

Истраживач приправник Ања Безбрадица, ма

Институт за упоредно право, Београд

ФУНКЦИОНАЛНА АНАЛИЗА ПРАВА

У раду се анализира правнонаучна литература у контексту функционалне анализе права, те постулира да у правној науци није било значајнијег бављења функцијама права. Полазећи од Мертоновог (Robert K. Merton) разликовања латентних и манифестних функција, у раду се претпоставља да је један од разлога за илузију о свеприсутности функционалне анализе права у литератури – појмовно поистовећивање термина „циљ“ и „функција“ у општој јуриспруденцији. Осим тога, као резултат доминације нормативних теорија права (у разним њеним варијантама), и са њима скопчаног структуралистичког поимања права, чак и код аутора који јасно раздвајају циљ права и његове функције, бављење овим последњим дешава се успутно и на строго теоријском нивоу. Супротност, овај рад има намеру да функционалну анализу права позиционира тамо где је њено природно место – под окриље емпиријске социологије, чиме би се бављење питањем циља у праву оставило филозофији права. С тим у вези, у раду ћемо се осврнути и на малобројне али значајне покушаје (пре свега оне из друге половине 20. века) да се пажња научне јавности скрене на ову неоправдано дуго запостављану област истраживања права. Приказана анализа има за циљ да буде концептуално-методолошки оквир за један будући покушај категоризације функција права.

Кључне речи: Функционална анализа права; Функције права; Циљ права; Латентне и манифестне функције права.

1. УВОД

Године 1971. Норберто Бобио (*Bobio*) објављује чланак под називом „Ка функционалној анализи права“,¹ а Џозеф Раз (*Raz*) „Друш-

Ања Безбрадица, a.bezbradica@iup.rs.

¹ Н. Бобио, „О функционалној анализи права“, *Зборник за теорију права* (ур. Р. Лукић), св. 2, САНУ, Београд 1982.

твене функције права“.² Две године након тога у Мадриду одржава се Међународни конгрес за филозофију права, посвећен теми функција права, а 1974. из штампе излази *Rechtssoziologie* Никласа Лумана (*Luhmann*), у којој значајно место заузима и расправа о функцијама права. Пола века касније на пољу функционалне анализе права нема много шта ново. Изузев по које успутне речи у делима посвећеним различитим темама опште јуриспруденције, и једног монографског дела које се бави функцијама права али из угла филозофије,³ интерес за ову тему готово да не постоји.

Како објаснити то да је једна од три најутицајније социолошке гранд-теорије – функционализам, оставио тако мало трага на пољу изучавања права? Откуд то да је једна друштвена чињеница која прожима малтене цео колективни људски живот, скоро у потпуности „прошла испод радара“ функционалне анализе?

Као доминантна социолошка парадигма 40-их и 50-их година 20. века, функционализам је својој анализи подвргао све значајније друштвене феномене (религију, породицу, политички систем, образовање, итд.). У најкраћем, та се анализа састојала се из утврђивања односа између различитих делова структуре друштва и односа делова према целини друштва, и то полазећи од претпоставке да свака јединица друштва на неки начин доприноси опстанку друштва као целине.⁴ Нажалост, функционализам није показивао толико интересовања за институцију права, колико за друге друштвене феномене. Баш зато не смемо заборавити да је међу малобројним социолозима који су дали допринос проучавању ове теме, био и „отац модерног функционализма“ – Талкот Парсонс (*Parsons*). Иако се није системски бавио правним феноменом, Парсонс је у неколико својих радова врло детаљно анализирао улогу права у друштву. Према Парсонсовој теорији сви друштвени системи и подсистеми морају испунити четири услова: адаптација на околинду, одређивање циљева, интеграција и латенција.⁵ Право је један од друштвених подсистема и то онај који врши функцију интеграције различитих делова друштва, тако што ублажава потенцијалне конфликти.⁶ Под утицајем Парсонса, Луман је конструисао своју теорију система, још апстрактнију од Парсонсове. За Лумана функција сваког друштвеног система је да смањи сложеност

² J. Raz, „The functions of Law“, *Oxford Essays in Jurisprudence* (ed. A. W. B. Simpson), 2nd series, Oxford University Press, Oxford 1973.

³ K. E. Ehrenberg, *The functions of law*, Oxford University Press, Oxford 2016.

⁴ M. Haralambos, R. Heald, *Uvod u sociologiju*, Globus, Zagreb 1989, 23.

⁵ A. J. Treviño, *The sociology of law: classical and contemporary perspectives*, St. Martin's Press, New York 1996, 317–318.

⁶ *Ibid.*, 320.

своје околине, а правни систем ову функцију врши тако што комплексност околине редукује помоћу бинарног кода „дозвољено-недозвољено“. ⁷ Ово у крајњој инстанци служи да се повећа извесност очекивања и смањи ризик од погрешних одлука који је нарочито велик у друштвима велике динамичке густине, какво је савремено друштво. ⁸

Након Лумана није било значајнијих подухвата међу социолозима када је реч о функцијама права. У том смислу вредан је хвале подухват Хавијера Тревиња (*Treviño*) да на једном месту сажме све мисли Талкота Парсонса о природи и функцијама америчког правног система и да 2008. године у издаваштву Cambridge Scholars Publishing објави књигу под називом *Talcott Parsons on Law and Legal System*. ⁹

2. ПРОБЛЕМ МЕТОДА

Поменуто је индиферентност социолога за тему функција права. Чини се да су још мање интересовања за тему показали писци правничке провенијенције. Који су разлози за то, вероватно је тема која захтева посебну анализу. Ипак, смисленим се чини Бобијев закључак да је један од разлога у општој јуриспруденцији дуго времена присутна доминација нормативних теорија права, посебно у варијанти Келзеновог (*Kelsen*) формализма, и са њим скопчаног структуралистичког поимања права. ¹⁰ Наиме, формализам у праву (крајњи нормативизам) није хтео, тачније – није се могао бавити функцијама права, уколико је намеравао да остане веран свом методолошком опредељењу. То је опредељење подразумевало најпре раздвајање права од морала те последично одбацивање проучавања вредносне компоненте права, а затим и потпуно занемаривање фактичке равни права. Келзен је био искључив да право припада тзв. свету требања (*Sollen*), а не свету онога што јесте (*Sein*). ¹¹ Овим је формализам направио отклон како од филозофије, тако и од социологије и других емпиријских дисциплина, ¹² а све у циљу обезбеђивања праву самосвојственог метода. То је довело до тога да се право посматра као један затворени систем сачињен од логичко-језичких конструкција (норми), за чије постојање

⁷ V. Ferrari, *Pravo i društvo*, CID, Podgorica 2011, 72.

⁸ N. Luhmann, *A sociological theory of law*, Routledge & Kegan Paul, London–Boston 1985, 30.

⁹ A. J. Treviño, *Talcott Parsons on Law and Legal System*, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge 2008.

¹⁰ Н. Бобио (1982), 196–197.

¹¹ Х. Келзен, *Опита теорија државе и права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 206.

¹² Вид. *Ibid.*, 252–270.

је релевантно само њено формално важење, које се огледа у чињеници да ју је могуће логички извести из непосредно више норме.¹³ Келзенову теорију није интересовало ни које друштвене односе право регулише, нити са којим циљем, а понајмање какви су његови ефекти на друштво, јер би бављење оваквим питањима укаљало „чистоту“ правног метода.

У мање екстремним варијантама нормативизма, попут оног Хартовог (*Hart*), где се није у потпуности негирала веза права са друштвом, бављење функцијама права остало је на спекулативном и врло апстрактном нивоу,¹⁴ истовремено изазивајући дилему да ли је у таквим анализама реч о функцијама права или о циљевима којима оно тежи. Ова појмовно-терминолошка конфузија присутна је и у интерпретацијама класичних дела јуриспруденције.¹⁵ Заиста је тешко разлучити и захтева исцрпну анализу да ли се ико од класика јуриспруденције макар и најелементарнијем нивоу бавио функцијама права.

Раз каже да је истраживање функција права важно за све дисциплине које изучавају право: важно је за аналитичку јуриспруденцију у њеној потрази за универзалном природом права; за социологију права и политикологију јер ове две дисциплине треба да објасне интеракцију права са другим друштвеним и политичким феноменима; за правнике практичаре када интерпретирају норму за потребе њене примене; за моралне и политичке филозофе када трагају за принципима којима право треба да тежи итд.¹⁶ Но, да ли је да ли је питање функција права уопште могуће истраживати из ракурса нпр. аналитичке јуриспруденције или етичке и моралне филозофије, те да ли је то оно што један адвокат и судија раде у току свог радног дана? Да ли ове теоријске и практичне дисциплине поседују одговарајућу методологију за тако нешто?

Ако функције неког феномена одредимо онако како се то уобичајено чини у социологији, као стварни учинак норми у односу на друштвени систем или неки његов подсистем,¹⁷ онда када је у случају права јасно да његове функције никако не могу бити предмет етичке и моралне филозофије, које су нормативне дисциплине и које, према томе, могу једино изучавати циљеве (сврхе) којима право *треба да*

¹³ *Ibid.*, 198–199.

¹⁴ Вид. Х. Харт, *Појам права*, Службени гласник и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 86. и 249–290.

¹⁵ Тако код: К. Е. Ehrenberg.

¹⁶ J. Raz, *The authority of law: Essays on law and morality*, Oxford University Press, Oxford 1979, 163.

¹⁷ С. Бован, *Основи социологије права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 177.

тежи. Аналитичка јуриспруденција у мери у којој жели остати то – аналитичка (а не склизнути у социологију што се често дешава),¹⁸ не може се бавити функцијама права као манифестацијама једног конкретног права у простору и времену с обзиром на своје универзалистичке аспирације. Чак и ако се одрекне амбиција да открије универзалну природу права, те задржи на нужним карактеристикама једног конкретно-историјског концепта права, због метода којим се користи (концептуална анализа), аналитичка јуриспруденција нам не може рећи ништа о ефектима права на друштво. Она нам може открити циљеве које конкретно право хоће да оствари, те евентуално за које је подесно, али ефективност права и функције права остају домен емпијске правне науке.

Чини се да Разов став да се функцијама права могу бавити све правне дисциплине проистиче из недовољно прецизно дефинисаног појам функције, односно његовог изједначавања са оним што називамо сврхом или циљем права. Како те две категорије постоје на онтолошки сасвим различите начине – прва као објективна друштвена чињеница, а друга као субјективна, значењска чињеница, то њихово изучавање не може бити предмет истих дисциплина. Дакле, пре упуштања у било какву анализу, неопходно је направити јасну дистинкцију између *циља* (сврхе) права и *функција* права.

3. ЦИЉ (СВРХА) ПРАВА

Да је право сврховита друштвена чињеница већ се здраворазумски чини као тачно. Право је људска творевина, али специфична. Оно није, као неке друге друштвене чињенице, ненамеравани продукт друштвених интеракција, већ нешто што људи стварају са намером, да им на неки начин служи. И док се ово чини као труизам, објашњење како настају овакве друштвене чињенице које су производ колективне интенционалности, предмет је озбиљних расправа унутар социјалне онтологије. У овом раду нема простора за детаљно упуштање у те расправе, али да бисмо објаснили природу права као специфичне врсте друштвених чињеница која је оријентисана ка својој сврси, морамо се на тренутак подсетити филозофије Џона Серла (*Searle*), тог за сада највишег домета у објашњењу тзв. институционалне реалности. У настојању да објасни „како може постојати објективан свет новца, имовине, брака, влада, избора, фудбалских утакмица, коктел-забава и судова, у свету који се у потпуности састоји од физичких

¹⁸ О критици аналитичког дефинисања концепта права видети у: В. Z. Tamanaha, *A realist theory of law*, Cambridge University Press, Cambridge 2017, 62–71.

честица“,¹⁹ Серл укупну реалност дели на тзв. голе чињенице (*brute facts*), које постоје независно од усмерености наше свести на њих (онтолошки објективно), и тзв. институционалне чињенице (*institutional facts*), које људи колективно стварају тако што проглашавају да оне постоје, иако у материјалној реалности не постоји ништа што би био њихов еквивалент (њихово постојање је онтолошки субјективно).²⁰ Настанак ових последњих резултат је специфично људске способности да предметима, лицима и појавама, додељују оно што Серл назива статусним функцијама (*status-functions*).²¹ Премда и животиње могу додељивати функције објектима који постоје у физичкој реалности (шимпанза може користити камен као алат за разбијање ораха), само човек има способност да објекту додели функцију која не проистиче из његових интринстичних особина.²² Узмимо Серлов омиљени пример – новац. Нема ништа у парчету папира који представља новчаницу од 1000 динара, што би га чинило новцем. Парче папира је новац јер су му људи колективно доделили тај статус на основу којег оно може да врши функцију платежног средства.

Сва људска институционална стварност настаје на описани начин – колективним додељивањем статусних функција. Право је такође институција, и то на два начина. Најпре, оно се састоји из појединачних институција као што су власништво, брак, наслеђе, итд. Тако, власништво не постоји све док колективно не признамо да људи могу поседовати и употребљавати покретности и непокретности уколико су их стекли на одређени начин као и да их у томе нико не сме спречавати. Друго, правни систем као такав је институција. Правни систем настаје када колективно признамо да одређена мрежа организација сачињена од положаја има моћ да проглашава шта ће се у датој политичкој заједници сматрати правом.²³ Дакле, као и остале институционалне чињенице, право постоји утолико што људи колективно проглашавају да постоји.

Пошто је право институционална чињеница у наведеном смислу, онда је јасно на који начин је сврха важан елемент такве појаве. Заправо, такве врсте чињеница правилно можемо описати једино у односу на сврхе ка којима су управљене.²⁴ Зато су институционалне чиње-

¹⁹ J. Searle, *The Construction of Social Reality*, <https://www.perlego.com/book/779-804/the-construction-of-social-reality-pdf>, 2. мај 2023, Introduction section, para. 1.

²⁰ *Ibid.*, The Metaphysical Burden of Social Reality section, para. 1.

²¹ *Ibid.*, From Collective Intentionality to Institutional Facts: The Example of Money section, para. 8.

²² *Ibid.*

²³ B. Z. Tamanaha, 196.

²⁴ N. MacCormick, *Institucije права*, Naklada breza, Zagreb 2014, 396–398.

нице увек и интерпретативне чињенице.²⁵ Тако, рецимо, уставно право тешко да исправно можемо схватити уколико га не доведемо у везу са циљем ограничења државне власти и обезбеђивања одређеног простора људске слободе.²⁶

У наведеном смислу основна правна методологија јесте херменевтичка.²⁷ Она иде за тим да објасни правна правила у односу на значења која су им људи дали, а та су значења увек управљена ка неким циљевима. Ово објашњава значај који циљ има у праву на најапстрактнијем нивоу. Али шта то значи конкретно? То значи да циљ у праву објашњава шта су интереси и вредности које је творац норме желео да оствари нормирањем. Напомињем да овде ова „воља законодавца“ не подразумевам никакву индивидуалну психолошку вољу, већ вољу која је комбинација свих појединачних психолошких воља које су формулисале норму,²⁸ модификовану објективним друштвеним приликама у складу са којима ту вољу има смисла тумачити. Ова анализа намере може се користити не само за објашњење појединачне норме већ и за објашњење целокупног правног система, с тим да је тада компликованија, јер је правни систем производ деловања великог броја фактора, укључујући и различите намере различитих појединачних воља током дугог трајања.²⁹ До циља појединачне норме доћи ће се правилном применом канона тумачења, а верујем да је исто могуће постићи и на нивоу права као система, чије се основне вредности и интереси налазе врло често на изричит начин у уставу, а као средства тумачења могу помоћи и сви други писани трагови који говоре о вољи историјског „законодавца“, као и општа политичка атмосфера и друштвене прилике непосредно пре доношења устава, као највишег правног акта у којем би требало да су садржани најапстрактнији циљеви једне политичке заједнице.

4. ФУНКЦИЈЕ ПРАВА

Функције права постоје на потпуно другој равни стварности у односу на његове циљеве. Док су циљеви субјективна категорија, дотле су функције нешто што постоји, Серловим речником речено, онтолошки објективно. Оне показују стварни учинак права на друштво или неки његов подсистем, односно „видљиве објективне после-

²⁵ *Ibid.*, 395.

²⁶ *Ibid.*, 395–396.

²⁷ *Ibid.*, 399.

²⁸ F. Bidlinski, *Pravna metodologija*, CID, Podgorica 2011, 38.

²⁹ Другачије код: L. Green, “The functions of law”, *Cogito* 2/1998, 118.

дице³⁰ које право производи у свом деловању. Док категорија циљева захтева перспективу учесника, категорија функција тражи да се изместимо из улоге оног ко примењује норму и заузмемо перспективу посматрача. Другим речима, за разлику од циљева права који су, као што је већ речено, предмет херменеутике, функционална анализа домен је емпиријске науке.

Циљеви се могу поклапати са функцијама, што је редовно намера творца права – да право у свом деловању оствари циљеве због којих је створено. Међутим, чест је случај да право у свом деловању не испољи намераване ефекте, већ неке које творац није имао на уму, било да су они позитивни или негативни. Као пример могу послужити истраживања која показују да државе у којима је абортус инкриминисан немају мању стопу нежељених трудноћа у односу на државе у којима је дозвољен, нити да ова забрана смањује број абортуса. Изгледа да закон који забрањује абортус не успева да постигне циљ због којег је донет – смањење броја нежељених трудноћа и смањење броја асистираних прекида трудноће. Напротив, постоје снажне индиције да оваква регулатива штетно делује на вредности живота и здравља као елементарне вредности сваког друштва. Ово зато што жене, онемогућене да то учине у званичним институцијама здравственог система, интервенцију прекида трудноће обављају у илегалним амбулантима, у недовољно безбедним условима.³¹ То значи да овакав закон, не само да не постиже намераване ефекте у погледу смањења броја нежељених трудноћа и абортуса, већ се показује и као дисфункционалан јер доводи до штетних последица по добро живота и здравља.

Као погодан оквир за разумевање дистинкције циљ – функција, те места сусрета ове две категорије, може послужити теорија манифестних и латентних функција Роберта Мертона (*Merton*). Према Мертону, манифестне функције неке друштвене институције су оне које доприносе прилагодљивости и опстанку система, а које су притом намераване и од стране актера препознате.³² Латентне функције су оне које нису намераване, нити препознате од стране учесника система, али су се ипак догодиле.³³ За социологију су латентне функције примарна сфера интересовања јер оне разјашњавају постојање наизглед ирационалних друштвених образаца као и појава које морално

³⁰ R.K. Merton, *Social theory and social structure*, The Free Press, New York 1968, 78.

³¹ J. Bearak *et al.*, “Unintended pregnancy and abortion by income, religion and the legal status of abortion: estimates from a comprehensive model for 1990-2019”, *The Lancet* 9/2020.

³² R. K. Merton, (1968), 114.

³³ *Ibid.*

осуђујемо.³⁴ Тако чувена Диркемова анализа казне почива управо на анализи њених латентних а не манифестних функција: иако на први поглед изгледа да казна служи да искорени злочин, њена латентна функција је да обнови солидарност међу члановима друштва, тако што ће их подсетити на заједничке моралне вредности. У супротном, колективни морал не би био у стању да контролише понашање људи и стопа криминалитета у друштву би порасла до нивоа на којем угрожава опстанак друштва.³⁵

Како долази до тога да нека друштвена институција упркос намери њених твораца почне да производи ненамераване последице, било функционалне, било дисфункционалне? Ствар је у томе да објективне последице неке радње не произилазе само из субјективних диспозиција (намера, циљева, мотива), већ су резултат њихове интеракције са објективном ситуацијом. Наравно, за овакав став неопходно је најпре прихватити позицију реализма, односно прихватити да друштвене чињенице, укључујући и институционалне, постоје *као* ствари (онтолошки објективно). Другим речима, иако је институционална чињеница у смислу да настаје као производ колективне интенционалности и да нема реалност попут чињеница материјалне природе, право након стварања почиње да производи објективне последице које не морају имати ништа са мотивима, разлозима и сврхама због којих је створено. Зато је за потребе науке корисно, чак нужно, третирати право као нешто што постоји *per se*.³⁶ Разлог за ово одвајање правног артефакта од његових сврха, треба тражити у природи људских сазнајних моћи које су ограничене спрам комплексне друштвене стварности коју одликује мултиузрочност. Ово резултира тиме да творац права не може својим знањем обухватити све могуће факторе које потенцијално могу интераговати са правом, те предвидети све стварне последице једног закона. Ево једног примера. За право се често каже да, поред осталих, врши и социјализаторску функцију,³⁷ тј. да је један

³⁴ *Ibid.*, 118–119.

³⁵ М. Haralambos, R. Heald, 396.

³⁶ Посматрати друштвене чињенице као ствари, не значи нужно прихватити да оне постоје у реалности на исти начин на који постоји материјална стварност. Тако је Диркем (*Emile Durkheim*) сматрао да друштвене чињенице треба третирати *као* ствари, јер се у односу на човека појављују као принудне и спољашње. Он није тврдио да оне и заиста имају неку реалност, већ да им треба дати такав статус јер је то корисно, чак и неопходно, да би се формулисале научне тврдње. О овоме види у: E. Durkheim, *The Rules of Sociological Method and Selected Texts on Sociology and its Method*, Bloomsbury Publishing 2013, <https://www.perlego.com/book/2996269/durkheim-the-rules-of-sociological-method-and-selected-texts-on-sociology-and-its-method-pdf>, 4. мај 2023, 20–27.

³⁷ J. Raz, (1979), 176–177.

од механизма путем којег се на појединца преносе основне вредности друштва. Ако пак прихватимо за тренутак хипотезу многих теоретичара да право иницијално није настало са циљем да васпита људе у вези са моралним вредностима друштва, већ да је створено са циљем да спречи нежељена понашања и омогући координацију, а све то под претњом принуде, онда изгледа да се интернализација основних норми система, односно њихове вредносне компоненте, десила као ненамеравана последица. Други разлог који може условити ову неподударност циља и функције, јесте грешка. Најзначајнија је она која проистиче из чињенице да се околности мењају а људи поступају по навици, односно делају на начин како су то чинили у прошлости верујући да ће њихове радње произвести идентичне последице, не обраћајући, притом, пажњу на измењене друштвене прилике.³⁸ Тако је врло честа појава да право „не иде у корак са временом“, што се у бољем случају заврши просто неефективношћу његових норми, а у горем – производњом негативних ефеката.

Чињеница да се данас право састоји једним (мањим) делом и из норми које се доносе са циљем васпитања људи у погледу одређених моралних вредности пре него са циљем директног усмеравања понашања, а што неки аутори називају симболичком функцијом права,³⁹ није ништа друго до последица људске способности да учи из искуства – да сагледава позитивне ефекте права и да их повратно имплементира у законе као циљеве.

5. ФУНКЦИОНАЛНА АНАЛИЗА А НЕ ФУНКЦИОНАЛИЗАМ

Функционална анализа често је критикована као метод којим се користе конзервативни, чак реакционарно оријентисани социолози. Ово проистиче из везивања функционалне анализе за функционализам као социолошку гранд-теорију која друштво посматра као складну и непротивречну целину чији сваки део доприноси стабилности система. Запитати се шта је функција неке институције за функционалисту значи одговорити на питање како та институција доприноси стабилности посматраног система, при чему свака институција има позитивну функцију за сваку јединицу система. Ипак, за бављењем функционалном анализом права није нужно бити функционалиста. Функционална анализа по себи је вредносно неутрална, те може бити

³⁸ R. K. Merton, “The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action”, *American Sociological Review* 6/1936, 897.

³⁹ О томе види код: W. van der Burg, “The Expressive and Communicative Functions of Law, Especially with Regard to Moral Issues”, *Law and Philosophy* 20/2001, 31–59.

коришћена (а тако се и користила) као метод различитих гранд-теорија.⁴⁰ Тако и конфликтна теорија, да би критиковала неку институцију, мора најпре анализирати њену функцију унутар постојећег система (нпр. да би објаснио структуру класног друштва, дијалектички материјализам морао је почети од истраживања функције приватне својине).⁴¹ Или, речима Н. Бобија: „Док функционална анализа може да занемари функционализам, дотле критичка теорија друштва [...] не може да занемари функционалну анализу...“⁴²

Но, да би функционална анализа постала идеолошки неутралан алат, неопходно је одбацити каноне класичног функционализма. Најпре је потребно одрећи се канона универзалног функционализма, према којем свака институција увек врши позитивну функцију. Како то чини и Мертон, нужно је прихвати могућност да институција може бити и дисфункционална, односно да може производити и маладаптивне и дезинтегративне последице по систем, уз могућност признавања постојања и не-функционалних последица (оних које су ирелевантне по систем).⁴³ У случају анализе правног феномена, то би, рецимо, значило препознавање да право може рефлектовати и интересе једне економске групе, успоравати друштвену промену, производити неједнакости итд. Поврх тога, приликом сваке анализе функција права неопходно је прецизирати јединицу друштвеног система у односу на коју ценимо функционалност права. Ово значи одбацивање другог канона класичног функционализма – канона функционалног јединства друштва, који каже да је свака институција добра како за целину друштва, тако и за појединца и различите друштвене подсистеме.⁴⁴ Напротив, право се може појавити као функционално за једну друштвену групу (рецимо ону економски доминантну) и дисфункционално за другу.

Не треба заборавити ни да право може имати у истом тренутку у односу на исту јединицу друштвеног система и позитивне и негативне функције, што отвара проблем утврђивања „нето баланса скупа свих последица“⁴⁵ права по дату јединицу, а што је посебно значајно за функционалну анализу која се спроводи у практичне сврхе као што су измене постојеће законске регулативе.

⁴⁰ R. K. Merton, (1968), 93.

⁴¹ Н. Бобио, (1982), 200.

⁴² *Ibid.*

⁴³ R. K. Merton, (1968), 105.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

Признавање могућности дисфункција права, отвара простор за бављење проблемом односа између права и друштвене промене. Иако се функционална анализа углавном фокусира на друштвену статистику, односно на структуре, Мертон примећује да јој ово није својствено. Истраживањем дисфункција омогућава да се открију разлози за промене у друштву, јер се друштвена промена дешава тамо где је збир свих последица неке институције такав да је она више дисфункционална него функционална.⁴⁶

Што се тиче трећег постулата класичног функционализма према којем друштво не би могло да функционише без одређених институција јер оне немају функционалну алтернативу, и ово је нешто што се би требало емпиријски потврдити у сваком конкретном случају. Подсетимо само на теорије које су предвиђале смрт права, од којих је свакако најпознатија марксистичка. Друштво без права које према марксистима треба да дође након социјализма и коначног обрачуна са остацима капитализма, јесте једно спекулативно предвиђање, које, притом, звучи веома утопијски, али које није концептуално немогуће. Осим тога, слично друштво је у историји већ постојало. Ако право у дефинисању вежемо, како се то најчешће чини, за неку од категорија: 1. суверена власт, 2. институционализовани нормативни поредак, 3. постојање система примарних и секундарних норми – онда са великом сигурношћу можемо рећи да такво нешто није постојало у првобитној заједници. Та друштва су ипак функционисала, што значи да су остали нормативни системи тада били сасвим подесне функционалне алтернативе праву. Неки аутори сматрају да право већ сада губи неке од својих функција. Тако Н. Бобио сматра да се у савременим друштвима може приметити опадање једне од његових главних функција – репресивне.⁴⁷ Наиме, како се у савременим техничко-технолошким условима (посебно утицај савремених мас-медија) повећава могућност контроле друштва социјализацијом, Бобио каже да се може претпоставити да потреба за репресијом опада.

6. НЕКИ ПРОБЛЕМИ ПОСТОЈЕЋИХ КЛАСИФИКАЦИЈА ФУНКЦИЈА ПРАВА

Прескочићу приказ постојећих класификација функција права (иако то не би нарочито оптеретило овај рад с обзиром на њихову малобројност), и одмах указати на неке од проблема са којима се постојеће таксономије суочавају.

⁴⁶ *Ibid.*, 94.

⁴⁷ Н. Бобио, (1982), 199.

Већ је примећено да се неретко дешава да се у исту раван стављају функције које нису истог ранга, у смислу да је једна функција конкретизација друге.⁴⁸ Такав случај, рецимо, постоји када се у таксономији нађу функција одржавања реда и функција решавања спорова. Наиме, решавање спорова доводи до успостављања реда, па ово не могу бити функције истог реда. Овде би функција решавања спорова (ако прихватимо да је уопште реч о функцији) била нижег ранга у односу на функцију одржања реда. Ово је логички, несуштински проблем појединих класификација, али свакако нешто што доводи до беспотребног проширивања листе функција. Друга крајност би биле све оне теорије које праву придају само једну, најчешће исувише апстрактну функцију, као што је: координација понашања или усмеравање понашања, без објашњења механизма на који право врши те функције.

Ипак, већи проблем је што се у појединим класификацијама налази и једна материјална грешка, а то је поистовећивање задатака које право врши и његових функција. Ово вероватно проистиче из довољно прецизног одређења самог појма *функције*. Наиме, функција је увек релациона категорија. Имати функцију значи – бити у служби нечега. Такво значење термина *функција* води порекло из математике, где се први пут помиње.⁴⁹ То значи да функције права увек посматрамо у односу на неки систем чији је право део, у смислу утицаја права на тај систем. Као што је већ речено, наведени утицај не мора бити позитиван, али је важно да је анализа функција увек анализа утицаја права на одабрану јединицу друштва. У том смислу малу сазнајну вредност имају искази да право врши функцију решавања спорова или пружања услуга, јер су у питању задаци које право врши, а не његове функције. (Истини на вољу, решавање спорова јесте задатак који вероватно редовно доприноси друштвеној кохезији, али није реч о појмовима који припадају истом роду). Такође, рећи да право врши функцију усмеравања понашања са становишта једне функционалне анализе није довољно. Понашање се може усмеравати у разним правцима и питање је за емпиријску анализу да ли у конкретном случају усмеравање има позитивну, негативну или непостојећу функцију у односу на систем.

У литератури се среће још и појмовна конфузија средство – функција. Наиме, дешава се да се поистовети специфично средство којим се право служи у остварењу својих циљева, а то је принуда, са његовом функцијом, па се тако може чути да право врши „репресивну

⁴⁸ *Ibid.*, 210.

⁴⁹ R. K. Merton, (1968), 75.

функцију“.⁵⁰ Међутим, репресивно може бити средство, али не и функција. Овде је заправо корен заблуде сличан као у претходном случају. Заборавља се да „вршити функцију“ значи: „бити у служби нечега“, па је за анализу функција права битно да ли и чему репресија која прати право служи, а у односу на шта се показује као дисфункционална. У том контексту је недостатна Келзенова теорија према којој је право специфична техника регулисања друштвених односа која се од других не разликује по каквоћи понашања које регулише већ по средству којим се служи, а то средство је принуда,⁵¹ али је та теорија истовремено добра полазна основа за социолошку анализу функција права јер води питању: зашто се право служи баш репресивним средством? Односно (ако одредимо принуду као нужну карактеристику појма права), зашто постоји једна таква репресивна форма друштвене контроле? А да би се то истражило неопходно је отићи даље од формализма и завирити и у садржину норми, односно у природу друштвених односа које право регулише, не би ли се нашао одговор на питање има ли нешто у тим друштвеним односима што их чини подесним искључиво за принудно регулисање. Марксистички оријентисани теоретичари одавно су дали редуccionистичко, али ипак делимично тачно, објашњење – право је подржано насиљем јер је његова функција заштита класних, а не општедруштвених интереса.⁵²

На сличан начин проблематична је и Бобијева тврдња да право у савременим друштвима, поред традиционално истицане, репресивне функције, врши и тзв. промотивну функцију.⁵³ Бобио каже да је са појавом државе благостања примећено да право не мотивише само претњом санкцијом, већ у одређеним ситуацијама и обећањем награде. Док је у класичној либералној држави, која је за циљ имала да заштити приватну својину и слободу предузетништва, претња санкцијом била довољна да се постигну циљеви, савремене државе које све више интервенишу у приватну сферу не би ли обезбедиле праведнију дистрибуцију моћи и добара, користе се и другим средствима друштвене контроле. Једно од њих су и норме које обећавају награду. У питању су најразличитије „стимулишуће норме“, као што су оне које послодавцу који запосли одређени број лица са инвалидитетом дају право на пореску олакшицу, затим оне које омогућавају различите погодности мајкама или младим брачним паровима како би се под-

⁵⁰ Н. Бобио, (1982), 212.

⁵¹ Х. Келзен, 92–93.

⁵² Р. Лукић, *Теорија државе и права*, Том 2, Завод за уџбенике и наставна средства и БИГЗ, Београд 1995, 51–55.

⁵³ Н. Бобио, „Промоционална функција права“, *Зборник за теорију права* (ур. Р. Лукић), св. 3, САНУ, Београд 1987, 93–103.

стицао раст наталитета, субвенције којима се настоји подстаћи производња у неком привредном сектору и сл. За овакве норме које настоје да стимулишу грађане на жељено понашање обећањем награде Н. Бобио каже да врше промотивну функцију. Критика која се овоме може упутити је да ли има смисла промотивну функцију супротставити репресивној. Ово из разлога што право увек врши промотивну функцију у смислу да подстиче одређено пожељно понашање.⁵⁴ Оно то чини и када се користи репресивним средством једнако као онда када обећава награду.

Међутим, ако промотивну функцију схватимо у смислу специфичног средства којим се промоција жељеног понашања врши – награде – то нам је, из већ поменутог разлога, од малог значаја за функционалну анализу, јер не говори ништа о томе која су то понашања и чему њихова промоција користи или штети. Јер, као што је речено, право може промовисати различита понашања, а за функционалну анализу нам је управо битно која. Осим тога, пораст броја оваквих „стимулишућих норми“ у једном правном поретку могао би бити интересантан и у контексту питања да ли класна функција права опада у савременим државама.

7. ЗАКЉУЧАК

Пре упуштања у истраживање функција права, неопходно је концептуално и методолошки рашчистити терен, а приказана анализа један је такав покушај. Она је имала за циљ најпре да скрене пажњу на то да се у литератури врло често не прави јасна дистинкција између циљева (сврха) и функција права, иако је реч о онтолошки различитим категоријама, које би последично морале бити предмет изучавања различитих дисциплина. У том смислу, као погодан оквир за разумевање ове дистинкције може се узети теорија Роберта К. Мертона о латентним и манифестним функцијама. Према овом схватању, манифестне функције односиле би се на намераване последице права, у ком смислу би одговарале последицама описаним циљевима права, док би латентне функције биле оне последице које су ненамераване и непрепознате од стране творца права. Осим тога, а опет у духу Мертоновог функционализма, указано је на потребу да се функционалној анализи обезбеди идеолошка неутралност, а што се постиже одбацивањем канона класичног функционализма. То значи прихватити могућност да право не мора увек да врши позитивне функције у друштву, да за једну јединицу друштва оно може бити функционално

⁵⁴ А. Безбрадица, *Право и сила*, мастер рад, необјављен рукопис, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 34.

а за другу дисфункционално, као и да је могуће да има функционалне алтернативе. „Прихватити могућност“ не значи ништа друго него вратити функционалну анализу под окриље емпиријске социологије, односно постулирати као неопходно да се за сваку јединицу друштва и сваку тачку у времену, функције права проверавају искуствено. Даљи корак била би детаљна разрада једног општег дескриптивног протокола за истраживање, а што је посебно комплексан подухват који мора узети у обзир и потешкоће у емпиријском истраживању права, као једног свепрожимајућег друштвеног феномена чији утицај није увек лако изоловати од утицаја других друштвених феномена.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Bearak, Jonathan *et al.*, “Unintended pregnancy and abortion by income, religion and the legal status of abortion: estimates from a comprehensive model for 1990–2019”, *The Lancet Global Health* 9/2020;
2. Безбрадица, Ања, *Право и сила*, мастер рад, необјављен рукопис, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015;
3. Bidlinski, Franc, *Pravna metodologija*, CID, Podgorica 2011;
4. Бобио, Норберто, „О функционалној анализи права“, *Зборник за теорију права* (ур. Р. Лукић), св. 2, САНУ, Београд 1982;
5. Бобио, Норберто, „Промоционална функција права“, *Зборник за теорију права* (ур. Р. Лукић), св. 3, САНУ, Београд 1987;
6. Бован, Саша, *Основи социологије права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014;
7. Van der Burg, Wibren, “The Expressive and Communicative Functions of Law, Especially with Regard to Moral Issues”, *Law and Philosophy* 20/2001;
8. Green, Leslie, “The functions of law”, *Cogito* 2/1998;
9. Durkheim, Emile, *The Rules of Sociological Method and Selected Texts on Sociology and its Method*, Bloomsbury Publishing 2013;
10. Ehrenberg, Kenneth E., *The functions of law*, Oxford University Press, Oxford 2016;
11. Келзен, Ханс, *Опита теорија државе и права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010;
12. Лукић, Радомир, *Теорија државе и права*, Том 2, Завод за уџбенике и наставна средства и БИГЗ, Београд 1995;
13. Luhmann, Niklas, *A sociological theory of law*, Routledge & Kegan Paul, London–Boston 1985;
14. MacCormick, Neil, *Institucije prava*, Naklada breza, Zagreb 2014;
15. Merton, Robert K., “The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action”, *American Sociological Review* 6/1936;

16. Merton, Robert K., *Social theory and social structure*, The Free Press, New York 1968;
17. Raz, Joseph, „The functions of Law“, *Oxford Essays in Jurisprudence* (ed. A. W. B. Simpson), 2nd series, Oxford University Press, Oxford 1973;
18. Raz, Joseph, *The authority of law: Essays on law and morality*, Oxford University Press, Oxford 1979;
19. Searle, John, *The Construction of Social Reality*, <https://www.perlego.com/book/779804/the-construction-of-social-reality-pdf>;
20. Tamanaha, Brian Z., *A realist theory of law*, Cambridge University Press, Cambridge 2017;
21. Treviño, Javier A., *Talcott Parsons on Law and Legal System*, Cambridge Scholars Publishing, 2008;
22. Treviño, Javier A., *The sociology of law: classical and contemporary perspectives*, St. Martin's Press, New York 1996;
23. Ferari, Vinčenco, *Pravo i društvo*, CID, Podgorica 2011;
24. Haralambos, Michael, Heald, Robin, *Uvod u sociologiju*, Globus, Zagreb 1989;
25. Харт, Херберт, *Појам права*, Службени гласник и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013.

Research Assistant Anja Bezbradica, LL.M.

Institute of Comparative Law, Belgrade

THE FUNCTIONAL ANALYSIS OF LAW

Summary

The paper analyzes the jurisprudential literature regarding the functional analysis of law and postulates that there has not been significant research on the functions of law in jurisprudence. Starting from Merton's (Robert K. Merton) distinction between latent and manifest functions, we hypothesize that one of the reasons for the illusion of the ubiquity of the functional analysis of law in the legal literature is the conceptual identification of the terms goal (purpose, aim) and function in jurisprudence. In addition, due to the dominance of normative theories of law (in its various variants) and the associated structuralist understanding of law, even among authors who clearly separate the goal of law and its functions, dealing with the latter happens incidentally and on a high theoretical level. On the contrary, this paper intends to position the functional analysis of law where it naturally belongs – in the field of empirical sociology, leaving the issue of law purposes to the philosophy of law.

Additionally, like in Merton's theory, the author points to the need to provide ideological neutrality to the functional analysis, which could be achieved by rejecting the principles of classical functionalism. This means accepting that law does not always perform positive functions in society, that it can be functional for one unit of society and dysfunctional for another, and accepting the possibility for it to have functional alternatives. The analysis aims to provide a conceptual-methodological framework for future research on the functions of law.

Key words: *The functional analysis of law; Functions of law; Purpose of law; Latent and manifest functions of law.*