

О различитим методима правно-научног истраживања

Сажетак предавања

1. Шта је концептуална анализа?

а) анализа постојећих концептуалних оквира (status quo) права

- У свом парадигматичном облику, даје дефиниције концепата или у модернијој верзији, открива оно што је најочигледније и најважније у вези с одређеним концептом. Ово 'откривање', међутим, не одвија се кроз било каква емпиријска проучавања, већ пре свега кроз анализу садржине концепта посредством интуиције кроз провере 'откривених' својстава путем замишљених противпримера у мисаоним експериментима као и кроз друге начине концептуалне анализе. (види нпр. Ђурђевић, замишљени парадигматични пример „неутралног правног посла“)
- Концептуална анализа описује или дефинише концепте у терминима других концепата, један мање јасан или уопштенији вокабулар концепата (нпр. „неутралне правне послове“) своди на фундаменталније, емпиријски „оипљивије“ појмове („правна корист“, „правни уштрб“).
- Концептуална анализа, надаље, раздваја и повлачи разлике између повезаних концепата (нпр. дистинкција „неутралних правних послова“ у односу на друге обухваћене чл. 64 Породичног законика), класификује их са различитих тачака гледишта, утврђује логичке и друге импликације концепата, идентификује и елиминише тврдње које немају смисла итд.
- Концептуалном анализом се не откривају само суштинске, *неопходне* карактеристике концепта (тзв. аналитичке истине о концепту), већ се њиме врши и издвајање оних *контингентних* и *важних* одлика које оправдавају постојање једног концепта и које помажу да га објаснимо (нпр. појам „неутралних правних послова“ се *неопходно* везује за статус малолетника, али је ствар *контингенције* да ли ће неки правни поредак правити дистинкцију између млађих и старијих малолетника, где ће тачно поставити старосну границу, итд.)

- Све задатке који пред њим стоје, аналитичар превасходно обавља оживљавајући, активирајући *интуицију*, оно што је познато о извесним концептима и појавама које они означавају (тзв. претходно знање о предмету изучавања). Концептуалном анализом треба креирати такав опис концепта који се подудара с оним што нам наша интуиција говори о том концепту.
- Аналитичар то чини, наравно и кроз анализу *језичке употребе* термина, којима се анализирани концепти денотирају, јер је језик једини медијум помоћу којег можемо да допремо до садржине концепата и помоћу којег и исказујемо наша интуитивна сазнања о концептима. Иако често креће од уобичајене језичке употребе термина, каткада оне у свакодневном говору (нпр. приликом истраживања теме „насиље у породици“ или „злостављање на раду“), правник се у концептуалној анализи: а) не задржава на језичкој анализи (јер концептуална анализа није исто што и језичка анализа!), б) ослања се на специфично правни „сирови материјал“ (*raw data*) (уставне, законске одредбе, судска пракса, итд.)
- Па тако, неће бити довољно кренути од интуитивног значења термина „насиље“, „породица“, „злостављање“, већ ће бити неопходно да се узме у обзир релевантна правна „грађа“ (нпр. чл. 6 Закона о спречавању злостављања на раду који захтева „понављање“ радње која се може оквалификовати као злостављање; или нпр. одлука Врховног касационог суда из 2010. која статус ванбрачног партнера, као члана породице, везује за „намеру да се формира трајнија заједница“ [Kzz 36/2010], итд.)

б) конструисање нових концептуалних оквира са пратећом појмовном терминологијом који настоје да на бољи начин представе правну 'стварност'

- када се приликом истраживања неког правног феномена развијају унапређени обрасци адекватнијег представљања правне 'стварности'
- нпр. Хетевеј и Шапиро предлажу термин 'outcasting' којим би се објаснила специфична природа „принудности“ у међународноправном режиму)

2. Емпиријско истраживање права

- која је повезаност аналитичког метода са *емпиријским истраживањем права*? Да ли је могуће “натурализовати” правнонаучна истраживања, односно уподобити методске поступке и циљеве истраживања оним у природним наукама?
- У основи „натурализовања“ је настојање да сваки облик истраживања, па и оног о правним појмовима, буде у сагласности са емпиријским научним методом; отуда предлог да се: а) концептуална анализа права замени ослањањем на најбоља друштвено-научна објашњења правних феномена (види, нпр. студију о утицају неуролошких наука на проблем кривичноправне одговорности); б) нормативне теорије пресуђивања замене емпиријским студијама о томе шта судије раде (види нпр. студију о улози судијске емпатије)
- Емпиријске правне студије представљају релативно нов приступ истраживању права и правних феномена употребом емпиријског метода. Истраживачи користе методске поступке типичне за друге науке, попут економије, психологије, неурологије или социологије. Ипак, ове студије су фокусиране на чисто правна питања него дисциплине, попут социологије права или правне психологије.

3. Вредносни метод у праву

- Да ли правно-научно истраживање нужно у себе укључује *евалуацију и критику права*?
- Метод евалуације и критике права почива на разликовању права какво јесте (*de lege lata*) и права какво би требало да буде (*de lege ferenda*); критика права подразумева заузимање извесне нормативне (правно-политичке) позиције с које се предлаже побољшање постојећег права; Стога се евалуативно истраживање превасходно тиче испитивања да ли су извесна правила у складу с пожељним моралним, политичким и економским циљевима и вредностима (види нпр. студију о правној природи брака као „заједнице мушкарца и жене“, засновану на јуснатуралистичком разумевању брака као моралне институције)

- Приликом укључивања упоредноправног метода, испитује се да ли би одређени предлог правне хармонизације био делотворан с обзиром на значајне разлике у релевантним правним системима;
- Кључна дилема: може ли се приликом вредновања задржати позиција истраживачке непристрасности? Одговор највећма зависи од нашег филозофског становишта о вредностима

4. Шта је *упоредноправни метод*?

- То је метод истраживања два или више релевантних правних система, који се састоји у њиховом упоређивању, а има за циљ: а) да искристалише битна обележја неког правног института, у светлу уочених разлика у другом(им) релевантним правном(им) систему(има) (нпр. види упоредноправни део студије о „неутралним правним пословима“); б) да пружи одговор на питање који је од упоређиваних правних института бољи и адекватнији унутар датог правног система (и зашто га треба имплементирати у властити правни систем)

5. Шта је *економска анализа права*?

- то је метод којим се оруђа микроекономске теорије примењују на анализу правних појмова и института; нпр. тврдња да правне норме треба да буду ефикасне полази од економског схватања ефикасности, као максимализације друштвене спремности на плаћање; или, у тврдњи да правни поступци изналазе ефикасна правила, ефикасност се схвата у смислу „Парето ефикасности“, итд. (види нпр. студије о економској анализи уговорног и кривичног права)

Питање: да ли се (и ако да, у чему) онај који се бави правном науком разликује од онога ко тумачи и примењује право (нпр. судије)?

Заједничке особине: оба поступка припадају домену правничког резонувања – давања валидних правних аргумената

Разлике: извори њихових проблема, начин решавања и доступне опције се значајно разликују

Правничко резонување практичара и теоретичара

Правни практичар	Правни теоретичар (научник)
практичко – усмерено на одлучивање приликом решавања неког случаја (судија) или приликом покушаја да се добије неки случај (тужилац, адвокат)	теоријско – усмерено на решавање питања која су у одређеном смислу пре теоријска него практичн(к)а
нормативно – сврха правничког резонувања је да оправда одређену одлуку (судија) или „изградњу случаја“ (тужилац, адвокат)	нормативно – сврха правничког резонувања је да оправда решење неког теоријског проблема
институционално – оно је контекстуализовано, предузима се унутар датог институционалног сетинга (нпр. вишестепеност суђења, коначност правних аката, итд.)	не-институционално – не предузима се унутар датог правно-политичког сетинга, али је ситуирано у шири, доминантни академски квази-институционални сетинг
супстантивно ограничено – резонување је ситуирано унутар сета материјалних и процедуралних правила која одређују шта се сматра валидним правним аргументом	није нужно супстантивно ограничено – правни теоретичар (научник) не мора бити везан властитим правним системом (нпр. може заговарати јачање акузаторског кривичнопроцесног система, иако „припада“ супротном систему)