

Kenneth Einar Himma

## Konceptualna jurisprudencija

### Uvod u konceptualnu analizu i metodologiju u pravnoj teoriji

---

#### Warning

The contents of this site is subject to the French law on intellectual property and is the exclusive property of the publisher.

The works on this site can be accessed and reproduced on paper or digital media, provided that they are strictly used for personal, scientific or educational purposes excluding any commercial exploitation. Reproduction must necessarily mention the editor, the journal name, the author and the document reference.

Any other reproduction is strictly forbidden without permission of the publisher, except in cases provided by legislation in force in France.

[revues.org](http://revues.org)

Revues.org is a platform for journals in the humanities and social sciences run by the CLEO, Centre for open electronic publishing (CNRS, EHESS, UP, UAPV).

---

#### Electronic reference

Kenneth Einar Himma, « Konceptualna jurisprudencija », *Revus* [Online], 26 | 2015, Online since 16 January 2016, connection on 16 January 2016. URL : <http://revus.revues.org/3401> ; DOI : 10.4000/revus.3401

Publisher: Klub Revus - Center za raziskovanje evropske ustavnosti in demokracije

<http://revus.revues.org>

<http://www.revues.org>

Document available online on:

<http://revus.revues.org/3401>

Document automatically generated on 16 January 2016. The page numbering does not match that of the print edition.

All rights reserved

Kenneth Einar Himma

# Konceptualna jurisprudencija

Uvod u konceptualnu analizu i metodologiju u pravnoj teoriji

Pages in print edition : p. \_\_\_ – \_\_\_

Translated by Vanja Jovanović

## 1 Uvod

- 1 Najznačajniji poduhvat opšte ili konceptualne jurisprudencije, to jest, konceptualne analize prava, jeste davanje filozofski preciznih objašnjenja raznih pojmova koji zauzimaju istaknuto mesto u raspravama o pravu. To znači da se konceptualna analiza bavi objašnjavanjem prirode prava i drugih važnih aspekata pravne prakse. Dok se kod mnogih reči, kao što je reč „šah“, ne prepoznaju pojmovi koji se čine dovoljno značajnim da bi zaslužili dublju filozofsku analizu, to nije slučaj sa pojmom prava. Prakse koje se nazivaju „pravnim“ ili se odnose na „pravo“ značajne su, kako u moralnom smislu, tako i u smislu praktičke razboritosti; ljudi odlaze u zatvor, plaćaju novčane kazne, plaćaju odštetu za povrede izazvane pravno nedozvoljenim ponašanjem, pa čak bivaju i pogubljeni zbog toga što su prekršili pravo. Stvar je jasnog praktičkog značaja da osiguramo da naši postupci zadovolje stroge norme političkog morala, ali mi ne možemo znati koje se norme na nas odnose a da pritom ne posedujemo odgovarajuće razumevanja pojma prava.
- 2 U ovom radu nastojim da ponudim prijemčiv, ali i sveobuhvatan uvod u konceptualnu teoriju prava. U tu svrhu ovaj rad će razmatrati prirodu i metodologiju konceptualne analize, odnos konceptualne analize prema metafizici i epistemologiji, kao i praktički značaj konceptualne analize.

## 2 Tipovi teorijskog promišljanja o pravu

- 3 Teorijsko promišljanje o pravu pokriva spektar različitih tema. U većini slučajeva, teorijsko promišljanje o pravu predstavlja nastojanje da se utvrdi sadržaj relevantnog prava u vezi sa pitanjima u kojima na obe strane postoje podjednako dobri argumenti; autori takvih radova nastoje da dođu do zaključaka kojima bi se pravници praktičari i sudije rukovodili prilikom donošenja odluka. U pravnim časopisima možemo naći članke u kojima autori brane tvrdnju o tome šta bi u nekom konkretnom pitanju trebalo smatrati pravom, a da se pritom ne rukovode moralnim ili razlozima praktičke razboritosti. Nalazimo i one čiji autori opravdavaju određene oblasti prava; tako što utvrđuju osnovne principe koji određuju sadržaj specifičnijih normi; ili tako što pojašnjavaju značenje određenih termina. Postoje, međutim, i oni koji se bave objašnjenjem prirode određenih pravnih praksi.
- 4 Bez obzira na taj širok spektar interesovanja za pitanja u vezi sa pravom, teorijska promišljanja se grubo mogu podeliti u tri kategorije. *Empirijska pravna teorija* se uobičajeno bavi utvrđivanjem ili objašnjavanjem određenih odlika ili svojstava postojećih pravnih sistema; takva teorija je, u najmanju ruku, deskriptivna po svom karakteru i usredsređena je na *kontingentna* svojstva pravnih sistema koji se proučavaju (to jest, svojstva koja oni mogu ali ne moraju da imaju). Autori koji se bavi empirijskom pravnom teorijom, mogli bi, recimo, da se bave utvrđivanjem ili objašnjavanjem sadržaja pravnih normi kojima se reguliše tajnost podataka u SAD-u. Isto tako, mogli bi da objašnjavaju ciljeve izvesne pravne prakse u Kolumbiji.
- 5 Nasuprot tome, *normativna pravna teorija* se uglavnom bavi utvrđivanjem svojstava koje pravne norme ili institucije, posmatrane sa aspekta političke moralnosti, treba da imaju, odnosno, moraju da imaju da bi se smatrale moralno legitimnim. Pravni teoretičar normativista mogao bi, recimo, da tvrdi da bi pravo, iz perspektive supstantivne moralne teorije, trebalo da štiti tajnost podataka na različite utvrđene načine. Normativisti se po pravilu bave pitanjima

moralne legitimnosti – šta se, sa aspekta političke moralnosti, može smatrati opravdanim ograničenjem ponašanja građana koje država sprovedi na osnovu generalnog ovlašćenja da obezbeđuje javni poredak.

- 6 *Opšta ili konceptualna* jurisprudencija bavi se onim što se naziva „konceptualnom analizom“ najvažnijih pravnih pojmova; to znači da se konceptualna jurisprudencija bavi objašnjavanjem najvažnijih pojmova naše pravne prakse, kao i njihovim međusobnim odnosima. Konceptualna jurisprudencija naročito nastoji da objasni pojmove prava, važenja i pravnog sistema i stoga nastoji da razjasni logičke odnose između tih pojmova i drugih pojmova koji mogu doći u vezu sa njima, kao što su pojmovi moralnosti, autoriteta, pravnih i društvenih obaveza, itd. Konceptualna jurisprudencija će objašnjavati sadržaj svakog pojma i nalaziti mu mesto unutar opšteg pojmovnog okvira kojim se rukovodi, kako naša jezička praksa u vezi sa relevantnim pojmovima-rečima, tako i sama naša pravna praksa.
- 7 Cilj ovog rada biće da objasni konceptualnu jurisprudenciju/analizu i različite metodologije za koje se veruje da utvrđuju principe koji imaju najviše izgleda da iznedre jednu uspešnu konceptualnu analizu. Osim toga, ovaj rad izneće i letimičnu ocenu raznih metodologija koje se smatraju odgovarajućim za konceptualnu analizu.

### 3 Kako razumeti konceptualnu analizu

#### 3.1 Šta je to uopšte pojam?

- 8 Konceptualna analiza je analiza pojmova; međutim, nameće se jedno teško pitanje: šta je tačno pojam? Značenje reči pojam je donekle zagonetno i nedovoljno razjašnjeno ali, u najmanju ruku, deluje jasno da pojmovi jesu ili korespondiraju sa mentalnim elementima koji su nam potrebni da bismo razmišljali o relevantnim stvarima. Na primer, ne možemo razmišljati, a još manje *govoriti*, o elektronima, a da pritom ne posedujemo ili ne razumemo pojam elektrona.
- 9 Iako bi ta tvrdnja mogla da deluje prilično nesporno, ona nam, ipak, manje govori o tome šta je pojam nego što nam se na prvi pogled može učiniti. Ona nam, recimo, ne govori ništa o prirodi pojma; o načinu na koji se pojmovi stiču; niti o tome u kojoj meri su oni prihvaćeni od strane pripadnika jedne zajednice. Jasno je, ipak, da je neophodno da posedujemo ili razumemo pojam neke stvari da bismo bili u stanju da razmišljamo ili govorimo o toj stvari čiji pojam jeste pojam te stvari.<sup>1</sup>
- 10 Postoje različita mišljenja o tome šta su pojmovi: 1) pojmovi su psihološka stanja koja predstavljaju ideje ili stvari; 2) pojmovi su sposobnosti posebne vrste – tačnije, sposobnost da se napravi razlika između jedne vrste stvari čiji pojam jeste pojam i druge vrste stvari čiji, drugačiji, pojam jeste pojam (to što posedujemo pojmove „drvo“ i „žbun“ govori o tome da smo sposobni da napravimo razliku između drveća i žbunja); i 3) pojam predstavlja značenje ili „smisao“ reči.
- 11 Očigledno je da od odgovora na pitanje šta je to pojam zavisi kakva će biti metodologija konceptualne analize. Na primer, ako su pojmovi mentalna stanja kojima se nešto predstavlja, odgovarajuća analiza bilo kog pojma morala bi da kaže nešto o sadržaju te predstave, kao i o prirodi dotičnog stanja (a to bi moglo da bude neko složeno stanje, koje sadrži verovanja i sklonosti raznih vrsta).
- 12 Bez obzira na to šta bi pojmovi mogli da budu, oni su blisko povezani sa jezikom. Ljudi koriste *jezik* kako bi izrazili pojmove. Može da se desi da mi nemamo reč za svaki pojam koji posedujemo. Međutim, imamo veliki broj reči kojima možemo izraziti, označiti, odrediti, imenovati pojmove: mi koristimo reč „ljubav“ kada razmišljamo ili govorimo o ljubavi, reč „pravo“ kada razmišljamo ili govorimo o pravu, i tako dalje. Mi koristimo pojam-termin kojim se označava određeni pojam kako bismo govorili o stvarima koje potpadaju pod dotični pojam.
- 13 Naša sposobnost da sa drugima razgovaramo o nečemu čiji pojam jeste pojam (recimo, prava) govori nešto o odnosu između sadržaja pojma i naše upotrebe pojma-termina koji se na njega odnosi. S razlogom možemo smatrati da mi posedujemo neku predjezičku sposobnost da razvijemo pojmove i da razvijemo izvesne pojmove mnogo pre nego što naučimo reči koje se na njih odnose; bez takve sposobnosti, ne bismo mogli da naučimo neki jezik. Međutim, sadržaj naših pojmova u velikoj meri zavisi od jezičke prakse koja se odnosi na reči povezane sa njima, jer mi ne možemo na isti način da shvatamo kako da upotrebimo neku reč, a da pri tom

na isti način ne shvatamo i centralni sadržaj pojma.<sup>2</sup> Ako vi i ja posedujemo sasvim različite pojmove prava, mi nećemo moći da razumemo šta onaj drugi govori kada upotrebljava pojam-termin „pravo“.

- 14 Tvrdnja da su pojmovi povezani sa jezičkom praksom ne podrazumeva i to da pojmovi *jesu* jezički entiteti; a naročito ne podrazumeva da pojmovi predstavljaju značenja. Ništa u tvrdnji da je sadržaj naših pojmova oblikovan sadržajem jezičke prakse ne podrazumeva da pojmovi predstavljaju značenja, a ne mentalne predstave ili sposobnosti. Pojam vode koji ja posedujem mogao bi jednostavno da se odnosi na moju sposobnost da napravim razliku između stvari koje jesu voda i onih koje to nisu, čak i kada se ta sposobnost menja pod uticajem načina na koji ljudi oko mene upotrebljavaju termin „voda“.

### 3.2 Tradicionalna konceptualna analiza kao objašnjenje fregeovskog smisla

- 15 Tradicionalna metodologija konceptualne analize polazi od pretpostavke da su pojmovi utemeljeni u značenju ili u fregeovskom smislu (Fregean senses). Konceptualna analiza nastoji da nam ispriča priču, zasnovanu na uobičajenim intuicijama o fregeovskom smislu pojma-termina, o nečemu što potpada pod relevantni pojam. Ta priča, utemeljena, kao što jeste, u mišljenjima o značenju termina, ima pretenziju da opiše samu *prirodu* stvari čiji pojam jeste pojam.
- 16 Sagledavanje jednog relativno neproblematičnog pojma moglo bi nam pomoći da pokažemo kako je konceptualna analiza tradicionalno težila da utvrdi prirodu neke vrste stvari putem filozofskog objašnjenja značenja relevantnog pojma-termina. Razmotrimo pojam neženje. Ako ostavimo po strani ono što je manje bitno za uobičajeno značenje reči neženja, onda opravdano možemo smatrati da se za svako X može reći da X predstavlja neženju ako i samo ako je X neoženjen odrastao muškarac. Ako je tačna, ta analiza pojma nudi spisak svojstava u kojem ne samo da se pravi razlika između neženja i ne-neženja, već se i objašnjava zašto nešto što je neženja potpada pod tu kategoriju. To jest, analiza pojma utvrđuje ona svojstva koja objašnjavaju zašto je nešto neženja u sledećem smislu: instancijacija svojstava biti neoženjen, biti odrastao i biti muškarac *konstituiše* sve ono što bi moglo da ih instancira kao neženju. Sve dotle dok je biti neoženjen pojmovna odlika svojstva biti neženja, a imajući u vidu značenje pojma-termina „neženja“, biti neoženjen predstavlja deo same prirode svojstva biti neženja.
- 17 Trebalo bi naglasiti da ovde nije reč o ideji da instancijacija tih svojstava *prouzrokuje* nešto što ih instancira kao neženju; kakvo god da je objašnjenje zašto je nešto neženja, ono će takođe biti i objašnjenje zašto je nešto neoženjen, odrastao i muškarac – a to potonje objašnjenje razlikovaće se od osobe do osobe jer će se u kauzalnom objašnjenju navoditi kontingentna svojstva i faktori. „Šta je to što Džima čini neženjom?“ je potpuno različito pitanje od pitanja „Zašto je Džim neženja?“; u najmanju ruku, odgovor na drugo pitanje mogao bi da podrazumeva posedovanje informacija lične prirode o Džimu, dok odgovor na prvo pitanje to svakako ne bi.
- 18 Konstituisanje nije isto što i prouzrokovanje. Pokretljiva masa vodene pare je ono što nešto čini (*constitute*) oblakom; ali nije uzrok tome da nešto bude oblak. Upravo je posedovanje ovih svojstava ono što određuje da je pokretljiva masa vodene pare oblak; nešto je oblak *na osnovu* toga što je pokretljiva masa vodene pare. Konstituisanje nije neka pojava koji se odvija u vremenu, i to je, delimično, ono što razlikuje konstituisanje od prouzrokovanja, koje jeste pojava koja se odigrava u vremenu. Zašto je određeni skup molekula vode oblak ili pokretljiva masa vodene pare jeste pitanje koje zahteva drugačiju vrstu objašnjenja i analize. Ono zahteva objašnjenje koje je u najvećoj meri empirijsko po svojoj prirodi, u kojem se moraju navesti zakoni prirode i pojave koje se dešavaju u vremenu. Njima se izražavaju uzročnopolosledične veze antecedenata i rezultata koji su deo objašnjenja zašto se taj određeni skup molekula vode pretvorio u tu određenu pokretljivu masu vodene pare, to jest u pomenuti oblak. Konceptualna analiza se ne bavi kauzalnim objašnjenjima, već svojstvima koja nešto čine takvim da to nešto potpada pod neki pojam-termin, kao što su „neženja“, „oblak“ ili „pravo“.
- 19 Ponekad se može čuti mišljenje da tradicionalna konceptualna analiza (TKA), budući da joj je cilj da utvrdi značenja putem uobičajenih intuicija o primeni relevantnog pojma-termina, ne

pruža mnogo više od definicije navedene u rečniku. Brajan Lajter (2003: 45), recimo, tvrdi da TKA nije ništa više do „glorifikovana leksikografija“:

Konceptualnu analizu, onako kako je Džekson vidi, postaje teško razlikovati od banalne deskriptivne sociologije neke agencije za istraživanje javnog mnjenja *Gallup Poll* tipa. I zaista, Džekson izričito kaže da se on zalaže za to da se, kada je to neophodno, „urade ozbiljna istraživanja javnog mnjenja o reakcijama ljudi na različite slučajeve“! Time se, međutim, brišu jasne granice između konceptualne analize i leksikografije: jer nije li cilj leksikografije da statistički prati uobičajenu upotrebu reči ili pojmova, tačnije obrazac upotrebe koji bi dobro osmišljeno istraživanje javnog mnjenja otkrilo?

- 20 To je pogrešno. TKA možda polazi od nečega što liči na leksikografiju, budući da je *utemeljena* u značenju, ali ona je mnogo više od toga. TKA ide dalje od jednostavnog utvrđivanja zajedničkih gledišta; to je, naravno, posao leksikografa koji beleži empirijske obrasce upotrebe reči. Konceptualna analiza nastoji da teorijski sagleda ova gledišta tako što utvrđuje dublja filozofska ubeđenja od kojih ona polaze, kao i opštije principe koji ih objašnjavaju. Iako nije sasvim sigurno da ona predstavlja distinktivan filozofski poduhvat, ta vrsta analize, ipak, umnogome prevazilazi empirijski zadatak utvrđivanja zajedničkih intuicija ili centralnih svojstava naše jezičke prakse.
- 21 Takav zaključak se lako može izvesti ako uradimo sledeće: jednostavno uporedimo ono što leksikografi imaju da kažu za reč „pravo“ sa onim što Hart ima da kaže kada objašnjava pojam prava. Evo kako leksikografi oxfordskog rečnika *The Oxford American Dictionary* definišu „law“ (pravo ili zakon):

*law* | imenica **1** (često **the law**): sistem pravila koji jedna država ili zajednica priznaje kao sredstvo regulisanja postupaka svojih pripadnika i može da primeni putem propisivanja kazni: *they were taken to court for breaking the law* (našli su se na sudu jer su prekršili pravo ili zakon) | *a licence is required by law* (pravo zahteva posedovanje dozvole) | [pridev] *law enforcement* (primena prava ili zakona).

- pojedinačno pravilo kao deo takvog sistema: *an initiative to tighten up the laws on pornography* (inicijativa da se pooštire pravila o pornografiji).

- takvi sistemi kao predmet proučavanja ili kao osnova pravničke profesije: *he was still practicing law* (on se i dalje bavio pravom) | [pridev] *a law firm* (advokatska firma). Uporedi sa **jurisprudence** (jurisprudencija).

- ono za šta se smatra da ima obavezujuću snagu ili dejstvo formalnog sistema pravila: *what he said was law* (to što je on rekao je pravo ili zakon).

- 22 Pogledajmo sada koliko toga što je razmotreno u Hartovoj teoriji se ne spominje u leksičkoj definiciji. Prvo, u njoj se uopšte ne spominju brojna pitanja koja su bila u središtu Hartove analize: društvena praksa, pravilo priznanja, sekundarna i primarna pravila, važenje prava, itd. Drugo, leksikograf je svoj zadatak obavio u nekoliko redova, dok je Hartu trebalo više od 200 stranica da u svom delu *The Concept of Law* iznese analizu pojma prava. Čak i ako Hart polazi od zajedničkih stanovišta o značenju „prava“, trebalo bi da bude jasno da on takođe radi i nešto što je potpuno drugačije od onoga što rade leksikografi – i pritom mnogo dublje zalazi u ono što pravo, kao takvo, zaista jeste.
- 23 S tim u vezi, biće nam od koristi da se vratimo na pojam neženje. Prema leksičkoj definiciji, neženja je neoženjen odrastao muškarac; svojstvima biti neoženjen, biti odrastao i biti muškarac iscrpljena je priroda neženje, prema ovoj definiciji. Nažalost, ta analiza neženje ostavlja otvorenim važna pitanja – pitanja na koja rečnik ne može dati odgovor, zato što je rečnička definicija upravo ta koja ne govori ništa o tim pitanjima. Na primer, nije jasno da li je Papa neženja. Veliki broj ljudi smatra da Papa nije neženja, iako je on neoženjen, odrastao i muškarac. Isto tako, veliki broj ljudi nerado koristi termin „neženja“ da opiše homoseksualca koji živi u društvu u kojem se zakonski ne priznaje bračna jednakost. To nam sugerise da rečnička definicija mora biti dopunjena, barem jednim dodatnim uslovom: ono što je neophodan uslov da se bude neženja jeste da se bude na odgovarajući način „podoban“ za ulazak u brak; problem u oba gorepomenuta slučaja jeste to što nijedna od dve pomenute osobe nije na pravi način podobna za ulazak u brak da bi bila smatrana neženjom. Naravno, da bi analiza bila kompletna, potrebno je, između ostalog, dati odgovarajuću analizu pojma

„podoban“. U svakom slučaju, taj primer bi trebalo jasno da pokaže da TKA, u najmanju ruku, *ima pretenzije* da ode dalje od površinskih značenja koja nudi leksikografija.

## 4 Odnos između konceptualne analize i epistemologije: tradicionalno gledište

### 4.1 Tradicionalno gledište

- 24 Prema tradicionalnom gledištu epistemologije o konceptualnoj analizi, konceptualne tvrdnje se opravdavaju metodologijom zasnovanoj na apriornoj spoznaji. Iako je istina da bez empirijskog istraživanja nije moguće utvrditi najvažniji sadržaj obrazaca upotrebe koji povezuju reči i pojmove, prema ovom gledištu nikakvo dalje iskustvo nije potrebno da bi se opravdale istinske konceptualne tvrdnje. Čim bude primećeno da ljudi upotrebljavaju reč „neženja“ samo da bi označili neoženjenog muškarca, nikakvo dalje iskustvo neće biti potrebno da bi se opravdala tvrdnja da nijedna žena nije neženja. Ta tvrdnja je opravdana kao validna logička dedukcija iz konceptualnih tvrdnji da su samo muškarci neženje i da nijedna žena nije muškarac.
- 25 Neće se, naravno, uvek desiti da svaki čisto deduktivan argument bude tako neproblematičan kao oni koji su opisani u prethodnom pasusu. To postaje jasno svakome ko pročita Hartovo delo *The Concept of Law* ili Razovo delo *The Authority of Law* ili onome ko se ozbiljno bavi matematikom. Stotine godina bile su potrebne da se pronađe dokaz za Fermaovu poslednju teoremu; a rad u kojem je iznet taj dokaz napisan je na više od sto stranica – i bio je nešto što nijedan laik ne bi ni u snu mogao da razume.
- 26 Naravno, TKA podrazumeva nešto više od donošenja zaključaka na osnovu najvažnijih obrazaca jezičke upotrebe. Govoreći o pojmu slobodne volje, Frenk Džekson (1998: 31) opisuje jedan drugi metodološki element:
- Ono što mi želimo da razmotrimo jeste pitanje da li slobodna radnja *u skladu sa našom uobičajenom koncepcijom* ili nečim dovoljno bliskim našoj uobičajenoj koncepciji, postoji i da li je kompatibilna sa determinizmom, i da li će intencionalna stanja *u skladu sa našom uobičajenom koncepcijom* ili nečim njoj dovoljno bliskim preživeti ono što kognitivna nauka bude otkrila o funkcionisanju mozga... Ali, kako da ustanovimo šta je to naša uobičajena koncepcija? Prema mom mišljenju, odgovor jedino možemo dati ako se pozovemo na ono što nam se čini najočiglednijim i najvažnijim o slobodnoj radnji, determinizmu, verovanju ili bilo čemu drugom, a što otkrijemo putem svojih intuicija o mogućim slučajevima.
- 27 TKA nastoji da utvrdi pojmovni sadržaj koji nadilazi najočiglednije, i stoga „paradigmatične“ odlike naših zajedničkih praksi, tako što razmatra intuicije o mogućim slučajevima. Iako su dotične intuicije uobičajene, u smislu da ih deli veliki broj ljudi, one često jasno predočavaju odlike naših praksi kojih obični govornici možda nisu svesni sve dok ne počnu da razmatraju takve slučajeve. Na primer, većina govornika će verovatno shvatati da naš pojam prava ne podrazumeva da pravo mora da bude u skladu sa moralom<sup>3</sup> sve dok ne budu upitani da li su nacisti imali pravni sistem ili da li su Džim Krou (Jim Crow) zakoni bili zakoni. Takvi slučajevi nam pomažu da detaljnije proučimo sadržaj naših zajedničkih praksi, utvrđujući pri tom karakteristike pojma koje će morati da se objasne teorijskim putem.
- 28 Prema tradicionalnoj koncepciji, relevantne intuicije imaju čisto deksriptivan karakter i ne uključuju moralne intuicije o tome šta je ispravno, a šta pogrešno, šta je dobro, a šta loše. Prema ovom gledištu, mi se prilikom utvrđivanja sadržaja nekog pojma ne rukovodimo moralnim principima,<sup>4</sup> čak ni onda kada se pojmovi koriste za procenu ponašanja. Na primer, prilikom procenjivanja dveju predloženih analiza pojma prava irelevantno je da li je jedna analiza moralno bolja od druge – iako bi moralni standardi očito trebalo da imaju ulogu pri odlučivanju o tome koje norme bi trebalo pretvoriti u pravne. TKA je čisto deskriptivna i opšta, u smislu da se te intuicije odnose na sve moguće slučajeve.<sup>5</sup>
- 29 A šta ako se ljudi ne slažu po pitanju relevantnih intuicija? Postoji par različitih načina da se takvo neslaganje izgadi putem „neambicioznog“ pristupa tradicionalnoj konceptualnoj analizi koji smatra da se konceptualna analiza bavi utvrđivanjem značenja pojma-termina *onako kao šta ga koristi određena zajednica govornika*.<sup>6</sup> Prvo, mogli bismo da zauzmemo stav, o kojem će više reči biti u sledećem pododeljku, da takvo neslaganje predstavlja znak nekog

dubljeg neslaganja koje ukazuje na pripadnost dvema zajednicama koje ne dele isti pojam. Neambiciozan pristup, čini se, pretpostavlja da je konceptualna analiza podesna samo ako je reč o zajednici govornika kojima su relevantne intuicije i društvene prakse zajedničke. Drugo, mogli bismo da zauzmemo stav da do intuitivnog neslaganja može doći i u zajednici govornika koji dele zajednički pojam, ali da je tada takvo neslaganje znak da je naše razumevanje tog pojma nepozdano u pogledu važnih pitanja.

30 Džekson pravi razliku između „ambiciozne“ koncepcije konceptualne analize i neambiciozne koncepcije, tvrdeći da bi tradicionalnu konceptualnu analizu trebalo smatrati neambicioznom. Prema ambicioznoj koncepciji, konceptualna analiza nam pruža uvid u to kakav je svet; to znači da bi nam analiza sadržaja našeg pojma prava, recimo, dala uvid u suštinsku prirodu prava, *onakvu kakva ona zaista jeste, nezavisno od naše jezičke prakse i konceptualnih okvira*. Prema neambicioznoj koncepciji, konceptualna analiza nam jedino „govori šta da kažemo za svet u manje fundamentalnim terminima, imajući u vidu izvesnu koncepciju sveta datu u fundamentalnijim terminima“ (Jackson 1998: 44) – pri čemu su fundamentalni termini oni termini koji se definišu putem praksi relevantne zajednice govornika.

31 Ideja o prelasku sa fundamentalnijih termina na one manje fundamentalne odražava zdravorazumski stav prema kojem *analiza* predstavlja pokušaj da se ono što je složeno objasni jednostavnijim terminima. Reč je o ideji prema kojoj kada analiziramo neki pojam, mi ga zapravo razlažemo na jednostavnije sastavne delove tako da izložimo njegovu logičku strukturu i damo objašnjenje njegovog sadržaja koje prevazilazi, ali i sadrži u sebi, uobičajeno leksičko značenje pojma – što je, istorijski gledano, ideja koja se vrlo često javlja. Iako su teoretičari često dopunjavali i modifikovali analizu „analize“, osnovni elementi tog pojma su, bez obzira na to, ostajali uglavnom nepromenjeni.<sup>7</sup>

32 Ovde je važno istaći da neambiciozna konceptualna analiza za svoje polazište uzima koncepciju sveta „datu u fundamentalnijim terminima“. Ta koncepcija, međutim, mora da bude *nečija* koncepcija; a to je, kao što smo videli, *zajednička* koncepcija utemeljena u *zajedničkim* intuicijama, i shodno tome predstavlja *našu* koncepciju relevantne stvari čiji pojam jeste pojam. Stoga TKA pretpostavlja određenu priču o stvarima – i to onu *našu* priču – i nema pretenzije da opiše svet kakav on jeste, nezavisno od naših priča o stvarima.

33 Džekson ne govori mnogo o ulozi jezičke prakse u utvrđivanju sadržaja naših pojmova. Iako je možda tačno da svi mogući koncepti egzistiraju u logičkom prostoru zajedno sa ostalim apstraktnim objektima, sadržaj *naših* pojmova je, bar delimično, *fiksiran* našom jezičkom praksom. I zaista, kao što kritičari tradicionalne konceptualne analize tvrde, ako bismo simbol „voda“ koristili da označimo nešto drugo, a ne bistru tečnost na koju se on odnosi kada se upotrebljava, onda to da je voda H<sub>2</sub>O ne bi bilo konceptualna istina – iako bi, nesumnjivo, postojala neka konceptualna istina koja odgovara odnosu između nekog termina i H<sub>2</sub>O. Pojmovi bi mogli da predstavljaju apstraktne objekte koji ne zavise od naših društvenih aktivnosti o kojima postoje objektivne istine koje su potpuno nezavisne od uma, ali *jezik* predstavlja društvenu tvorevinu koja je utemeljena u društvenoj praksi; a to koje pojmove će naše reči izdvojiti ili izraziti delimično se definiše sadržajem te prakse.

34 Time se sugeriše da objašnjenja tradicionalne metodologije *deskriptivne* konceptualne analize nisu sasvim tačna. Iako filozofi često opravdavaju konceptualne tvrdnje pozivanjem na „uobičajene intuicije“, relevantne intuicije predstavljaju zajedničke poglede koji odražavaju centralnu praksu u vezi sa korišćenjem termina. Ako je, kao što Džekson (1998: 33) tvrdi, „posao oslanjanja na intuicije o mogućim slučajevima jednostavno deo sveobuhvatnog posla razjašnjavanja pojmova putem utvrđivanja načina na koji subjekti klasifikuju mogućnosti“, onda će zajednička gledišta *o jeziku* usloviti relevantne intuicije zato što način na koji subjekti klasifikuju mogućnosti zavisi od centralne prakse koja se odnosi na korišćenje reči. Mi klasifikujemo stvari tako što koristimo reči, koje, sa svoje strane, prema tradicionalnom gledištu, izražavaju ili označavaju pojmove. Analiziranje sadržaja pojma, prema tom gledištu, zahteva utvrđivanje zajedničke prakse koja se tiče relevantne reči.<sup>8</sup>

35 Neka od relevantnih gledišta mogla bi da budu ne-jezička po svom karakteru i da izražavaju široko rasprostranjeno uverenje o od-uma-nezavisnim svojstvima realnosti koja želimo da označimo. Međutim, u takvim slučajevima, te nejezičke „intuicije“ o svetu će, najverovatnije,

da odigraju značajnu ulogu u definisanju suštinskih odlika naše prakse u vezi sa pojmom-terminom. Na primer, deo objašnjenja koje će nam reći zašto koristimo termin „voda“ da označimo samo bistre tečnosti sa hemijskom strukturom H<sub>2</sub>O jeste naučno otkriće da voda jeste H<sub>2</sub>O; to nejezičko sagledavanje pomaže nam da objasnimo zašto svi redom koristimo termin „voda“ da označimo samo H<sub>2</sub>O. Sadržaj pojmova prirodnog sveta često se menja sa pojavom novih naučnih otkrića, zato što naučna otkrića često mogu da donesu promene u pogledu načina na koji upotrebljavamo relevantne pojmove-termine. Konvencije u pogledu upotrebe neke reči, odnosno definicije reči, mogu vremenom da se menjaju, što se često i dešava.

- 36 Međutim, relevantna gledišta se obično oblikuju našom centralnom jezičkom praksom u vezi sa upotrebom relevantnog termina. Moja intuicija, recimo, govori da su sve neženje odrasli muškarci, zato što, empirijski gledano, niko ne koristi termin „neženja“ da označi dečake ili žene, a ne zato što imam neku, ne-jezičku intuiciju o prirodi neženja. Naša zajednička praksa se sustiče u tački u kojoj se samo za muškarce kaže da su „neženje“ – a moje intuitivno mišljenje da su samo muškarci neženje izražava tu zajedničku jezičku praksu i njome je oblikovano.
- 37 Stoga TKA sadrži u sebi nesumnjivo empirijski element.<sup>9</sup> Koja gledišta jedna zajednica deli stvar je kontingentnosti koja se ne može utvrditi bez empirijskog opažanja. Iako je tačno da jedan od pouzdanih načina da se obavi empirijski posao jeste, kao što Džekson tvrdi, da se sprovede istraživanje javnog mnjenja, to obično nije neophodno. Ta „kabinetska“ sociologija u kojoj prednjače filozofi (koji obično ne uviđaju da se bave sociologijom) dovoljno je pouzdana sve dotle dok neko pripada proučavanoj jezičkoj zajednici.

## 4.2 Dva metodološka izazova tradicionalnom gledištu: normativna i naturalizovana jurisprudencija

- 38 Gledišta koja su opisana u prethodnom pododeljku nisu više neupitna među filozofima. Prvo, sama ideja da je *a priori* znanje moguće postala je predmet rasprave među epistemolozima sklonim reduktivnom empirizmu. Drugo, što je i važnije za našu temu, pretpostavke na kojima počiva tradicionalno gledište konceptualne analize dovode se u pitanje u određenim metodološkim raspravama među teoretičarima koji se bave konceptualnom jurisprudencijom, u pogledu odgovarajuće metodologije za procenjivanje konceptualnih tvrdnji – a naročito, konceptualnih tvrdnji koje se odnose na pravo.
- 39 Postoje tri različite metodologije koje se mogu primeniti u konceptualnoj analizi. TKA, kao što smo videli, usvaja deskriptivnu metodologiju, a to znači da se konceptualne tvrdnje opravdavaju samo putem faktički deskriptivnih tvrdnji o sadržaju relevantnih društvenih praksi (koje obično uključuju i jezičku praksu); TKA se takođe rukovodi epistemičkim normama o rezonovanju i konstrukciji dobre teorije, kao što su norme kojima se propisuju doslednost, koherentnost, usaglašenost dokaza iz različitih izvora (konsilencija), itd.; ali prema tradicionalnoj konceptualnoj analizi, moralne norme nisu od važnosti za procenjivanje ili razvijanje analize sadržaja nekog pojma. TKA polazi od naših uobičajenih društvenih praksi i nastoji da donese zaključke o dubljim implikacijama tih praksi, uzimajući ih za svoje polazište u skladu sa gorepomenutim epistemičkim normama.
- 40 Iako je TKA „deskriptivna“ u smislu da se konceptualne tvrdnje moraju opravdati pozivanjem na određene društvene prakse, te se stoga može učiniti da ona obuhvata i empirijsku epistemologiju, sadržaj relevantnih društvenih praksi utemeljen je u centralnom značenju relevantnog pojma-termina koje je navodno zajedničko za pripadnike odgovarajuće zajednice u odgovarajućim praksama – a koje formira uobičajene intuicije o kojima je bilo reči u prethodnom pododeljku. Polazeći od te osnove, zagovornici tradicionalne konceptualne analize smatraju da se dalje tvrdnje – kojima se proširuje sadržaj pojma izvan njegovog centralnog značenja u odgovarajućoj zajednici govornika – ako se uopšte mogu opravdati, opravdavaju *a priori*. Stoga, TKA izričito tvrdi da su konceptualne tvrdnje *apriorne* po svom karakteru.
- 41 TKA takođe polazi od pretpostavke da su konceptualne tvrdnje *analitičke* po svom karakteru, u smislu da njihova podobnost da budu vrednovane kao istinite zavisi isključivo od sadržaja značenja relevantnih reči. Ono što je karakteristično za analitičke tvrdnje jeste to što za njih



moraju da postoje neki generatori istinitosti – to jest, mora da se utvrdi koji su to faktori koji određuju da li je tvrdnja tačna ili pogrešna – intuitivno rečeno, radi se o ideji da je tvrdnja analitička ako i samo ako se njena podobnost da bude vrednovana kao istinita utvrđuje u potpunosti putem značenja relevantnih termina. TKA nastoji da izbacila na površinu dublja konceptualna uverenja koja su sadržana u određenim paradigmatično analitičkim izjavama, kao što je, recimo: pravo je norma. Da li su sve logičke implikacije jedne analitičke izjave takođe analitičke zanimljivo je pitanje, budući da odgovor na to pitanje zavisi od toga da li smatramo da je pojam analitičnosti isključivo semantički po svom karakteru ili smatramo da analitičnost u sebi sadrži neki nejasan epistemički pojam samoočiglednosti ili lako uočljive analitičnosti. U oba slučaja, kao što ćemo videti, TKA smatra da su tvrdnje kojima se osvetljava sadržaj pojma nužno tačne – bez obzira na to da li su sve relevantne implikacije analitičke tvrdnje i same analitičke.

42 Tradicionalna konceptualna analiza našla se pred dva značajna izazova. Prvo, V.V.O. Kvajn (W.V.O. Quine) tvrdi da se za pojam analitičnosti, od kojeg zavisi TKA, ne može dati objašnjenje koje bi bilo dovoljno čvrsto da bude osnov metodologije koja se vezuje za tradicionalnu konceptualnu analizu. Prema Kvajnovom mišljenju, problem da se analitičnost definiše u kategorijama „tačno“/“netačno“ samo na osnovu značenja termina ogleda se u tome što je pojam „značenja“ previše „nejasan“. Međutim, i ma koji drugi kriterijum za objašnjenje analitičnosti takođe je osuđen na neuspeh, jer će i njemu, koliko i samom pojmu analitičnosti, biti potrebno dodatno pojašnjenje. Razmotrimo, recimo, ideju da se analitičnost može objasniti preko sinonimnosti: prema toj ideji, tvrdnja je analitička ako i samo ako je subjekatski izraz sinonim za predikatski izraz. Problem sa tim, smatra Kvajn, je to što je pojmu sinonimnosti isto toliko potrebno filozofsko objašnjenje koliko i pojmu analitičnosti i ne može se smatrati adekvatnim objašnjenjem potonjeg pojma. Sve dotle dok sva moguća objašnjenja analitičnosti ispoljavaju istu tu manu, sva ona biće „cirkularna“, a time i pogrešno upotrebljena kao uporište mišljenju da filozofija ima distinktivnu metodologiju, čiji je predstavnik TKA.

43 Iako imaju značajan uticaj u pravnoj filozofiji, ti argumenti više nemaju takav uticaj u drugim oblastima – najverovatnije zbog toga što su podložni mnogim prihvatljivim kritikama. I zaista, u nekim aspektima, ti argumenti odmah deluju problematično. Da je tvrdnja da je pojam nejasan, sama po sebi, dovoljna da se opravda njegovo isključivanje iz filozofske rasprave, morali bismo da isključimo pojmove kao što su broj ili kvarkovi, koje je teško objasniti na jasan intuitivan način. Dalje, da je nedostupnost necirkularnog objašnjenja nekog pojma dovoljna da se opravda njegovo isključivanje iz filozofske rasprave, mnogi značajni filozofski pojmovi bili bi isključeni: postoje neki matematički pojmovi (kao što je pojam skupa, koji se definiše preko očiglednih sinonima: „grupa“ i „zbirka“) i moralni pojmovi (kao što je pojam dobra) za koje se ne može dati nikakvo necirkularno objašnjenje.<sup>10</sup>

44 Drugi izazov sa kojim se TKA susreće jeste tvrdnja da je oslanjanje metodologije na intuicije problematično zato što se intuicije razlikuju od jedne do druge kulture i stoga su suviše nepouzdate kao utemeljenje filozofskog objašnjenja bilo čega. Nema, međutim, ničeg iznenađujućeg ili problematičnog u vezi sa tim. Pojmovni okviri se definišu jezikom, a jezik predstavlja društveni artefakt koji se razlikuje od jedne do druge kulture; sve dotle dok jedna reč ne može da se savršeno prevede na drugi jezik, neće se nizati ni intuicije o relevantnom pojmu-terminu. To, međutim, prestaje da bude problem čim se shvati da imamo posla sa truizmom – da TKA nastoji da objasni *naše* pojmove – pojmove koje deli jedna zajednica, što je pretpostavka koja bi, kao što smo videli, trebalo da se pripíše Džeksonovom neambicioznom pristupu tradicionalnoj konceptualnoj analizi.

45 Bez obzira na to što se dovode u pitanje dobre strane tih argumenata, oni su ipak imali ogroman značaj u raspravama o metodologiji konceptualne jurisprudencije. Naročito ako se zna da su ti argumenti doveli do poziva za zaokretom ka „naturalizovanoj jurisprudenciji“. Lajter, najistaknutiji zagovornik naturalizovane jurisprudencije, tvrdi da bi zbog tih argumenta trebalo odbaciti TKA u korist metodologije koja sledi naučnu metodologiju i koja, stoga, ima empirijski karakter. Takva metodologija mora da odbaci sve pojmove koje Kvajn odbacuje u svom radu „Two Dogmas“, uključujući i modalne pojmove, kao što su nužnost i mogućnost. To podrazumeva odbacivanje ideje da su istinite konceptualne tvrdnje nužno istinite i da se mogu

saznati na aprioran način. S obzirom na to da bi trebalo smatrati da filozofska metodologija „sledi nauku“, te da je stoga empirijska po svojoj prirodi, konceptualne tvrdnje su kontingentno istinite, ako su uopšte i istinite.

46 Osim problema vezanih za argumente koji se smatraju temeljem naturalizovane jurisprudencije, postoje još neki problemi u vezi sa naturalizovanom jurisprudencijom. Niko nije na prilično jasan način formulisao kako bi naturalizovana jurisprudencija trebalo da se dalje razvija u pogledu analiziranja pojmova. Postoje mnoga pitanja o pravu na koja naturalizovana metodologija može da odgovori – a to su sva ona empirijska pitanja o pravu na koja se mogu dati utvrđeni i utvrđivi odgovori. Ali, kako bi naturalizovana metodologija mogla da se iskoristi u službi konceptualne analize ni najmanje nije jasno – svakako, niko nije bio kadar da je objasni sa temeljitošću i elegancijom sa kojima Frenk Džekson opisuje metodologiju tradicionalne konceptualne analize. U tom smislu, uistinu nije nerazumno smatrati da naturalizovana jurisprudencija nije ništa više do skeptička teorija konceptualne jurisprudencije, koja zapravo tvrdi da je konceptualna jurisprudencija nemoguća – baš kao što je Kvajn verovao da je svojim odbacivanjem modaliteta učinio metafiziku nemogućom. Ovde nije reč o metodologiji „zamene“, u smislu da mi jednostavno zamenjujemo tradicionalnu konceptualnu analizu naturalizovanom metodologijom, a nastavljamo da radimo istu stvar. Naturalizovana metodologija toliko menja prirodu konceptualnog istraživanja da više nije jasno da li relevantno istraživanje potpomognuto tom metodologijom treba da bude okarakterisano kao „konceptualno“ istraživanje.

47 Naravno, uvek možemo prihvatiti te implikacije, kao i druge implikacije Kvajnovne analize u vezi sa filozofsko-teorijskim razmatranjima brojeva, moralnih pojmova i drugih pojmova za koje se ne može dati necirkularno objašnjenje; ne postoji ništa što je nalik gorepomenutom, očito ubedljivom kontraargumentu. Postoji, međutim, i dalje snažna intuicija da ima nešto vredno u vezi sa tradicionalnom konceptualnom analizom, za koju se kaže da počiva na analitičkim tvrdnjama i izražava nužne istine o relevantnoj stvari. Uistinu, tradicionalna konceptualna analiza, metafizika, epistemologija i normativne teorije morala i dalje imaju istaknuto mesto u filozofiji, uprkos kvajnovskom izazovu. I zaista, prema nedavnom istraživanju, 64,9% filozofa prihvata analitičko-sintetičku distinkciju, dok je samo 27,1% odbacuje.<sup>11</sup>

48 Drugi metodološki izazov kojim se dovodi u pitanje dominacija tradicionalne konceptualne analize jeste *normativna jurisprudencija*. Normativna jurisprudencija je po pravilu zasnovana na odbacivanju gledišta prema kojem objasniti šta je pravo (kao takvo) nije isto što i objasniti šta bi pravo trebalo da bude. Pritom, gledište koje se odbacuje podrazumeva da bi konceptualna metodologija trebalo da bude čisto deskriptivna.<sup>12</sup> Zanimljivo je to što Hart (1994/2013: 268), čini se, iznosi tvrdnju koja je u suprotnosti sa gotovo svim ostalim što je govorio o metodologiji – da se konceptualna teorija prava katkad može ispravno proceniti na osnovu normativnih razmatranja koja prevazilaze pravila kojima se rukovodimo prilikom razboritog rasuđivanja i argumentovanja:

Pojam prava koji dopušta razlikovanje nevaženja prava od njegove nemoralnosti, omogućava nam da vidimo složenost i raznovrsnost ovih odvojenih pitanja; dok nas, međutim, uži pojam prava koji ne priznaje pravno važenje nepravednih pravila, čini slepim za to.

49 Ne bi trebalo pripisivati neki veći značaj ovom argumentu, pošto Hart jasno smatra da je konceptualna metodologija deskriptivna po svom karakteru; međutim, važno je uvideti da gorenavedno zapažanje nije u skladu sa Hartovim jasnim uverenjima, utoliko što je pozivanje na praktičke implikacije prilikom opravdavanja konceptualne teorije irelevantno sa stanovišta čisto deskriptivnog pristupa konceptualnoj metodologiji. Striktno govoreći, pribegavanje takvom razmatranju pretpostavlja istinu jedne moguće teze normativne metodologije – naime, da bi adekvatno objašnjenje pojma prava trebalo da donese neku društvenu korist, te da stoga adekvatnost konceptualne teorije prava zavisi od praktičkih društvenih implikacija njenog usvajanja.

50 Pobornici normativne jurisprudencije najčešće tvrde da se pojam prava ne može na adekvatan način objasniti ako se u obzir ne uzmu moralne norme koje definišu šta bi trebalo da bude

sadržaj ili svrha prava. Pravo, kao takvo, se stoga delimično definiše preko moralne vrednosti njegove svrhe, sadržaja ili prakse. Prema tom stanovištu, kao što to Diksonova (2001: 7) primećuje, „zadatak opisivanja prava 'kakvo jeste' nužno je i neodvojivo povezan sa načinom na koji neko razume kakvo pravo, u moralnom smislu, treba da bude, tako da se ta dva poduhvata ne mogu odvojiti jedan od drugog“.

51 Svaka od ovih tvrdnji o značaju praktičkih normi (koje se nalaze izvan normi racionalnosti) ima značajne implikacije po metodologiju. Normativna metodologija je slična tradicionalnoj konceptualnoj analizi po tome što polazište konceptualne analize nalazi u široko prihvaćenim shvatanjima u vezi sa relevantnom društvenom praksom i paradigama obuhvaćenim relevantnim pojmom-terminom. Ono po čemu se normativna metodologija, ipak, razlikuje od tradicionalne konceptualne analize, jeste odbacivanje tradicionalnog gledišta prema kojem uobičajena shvatanja prakse i paradigmi predstavljaju isključivo merilo za testiranje teorije; umesto toga, precizna analiza pravnih pojmova mora da odgovori i na supstantivne moralne norme koje propisuju ili šta sadržaj ovih pojmova *treba* da bude ili kakve društvene posledice jedna konceptualna teorija prava *treba* da ima.<sup>13</sup>

52 Ali zašto bismo mislili da se odgovor na pitanje šta je pravo kao takvo ne može dati bez odgovora na pitanje šta bi pravo, sa aspekta morala, trebalo da bude? Jedna grupa argumenata – i to, možda, onih najuticajnijih – polazi od pretpostavke da se normativni pojmovi (to jest, pojmovi sa normativnim sadržajem, kao što je onaj obuhvaćen terminom „dobro“) moraju ponekad analizirati tako da se usklade sa nekim relevantnim skupom moralnih normi. S obzirom na to da neko recimo, može smatrati da je konceptualna funkcija prava stvaranje uslova za pravdu, pojam prava je delimično normativan po svom sadržaju, a to bi značilo da analiza prava mora da bude u skladu sa određenim moralnim normama.

53 Ronald Dvorkin nudi jednu od najznačajnijih odbrana ideje da je sam pojam prava delimično normativan po svom karakteru i da zahteva objašnjenje putem normativne metodologije. Prema Dvorkinovom mišljenju, određeni pojmovi su „interpretativni“ po svom karakteru i kao takvi se moraju analizirati u okvirima neke relevantne klase supstantivnih normi. Dvorkin nastoji da pokaže da je pojam prava interpretativan i da stoga zahteva normativnu metodologiju tako što ukazuje na analogiju između pojma prava i pojma učtivosti, pri čemu on ovaj drugi pojam smatra paradigmatičnim primerom interpretativnih pojmova. Dvorkinova (1986: 47) postojana argumentacija vodi ga do zaključka da učtivost predstavlja interpretativni pojam:

Zamislite sledeći istorijski razvoj jednog imaginarnog društva. U određenim društvenim prilikama, njegovi pripadnici poštuju određeni skup pravila, koje nazivaju „pravilima učtivosti“.. Izvesno vreme, ova praksa predstavlja tabu: pravila jednostavno postoje i ne dovode se u pitanje, niti se menjaju. Ali, onda se sve to, možda polako, menja. Svaki pripadnik razvija složen „interpretativni“ stav prema pravilima učtivosti, stav koji se sastoji iz dva elementa. Prvi element jeste pretpostavka da učtivost kao praksa ne samo da postoji, već ima i vrednost, da ona služi nekom interesu ili svrsi ili da se njome sprovodi neki princip – ukratko, da ima neki smisao – koji se može izdvojiti nezavisno od jednostavnog opisivanja pravila koja čine tu praksu. Drugi element je dalja pretpostavka da pravila učtivosti – ponašanje koje ono propisuje ili stavovi koje ono nalaže – nisu nužno ili isključivo ono što su oduvek bila, tako da se striktna pravila moraju shvatati ili primenjivati ili proširiti ili izmeniti ili ograničiti u svetlu tog smisla. Čim taj interpretativni stav bude ukorenjen, institucija učtivosti prestaje da bude mehanička; ona više nije nekritičko uvažavanje runskog poretka. Ljudi sada pokušavaju da pripišu *značenje* instituciji – da ga uvide.

54 Dvorkin nastavlja sa povlačenjem analogije između normi prava i normi učtivosti kako bi potkrepio svoj stav da je pojam prava interpretativan – to jest, da je prava priroda pojma prava interpretativna, a ne predinterpretativna, kao što to pozitivisti smatraju. Stoga on zaključuje da analiza pojma prava mora da zavisi od određenih moralnih normi koje definišu njegovu normativnu svrhu.

55 Dvorkinovo argumentaciji bi se mogli uputiti brojni prigovori. Prvo, nije jasno da li je Dvorkin uspeo da pokaže da pojam učtivosti ima interpretativni sadržaj koji nalaže korišćenje normativne metodologije. Iako je možda tačno da učtivost, u konceptualnom smislu, teži da ostvari neku vrstu svrhe ili vrednosti, to ne znači da se sadržaj *pojma* učtivosti ne može objasniti bez pozivanja na *moralne* norme – čak i ako je vrednost kojoj učtivost teži *moralna* vrednost. Svrha učtivosti se najverovatnije definiše putem društvene prakse koja se može

posmatrati kao sredstvo za utvrđivanje te svrhe. *Supstantivne norme* učtivosti, svakako da moraju odražavati tu konceptualnu svrhu učtivosti; to što znamo koja je svrha učtivosti pomaže nam da utvrdimo šta bi trebalo da budu norme učtivosti. Međutim, celu stvar ćemo verovatno vratiti korak unazad ako budemo smatrali da se norme učtivosti moraju uzimati u obzir prilikom utvrđivanja šta jeste sadržaj pojma – a da se pritom ne utvrđuje i svrha učtivosti. Nije jasno kako bismo norme učtivosti uopšte mogli i utvrditi i razlikovati od drugih vrsta normi, a da pri tom ne shvatamo konceptualnu svrhu učtivosti. Uistinu, norme učtivosti su to što jesu zato što, ukoliko se poštuju, one omogućavaju subjektu da uskladi svoje ponašanje na način kojim se postiže svrha učtivosti; čini se da svrha učtivosti služi kao merilo ispravnosti dotičnih normi. Ako je to tačno, onda sadržaj svrhe određuje sadržaj normi; sadržaj normi ne određuje sadržaj svrhe, kao što se to u prigovoru pretpostavlja.

- 56 Drugo, što je još važnije, jednostavno nije jasno da li se pojam koji ima normativan sadržaj može na odgovarajući način objasniti samo putem metodologije koja uključuje moralne norme. Pojam moralnosti, recimo, ima normativan sadržaj: kada se reči „moralno“ i „nemoralno“ koriste uz opis nekog postupka, one izražavaju vrednosti koje daju razlog za delovanje. To što je X nemoralno predstavlja dobar razlog da se X ne čini. Vilijam Frankena, međutim, daje prihvatljivu analizu sadržaja pojma moralnosti, a da pri tom ne pribegava moralno normativnoj metodologiji, već se, umesto toga, oslanja na tradicionalnu konceptualnu analizu. O toj teoriji govori sledeći pasus:

Svi oni koji koriste „moralnost“ na normativan način smatraju da se „moralnost“ odnosi na kodeks ponašanja koji važi za sve one koji ga mogu razumeti i koji svoje ponašanje mogu uskladiti sa njim. U normativnom smislu, moralni nalozi bi uvek trebalo da budu isključujući, to jest niko nikada ne bi trebalo da prekrši moralnu zabranu ili zahtev iz razloga koji nisu moralne prirode (Gert 2011).

- 57 Ova analiza plod je čisto empirijskog sagledavanja načina na koji ljudi koriste relevantne pojmove-termine, što je, naravno, samo stvar pronalaženja implikacija zajedničkih obrazaca uobičajene upotrebe među relevantnom klasom govornika. Stoga, nije jasno da li se može izvesti zaključak da je normativna konceptualna metodologija podesna za pojmove sa normativnim sadržajem.
- 58 Tačno je, naravno, da konceptualna jurisprudencija ne može da postoji bez donošenja određenih vrsta vrednosnih sudova koji zavise od normi koje ne pripadaju normama razboritog rasuđivanja i argumentovanja. Ne možete započeti analizu pojma prava ako niste u stanju da izdvojite odlike prava koje su teorijski važne. Moglo bi, recimo, da bude tačno da sve sudije nose sudske toge, ali to nije odlika prava koja je u dovoljnoj meri značajna za pravo da bi bila upotrebljena za objašnjenje pojma prava. Konceptualna jurisprudencija stoga mora, kao što to Diksonova (2001: 51–57) ističe, da bude „posredno evaluativna“, u smislu da nalaže pribegavanje normama koje nam omogućavaju da razlikujemo važne zajedničke odlike prava od nevažnih zajedničkih odlika prava; međutim, uspešan metodološki pristup pravu ne mora da bude „neposredno evaluativan“ u smislu da nalaže pribegavanje moralnim normama koje govore o tome kakav bi trebalo da bude sadržaj prava ili relevantnih društvenih praksi .
- 59 O tome govori Hart (1987: 39) na sledeći način:

Analiza koja moralnim tvrdnjama i uverenjima dodeljuje ulogu konstitutivnih elemenata društvenih fenomena, mora i sama, kada se usredsređuje na te, a ne na neke druge odlike, biti rukovodena nekim kriterijumima značajnosti, od kojih će glavni biti eksplanatorna moć onoga što njegova analiza izdvoji. Tako će se njegova analiza rukovoditi procenama, često kontroverznim, o tome šta je važno i stoga će odslikavati takve meta-teorijske vrednosti i neće biti neutralna u pogledu svih vrednosti. Ništa, međutim, ne postoji što bi pokazalo da ta analiza nije deskriptivna, već normativna i opravdavajuća.<sup>14</sup>

- 60 Shodno tome, Hart pravi razliku između posrednog evaluativnog pristupa u skladu sa epistemičkim normama, koje omogućavaju da se izdvoje odlike od teorijskog značaja, i normativnog pristupa koji teži da opravda neke od različitih praksi i struktura koje određuju relevantne pojmove koji se proučavaju.

## 5 Odnos konceptualne analize i metafizike

- 61 Prema tradicionalnoj konceptualnoj analizi, analiza jednog pojma otkriva prirodu ili suštinu stvari na koju upućuje odgovarajući pojam-reč. Stoga, cilj konceptualne analize prava jeste da nam saopšti nešto o prirodi ili suštini prava; to znači da bi ona trebalo da nam kaže nešto, ne samo o svim *postojećim* pravnim sistemima, već o svim *konceptualno mogućim* pravnim sistemima. Shvaćena na taj način, konceptualna analiza prava sastavljena je od niza konceptualno (ili metafizički) nužnih istina i stoga potpada pod kategoriju metafizičkog teorijskog promišljanja – baš kao što i analiza pojma slobodne volje potpada pod metafiziku. Hart je skretao pažnju na to da konceptualna analiza može da započne od reči, ali da je važno da se shvati da će adekvatno objašnjenje pojma uključivati istine koje daleko prevazilaze konvencije kojima se uspostavljaju centralna značenja tih reči. Poduhvat analiziranja sadržaja pravnih pojmova jeste poduhvat istraživanja metafizike prava, u kojem se njegova priroda objašnjava preko tvrdnji koje su *nužno* istinite – što je zaštitni znak metafizičkog istraživanja.<sup>15</sup>
- 62 Metafizički karakter konceptualne analize, onako kako se ona tradicionalno shvata, logički je povezan sa gledištem da je epistemologija konceptualne analize *apriorna* po svom karakteru. Empirijsko opažanje je od suštinskog značaja prevashodno za utvrđivanje samo kontingentnih, čulno opazivih svojstava određenih stvari. Na primer, potrebno nam je empirijsko opažanje da bismo saznali da u jednoj kesici sa kamenjem ima četiri kamena, ali ne čini se da je, sa stanovišta uobičajene intuicije, ono potrebno da bismo znali da je  $2 + 2 = 4$ ; bilo bi besmisleno kada bismo išli naokolo i pokušavali da potvrdimo istinitost ove aritmetičke tvrdnje putem niza pokušaja u kojima stavljamo dva, pa zatim druga dva kamena zajedno, a potom utvrđujemo i beležimo dobijeni rezultat. Nama je potrebno empirijsko opažanje da bismo saznali da se u kesici nalaze dva kamena, jer bi to moglo da bude i pogrešno; za razliku od toga, mi znamo da je  $2 + 2 = 4$  shvatajući nekako (funkcionisanje *a priori* sposobnosti, ako takva uopšte i postoji, prilično je zagonetno sa stanovišta epistemološke teorije) da to ne bi moglo da bude pogrešno.
- 63 S obzirom na to da suštinska svojstva prava poseduje svaki mogući pravni sistem, a ne samo postojeći pravni sistemi koje možemo da opažamo svojim čulima, empirijsko opažanje nema značaj za konceptualnu analizu – izuzev što je ono nužno za dovoljno dobro razumevanje pojma-termina, koje nam omogućava da izdvojimo paradigmatične primerke stvari na koje se on odnosi. Stoga je za tako shvaćenu konceptualnu analizu potrebna *a priori* metodologija.
- 64 Isto tako se smatra da je metafizički karakter konceptualne analize, shvaćene na tradicionalan način, logički povezan sa gledištem da se dublji sadržaj nekog pojma može izvesti iz nekog skupa relativno očiglednih analitičkih istina o stvari koja je obuhvaćena pojmom. Ako je tvrdnja *T* istinita isključivo na osnovu značenja reči koje su upotrebljene da se ona iznese, onda negiranje tvrdnje *T* predstavlja kontradikciju. Pošto je kontradikcija nemoguća, *T* je nužno istinita i stoga metafizička po svom karakteru, budući da se metafizika bavi pitanjima u vezi sa prirodom stvari. Sadržaj pojma će, onda, biti rasvetljen nizom tvrdnji koje su nužno istinite i izvedene iz analitičkih istina koje čine polazište tradicionalne konceptualne analize.<sup>16</sup> TKA, da ponovimo, polazi od pretpostavke da je konceptualna analiza metafizička po svom karakteru.
- 65 Kao što je već rečeno, postoje dva metodološka izazova koji dovode u pitanje tradicionalnu konceptualnu analizu - normativna jurisprudencija i naturalizovana jurisprudencija – a one se ne slažu po pitanju toga da li je konceptualna analiza metafizička po svom karakteru. Normativna jurisprudencija, da se podsetimo, smatra da analiza pojma prava mora biti u skladu sa određenim relevantnim moralnim normama, baš kao što mora biti u skladu i sa određenim normama racionalnog diskursa. Iako normativna jurisprudencija ne podrazumeva meta-etički stav da je moralnost objektivna („moralni objektivizam“), većina teoretičara naklonjenih normativnoj metodologiji takođe se drži moralnog objektivizma.<sup>17</sup> S obzirom na to da moralni objektivizam, kao što se obično smatra, podrazumeva da su moralne norme nužno istinite, ako su uopšte i istinite, primenjivanje moralno normativne metodologije na konceptualnu analizu će isto tako rasvetliti sadržaj relevantnog pojma u terminima nužnih istina koje izražavaju prirodu relevantne stvari. Normativna metodologija, stoga, podrazumeva da konceptualne istine imaju metafizički karakter.
- 66 Ono što je mnogo nejasnije jeste da li normativna metodologija polazi od pretpostavke da su konceptualne tvrdnje analitičke, kao što to TKA čini. Problem koji se ovde javlja u vezi je sa

prirodom moralnih tvrdnji. Pod pretpostavkom da je moralnost objektivna, što je tipično za normativne pravne filozofe, moralne tvrdnje bi mogle da budu nužno istinite, ali svakako ne po osnovu toga što su analitičke tvrdnje; ne čini se da je po definiciji tačno da je ubijanje ljudi pogrešno. Neko bi, naravno, mogao da zauzme stav da je sadržaj pojma prava moralizovan, u smislu da su relevantne moralne tvrdnje ugrađene u definiciju prava, ali to je duboko i teško pitanje kojim se ovde ne možemo na odgovarajući način baviti. Čak i u tom slučaju, čini se da je svakako jasno da normativna jurisprudencija pretpostavlja da je konceptualna analiza prava metafizička po svom karakteru.

- 67 S druge strane, naturalizovana jurisprudencija, kao što se odmah može videti, negira osnovne pretpostavke tradicionalne konceptualne analize u vezi sa karakterom konceptualne analize. Prvo, s obzirom na to da je naturalizovana jurisprudencija utemeljena u Kvajnovom odbacivanju analitičko-sintetičke distinkcije, ona, takođe, odbacuje ideju da je konceptualna analiza makar i delimično utemeljena u analitičkim tvrdnjama – pošto, na kraju krajeva, ne postoje takve stvari koje se mogu legitimno definisati. Dalje, s obzirom na to da je naturalizovana metodologija utemeljena na Kvajnovom argumentu, naturalizovana jurisprudencija sledi Kvajna u njegovom odbacivanju filozofske legitimnosti modaliteta nužnosti i mogućnosti. Konačno, s obzirom na to da naturalizovana jurisprudencija smatra da je metodologija konceptualne analize utemeljena u empirijskim tvrdnjama i da sledi naučnu metodologiju, konceptualne tvrdnje biće kontingentne po svom karakteru; na kraju krajeva, prema tradicionalnim gledištima, nisu nam potrebna empirijska opažanja da bismo sagledali karakteristike svih mogućih svetova. Naturalizovana jurisprudencija, stoga, osporava tvrdnju da je konceptualna analiza metafizički poduhvat čiji je rezultat teorija sastavljena od nužnih istina, koje izražavaju prirodu relevantne stvari koja se proučava.

## 6 Konceptualna analiza prava: konceptualna jurisprudencija

- 68 Najvažnija odlika konceptualne analize prava, shvaćene na tradicionalan način, jeste metafizička teza da u svakom konceptualno mogućem pravnom sistemu, postoje određena svojstva koja nešto *čine* (*constitute*) pravom. Stoga bi, recimo, konceptualna teorija prava uključila spisak svojstava koja ono što ih poseduje čini pravnim sistemom („pravo“ kao institucionalni sistem normi), kao i spisak svojstava koja ono što ih poseduje čini pravnom normom nekog pravnog sistema („pravo“ kao pojedinačne norme). Instancijancija relevantnih svojstava čini sistem/normu pravnim sistemom/normom u istom onom smislu u kojem svojstvo neoženjenosti čini nekog čoveka neženjom. Svaki onaj institucionalni sistem normi koji instancira odgovarajuća svojstva, iz tog razloga, jeste pravni sistem; svaki onaj sistem koji to ne čini, nije, iz tog razloga, pravni sistem. Isto tako, svaka norma koja instancira odgovarajuća svojstva jeste, iz tog razloga, pravna norma nekog pravnog sistema; svaka ona norma koja ne instancira odgovarajuća svojstva nije, iz tog razloga, pravna norma nekog pravnog sistema.
- 69 Konceptualne teorije prava imaju neke interesantne implikacije koje nam omogućavaju da detaljnije proučimo sadržaj određenih zakona i pravnih sistema. Svaka od glavnih konceptualnih teorija prava – pozitivizam, prirodnopravna teorija i Dvorkinov interpretativizam – polazi od pretpostavke da pravo, bar delimično, predstavlja proizvod kontingentne društvene prakse, uključujući i onu koja se odnosi na zakonodavstvo i sudstvo. To znači da sadržaj pravnih normi, uključujući i one koje definišu granice jednog pravnog sistema kojem te norme pripadaju, može da varira od jednog do drugog pravnog sistema. Jedna od posledica te ideje jeste to da u svakom konceptualno mogućem pravnom sistemu postoji skup normi koje utvrđuju postojanje i strukturu pravnog sistema i obezbeđuju kriterijume na osnovu kojih se jedna norma smatra *važnim* pravom datog sistema. Ako je *S* pravni sistem, a *P* predstavlja iskaz koji opisuje svojstva koja jednu normu čine pravnom<sup>18</sup>, onda *P* formuliše nužne i dovoljne kriterijume „pravne validnosti“ u *S*-u u sledećem smislu: za svaku normu *n*, *n* predstavlja pravo u *S*-u u vremenu *t* ako i samo ako *n* instancira *P* u *t*-u.<sup>19</sup> To se može iskazati i na sledeći način:

*Teza o diferencijaciji:* U svakom konceptualno mogućem pravnom sistemu  $S$ , postoji skup  $KV$  (kriterijumi važenja – „criteria of validity“) takav da za svaku normu  $n$ ,  $n$  predstavlja pravo u  $S$ -u u vremenu  $t$  ako i samo ako  $n$  ispunjava kriterijume iz skupa  $KV$  u  $t$ -u.

- 70 Teza o diferencijaciji otuda tvrdi da svaki pravni sistem sadrži uslove pripadanja (*membership conditions*) kojim se definišu kriterijumi važenja za taj sistem – s tim što se smatra da se ti kriterijumi razlikuju od jednog do drugog sistema utoliko što se relevantne društvene prakse razlikuju.
- 71 Važno je shvatiti da teza o diferencijaciji, tradicionalno shvaćena, predstavlja metafizičku tezu – a ne epistemološku tezu.<sup>20</sup> Teza o diferencijaciji ne pretpostavlja niti implicira bilo kakve tvrdnje o obimu u kojem se kriterijumi važenja mogu utvrditi ili primeniti u bilo kojem mogućem pravnom sistemu. Uistinu, teza o diferencijaciji je, sama po sebi, logički konzistentna sa različitim tvrdnjama o tome koliko toga možemo znati o sadržaju prava – i kad je reč o pravnim normama kojima se uspostavljaju kriterijumi važenja i kad je reč o pravnim normama koje predstavljaju pravo zato što su važeće prema kriterijumima važenja. Tačno je, naravno, da (1) sadržaj svih pravnih normi u krajnjoj liniji zavisi, u velikoj meri, od društvenih procesa koji se empirijski mogu opaziti i da (2) norme sistema moraju biti razumljive kako bi bile dovoljno efikasne da konstituišu pravni sistem. Tačno je takođe i da teza o diferencijaciji, kao i tvrdnje (1) i (2) podrazumevaju da mi možemo doći do izvesnog znanja o sadržaju prava u određenom pravnom sistemu tako što ćemo u dovoljnoj meri posmatrati prakse koje dovode do kriterijuma važenja i aktivnosti zvaničnika koje su u skladu sa ovim kriterijumima. Međutim, pogrešno je smatrati da osnovne teze konceptualne teorije prava, koja uključuje i tezu o diferencijaciji, impliciraju da kriterijumi važenja u bilo kom ili svakom pravnom sistemu predstavljaju i epistemički test koji rešava pitanje šta je to merodavno pravo u svakom zamislivom sporu. To gledište je jednom pogrešno pripisano pozitivizmu – kao tzv. teza o pedigreu (*Pedigree Thesis*) - tokom rane faze rasprave između Dvorkina i pozitivista. Međutim, nju je pogrešno pripisivati bilo kojoj od glavnih konceptualnih teorija prava. Kakav god stav o tome zauzimali teoretičari prava, on mora biti utemeljen u nekim drugim uverenjima.
- 72 Ipak, razumno je smatrati da ni formulisane teze o kriterijumima važenja ne bi mogle da obezbede proceduru odlučivanja o tome šta je merodavno pravo. Kao što to Ronald Dworkin uverljivo pokazuje u svom delu *Taking Rights Seriously*, apelaciona sudska praksa tiče se donošenja odluka u slučajevima koji su teški, što znači da su argumenti kojima se podupiru slučajevi obe suprotstavljene strane podjednako ubedljivi. U takvim slučajevima sudijama je veoma teško da donesu odluke. Iako neko može da, poput Raza, smatra da do teških slučajeva dolazi zato što postoji praznina u pravu u vezi sa pitanjima koja se u njima postavljaju, ponekad, čak i pod pretpostavkom da je Razovo mišljenje tačno, nije lako utvrditi šta je to što jedan slučaj čini teškim. Najblaže rečeno, teško da se u složenim pravnim sistemima, poput onih koje imaju savremene države, mogu naći procedure za donošenje takvih odluka.
- 73 Dalje, teza o diferencijaciji ne govori ništa o prirodi ili moralnom karakteru prava u bilo kom određenom pravnom sistemu. Pravno važeći sadržaj bi mogao – a ne mora – nužno da bude ograničen moralnim principima ili inherentno interpretativnim karakterom prava. Pošto je teza o diferencijaciji agnostička u pogledu tih tvrdnji, ona je u skladu sa klasičnom teorijom prirodnog prava, pravnim pozitivizmom i Dworkinovim konstruktivnim tumačenjem, te stoga ne može biti tačka razlikovanja pozitivizma i drugih konceptualnih teorija prava. Do sada je to bila zajednička pretpostavka svih zastupnika konceptualne teorije.
- 74 Da li kriterijumi prava mogu da se *u potpunosti utvrde* u svakom pravnom sistemu moglo bi da se dovede u pitanje, ali opšta jurisprudencija ne bi mogla da se zasnje a da ne pretpostavlja da postoji izvesna razlika između prava i ne-prava. Poslednjepomenuta razlika je toliko fundamentalna za opštu jurisprudenciju i toliko intuitivno plauzibilna da bi nam bio potreban veoma dobar razlog da opravdamo njeno odbacivanje. Teza o diferencijaciji jednostavno govori da se pravne norme razlikuju od drugih normi u svakom društvu sa pravnim sistemom. Posao svake konceptualne teorije prava – to jest, konceptualne jurisprudencije uopšte – jeste da objasni koja su to svojstva po kojima se te norme koje jesu pravo razlikuju od normi koje nisu pravo i koja ove prve čine *pravnim normama*.

## 7 Konceptualna analiza: teorijski i praktički značaj

- 75 Moglo bi se s pravom postaviti pitanje da li konceptualna jurisprudencija ima ikakav praktički značaj u rešavanju suštinskih problema u vezi sa pitanjem šta jeste ili šta bi trebalo da bude sadržaj određenog prava. Veliki broj autora u oblasti prava razvio je neku vrstu averzije, ako ne i neprijateljskog odnosa, prema izrazito apstraktnim interesovanjima konceptualne teorije prava, verujući da je analiza onoga što je pravo po svojoj prirodi isto onoliko normativno inertna koliko i analiza onoga što je neženja po svojoj prirodi. Na prvi pogled, čini se da razumevanje pojma neženje nema nikakve implikacije koje bi dale odgovor na praktička pitanja koja se mogu javiti u vezi sa tim kako bi neženja trebalo da se ponaša ili bi trebalo da bude tretiran. Teorijska definicija „neženje“ jednostavno, po svojoj prirodi, izgleda suviše apstraktno opisna da bi iznedrila bilo kakve interesantne praktičke zaključke.<sup>21</sup>
- 76 Ispostaviće se da su pojedini istaknuti autori podržavali upravo ovu tezu, kada je reč o poduhvatu konceptualne jurisprudencije. Ričard Posner, recimo, značajan deo prvog od svojih predavanja pod nazivom *Clarendon Law Lectures*, koja su održana na Oksfordu 1995. godine, posvećuje tvrdnji da je konceptualna jurisprudencija „jalova, nepovezana i pravi primer osiromašenja tradicionalne pravne teorije“.<sup>22</sup> Pasus koji sledi jasno ilustruje omalovažavanje sa kojim on posmatra konceptualnu jurisprudenciju:
- Nemam ništa protiv filozofskih spekulacija. Međutim, bilo bi fino da one urode nekakvim plodom; nešto bi moralo da zavisi od odgovora na pitanje „Šta je pravo?“ da bi ljudima koji bi mogli da svoje vreme utroše na druge društveno korisne načine bilo smisljeno da ga postave. Ništa ne zavisi od tog odgovora (Posner 1996: 3).
- 77 Uistinu, Posner (1996: 3) ide tako daleko da tvrdi da „glavni zadatak analitičke jurisprudencije jeste, ili bi bar trebalo da bude, ne da pruži odgovor na pitanje „Šta je pravo?“, već da pokaže da ono i ne treba da bude postavljeno, jer se tako samo komplikuju stvari“.
- 78 Kao što se iz rasprave o „neženji“ sa početka ovog odeljka moglo videti, Posnerova zapažanja nisu sasvim kontraintuitivna, ali čini se da ona predstavljaju najveći izazov čisto deskriptivnim pristupima konceptualnoj analizi, kao što su TKA i naturalizovana jurisprudencija. Na kraju krajeva, postoji jedan opšti problem da se normativne praktičke tvrdnje izvedu iz skupa koji se isključivo sastoji iz čisto deskriptivnih tvrdnji; ako čisto deskriptivne tvrdnje o tome šta je pravo u logičkom smislu ne zavise od normativnih tvrdnji o tome šta bi pravo trebalo da bude, kao što to pretpostavljaju TKA i naturalizovana jurisprudencija, onda se ove poslednjepomenute tvrdnje, bez daljnjeg, ne mogu izvesti iz prvopomenutih tvrdnji. Bez obzira na to, važno je da shvatimo da pobornici normativne metodologije, kao što smo videli, eksplicitno negiraju tvrdnju da su to šta je pravo i šta bi pravo trebalo da bude logički nepovezane stvari. Da li je to negiranje dovoljno da se normativni pristupi izoluju od Posnerove kritike nije sasvim jasno; međutim, postoji dovoljno razlike između normativnih i deskriptivnih pristupa da bi se opravdao izvestan oprez pri razmišljanju da bi kritikizam te vrste mogao da počisti sve metodološke pristupe.
- 79 U svakom slučaju, Posnerovo gledište da konceptualna jurisprudencija ne bi trebalo da se praktikuje problematično je čak i ako je on u pravu kada smatra da takva analiza rezultira teorijama koje su u normativnom smislu značajne. Da bi se uvideo taj problem, valjalo bi razmotriti koliko bi Posnerova kritika bila uspešna u nekom drugom kontekstu. Iako je veliki rad na polju čiste matematike utrošen da se stvore tehnologije koje su značajno poboljšale naše živote, jedno od najslavnijih matematičkih dostignuća u skorije vreme nema takvu primenu. Pre nekoliko godina, Endru Vajls sa Univerziteta Princeton osmislio je nešto za šta se veruje da je uspešan dokaz Fermaove poslednje teoreme, koja tvrdi da ne postoje pozitivni celi brojevi  $x$ ,  $y$ ,  $z$  i  $n > 2$  takvi da je jednačina  $x^n + y^n = z^n$  tačna. Uprkos činjenici da u matematičkoj zajednici niko nužno ne veruje da će to ikada imati neku praktičnu primenu koja će dovesti do poboljšanja čovekovog života, matematičari su utrošili desetine hiljada sati ne bi li pronašli dokaz ili protivdokaz za ovu teoremu.
- 80 To se, bar delimično, svakako može objasniti time da razlozi zbog kojih vrednujemo nekakvo znanje nisu instrumentalne prirode. Ponekad je poznavanje teoreme  $t$  u instrumentalnom pogledu vredno, u smislu da to znanje obezbeđuje sredstva za postizanje cilja, a to je



produkcija korisne tehnologije. Mnogo toga u matematičkoj teoriji se očigledno može opravdati putem vrednosti praktične koristi za ljude, ali to nije jedini razlog zbog kojeg bi trebalo ceniti matematička istraživanja. Ako znanje nije uvek intrinzički vredno (to jest, vredno sebe radi, kao cilj sam po sebi), ono ponekad jeste intrinzički vredno. Poznavanje apstraktnih istina kojima se definišu osnovne strukture značajne praktičke vrednosti (kao što je matematika) čini se vrednim sebe radi; uistinu, nije nerazumno smatrati da svo znanje jeste (ili bi trebalo da bude) intrinzički vredno za jedno racionalno biće. Isto to bi važno i za pojam prava; pod pretpostavkom da analiza pojma prava nema nikakvu praktičku instrumentalnu vrednost, plauzibilno je smatrati da razumevanje prirode institucije koja ograničava slobodu autonomnih aktera jeste intrinzički vredno.

81 Ali, da li je Posner u pravu kada smatra da ništa suštinski ne zavisi od konceptualne analize prava? Postoji, naravno, nešto što se može reći za njegovo gledište. Razmotrimo, na primer, raspravu između Dvorkina i Harta u vezi sa pitanjem sudske diskrecione vlasti. Dvorkin je jednom izjavio da odgovor na pitanje da li je pravično da u jednom teškom slučaju sudije utvrđuju odštetu koja se stavlja na teret optuženog zavisi od toga da li sudijsku odluku treba posmatrati kao nešto što je sadržano u postojećem pravu ili kao stvaranje novog prava; Dvorkin (1967: 31) o tome govori na sledeći način:

Ako [sudije imaju diskrecionu vlast da donesu odluku u teškim slučajevima tako što stvaraju novo pravo] ... moramo priznati da su porodica ubice u predmetu *Riggs* i proizvođač u predmetu *Henningsen* bili lišeni svoje imovine putem sudske diskrecione ocene primenjene *ex post facto*. To možda neće šokirati mnoge čitaoce – pojam diskrecione vlasti prožima celu pravnu zajednicu – ali to je ilustracija jedne od najzamršenijih enigmi koja nagoni filozofe da se zanimaju za pravnu obavezu. Ako oduzimanje imovine u slučajevima poput navedenih ne može da se opravda pozivanjem na uspostavljenu obavezu, onda se mora naći neko drugo opravdanje, a ništa se ne javlja kao dovoljno dobra zamena.

82 Takva oduzimanja imovine su moralno nelegitimna zato što je nepravično oduzeti nekoj osobi imovinu prema zakonu koji nije postojao u vreme kada je počinjeno delo za koje se odgovara – ili bar tako argument kaže.

83 Čini se, međutim, da, kada je reč o tom pitanju, Dvorkinova teorija nije prošla mnogo bolje od Hartovog stava da sudije donose odluke u teškim slučajevima tako što stvaraju novo pravo. Prema Dvorkinovom mišljenju, ono što teške slučajeve razlikuje od drugih slučajeva jeste to što u teškim slučajevima postoji više od jednog mišljenja koje je u skladu sa postojećom institucionalnom istorijom. Stoga, ono što jedno pravno pitanje čini teškim jeste to što nam pravo (shvaćeno tako da uključuje postojeću institucionalnu istoriju) ne daje blagovremeno obaveštenje o tome šta ono nalaže, ako uopšte išta i nalaže.<sup>23</sup> Ako, međutim, pravičnost sprečava oduzimanje imovine od optuženog prema zakonu koji nije postojao kada je učinjeno delo za koje se odgovara, ona takođe sprečava i oduzimanje imovine od optuženog prema zakonu koji ne daje blagovremeno obaveštenje optuženom da dotično postupanje dovodi do takve odgovornosti. Baš kao što je nepravično kazniti dete zato što je prekršilo pravilo koje mu nije saopšteno u terminima za koje bi se opravdano moglo očekivati da će ih ono razumeti, isto tako nije pravično da se neko lice primora da plati odštetu prema zakonu koji na odgovarajući način ne saopštava tom licu da dotično postupanje dovodi do odgovornosti. Da bi se opravdalo utvrđivanje odštete koju neko lice treba da plati, nije dovoljno to što ono ima pravnu obavezu; ta obaveza mora biti saopštena u terminima koje kompetentan govornik jezika može razumeti.

84 Naravno, daleko od toga da ovi primeri mogu da posluže kao osnova za neke konačne zaključke. Oni, međutim, daju povoda za razmišljanje, poput onog Posnerovog, da ne možemo rešiti suštinske probleme prava i morala tako što ćemo jednostavno pojmove vrteti u krug.<sup>24</sup> Pojmovi-reči se koriste da grupišu postupke, događaje i entitete i stoga sve što oni rade jeste izdvajanje određenih klasa postupaka, događaja i entiteta. Jasno je da ne možemo da rešimo nikakve interesantne moralne probleme tako što ćemo samo izmeniti svoje konceptualne karakterizacije nekog postupka, događaja ili entiteta. Da li je udaranje nekoga u lice moralno pogrešno ne može da zavisi od toga da li bi to trebalo okarakterisati kao „napad“ ili kao „poljubac“; ako se to ispravno karakteriše kao „poljubac“, onda bismo morali da preispitamo svoje moralne stavove o dopustivosti ljubljenja. Koje supstantivne normativne kvalitete imaju

određeni postupci ili događaji ne može da zavisi od toga na koji način se oni, kroz našu jezičku praksu, grupišu sa drugim postupcima ili događajima.

- 85 Posner, međutim, ne uspeva da shvati da to nije jedini način na koji bi analiza pravnih pojmova mogla da promeni naše živote. Zagovornici konceptualne analize koji imaju potrebu da opravdaju svoje stavove pozivanjem na društveno korisne posledice obično to čine tako što ukazuju na njene epistemičke koristi. Govoreći o vrednosti konceptualne analize na polju metafizike, Frenk Džekson (1998: 30) kaže:

Iako se metafizika bavi time kakav je svet, *pitanja* koja mi postavljamo kada se bavimo metafizikom uokvirena su u jeziku i stoga treba da obratimo pažnju na ono što korisnici jezika žele da saopšte rečima koje koriste da postave svoja pitanja. Kada lovci na glave idu u potragu oni traže osobu, a ne foto robota. Ali oni neće daleko stići ako ne obrate pažnju na reprezentativna svojstva data na foto robotu osobe koja se traži. Ta svojstva im daju njihovu metu ili, ako hoćete, definišu predmet njihove potrage. Isto tako, metafizičari neće daleko stići sa pitanjima kao što su: Da li postoje *K*-ovi? Da li su *K*-ovi išta više od *J*-ova? I da li je *K* način na koji je svet u potpunosti određen *J*-om način na koji svet zaista postoji? ako ne postoji neka koncepcija o tome šta se računa kao *K*, a šta kao *J*.

- 86 Prema uticajnom Džeksonovom stanovištu, suština konceptualne analize nije u tome da ona sadrži rešenja za važne suštinske probleme prava, etike ili politike. Pre se radi o tome da nam konceptualna analiza pomaže da rešimo te probleme tako što nam pomaže da ih uvidimo i jasnije formulišemo. Tu, apsolutno važnu poentu, Kolman (2001: 13) iskazuje sledećim rečima: „Konceptualna analiza suštinski predstavlja filozofski poduhvat: njen cilj je da nam pomogne da pažljivije razmišljamo“.
- 87 Čak i u tom slučaju, pitanje da li i na koji način su teorije konceptualne jurisprudencije vredne jeste jedno važno pitanje. Uvek je korisno znati da li određena oblast teorijskog promišljanja, osim što uvećava obim ljudskog znanja, donosi čovečanstvu i bilo kakve praktične koristi. Trenutno se suviše malo toga nudi na tom polju da bismo mogli da izvedemo bilo kakav opšti zaključak.

---

### **Bibliography**

- Michael BEANEY, 1996: Analysis. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Ur. Edward N. Zalta. URL: <http://plato.stanford.edu/entries/analysis/>.
- Simon BLACKBURN, 1996: *Oxford Dictionary of Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- David BOURGET & David CHALMERS, 2014: What Do Philosophers Believe? *Philosophical Studies* 170 (3): 465–500.
- Jules COLEMAN, 2001: *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Julie DICKSON, 2001: *Evaluation and Legal Theory*. Oxford: Hard Publishing.
- Ronald DWORKIN, 1967: The Model of Rules. *The University of Chicago Law Review* (1967) 35: 14–46.
- , 1977: *Taking Rights Seriously*. Cambridge (Ma.): Harvard University Press.
- , 1986: *Law's Empire*. Cambridge (Ma.): Harvard University Press.
- , 1996: Objectivity and Truth: You'd Better Believe It. *Philosophy & Public Affairs* 25 (1996) 2.
- John FINNIS, 1980: *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Bernard GERT, 2011: The Definition of Morality. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Ur. Edward N. Zalta. URL: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2012/entries/morality-definition/>.
- Herbert Paul GRICE & Peter F. STRAWSON, 1956: In Defense of a Dogma. *Philosophical Review* 65 (1955) 2.
- Herbert L.A. HART, 1987: Comment. *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart*. Ur. Ruth Gavison. Oxford: Oxford University Press.
- , 1994: *The Concept of Law*. Revidirano izd. Oxford: Oxford University Press. Hrvatski prijev. Dušan Vranjanac & Goran Dajović. *Pojam prava* (2013). Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i JP Službeni glasnik.
- Frank JACKSON, 1998: *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis*. Oxford: Oxford University Press.

Brian LEITER, 2003: Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence. *American Journal of Jurisprudence* (2003) 48: 17–51.

Andrei MARMOR, 2001: *Positive Law and Objective Values*. Oxford: Oxford University Press.

Liam MURPHY, 2001: The Political Question and the Concept of Law. *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*. Ur. Jules Coleman. Oxford: Oxford University Press.

Stephen PERRY, 2001: Hart's Methodological Positivism. *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*. Ur. Jules Coleman. Oxford: Oxford University Press.

Richard POSNER, 1996: *Law and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.

Joseph RAZ, 1979: *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press.

—, 1994: *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Oxford University Press.

Frederick SCHAUER, 2006: (Re)taking Hart. *Harvard Law Review* 119 (2006).

Jeremy WALDRON, 2001: Normative (or Ethical) Positivism. *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*. Ur. Jules Coleman. Oxford: Oxford University Press.

Wil WALUCHOW, 1994: *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press.

---

## Notes

1 Ovdje moramo biti oprezni. Nije sasvim jasno koja je to stvar čiji pojam jeste pojam. Na primer, ekstenzija termina „pravni sistem“ predstavlja klasu svih stvari za koje je ispravno reći da predstavljaju pravne sisteme; shodno tome, ekstenzija ili referencija termina, odnosi se na neki skup – a ne na neki opšti jedinstveni pravni sistem. Intenzija, naravno, predstavlja ideju ili sadržaj izražen terminom „pravni sistem“. Trebalo bi razumeti da govorimo na donekle metaforičan način kada govorimo o stvari za koju postoji odgovarajući pojam. Ako postoji nešto što jeste pravo *kao takvo* ili neženja *kao takav*, nije jasno (bar nije meni) kakva je to vrsta stvari, osim da ona nije isto što i ekstenzija ili intenzija odgovarajućeg pojma-termina. Iako bi bilo korisno imati detaljnije objašnjenje ovih specifičnih „stvari“, mi, ipak, možemo da se donekle metaforično izražavamo bez neželjenih posledica sve dok imamo na umu da se ne izražavamo sasvim precizno. Takva vrsta izražavanja, međutim, može da bude korisna za raspravu o raznim temama kojima se ovaj rad bavi. Ako nam se to, ipak, čini problematičnim, možemo smatrati da te stvari predstavljaju bilo koji primerak relevantne ekstenzije, pod uslovom da imamo na umu da nas taj određeni primerak interesuje samo utoliko što potpada pod dotični pojam.

2 Ja sam agnostik u pogledu toga kako nastaje takva praksa ili kako bi ona trebalo da se okarakterise, osim da se za nju tvrdi da (1) predstavlja društvenu praksu koja nastaje i održava se delimično zato što je zajednička za članove jedne zajednice i da (2) suštinski elementi te prakse stvaraju norme koje imaju preskriptivnu snagu za članove date zajednice. Na primer, moglo bi se smatrati da se za našu praksu vezanu za upotrebu reči „neženja“ ne može reći ništa više osim da ona obuhvata razne obrasce upotrebe koje dele članovi jedne zajednice. Druga opcija je mišljenje da ova praksa predstavlja konvenciju. U oba slučaja, ta praksa je društvena po svom karakteru i izražava zajedničku normu prema kojoj je upotreba reči „neženja“ ispravna samo ako se odnosi na muškarca: onaj ko upotrebljava reč „neženja“ a priča o psu, nesumnjivo, greši.

3 Ne postoje značajna neslaganja među pravnim teoretičarima, pravnim praktičarima, pa čak ni među laicima kada je reč o ovom pitanju. Uistinu, većina teoretičara prirodnog prava koji pripadaju tomističkoj tradiciji negira da je Akvinski tvrdio da nepravedne norme ne mogu biti pravo.

4 Postoje dve vrste normi koje mogu biti bitne za analiziranje nekog pojma: epistemičke norme, kao što je norma koja nalaže doslednost, i moralne norme, uključujući i one koje upravljaju našim ponašanjem. Da li bi epistemičke norme trebalo da igraju ulogu u teorijskim razmatranjima jeste pitanje koje ne izaziva kontroverze. Vidi Coleman 2001.

5 Veliki broj teoretičara, uključujući i Ronalda Dworkina, veruje da nije moguće dati čisto deskriptivnu analizu evaluativnih pojmova, kao što je pravo. Vidi, npr. Dworkin 1986.

6 Kao što je Raz (1994: 216–217) zaključio, konceptualna analiza se bavi *našim* pojmovima, pošto su ti pojmovi izgrađeni putem *naših* društvenih praksi – pri čemu se termin „naš“ odnosi na pripadnike određene zajednice govornika, to jest na *nas*.

7 Beaney 1996; vidi takođe Blackburn 1996.

8 Kao što Hart (1994/2013: 7) kaže: „Mnoge značajne razlike između različitih tipova društvenih situacija ili odnosa, koje ne vidimo neposredno, mogu se učiniti vidljivim ispitivanjem standardne upotrebe relevantnih izraza i načina na koji oni zavise od socijalnog konteksta. U ovoj oblasti saznanja, posebno je tačna izreka profesora Džona Longša Ostina (J. L. Austin) da se koristimo 'izoštrenom svešću o rečima da bismo izoštrili naše opažanje fenomena'“.

9 Frederik Šauer (2006: 860–861) iznosi upravo sledeći zaključak: „Poput svojih kolega filozofa tog vremena [Hart] je revnosno proučavao uobičajenu upotrebu tražeći distinkcije koje unutar nje postoje i

temeljno je analizirao i definisao termine koji se koriste za označavanje pravnih pojmova ... Konceptualna analiza, kao što je to Hart sigurno uvideo, neminovno počiva, bar delimično, na empirijskom opažanju, a ta empirijska utemeljenost konceptualne analize mogla bi takođe implicitno da daje potporu njegovoj tvrdnji da se bavi deskriptivnom sociologijom.“

10 Vidi Grice & Strawson 1956.

11 Bourget & Chalmers 2014.

12 O toj liniji argumentacije u prilog normativne jurisprudencije, vidi opširnije u Dickson 2001: pogl. 1, deo A.

13 Među istaknutim pobornicima normativne metodologije i njihovim delima nalaze se Stephen Perry (2001) i Jeremy Waldron (2001).

14 Među onima koji prihvataju ovu razliku nalaze se, npr. Coleman 2001, Marmor 2001, Waluchow 1994, Dickson 2001 i Finnis 1980.

15 Ovde je važno da zapazimo bitnu razliku između neambicioznog i ambicioznog pristupa konceptualnoj analizi. S obzirom na to da je neambiciozan pristup izričito utemeljen u kontingentnim društvenim praksama, poput onih koje definišu jezik zajednice, konceptualne istine su nužne *u odnosu na taj skup određenih polazišta*; mi svetu pripisujemo određenu metafizičku strukturu putem konceptualnih tvrdnji koje proizilaze iz društvenih praksi koje stvaramo. S druge strane, budući da ambiciozan pristup teži da utvrdi istine koje ne zavise od ljudske prakse, konceptualne istine će jednostavno bile nužno istinite – i bez obzira na bilo kakav određeni konceptualni okvir koji ljudi pripisuju svetu putem jezičke ili druge društvene prakse.

16 Interesantno je pitanje da li su, pod pretpostavkom da se polazište tradicionalne konceptualne analize sastoji isključivo iz analitičkih istina, i implikacije skupa koji sadrži samo analitičke istine nužno analitičke po svom karakteru. Ako se za bilo koju tvrdnju može reći da je analitička po svom karakteru, to je svakako tvrdnja da se pravo sastoji iz normi. Međutim, tvrdnja da uslovi za postojanje jednog pravnog sistema uključuju društveno pravilo priznanja koje praktikuju zvaničnici nije očigledno analitička – čak i ako ona, po prirodi stvari, zapravo predstavlja nužnu istinu o pravnim sistemima - i izvedena je nekako iz tvrdnje da se pravo sastoji iz normi.

Uistinu, s pravom bi se moglo postaviti pitanje da li se polazište – čak i ako se radi o tradicionalnoj konceptualnoj analizi – sastoji isključivo iz analitičkih istina. Opažanja kojima nastojimo da izdvojimo „paradigmatična“ obeležja prava i pravnih sistema nisu, čini se, obuhvaćena definicijama prava. Pre će biti da je reč o tome da čim imamo pred-teorijsko razumevanje prava, koje se delimično formira definicijama, utvrđivanje paradigmi bar delimično biva formirano vrednosnim sudovima koji prave razliku između bitnih nužnih odlika prava i onih nebitnih. Ti sudovi, po svemu sudeći, predstavljaju sintetičke nužne istine.

17 Moralni objektivizam je gledište prema kojem se istinitost moralnih tvrdnji utvrđuje putem od-uma-nezavisnih kriterijuma, tj. kriterijuma koji ne uključuju preferencije, uverenja, prakse ili želje bilo kog pojedinca ili grupe. Svaki teoretičar prirodnog prava je pristalica moralnog objektivizma. Isto tako, Ronald Dworkin je pobornik moralnog objektivizma i neko ko se zalaže za normativnu metodologiju. Vidi, npr. Dworkin 1996.

18 Iskaz *P* bi, naravno, mogao da izražava ili veoma složeni spisak svojstava koji uključuje disjunkciju ili konjunkciju. Stoga, sve dotle dok pravo predstavlja kompozitni (*cluster*) pojam ili pojam „porodične sličnosti“ (*family resemblance*), iskaz u kojem se iznose uslovi obuhvataće sijaset disjunkcija sjedinjenih sa konjunkcijama, koje izražavaju razne stepene sličnosti dovoljne da se jednoj normi dodeli status prava.

19 Da upotrebimo Hartove (1994: 103) reči: „Reći da je dato pravilo važeće znači priznati da je ono prošlo sve testove predviđene u pravilu priznanja *i da je na taj način ono pravilo sistema*.“

20 Tvrdnja da teza o diferencijaciji nije epistemička teza tačna je i unutar naturalizovane metodologije.

21 Pojedini autori procenjuju praktičke posledice konceptualne teorije prava. Pojedini autori, neosnovano, veruju da pozitivizam podrazumeva pravni formalizam, teoriju presuđivanja koja je dugo bila opovrgavana. Pošto karakter prakse presuđivanja u bilo kom pravnom sistemu zavisi, prema mišljenju pozitivista, od sadržaja njegovog pravila priznanja, a sadržaj pravila priznanja se razlikuje od jednog do drugog pravnog sistema, pozitivizam ne podrazumeva nikakvu određenu teoriju presuđivanja. Iako pozitivizam dopušta mogućnost pravnog sistema u kojem se sudsko donošenje odluka rukovodi pravilima formalizma, on takođe dopušta i mogućnost da se sudsko donošenje odluka rukovodi dworkinovskim pravilima.

22 Posner 1996.

23 Neki slučajevi su toliko teški da je sudiji potrebna posebna (ili kako Dworkin kaže „herkulovska“) sposobnost da razazna tačan odgovor na dato pitanje.

24 Cf. Murphy 2001.

## References

Electronic reference

Kenneth Einar Himma, « Konceptualna jurisprudencija », *Revus* [Online], 26 | 2015, Online since 16 January 2016, connection on 16 January 2016. URL : <http://revus.revues.org/3401> ; DOI : 10.4000/revus.3401

Bibliographical reference

Kenneth Einar Himma, « Konceptualna jurisprudencija », *Revus*, 26 | 2015, \_\_\_ – \_\_\_.

---

## Author

### Kenneth Einar Himma

Gostujući profesor na Odjelu za povijest filozofije Državnog sveučilišta u Tomsku  
Predavač na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Washingtonu



Kenneth

### Einar Himma

University of Washington School of Law  
William Gates Hall  
Box 353020  
Seattle, WA 98195-3020  
United States  
E-mail: himma@uw.edu

---

## Copyright

All rights reserved

---

## Abstracts

U ovom radu nastojim da čitaoce uvedem u problemsku oblast konceptualne analize pravnih pojmova (ili „konceptualne jurisprudencije“) i njene metodologije. Pokušavam da, na prilično bazičnom nivou, objasnim šta je konceptualna analiza, na koji način se ona obavlja (to jest, njenu odgovarajuću metodologiju) i zašto je ona važna za teoriju prava. Takođe nastojim i da objasnim na koji način je konceptualna analiza povezana sa drugim oblastima filozofije, kao što su metafizika i epistemologija. Zatim, objašnjavam poduhvat u koji se konceptualna jurisprudencija upušta – da opiše ona svojstva po kojima se (1) stvari koje jesu pravo razlikuju od stvari koje nisu pravo, koja svojstva (2) prvopomenute stvari čine pravom. Pritom sam to objašnjenje ilustrovaio, nadam se, jasnim primerima. Takođe sam dao objašnjenje i procenu tri različita metodološka pristupa. Na kraju sam razmotrio praktički značaj konceptualne jurisprudencije. | Ovaj je prijevod izvorno objavljen u knjizi Bojan Spaić i Damir Banović (ur.), *Problemi savremene pravne i političke filozofije* (Šahinpašić: Sarajevo 2016).

## Conceptual Jurisprudence. An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory

This essay attempts to provide an accessible introduction to the topic area of conceptual analysis of legal concepts (or “conceptual jurisprudence”) and its methodology. I attempt to explain, at a fairly foundational level, what conceptual analysis is, how it is done (i.e. its appropriate methodology) and why it is important in theorizing about the law. I also attempt to explain how conceptual analysis is related to other areas in philosophy, such as metaphysics and epistemology. Next, I explain the enterprise of conceptual jurisprudence, as concerned to provide an account of those properties that (1) distinguish things that are law from things that are not law which (2) constitute the former things as law, illustrating this explanation with what

I hope are intuitive examples. Three different methodological approaches are also explained and evaluated. Finally, the practical importance of conceptual jurisprudence is discussed.

***Index terms***

***Keywords*** : conceptual analysis, conceptual methodology, the nature of law, metaphysics of law, practical significance; concepts

***Ključne reči (sr)*** : konceptualna analiza, konceptualna metodologija, priroda prava, metafizika prava, praktični značaj, koncepti