* (tom II), (Beograd: Kultura, 1950)

¹¹ John Ferguson Mc Lennan and Donald Mc Lennan, *The Patriarchal Theory* (London: Macmillan and Co, 1885)

¹² Conley and M. O'Barr, "Legal Anthropology Comes Home", 44.

kako su doprinele razvitku ne samo pravnog pozitivizma već i drugih pravno-teorijskih škola, poput istorijske i sociološke jurisprudencije, te škole pravnog realizma. Zajedničko svim ovim pravcima bilo je odbacivanje deduktivnog metoda izučavanja prirode prava, koji je favorizovala prirodnopravna škola, i usvajanje empirijskog, istorijskog i uporednog metoda istraživanja prava.

Tako se, primera radi, u Nemačkoj 1878. pojavio "Časopis za uporednu pravnu nauku" (*Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*), koji je u ovoj zemlji afirmisao komparativni pristup u pravnim istraživanjima. Osnivači ovog časopisa, Bernheft, Kon i Koler (Franz Bernhöft, Georg Cohn, Joseph Kohler) smatrali su da je sa Bahofenovim radom o materinskom pravu "uporedna pravna nauka proslavila dan svog rođenja".¹³ Stoga je ovaj časopis pred sebe postavio cilj da usko polje proučavanja domaćeg i rimskog prava proširi na neke egzotičnije pravne sisteme, kakvi su, na primer, orijentalni, kako bi se izgradila opšta teorija pravne evolucije. Bernheft je u uvodnom tekstu prvog broja to nezadovoljstvo aktuelnim vidokrugom pravnih istraživanja izrazio rečima: "Dugo vremena se nemački pravници bave skoro isključivo pravnim sistemima koji nude neposredan praktični interes: rimskim i nemačkim."¹⁴ Time je, u stvari, samo ponovio misao Posta (Albert Hermann Post), koji je u predgovoru svoje knjige Poreklo prava, poredeći istraživanja i rezultate pravne nauke sa onima uporednih nauka o jeziku, rekao: "Pravna nauka, naprotiv, leži skoro potpuno nedirnuta burama vremena. Sa svojom sestrom teologijom, spava ona i dalje tiho i mirno i zamišljeno prebira po Corpus jurisu, kao ona prva po Bibliji."¹⁵

Pomenuti Post je u istom periodu postavio osnove za stvaranje etnološke jurisprudencije (*ethnologische Jurisprudenz*), kao dela opšte pravne nauke, koja se ograničava na "istraživanje etnoloških ili socijalnih uzroka društvenih formi ispoljavanja prava, i ne istražuje iza njih ležeće biološke i kosmičke uzroke".¹⁶ Tako se područje njenog delovanja usredsređuje na "otkriće dalekose-

¹³ Joseph Kohler, 'Nachruf an J. J. Bachofen' (1889) 8 *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 148.

¹⁴ Franz Bernhöft, 'Ueber Zweck und Mittel der vergleichenden Rechtswissenschaft' (1878) 1 *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1.

¹⁵ Albert Hermann Post, *Der Ursprung des Rechts - Prologomena zu einer allgemeinen vergleichenden Rechtswissenschaft* (Oldenburg: C. Brandt & A. Schwarz, 1876), 3. Uporedna lingvistika je pravi zamah napravila knjigom Fon Šlegela (Friedrich von Schlegel) *O jeziku i mudrosti Indijaca (Über die Sprache und Weisheit der Indier)* iz 1808. godine, u kojoj je svetu predstavljen sanskrit i u kojoj se prvi put pominje sintagma "uporedna gramatika" (*vergleichende Grammatik*), te radovima Nemca Bopa (Franz Bopp) i Danca Raska (Rasmus Kristian Rask). Vidi u, Milka Ivić, *Pravci u lingvistici* (Ljubljana: Državna založba Slovenije, 1978), str. 33.

¹⁶ Albert Hermann Post, *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz* (Erster Band) (Oldenburg und Leipzig: A. Schwarz, 1895), p. 7.

žnih paralela u pravnom životu svih naroda planete Zemlje koje se ne mogu svoditi na slučajne srodnosti, već se mogu posmatrati samo kao emanacije opšte ljudske prirode"¹⁷. Etnološka jurisprudencija u tom smislu predstavlja granu etnologije, iskustvene nauke "koja za svoj zadatak ima da sakupi i odabere sve činjenice narodnog života unutar ljudske rase i da uzroke istih istraži". Etnološka jurisprudencija sarađuje i sa pravnom istorijom, ali se ova potonja usredsređuje na pojedinačne narode ili grupe naroda, i utoliko je ona uporedna pravna istorija, dok prva ostaje u ravni univerzalnog.¹⁸

Predloženi disciplinarni naziv "etnološka jurisprudencija" je u decenijama koje su usledile bio zamenjen danas uobičajenom odrednicom "pravna antropologija". Naučna održivost i distinktivnost ove zasebne subantropološke discipline ostaje do dana današnjeg upitna i u direktnoj je vezi sa problemom disciplinarnog određenja same antropologije. Primera radi, jedan od poznatijih pravnih antropologa, Leopold Pospíšil, nudi u predgovoru nemačkom izdanju svoje knjige *Anthropology of Law*¹⁹ smernice za predmetno i metodološko određenje obe discipline. Najpre, one se obe mogu smatrati naukama utoliko što predstavljaju "sistematsko istraživanje totaliteta relevantnih činjenica (ili fenomena)", neophodno za izučavanje određene problemske oblasti. Nadalje, obe se služe empirijskim metodom i, najзад, ultimativni cilj njihovog istraživanja jeste stvaranje apstraktnih generalizirajućih teorija.²⁰ Pravna antropologija, u tom smislu, može se definisati kao "nauka koja istražuje pravne sisteme i zakone (u pravnom smislu te reči), u pokušaju da dođe do naučnih zakona u pogledu ovih pitanja."²¹

O opštosti i etnocentričnosti antropologije i pravne teorije

Pođe li se od napred pomenutog shvatanja, antropologija bi bila definisana kao opšta naučna disciplina, usmerena na utvrđivanje totaliteta činjenica koje su relevantne za izučavanje čoveka. Lusi Mejr je još sredinom šezdeserih godina XX veka izrazila skepsu prema ovakvom predmetnom određenju antropologije: "Najraniji antropolozi govorili bi da je to za šta su oni zainteresovani 'sve o čoveku'. Oni nisu mogli predvideti da će područje rasprostriranja disci-

¹⁷ Ibid., p. 4.

¹⁸ Albert Hermann Post, *Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis* (Oldenburg: C. Berndt & A. Schwartz, 1880), p. 1.

¹⁹ Leopold Pospíšil, *Anthropology of Law – A Comparative Theory* (New Haven: HRAF Press, 1974).

²⁰ Leopold Pospíšil, *Anthropologie des Rechts – Recht und Gesellschaft in archaischen und modernen Kulturen* (München: C. H. Beck, 1982), p. 10.

²¹ Ibid., p. 11.

plina koje bacaju svetlost na čovekovu istoriju, društveno ponašanje, njegove biološke i fiziološke karakteristike, narasti i proširiti se toliko da je beznadežan pokušaj svakoga ko želi da ovlada celokupnim poljem."²² Ova opaska, koja se na prvi pogled čini sasvim umesnom, održiva je jedino pod pretpostavkom da se antropološko istraživanje ne razlikuje od drugih disciplina koje se, neposredno ili posredno, takođe bave čovekom. Međutim, ono što karakteriše te druge naučne discipline jeste pristup koji je uvek usmeren na posebnost. O tome govori i Gelen u tekstu Ka sistematici antropologije: "Morfologija, fiziologija, psihologija, lingvistika, sociologija itd., takođe se bave prevashodno čovekom, doduše tako kako je jedino moguće za pojedinačne nauke: na način da na tom kompleksu svih obeležja istražuju određene strane i iz drugih ih perspektiva sagledavaju."²³ Stoga se čini opravdanim uverenje da je antropologiju moguće zasnovati kao opštu disciplinu čiji je predmet totalitet univerzalnih bioloških, psiholoških, socijalnih i kulturoloških karakteristika čovekove prirode, do kojih ona dolazi sintezom do sada ostvarenih specijalnih znanja o čoveku.²⁴

U potpunosti na tragu ovakvog rezonovanja bio je, recimo, i Levi-Stros u svom tekstu Mesto antropologije u društvenim naukama i problemi koje postavlja njena nastava. U odeljku u kojem govori o odnosu između etnografije, etnologije i antropologije, on kaže da etnografiju svi shvataju na gotovo istovetan način. Ona se najčešće smatra prvim stadijumom istraživanja i svodi se na terenski rad pri kojem istraživač posmatra, opisuje, razvrstava i analizira različite kulturne fenomene. Zatim dolazi etnologija, za koju Levi-Stros kaže da je "prvi korak prema sintezi", te, "da ide za zaključcima koji su dovoljno

²² Lucy Mair, *An Introduction to Social Anthropology* (Oxford: Clarendon Press, 1965), p. 5.

²³ Arnold Gehlen, "Zur Systematik der Anthropologie", u *Studien zur Anthropologie und Soziologie* (Berlin: Luchterhand Verlag, 1963), p. 16.

²⁴ Shodno Vuntovoj terminologiji, tako izvršena sinteza opšte antropologije bila bi produktivna, što znači da bi "samo pouzdani ishodi prethodećeg analitičkog istraživanja ili štaviše samo elementi pojma (Begriffselemente), koje je prethodna analiza pronasla, bili upotrebljeni, dok bi sama sinteza na jedan nov i nezavisan način sjedinila te elemente." Pritom, metod kojim bi se opšta antropologija služila u svrhu utvrđivanja opštih pojmova, odnosno univerzalija čovekove prirode, jeste metod generalizirajuće apstrakcije (die generalisierende Abstraktion). Vunt ovaj metod definiše na sledeći način: "Generalizirajuća apstrakcija se sastoji u tome, što se pri podvrgavanju izvesnog broja predmeta ili činjenica uporednoj analizi zanemaruju osobenosti, koje se menjaju od jednog do drugog individualnog slučaja, da bi se zadržale izvesne koje su celokupnoj grupi zajedničke i uzele kao obeležja jednog opšteg pojma." Wilhelm Wundt, *Logik (Logik der exakten Wissenschaften)*, II Band (Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1920), p. 8, 13.

opsežni da bi ih bilo teško zasnivati samo na spoznaji iz prve ruke."²⁵ Najzad, kada god se susrećemo sa disciplinama koje sebe nazivaju socijalna ili kulturna antropologija, nastavlja Levi-Stros, treba imati na umu da one predstavljaju "drugu i posljednju etapu sinteze". U tom smislu, između antropologije i etnologije postoji isti odnos kao između ove potonje i etnografije, te su to uistinu samo tri različite etape jednog istog istraživanja. Antropologija je poslednja faza istraživanja, zato što "smera na globalno poznavanje čovjeka, obuhvatajući svoj predmet u čitavoj njegovoj historijskoj i geografskoj opsežnosti; težeći za spoznajom, upotrebljivom za cjelinu ljudskog razvoja od, recimo hominida do modernih rasa; i vodeći ka zaključcima, pozitivnim ili negativnim, ali važećim za sva ljudska društva (kurzivi, M. J.), od modernog velegrada do najmanjeg melanezijskog plemena."²⁶

Ovakvo viđenje domašaja i zadataka kako antropologije tako i pravne antropologije, ni izbliza nije opšteprihvaćeno unutar akademskih krugova.²⁷ Ipak, ono demonstrira nesumnjivu metodološku sklonost ove discipline ka opštosti, što je karakteristika koja je, ipak, mnogo otvorenije ispoljena u slučaju pravne teorije. Već je Džon Ostin, koji se smatra, pogotovo među anglo-američkim autorima, jednim od rodonačelnika savremene jurisprudencije, govorio o "opštoj", odnosno "univerzalnoj" pravnoj teoriji.²⁸ On je pravio razliku iz-

²⁵ Klod Levi-Stros, *Strukturalna antropologija* (Zagreb: Stvarnost, 1977), str. 362. Malinovski u Uvodu svoje knjige *Argonauti Zapadnog Pacifika* slično primećuje u jednoj fusnoti: "U skladu sa prihvaćenom naučnom terminologijom, koristim reč etnografija za empirijske i deskriptivne rezultate nauke o čoveku, a reč etnologija za spekulativne i komparativne teorije." Bronislav Malinovski, *Argonauti Zapadnog Pacifika* (Beograd: BIGZ, 1979), str. 8.

²⁶ Levi-Stros, *Strukturalna antropologija*, str. 363. Na sličan način je Gelen smatrao da je "opravdano naše očekivanje da će opšta antropologija imati jednoznačan predmet. Ona bi logički bila nadređena svakoj specijalnoj antropologiji (kurzivi M. J.), prije svega učenju o rasama, ali takođe i psihologiji, kao i svakoj nauci koja od početka tematizira samo jedan poseban aspekt čovjeka." Arnold Gelen, *Čovek, njegova priroda i njegov položaj u svetu* (Sarajevo: Veselin Masleša, 1990), str. 10.

²⁷ Dovoljno je, na primer, uporediti Pospišilovo viđenje pravne antropologije sa onim koje se može pronaći u novijim radovima. U skorašnjoj studiji Nizen iznosi tezu da se "pravna antropologija u eri ljudskih prava ... suočava sa izazovom utvrđivanja kako su globalni koncepti prava i identiteta upravljani i oblikovani u praksi od strane onih koji sebe vide kao subjekte prava. Između fokusa na institucije globalne vladavine i lokalne uslove subjekata prava nalazi se problem difuzije pravnih normi, što je ključno pitanje koje nam pomaže da definišemo subdisciplinu pravne antropologije." Ronald Niezen, *Public Justice and the Anthropology of Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p. xi.

²⁸ Rambl primećuje da se Ostinovo ime unekoliko pogrešno vezuje za uobičajeni naziv ove škole mišljenja – 'analitička jurisprudencija', iako on nikada nije upotrebio ovaj izraz. "On je u velikoj meri bio stvoren od strane docnijih devetnaestovekovnih

među opšte i posebne jursiprudencije. Iako se obe bave pozitivnim pravom, ova potonja je fokusirana na važeće zakone koji postoje ili su postojali u različitim državama, dok se ona prvopomenuta usredsređuje na različite principe i koncepte. Neki od njih se mogu pronaći samo u naprednim pravnim sistemima, dok su drugi univerzalni. Univerzalni pravni principi i koncepti ne samo da su zajednički za veoma različite pravne poretke već su takođe "suštinski", "neizbežni" i "nužni".²⁹

Iako su obojica napravili značajan otklon prema Ostinovoj teoriji³⁰, a pri tom su i njihove sopstvene teorije po mnogo čemu bile različite³¹, i Hart i Kelzen su suštinski sledili ovu ideju o opštosti jursiprudencije. Kelzen je svoju Čistu teoriju prava (Reine Rechtslehre) smatrao "opštom teorijom prava i države", koja je opšta, deskriptivna i empirijska nauka.³² Na identičan način je Hart naglašavao da je njegov cilj "da ponudi teoriju prava kakvo jeste koja je i opšta i deskriptivna." Ona je opšta "utoliko što nije vezana ni za jedan određen sistem ili pravnu kulturu", a deskriptivna je utoliko "što je moralno neutralna i nema cilj da opravdava."³³ Najzad, svi noviji teorijski radovi koji su nastali u pozitivističkoj tradiciji u načelu slede ovu ideju o opštosti, deskriptivnosti i moralnoj neutralnosti pravne teorije.³⁴

Dvorkin nudi najpoznatiji argument protiv opštosti i deskriptivnosti pravne teorije. On zastupa tezu da, budući da je koncept prava deo naše pravne prak-

britanskih pravnika, pogotovo ser Henrija Mejna." Wilfrid E. Rumble, 'Introduction', in John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832) (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), p. xiii.

²⁹ U posthumno objavljenom spisu *Lectures on Jurisprudence* može se naći i Ostina napomena da se opšta jursiprudencija bavi "pravom koje nužno jeste, pre nego pravom kakvo treba da bude; pravom koje mora biti, bez obzira da li je dobro ili loše, pre nego pravom koje mora biti, ako nastoji da bude dobro." Rambl primećuje da ovaj stav svakako ne implicira da je Ostin smatrao da je pitanje prava koje treba da bude nevažno. On je samo posledica Ostinovog uverenja da to pitanje pripada nauci zakonodavstva, a ne pravnoj nauci. Kako među ovim disciplinama postoje brojne i nerazrušive veze, Ostin je značajan prostor posvetio raspravama iz etičke teorije. Ibid.

³⁰ Vidi, Hans Kelsen, 'The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence' (1941) 55 *Harvard Law Review* 1, pp. 44-70. Herbert Hart, *The Concept of Law* (2nd ed.) (With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz) (Oxford: Clarendon Press, 1994).

³¹ O nekim od tačaka sporenja referisao je sam Hart, nakon njihovog jedinog susreta u novembru 1961. godine na Berkliju. Vidi, Herbert Hart, 'Kelsen Visited' (1963) 10 *UCLA Law Review* 4: 709-728.

³² Hans Kelzen, *Opšta teorija prava i države* (Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 1998).

³³ Hart, *The Concept of Law*, p. 239.

³⁴ Vidi, npr., Andrei Marmor, 'Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral' (2006) 26 *Oxford Journal of Legal Studies* 4: 683-704.

se³⁵, samo one teorije prava "koje su interpretativne u pogledu određene faze istorijski razvijajuće prakse" mogu biti smatrane korisnim.³⁶ Jedina koherentna perspektiva iz koje može nastati pravna teorija jeste ona "insajderska", odnosno perspektiva onoga ko participira u praksi konkretnog pravnog sistema i ko pokušava da taj sistem interpretira u "najboljem svetlu". Činjenica da se koncepti prava razlikuju od mesta do mesta nužno implicira "parohijalni" karakter pravne teorije. Otuda je i sama Dvorkinova teorija, po njegovim sopstvenim rečima, ograničena samo na pravne sisteme SAD- i Ujedinjenog Kraljevstva.

Većina kritičkih osvrta je usmerena na to da pokaže da Dworkin ne povlači nikakvu granicu između pravne teorije i pravne prakse.³⁷ Pored toga, Raz primećuje da Dworkinova teza vodi zaključku da je koncept prava nužan za postojanje prava u jednoj zajednici. Raz, međutim, uverljivo pokazuje da ta teza nije održiva i da je sasvim moguće da određena društva imaju pravo, a da ipak nemaju razvijen koncept prava.³⁸ To, zauzvrat, znači da je jurisprudencija, shvaćena kao deskriptivna i opšta disciplina, istovremeno "i parohijalna i univerzalna". Ona je parohijalna "jer nastoji da objasni instituciju označenu pu-

³⁵ "Svaki praktičan pravni argument, bez obzira koliko on bio detaljan i ograničen, pretpostavlja neke opšte osnove, upravo od one vrste koju pruža jurisprudencija", pa je stoga i "jurisprudencija opšti deo presuđivanja." Ronald Dworkin, 'Legal Theory and the Problem of Sense', u Ruth Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy (The Influence of H. L. A. Hart)* (Oxford: Clarendon Press, 1987), p. 14.

³⁶ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986), p. 102.

³⁷ Tako, Jules L. Coleman, 'Methodology', u Jules Coleman and Scott Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2004), p. 317.

³⁸ Ono što je, ipak, neophodno da u takvim društvima bude razvijeno jeste određeni koncept pravila odnosno norme. Joseph Raz, 'Can There Be a Theory of Law?', u Martin P. Golding and William A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Blackwell, 2005), p. 336. Lora Nejder i Džun Star su u svom antropološkom istraživanju došle do zaključka da "sva društva imaju koncept pravičnosti (fairness), ali šta se ima smatrati pravičnim (equitable) varira od društva do društva." One izričito napominju da su za potrebe tog rada termine equity, distributive justice, 'fairness' principle, give-a-little, get-a-little i minimax koristile kao sinonime. Laura Nader and June Starr, 'Is Equity Universal?', u Ralph A. Newman (ed.), *Equity in the World's Legal Systems: A Comparative Study* (Brussels: Etablissements Emile Bruylant, 1973), p. 126. Ipak, čini se da bi ispravniji bio zaključak da u svim društvima postoji praksa uređenja međuljudskih odnosa shodno principima komutativne i distributivne pravde, čak i kada u tim društvima ti koncepti ne postoje. Međutim, baš kao što je za postojanje prava u jednom društvu nužno da akteri imaju bar koncept pravila, tako je i za praksu uređenu po principu pravde nužno da akteri imaju svest o određenom konceptu jednakosti, koja leži u osnovi svakog koncepta pravde.

tem koncepta koji je lokalni koncept, proizvod moderne zapadne civilizacije". U isto vreme, "ona je univerzalna teorija, jer je primenjiva na pravo kadgod i gdegod je ono zamislivo, a njegovo postojanje ne pretpostavlja i postojanje njegovog koncepta, ono uistinu ne pretpostavlja postojanje bilo kog pravnog koncepta".³⁹

Ovo, međutim, otvara novi problem. Ako pravna teorija može da bude razvijena samo u određenoj kulturi sa konceptom prava, da li to nužno sprečava takvu teoriju da proučava pravo i u potpuno drugačijim kulturnim okvirima? Drugim rečima, da li je takva pravna teorija nužno etnocentrična? Raz je svestan potencijalnog konflikta koji proizilazi iz činjenice da, ako želimo da izučavamo druga društva, mi moramo da savladamo njihove koncepte, ali to ne možemo da postignemo sve dok njihove prakse ne dovedemo u vezu sa svojim sopstvenim. On rešenje vidi u razvijanju "konceptata koji se primenjuju da bi premostili razlike između nas i njih, konceptata koji mogu biti primenjeni na prakse drugih kultura, kao i na naše sopstvene"⁴⁰. Raz je uverenja da "naš", zapadni koncept prava "jeste među kulturno-transcedirajućim konceptima"⁴¹, posebno stoga što je u svom razvitku postao "inkluzivniji", "kako se naše znanje o istoriji i o svetu širilo i kako je naš interes za istoriju i naša interakcija sa drugim delovima sveta postajala sve ekstenzivnija"⁴².

Čini se da bi pravnoj teoriji ovde mogao biti od pomoći uvid u sličan spor koji je u antropologiji već vođen između Pola Bohenena i Maksa Glukmana. Ono što je prvi zamerao drugome jeste upravo primena konceptata, preuzetih iz tradicije zapadne jurisprudencije, na pravne manifestacije u životu društava kakvo je Baroce. To se posebno odnosi na Glukmanovu tezu da se u konceptu "razumnog čoveka" (reasonable man) može pronaći univerzalni standard prema kojem se u svakom društvu određuje poželjno i ispravno ponašanje ljudi u određenim situacijama.⁴³ Bohenen je, naprotiv, držao da koncepti zapadne jurisprudencije jesu deo nečega što se može nazvati "domaćim sistemom" (folk-system), a nijedan partikularni "domaći sistem" se ne može legitimno podići na nivo analitičkog sistema i kao takav primeniti na pravno istraživanje jednog drugog i drugačijeg društva. Polazeći od teze da je pravo tehnika i umeće koje nema sopstveni specifični predmet, već se bavi "celokupnošću života"

³⁹ Raz, 'Can There Be a Theory of Law?', p. 335.

⁴⁰ Ibid., p. 338.

⁴¹ Ibid., p. 340.

⁴² Ibid., p. 332.

⁴³ Na sličan način, Glukman polazi od koncepta "odgovarajućeg pravnog postupka" (due process of law), a zatim traga za njegovim ekvivalentom u pravu Baroca. Max Gluckman, *The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia* (Manchester: Manchester University Press, 1955), p. 316. Uporedi i *The Ideas in Barotse Jurisprudence* (New Haven and London: Yale University Press, 1965).

(whole of life), Bohenen je smatrao da "ne postoje dva sistema socijalne kontrole koja 'celokupnost života' razmatraju na isti način i u istim kategorijama. To je kulturna vizija – 'domaći sistem' kojim se gleda na 'celokupnost života' – za koju smo mi zainteresovani."⁴⁴

Glukman ovakav stav naziva "kulturnim solipsizmom" koji onemogućuje bilo kakav oblik komparacije i generalizacije, "osim ukoliko ne razvijemo potpuno nov i nezavisan jezik bez nacionalnog utemeljenja (without national home)"⁴⁵. Ovaj zaoštren ton on docnije znatno ublažava u svom radu Koncepti u komparativnoj studiji plemenskog prava. Tu Glukman kaže: "Bohenen i ja smo se, u stvari, složili da je prva dužnost etnografa da jasno zabeleži činjenice u društvu koje proučava. Mi smo se dalje složili... da je potom potrebno da iznađemo koncepte kako bismo doveli u vezu i uporedili paralelne, slične i različite koncepcije i procedure u različitim 'domaćim sistemima', a zatim da iznađemo koncepte za još apstraktnije analitičke generalizacije." Glukman smatra da sve to "dovodi do pitanja šta je to što neko namerava da upoređuje" i zaključuje da bi to moglo biti mesto međusobnog neslaganja. "Bohenen možda teži da uporedi domaće koncepcije unutar njih samih ... Ja sam, kao i većina socijalnih antropologa, zainteresovan da, što jasnije mogu, detaljno opišem domaće koncepcije pojedinih naroda i da, zatim, pokušam da objasnim zašto su takve i na koji način se razlikuju od domaćih koncepcija drugih naroda, u terminima ekonomskog i socijalnog okruženja."⁴⁶ Glukman je uveren da je ovaj poslednji zadatak moguće obaviti bez isključivog oslanjanja na koncepte zajednice koja se izučava. Insistiranje na jedinstvenosti i neponovljivosti često, po njegovom mišljenju, zamagľuje problematiku. Stoga, tamo gde je to, uz preko potreban oprez, moguće učiniti, on preporučuje koncepte prihvaćene od strane zapadne jurisprudencije, tvrdeći da se antropolog vodi za običnom predrasudom onda kada tvrdi da se šeme, koje se od strane pravnika uspešno koriste za analizu zapadnog prava, ne mogu primeniti na druge "domaće sisteme". Posebno je to slučaj ako se sistemi analize u oba slučaja mogu svesti na istovetne logičke procedure. "Upotreba koncepata može biti opasna", zakľučuje Glukman, "ali bez rizika nema avanture ideja"⁴⁷.

I pored naknadno približenih metodoloških stavova, Bohenen je ostao pri uverenju da se najveći problem Glukmanovog pristupa sastoji se u tome da se "osnovne ideje Zapada prevode u Loci ideje, umesto da se osnovne Loci ideje

⁴⁴ Paul Bohannon, *Justice and Judgment Among the Tiv* (Illiniosis, Waveland Press, 1989) (1957), pp. 213-214.

⁴⁵ Gluckman, *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*, p. 183.

⁴⁶ Max Gluckman, 'Concepts in the Comparative Study of Tribal Law', u Laura Nader (ed.), *Law in Culture and Society* (Berkley: University of California Press, 1997), p. 354.

⁴⁷ Ibid., p. 373.

prevode na Engleski." Pritom, Bohenen napominje: "Molim vas obratite pažnju da ja nisam rekao da Loci i Engleski nemaju u osnovi slične ideje, već sam samo rekao da ovim metodom izlaganja (koji koristi Glukman, prim. M. J.) za čitaoca ne postoji mogućnost da otkrije imaju li ili nemaju."⁴⁸

U pravnoj teoriji se rasplamsao spor o univerzalnim domašajima teoretisanja o pravu. Čini se da postoji dosta uverljivih dokaza za Razovu tvrdnju da se zapadni koncept prava, budući da je najopštiji i da je "inkluzivniji" no ikad u istoriji jurisprudencije, može kvalifikovati za status "kulturno-transcedirajućeg" koncepta, koji omogućava istraživanje prava u različitim društvima.⁴⁹ Ipak, sumnjam da se potencijalna optužba za etnocentrizam pravne teorije može tako lako odbaciti kada se radi o konceptima nižeg nivoa apstraktnosti. Takvi koncepti nastaju iz određene pravne prakse i otuda su snažno ukorenjeni u njoj i u kulturi date zajednice. Stoga ne treba da čudi što se sve češće pojavljuju glasovi u prilog zaokruženih pravnoteorijskih promišljanja koji bi bili izraz kulturne specifičnosti određenih društava. Takav je, na primer, skorašnji pledoaje za pravnu teoriju autohtonih zajednica (Indigenous legal theory), "koja bi mogla da pozajmljuje iz drugih izvora, ali koja bi u ključnom pogledu bila povezana sa autohtonim zajednicama."⁵⁰ Sve to samo znači da pravna teorija ima još štošta da razjasni u ovoj oblasti, a antropologija joj u tom pogledu svakako može biti od pomoći.

O nužnoj i univerzalnoj sadržini prava

Pod pretpostavkom da je Razova teza o univerzalnosti zapadnog koncepta prava tačna, postavlja se pitanje da li takav koncept podrazumeva i izvesnu nužnu sadržinu prava, koja se može naći u svim društvima u kojima su odnosi pravno regulisani. Drugim rečima, ako jurisprudenciji priznajemo karakter opšte teorijske discipline, da li to znači da je univerzalni koncept prava kojim operišemo zasnovan samo na strukturalnim i formalnim obeležjima koja su

⁴⁸ Paul Bohannon, 'Ethnography and Comparison in Legal Anthropology', u Nader (ed.), *Law in Culture and Society*, p. 411.

⁴⁹ Šauer je, u tom pogledu, sumnjičav: "Pravni sistemi postoje u svetu, kao i pravne institucije i pravne odluke. Ali ako i postoji koncept koji se nalazi u njihovoj osnovi, nije nužno slučaj da isti koncept objašnjava fenomene ili prirodu prava u svim sistemima, u svim epohama i na svim mestima." Frederick Schauer, 'Is there a Concept of Law?', u Tomasz Gizbert-Studnicki and Jerzy Stelmach (eds.), *Law and Legal Cultures in the 21st Century – Diversity and Unity* (Warszawa: Oficyna, 2007), p. 32.

⁵⁰ Gordon Christie, 'Indigenous Legal Theory: Some Initial Considerations', u Benjamin J. Richardson et. al. (eds.), *Indigenous Peoples and the Law – Comparative and Critical Perspectives* (Oxford and Portland: Hart Publishing, 2009), p. 197.

nužna, suštinska i zajednička za sve sisteme pravila koja imaju pravni karakter⁵¹ ili taj koncept pak podrazumeva i izvesna zajednička sadržinska obeležja svih pravnih sistema, bez obzira na to koliko ona bila minimalna?

U pogledu ovoga pitanja postoji znatno izraženiji spor između Kelzena i Harta. Kelzen jasno stoji na stanovištu da su strukturalna obeležja ta koja povezuju najrazličitije zamislive sisteme pravnih pravila i koja napose konstituišu koncept prava kojim operiše opšta teorija prava. Ovo uverenje dolazi do izražaja u sledećem retorički intoniranom pitanju: "Čega zajedničkog može imati tzv. pravo starog Vavilona s pravom koje danas vlada u Sjedinjenim Državama? Čega zajedničkog može imati društveni poredak nekog crnačkog plemena pod vođstvom despotskog poglavice – poredak koji se takođe naziva 'pravom' – s ustavom Republike Švajcarske?" Kelzen odmah razvija svaku sumnju: "Ovde ipak ima jedan zajednički element, koji potpuno opravdava tu terminologiju", budući da se reč "pravo" u svim pomenutim slučajevima "odnosi na onu specifičnu društvenu tehniku prinudnog poretka koja je... ipak, u suštini, ista za sve narode koji se tako mnogo razlikuju po episi, prostoru i kulturi..."⁵² Pravni karakter pravila se, otuda, utvrđuje na osnovu formalnih obeležja, a ne na osnovu ove ili one njegove sadržine. Zapravo, "Nema ljudskog ponašanja takve vrste koje ne bi, zbog svoje prirode, moglo biti pretvoreno u pravnu obavezu koja odgovara jednom subjektivnom pravu." Otuda, "Pravne norme mogu imati kakvu bilo sadržinu."⁵³

Ovakav Kelzenov stav je logično ishodište njegove težnje da se obračuna sa "metafizikom" prirodnopravne škole, koja je, bez obzira na brojne varijacije, uvek pretpostavljala da "pravnost" jednog pravila nužno zavisi od toga koliko njegova sadržina odudara od nekog, tobož objektivno ustanovljivog standarda "moralnosti", odnosno "pravednosti". Novovekovni predstavnici prirodnopravne škole su taj objektivni izvor "pravednosti" po pravilu nalazili u čovekovoj prirodi, još preciznije, u njenoj racionalnosti.⁵⁴ Kelzen je, među-

⁵¹ Raz koristi izraze "priroda prava" i "suštinska obeležja" da bi njima "označio ona obeležja koja bilo koji (sistem) prava mora da poseduje da bi bio pravo." Raz, 'Can There Be a Theory of Law?', p. 328.

⁵² Kelzen, Opšta teorija prava i države, str. 72.

⁵³ Ibid., 170. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre - Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit* (2nd ed.), (Wien: Deuticke, 1960), p. 201.

⁵⁴ Tako je rodonačelnik novovekovne jurnaturalističke doktrine, Hugo Grocijus polazio od toga da je čovek po prirodi političko biće sklono životu u zajednici (zoon politikon) i biće obdareno umnim govorom (toom logon ehon). Otuda, on na sledeći način definiše prirodno pravo sa kojim važeće, pozitivno pravo mora da bude u skladu: "Prirodno pravo je nalog ispravnog uma koji pokazuje da neki akt, shodno tome da li je ili nije u skladu s racionalnom prirodom, ima u sebi kvalitet moralne pokvarenosti ili moralne nužnosti." Hugo Grotius, *De Iure Belli ac Pacis* I-III (London: Oxford Clarendon Press, 1925), book I, p. 40.

tim, smatrao da iz čovekove prirode ne proizilazi nikakva nužna i univerzalna sadržina prava. Šta više, nema ni standarda pravde koji bi se izvodio iz ljudske prirode – "Pošto je čovečanstvo podeljeno na mnoštvo nacija, klasa, religija, profesija itd., koje se često razlikuju jedna od druge, to postoji veliko mnoštvo veoma različitih ideja pravde; suviše mnogo da bi čovek mogao da govori prosto o 'pravdi'".⁵⁵

Hart se u svom ključnom delu *Pojam prava* takođe upušta u kritiku prirodnopravne škole, ali ipak smatra da je moguće ustanoviti "minimalni sadržaj prirodnog prava", odnosno pravila koja "konstituišu zajednički element prava i konvencionalnog morala svih društava koja su uznapredovala do tačke gde se ovi razlikuju kao distinktivni oblici društvene kontrole"⁵⁶. Hart kaže da ako nas interesuju "društveni aranžmani za kontinuirano postojanje", a ne oni kojim bi se rukovodio kakav "klub samoubica", onda se opstanak društva ispostavlja kao ultimativni cilj normativnih poredaka kakvi su pravo i moral. Od tog trenutka, primećuje Hart, argumentacija je "veoma prosta".⁵⁷ Postoje neke "veoma očigledne generalizacije" koje se tiču kako ljudske prirode tako i sveta u kojem živimo. Dok god su one takve, "postoje izvesna pravila ponašanja koje bilo koja društvena organizacija mora sadržati da bi bila održiva."⁵⁸ Ove "prirodne činjenice", odnosno "jednostavni truizmi" o čovekovoj prirodi predstavljaju razlog, a ne tek puki uzrok⁵⁹, zašto, imajući u vidu opstanak kao cilj, "pravo i moral moraju da obuhvate određenu sadržinu." Stoga, između prirodnih činjenica i pravnih i moralnih normi postoji "osobena racionalna veza".⁶⁰

Hart ustanovljava postojanje sledećih prirodnih činjenica i odgovarajućih pravnih i moralnih normi: a) čovekova ranjivost (koja predstavlja razlog za zabranu ubijanja); b) približna jednakost (koja predstavlja razlog za minimum međusobnog uvažavanja i kompromisa); c) ograničeni altruizam (koji pravo i moral čine nužnim); d) oskudni resursi (koji predstavljaju razlog za postojanje nekog oblika svojine, ne nužno i privatne); e) neizbežna podela rada i potreba za kooperacijom (koja je razlog uspostavljanja dinamičkih normi koje omogućuju stvaranje obaveza i promenu okolnosti); i f) ograničeno razmuvenje i jačina volje (koje je razlog za ustanovljavanje sankcija).⁶¹ Ovome treba dodati i "prirodnu proceduralnu pravdu", koja nalaže da se prema jednakim slučajevi-

⁵⁵ Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, str. 60.

⁵⁶ Hart, *The Concept of Law*, p. 193.

⁵⁷ Ibid., p. 192.

⁵⁸ Ibid., p. 193.

⁵⁹ Hart napominje da ispitivanje mogućih kauzalnih veza između određenih obeležja ljudske prirode i odgovarajućih pravnih ili moralnih sistema ide u zadatak psihologije i sociologije. Ibid., p. 194.

⁶⁰ Ibid., p. 193.

⁶¹ Ibid., pp. 194-198.

ma postupa jednako, a prema nejednakima shodno njihovoj nejednakosti. Ova pravda se tiče sprovođenja prava, a ne samoga prava.⁶² Najzad, Hart zaključuje da ne samo da ovaj minimalni i univerzalni sadržaj pravnih i moralnih pravila čini "prirodnu nužnost", već on predstavlja i direktan odgovor "pozitivističkoj tezi da 'pravo može imati bilo kakvu sadržinu'"⁶³.

Hart u fusnotama napominje da je njegova "empirijska verzija prirodnog prava" zasnovana na odabranim poglavljima Hobsovog *Levijata* i Hjumove *Rasprave o ljudskoj prirodi*.⁶⁴ To otvara prostor za pitanje da li opšta antropologija – zasnovana prevashodno na terenskim istraživanjima, a ne na filozofskim spekulacijama – može da pruži neke egzaktnije dokaze u prilog postojanja/nepostojanja ovako shvaćenih "prirodnih činjenica", odnosno nužne i univerzalne sadržine pravnih pravila. Interesantno je, u tom pogledu, da je iste godine kada je štampan Hartov *Pojam prava*, Margaret Mid objavila članak u kojem je pokušala, na osnovu do tada obavljenih komparativnih studija različitih kultura, da dođe do pravnih pravila koja su zajednička za sva poznata i izučavana ljudska društva i koja čine minimalno jezgro 'prirodnog prava'. Njena lista tih pravila je znatno kraća od Hartove. Ona zaključuje: "Efektivna upotreba studija slučaja iz primitivnih kultura zahteva priznanje da bez obzira na to koliko primitivan bio narod o kojem se raspravlja, naći će se pravila koja se tiču svetosti života (pod određenim uslovima), pravila koja se tiču zabrane incesta u primarnim porodičnim odnosima, u većini slučajeva, i pravila koja regulišu individualna prava nad određenim fizičkim ili kulturnim predmetima." Stoga se za pomenuta pravila može reći da su "obezbedila minimalan kulturno prenosiv etički kod bez kojeg ljudska društva ne bi bila održiva"⁶⁵.

Pitanje kriterijuma "pravnosti", odnosno "pozitiviteta" i "validnosti" jednog pravila, fundamentalno je pitanje pravne teorije. Kelzen je u tom pogledu jasan: "Važenje pravne norme se ne može dovesti u pitanje zbog toga što je njena sadržina suprotna nekoj moralnoj ili političkoj vrednosti."⁶⁶ Drugim rečima, pravnost jedne norme ni u kom smislu ne stoji u vezi sa pretpostavljenom moralnošću/nemoralnošću njene sadržine. Taj zaključak za Kelzena važi bez izuzetka. Ipak, i on priznaje da je efikasnost uslov pozitivnosti prava⁶⁷, a da ona, opet, zavisi od toga da li pravo "uspostavlja kompromis između su-

⁶² Herbert Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals' u, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), p. 81.

⁶³ Hart, *The Concept of Law*, p. 199.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 393.

⁶⁵ Margaret Mead, 'Some Anthropological Considerations Concerning Natural Law' (1961) 6 *Natural Law Forum*, p. 53.

⁶⁶ Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, str. 170.

⁶⁷ *Ibid.*, str. 94.

protstavljenih interesa da bi umanjio moguće sukobe".⁶⁸ Ako stvari stoje tako, onda bi za pravnu teoriju, koja nastoji da bude opšta, od krucijalne važnosti bilo da od antropoloških disciplina dobije bilo verifikaciju, bilo osporavanje postojanja nužne i univerzalne sadržine pravnih pravila koja, po rečima Mido-ve, konstituiše "kulturno prenosiv etički kod bez kojeg ljudska društva ne bi bila održiva". Hart je bio spreman da iznese sličnu tezu o minimalnom sadržaju prava iako je znao da to potencijalno može zasmetati svima koji bi da tretiraju pravo i moral kao konceptualno zasebne normativne sisteme.⁶⁹ Ipak, on nije smatrao da njegovo učenje o "prirodnoj nužnosti" na bilo koji način može da ugrozi ključnu pozitivističku tezu o razlikovanju prava kakvo jeste i prava kakvo bi trebalo da bude⁷⁰, iako je smatrao da bez pomenute ustanovljene minimalne sadržine prava "ne bi imalo nikakvog smisla imati bilo koja druga pravila"⁷¹. To, opet, samo znači da bi izvesni antropološki uvidi po ovom pitanju mogli imati veoma dalekosežne posledice po tradicionalne sporove u juri-sprudenciji.

Zaključak

U ovom radu je skrenuta pažnja tek na nekoliko, doduše veoma važnih ta-čaka disciplinarnog dodira pravne teorije i antropologije. Akcenat je pritom bio na onim pitanjima u kojima antropologija može da asistira pravnoj teoriji u razrešavanju temeljnih metodoloških i supstancijalnih sporova. Time se,

⁶⁸ Ibid., str. 66.

⁶⁹ Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals', p. 81. Anglo-američki pozitivisti su u poslednje vreme dosta prostora posvetili razjašnjavanju teze o koncep-tualnoj odvojenosti prava i morala, naglašavajući da imaju na umu vrlo određenu vr-stu odvojenosti, ne negirajući pri tom brojne očigledne veze koje među njima postoje. Gardner tu tezu formuliše na sledeći način: "U svakom pravnom sistemu, da li je data pravna norma važeća i, otuda, da li čini deo tog pravnog sistema, zavisiće od njenih izvora, a ne od njene valjanosti." (John Gardner, 'Legal Positivism: 5½ Myths' (2001) 46 The American Journal of Jurisprudence, 199) Prema Marmorovim rečima, "odredi-vanje šta pravo jeste ne zavisi nužno ili konceptualno od moralnih ili drugih evalua-tivnih obzira o tome što bi pravo trebalo da bude u datim uslovima." Andrei Marmor, *Positive Law and Objective Values* (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 71.

⁷⁰ Interesantno je napomenuti da je Hartovo učenje o "prirodnoj nužnosti" veoma retko komentarisano od strane njegovih sledbenika, iako se nalazi u dva njegova naj-važnija rada. Ako se o njemu i govori, ono se smatra konzistentim sa učenjem prav-nog pozitivizma. Vidi, npr., Joseph Raz, 'About Morality and the Nature of Law', u *Between Authority and Interpretation* (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 168.

⁷¹ Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals', p. 80.

međutim, lista potencijalnih tačaka susretanja dveju disciplina svakako ne iscrpljuje. Recimo, jedan od češće upotrebljivanih metateorijskih koncepata – koncept "pravnog pluralizma" – nastao je izvorno u (pravno)antropološkim istraživanjima⁷², da bi danas postao nezaobilzno metodološko oruđe svakog pravnoteorijskog pokušaja da se osvetli priroda različitih sistema prava, od kojih je poseban slučaj pravo Evropske Unije.⁷³ Istovremeno, svojevrsna inflacija ovoga pojma u antropološkim istraživanjima posledica je prethodno nerazjašnjenog pravnoteorijskog pitanja šta se smatra pravom.⁷⁴ Takođe, problem filozofskog utemeljenja ljudskih prava i njihove univerzalnosti deo je korpusa pitanja kojim se bavi savremena jurisprudencija.⁷⁵ Posve je očigledno da antropologija po tom pitanju može biti od značajne koristi.⁷⁶ Sve to samo znači da ovaj rad treba posmatrati tek kao zamajac za buduća istraživanja o disciplinarnoj povezanosti pravne teorije i antropologije.

⁷² Jednu od prvih upotreba nalazimo u Pospišilovom radu o Nunamiut Eskimima, u kojem autor skreće pažnju na pluralnost pravnih sistema unutar društva. (Leopold Pospišil, 'Law and Societal Structure Among the Nunamiut Eskimo', in Ward H. Goodenough (ed.), *Explorations in Cultural Anthropology – Essays in Honor of George Peter Murdock*, (New York: Mc Grow-Hill, 1964), p. 428.) U Antropologiji prava on ide i dalje, tvrdeći da je fenomen pluralizma karakterističan za sva društva, uključujući i ona najrazvijenija, te da to saznanje zahteva prilagođavanje metodološkog aparata zapadne pravne teorije. Pospišil, *Anthropologie des Rechts*, p. 171.

⁷³ Vidi, npr, Julie Dickson, 'How Many Legal Systems? Some Puzzles Regarding the Identity Conditions of, and Relations Between, Legal Systems in the European Union' (2008) 2 *Problema*: 9-50.

⁷⁴ Tamanaha smatra da na ovo pitanje nije nužno odgovoriti da bi se koncept 'pravnog pluralizma' mogao na adekvatan način operacionalizovati u antropološkim i sociološkim istraživanjima. Vidi, Brian Z. Tamanaha, 'Understanding Legal Pluralism – Past to Present, Local to Global' (2008) 30 *Sydney Law Review*: 375-411.

⁷⁵ Vidi, npr, skorašnju razmenu mišljenja na tu temu, Joseph Raz, 'Human Rights Without Foundations', u Samantha Besson and John Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010), pp. 321-338. i James Griffin, 'Human Rights and the Autonomy of International Law', pp. 339-356.

⁷⁶ Vidi, npr., Mark Goodale (ed.), *Human Rights – An Anthropological Reader* (Oxford: Wiley-Blackwell, 2009)

Miodrag A. Jovanović

**LEGAL THEORY AND ANTHROPOLOGY – ON CERTAIN
POINTS OF THE DISCIPLINARY INTERACTION**

This paper tries to outline the areas in which jurisprudence and anthropology interact, which is the topic that was barely discussed in our academic circles. Since my field of specialization is legal theory, the focus of this paper will be on those issues in which anthropology can assist jurisprudence. In the first part of the paper, the brief history of intertwined disciplinary developments will be summarized. In the central part of the paper, the accent will be put on two important methodological problems of jurisprudence. First, one of the actual debates in jurisprudence concerns the dilemma whether this discipline is "parochial" (Dworkin) or "general" and "universal" (Raz). It transpires that some of the exchanged arguments in the famous anthropological discussion from the mid 1950's between Gluckman and Bohannan, concerning the question whether concepts devised in developed Western societies can be used in the study of the so-called primitive societies, might be of help for contemporary legal theorists. Second, there is an ongoing jurisprudential dispute whether there are certain rules, whose content is necessarily the same in all human societies, given universal features of human nature (Hart), or law may have in content whatsoever (Kelsen). Some of the classical anthropological investigations, like the one of Margaret Mead, can shed new light on this debate.

Key words: legal theory, anthropology, universalism, parochialism, necessary content of law