

Kritička pravna teorija: izvori, značajke i dosezi

Pisker, Barbara

Authored book / Autorska knjiga

Publication status / Verzija rada: **Published version / Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)**

Publication year / Godina izdavanja: **2022**

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:112:805467>

Rights / Prava: [Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International](#)/[Imenovanje-Nekomercijalno-Dijeli pod istim uvjetima 4.0 međunarodna](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2025-02-02**



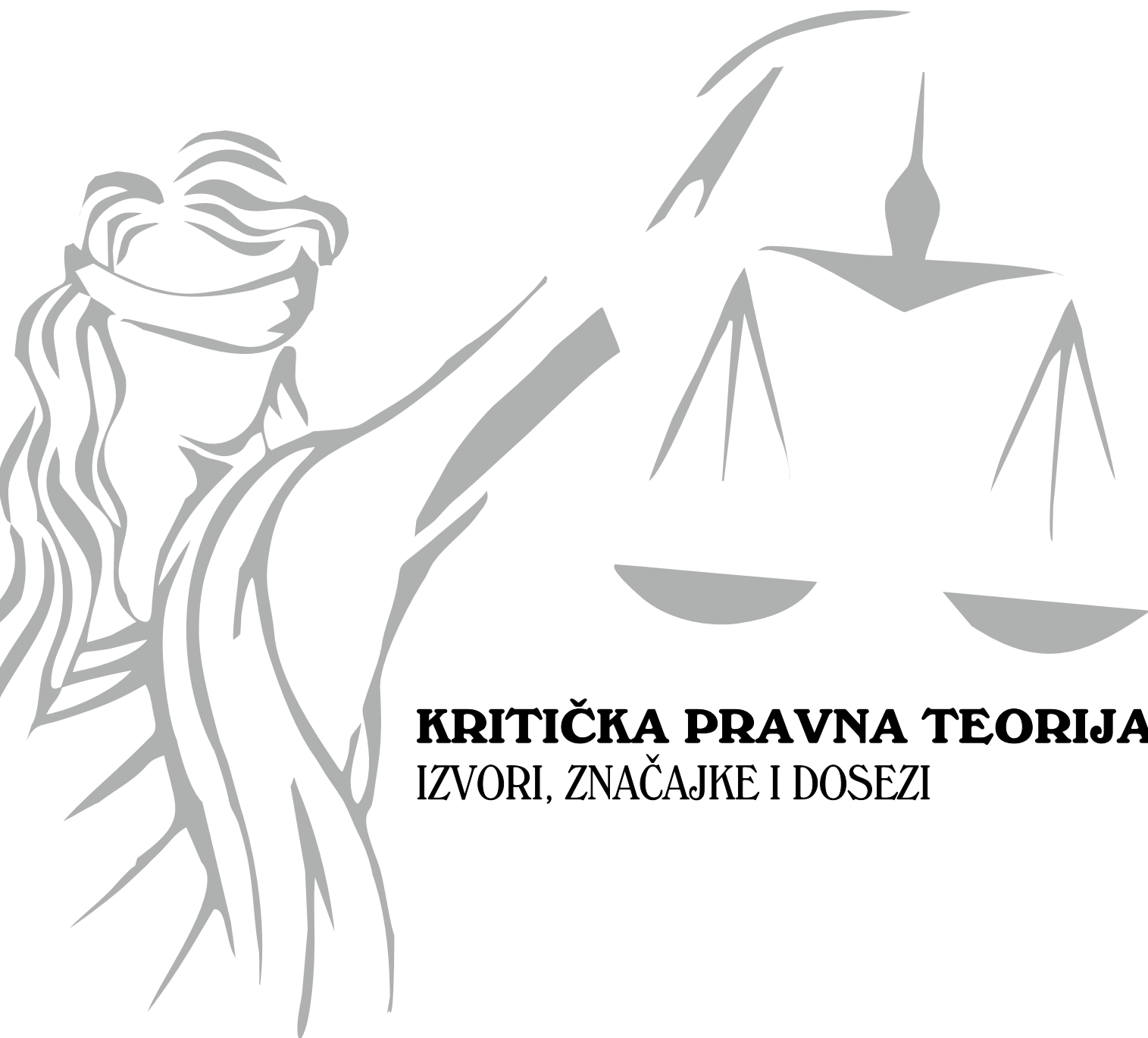
VELEUČILIŠTE U POŽEGI
STUDIA SUPERIORA POSEGANA

Repository / Repozitorij:

[Repository of Polytechnic in Pozega - Polytechnic in Pozega Graduate Thesis Repository](#)



Barbara Pisker



**KRITIČKA PRAVNA TEORIJA:
IZVORI, ZNAČAJKE I DOSEZI**



STUDIA SUPERIORA
POSEGANA

Autor:

dr.sc. Barbara Pisker

Recenzenti:

Izv.prof.dr.sc. Goran Bašić
doc.dr.sc. Marko Mrakovčić

Lektor:

dr.sc. Vesna Vlašić

Nakladnik:

Veleučilište u Požegi

Objavlivanje ove monografije odobrilo je Stručno vijeće Veleučilišta u Požegi na svojoj 3. sjednici u akademskoj godini 2019./2020. održanoj 04. listopada 2019. godine.

ISBN 978-953-7744-42-7

Sva prava pridržana. Niti jedan dio monografije ne smije se reproducirati u bilo kojem obliku bez prethodnog dopuštenja autora, osim u slučajevima kratkih navoda u člancima.

2022.

Sadržaj

I. PREDGOVOR	5
II. TEORIJSKI TEMELJI SUVREMENE PRAVNE ZNANOSTI.....	7
1. POJAM PRAVA.....	7
1.1. VIŠESLOŽNOST POJMA PRAVA	8
1.2. RASCJEP TEORIJE O POJMU PRAVA I PRAVNE ZNANOSTI	11
2. RAZVOJ PRAVNE MISLI: TEORIJE O PRAVU “OD MITA DO KOPERNIKANSKOG OBRATA”	14
2.1. IUSNATURALIZAM (PRIRODNO-PRAVNA TEORIJA).....	15
2.1.1. <i>Kršćanstvo i srednjovjekovna recepcija iusnaturalizma</i>	19
2.1.2. <i>Novi vijek i preobražaj ideje prirodnog prava: liberalna i revolucionarna ideologija prirodnog prava</i>	22
2.2. IURISPRUDENCIJA (PRAVNI POZITIVIZAM).....	32
2.2.1. <i>Legalistički (etatistički, dogmatski) i normativistički pravni pozitivizam</i>	34
2.2.2. <i>Povijesno-pravni pozitivizam (Historijsko - pravna škola)</i>	39
2.3. INTERAKCIJA PRAVA I DRUŠTVA U SOCIOLOGIJI PRAVA	44
2.3.1. <i>Sociološki pravni pozitivizam</i>	46
2.3.2. <i>Interesna (analitička) iurisprudencija</i>	48
2.3.3. <i>Antiformalizam u pravnoj znanosti. Pokret slobodnog prava.</i>	50
2.4. INTEGRALNA TEORIJA PRAVA	54
2.5. KRITIČKI STAVOVI PREMA DEFINICIJI PRAVA.....	55
III. KRITIČKA PRAVNA TEORIJA: JUČER, DANAS, SUTRA	56
1. INTELEKTUALNO - TEORIJSKI IZVORI I UZORI KRITIČKE PRAVNE TEORIJE.....	56
1.1. MARKSIZAM I PRAVO	56
1.1.1. <i>Karl Marx</i>	56
1.1.2. <i>Recepcija i reinterpretacija Marxove misli u teoriji prava</i>	59
1.2. FRANKFURTSKA ŠKOLA	64
1.2.1. <i>Utemeljenje i razvoj frankfurtske škole</i>	64
1.2.2. <i>Franz L. Neumann</i>	66
1.2.3. <i>Jürgen Habermas</i>	70
1.2.4. <i>Claus Offe</i>	76
1.3. PRAVNI REALIZAM	78
1.3.1. <i>Skandinavski pravni realizam</i>	78
1.3.2. <i>Američki pravni realizam</i>	80
2. KRITIČKA PRAVNA TEORIJA: UTEMELJENJE, RAZVOJ I ZNAČENJE.....	101
2.1. DRUŠTVENE OKOLNOSTI USPONA KRITIČKE PRAVNE TEORIJE	102
2.2. RAZVOJ KRITIČKE PRAVNE TEORIJE	103
2.2.1. <i>Utemeljenje kritičke pravne teorije: konferencija o kritičkom proučavanju prava (CCLS)</i>	104
2.2.2. <i>Faze u razvoju kritičke pravne teorije</i>	106
2.3. SREDIŠNJE TEZE KRITIČKE PRAVNE TEORIJE	111
2.3.1. <i>Pravna indeterminiranost (indeterminacy thesis)</i>	112
2.3.2. <i>Pravo je politika (law is politics)</i>	114
2.3.2. <i>Kritika ideologije vladavine prava (critic of rights)</i>	116
3. ROBERTO MANGABEIRA UNGER: UTOPIJSKI SUPERLIBERALIZAM	118

3.1. ANTINOMIJE LIBERALNE MISLI	121
3.1.1. <i>Subjektivnost vrijednosti</i>	124
3.1.2. <i>Antinomija teorije i činjenice: problem jezika i pravila</i>	126
3.1.3. <i>Poredak i sloboda: problem zakonodavstva</i>	135
3.1.4. <i>Antinomija pravila i vrijednosti: problem suđenja</i>	138
3.2. TEORIJA ORGANSKIH GRUPA	143
3.3. TEORIJA DEVIJACIJE	145
3.4. UNGEROVA POLITIKA	147
3.5. R.M. UNGER – ZAKLJUČNO.....	150
4. DUNCAN KENNEDY: IRONIČAN LIBERALNI LEGALIZAM	151
4.1. TEMELJNA KONTRADIKCIJA	154
4.2. PRAVNA NEODREĐENOST.....	158
4.2.1. <i>Kritika procesa suđenja</i>	158
4.2.2. <i>Orijentacija na središnju poziciju (Middle Term orientation)</i>	170
4.3. INSTITUCIONALNO OBRAZOVANJE PRAVNIKA U SAD-U.....	173
4.3.1. <i>Ideološki sadržaj pravnog obrazovanja</i>	175
4.3.2. <i>Studentska evaluacija pravnog obrazovanja</i>	182
4.3.3. <i>Neosposobljenost sustava za alternativnu praksu</i>	183
4.3.4. <i>Utopijski prijedlog pravnog obrazovanja</i>	184
4.4. ULOGA PRAVA U SUBORDINACIJI ŽENE	187
4.5. DUNCAN KENNEDY – ZAKLJUČNO	190
5. MORTON J. HORWITZ: KRITIČKA TRANSFORMACIJA AMERIČKOG PRAVNOG SUSTAVA	191
5.1. INSTRUMENTALNA KONCEPCIJA PRAVA	192
5.1.1. <i>Koncepcija common law sustava u 18. stoljeću</i>	193
5.1.2. <i>Slom koncepcije prava 18. stoljeća</i>	194
5.1.3. <i>Pojava instrumentalne koncepcije prava</i>	196
5.1.4. <i>Uloga i značaj instrumentalne koncepcije prava</i>	199
5.2. PRAVO KAO POLITIKA: KRIZA PRAVNE TEORIJE	202
5.2.1. <i>Struktura klasične pravne misli 1870. - 1905.</i>	202
5.2.2. <i>Progresivna kritika klasične pravne misli</i>	208
5.3. <i>THE WARREN COURT: PRAVO U POTRAZI ZA PRAVEDNOŠĆU</i>	210
5.4. MORTON J. HORWITZ – ZAKLJUČNO	212
IV. KRITIČKO VREDNOVANJE I ZAKLJUČNE TEZE	214
1. KRITIČKA PRAVNA TEORIJA: POVRATAK U BUDUĆNOST	214
1.1. TEMELJNE KONTRADIKCIJE KRITIČKE PRAVNE TEORIJE	216
1.2. KRITIČKA PRAVNA TEORIJA: OD KRITICIZMA DO KONSTRUKCIJE	217
1.2.1. <i>Problem relativne autonomije prava od društva (američka kritička pravna teorija)</i>	218
1.2.2. <i>Dekonstrukcija i konstitutivna kritička teorija prava</i>	220
1.3.3. <i>Imanentna kritika i neoevolucijska kritička teorija prava</i>	228
1.3.4. <i>Strategija rekonstrukcije prava</i>	230
2. VRIJEDNOSTI I NORME – ČOVJEK I SISTEM	233
2.1. VRIJEDNOSTI U PRAVU	233
2.2. PRAVEDNOST KAO SREDIŠNJA VRIJEDNOST PRAVNOG PORETKA	234
2.2.1. <i>John Rawls</i>	235
2.2.2. <i>Ronald Dworkin</i>	238
2.2.3. <i>Idealno-ideološke koncepcije pravednosti</i>	239

2.3. VRIJEDNOST UTOPIJE	241
2.3.1. <i>Pojam utopije: od optimizma do utopističkog relativizma (pesimizma)</i>	241
2.3.2. <i>Utopija: od rezignacije do aktivacije</i>	242
3. ZAKLJUČNE NAPOMENE	246
V. LITERATURA	248

I. PREDGOVOR

Proučavanje pravnog sustava kao temeljnog regulatornog mehanizma suvremenog društva neosporno zahtjeva interdisciplinarni pristup s obzirom na njegovu interferenciju u sve pore društvenog života. Pokušaj takve vrste znanstvenog doprinosa, primarno kroz prizmu sociološkog pristupa, cilj je ovoga djela u kojemu su predstavljene izvori, značajke i dosezi kritičke pravne teorije s naglaskom na njen prilog stvaranju integralne i refleksivne teorije prava. Želi se ukazati na opći značaj koji je povijesno prisutan u kritičkoj teoriji, a u uskoj je vezi s temeljnom premisom sociološke orijentacije da bude kritička refleksija društva, usmjeren ka postizanju ideala ostvarenja društvene zajednice temeljene na univerzalnim ljudskim vrijednostima.

Kroz sveobuhvatnu povijesno-poredbenu teorijsku sintezu predstavnika kritičke pravne teorije, ali i doprinos autora iz područja pravne teorije, sociologije prava, kao i niza metateorijskih područja kao što su systemska teorija, teorijska problematiziranja ideologije i utopije, fokus djela usmjeren je ka znanstvenom dokazivanju postavke kako je pravni sustav dio sveukupne društvene stvarnosti, neodvojiv od dominantnih prostornih, vremenskih, ideoloških i političkih kategorija koje ga u potpunosti određuju. Kritička pravna teorija u svojoj jezgri temelji se na postavkama marksističke teorije prava, metodološki je vezana uz rad frankfurtske škole, a slijedi ideje američkih pravnih realista. Kritika pozitivizma i formalizma u kritičkoj pravnoj teoriji donosi kontroverzne teze o neodređenosti prava, pravu kao politici i kritiku prava (prema kojoj je pravo ideološko i pristrano, a ne neutralno i neovisno).

S obzirom na činjenicu kako smo, kao ustavna država, u stalnom procesu promjene (*res publica semper reformanda*) djelotvornost pravnog sustava postavlja pitanje ostvaruje li se u suvremenim društvima teorijski dosegnuti ideal vladavine prava i kako? Djelotvornost pravnog sustava očituje se u pravnoj praksi, tj. u primjeni prava ili kao oblik empirijski utvrđenog društvenog ponašanja, a diskrepanciju otkriva veoma lako zamjetan rascjep između prava na papiru (*law on paper*) i njegova ostvarenja u praksi (*law in action*). Osvjedočeni kako funkcija pravnih normi ne podrazumijeva samo propisivanje društvenih odnosa, već prije svega legaliziranje, sistematiziranje i sankcioniranje postojećeg stanja do kojega su se društveni odnosi autonomno razvili, zamjećujemo kako je taj odnos često postavljen upravo suprotno: pravne norme stvorene su u namjeri kreiranja društvenih odnosa čime mnoge nisu norme u pravno-tehničkom, već u ideološkom smislu. One su stoga često neprimjenjive, a ostaje

činjenica, ukoliko pravne norme ne korespondiraju sa stvarnošću, one se niti ne ostvaruju. Problem nije samo nesavršena regulacija, nedostatak znanja ili iskustva već cijeli mehanizam poštivanja i izvršenja zakona; ne samo demokratska kultura i svijest ljudi već realni interesi pojedinaca da se vlada i mimo zakona. U takvom društveno-pravnom poretku treba tragati za odgovorima na pitanja ostvaruje li se kroz institucije uistinu vladavina prava, koji su njihovi dosezi, postoji li pravna kultura poštivanja ljudskih prava, je li ona prepoznata kao temeljna ljudska vrednota, pridonose li zakonodavna, izvršna i sudbena vlast osvješćivanju potrebe o povećanju razine poštivanja i izvršenja zakona, podupiru li tijela javne uprave te nacionalne i nezavisne institucije zaštitu i promicanje ljudskih prava i sl.

Upravo u okviru navedenog konteksta ovaj je rad, nastao na temelju doktorske disertacije autorice, usmjeren ka stvaranju teorijske podloge empirijskim istraživanjima u navedenom području. Stoga središnji dio djela čini predstavljanje kritičke pravne teorije kroz rad triju ključnih teoretičara s različitim, ali međusobno nadopunjujućim i isprepletenim sferama te pristupima u izgradnji središnjih ideja kritičke pravne teorije: Roberta Mangabeira Ungera kao teorijskog optimista i utopista, Duncana Kennedy-ja kao ironičnog satiričara i pesimista te Mortona J. Horwitz-a kao povijesno orijentiranog, umjerenog realista. Takvim odabirom ključnih teoretičara, predstavljen je integrativni i integralni okvir te širina obuhvata kruga pripadnika kritičke pravne teorije, a u svrhu dokazivanja mogućnosti integracije diverzificiranih doprinosa usmjerenih ka istom cilju – konstruktivnoj društvenoj kritici. Osim navedenog, ocjenjuje se korisnim sagledati sve dosada učinjene napore u uređivanju i ostvarivanju vladavine prava kao temelju ostvarivanja ideala liberalne demokracije u suvremenim društvima. Vladavina prava kao ključni pojam u obrani dominantnog društvenog poretka kroz rad teoretičara kritičke pravne teorije postaje samo fasada, kulisa iza koje su sociološkim pristupom veoma lako otkriveni ekonomski uzroci, politički mehanizmi i ideološki utjecaji kreirani u interesu dominacije pojedinih društvenih grupa.

Zaključna razmatranja, upravo u usmjeravanju teorijskih nastojanja ka konstruktivnim kritičkim rješenjima, donose prijedlog približavanja europskoj kritičkoj teorijskoj misli kroz G. Taubnerovu ideju reflektivnog prava. Kako pravne slobode u demokratskim društvima kroz parlamentarnu demokraciju gube svoj izvorni smisao, nudi se model rekonstrukcije demokratskog procesa u kojemu pravo preuzima postupno novu ulogu u organizacijskoj strukturi autonomnih društvenih procesa: cilj je reflektivnog prava u participativnim oblicima direktne demokracije izgraditi zajednice koje su utemeljene na univerzalnim vrijednostima.

II. TEORIJSKI TEMELJI SUVREMENE PRAVNE ZNANOSTI

1. Pojam prava

Pravo se kao pojam često koristi u svakodnevnom govoru i koristeći jezičnu slobodu, značenje te riječi upotrebljava se metaforično. Tako se npr. riječ „pravo“ javlja u značenju smjera ili strane; u smislu načina, pristupa – „ispravno“, pravo; kao „objektivno pravo“; kao „subjektivno pravo“; u značenju istovjetnosti s pravdom (korijen iz latinskog jezika isti je za „pravo“ i „pravdu“ – *ius, iustitia* (grč. *dike*)); kasnije u nekim jezicima „pravo“ se označava različito (s različitim korijenom) od pravde (npr. *droit, diritto, derecho*)); u smislu znanosti o pravu, ili studija prava; kao zahtjev za poštovanjem, odnosno imperativ; kao oznaka profesije (sudac, odvjetnik, tužitelj) i dr.¹

Etimologijski objašnjenje riječi „pravo“ dolazi od baltosl., svesl., prasl. pridjeva prav; prava, a prvobitno mu je značenje konkretno - upravljanje naprijed.² Termini koji označavaju riječ pravo u indoeuropskim su jezicima najčešće izvedeni iz latinske riječi *directum* koja izražava predstavu o prostoru (ravno) ili pak o načinu djelovanja (ispravno). U engleskom jeziku riječ *law* upućuje na shvaćanje da je pravo u biti zakon (grč. *nomos*; lat. *lex*). U antici se pojam prava nerijetko svodi i na „pravednost“ (grč. *dika*; *dikaion*) ili na običajnost uopće (lat. *mores; consuetudo*). Tako hrvatskom izrazu „pravo“ odgovara u drugim jezicima termin: *recht* (njem.), *droit* (franc.), *diritto* (tal.), *derecho* (španj.) te u engleskom *right* koji pak znači subjektivno pravo, dok se za objektivno pravo upotrebljava riječ *law*.³

Iako na pojmu prava počiva cjelokupna pravna znanost (iurisprudencija), a napose teorija i filozofija prava, o njemu još uvijek postoje oprečna mišljenja i u pravnika i u pisaca iz drugih područja znanja. Pravna znanost bezuvjetno već više od 2000 godina traži (što je utvrdio i I. Kant „pravnici još traže definiciju za svoj pojam prava“⁴) precizno određenje osnovnog pojma u pojavnosti svog predmeta i stvaranje sustava specifičnih značenja u teoriji o pojmu prava koja je tijekom povijesti bila jedan od povlaštenih predmeta raznih društvenih znanosti. Do pojave modernog doba to su opća filozofija i teologija, a kasnije specijalizirane discipline s različitim pristupima ili usmjerene na različite pojave: filozofija prava, opća teorija prava,

¹ Miličić, V., Pravo i metodologija prava: stvaranje i ostvarenje prava, Alinea, Zagreb, 1992., str. 19.

² Ibid.

³ Vrbanić, D., Država i pravo, Golden marketing, Zagreb, 2003., str. 235.

⁴ Kant, E., Kritika čistog uma, Kultura, Beograd, 1990., str. 585.

pravna etnologija, sociologija prava.⁵ S obzirom na činjenicu da je pravo složena pojava s jedne strane, dok se s druge strane različite pojave nazivaju ovim istim pojmom, prijepori oko srži značenja pojma prava nisu nerazumljivi te su prije svega objektivno-društvene naravi, a odnose se na: složenost predmeta koji se promatra, ideološki karakter predmeta i samog razmatranja te razlike u pristupu definiciji.⁶

1.1. Višesložnost pojma prava

Na složenost i teškoće pri određenju pojma pravo, ukazuje opći stav kako je svaka definicija istovremeno i determinacija, čime se osiromašuje predmet definiranja (*omnis definitio periculose est*).⁷ No, u svrhu daljnjih rasprava kojima ćemo se baviti u ovome radu, dužnost nam je postaviti preliminarnu definiciju prava. Krenut ćemo od nabrojanja pojava koje se u suvremenom poimanju prava označavaju tim pojmom (kako u pravnom tako i u laičkom poimanju):

- a) jedna vrsta društvenih normi: ili formalno važeće norme, ili efektivno primjenjive norme, ili idealno važeće norme;
- b) ovlaštenje poteklo iz norme, tzv. „subjektivno pravo“;
- c) princip kako svakome treba dati ono što mu pripada, tj. princip pravde;
- d) stanovita vrsta društvenih odnosa: intersubjektivnih, klasnih, robnovčaninih itd.;
- e) stanovita forma iskustva: atributivno-imperativne emocije, iskustvo „normativnih fakata“ ili ideje pravde;
- f) samo ponašanje i odlučivanje sudaca;
- g) jedna profesija, ili studij, ili znanstvena disciplina⁸.

U našoj raspravi o pojmu prava utvrdit ćemo kako je pravo prije svega „idealna pojava – kao skup misli, ali istovremeno i realna pojava – jer je iskazano nekim realnim iskazima koji stvarno postoje u ljudskom društvu“.⁹ Osim toga svakako je sigurno kako je shvaćanje pojma prava povijesno određena i ograničena spoznaja koja odgovara društvenim odnosima i spoznajnim moćima svoga doba. Iako postoji opće slaganje kako je izvanredno teško odrediti

⁵ Visković, N., Pojam prava: prilog integralnog teoriji prava, Logos, Split, 1981., str. 5.

⁶ Cf. ibid., str. 4.

⁷ Miličić, op.cit. (bilj.7), str. 18.

⁸ Visković, op.cit. (bilj. 11), str. 3.

⁹ Pravni informator, online izdanje časopisa, Ljiljana Milanković Vasović: „Poznavanje prava“ http://www.informator.co.yu/informator/tekstovi/poznavanje_304.htm, 03.10.2007.

što je pravo, jer „kriterij pravnosti bježi“,¹⁰ napori da se to ipak učini u povijesti pravne misli ne prestaju. To „traženje sebe“ u pravnoj znanosti izaziva stalne preobrazbe i sukobe pa se samim time povijesno mijenjao i sam temelj pravne misli – pojam prava.

Pravo je, prema latinskoj poslovice, „umijeće dobrog i pravičnog“ (*Ius est ars boni et aequi*). U toj staroj, u osnovi jednostavnoj definiciji pojma prava, jezgrovito je sažet zahtjev koji pred pravo postavlja svako pa i današnje suvremeno društvo, bez obzira na vremensku distancu iz koje ova definicija potječe. Ona prema E. Pusiću čini bit problema razvoja društvene analize prava: „Prije svega pravo se u starom Rimu smatralo umijećem, vještinom, kao što su bile retorika, muzika, medicina onoga vremena. U čemu je umijeće? Od samog početka ne samo u identifikaciji pravnih propisa, odnosno njihovih legitimnih izvora, ne samo u konstataciji faktičkih situacija na koje valja primijeniti propise, ne samo u operacijama supsumpcije faktičke situacije pod normu koja se na nju primjenjuje. I od najjednostavnijeg prava traži se više: da pronade u nekom smislu zadovoljavajuća rješenja u situacijama koje nastaju među ljudima u društvu, u sporovima među njima, u sukobima...Pravo je instrument društvene regulacije. Zadovoljavajuća rješenja za pravo su, prema tome, ona koja su u skladu sa svakodnevnim društvenim interesnim kriterijima regulacije. Takav sklad doživljava se u svakom pojedinom društvu kao „dobar i pravičan“. No, to je, u najboljem slučaju, tek polazna točka za razmišljanje.“¹¹

Pravo je pozvano da predstavlja balans i pronalazi rješenja u nebrojenim interesnim situacijama (suradnje ili konflikata) koji čine osnovu svakog društvenog sustava. Pravo je prema tome društveni fenomen; naročit, specifičan i autonoman oblik regulacije društvenog života. Njegovu bit treba tražiti u normi i njenom odnosu prema temeljnim društvenim vrijednostima (idealima) koje upućuju na najvažnija društvena dobra, materijalna i nematerijalna, čija se zaštita postavlja kao cilj prava.¹²

Pravo je za narode Europe u ranim stadijima njihove povijesti bilo, ne prvenstveno stvar stvaranja i primjene pravila kako bi se utvrdila krivnja i presudilo, ne oruđe razdvajanja ljudi, već više način povezivanja i pomirbe ljudi.¹³

Za E. Dürkheima religija, moral i pravo su „tri velika oblika regulacije u društvu“. M. Weber pravo definira kao „poredak...garantiran izvana vjerojatnošću prinude (fizičke ili psihičke) jednog posebno na to usmjerenog štaba ljudi, kojim se prisiljava na pokoravanje ili

¹⁰ Pusić, E., Društvena regulacija: granice znanosti i iskustva, Globus, Zagreb, 1989., str. 241.

¹¹ Cf. *ibid.*, str. 6.

¹² Vrban, *op.cit.*, (bilj. 9), str. 229.

¹³ Berman, H. J., *Law and Revolution, The Transformation of the Western Legal Tradition*, HUP, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1983., str. 78.

kažnjava povreda.“¹⁴ dok N. Luhmann pravo i politiku smatra regulacionim mehanizmima koji su potrebni zbog postojanja protuslovlja i sukoba u društvu.¹⁵ Pravo su očekivanja koja su generalizirana sukladno po sve tri dimenzije, po vremenskoj kao norma, po društvenoj kroz institucionalno zgušnjavanje i po stvarnoj putem smisla, s tim da u slučaju razočaranja dolazi do sankcije u krajnjoj liniji fizičkom silom, a čitavo je odvijanje razočaranja utvrđeno u obliku posebnih postupaka. Sam pojam prava definira kao „strukturirani sistem procesa odlučivanja“.¹⁶

Za R. Lukića je sistem prava „logički sređena, neproturječna cjelina mnogobrojnih normi, koje se sve drže međusobno i zavise jedna od druge, a služe kao sistem orijentaciji prakse u rješavanju pojedinog slučaja, u stvaranju novog prava, u razvijanju pravne nauke“¹⁷, dok L.L. Fuller, smatra kako je dovoljno definirati pravo kao „pothvat podvrgavanja ljudskog ponašanja vladavini pravila“¹⁸, E. Dürkheim misli da „svaka pravna zapovest može biti definirana – sankcionisano pravilo vladanja“¹⁹, a M. Weber zahtijeva postojanje „posebnog skupa ljudi“ koji će primjenjivati sankcije, ali ne specificira kako taj skup mora imati karakteristike države;²⁰ dotle se opći konsenzus sve više pomiče prema shvaćanju da je pravo onaj normativni sustav koji stvara ili koji bar svojim monopolom fizičke prinude garantira država.

Prema D. Vrbanu pravo (*ius*) s jedne strane obuhvaća važeće zakone i običaje (engl. *law*), a s druge strane i privatnu sferu u kojoj pojedinac nešto prisvaja ili s nečime raspolaže (engl. *rights*, lat. *iura*, fr. *les droits*).²¹ Neki idu dalje i zahtijevaju da i nužno klasni karakter države uđe među defintorne značajke prava ili preciziraju da pravo potječe od države kao temelj odlučivanja sudova i podloga pravne prinude.²² Drugi nastoje pravo, bar u definiciji osamostaliti od države: „Pravo je u prvom redu društveni mehanizam pomoću kojeg se pojedine osobe u društvenoj interakciji orijentiraju jedna prema drugoj.“²³ da bi ga zatim mogli postaviti u opoziciju prema državi i prikazati kao „presudno kroćenje vlasti“. Postaje jasno da različiti autori, u vidu definicije, zapravo iskazuju svoje političko i ideološko uvjerenje o poželjnoj

¹⁴ Weber, M., Grundriss der Sozialökonomik, III Abteilung, Wirtschaft und Gesellschaft, J.C.B. Mohr-Paul Siebeck, Tübingen, 1921., navedeno prema: Pusić, op.cit. (bilj. 16), str. 34.

¹⁵ Luhmann, N., Rechtssoziologie, Band I, Rowoholt, Hamburg, 1972., navedeno prema: Pusić, op.cit. (bilj. 16), str. 187.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Lukić, R., Teorije države i prava, Naučna knjiga, Beograd, 1954., str. 23.

¹⁸ Berman, op.cit. (bilj. 19), str. 4.

¹⁹ Dürkheim, E., O podeli društvenog rada, Prosveta, Beograd, 1972., str. 109.

²⁰ Sahay, A., et.al., Max Weber and Modern Sociology, R&KP, London, 1971., str. 17.

²¹ Vrban, op.cit. (bilj. 9), str. 375.

²² Erlich, E., Fundamental Principles of the Sociology of Law, Transaction Publishers, New Brunswick and London, 2000., str. 137.

²³ Schelsky, H., Die Soziologen and das Recht, Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht, Institution und Planung, Opladen, 1980., str. 77.

funkciji prava: „Pravo vrijedi ne samo snagom odluka donijetih u društvenom i političkom postupku, ono vrijedi i snagom životnih odluka pojedinih djelujućih osoba. A ove odluke imaju, za volju identiteta samih osoba, neporecivi zahtjev za apsolutnošću, koji se ni u mišljenju pojedinaca ne može svesti na funkcionalnost sistema.“ Stav s kojim će se mnogi složiti, ali ujedno i granica gdje pojmovna analiza prava i preciziranje njegova pojmovnog određenja prestaje biti korisno.²⁴

Ono što razlikuje suvremeno pravo, kao društvenu pojavu, od ostalih društvenih pojava (morala, običaja, religije) je njegova neposredna ovisnost o dominantnoj društvenoj grupi, vladajućim grupama. U ovom kontekstu važno je istaknuti kako adresat ostvarivanja prava nije nužno država, kao apstrakcija vlasti, već se središte moći može nalaziti u stvarnoj (ekonomskoj i političkoj) dominantnoj grupi. Time njegovo stvaranje, učinkovitost i važenje, analogijom i ostvarenje ovise o dominantnoj grupi – „Oko zakona sjedi u licu vladajuće klase“²⁵ ili pozitivno pravo, *ius scriptum*, služi često bez uljepšavanja – pa i bez ideološkog prikriivanja – interesima vladajuće klase, „jer pravo je postavila vladajuća klasa i puno je predviđenih zasjeda.“²⁶ S druge strane, za nedominantne društvene grupe poredak je heteronoman, a vladajuće ga grupe čine djelotvornom prisilom. Pravo je time prije svega „instrument društvene stabilnosti“, a jedna od važnijih funkcija pravnog poretka upravo je zaštita dominantnih društveno-političkih vrijednosti.²⁷

1.2. Rascjep teorije o pojmu prava i pravne znanosti

Pravna teorija, u stalnom nastojanju ispravnog određenja pojmova, dospjela je u neobičnu situaciju. Autoriteti teorije prava iznose sasvim različite teze o pravu, služeći se istim terminom „pravo“, raspravljaju o sasvim drugačijim stvarima te se ponekad čini kako se uopće niti ne razumiju.²⁸ Polazeći od određenih ideoloških okvira i metodoloških modela te sudjelujući u procesu specijalizacije spoznaje, pravni se teoretičari u odgovoru na pitanje o pojmu prava dijele u tri suprotstavljena tabora:

- Iusnaturalisti za koje je pravo prije svega etička pojava, sustav vrijednosti, a tek zatim norma i ponašanje;

²⁴ Pusić, E., Društvena regulacija: granice znanosti i iskustva, loc.cit.

²⁵ Bloch, E., Prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo, loc.cit.

²⁶ Ibid.

²⁷ Vrban, D., Država i pravo, loc.cit.

²⁸ Visković, op.cit. (bilj. 11), str. 31.

- Legalisti i normativisti za koje je pravo sustav normi kao psiholoških ili logično – jezičnih pojava koje važe neovisno o njihovoj vrijednosti i efikasnosti;
- Sociolozi za koje je pravo socijalno – materijalna pojava, poredak društvenih odnosa gdje nastaju i ostvaruju se vrijednosti i norme kao zavisni faktori.²⁹

Premda se posredno ili neposredno uvijek tematiziraju i norme i vrijednosti i društveni odnosi, ipak se u svakom od tih tabora naglašava ili čak apsolutizira jedan od navedenih elemenata kao temeljni sadržaj prava i kriterij pravnosti. Prema M. Rehbinderu „Idealnost prava (aksiologija, vrijednosti, npr. pravednost) je područje pravne filozofije, normativnost pripada pravnoj dogmatici, a stvarnost sociologiji prava koja može biti genetička (pravo kao rezultat društvenih procesa) ili operacionalna (pravo kao regulator društvenih akcija).“³⁰

Teza Harolda J. Bermana o postojanju pravne tradicije zapada koja je nastala nakon tzv. papinske revolucije u dvanaestom stoljeću, a kao posljedica političkih i intelektualnih revolucija koje su utemeljile Zapad kao kulturalnu cjelinu i pravo kao sustav, traga za nastojanjem stvaranja jedne drugačije teorije o pojmu prava i pravne znanosti. Nakon utemeljenja pravne tradicije zapada slijedi čitav niz promjena racionalizacije prava čije temeljne karakteristike (koje su se očuvale do danas) čine:

- Relativno jasna distinkcija između pravnih i ostalih institucija. Premda pravo ostaje pod snažnim utjecajem religije, politike, morala i običaja razlikuje se analitički od navedenih pojava. Pravo se smatra autonomnim;
- Postojanje posebno školovanih pojedinaca, kao zajedničkog tijela, koji su uključeni u pravne aktivnosti na profesionalnom nivou u stalnom zaposlenju;
- Pravni profesionalci, odvjetnici, pravnici;
- Sustav pravnog učenja koji uključuje pravne institucije, zapovijedi, odluke.³¹

J. H. Berman smatra kako ostalih 6 karakteristika pravne kulture zapada (shvaćanje prava kao integriranog sustava, tijela koje se razvija s vremenom; koncept sustava prava čija vitalnost ovisi o uvjerenju u karakter beskrajnog prava, njegovu sposobnost rasta zbog ugrađenog mehanizma organske promjene; rast prava ima unutarnju logiku čije promjene nisu samo

²⁹ Visković, op.cit. (bilj. 5), str. 32.

³⁰ Rehbinder, M., *Sociology of Law, A Trend Report and Bibliography*, *Current Sociology*, XX, 3, 1972., str. 13-14.

³¹ Berman, op.cit., (bilj. 19), str. 7-8.

prilagodba sustava na nove okolnost već čine dio obrasca promjena – promjene slijede reinterpretaciju prošlosti kako bi zadovoljile potrebe sadašnjosti i budućnosti; povijesnost prava povezana je s konceptom njegove supremacije nad političkim autoritetima – ono obvezuje i same institucije države, te transcendiraju politiku; postojanje različite jurisdikcije i pravnih sustava, odnosno njihov pluralitet donosi nadmoć pravu neophodnom, mogućom i potrebnom; postoji stalna napetost između idealala i stvarnosti, dinamike i stabilnosti, transcendentnog i imanentnog u pravnoj tradiciji Zapada.) pokazuju „znakove smrtne bolesti, povezujući to s propašću vrijednosnih sustava koji su pretpostavka za održavanje i podržavanje zapadnog pravnog senzibiliteta. Ideja da pravo transcendiraju i veže političku moć ne uzima se više ozbiljno; vjera u relativnu autonomiju pravnih institucija u odnosu na druge društvene institucije ozbiljno je oslabila. Teorijski pokušaji da se razumije pravo svugdje su u povlačenju, teoretičari više ne mogu zamisliti normativni univerzum prava kao koherentnu cjelinu sposobnu za daljnji rast, već kao skup nepovezanih fragmenata, koji rastu divlje poput maslačaka. Sama ideja o zapadnoj pravnoj tradiciji koja nadilazi nacionalne sustave izgubila je smisao. Bermanova duga priča završava dubokim uvjerenjem o neposrednoj propasti zapadne pravne kulture. Zapravo, neki odlomci sugeriraju da mi možda već i živimo u postzapadnoj eri: nova nastajuća kultura, zajednička čovječanstvu, učinit će međucivilizacijske sukobe nepotrebnima. Upravo zbog toga što vidi završetak jedne ere, Berman misli kako može jasno razabrati početak nove: Minervina sova širi krila samo u sumrak.”³²

Zadaci su stoga suvremene, društvene teorije prava prema H.J. Bermanu slijedeći:

- Integracija, odnosno integralna teorija prava,
- Usvajanje prikladne povijesne kategorije pravnog sustava,
- Potraga za novim oblicima univerzalizacije na globalnoj razini,
- Susret s drugim pravnim sustavima, te
- Oslanjanje na suvremene teorije prirodnog prava koje su danas sadržane u ljudskim pravima.³³

³² Damaška, M., How Did it All Begin, Yale Law Journal, 94, 2, 1985., 1808.; Mayers, R.S., Book Review, American Journal of Jurisprudence, 31, I, 1986., 186 – 202. Navedeno prema: Kregar, J., Šimonović, I., Teorijski temelji ekonomske analize prava, Zbornik PFZ (6), 557 – 617. (1996.), str. 561.

³³ Berman, op.cit. (bilj 1.9), str. 44-45.

2. Razvoj pravne misli: teorije o pravu “od mita do kopernikanskog obrata”

Stupnju razvitka društva odgovara stupanj razvitka razumijevanja društvenih činjenica (spoznaje), moralnog opravdanja (legitimacije) i pravnih normi (regulacije). Ukoliko razvitak tih dimenzija nije međusobno usklađen društvu predstoje krize, sukobi i promjene kako u organizacijskom i praktičnom, tako i u teorijskom smislu.

U povijesti ideja, a sukladno tomu i u povijesti ideja pravne misli, čitav je niz različitih teorijskih koncepcija.³⁴ Najopćenitije se može reći kako vremenski promatran razvoj pravne znanosti ide stalno ka uklanjanju, ili preciznije ublažavanju, djelovanja teorijskih razlika u shvaćanju prava: ideološke uvjetovanosti i redukcionističke spoznaje, odnosno prema integralnom i kritičkom razumijevanju prava. Dominacija jedne teorijske perspektive naravno ne znači nestanak drugih. Privremeno povlačenje jedne značilo je počesto da se stare ideje javljaju ponovno u suvremenijem i sofisticiranijem obliku.

U radu kao što je ovaj nemoguće je i nepotrebno dati potpuni povijesni prikaz dosadašnjih teorija o pravu, nego je u svrhu razumijevanja šireg konteksta temeljne orijentacije ovog rada potrebno dati povijesno-poredbeni prikaz, te staviti naglasak na razlikovanje temeljnih pojmova koju su nam u ovoj analizi važni. Imajući na umu ovo polazište, a neovisno o brojnim i važnim razlikama koje postoje među teorijama prava, zadržat ćemo se u ovim teorijskim raspravama najvećim dijelom na recepciji problematike društveno uvjetovane mogućnosti spoznaje i značenja prava kroz različite teorijske okvire koje su tijekom dugog perioda u razvoju pravne znanosti dale doprinos stvaranju integralne i kritičke teorije prava.

Društvene znanosti, odnosno sociologija kao njihov teorijski zajednički nazivnik, kako tvrdi Eugen Pusić, do danas nisu dostigle prag veće pouzdanosti i kumulativnosti znanja u okviru općeprihvaćenog sustava teorijskih postavki i zajedničkih mjerila, prag koji Thomas S. Kuhn naziva paradigmatiskim.³⁵ Stoga ni sadašnje stanje društvene teorije ne možemo prikazati u obliku teorijskog sustava koji bi bio prihvaćen kao obvezatan okvir istraživačkog rada i pristupno polazište u daljnjem radu. Iz tog razloga neizostavno se postavlja pitanje koji je status i smisao teorije i teorijskog promišljanja u uvjetima ograničene pouzdanosti znanja o društvu?

³⁴ Pod pojmom teorije podrazumijeva se skup ideja kojima se nešto objašnjava. Jedno je od temeljnih obilježja teorije da je selektivna – u smislu svojih prioriteta, perspektive i podataka koje definira kao važne. Stoga svaka od teorija daje poseban i djelomičan pogled na stvarnost. Haralambos, M.; Holborn, M., Sociologija: teme i perspektive, Golden marketing, Zagreb, 2002., str. 1032.

³⁵ Kuhn, T., The Structure of Scientific Revolutions, The University of Chicago Press, Ltd., London. 1962.

Tijekom druge polovice 20. stoljeća smatralo se da Khunova paradigma upućuje na to da između preparadigmatskog i paradigmatkog stanja u razvitku pojedine znanosti postoji kvalitativna razlika, skok, „znanstvena revolucija”. Naprotiv, već je klasifikacija Roberta Kinga Mertona,³⁶ a zatim kategorija „aksioma” Immanuela Wallersteina ukazala na veću ulogu postupnog rasta znanja, inkrementalnog razvitka teorijskog mišljenja, postupnog približavanja općenitijim spoznajama i većoj pouzdanosti teorijskih formulacija.³⁷

Posljedica je takvog stava da u preparadigmatkom stadiju ništa ne zastarijeva, činjenica je kako svugdje možemo pronaći plodonosnu početnu misao od koje bi se uspješno moglo krenuti dalje. Osim toga niti nasljeđe klasika niti ostali teorijski doprinosi u sociologiji tijekom 20. stoljeća ne predstavljaju zaokruženi zatvoren sustav koji bi bio općeprihvaćen kao obvezatan okvir unutar kojega se mogu rješavati problemi i kumulirati smisleno činjenično znanje. Društvene znanosti, možemo zaključiti u skladu s navedenim, još uvijek nisu prekoračile Kuhnov paradigmatki prag. Stoga je nedvojbeno opravdano u njima nastaviti kako s empirijskim istraživanjima, tako i sa teorijskim razmišljanjima jer nas (s obzirom na činjenicu kako nema obvezatnog paradigmatkog okvira) svaki od pristupa može približiti paradigmatkom pragu s podjednakom vjerojatnošću.³⁸

2.1. Iusnaturalizam (Prirodno-pravna teorija)

U fazi utemeljenja pravne tradicije Zapada dominirala je teorija prirodnog prava koja podrazumijeva svako poimanje prava kao jednog složenog i hijerarhičnog poretka koje je sastavljen od objektivnih i pravednih načela uređenja međuljudskih odnosa (prirodno pravo) i od pravila ponašanja postavljenih od države ili drugih subjekata (pozitivno pravo).³⁹ Najvažnija su obilježja svakog iusnaturalizma, prema tome, sljedeća:

- Dualistički sastav pravne pojave,
- Objektivnost važenja prirodnog prava ili njegova neovisnost o volji i djelu ljudi,
- Etički savršen sadržaj prirodnog prava, izražen najčešće kao pravda ili „opće dobro”,
- Nadređenost prirodno pravnih načela u odnosu na pravila pozitivnog prava.⁴⁰

³⁶ Merton, R.K., *Social Theory and Social Structure*, Free Press, New York, 1968.

³⁷ Wallerstein, I., *The End of the World as We Know it: Social Science for the 21.st Century*, University of Minesota Press, Minneapolis, 1999.

³⁸ Pusić, E., *Upravljanje u suvremenoj državi*, Društveno veleučilište, Zagreb, 2002., str. 210.

³⁹ Radbrauch, G., *Filozofija prava*, Nolit, Beograd, 1980., str. 14.

⁴⁰ Visković, op.cit. (bilj. 11), str. 24.

Vjerovalo se kako pravo ultimativno potječe iz savjesti i opravdanja (koje ga ujedno i propituju). Prema pravnim teoretičarima pozitivno pravo moralo je biti u suglasju sa prirodnim (u suprotnom nema opravdanje i biva odbačeno).

Ova je teorijska orijentacija svoje uporište pronašla u kršćanskoj teologiji i Aristotelovoj filozofiji, kao i u povijesnoj borbi između crkvenih i svjetovnih vlasti, te političkom pluralizmu.⁴¹ Teoretičari prirodnog prava inzistiraju na činjenici kako nije sve proizvoljno, ni relativno, niti puko obilježje ove ili one vjere ili kulture. Prirodno pravo podrazumijeva stav da moralni zakon ima univerzalnu valjanost, primjenjuje se jednako na sve, a zdrav razum može razaznati osnovne postavke moralnog zakona. Prirodno pravo prema navedenim osobinama višeg je reda, ono je „istinsko pravo“, sukladno prirodnoj biti i razumu čovjeka, zbog čega niži, na strastima i volji utemeljen poredak pozitivnog prava mora biti njemu podređen te u što većoj mogućoj mjeri s njim usklađen. Ukoliko pozitivno pravo nije usklađeno s prirodnim nepravedno je, samovoljno, neprirodno, nakazno, pa je prema radikalnijim prirodnopravnim shvaćanjima nevažeće i neobvezujuće.⁴² Književni lik antičkog grčkog pisca Sofokla „Antigona“ jedan je od najranijih primjera u povijesti književnosti koji dokazuje razlikovanje dvaju navedenih pravnih sustava. Nakon što se ne pokori vladarevu zakonu koji se protivi božjim i nepisanim zakonima, Antigona opravdanje svog čina traži kroz izjavu „Kralju, ima i zakona viših od tvojih“.⁴³

U doba antičke Grčke tijekom 6. i 5. st.pr.Kr., s predskoratorcima pojavljuje se prvo obilježje iusnaturalizma: počinje se razlikovati božanski zakon *themis* od *dike* pravednosti zasnovane na ljudskom iskustvu koja je višeg reda.⁴⁴ Za Hesioda i dijelom za vrijeme Homera držalo se da je društveni poredak utvrđen božjom providnošću, a za vrijeme sofista tijekom 5. st.pr.Kr. već se javlja ideja da postojeći poredak nije savršen, da je on djelo ljudi, čak jedne grupe ljudi, koja postavlja zakone u svoju korist.⁴⁵ Njihovim je radom rođena prva cjelovita i kritička etika znanosti o ispravnom ljudskom ponašanju, s raznim elementima teorije prava.

⁴¹ Berman, op.cit. (bilj. 19), str. 12.

⁴² Visković, N., Teorija države i prava, Birotehnika, Zagreb, 2001., str. 93.

⁴³ „...nije taj zakon dala ljudima božja Pravda, koja boravi u svijetu mrtvih, nije tvoja zabrana toliko važna da si nepisane, nedvojbene Božje zapovijedi smrtnik smio gaziti i oskvrnuti! Jer, nisu one danas izmišljene, ili jučer: vječne su! Žive oduvijek, nitko ne zna koliko već dugo postoje...“ Sofoklo: Antigona, Izvori, Zagreb, 2001., str. 31.

⁴⁴ Demokrit (460 – 370. g.pr.Kr.) već pokazuje osnovno razumijevanje razlike između unutrašnjeg zakona morala i vanjskog zakona prava: „Ne treba nimalo više osjećati stid pred drugim ljudima nego pred samim sobom; ne treba zlo činiti nimalo više ako za nj neće nitko saznati nego kad bi za nj znali svi ljudi. Pred samim sobom treba osjećati najveći stid i duši treba postaviti ovakav zakon: ne čini ništa neprilično!“ Diels, H., Predskoratorci, fragmenti, sv. II, Zagreb, 1983., str. 182.

⁴⁵ Guthrie, W.K.C., Povijest grčke filozofije, Knjiga III., Sofisti – Sokrat, Naklada Jurčić d.o.o., Zagreb 2006., str. 94.

Kasnija je grčka filozofija dala prilog prevladavanju mitske slike svijeta te je postavila teorijske temelje suvremene pravne misli.⁴⁶

Ustanovivši dualizam u normativnom poretku sofisti su utvrdili teoriju prirodnog prava prema kojoj se pravo sastoji iz dva sustava pravila društvenog života koja su u međusobnom hijerarhijskom odnosu: prirodno i pozitivno pravo. Sofist Kalikle tvrdi da je prirodno pravedna vlast onih koji su bolji i jači nad onima koji su lošiji i slabiji, dok Antifont tvrdi kako su svi ljudi po prirodi jednaki (Grci i barbari),⁴⁷ Trazimah tvrdi da pravo služi jačemu, a Hipija smatra da su zakoni nepotrebni za mudre i plemenite građane.⁴⁸ No kako bi se u potpunosti razumjela antička koncepcija prirodnog prava, potrebno je prije svega razjasniti razumijevanje starogrčkog shvaćanja pojma „prirode“. Stari Grci u prirodi vide savršen red, odnosno poredak koji ima svoje zakone. Bit je prirode *logos*, zakonomjernost sveg događanja. Ovo se razumijevanje prirode projicira i na shvaćanje svijeta kao uređenog kozmosa, u suprotnosti s izvornim kaosom. Razumijevanje prirode u tom svjetlu odražava se i na pojam prava. Pravo koje se temelji na prirodi ispravno je pravo, te je nadređeno *nomosu* koje stvaraju ljudi. Time se dopušta raskorak između prirodnog i ljudskog prava.⁴⁹ U svjetlu ove koncepcije svoje su ideje razvijali sofisti, a nakon njih veliki klasici grčke filozofije – Platon i Aristotel.

Platon (427-347 g.pr.Kr.) u svojim djelima „Država“ i „Zakoni“ u središte razmišljanja postavlja čovjeka i društvo te izgrađuje idealnu državu i poredak na tragu postojanja dvaju redova stvarnosti: svijeta istinske stvarnosti, objektivnih ideja savršenoga, i svijeta zamjetljivih pojava koje su tek varljive sjenke ideja. Sukladno ovom dualizmu ideja razlikuje istinsku ili idealnu državu od postojećih nesavršenih država (polisa). Platon tvrdi kako je samo ona država savršeno dobra koja je istodobno mudra (*sophe*), hrabra (*andreia*), promišljena (*sophorn*) i pravedna (*dikaia*).⁵⁰ Kao krunska krepost prikazana je pravednost čije je osnovno načelo

⁴⁶ Najstarije danas poznate drevne civilizacije ljudskih društava: drevna Mezopotamija, Egipat, Kina, Indija, Perzija bile su robovlasnička društva u kojima se pravo, kao društveni poredak nije jasno razlikovao od običaja, morala, religije i politike. Sva pravila društvenog ponašanja stapala su se u jedan normativni poredak za koji se vjerovalo da je božanskog porijekla. Božansko porijeklo i u skladu s tim i moći, pripisivale su se i vladaru (mezopotamski Hamurabijev zakonik, iz 18. st.pr.Kr. kao izvor svog postojanja navodi predaju u ruke Hamurabija od strane boga Šamaše; slično Jahve predaje kamene ploče 10 zapovjedi Božjih Mojsiju u biblijskom Starom zavjetu), a pravo su izricali i primjenjivali svećenici. Danas su ti oblici prava sačuvani u šerijatskom pravu koje je za razliku od mitologije antičkog doba i arhajskih društava utemeljen na tekstovima (npr. sveta knjiga Kuran). Mit i mitska svijest prethodile su religiji i filozofiji te se smatraju izrazom primitivnog mišljenja. Opširnije o pravu i pravednosti u mitskoj slici svijeta V. Čuveljak, J., O simbolima pravde, Hrvatska pravna revija, br. 7-8., 2008.

⁴⁷ „Ne možemo odražavati spokojno vjerovanje da je samo državni zakon pravovaljan...Znamo da se zakon može upotrijebiti kao instrument politike. Čuli smo o, pa čak i srelj, žrtve zakona koji su okrutni, brutalni i degradirajući...Vjerujemo da ljudska prava mogu stajati iznad pozitivnog zakona“. Citirano prema: Guthrie, op.cit. (bilj. 51), str. 111.

⁴⁸ Cf. *ibid.*, str. 80-111.

⁴⁹ Cf. *ibid.*, str. 94. i 110.

⁵⁰ Platon, Država, Naklada Jurčević d.o.o., Zagreb, 2001., 427 e, str. 161-162.

podjela rada među staležima polisa tako da svatko obavlja njemu povjereni posao.⁵¹ Znakovito je da je Platonov polis, koji ostaje istinska paradigma, društvo slobodnih u kojemu nema ni potlačenih ni robova.

Aristotel (384-322 g.pr.Kr.) je u djelima „Politika“ i „Nikomahova etika“ bliže promatranju i objašnjavanju zbilje. Prikazujući dvojnost pravnog poretka objašnjava „Prirodno je ono što svugdje ima istu moć, a ne da se nekome čini ovako, a drugome onako; zakonsko je ono pri kojem u početku nije bilo važno je li ovako ili onako, ali kad je jednom postavljeno, onda je važno“.⁵² Aristotel prihvaća sofističko razlikovanje prirodnog i pozitivnog prava, ali nipošto apsolutno. Smatra kako je samorazumljivo da je prirodno pravo jače i trajnije nego ono koje je naprosto stvar konvencije ili dogovora, kao što je slučaj s pojedinim zakonskim propisima koji se s vremenom mijenjaju. No, ni prirodno pravo nije apsolutno, vječno i nepromjenjivo za sva vremena i sve narode: „Sve je promjenjivo, pa ipak je nešto po prirodi, a nešto nije po prirodi.“⁵³ Razlika je između prirodnog i pozitivnog prava u činjenici da prvo slijedi iz same „prirode stvari“, dok drugo tek zakonski regulira „samu stvar“ i mijenja svoja pravila prema potrebi i koristi. Prirodno pravo za Aristotela ima u prvom redu kritičku funkciju prema svakom zakonodavstvu i pravnom pozitivizmu.⁵⁴

U stoičkom učenju koje se pojavljuje u kasnoj antici (4-2 st.pr.Kr.) pravo je ispunjeno etičkim sadržajem te se pozitivno pravo podređuje prirodnom pravu. U njihovom je naučavanju prirodni zakon istovjetan božjem zakonu (*lex natura = lex divina*). Ukoliko želimo spoznati pravednost obraćamo se vječnom umu koji savjetuje razboritost i umjerenost u svakodnevnom životu. Na taj način izbjeći ćemo zamku varljivih osjetljivih podražaja i biti u stanju kritički ocijeniti nesavršenost ljudskih zakona koji su često izraz samovolje vlastodršca. Takvo je shvaćanje umne prirode prisutno već kod Sokrata, a u stoičkom učenju odražava se u suštinskoj jednakosti svih ljudi, bili oni Grci ili barbari, slobodni ili neslobodni (robovi). Tako čovjek prestaje biti „*zoon politikon*“ kako bi postao građanin svijeta.⁵⁵

Za razliku od starih Grka Rimljani su svoje stvaralaštvo više usmjeravali na praktične državno - pravne ciljeve negoli na filozofiju prava. Uglavnom su preuzimali i dograđivali različite tradicije helenističke teorije. Tako su rimski epikurejci, poznavajući dvojnost pravnog poretka, dokazivali prirodnu jednakost svih ljudi, uključujući i robove, no to je imalo vrlo malo

⁵¹ Ovom odredbom pravednosti Platon nije odbacio tzv. sokratovsko poimanje pravednosti kao jednakosti i ravnopravnosti, nego je štoviše ukazao na njezin društveni kontekst. Cf. *ibid.*, 434 a-c, str. 169-170.

⁵² Aristotel, *Nikomahova etika*, Fakultet političkih nauka, Zagreb, 1982., str. 1134b

⁵³ Aristotel, *Nikomahova etika*, Globus, Zagreb, 1988., str. 104.

⁵⁴ Pejović, D., *Aristotelova praktična filozofija i etika*, predgovor djela: Aristotel, *Nikomahova etika*, Globus, Zagreb, 1988., str. 35.

⁵⁵ Vrban, *op.cit.* (bilj. 9), str. 525.

utjecaja na pravnu praksu. Rimljani su postupali u pravnoj praksi kao da je državno pravo glavni ili jedini važeći pravni poredak. Ne dopuštajući kritičko razmatranje pravnih propisa u starom Rimu utemeljen je tzv. pozitivistički dogmatizam.⁵⁶ Jedna od posebnosti tumačenja dvojnosti u rimskom pravu je postojanje *ius civile*, pravila što vrijede samo za Rimljane, i *ius gentium*, pravila zajednička svim narodima s kojima su stupali u odnose i stoga srodna prirodnom pravu – kasnije se u europskom pravu tim pojmom označava međunarodno pravo.

2.1.1. Kršćanstvo i srednjovjekovna recepcija *iusnaturalizma*

Kršćanska je religija nastala u prvom stoljeću unutar židovstva u Palestini, a njena era započinje Isusovim rođenjem od kada se u zapadnoj civilizaciji i računa početak nove ere. U antici se kršćanstvo proširilo po gradovima Rimskog carstva, a glavna središta bila su mu Jeruzalem, Antiohija, Aleksandrija, Rim i Carigrad. Od 4. stoljeća nadalje izgrađuje organiziranu vjersku zajednicu – Crkvu, koja za vrijeme cara Konstantina 313. godine biva priznata od države. Iako u početku sumnjičava ili ravnodušna spram prava, od kojeg je u Rimu bila i progonjena, ali i zbog postojanja osobitih moralno-pravnih zasada koje je već posjedovala, postupno prihvaća pravila rimskog prava (*ecclesia vivit lege romana*), inkorporirajući ih u specifično kanonsko pravo. Osnovne ideje srednjovjekovne kršćanske predodžbe na kojima počiva kršćanski svjetonazor može se najkraće sažeti u slijedećih nekoliko ideja:

- primat „onostranosti“, odnosno duhovnoga (natprirodnog) nad svjetovnim;
- pozivanje na autoritete u koje nije dopušteno sumnjati (Božja objava, crkveno učenje);
- univerzalizam kao jedinstvo svijeta što uključuje i priznanje vrhovne vlasti cara (Sveto Rimsko Carstvo kao svjetska monarhija) i
- hijerarhijsko poimanje društva kao poretka (*ordo*).⁵⁷

Premda u ranom kršćanstvu dolazi do raskida s antičkom tradicijom shvaćanja prirode i prava te se pojavljuje misao kako je Crkva, a ne država, pozvana upravljati ovozemaljskim životom koji se odražava u svijetu ideja kao sukob između duhovne i svjetovne vlasti, mislitelji toga doba Augustin, Toma Akvinski, Dante Alighijeri, Marsilije Padovanski i dr. pokušavaju ugraditi opravdanje postojanja svjetovne vlasti u kršćanski nauk. Stara antička filozofija i dalje

⁵⁶ Visković, op.cit. (bilj. 48), str. 96.

⁵⁷ Vrban, op.cit. (bilj. 9), str. 526.

uživa veliki ugled u prosvijećenim krugovima društva, dok je filozofija kršćanskog svjetonazora bliža širim narodnim masama.⁵⁸ Osim toga prijetoj opasnost da novi sustav preraste u političku teologiju u skladu s opravdanjem rimske carističke ideje, tj. postane puko sredstvo vladanja ili državni ritual.⁵⁹ Odvajanje ovih dvaju sfera, u smislu apologije kršćanstva kao racionalne spoznaje koja koristi i prevladava antičke ideje nalazimo prije svega u djelu Aurelija Augustina.

2.1.1.1. Aurelije Augustin

Aurelije Augustin (354.-430.)⁶⁰ preuzima iz stoičke filozofije pojam „vječnoga zakona“ (*lex aeterna*) dajući mu novi smisao. Time uvodi u dualizam razumijevanja prava još jednu kategoriju čime se razumijevanje prava promatra kroz tri međusobno hijerarhijski posložena nivoa: božanski zakon, prirodni zakon i državni zakon koji su jedan drugome nadređeni. U djelima „Ispovijesti“ i „O Božjoj državi“ iznosi razmišljanja o odnosu ovih triju pravnih poredaka.⁶¹

Pojmu pravednosti daje izrazito kritičko mišljenje tvrdeći kako su država i državno pravo, zajedno s vlasništvom i robovlasništvom (misleći na rimsku državu i pravo čijoj je propasti svjedočio 410. godine kada Vizigoti osvajaju Rim) razbojničke bande s kojima moralno boluju „Božja država“ i crkva kao njezin dio.⁶² Nepravedni državni zakoni, oni koji nisu u skladu s Božjim vječnim zakonom, niti nisu zakoni. Državno pravo, stvoreno zakonima vladara, ipak može postati opravdano ukoliko se stopi s Božjom državom i Bogom,

⁵⁸ Nova religija okarakterizirana je više kao „plod narodne mašte, opterećena šarenim balastom predanosti, praznovjerja, opscenoga“, V.: Maier, H., *Klasici političkog mišljenja*, sv. I, Golden marketing, Zagreb, 1998., str. 92.

⁵⁹ Kršćanstvo nakon propasti rimske države i carstva postaje ne samo vrhovna duhovna, nego i politička sila u Europi, vladajući filozofijom i znanošću kao *serva et ancilla sacrae Theologiae* („služkinjama teologije“) pri tome izražavajući interese crkvene i feudalne političke vlasti.

⁶⁰ Pronalaze se još nazivi sveti Augustin i Augustin Hiponski. Rođen je u Tagasti, rimska provincija Numidija (sjeverna Afrika; danas Souk Ahras, Alžir) kao sin rimskog činovnika – paganina i majke kršćanke. Bio je predavač u Rimu i Milanu, a završio je studij retorike u Kartagi. U mladosti pripada sekti manihejaca (krilo gnostičkog pokreta) i pod snažnim je utjecajem neoplatonizma. Nakon obraćenja i prelaska na kršćansku vjeru u 31. godini, obnaša crkvene dužnosti te postaje biskupom u Hiponu (sjeverna Afrika).

⁶¹ Augustin, A., *Confessions of Augustine*, Andover: Warren F. Draper, Boston, NY, Philadelphia, 1860.; Augustin, A., *De Civitate Dei*, Tomus I, Lipsiae, 1825.; Augustin, A., *The City of God*, Digireads Publishers, 2009. dostupno na:

http://books.google.hr/books?id=X15qY9BFhrQC&pg=PA42&dq=on+gods+state+augustinus&hl=hr&ei=GWJETKroE5WSjAeHk4wW&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CC4Q6AEwAQ#v=onepage&q&f=false, 19.07.2010.

⁶² Augustin tvrdi „Što su drugo carstva bez pravednosti nego velike razbojničke bande? Ta ni razbojničke bande nisu ništa drugo nego mala carstva! Ako takva zla banda... naraste tako da zaposjedne zemlju, stvori naselja, osvoji države, ona si posve neskriveno pridaje naziv carstva“ u Maier, op.cit. (bilj. 64), str. 102.

manifestacijom Božje providnosti te time postaje izraz božanskog u ljudskoj svijesti (kao otisak prstena pečatnjaka u vosku).⁶³

2.1.1.2. Toma Akvinski

Srednjovjekovno tumačenje subordiniranosti države i Carstva vlasti crkve potječe iz Augustinovog nauka te je u prihvaćanju i pomirenju kršćanskog nauka s državno-pravnim poretkom bio potreban dugi niz godina. Brojni su se srednjovjekovni mislitelji bavili tom tematikom, no najsnažniji prilog ideji pomirenja dao je Toma Akvinski (1225. – 1274.)⁶⁴ koji je u svom enciklopedijskom djelu „*Summa theologiae*“ iz 1271. postigao sintezu Aristotelove filozofije i kršćanskog učenja koja je postala službena doktrina Katoličke crkve. Skolastika (od lat. *schola*) koja se kao tipična metoda srednjovjekovne kulture razvija od 11.-16. stoljeća svoj je vrhunac filozofske teologije doživjela upravo u djelu Tome Akvinskog. Njegova ideja prava nastavlja se na Aristotelovu i Augustinovu te bogoslovnu tradiciju, no ima i elemente izvornosti.

Izvorni doprinos Tome Akvinskog pronalazimo u napuštanju ranokršćanske sumnjičavosti spram države i njenog prava. Konceptiji svjetovne vlasti pretpostavlja kršćansku doktrinu usvajajući Aristotelovo shvaćanje zakona kao sredstva razuma u težnji za ostvarenjem dobrog života u zajednici.⁶⁵ Akvinski kaže kako je zakon (u smislu prava uopće) „jedna razumska uredba usmjerena na opće dobro, a proglasio ga je onaj koji ima odgovornost za neku zajednicu“.⁶⁶ Pravo služi općim, objektivnim društvenim vrijednostima općeg dobra, mira, reda i pravednosti za što su dužni brinuti se vladari – tvorci zakona. On preuzima tripartitnu koncepciju vječnog, prirodnog i državnog prava od Aristotela unoseći racionalističku komponentu u područje prirodnog prava. Ono više nije naglašenog teleološkog karaktera već je racionalna kategorija, a čovjek vlastitim razumom, koji je sudjelovanje u božanskom naumu, dolazi do vjernih istina o pravilima međuljudskih odnosa. Temeljno prirodno pravilo je činiti dobro, a izbjegavati zlo (*bonum faciendum, malum vitandum*), a sva su ostala prirodna pravila

⁶³ Augustin, A., O državi božjoj, dostupno na: <https://www.scribd.com/doc/28436355/Aurelije-Augustin-O-dr%C5%BEavi-bo%C5%BEjoj-I>, 19.07.2018., Usp. Vrban, op.cit. (bilj. 9), str. 527.

⁶⁴ Pronalazimo još i nazive sveti Toma i „učitelj crkve“. Rođen je na jugu Italije (napuljska kraljevina) u uglednoj plemićkoj obitelji koja je bila u rodu s poznatim carem Fridrichom II. S 18 godina stupio je u red dominikanaca. Poslije studija na sveučilištima u Napulju i Kölnu postaje i sam predavač na nekoliko sveučilišta Zapada.

⁶⁵ Aquinas, S.T., Summa Theologica, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=0gOm51etij0C&printsec=frontcover&dq=Summa+theologiae&hl=hr&ei=fV5E TPqSGpKTjAfV0PQV&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCKQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false, 19.07.2010.

⁶⁶ Akvinski, T., Izbor iz djela, Sv. II., Naprijed, Zagreb, 1990., str. 612.

izvedena i u skladu s tim načelom. Sukladno tomu ljudski zakon (*lex humana*) nastaje iz ljudske volje na tri načina:

- Dedukcijom iz prirodnog zakona;
- Umnim, ali slobodnim utvrđivanjem;
- Dopunjavanjem općih prirodnih normi.⁶⁷

Ovim se načinom razumijevanja prava dopušta mogućnost prilagođavanja prava beskrajnim pojavnim oblicima u različitosti društvenog života, a pri tome ipak uspijeva očuvati vrhovnost vjerske instance. Nastavljajući antičku i Augustinovu tradiciju, on prenosi ideju o nerazumnom i izopačenom zakonu koji se protivi prirodnom pravu, pri čemu ide korak dalje dopuštajući u svrhu obrane kršćanske vjere, neposlušnost i pobunu. Prirodnopravna teorija Tome Akvinskog živi i danas u obliku neotomizma i kao dio katoličke vječne filozofije (*philosophiae perennis*).⁶⁸

2.1.2. Novi vijek i preobražaj ideje prirodnog prava: liberalna i revolucionarna ideologija prirodnog prava

Kolumbovim otkrićem Amerike 1492. godine formalno započinje novovjekovlje koje unoseći nove ideje donosi čitav niz promjena i u okviru pravne znanosti. Pravna znanost srednjeg vijeka imala je samo praktičnu svrhu stagnirajući u okviru kanonskog i rimskog prava, s usko prakticističkom svrhom, bez znanstvenih istraživanja. Promjene šireg društvenog okvira – pojava humanizma i renesanse, Kopernikova, Galilejeva i Brunova vizija heliocentrizma,⁶⁹ reformatorski pokret Martina Lutera⁷⁰, Machiavellijev „Vladar“ utiru put dolasku velikog preobražaja i unutar pravne misli.⁷¹ Novovjekovno mišljenje postavlja čovjeka, pojedinca i

⁶⁷ Aquinas, S.T., *Summa Theologica*, loc.cit.

⁶⁸ Visković, op.cit. (bilj. 48), str. 98.

⁶⁹ „Tko će vjerovati, da je priroda izabrala gibanje neizmjernog broja najvećih tjelesa i s promjenjivim brzinama, da postigne ono isto, što se može postići osrednjim gibanjem jednog jedinog oko vlastitog središta?...U Ptolomeja su bolesti, a u Kopernika lijekovi!“ Lorio, G., Galileo Galilei, Hrvatsko prirodoslovno društvo, Zagreb, 1952., str. 64.

⁷⁰ Povjesničari i teolozi slažu se u tezi kako je reformacija započela u Wittenbergu u jesen 1517. g. s Lutherovim tezama za „Raspravu o objašnjenju snage oprosta“. „95 teza“ su postale pojam u kojima se u svojoj raspravi Luther okreće protiv zlouporabe papinske vrhovne vlasti (i moći) prije svega kroz prodaju oprosnih pisama. Njegova kritika temelji se na jednom novom, iz Biblije usvojenom, razumijevanju vjere te je dovela u pokret Crkvu, ali i sva ondašnja stajališta. V.: Luther, M., *Temeljni reformatorski spisi*, Demetra, Zagreb, 2006.

⁷¹ Machiavelli je svojim ukupnim djelom bio teoretičar republikanske vladavine, ponikavši u njoj i služeći joj vjerno. „Vladar“ nije samo knjiga o monarhijama, vladaru i njegovoj vlasti. To je pokušaj da se vladar nagovori neka se u svojoj vladavini koristi metodama zadobivanja podrške građana jer ni jedan vladar ne može opstati bez podrške svojih podanika. U „Vladaru“ nas Machiavelli, premda se dotiče utopijskih elemenata o ujedinjenju Italije i koncepcija o civilnoj monarhiji, realistično podsjeća na granice čovječnosti te nas navodi na razmišljanje o njoj. Prepoznajući u „Vladaru“ objektivne, realistične, praktične istine tadašnjeg vremena možemo Machiavellija

njegov um (ljudski razum) u središte, kao izvor prirodnog prava, donoseći ideju o postojanju urođenih i neotuđivih prava neovisnih o volji zemaljskih zakonodavaca te ustanovljujući pravo građana na postavljanje nositelja državne vlasti i njihovo pravo otkazivanja poslušnosti prema zakonima i vlastima što ih donose. Prva od navedenih osobina zajednička je svim prosvjetiteljskim prirodnopravnim teorijama, konzervativnim i liberalnim, dok ostale dvije pripadaju samo demokratskim prirodnopravnim teorijama novovjekovnog doba. Na tragu ovih ideja gradi se novovjekovni filozofski sustav racionalizma. Njegov začetnik francuski filozof Rene Descartes (1596. – 1650.) pozivajući se na pitanje metode spoznaje u prirodnim znanostima nastoji učiniti matematičku metodu mjerodavnom i za društvene odnose kako bi se pronašli apsolutni i nepromjenjivi zakoni.⁷² Racionalnost u filozofiji prava, ali i u međunarodnom pravu, dovodi do izbacivanja teoloških konstrukcija, povijesnog i iskustvenog istraživanja u korist apriornih oblika umnog rasuđivanja. Tu kartezijsku metodu prema kojoj se znanost izgrađuje geometrijskom metodom prihvaća većina filozofa 17. stoljeća.

2.1.2.1. Hugo Grotius

Racionalizam u pravnoj znanosti nalazimo prije svega u Hugu Grotiusa (1583. – 1645.), velikog nizozemskog pravnika, osnivača moderne teorije prirodnog prava, osnivača škole prirodnoga prava i utemeljitelja međunarodnog prava.⁷³ Grotius prirodno pravo razlikuje od morala koji je do tada imao vjersko značenje. Sam moral definira kao vlast nad strastima te ga ograničava na privatnu sferu. Prirodno pravo razlikuje od politike i pozitivnog prava. Ono sadrži svoju egzistenciju u svojoj osobnoj prirodi s obzirom na autoritet nad savješću (koji se ne služi fizičkom, već psihičkom prinudom). Prirodno pravo treba odvojiti od pozitivnog (koje ima teološki karakter) i potražiti ga u osnovama samog čovjeka kao prirodnog bića koje ima svoju biološku i razumnu stranu.⁷⁴

Kod Grotiusa važno je dotaknuti se i njegovog shvaćanja individualizma. Grotius postavlja pitanje individualizma u odnos cjelina - dio, odnosno pokušava riješiti pitanje koji su

ubrojiti u preteče moderne politologije. Grubiša, D., Kako čitati Vladara?, str. 18., 86., Predgovor djela: Machiavelli, N., *Il Principe=Vladar*, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 1998.

⁷² Descartesova je filozofija prinos individualističkom i racionalističkom pogledu na svijet, nazoru koji ističe slobodu pojedinca i apstraktan um. Temeljni je postulat njegova realizma „mislim dakle jesam“, a njegova metoda postavlja sljedeće zahtjeve: analizu, svodenje pojava na jednostavnije te sintezu. Značajno je ovdje naglasiti kako je Descartes shvatio jedinstvo znanosti: „Sve nauke samo su ljudska razboritost, koja ostaje uvijek jedna, uvijek ista, ma koliko bili različiti predmeti, gdje se ona primjenjuje. Ako vršenje neke vještine sprečava da naučimo drugu, spoznaja neke istine daleko od toga, da nam smeta, pomaže nam da otkrijemo drugu. Ako dakle netko ozbiljno hoće istraživati istinu, ne smije izabrati jednu jedinu nauku, jer su one sve povezane međusobno i zavisne jedna od druge.“ Descartes, R., *Rasprava o metodi*, Matica hrvatska, Zagreb, 1951., str. 31., 126.

⁷³ Schneewind, J.B., *Moral Philosophy from Montaigne to Kant*, C.U.P., Cambridge, 2003., str. 88-110.

⁷⁴ Kolaković, J., *Historija političkih teorija*, I. knjiga (od XVII stolj. do 1848. g.), Jedinstvo, Sisak, 1969., str. 37.

to uvjeti koje država mora ispuniti kako bi zadovoljila pojedinačne ljudske zahtjeve. Time Grotius utemeljuje pravo pojedinca. Uvodi osim navedenog i razlikovanje pojmova društvo i zajednica (zajednica je prirodna i afektivna, a društvo se formira racionalnom asocijacijom divergentnih elemenata).⁷⁵

Prirodno pravo povezuje s „prirodom“ samog čovjeka. Ljudska se priroda očituje u težnji ka mirnom i organiziranom životu u zajednici s drugim ljudima, u skladu s principima ljudskog razuma. Čovjek kao racionalno biće teži za društvenim životom na što ga ne potiče samo goli materijalni interes nego jedna viša, moralna sklonost. Prirodno pravo izvodi Grotius iz ove ljudske socijabilne prirode kao egzistencijalni dio ljudske prirode.

Opće karakteristike vremena bile su isprepletene vjerskim, nacionalnim i socijalnim problemima (dinastički, socijalni, nacionalni, vjerski ratovi i progoni) te je imperativ vremena bio mir. Upravo u težnji prema miru, Grotius je uspio udovoljiti zahtjevima novog, građanskog staleža uvodeći novi autoritet u pojmu pravde utemeljenoj na ljudskom razumu, čija će primjena u odnosima među pojedincima i narodima osigurati mir. Tada je Sveto pismo bilo *ratio skripta* zbog čega je svaka misao morala biti strogo podvrgnuta Bibliji i crkvenim dogmama, a Grotiusovo poimanje pravde označilo je potpuni prevrat na području etike. Grotius je „laicizacijom prirodnog prava“ emancipirao prirodno pravo od teologije tvrdeći kako je ono neovisno o Božjoj volji, kako postoji čak ako pretpostavimo da sam Bog ne postoji.⁷⁶ Time je otvorio mogućnost kasnijim teorijama prirodnog prava odvajanje prava od religije i morala. Recepcija ovih stavova nije bila pozitivna u strukturama Katoličke crkve te je 1627. Grotiusovo djelo „O ratnom i mirnodopskom pravu“ (*De jure belli ac pacis*) - tiskano dvije godine ranije, stavljeno na indeks zabranjenih knjiga, a autor je ostatak života proveo tražeći azil u zemljama diljem Europe. Djelo je do danas doživjelo više od stotinu izdanja i bilo prevedeno na više jezika što ide u prilog njegovoj izvrsnosti, ali istovremeno govori o ulozi i snazi Katoličke crkve toga vremena.⁷⁷

Naučavanje ideje prirodnog prava u školi prirodnog prava podržavaju brojni filozofi tadašnjeg vremena: Benedikt de Spinoza, John Locke, Jean - Jacques Rousseau .

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Grotius, H., The Rights of War and Peace, dostupno na: <https://books.google.hr/books?id=xvgy9E92dkC&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22Hugo+Grotius%22&hl=hr&sa=X&ved=0ahUKEwjJkf350aPkAhWylIsKHSicBvUQ6AEISjAE#v=onepage&q&f=false> str 7., 19.07.2018., Usp. Perić, B., Struktura prava, Informator, Zagreb, 1994., str. 193.

⁷⁷ Grotius, H., The Rights of War and Peace, dostupno na: <https://books.google.hr/books?id=xvgy9E92dkC&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22Hugo+Grotius%22&hl=hr&sa=X&ved=0ahUKEwjJkf350aPkAhWylIsKHSicBvUQ6AEISjAE#v=onepage&q&f=false>, str 7., 19.07.2018.

2.1.2.2. Benedikt de Spinoza

Benedikt de Spinoza (1632. – 1677.)⁷⁸ drugi je predstavnik prirodno-pravne teorije u Nizozemskoj. Njegova političko-teorijska razumijevanja tijesno su povezana s njegovim filozofskim sustavom koji donosi u „Etici“, a političke poglede u „Teološko-političkom traktatu“ i „Političkom traktatu“.

U osnovi Spinozinih filozofskih pogleda leži učenje o jedinstvu svijeta, jednoj supstanci koja je u osnovi svega postojećeg, koja je sama sebi dovoljna, koju nitko nije stvorio i koja je vječna. Na taj način odbacuje ideju o božanskom stvaranju svijeta ukazujući na ideju kako je svijet nastao sam iz sebe. Čovjek je u cjelini svijeta jedinstvo modusa. Tijelo mu predstavlja modus atributa prostiranja, a svijest modus atributa mišljenja. Tako tijelo i svijest čine međusobno jedinstvo. Čovjek kao dio prirode u svim svojim djelovanjima podređen je nužnosti zbog svoje uzročne povezanosti s njom. Sloboda se ostvaruje u granicama nužnosti što čovjeka vodi razum, što njegova djelovanja određuju uzroci koji su razumljivi iz njegove prirode.⁷⁹ Čovjek je podređen općim zakonima prirode, ali kako je nadaren razumom u stanju je spoznati prirodu i djelovati na nju. U tom ga smislu razum čini slobodnim.

Spomenute filozofske osnove Spinozina učenja tijesno su povezane s njegovim političko-teorijskim učenjem. Princip strogog determinizma u prirodi proteže se i u društveno-političkom području. Zakoni prirode i zakoni društva u svojoj su osnovi isti, zakoni prirode ovise o prirodnoj nužnosti, a s obzirom na činjenicu da je čovjek dio prirode i na njega se primjenjuju isti prirodni zakoni. Zahvaljujući razumu ljudi traže zajednički život, koji će im omogućiti lakše ostvarenje njihovih težnji jer je izvan zajednice to nemoguće. Ljudi zbog utemeljenja zajedničkog života stvaraju sporazum kako bi ostvarili kolektivno pravo koje bi služilo interesu svih članova zajednice. Na taj se način gradi građansko društvo čiji je zadatak ostvariti prirodno pravo svakog, što je nemoguće u prirodnom stanju. Građansko društvo i država za Spinozu predstavljaju ostvarenje ljudske slobode. „Dobro naroda je najviši zakon prema kojemu se mora ravnati sve ljudsko i božansko.“⁸⁰

Smatrao je prirodno pravo skupom racionalnih načela koja usavršavaju čovjeka te kako ugovorom stvorena država donosi pojedincima sigurnost.⁸¹ U analogiji s poimanjem osobitog prirodnog prava pojedinca navodi slobodu misli i slobodu vjeroispovijesti te primjenjuje to

⁷⁸ Benedikt de Spinoza jedan je od najvećih racionalista filozofije 17. stoljeća te ga se često naziva i osnivačem modernog biblijskog kriticizma. U svom djelu „Teološko – politički traktat“ (1670.) uzdrmao je duhovni svijet crkve Zapadne Europe kritizirajući život utemeljen na dogmama.

⁷⁹ Kolaković, op.cit. (bilj. 80), str. 41.

⁸⁰ Cf. ibid., str. 44-45.

⁸¹ Spinoza, B. de, Politička rasprava, Demetra, Zagreb, 2006., str. 27.

načelo na odnos između pojedinca i države u kojem potonja ima granice.⁸² Ukoliko država u svom odnosu prema pojedincu prijeđe, naruši osnovne i prirodne slobode pojedinca, izgubit će opravdanost.⁸³

2.1.2.3. John Locke

John Locke (1632. – 1704.)⁸⁴ u svom djelu „Dvije rasprave o vladavini“ (*Two treatises on government*, 1690.) također prihvaća i razrađuje prosvjetiteljsku ideju o društvenom ugovoru pristajući uz shvaćanje o prirodnom pravu kojim čovječanstvo prelazi, iz prirodnog stanja savršene slobode i jednakosti bez vlasti, u stanje političkog društva u kojem će ona biti dužna štiti njihova prirodna prava i omogućiti opće blagostanje, a pri tome građani zadržavaju pravo na otpor i smjenu vladara koji tiranijom krši taj dogovor.⁸⁵

Skup prirodnih prava pripada pojedincu koje je stekao u prirodnom stanju i ne može se prenijeti na državu. Ljudi su rođeni slobodni, jednaki i neovisni te ih bez njihova pristanka nitko ne može podrediti svojoj volji. Pri stvaranju političke zajednice (naziva ju *Commonwealth*-om) pojedinci stvaraju jedno tijelo, pri čemu većina ima pravo pri odlučivanju u donošenju odluka.⁸⁶ Uz iscrpne kros-kulturalne usporedbe različitih oblika vladavine (kod Spartanaca, u Peruu, Brazilu, američkih Indijanaca, Izraelaca) zaključuje kako je interes udruživanja pojedinaca u zajednicu upravo vlasništvo.⁸⁷ Time, uz slobodu misli i vjeroispovijesti ističe i pravo vlasništva, smatrajući ga posljedicom rada, čime je prirodno da čovjek uživa plodove svoga rada.

Locke se pojavljuje kao prvi značajni novovjekovni teoretičar ljudskih prava ističući time subjektivnu stranu iusnaturalizma, ali i ideje o ograničenju vlasti. Upravo iz razloga prevelikog iskušenja pojedinaca pri obnašanju apsolutne vlasti smatra da je razgraničenje ovlasti temeljna pretpostavka ostvarenja javnog dobra.⁸⁸ Osim toga zastupa i tezu o većinskom načelu pri političkom odlučivanju te diobu vlasti između izvršne i zakonodavne.⁸⁹ Zaključno,

⁸² Cf. *ibid.*, str. 31-32.

⁸³ Cf. *ibid.*, str. 37-41.

⁸⁴ John Locke bio je glavni engleski predstavnik empirizma. Osnivač je spoznajne teorije, a osnovno polazište, osnova svega je ljudski razum. Sve znanje potječe iz iskustva, jer je čovjek po rođenju „tabula rasa“. Neosporan je njegov utjecaj na razvoj političke filozofije, a njegove ideje bile su temelj za koncepte američkog zakona i organizacije vlasti.

⁸⁵ Lok, Dž., *Dve rasprave o vladi, Utopija*, Beograd, 2002., str. 278 – 282.

⁸⁶ Lock, J., *Two Treatises of Government*, str. 146., dostupno na: <http://socserv.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/locke/government.pdf>, 16.04.2018.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Lok, op.cit. (bilj. 91), str. 298. Lockeova filozofija imala je velik utjecaj na američku Deklaraciju neovisnosti iz 1776., a njegova ideja ograničavanja vlasti našla je svoj izraz u engleskoj ustavnoj teoriji (Burke, Bagehot) kao i u vrijeme Francuske revolucije, odnosno stvaranju Deklaracije prava čovjeka i građanina 1789. godine.

ukoliko zajednica smatra boljim drugačiji, novi oblik vladavine, Locke joj ostavlja to pravo (postavljajući time upravo narod suverenom).

2.1.2.4. Jean Jacques Rousseau

Jean Jacques Rousseau (1712. – 1778.) autor „Društvenog ugovora“ (*Du contrat social*, 1762.) najistaknutiji je predstavnik liberalnog smjera u teoriji društvenog ugovora. Građanska prava koja posjeduju pojedinci pripadaju prirodnim pravima, a koja im jamči država. „Čovjek se radja slobodan, a ipak je svagdje u okovima!“⁹⁰ U toj je početnoj rečenici u djelu „Društveni ugovor“ sadržan i Rousseauov politički kredo: stvaranje suverene i slobodne građanske države u kojoj opća volja (*volonté généralé* - koja, međutim nije identična s voljom svih - *volonté de tous*) mora postati izvorom i temeljem svakog prava.

Privatno vlasništvo podijelilo je ljude na bogate i siromašne, a vlast na jake i slabe: Prvi koji je došao na zamisao da ogradi komad zemljišta i kaže: "Ovo je moje" i koji je uz to našao dovoljno naivne ljude da mu to povjeruju, bio je pravi osnivač građanskog društva. Koliko bi zločina, ratova i ubojstava, koliko nevolja i strahota uštedio ljudskom rodu onaj koji bi tada, iščupavši oznake i zatrpavši jarak, viknuo svojim bližnjima: "Ne slušajte tu varalicu, propali ste ako zaboravite da zemaljski plodovi pripadaju svima, a zemlja nikome!"⁹¹

Slijedeći ideje liberalnih teoretičara društvenog ugovora (Lockea, Rousseaua) i ranijih teoretičara prirodnopravnih teorija revolucionarno građanstvo SAD-a i Francuske ispisat će načela prirodnih prava u prvim deklaracijama o slobodama i pravima čovjeka i građanina i u prvim modernim pisanim ustavima, smatrajući time kako su načela prirodnog prava konačno prihvaćena u državnom, pozitivnom pravnom poretku, no to je bio tek početak borbe za ostvarivanje prava, tek prva dobivena bitka, a borba se nastavlja (s različitim uspjesima u različitim dijelovima svijeta) sve do danas.

2.1.2.5. Samuel Pufendorf

Njemačku školu prirodnog prava u to vrijeme utemeljio je Samuel Pufendorf (1632. – 1694.). Utjecaj na razvoj njegovih pozicija u prirodnopravnoj teoriji izvršila su djela Grotiusa i Hobbesa te katoličke skolastike, a u filozofskom pogledu pod utjecajem je Decartesa pod čijim je utjecajem pokušao izgraditi odnose između države i prava na matematički jasan način.

⁹⁰ Rousseau, J.J., Društveni ugovor ili načela državnoga prava, Komisijonalna naklada Hrvatskoga štamparskoga zavoda d.d., Zagreb, 1918., str. 45.

⁹¹ Usp. Perić, op.cit. (bilj. 82:2), str. 194.

Za njega je prirodno pravo natkonfesionalni i univerzalni nauk. On prirodnom pravu daje kao autonomnom temelju prirodni razum kao kompletan izvor moralne istine, sukladno tomu, principi prirodnog prava prestaju biti moralna nužda koja je povezana s Bogom. „Teologija se tiče neba, a prirodni razum tiče se zemlje; Puffendorfu se više sviđa da gleda zemlju, jer mu se nebo čini suviše daleko.“⁹² Puffendorf je prvi teoretičar prirodnog prava kao nužnog i nepromjenjivog prava. On ga izvodi iz razuma same prirode. Pozitivni zakon stječe racionalnu vrijednost i uloga autoriteta je stvarati zakone kojima je cilj očuvanje prirodnog prava.

Premda je njegov sustav izgrađen na idealističkim principima želi se osloboditi teoloških koncepcija u pravu. Bit njegova prirodnog prava je razum čiji je osnovni zahtjev miran život među ljudima. U prirodnom stanju nema ni Božjih ni državnih zakona. Tu je na snazi prirodno pravo koje se ispoljava u vječnoj težnji za slobodom. U svom glavnom djelu „Osam knjiga o prirodnom i međunarodnom pravu“ (*De iure naturae et gentium libri octo*, 1672.) na prvo mjesto stavlja dužnosti (što se može pripisati utjecaju protestantske vjere kojoj pripada), a ne prava.⁹³ Kao što je čovjek bespomoćan pri rođenju, tako je slab i nesiguran u prirodnom stanju. Prije ugovornih obveza postoji društvo kao neka vrsta pravne osobe koje prenoseći dužnosti i prava svih pojedinaca ugovorom na suverena stvara državu, najsavršeniji oblik ljudske zajednice.⁹⁴

2.1.2.6. Christian Thomasius

Christian Thomasius (1655. – 1727.) pripadnik je njemačke prirodnopravne škole u kojoj se izdvaja kao izvoran i kritički mislitelj te među prvima u Njemačkoj piše u duhu prosvjetiteljstva. Ustaje protiv torture i progona heretika zalažući se za vjersku snošljivost i toleranciju. Odbacuje shvaćanje o božanskom izvoru vladarske vlasti jer bi ono značilo priznanje različitih oblika nasilja.

Pri karakterizaciji pravila ponašanja pokušao je postaviti razliku između prava i etike (etika ima za objekt unutrašnji mir, karakter joj je čestitost, ne povlači vanjsku prinudu; pravo za objekt ima vanjski mir, karakter mu je ono što treba te donosi mogućnost vanjske primjene) utemeljujući time razliku između prirodnog i društvenog stanja. U prirodnom stanju vanjska

⁹² Kolaković, op cit. (bilj. 80), str. 65.

⁹³ Puffendorf, S., On the Law of Nature and Nations, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=uMm63FvB9iIC&printsec=frontcover&dq=Samuel+Puffendorf&hl=hr&ei=pohFTOzvHdPdsgabrqxh&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCYQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false, 17.06.2018.

⁹⁴ Schneewind, op.cit. (bilj. 79), str. 156 – 182.

prinuda proizlazi iz unutrašnjeg prava, a u društvenom stanju interveniraju javni autoriteti. Iz činjenice da je vanjska prinuda moguća, prirodne dužnosti se sankcioniraju i postaju „savršene“ dužnosti, jer njihovo izvršenje može biti prinudno.⁹⁵

Razlikuje tri vrste normi koje su temelj životne mudrosti: poštenje, pristojnost i pravednost.⁹⁶ „Načelo poštenja (*honestum*) pripada moralu („postupaj prema sebi onako kako želiš da i drugi postupaju“), dok je pristojnost (*decorum*) kategorija politike i društvenog života u širem smislu („čini drugima ono što želiš da i drugi tebi čine“). Pravednost (*iustum*) pripada pak pravu i ona propisuje samo negativne dužnosti: „ne čini nikome ništa što ne želiš samome sebi“.“⁹⁷ Time je Thomasius prvi odvojio pravo od morala utječući kasnije na Kantove diskusije između heteronomije prava i autonomije morala.

2.1.2.7. Christian Wolff

Christian Wolff (1679. – 1754.) još jedan pripadnik njemačke prirodno pravne škole, Thomasiusov učenik primjenjuje također prosvjetiteljske ideje u svoja razmišljanja, no ponovno uspostavlja usku vezu između prava i morala te u njegovom djelu dolazi do podvojenosti i prve ideje o „policijskoj državi“. Na tragu razmišljanja o odnosu prava i morala tvrdi kako svi moralni zahtjevi ne mogu biti pravno regulirani te javna vlast ima ne samo pravo, nego i dužnost miješati se u život podanika. U vezi s tim on naglašava i nužnost ograničenja slobode i jednakost pojedinca izgrađivši zatvoren sustav filozofije prirodnog prava koji polazi od općih pojmova i načela. U tom smislu preteča je pojmovne jurisprudencije.⁹⁸

Najveći doprinos ovih autora u okviru koncepcije prirodnog prava je izgradnja velikih sustava do koje je dovelo povezivanje teorije i prakse, a kroz izražene tendencije za reformacijom pozitivnog prava. Time nastaju u vremenu od sredine 18. pa do početka 19. stoljeća velike sistematizacije, odnosno kodifikacije prava. Paradoksalno je međutim kako iako pomaže u ovim procesima teorija prirodnog prava s njima ujedno i otpada te se javlja potreba za povijesnim i pozitivističkim pristupom proučavanja prava. Pravo se počinje promatrati kao zasebna normativna pojava koju nije moguće izvoditi iz umnih pretpostavki. Time i sama ideja prirodnog prava gotovo iščezava u filozofiji klasičnog njemačkog idealizma (Fichte, Schelling, Hegel).

⁹⁵ Kolaković, op.cit. (bilj. 80), str. 66.

⁹⁶ Landsberg, E., Zur Biographie von Christian Thomasius, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=ytHn2t8JaFAC&pg=PA1&dq=Christian+Thomasius&hl=hr&ei=XIIFTPeAHpqlsQbZrbmVAQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CDUQ6AEwAw#v=onepage&q&f=false, 17.06.2018.

⁹⁷ Cf. ibid., str. 536.

⁹⁸ Schneewind, op.cit. (bilj. 79), str. 331 – 350.

2.1.2.8. Imanuel Kant

Immanuel Kant (1724. – 1804.) je prvi izraziti predstavnik njemačkog klasičnog idealizma; jedini koji shvaćanje prirodnog prava i njegove ideje ne prepušta zaboravu. Nadovezujući se na Thomasiusova shvaćanja ističe važnost moralnog zakona kao osnovicu ljudske savjesti. Osnovno pitanje Kantove filozofija je: što je čovjek, što on može znati, što treba činiti i čemu se treba nadati. Za Kanta čovjek nije samo prirodno nagonско biće (slika čovjeka koju donosi ranija prirodno-pravna filozofija) nego ga on uzdiže iznad materijalnog svijeta prirode i nasuprot prirodnoj nužnosti. Ne promatra se samo kao prirodno već kao duhovno, razumsko biće u kojem živi i djeluje duhovno carstvo apsolutnih istina i vrijednosti koje određuju njegovu bit. Ove se vrijednosti izražavaju u svakodnevnom životu čovjeka čija sloboda leži u rješavanju okova osjetilnosti i razumijevanju zadataka koji ga uzdižu iznad sebe. Čovjek je po svojoj mogućnosti i određenosti slobodan te može dostići duhovni život što ga čini uistinu slobodnim. Slobodan je čovjek samo onda kad se uzdigao nad prirodno-biološku sferu svog bića i kad čini ono što zahtjeva njegov um, ono što je u skladu s njegovim bivstvom. Ovakvo shvaćanje čovjeka imalo je snažan utjecaj na izgradnju državne i pravne misli.

Kant pravo izvodi iz razuma: pravo je skup uvjeta pod kojima može postojati sloboda drugih pored moje slobode. Kad bi svi ljudi bili slobodni, onda bi svako ograničenje bilo suvišno. Ali čovjek se probija do svoje slobode. On postaje slobodan u onoj mjeri u kojoj se uspeva izdignuti nad svoju prirodno-nagonску sferu, nad svoje empirijske želje, sklonosti i nagone. Drugim rječima, čovjek postaje slobodan svladavanjem svojevoljnosti koja se sastoji u mogućnosti da čini ono na što ga navodi njegova nagonска strana. Svojevoljnošću koju treba razlikovati od slobode čovjeka, dolazi u stanje da okrnji slobodu drugih. Zbog toga razum – suština čovjeka – traži da se ovakvo ograničenje slobode drugih bar izvana ograniči. Prema tome, osnovni pravni zakon glasi: „Radi izvanjski tako da po općem zakonu može slobodna upotreba tvoje samovolje postojati zajedno sa slobodom svakoga.“⁹⁹

Kategorički imperativ koji nam nalaže da djelujemo tako da načelo našeg djelovanja može biti uzeto kao načelo općeg zakonodavstva, sačinjava misaonu bit Kantova shvaćanja prirodnog prava. Kant kategoričkim imperativom pronalazi osnovno načelo koje regulira moralno djelovanje. Temeljni zakon je nužan zbog prevladavanja sukoba ostalih osnovnih načela koja pretendiraju na to mjesto. On je moguć jer je formalan i ne uzima u obzir ono što bi bilo dobro za pojedince ili za izvjesne grupe. On ne nalaže postupke koji vode posebnim vrstama dobra nego zapovijeda ono što je ispravno. „Kategorički imperativ bio bi onaj

⁹⁹ Kolaković, op.cit. (bilj. 80), str. 227.

imperativ koji bi predstavljao jednu radnju kao objektivno nužnu samu za sebe, bez veze s nekom drugom svrhom“¹⁰⁰ Postvarenje moralnog zakona mora dovesti do uspostave slobode, kao bit prirodnog prava svakog čovjeka. Posljedica moralnosti je sloboda, a bit slobode je moralnost. Pravo svojom prirodnom namjenom ostvaruje, u formi koegzistencije, slobodu jednog čovjeka sa slobodom drugog. U raspravi „K vječnom miru“ (*Zum ewigen Frieden*, 1795.) nadahnut H. Grotiusom dao je vrijedan doprinos teoriji međunarodnog prava na načelima prirodnog prava. Kant vidi jamstvo trajnog mira jedino u republikanskom ustavu, a to je „ustav koji proistječe iz ideje izvornog ugovora, na kojemu mora počivati sveukupno zakonodavstvo – a zasnovan je prvo: na načelima slobode...ovisnosti o jednom zajedničkom zakonodavstvu...i na zakonu jednakosti svih (kao građana države).“¹⁰¹

U pravnom obrazovanju ideju o prirodnom pravu populariziraju Rudolf Stammler i Georgio del Vecchio, a usvaja je i marksist Ernest Bloch.¹⁰² Stammler je posebno zanimljiv po ideji „prirodnog prava promjenjivog sadržaja“ kojim je pokušao povijesno opravdati prirodnopravni poredak u svjetlu povijesno-pravne škole, s „pravnim idealima“ koji se razlikuju u pojedinim povijesnim društvima.¹⁰³ U današnjim društvima javlja se posebno kao reakcija na zločine totalitarizma, koji su počinjeni putem državnih (pozitivnih) pravnih akata, od rasnih zakona do sudskih političkih procesa čime ponovno dobivaju na snazi.

Univerzalizam i antihistorizam pokazali su se kao glavni temelji prirodno pravne teorije te je ona u vremenu izrazite dominacije suprotne teorije pravnog pozitivizma bila na margini, zaboravljena, ali nikad ne u potpunosti napuštena ili zaboravljena. Održala se i do danas te je preporođena vratila svoj nekadašnji ugled i slavu u nekim najznačajnijim dokumentima međunarodnog prava gdje je izravno ili neizravno uvrštena u različite povelje, statute i deklaracije.¹⁰⁴ Iusnaturalizam iščezava tijekom 18. i 19. stoljeća kada dolazi do velikih kodifikacija i zamaha zakonodavstva kao glavnog izvora prava. U njemačkoj filozofiji (Kant, Fichte, Hegel) pojavljuje se kritika tih koncepcija. Danas je teorija o prirodnom pravu sinonim za ljudsko dostojanstvo;¹⁰⁵ njene postavke aktualne su u raspravama o ljudskim pravima, pri

¹⁰⁰ Kant, I., Zasnivanje metafizike morala, BIGZ, Beograd, 1981., str. 52.

¹⁰¹ Kant, I., Političko – pravni spisi, Politička kultura, Zagreb, 2000. str. 121.

¹⁰² Del Vecchio, G., General Principles of Law, Boston University Press, Boston, Massachusetts, 1956., te Bloch, E., Prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo, loc.cit.

¹⁰³ Stammler, R., The Theory of Justice, The Lawbook exchange, LTD Union, New Jersey, 2000.

¹⁰⁴ Međunarodni dokumenti za zaštitu ljudskih prava: Povelja Ujedinjenih naroda iz 1945., Opća deklaracija o ljudskim pravima iz 1948., Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966., zatim regionalni dokumenti za zaštitu ljudskih prava: Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950., Europska socijalna povelja (1961.), Američka deklaracija o ljudskim pravima i dužnostima (1948.), Američka konvencija o ljudskim pravima (1969.), Afrička povelja o ljudskim pravima i pravima naroda (1981.) i dr.

¹⁰⁵ Pažanin, A., Blochovo prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo, predgovor djela: Bloch, op.cit. (bilj. 6), str. 14.

pozivanju na temeljne vrijednosti ustavnog poretka, diskusijama u vezi s problemima koji se dotiču bioetike i pravne etike te u nekim pristupima međunarodnom pravu.

2.2. Jurisprudencija (Pravni pozitivizam)

Izraz pozitivizam u povijesti ideja označava se kao teorijski pravac koji odbacuje svaku spoznaju koja nije zasnovana na osjetilnom iskustvu ili koju nije moguće provjeriti. Uzor ispravnog znanstvenog mišljenja ovog teorijskog pravca je otkrivanje činjenica ili tvrdnji koje se mogu podvrći postupcima empirijskog dokazivanja. Time se pozitivizam oslanja na prirodnoznanstveno mišljenje. U humanističkim i društvenim znanostima ova se teorija suprostavlja filozofiji povijesti (historicismu), marksizmu, psihoanalizi i uopće ideologijama i vrijednosnim stajalištima. Osnivačem pozitivizma smatra se Auguste Comte (1798. – 1857.) francuski filozof i sociolog, a korijeni se ovog teorijskog pravca nalaze u engleskom empirizmu (Bacon, Locke). Nakon Comtea ideal pozitivističke društvene znanosti učvršćuje i zacrtava Max Weber (1864. – 1920.) prema načelu „vrijednosne neutralnosti“¹⁰⁶, a priklanja mu se u svojoj specifičnoj „teoriji čistog prava“ i Hans Kelsen (1881. – 1973.).¹⁰⁷ Pozitivno pravo, ima sljedeće osobine:

- Stvoreno je od ljudi, vrijedi po njihovoj volji i efikasnost mu ovisi o sankciji;
- Važi prolazno ili vremenito;
- Važi za pojedine narode i države;
- Njegova pravila nisu savršena, već samo više ili manje pravedna.¹⁰⁸

Pozitivizam se pojavljuje u više oblika tijekom pravne povijesti, tako možemo razlikovati:

- Legalistički pozitivizam nastaje u okrilju dogmatske metode i kauzistike praktičnih pravnika. Svodi pravno rasuđivanje na pravilnu primjenu zakona što se povezuje i s

¹⁰⁶ Weberova tzv. „vrijednosna neutralnost“ odnosi se na pristup koji istraživač nužno mora posjedovati pri obavljanju svoga zadatka u istraživanju društvenih fenomena bez vrijednosnih i laičkih predrasuda. On mora pri istraživanju biti oslobođen svih vrijednosnih osjećaja i predrasuda. Činjenica je kako je Weber uočio da će vrijednosti utjecati i na sam odabir teme proučavanja: tvrdio je kako sociolog mora posjedovati svoj osobeni način odabira između gotovo beskonačnog broja mogućih područja društvenoga života koja se mogu proučavati. Smatrao je kako tzv. „vrijednosna relevantnost“ utječe na izbor. Istraživači će tako odabirati teme proučavanja za koje smatraju da su važne, odnosno od središnje važnosti za društvo. Weber je tako npr. sam odabrao proučavanje nastanka kapitalizma i prirode birokracije smatrajući ih najvažnijim događanjima svoga vremena.

¹⁰⁷ Detaljnije o Kelsenovoj „čistoj teoriji prava“ V.: Kelsen, H.: Opšta teorija prava i države, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd 1951.

¹⁰⁸ Visković, N., Teorija države i prava, loc.cit.

pravnim silogizmom (formalno – logičkim tipom deduktivnog zaključivanja). Određuje se kao „sistem općih normi postavljenih zapovijedima suverena u državi i obvezatnih zbog njihove utemeljenosti na fizičkoj prisili.”¹⁰⁹ Samo zakonski okvir, odnosno opće norme zakonskog tipa, određuju što je pravo. Uloga drugih formalnih izvora prava se zanemaruje ili podređuje zakonu (običajno pravo, sudske odluke, načelo „prirode stvari“),

- Povijesno-pravni pozitivizam spoznaje pravo kao promjenjivu pojavu koja je u stalnoj mijeni, a razvija se ovisno o društvenoj i pravnoj svijesti. Nakon Savignya i povijesno-pravne škole na samom početku 19. stoljeća taj pogled na pravo oživljava u marksističkim interpretacijama, razrađen je u sociološkim pristupima te u Luhmanovoj sistemskoj teoriji,
- Sociološki pravni pozitivizam blizak je povijesnom pristupu, a temelji se na ideji evolucije prava kao društvene pojave. Razvijajući se iz prirodoznanstvenog i djelomično povijesnog metodološkog modela sociološka shvaćanja prava su brojna i vrlo raznolika. U osnovi ih ipak povezuje i čini relativno homogenim pravcem mišljenja uvjerenje kako pravo nije ni idealna ni samo jezično – logična pojava već „jedinstvo stvarnih društvenih odnosa i normi koji te odnose prinudno i više ili manje efikasno uređuju.”¹¹⁰ Nakon pojave teorije interesne iurisprudencije R. Iheringa u djelima: „Cilj u pravu” i „Borba za pravo”, pojavljuje se kod različitih autora, a danas je osnova nove granične discipline dvaju znanosti na čijoj interakciji se razvila - sociologije prava.
- Normativistički ili logičko – analitički pravni pozitivizam čiji su najutjecajniji predstavnici J. Austin i H. Kelsen koji podrazumijeva i sistemski pristup pravu promatrajući ga kao dinamičku cjelinu utemeljenu na bitnim sistemskim odrednicama. Zajednički im je stav kako je „pravo jedan dinamičan i strogo hijerarhiziran sustav normi kojima se utječe na društvene odnose na taj način da se određuje kako subjekti treba da se ponašaju i tko treba odrediti primjenu sankcije protiv njih.”¹¹¹

Možemo reći kako izvorna ideja pravnog pozitivizma u potpunosti isključuje postojanje prirodnog prava, uklanjajući dualizam (ili u nekim inačicama iusnaturalizma trilogiju) i potrebu kritičko - filozofijskog promišljanja prava. Pravo je sastavljeno dakle u teoriji naučavanja

¹⁰⁹ Cf. ibid., str. 26.

¹¹⁰ Cf. ibid., str. 29.

¹¹¹ Cf. ibid., str. 28.

pravnog pozitivizma isključivo od normi koje pripadaju nekom konkretnom državnom poretku čime nema drugog prava pored pozitivnog prava. U okviru ove teorije pojavljuje se shvaćanje prava na dvije razine:

- Zakonodavstva kao stvaranja prava, odnosno legislativa (zakonodavac) kojemu odgovara perspektiva *de lege ferenda* i
- Razine primjene prava, odnosno odlučivanje o pojedinačnim slučajevima (sudac), kojemu odgovara perspektiva rasuđivanja *de lege lata*.¹¹²

Ideju o relativnosti između stvaranja i primjene prava prvi je iznio Hans Kelsen tvrdeći kako se gotovo svaki pravni akt može promatrati u kontekstu stvaranja i u kontekstu primjene. Tako zakonodavac u biti primjenjuje ustavne odredbe, a sudac stvara pojedinačne norme. Jedino bi donošenje ustava i izvršenje sankcije time pripadali u čiste kategorije stvaranja, odnosno primjene prava.¹¹³

Prema H. Bermanu ovakvo razlikovanje pravnih teorija predstavlja zapreke u razumijevanju i prihvaćanju zajedničke pravne tradicije Zapada kroz zajedničke vrijednosti, karakteristike i načine postupanja, koja mora pronaći zajednički jezik na još široj, globalnoj razini kako bi prevladala postojeću teorijsku krizu koja traje još od kraja 20. stoljeća.¹¹⁴

2.2.1. Legalistički (etatistički, dogmatski) i normativistički pravni pozitivizam

Prema ovom shvaćanju „...pravo je sustav pravila postavljenih i prisilno podržanih (sankcioniranih) od države, i to za neke teoretičare isključivo od strane zakonodavaca, a zadatak je pravnik protumačiti ta pravila i primijeniti ih na konkretne slučajeve bez upuštanja u istraživanje njihovih društvenih funkcija i vrijednosti.“¹¹⁵ Povijesno gledano ovakvo shvaćanje prava susreće se kod pravnik Rimskog i Bizantskog Carstva, u srednjem vijeku kod glosatora, pretežno pravnik iz Bologne, koji su komentirali i razrađivali carske norme Justinijanova *Corpus iuris civilis* prema kojemu je isključivo caru dano da stvara zakone i prenosili ga u renesansnu Europu.

¹¹² Usp.: Vrban, op.cit. (bilj. 9), str. 539.

¹¹³ Vrban navodi, komentirajući ovaj Kelsenov stav, kako ipak postoje neke više kvantitativne nego kvalitativne razlike između dvaju navedenih djelatnosti i tipa rasuđivanja jer jednako tako zakonodavac tumači i primjenjuje ustav na kreativan način koji podrazumijeva i shvaćanje načela, odnosno vrijednosti poretka. Ustavni se sudac nalazi u istom ili sličnom položaju kao zakonodavac jer se služi osim pozivanja na ustavne odredbe, i „odmjeravanjem“ suprotstavljenih načela. V.: Cf. ibid., str. 540.

¹¹⁴ Berman, op.cit. (bilj. 19), str. 45.

¹¹⁵ Visković, op.cit. (bilj. 48), str. 104.

2.2.1.1. Marsilije Padovanski

Marsilije Padovanski (1275. – 1342.) talijanski je politički filozof, jedan je od prvih teorijskih pozitivista koji definira pravo kao skup zapovijedi s ljudskom sankcijom (no, ne kraljevih, nego narodnih zapovijedi). Njegovo djelo „*Branitelj mira*” (*Defensor pacis*, iz 1324.) jedna od najoriginalnijih studija o političkoj teoriji nastalih tijekom srednjeg vijeka, značajno je utjecalo na modernu ideju države te se na različite načine smatra pretečom protestantske reformacije.¹¹⁶ Zakonodavnu vlast pripisuje narodu (*universitas civium*), a izvršnu vladaru (*pars principans*).¹¹⁷

2.2.1.2. Thomas Hobbes

Važno je ovdje u teoriji društvenog ugovora spomenuti i Thomasa Hobbesa (1588. – 1679.) koji u svom djelu „*Levijatan ili Građa, oblik i moć crkvene i građanske države*“ (*Leviathan*, 1651.) prirodne zakona svrstava u red zahtjeva razuma¹¹⁸ koji egoistične pojedince upućuje na stupanje u zajednicu društvenim ugovorom radi potpune predaje svojih izvornih sloboda jednom monarhu koji im jamči mir u svijetu gdje je „čovjek čovjeku vuk“, gdje se „ljudi, dok žive bez zajedničke vlasti koja ih drži u strahu, nalaze u stanju koje zovemo rat i to rat svakoga čovjeka protiv svakog drugog.“¹¹⁹ Ovim načelom svojih izvornih razmišljanja Hobbes je u biti začetnik teorije pozitivizma opravdavajući apsolutnu monarhiju budući da zakona i pravednosti prema njegovom tumačenju može biti samo po volji vladara jer je u prirodnom stanju nema. Tako je za Hobbsa država „umjetna tvorevina“ s „umjetnim čovjekom“ stvorena zbog pravne sigurnosti, zaštite vlasništva i drugih prava. „Zakon nije uveden u svijet ni zbog čega drugog osim zbog ograničavanja prirodne slobode pojedinačnih ljudi i to zato da se oni međusobno ne povređuju, već potpomažu i da se udružuju protiv zajedničkog neprijatelja.“¹²⁰ Ističući načelo „Vlast, ne istina, čini zakone“ (*Auctoritas, non veritas facit legem*) odbacuje ideju prirodnog prava opravdavajući važenje pozitivnih zakona.¹²¹

¹¹⁶ Padua, M., *Defensor minor and De Translatione Imperii*, C.U.P., Cambridge, 1993., str. 10-11.

¹¹⁷ Mjesečnik pravničkog društva u Zagrebu, sv. 29., 1903., str. 907.

¹¹⁸ „Prirodnim zakonima ne treba nikakvo objavljivanje niti proglašavanje, jer su sadržani u izrijeku koji prihvaća cijeli svijet...Prirodni zakoni su nepromjenjivi i vječni, jer nepravda, nezahvalnost, preuzetnost, oholost, nepravičnost i naklonost prema osobama i sve ostalo nikad ne mogu postati zakonima. Naime nikada ne može biti tako da rat odražava život, a da ga mir uništava.“ Hobbes, T., *Levijatan ili Građa, oblik i moć crkvene i građanske države*, Naklada Jesenski i Turk, Zagreb, 2004., str. 113 - 185.

¹¹⁹ Cf. *ibid.*, str. 91.

¹²⁰ Cf. *ibid.*, str. 183.

¹²¹ „Hobbes ne poznaje nikakve prirodnopravne, božanskopravne ili ljudskopravne norme koje bi vrijedile neovisno o državnom zakonodavstvu. Stoga je on doista prvi i radikalni pravni pozitivist u povijesti političke filozofije. *Auctoritas, non veritas facit legem* – ne istina, nego legislativni autoritet države određuje što je pravo i nepravo. Važenje zakona nije ovisno o njihovoj usklađenosti s prirodnopravnim ili umnopravnim normama, nego

Tijekom 19. stoljeća u kontekstu političke pobjede građanstva u Francuskoj i Njemačkoj započinju procesi kodifikacije prava u čemu su uzor Napoleonovi zakonic *Code Civil*, *Code de Commerce* i *Code Penal*.¹²² U izučavanju prava pojavljuje se u Francuskoj 19. stoljeća škola egzegeze - pristup koji se svodi na usko tumačenje zakonika, članak po članak, pri čemu se komentar oslanja na doslovni tekst bez unošenja vanjskih elemenata kritičke procjene (morala, pravednosti, prirodnog prava). Time se stvaranje prava reducira na opće pravne norme te čak samo na zakone najviših tijela vlasti. Robespierre je u skladu s ovim načelom tražio da se sucima strogo zabrani bilo kakvo dopunjavanje zakonskih pravila, jer sudac mora biti samo „živi glas zakona“ (*viva vox legis*).¹²³ Nažalost činjenica je kako se tijekom povijesti ovakvo shvaćanje prava ne nalazi samo i isključivo u ovom dijelu 19. stoljetne povijesti. Ono egzistira trajno u ideologiji pravnika praktičara koja uvelike odgovara političkoj vlasti, prije svega autoritarnoj, koja ne trpi kritičke, teorijski obrazovane i „neposlušne“ pravnike već servilne koji će bespogovorno primjenjivati njene norme (čitaj politiku!) ne pitajući za ispravnost, pravednost i društvene posljedice takva ponašanja.

2.2.1.3. John Austin

John Austin (1790. – 1859.) razlikuje božanski zakon (koji se očituje u vjerskim normama) od ljudskog (koji se dijeli na državno i nedržavno pravo).¹²⁴ Svodi pravo na zapovijed suverene vlasti čime nastavlja Hobbesovu tradiciju etatističkog i predpozitivističkog poimanja prava. Začetnik je analitičke jurisprudencije koja je imala značajan utjecaj u radovima Hansa Kelsena. Zasluga je ove teorijske perspektive da je među prvima usmjerila pozornost na izgradnju metoda u teorijskoj jurisprudenciji.

2.2.1.4. Hans Kelsen

Pravni pozitivizam stječe početkom 20. stoljeća višu znanstvenu razinu u normativističkoj teoriji prava koju je u svojoj ideji o „čistoj teoriji prava“ (*reine Rechtslehre*) usavršio i do u detalje razradio Hans Kelsen (1881. – 1973.). Polazna je premisa Kelsenove teorije čišćenje pojma prava i pravne znanosti od svakog sociološkog, psihološkog i vrijednosnog istraživanja.

je utemeljeno samo u važećoj volji zakonodavca i stoga je neovisno o svim sadržajnim svojstvima zakona.“ V.: Posavec, Z., Hobbes – Kant, Izlaganje sa znanstvenog skupa, Politička misao, Vol. XLIII, (2006.), br. 1, str. 31.

¹²² Smatra se kako tehnika kodifikacije ostvaruje umni ideal prosvjetiteljstva i iusnaturalizma, kako su uklonjeni svi nedostaci starog prava, kao i nejasnoće i samovolja pri njegovoj primjeni. Ističe se kako postoje racionalni i potpuni zakoni te time opada potreba za kritičko – filozofijskim promišljanjem prava. Zakonodavac time dobiva afirmaciju autoriteta, a imperijalna je vladavina nedodirljiva.

¹²³ Visković, op.cit. (bilj. 48), str. 105.

¹²⁴ Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, John Murray, Albemarle Street, London, 1863., str. 125., 144.

U svojoj raspravi o teoriji čistog prava dotiče se triju osnovnih teorijskih problema:

- pojma prava;
- pojma države i
- pitanja metoda u pravu i pravne znanosti.¹²⁵

Kelsenovo razumijevanje prava je pozitivističko: pravo je sistem pravnih pravila čija je osnovna karakteristika njihovo važenje, odnosno prinuda, ali i normativističko: pozitivno pravo podvrgnuto je zakonu normativnosti. Ono kao norma, odnosno skup obveza i prava jedini je interes pravnika te jedino može biti obuhvaćeno čistom pravnom teorijom. Takvo se proučavanje prava može postići jedino čisto pravnim mjerilima, utvrđivanjem sadržaja normi, odnosno elemenata normativnosti. Osim toga Kelsen je i formalist: pravo promatra kao normu izdvojenu od društvenih okolnosti, oštro razdvaja realnost i normativnost, odnosno pravnu teoriju od sociologije. On ne poriče činjenicu kako je pravo sredstvo borbe interesa i vrijednosti (ekonomskih, političkih i dr.), no zadatak proučavanja tih odnosa daje sociolozima, a ne pravnicima time sužavajući pravnoj kulturi uvid i djelovanje u sociološkim i etičkim aspektima prava.

Kelsenova osnovna norma je „pravna hipoteza”¹²⁶, „posljednja pretpostavka, krajnji postulat”, pretpostavka koja „realno postoji u pravnoj svesti”.¹²⁷ Ona ima u svim pravnim sustavima isti sadržaj koji znači „da se treba ponašati kao što je naredilo lice, ili lica koja su donela prvi ustav.”¹²⁸ Ustav time postaje izvorom pravnog stvaranja i cijelog pravnog poretka, njegovo donošenje temelji se na pranormi, „najosnovnijoj normi“ čija istina postojanja se ne može realno dokazati i time ostaje u sferi logike pravnog sustava. Na pojam pravne norme (koji je središnji pojam pravne znanosti) nadovezuje pojam pravnog poretka (sustava) što dovodi do čisto normativističke teorije države. U ovakvom shvaćanju njihova međusobnog odnosa država je ne samo nerazdvojna od prava nego u pravu i kroz pravo ona postoji. Osnovna norma time ostvaruje preobražaj povijesno političke realnosti u državu, transformirajući vlast u pravo.¹²⁹

Kelsenov normativizam do krajnjih granica formalne logike povlači dogmativizam i formalizam u pravu. Pravna stvarnost, odnosno pozitivno pravo u Kelsenovu shvaćanju ne može se otkriti na osnovu kauzalnog odnosa koji vrijedi za prirodne pojave, već na temelju

¹²⁵ Đorđević, J., Povodom objavljivanja „Opšte teorije prava i države“ od Hansa Kelzena, u: Kelzen, H., Opšta teorija države i prava, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1951., str. 4.

¹²⁶ Kelzen, op.cit. (bilj. 113), str. 14.

¹²⁷ Cf. ibid., str. 121-122.

¹²⁸ Cf. ibid., str. 121.

¹²⁹ Detaljnije o Kelsenovoj „čistoj teoriji prava“ V.: Kelzen, H., Opšta teorija prava i države, loc.cit.

normativnih zakona, zakona koji ispituju ovlasti, obveze i prava pojedinaca, odnosno postavljaju pitanje kakvo bi ljudsko ponašanje trebalo biti. Sukladno Maxu Weberu njegov zahtjev ide do te mjere da se pravni teoretik i praktičar uzdigne od vrijednosnih sudova i bude vrijednosno neutralan jer isticanje sudova o pravu nije prihvatljivo. U skladu s tim ističe kako čista teorija prava – kao znanost – ne može odgovoriti na pitanja o pravednosti i nepravednosti zbog toga što se na to pitanje ne može znanstveno odgovoriti. U duhovnom pogledu Kelsena se označuje kao neokantovca te za njega prirodni zakoni i njima svojstvena uzročnost ne vrijede za područje duhovnog trebanja i moralnog opredjeljenja. To znači da se svijet normativnih pojava (pravila morala, vjere, običaja i prava) ne može izučavati na isti način kao i prirodne činjenice. Time Kelsen oštro suprostavlja pravo i moral. Kelsenov prilog normativnosti u pravnoj znanosti dakako je nezaobilazan, no njegova je velika pogreška slična onoj dogmatskog pozitivizma: svojim parcijalnim i pristranim pristupom u pravnoj znanosti omogućuje raspoloživost i nekritičnost pravnika prema političkim, ekonomskim i drugim moćnicima što vladaju pravom.

2.2.1.5. Herbert Hart

Herbert Hart (H.L.A. Hart 1907. – 1992.) svoju originalnu pravnu ideju temelji na kritici Austinove imperativne teorije prava, a sastoji se od dvije dimenzije: nastoji premostiti jaz između teorija o pravu koje naglašavaju prihvaćanje i pokornost pripadnika zajednice pravnim normama kao bitno obilježje prava i onih teorija koje polaze od stava da je pravo institucionalizirani autoritativni poredak koji sadrži zapovijedi i sankcije. Pri tome Hart upotrebljava razliku između primarnih pravila obveze i sekundarnih pravila (normi).¹³⁰

Pravni sustav sastoji se prema Hartu od pasivnog i aktivnog aspekta prava.¹³¹ Pasivni aspekt prava odnosi se na pokornost zapovijedima uz prijetnju, dok aktivni aspekt podrazumijeva postojanje dvaju uzajamno povezanih vrsta normi: normi prve i normi druge vrste. „Norme prvog tipa nameću dužnosti; dok norme drugog tipa dodjeljuju ovlaštenja, javna ili privatna.”¹³² Ovime Hart uvodi u analizu tzv. pravilo priznanja¹³³ koje pripada sekundarnim normama. Složeni pravni sustavi sadrže niz elemenata koji potječu iz pravila priznanja kao takvog. To su

¹³⁰ Matulović, M., Jezik, pravo i moral: filozofija prava Herberta Harta, Izdavački centar Rijeka, Rijeka, 1986., str. 34.

¹³¹ Hart, H.L.A., Pojam prava, CID, Podgorica, Cetinje, 1994., str. 60.

¹³² Cf. *ibid.*, str. 79.

¹³³ U svom najjednostavnijem obliku pravilo priznanja bi bilo u jednoj maloj zemlji kojom vlada Rex jednoglasna suglasnost da najviša pravna vlast pripada Rexu, tj. kako je sve što on propiše zakon. Iskaz da je Rex jedini vrhovni izvor prava u toj zemlji bila bi ona osnovna norma koju Hart naziva pravilom priznanja. Drugim riječima, pravilom priznanja otklanja se sumnja da li neka pravna norma postoji ili ne, da li važi ili ne. Ovakvo pojednostavljenje Hartove zamisli donio je Fuller, L.L., u *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1965., str. 137.

npr. ideja pravnog sustava i ideja pravne validnosti. Pravilo priznanja je time konačna forma validnosti unutar određenog sustava normi u kojemu status pojedine norme zavisi o ispunjenju uvjeta predviđenih pravilom priznanja.¹³⁴

Pravo je prema Hartu skup normi, u kojemu se pojavljuju sekundarne norme kako bi otklonile nedostatke primitivnog poretka u kojemu postoje samo primarne norme. Pravo osim toga mora sadržavati i sankcije kako bi osiguralo opstanak društva i njegovih članova te im pružilo praktičan razlog pokoravanja. „Postoje stoga dva minimalna uslova, nužna i dovoljna za postojanje pravnog sistema. Najpre su norme ponašanja, koje su validne prema vrhovnom merilu validnosti datog sistema, moraju u većini slučajeva poštovati. A potom njegova pravila promene i presuđivanja moraju na delotvoran način prihvatiti državni zvaničnici kao opšte standarde javnog ponašanja.”¹³⁵

Time je Hart, osim normativnog, poklonio pažnju i djelotvornosti prava – njegovu ostvarenju jer pravni sustav može uistinu postojati samo ako je ostvaren u praksi. Osim toga, upustio se i u ispitivanje međusobnog odnosa prava i morala te utvrdio minimalan sadržaj prirodnog prava koji se temelji na „osobenoj racionalnoj vezi između prirodnih činjenica i pravnih ili moralnih normi”.¹³⁶

2.2.2. Povijesno-pravni pozitivizam (Historijsko - pravna škola)

Povijesno – pravni pozitivizam drugi je pravac pravnog pozitivizma koji je nastao početkom 19. stoljeća u Njemačkoj u suprotstavljanju prirodno - pravnim i dogmatsko pozitivističkim teorijama. Spor koji je podijelio pravnu i političku javnost temelji se na usvajanju kodifikacije po uzoru na Francuski *Code civil*. U ovim raspravama konzervativniji pravници koji nisu bili za izradu jedinstvenog Građanskog zakonika protivivši joj se kao preuranjenoj i štetnoj za njemačko tradicionalno pravo. Predvodnik ovih razmišljanja u njemačkoj pravnoj znanosti bio je Friedrich von Savigny (1779. – 1861.) koji se smatra jednim od najvećih pravnika svih vremena, nužno je spomenuti i Hermana Conringa (1606. – 1716.), a osobit prinos širenju utjecaja ovih teorija dao je Gottfried M. Leibniz (1646. – 1716.).

¹³⁴ Hart, op.cit. (bilj. 137), str. 102-106.

¹³⁵ Cf. ibid., str. 113.

¹³⁶ Cf. ibid., str. 189.

2.2.2.1. *George Friedrich Puchta*

Škola njemačke pojmovne jurisprudencije (*Begriffsjurisprudenz*) razvija se paralelno s razvojem francuske škole egzegeze te koristi ista načela u proučavanju koja poduzima pravna znanost 19. stoljeća. George Friedrich Puchta (1798. – 1846.) i drugi njemački pravници toga doba razvijaju sustav formalno – logičke teorije prava koja počiva na sistematizaciji pravne građe i to pozitivnog prava promotrenog u njegovom povijesnom kontekstu. Pri tome posebnu pozornost posvećuju komentarima starog rimskog prava. Za Puchtea pravo je hijerarhijski sustav na čijem se vrhu nalazi „pravna misao“ iz koje se izvode aksiomi kao sintetička načela na kojima počivaju pravni instituti i subjektivna prava. Puchta i njegovi pristaše smatraju kako se cjelokupno pravo može izvesti iz viših premisa i pojmova. Ti su pojmovi apstraktni i sadrže bitna obilježja pravnih činjenica.¹³⁷

„Nedostaci ovoga pristupa proučavanju prava očigledni su u otklonu od vrijednosti, etičkih ideala i promišljanja posljedica i sociološkog konteksta pravnih odluka. Pokušavajući ukratko rezimirati glavne postavke te škole koja i danas (usporedno s analitičkom jurisprudencijom iz angloameričkog kruga) čini najrasprostranjeniji način razmišljanja o pravu:

- Pravo se stvara zakonima i općim normama, običajnim putem i doprinosom samih pravnika, ponajprije stručnjaka i znanstvenika;
- Primjena prava znači rješavanje konkretnih slučajeva i donošenje odluke koja je vezana uz opću normu. Takvo se rasuđivanje odvija u obliku deduktivnog zaključivanja gdje se konkretni elementi podvode pod opće pojmove i pravila (supsumcija). Uloga suca i onih koji donose pravne odluke primjenjujući pravo nije stvaralačka: radi se o pravno – tehničkom znanju, vještini koja traži sposobnost logičkog zaključivanja kao i poznavanje zakonskih tekstova i njihove znanstvene obrade;
- Pravnik nije dužan ispitivati uzroke, ciljeve i posljedice zakonskih odredaba. Ta pitanja pripadaju u područje zakonodavca, odnosno u području drugih znanosti ili filozofije;
- Polazeći od premise pravno relativnog htijenja kao volje, pravnik može zanemariti motive i interese subjekata koji su zahvaćeni pravnim odnosima. Volja i njezino očitovanje tako postaju jednim kriterijem za prosudbu valjanosti pravnih odnosa i subjektivnih prava.“¹³⁸

¹³⁷ Mecke, C.E., *Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta*, V&R Unipress, Göttingen, 2009.

¹³⁸ Vrban, op.cit. (bilj. 9), str. 545.

Potrebno je, bez obzira na sve nedostatke na koje smo upozorili u okviru dogmatskog pozitivizma, ukazati na prilog ove teorije u afirmaciji dvaju standarada suvremene pravne misli:

- O potrebi poštivanja zakona kao najvišeg akta ili „formalnog izvora prava“ i
- Usavršavanja postupaka logičkog i jezičnog tumačenja općih pravnih normi.

2.2.2.2. Gottfried M. Leibnitz

Zalaže se za proučavanje povijesti osobito iz dva razloga: kako bi se ljudi poznavanjem povijesti poučili i okoristili. Tim idejama otvorio je razdoblje povijesnosti u pravnoj znanosti. Leibnitz je istakao ideju razvoja i načelo povezanosti društvenih pojava, a svojom doktorskom tezom „Nova metoda izučavanja i predavanja jurisprudencije“ („Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae“, 1667.) postavio nove temelje za proučavanje prava:

- Povijest prava (pozitivno i prirodno pravo) treba samostalno obrađivati;
- Povjesničar mora osim kronološkog nizanja događaja biti spreman i na njihovo objašnjavanje;
- Povijest prava dijeli se na unutarnju i vanjsku. Time izražava težnju za spoznajom socijalne i povijesne sredine razvoja određenog prava. Time pravo nije autonomna pojava, već se može u potpunosti spoznati jedino u povezanosti s drugim društvenim pojavama.¹³⁹

2.2.2.3. Giambattista Vico

Giambattista Vico (1668. – 1744.) podržavao je također pravac povijesnosti. Suprotstavio se učenju racionalizma, pravnog dogmatizma jer su oni bili usmjereni istraživanju idealne biti prava, a ne njegova procesa, životno realnog, koji je proturječan i raznovrstan. Misao vodilja bila mu je dovođenje u vezu racionalne istine i stvarne činjenice, njihovo razumijevanje uzajamnog i recipročnog odnosa navodeći kako je istinito, racionalno ono što je stvarno, odnosno umno. Nije uspio osporiti postojanje prirodnog prava za čije postojanje se ostvaruje u pozitivnom pravu no njegove postavke moramo mjeriti pomoću ostvarenih, oživotvorenih prava, a ne u filozofskim raspravama i apstrakcijama.¹⁴⁰

¹³⁹ Riley, P., Leibnitz Universal Jurisprudence: Justice as the Charity of the Wise, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=WwbswboNmk0C&pg=PA1&dq=Gottfried+W.+Leibniz+new+jurisprudence&hl=hr&ei=WWVETJzTHY6UjAfcI81V&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCYQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false, 19.07.2018.

¹⁴⁰ L. Pompa (ur.), Vico Selected Writings, C.U.P., Vail-Ballou Press, Inc., Binghamton, N.Y., 1982.

2.2.2.4. Charles-Louis de Secondat, Baron de Montesquieu

Razmišljanja u smjeru razvoja i jačanja povijesnosti u pravnoj znanosti nastavlja i Montesquieu (1689. – 1755.) u svom djelu „O duhu zakona“ („*De l' esprit des loix*“, 1748.) povijesnim je ispitivanjem državnopravnih sustava većeg broja tadašnjih europskih država postavio ideju o razvoju triju oblika vladavine: republike, monarhije i despocije. Montesquieu ističe „narodni duh“ koji posjeduje svaki narod, a ovisi o mnogim čimbenicima koji ga determiniraju (gospodarstvo, vjera, običaji, klima...) te razvija specifične osobine. Zakoni su svakog naroda samo izraz tog specifičnog „narodnog duha“ te je slučajnost ukoliko se dogodi da različiti narodi imaju iste ili slične zakone.¹⁴¹ Time ukida Montesquieu univerzalnost prirodnog prava kako ga doživljava iusnaturalizam. Prvi je od prirodnih zakona, tvrdi Montesquieu mir, zatim slijedi potraga za hranom, nakon nje prirodna sklonost dvaju spolova jednog ka drugome te želja za životom u društvu. Tek u društvu pojedinci su u stanju rata što vodi uspostavi zakona, koji je općenito ljudski um. „Zakon je, općenito, ljudski um, ukoliko on vlada svim narodima na zemlji; a politički i građanski zakoni svake nacije moraju biti samo posebni slučajevi primjene toga ljudskog uma.“¹⁴² Problem nastaje kada se zakoni države prestanu provoditi što se može dogoditi zbog „iskvarenosti republike“ koja je tada kako tvrdi Montesquieu izgubljena.¹⁴³

Na navedenim težnjama naglašavanja nasljeđa prema izučavanju povijesti, razvila se povijesno – pravna škola koja je podvrgnula kritici temeljne postavke jusnaturalizma: racionalnost, statičnost i univerzalnost prava.

2.2.2.5. Friedrich Carl von Savigny

Friedrich Carl von Savigny (1779. – 1861.) u raspravama o kodifikaciji njemačkog prava tvrdi kako postoje tri etape u razvoju prava:

- Razdoblje naturalnog, narodnog prava u kojemu je pravo izraz narodnog duha. Pri tome naglašava kako prirodno pravo nije univerzalno;

¹⁴¹ Montesquieu, C-L. de S., O duhu zakona, Demetra, Zagreb, 2003., str.12.

¹⁴² Cf. ibid., str. 10-12.

¹⁴³ Opisujući detaljnije takvo stanje u republici autor dalje navodi: „Kad nestane vrline, u srca koja ga mogu primiti uvlači se častohleplje, a u sva se srca uvlači škrtost. Želje mijenjaju predmete: ono što se voljelo, više se ne voli; čovjek je pod zakonima bio slobodan, danas želi biti slobodan mimo njih; svaki je građanin poput roba odbjeglog iz kuće svoga gospodara; ono što je bila *maksima*, naziva se *strogošću*; što je bilo *pravilo*, naziva se *smetnjom*; *strahom* se naziva ono što je bila *obzirnost*. Ovdje je skromnost, a ne želja za posjedovanjem, škrtost. Nekad je imovina pojedinca činila državnu blagajnu, dok danas državna blagajna postaje baštinom pojedinaca. Republika je plijen, a njezina snaga svela se na vlast nekolicine građana i na raspuštenost sviju.“ Cf. ibid., str. 28-29.

- Razdoblje znanstvenog prava tehničko je usavršavanje načela i priprema preduvjeta za djelatnost pozitivnog prava i slijedeće faze u razvoju prava;
- Razdoblje kodifikacije najveći je domet pravnog razvoja koji se postiže u nastavku prethodnog razvoja i u ispunjenju svih potrebnih uvjeta.¹⁴⁴

Savigny smatra kako se njemačka pravna znanost toga doba nalazi na početku druge faze te je kodifikacija njemačkog prava (po uzoru na francuski *Code Civile*) preuranjena te bi bila štetna kao proizvoljna tvorevina koja iznevjerava povijest i duh narodnog bića.¹⁴⁵ Najveći doprinos povijesno – pravne škole je isticanje razlika između prava uopće i državno – pravnih normi (čime pobijaju dominantno uvjerenje među dogmatskim pozitivistima) kako se pravo svodi na zakon i druge državne akte. Ističući povijesnu uvjetovanost prava donijeli su novost u razmišljanju o pravu kao posebnoj stvarnosti ukorijenjenoj u okolnostima egzistencije svakog naroda te su norme tek jedan dio te stvarnosti. Time je pravna povijest postala zrela znanstvena disciplina te nagovijestila i otvorila mogućnost pojave socioloških istraživanja prava. Osim toga isticali su načelo razvoja svega što postoji pa tako i prava, načelo nacionalnosti prava koji se moraju dodati pozitivnim karakteristikama razmišljanja ove teorijske orijentacije.

S druge strane važno je naglasiti i slabosti ove teorijske perspektive u kritičkom osvrtu:

- Romantičarsko i apstraktno postavljanje društvenog izvora prava;
- Ideja o „narodnom duhu“ posve je nejasna jer ne ukazuje na zbiljske socijalne skupine i interese iz kojih pravo izvire;
- Podcjenjivanje tvorbene i demokratske uloge zakonodavstva u modernom društvu bitno je konzervativno, usmjereno protiv bržeg reformiranja i ujedinjenja tadašnjeg njemačkog prava protiv staleških privilegija i diskriminacija;
- Osjetan je u pravnoj povijesti jak element političke povijesnosti, u smislu ideologije i prakse koje nastoje oživjeti stara politička stanja;
- Pravo je prije svega rezultat interesne borbe. Ono se ne razvija spontano i harmonično (prema načelima pravnog imobilizma ili fatalizma) kako tvrde predstavnici ove

¹⁴⁴ Savigny, F.C. von, *The Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence*, The Lawbook exchange LTD. Union, New Jersey, 2002., str. 61-130.

¹⁴⁵ Kodifikacija njemačkog građanskog prava uslijedila je tek 1900. godine s *Bürgerliches Gesetzbuch*, nakon ujedinjenja njemačkih država.

povijesno – pravne škole i to je područje u kojemu se treba, prema R. Iheringu, raditi na novom doprinosu u razvoju pravne znanosti;

- Povijesno – pravna škola jednostrano je shvatila povijesni razvoj: njezin evolucionistički pogled bio je usmjeren isključivo u prošlost, dok je ovdje potrebno reći kako je i put koji je potrebno prijeći u budućnosti.

2.3. Interakcija prava i društva u sociologiji prava

Nastanak i zasnivanje sociološkog razmišljanja u pravu; sociologije prava kao zasebnog područja znanstvenog istraživanja razlikuje se od same pravne teorije i prakse, ali i od konvencionalne sociologije. Predmet njenog istraživanja, njen institucionalni okvir, obuhvaća interdisciplinarno područje dvaju etabliranih društvenih područja: pravne znanosti i sociologije, a grana se na teorijska izučavanja prava kao kulturnog i društvenog fenomena te se u tome susreće s teorijom i filozofijom prava; te na empirijska istraživanja među kojima istaknuto mjesto zauzimaju proučavanja pravnih zanimanja i uloga društvenih interakcija s pravnim obilježjima.¹⁴⁶ Činjenica je kako se sociologija prava bavi stvarnošću prava, ona odgovara na pitanje: kako se pravo primjenjuje? U osnovi možemo predmet proučavanja razvrstati u dva velika područja:

- Proces nastanka i primjene prava (gdje je glavni interes istraživača uvidjeti kako pravo funkcionira kao društvena institucija povezana s drugim elementima društva: ekonomskim, kulturnim i političkim kontekstom);
- Drugo područje je primjena prava, jer stvarnost prava donosi različite međuodnose i materijalne učinke koje pravo posljedično proizvodi. Američki pravni realisti stoga formuliraju zadatak u istraživanju prava prema premisi: *law in action instead of law on paper*.¹⁴⁷

Osim navedenoga sociologiju prava moguće je, prema Szelniku, odrediti i kao posebnu sociologiju koja slijedi obrazac sličan industrijskoj, političkoj ili sociologiji obrazovanja. Svakako je sigurno da je sociologija prava “mlada i donekle kontroverzna disciplina koju neki

¹⁴⁶ Vrban, D., Sociologija prava: uvod i izvorišne osnove, Golden marketing – Tehnička knjiga, Zagreb, 2006., str. 8.

¹⁴⁷ Kregar, J., et al., Uvod u sociologiju, Pravni fakultet, Zagreb, 2006., str. 335-336.

svrstavaju u tzv. granične znanosti ili pak u interdisciplinarne, odnosno postdisciplinarne pothvate.”¹⁴⁸

Korijene sociologije prava nalazimo u teorijama prava u kojima se sociološki pristup pojavljuje s njemačkim teoretičarom Rudolfom von Iheringom i školom “interesne jurisprudencije”, a daljnja razmišljanja o društvenoj uvjetovanosti i funkcijama prava nalazimo kod Eugena Erlicha, Hermana Kantorowicza, Olivera Wendella Holmesa, Roscoa Pounda, Leona Duguita, Mauricea Haurioua i nebrojenih teoretičara novijeg doba. Svakako treba spomenuti i priloge poučavanju prava kod sociologa, prije svega Emila Dürkheima i Maxa Webera.

Na procvat sociologizma u pravnoj znanosti koji se u literaturi još spominje kao “borba za pravo”, “sociološka jurisprudencija” i “kopernikanski obrat” utjecale su promjene društvenog konteksta koje se događaju u okviru strujanja novovjekovnih ideja na prijelazu 18/19. stoljeće, jednako kao i nove ideje o pravu, koje je promicala visoko profesionalizirana akademska sredina, koja je legitimitet i autonomiju pravnog znanja sve više tražila i u socijalnoj dimenziji prava, odbacujući apstraktni formalizam. P. Selznik tako navodi četiri obilježja “novog vala” u pravnim znanostima:

- antiformalizam,
- historicizam,
- instrumentalizam i
- pravni pluralizam.¹⁴⁹

S gledišta sociološke teorije tek je Max Weber dao značajniji prilog objašnjenju prava kao svojevrsne kulturne i društvene pojave; premda se ranije i Dürkheim posvetio proučavanju prava, no njegovo je razmišljanje o pravu kao izrazu društvene svijeti, odnosno nadomjestku za moral i religiju za koje smatra da su primarni čimbenici društvene kohezije, u ovoj raspravi od sporednog značaja. Općenitu nesklonost sociologa pravu prema Vrbanu “može se objasniti primatom koji ti znanstvenici pridaju spontanim oblicima društvenog ponašanja na štetu institucionaliziranih normativnih uređenja. Stavljajući u prvi plan pojam “zajednice” umanjuje se značenje formalnih institucija kao što su država i njezin proizvod, a to je pravo.” S druge strane, radikalni teoretičari, prije svega marksisti, pravo vide kao sredstvo društvene represije

¹⁴⁸ Vrban, D., Sociologija prava: uvod i izvorišne osnove, loc.cit.; detaljniju raspravu o pitanju razgraničenja područja sociologije prava vidi u.: Pusić, op.cit. (bilj. 16), str. 5-22.

¹⁴⁹ Selznik, P., cit. prema: Vrban, op.cit. (bilj. 152), str. 10.

u rukama moćnih i bogatih. Na te orijentacije vezuju se i razmišljanja pripadnika Kritičke pravne teorije čije su teze, rasprave i stavovi centralna okosnica ovoga rada.

Novije teorijske orijentacije, posebice one Habermasa, Cotterella, Luhmana i Foucaulta svakako se smatraju iznimnim doprinosom daljnjem etabliranju ovog interdisciplinarnog područja. Ostaje činjenica da je nepregledan niz kako teorijskih tako i empirijskih tema kojima je mjesto u području sociologije prava.

Perspektiva sociologije prava je u sagledavanju aktualizacija pravnih situacija i u obuhvaćanju pravnog iskustva što nije lagan zadatak. No procesi “otvaranja društvenih znanosti” i postmodernih miješanja nespojivog nepovratno su pokrenuti, a ishod tog procesa otvara nove vidike i vodi nas u još neistražena područja kojima znanost po svojoj definiciji oduvijek i teži, zbog čega nam je tako privlačna, a neuhvatljiva i uvijek ponovno izazovna.¹⁵⁰

2.3.1. Sociološki pravni pozitivizam

2.3.1.1. Rudolf von Ihering

Nova se paradigma uvijek javlja po načelu kritike i negiranja stare. Evolucija sazrijevanja povijesnih procesa koji su mogli donijeti novu teorijsku paradigmu u povijesti pravnih znanosti dogodila se nakon pojmovne iurisprudencije i povijesno – pravne škole u orijentaciji Rudolfa von Iheringa (1818. – 1892.) koji ustaje protiv, kako ga je nazvao, „apstraktno – formalističkog zastranjivanja“. Kako bi se pravo u potpunosti ispravno razumjelo potrebno je usmjeriti pozornost na ciljeve, odnosno svrhu prava u smislu društvenih potreba i interesa. O tome piše u djelu u dva sveska „Cilj u pravu“ (*Der Zweck im Recht* (1877. – 1883.)), dok u drugoj knjizi „Borba za pravo“ (*Der Kampf ums Recht*, 1872.) zalaže se za dinamičko razumijevanje prava čiju pokretačku snagu čini borba protiv nepravde. „Pravo je ideja koja uključuje primjenu sile... velika povijesna dostignuća u pravu – ukidanje ropstva, sloboda mišljenja i izražavanja – sva su morala biti izborena, često u nasilnim borbama koje su trajale

¹⁵⁰ U Americi je npr. u novije vrijeme vrlo popularno strujanje koje se označuje kao „pokret prava i književnosti“ (*law & literature movement*). Time se obuhvaćaju interdisciplinarna istraživanja odnosa između književnih djela i pravne teorije i prakse (npr. pravne teme u djelima književnik klasika – Sofokla, Shakespeara, Camusa, Kafke, Dostojevskog i dr.) ljudske sudbine i pravosuđe, pravednost i altruizam, politička represija, identitet, društveni konformizam, rod, spol i dr. Ove rasprave nesumnjivo su imale velikog utjecaja na brojne teoretičare kritičke pravne teorije; privlačne su zbog tvrdnji kako je praksa rijetko kada ograničena, bilo zakonima prirode ili vjerojatnošću zapovjedi tradicije ili propisa te se poziva na one koji smatraju kako su svi tekstovi (uključujući pravne tekstove) otvoreni, a s njima se može manipulirati jer imaju više lica. Osim toga naglašavaju subjektivnost tumača i niječu čak i postojanost interpretativnih zajednica koje mogu dodati slušateljeva značenja tekstovima. Opširnije V.: Vrban, op.cit. (bilj. 152), str. 16., Kelman, M., *A guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1987., str. 15.

stoljećima.¹⁵¹ U ovim svojim nastojanjima približava se filozofijskom i iusnaturalističkom shvaćanju pojma prava s primjesama povijesnosti. Iheringa možemo nazvati sponom između dogmatskog i sociološkog shvaćanja prava. Zadržava dogmatsku teoriju o pravu kao sustavu pravila dodajući mu novu komponentu prema kojoj su sva ljudska ponašanja usmjerena ka ostvarenju nekih interesa i ciljeva, a u međusobnim odnosima manifestiraju se u obliku suradnje ili sukoba pojedinaca ili društvene grupe. „S protjecanjem vremena, interesi tisuća individua, kao i cijelih društvenih klasa, postali su povezani s postojećim principima prava tako čvrsto da je te veze teško presjeći... promjena u pravnom sustavu upravo iz tog razloga znači objavu rata navedenim interesima, razdiranje polipa koji se odupire s tisuću ruku.“¹⁵² Još jedna novost koju R. Ihering unosi u pravo je pojam funkcije – kao osiguranje životnih uvjeta društva, tj. usmjeravanje za društvo najznačajnijih međuljudskih odnosa. Time je pravo, za R. Iheringa i dalje vezano uz državu, no ono postaje jedna posebna „tehnika“ kojom se razrješavaju interesni sukobi i usmjerava „razuman egoizam“ pojedinaca tako da od njega imaju najveću korist i ostali pripadnici zajednice. Primjenjujući J. Benthamov koncept utilitarizma proširuje ga na društvo tvrdeći kako „dobro za pojedinca nije cilj po sebi, već sredstvo za postizanje šire društvene svrhe... pravo je društvena sila stvorena od strane društva te ga treba koristiti za individualno dobro samo ukoliko se interes pojedinca poklapa u potpunosti s interesom društva u cjelini.“¹⁵³ Pravo se može u potpunosti razumjeti ukoliko se ispita njegova svrhovitost, interesna i konfliktna narav.

Važnost njegove misli u pravnoj znanosti imala je velik utjecaj na oblikovanje mišljenja teoretičara 19. stoljeća u kojemu je došlo do tzv. „kopernikanskog obrata“¹⁵⁴ u pravnoj znanosti koja se od njegova vremena sve više okreće pitanjima društvene podloge prava, odnosno njegovim materijalnim izvorima. Na tragu tih razmišljanja utemeljuje se novi pristup u proučavanju prava „interesna jurisprudencija“ (*Interessen-jurisprudenz*) čiji su glavni predstavnici u njemačkoj pravnoj znanosti toga doba Philipp Heck i Max Rumelin.

¹⁵¹ Ihering, R., *The Struggle for Law*, Bibliobazaar, LLC, 2009., str. 12.

¹⁵² Cf. *ibid.*, str. 10.

¹⁵³ Ihering, R., *Law as a means to an end*, The Lawbook Exchange, LTD. Union, New Jersey, 1999., str. 18-19.

¹⁵⁴ Schock, M., Rumelin, M., *The Jurisprudence of Interests*, H.U.P., London, 1948. str. 21.; Isto: Vrban, op.cit. (bilj. 9), str. 546.

2.3.2. Interesna (analitička) iurisprudencija

2.3.2.1. Philipp Heck

Philipp Heck (1858. – 1943.) smatra se osnivačem interesne jurisprudencije.¹⁵⁵ Prema njegovu mišljenju upravo interesna jurisprudencija zastupa primat u izučavanju života prava kao realnih društvenih odnosa nasuprot prijašnjem „primatu geometrijske logike“. Cilj je pravne znanosti prije svega služiti životu, a ne biti svrha samoj sebi.¹⁵⁶ Poseban predmet njegova interesa odnosi se na sudačko odlučivanje i stvaranje prava kao njegova zadobivanja. U tom smislu navodi postojanje tzv. „pravnih praznina“¹⁵⁷ koje postoje u svakom pravnom sustavu, a po potrebi ih sudac smije popuniti obazirući se na intencije zakonodavca ili, ukoliko mu to specifičnost slučaja dopušta, po osobnoj procjeni. Nastavljajući Iheringovu misao o „interesima“ ne uspijeva u potpunosti utemeljiti razliku između individualnih i javnih interesa. Zaštitu interesa, koja mogu biti materijalne i nematerijalne prirode, pruža prije svega zakonodavac i ustavotvorac. Kako bi izbjegla dvojbu u pitanju definiranja razlike između individualnih i javnih interesa, novija teorija prava upotrebljava u označavanju ove vrste jurisprudencije termin „vrijednosna“ umjesto „interesna“ jurisprudencija.¹⁵⁸

Ovaj zaokret u proučavanju pravnih znanosti preuzimaju i teorijske orijentacije u Skandinaviji (Upsalska škola), SAD-u (Rudolph Ihering i Roscoe Pound) te se u njima pravo počinje shvaćati kao posebna tehnika društvene regulacije jer je njegov osnovni cilj regulacija interesnih odnosa (suradnje i sukoba) koji nastaju u društvu. Time se prvi puta u povijesti pravne znanosti povezuju zakonodavstvo, sudačka primjena prava, pravna znanost i politika kroz pozivanje na ostvarenje društvenih ciljeva i vrijednosti. Pravo se u tim teorijskim orijentacijama počinje razumijevati i kao instrument društvene promjene (*social engineering*). Prema postavkama ove teorijske orijentacije zadatak pravne teorije nije analiza pravnog sustava i formalnih zakona i njihovih formulacija, već stvarno ponašanje aktera procesa pravosuđenja: kako bi odgovorila tom zahtjevu pravna znanost mora se služiti drugim znanostima: psihologijom, ekonomijom te osobito sociologijom.¹⁵⁹

U jednoj raspravi Roscoe Pound i Karl Llewellyn definirali su zadatak iurisprudencije na sljedeći način:

¹⁵⁵ Vrbani, op.cit. (bilj. 9), str. 546.

¹⁵⁶ Heck, P., *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Tübingen, 1912.; Schock, M., Rumelin, M., *The Jurisprudence of Interests*, H.U.P., London, 1948. str. 21., 298.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Luhman, N., *A Sociological Theory of Law*, Routledge and Kegan, London, 1985., str. 18.

- Funkcionalni pristup, tj. ne samo proučavanje onoga što pravne preskripcije, doktrine i institucije jesu te kakve bi one bile, već i analiza njihova djelovanja. Pravo je u stalnom tijeku, u stvaranju i sudskom tumačenju.
- Razlikovanje onoga što pravo jest od onoga što bi trebalo biti te vrijednosno neutralna analiza primjene prava. Činjenice treba promatrati kakve one jesu i od njih odvojiti raspravu o tome kako bi trebalo biti. Priznanje postojanja alogičnog, racionalnog i subjektivnog elementa u sudskoj akciji i... prepoznavanje kada djeluje efikasno.
- Priznanje značenja pojedinačnog slučaja, uže definiranje poddisciplina prava radi lakše sistematizacije iskustva.
- Napuštanje ideje da jedan normativni uzrok ima jednu posljedicu, postoji pluralizam elemenata koji utječu na ljudsko ponašanje.
- Studij sredstava koja pravne norme čine efikasnim. Konačni je cilj učiniti efektivnim svaki pokušaj postizanja društvenih ciljeva, a ne cilju samom po sebi te stalno preispitivanje njegove svrhe i efekata koje postiže. Kako postiže cilj koji mu je društvo zadalo?
- Zadatak je i stvaranje teorija o interesu i razmatranje ciljeva pravnog poretka, stvaranje teorije koja odgovara i modernoj psihologiji i suvremenoj filozofiji.
- Neslaganje s tradicionalnom pravnom teorijom koja samo opisuje pravna pravila. Priznanje da postoje mnogi i različiti pristupi pravnoj istini te da je svaki od njih važan s obzirom na neki posebni problem pravnog poretka.¹⁶⁰

2.3.2.2. Leon Duguit

Francuski pravnik Leon Duguit (1859. – 1928.) promatra pravo kao društvenu pojavu i kao manifestaciju društvene svijesti polazeći od opće i pravne sociologije Emila Durkheima. On za razliku od teoretičara interesne jurisprudencije naglašava aspekt suradnje i međuovisnosti ljudi u društvu te se time ova teorija obilježava kao solidaristička teorija prava, a s obzirom na pojam društvene uzajamnosti (solidarnosti) kao ideje vodilje njegove teorije koja se može shvatiti i

¹⁶⁰ „To su zajedničke točke rasprave navedenih autora. R. Pound je navedene principe formulirao u dvije različite varijante u dva različita članka. U jednom slučaju navodi šest, u drugom sedam točaka, formulacije su slične uz neznatne razlike...Međutim, na tekst R. Pounda K. Lewellyn napisao je komentar i odgovor, u devet točaka. On poriče postojanje zajedničke škole pravnog realizma: „Ne postoji škola realista. Vjerojatno nikad neće ni postojati. Nema neke grupe s nekim službenim priznanjem ili zajedničkim uvjerenjem...Nove pridošlice dobivaju sredstvo i poticaj, a ne vladara ili vladajuću ideju. Stare pristaše razlikuju se u interesu i idejama. Povezani su, kako kaže Frank, samo zajedničkim negiranjem, njihovim skepticizmom i znatiželjom“ (1233). Obje programatske deklaracije nisu međusobno isključive, štoviše: sličnosti su čak i u formulacijama.“ Navedeno prema: Kregar, J., Šimonović, I., Teorijski temelji ekonomske analize prava, Zbornik PFZ, 46 (6), 1996., str. 567. , fn. 32.

kao opća teorija prava, ili preciznije interdisciplinarnan, sociološki usmjeren pristup pravu.¹⁶¹

Glavne su postavke Duguitova solidarizma:

- Svako društvo počiva na uzajamnosti jer ljudi ovise jedni o drugima, posebno pri razvijenoj podjeli rada (koju prema Dürkheimovim tezama naziva „organska solidarnost“);
- Društvena se uzajamnost izražava i omogućuje normama među kojima treba razlikovati moralne, vjerske, gospodarske, pravne i druge. Ako nepoštivanje moralnih normi dosegne takav stupanj da zajednici prijete moralna kriza i raspad, tada na scenu stupaju pravne norme. One omogućuju djelotvorno kažnjavanje narušitelja društvene uzajamnosti (solidarnosti) putem državne prisile;
- Pravo se prema tomu mora promatrati kao integralni dio svih društvenih procesa i pojava, ono nije izolirano od društvenih tijekova i potreba. Pravo je poteklo iz društva i u skladu s tim postulatom Duguit koristi termin „društveno pravo“.
- Konstatacijom kako je država nastala nakon prava te mu je kao takva podređena i njime regulirana doprinosi oblikovanju suvremene pravne misli o pravnoj državi i nadređenosti građanskog društva nad državom. Država i pravnici samo su tehničko osoblje, posrednici u zaštiti pravnih pravila koja postoje u normativnoj svijesti ili pravnoj kulturi naroda.¹⁶²

2.3.3. Antiformalizam u pravnoj znanosti. Pokret slobodnog prava.

Pod pojmom antiformalizma podrazumijevamo kritički odnos prema tradiciji shvaćanja prava koji podrazumijeva napuštanje i prevladavanje pravnog pozitivizma klasičnog tipa. Tada novo shvaćanje prava nudi realistički, sociološki usmjeren pogled na pravo. Iako se stare kodifikacije s početka stoljeća, kao i pojmovni instrumentarij naslijeđen iz rimskog prava i dalje koriste, osjeća se sve više i potreba za fleksibilnijim rješenjima i otvorenosti prema promjenama u odnosu između društva i prava.

¹⁶¹ Reuschlein, G.H., Jurisprudence, its American Prophets: a Survey of Taught Jurisprudence, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=Ex2xAAAIAAJ&hl=hr&dq=Leon%20Duguit&ei=xXhETLb-LsWOjAeb_qFV&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=7&ved=0CEQQ6AEwBg, 19.07.2018., str. 122-124.

¹⁶² Bodenheimer, E., Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=e6zzAAAAMAAJ&q=Leon+Duguit&dq=Leon+Duguit&hl=hr&ei=xXhETLb-LsWOjAeb_qFV&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CDQO6AEwAw, 20.07.2018. str. 147-148.

2.3.3.1. Hermann Ulrich Kantorowicz

Kritika tradicionalne jurisprudencije najjasnije se očitovala u ideji Hermanna Ulricha Kantorowicza (1877. – 1940.) o tzv. „pokretu slobodnog prava“ koju je najcjelovitije izrazio u svom djelu „Borba za pravnu znanost“ (*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906.). „Slobodno pravo“ postoji usporedno s državnim, starije je od zakona koji su stvorili javno mišljenje, sudske presude i pravna znanost. Pravo nije zatvoreni sustav, već sadrži „praznine“ bez kojih ne može postojati. Jurisdikcija je neizbježan izvor prava, a uloga pravne znanosti mora biti stvaralačka u smislu prava.¹⁶³

2.3.3.2. Eugen Erlich

Osim U. Kantorowicza uz pokret slobodnog prava pristaje i Eugen Erlich (1862. – 1922.). Slobodno pravo (*freies Recht*) ne uklapa se niti u jednu tradicionalnu definiciju prava. Ono se ne sastoji samo iz fizičke sankcije nego postoji neovisno o državnom pravu, vrednuje ga, dopunjava, razvija ili čak ukida zakonodavne i druge važeće norme. Sastoji se iz nedržavnih pravila koji uređuju važne međuljudske odnose u redovnim životnim prilikama. Time premješta težište proučavanja prava u samo društvo. Najveći dio prava izvire neposredno iz društva što je vidljivo u pravnim sporovima kada je sudac suočen s nizom pravnih praznina u zakonskoj regulativi te se u presudi odlučuje prema pravilima društvenog prava, tj. prema svom osjećaju pravednosti, čak ako time ponekad ide i protiv nepravednih državnih normi (*contra legem*).¹⁶⁴ Takvo razumijevanje prava mora se staviti u kontekst naglih društvenih promjena uzrokovanih industrijskim i političkim revolucijama toga vremena koje je zakonska regulativa slabo pratila. Ovakvo je tumačenje zakona otvorilo i pitanja nesigurnosti u primjeni općih pravnih normi (nemogućnost da pravni subjekti unaprijed znaju koja su njihova trajna prava i obveze) i samovolje kao i protuzakonitosti onih koji imaju veću državnu moć.¹⁶⁵

2.3.3.3. Georges Gurvitch (Georgii Davidovich Gurvitch)

Dvije su dimenzije G. Gurvitch-eva (1894. – 1965.) rada koje se dotiču odnosa između prava i društvenih znanosti: teorijski i praktično-politički model sociologije prava, koji su u

¹⁶³ Grosswald Curan, W., Rethinking Hermann Kantorowicz: Free law, American legal realism, and the legacy of anti-formalism, u: Riles, A., Rethinking the Masters of Comparative Law, Hart Publishing, Oregon, 2001., str. 66-94., dostupno na: http://books.google.hr/books?id=Ks5It0NEVHUC&pg=PA66&dq=Ulrich+Kantorowicz&hl=hr&ei=iHxETM3cLIyOjAf08eUV&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CCoQ6AEwAQ#v=onepage&q=Ulrich%20Kantorowicz&f=false, 19.07.2018.

¹⁶⁴ Erlich, op.cit. (bilj. 28), str. 3-26.

¹⁶⁵ Visković, op.cit. (bilj. 48), str. 111.

njegovim ranim radovima usko povezani, dok kasniji radovi dokazuju visoko formaliziran teorijski oblik. Gurvitch-eva predanost sociologiji prava očituje se u ideji društvenog prava (*social law*) koju kao pripadnik ruske inteligencije prihvaća kao političku kritiku i potencijalnu alternativu ruskom boljševizmu. Njegov istaknuti politički angažman povezan je uz sindikalni projekt samoorganiziranih radnika u procesu proizvodnje. Sindikalizam koji produbljuje u susretu s francuskom sindikalnom tradicijom, osigurava kod Gurvitcha predanost radikalnim društvenim i ekonomskim promjenama.¹⁶⁶

Važno je u ovom kontekstu spomenuti originalnu i složenu sociološku teoriju koju je iznio Gurvitch, a koja nastoji biti sinteza svih povijesnih spoznaja o pravu u društvenoj tvorevini. U djelu „Ideja društvenog prava“ (*L'idee Du Droit Social*, 1932.) donosi novu široku tipologiju društvenih zajednica od koje svaka proizvodi pojedinu, odgovarajući vrstu društvenog prava uz koje postoji i individualno pravo koje nastaje u robnoj razmjeni. Obje vrste prava nastaju spontano i autonomno s mogućnošću dostizanja određene mjere organiziranosti. Na tragu tih razmišljanja Gurvitch vidi pozitivno pravo kao pluralističko pravo (pravo gospodarskih organizacija, udruženja različitih interesnih skupina, obitelji, crkve, lokalnih zajednica) jer nastaje i postoji toliko vrsta pozitivnog prava, koliko je u određenom društvu društvenih skupina i djelatnosti iz kojih proizlazi normativna svijest. Državno pravo time je samo jedan od tipova pravnih poredaka, a od ostalih tipova prava razlikuje ga monopol fizičke prisile, te nemogućnost izuzeća od njegova djelovanja.¹⁶⁷ Ovime donosi kritiku u odnosu na tradiciju analitičke jurisprudencije u kojoj kao temeljni nedostatak vidi pretjeran naglasak na državnom pravu. Upravo iz navedenog nedostatka fokus premješta na društveno pravo koje je generirano iz društvenog kolektiviteta. Upravo je društveno pravo temelj iz kojega se razvija državno pravo.¹⁶⁸ Ono se razvija spontano i neovisno o državi, stvarajući sudski poredak iz primarnih društvenih pretpostavki. Suprostavlja društveno individualnom pravu donoseći promjenu od pojma „ja“ k pojmu „mi“. Temeljno je polazište društvenog prava suradnja, zajedništvo i solidarnost. Uvodi i pravo subordinacije kao treći oblik, koji zapravo predstavlja izopačenost društvenog prava.¹⁶⁹ Društveno pravo temelji se na povjerenju, dok individualno predstavlja suprotan pol.

¹⁶⁶ Gurvitch, G., *The Sociology of Law*, Transaction Publishers, New Brunswick and London, 2001., str. 17.

¹⁶⁷ Cf. *ibid.*, str. 198-226.

¹⁶⁸ *Social law is for us the autonomus law of communion by which each active, concrete totality is integrated in an objective fashion. This social law incarnates a positive value. It is the law of integration.* Cf. *ibid.*, str. 19.

¹⁶⁹ *Ibid.*

Tablica 1. Gurvich-eva tipologija prava

		Tipologija prava			
		Organizirano pravo		Neorganizirano pravo	
Dubinska razina prava	Nepromjenjivo pravo	Organizirano nepromjenjivo pravo (statuti)		Nepromjenjivo spontano pravo (običajno pravo)	
	Fleksibilno pravo	Promjenjivo organizirano pravo (diskreciono)		Promjenjivo spontano pravo (nagodba)	
	Intuitivno pravo	Organizirano (sudski popunjavanje „praznina“)	intuitivno aktivizam,	Intuitivno pravo (apsolutno samoupravljanje)	spontano

Izvor: izrada autora, prema predlošku u: Gurvitch, G., *The Sociology of Law*, Transaction Publishers, New Brunswick and London, 2001., str. 42.

Gurvich-eva teorijska sistematizacija prava osigurala je temelj potrazi za pluralističkom teorijom prava, dok njegova stalna privrženost sindikalnom projektu društvenog prava čini osnovu stalnog nastojanja ka transformativnim vizijama prava i pravne znanosti. U antiformalističkom duhu pisali su kritizirajući etatiističke koncepcije toga doba još Otto von Gierke (1841. – 1921.) u djelu *Das deutsche Genossenschaftsrecht*¹⁷⁰ iz 1868. te François Géný (1861. – 1959.).¹⁷¹

Pregled novijih teorija o pravu donosi čitav niz različitih pristupa koji prelazi granice pravnih znanosti postajući multidisciplinarni, uvodeći u tumačenje prava osim pravnih znanosti sociologiju, filozofiju, hermeneutiku, retoriku, teoriju argumentacije, topiku, antropologiju, itd. Navest ćemo samo pregledno neke od novijih teorija koje navodi D. Vrban, a koje su se razvile u doticaju s navedenim disciplinama doprinoseći otvaranju i međusobnom prožimanju društvenih znanosti: hermeneutika i teorija argumentacije, topika i nova retorika, sistemska teorija Niklase Luhmana, etnologija, antropologija, filozofija, sociologija.¹⁷²

¹⁷⁰ Gierke, O. von, *Community in Historical Perspective*, C.U.P., 1990., dostupno na: http://books.google.hr/books?id=GMO4gwm31kEC&printsec=frontcover&dq=Otto+von+Gierke&hl=hr&ei=b4FETN3hKJWSjAeHk4wW&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCYQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false, 19.07.2018.

¹⁷¹ Peczenik, A., *On Law and Reason*, Springer Science + Business Media, Stockholm, 2009., str. 332.; V. još Vrban, op.cit. (bilj. 48), str. 550 – 551.

¹⁷² Opširnije V.: Vrban, op.cit. (bilj. 48), str. 574 – 598.

2.4. Integralna teorija prava

Integralna teorija prava nastaje, prema Viskoviću, u novijoj pravnoj filozofiji i znanosti kao teorijska struja koja okuplja sve dosadašnje spoznaje teorija o pravu. Integralisti tvrde kako sve dosadašnje teorije griješe zbog redukcionizma: prirodno pravna učenja u pravu izdvajaju jedan sustav vrijednosti; dogmatičari i normativisti pravo poimaju kao čisti sustav normi, itd. Pristaše integralnog shvaćanja prava odbacuju nepotpunost u spoznajama predmeta prava (na koju je upozoravao već G. Gurvitch¹⁷³) u kojemu vide poseban društveni proces gdje su objektivne (biološke, ekonomske, spolne i dr.) osnove međuljudskih odnosa, vrijednosni stavovi i normativna svijest do te mjere međuovisni da nijedan od tih sastojaka ne može biti spoznat, a ni praktički ovladan, ako se izdvoji od drugih.¹⁷⁴ Prema integralnoj definiciji „*pravo je poredak društvenih i državnih normi kojima se u važnim međuljudskim odnosima prisilno ostvaruju ideje pravednosti i druge vrijednosti zajedničkog života.*“¹⁷⁵ Pravo je poseban društveni proces gdje su ponašanja, vrijednosni stavovi i normativna svijest do te mjere uzročno, funkcionalno i smisleno međuovisni da nijedan od tih sastojaka ne može biti spoznat ako se izdvoji od drugih. Pristaše integralnog shvaćanja prava ističu činjenicu kako su dogmatski, normativistički i sociološki pozitivisti najviše griješili zanemarivanjem vrijednosnog aspekta prava. To je aspekt koji su naglašavali prirodnopravni teoretičari, griješeći u shvaćanju pravednosti kao univerzalne i apsolutne vrijednosti. Iskustvo svakodnevno potvrđuje kako je u svakoj pravnoj pojavi – pravnom odnosu, pravnoj normi, pravnom statusu, pravnoj obvezi i pravnom ovlaštenju – uvijek sadržano neko vrednovanje. Ono svaku od navedenih pojava čini pravednom ili nepravednom, zakonitom ili nezakonitom, sigurnom ili nesigurnom, za opće dobro ispravnom ili neispravnom te bez njega niti jedna pravna pojava normativnog tipa ne može niti nastati.¹⁷⁶

¹⁷³ „Pravna pojava je krajnje složena u svojoj antinomičnoj strukturi: u njoj se susreću antinomija u heteronomiji, idealni i realni elementi, stabilnost i nestabilnost, poredak i stvaranje, prisila i uvjerenje, društvene nužnosti i ideali, iskustvo i tumačenje, logične ideje i moralne vrijednosti“ V. Gurvitch, G., Sociologija, Sv. I., Naprijed, Zagreb, 1946-66., str. 61-62.

¹⁷⁴ „Potrebna nam je takva teorija prava koja integrira tradicionalne škole prava te teži ka njihovom nadilaženju. Takva integrativna teorija prava naglašava kako u pravo kao znanost moramo vjerovati jer ono neće ispunjavati svoju funkciju; ona uključuje ne samo opravdanje nego emocije, intuiciju i vjeru. Ukratko – uključuje potpunu društvenu predanost.“ Berman, op.cit. (bilj. 19), str. 7.

¹⁷⁵ Visković, op.cit. (bilj. 48), str. 116.

¹⁷⁶ Prema prirodi prava i stajalištu s kojeg ga treba proučavati možemo razlikovati filozofsku, historijsku, analitičku te prema R. Poundu, sociološku školu kao temelj sveukupne integracije, odnosno pokušaja napuštanja isključive upotrebe jedne metode i usuglašavanje različitih škola u tzv. *sociological jurisprudence*. Pound, R., The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence, u: Hayman, R., Levit, N., Jurisprudence: Contemporary Readings, Problems and Narratives, St. Paul, West Publishing, 1994., str. 25-26.

Zajedničko je uvjerenje integralista kako je međusobno impliciranje odnosa, vrijednosti i normi bitno za svako pravno iskustvo, bez obzira da li je ono predmet izučavanja dogmatičara, sociologa ili filozofa prava, pri čemu se ističe važnost i nužnost sinteza metoda i jedinstva pravne spoznaje. „Pravna filozofija ne može bez sociologije prava i pravne nauke, kao što ove dvije ne mogu jedna bez druge ili bez filozofske refleksije...sve tri počivaju na istoj osnovi: na specifičnom pravnom iskustvu koje jedino omogućuje zahvaćanje pravne stvarnosti.“¹⁷⁷

2.5. Kritički stavovi prema definiciji prava

Konvencionalizam je jedan od načina kritike tradicionalnog definiranja prava. U prvom redu postoji otpor odredbama prava koje pretendiraju na univerzalnost i prinudnost. Područje jedne znanosti u ovakvom načinu razumijevanja određuje se prema konkretnim ciljevima i subjektima istraživanja pa stoga i termin „pravo“ nije potrebno formalno i kruto definirati te time prejudicirati istraživanja, već ga držati relativno neodređenim, otvorenim i upotrebljavati ga kao program za istraživanja s različitih polazišta.¹⁷⁸

Ublaženi oblik takva prigovora nalazimo kod K. Olivecrona: „...istraživanje ne smije započeti definiranjem prava, već opisom i analizom činjenica koje ne moraju, ali mogu završiti “redimenzioniranjem” vladajućeg pojma prava.”¹⁷⁹

Drugi kritički pravac odnosi se na manjkavost definicije *per genus et differentiam*. Prema H.L.A. Hartu takva je definicija prava beskorisna zbog neodređenosti rodnog pojma „pravilo”, zbog krutosti koje prikrivaju „granični slučajevi” i svoje nemoći da konceptualizira raznolike probleme pravne znanosti.¹⁸⁰ Slično J.B. Pašukanis navodi kako „takav složeni pojam kao što je pravo, ne može se iscrpiti definicijom po pravilima školske logike *per genus et differentiam specificam*”¹⁸¹ te J. Stone tvrdeći kako definicija može biti tek jedan indeks.¹⁸²

Umjerena kritika upozorava na opasnost od preapstraktnih, redukcionističkih i kategoričnih definicija. Traži se odustajanje od prakse pojednostavljenja te prihvaćanje činjenice višedimenzionalnosti pravne pojave u odnosu na koju svaka definicija ima samo relativnu vrijednost budući je uvjetovana položajem, pristupom i ciljevima subjekta. Pored toga

¹⁷⁷ Gurvitch, G., *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, 1935., str. 17., navedeno prema Visković, op.cit. (bilj. 11), str. 34.

¹⁷⁸ Cf. ibid. str. 22.

¹⁷⁹ Olivecrona, K., *Il dritto come fatto*, Milano, 1967., str. 18-19., Navedeno prema: Ibid.

¹⁸⁰ Hart, op.cit. (bilj. 137), str. 12-17.

¹⁸¹ Pašukanis, J.B., *Opća teorija prava i marksizam*, u: *Sovjetske teorije prava*, Globus, Zagreb, 1984., str. 183.

¹⁸² Stone, J., *Meaning and Role of Definition of Law*, ARSP, Sydney, 1963., str. 32.

I. Krbek ističe kako definicija prava treba obuhvatiti svoj predmet što svestranije i elastičnije, ističući opisnu definiciju prava.¹⁸³

Pravo je ljudska praksa i kultura, sustav društvenih i državnih normi koji u međuljudskim odnosima efektivno ostvaruju ideju pravde i druge vrijednosti kolektivnog života. Na taj se način postiže kritička integracija osnovnih dimenzija pravne pojave koje su u povijesti pravnih znanosti umjetno razdvojene redukcionističkim spoznajama prava. Time se ističe nužnost kritičke sinteze metoda i jedinstva pravne spoznaje.

III. KRITIČKA PРАВNA TEORIJA: JUČER, DANAS, SUTRA

1. Intelktualno - teorijski izvori i uzori Kritičke pravne teorije

1.1. Marksizam i pravo

Marksističko razumijevanje društva objašnjava svijet društvenih pojava koristeći se slikovitom formulom odnosa između baze i nadgradnje, pri čemu sve pojave nadgradnje imaju svoju objektivnu osnovu u društvenoj bazi; u proizvodnim odnosima. Kako bi istina o određenoj društvenoj pojavi bila zaokružena potrebno je, tvrde marksisti, objasniti i njene korijene. Kada se radi o pravu, marksistička teorija nije se mogla zadovoljiti samo opisivanjem i objašnjavanjem njegove pojave u teorijskom nego i u objektivnom, praktičnom društvenom okruženju.

1.1.1. Karl Marx

Misao Karla Marxa¹⁸⁴ nedvojbeno je imala veliki utjecaj na razvoj sociologije 20. stoljeća. Njegove ideje bile su prihvaćene ne samo kao osebujan pristup društvu kroz

¹⁸³ Krbek, I., Prilog teoriji o pojmu prava, JAZU, Zagreb, 1952., str. 72-74.

¹⁸⁴ Kako bi prikazali značajnost misli Karla Marxa i njegovog doprinosa razvoju kritičke teorije poslužiti ćemo se savjetom fizičara Fritjofa Capre u djelu „Vrijeme preokreta“: „Svatko tko ozbiljno pokušava razumjeti društveni položaj čovječanstva mora proučiti misao Karla Marxa i pri tome će osjetiti neprolaznu intelektualnu privlačnost. Prema Robertu Heilbroneru ta privlačnost proizlazi iz činjenice da je Marx bio prvi koji je otkrio cjelovit oblik istraživanja kojemu će zauvijek pripadati. To se dogodilo samo jednom prije toga, kada je Platon „otkrio“ oblik filozofskog istraživanja. Marxov oblik istraživanja bio je društvena kritika i to je razlog zbog kojeg se nije smatrao filozofom, povjesničarom ili ekonomistom – premda je sve to bio – već društvenim kritičarom. To je također razlogom zbog kojeg njegova društvena filozofija i dalje ima jak utjecaj na društvenu misao.“

sveobuhvatnu teoriju nego i pogled na svijet koji sadrži upute za konkretno djelovanje (aktivizam). Ta se praktična strana Marxove filozofije pojavljuje tijekom 20. stoljeća i kao programska platforma lijevih društvenih pokreta te su njegove ideje prihvatili predvodnici radničkih i prevratničkih stranaka postajući time političkom ideologijom marksizma.¹⁸⁵

Za Marxovu misao možemo reći kako potječe iz tri duhovna izvora: njemačke idealističke filozofije (Hegel), utopijskog socijalizma i britanske političke ekonomije (Smith). Osim navedenoga na njega su još snažno utjecale ideje prosvjetiteljstva i romantizma (Voltaire, Rousseau, Diderot i dr.). Na njemačkoj duhovnoj sceni, kritički mislioci (Thomasius, Wolff, Fichte, Kant) dijelili su iste ideale sa svojim francuskim kolegama: misliti i djelovati s ciljem da se život pojedinca i društva uredi prema načelima razuma. Tu su još i neosporni utjecaji Spinoze, Kanta i Hegela prema kojima čovječanstvo treba težiti neprekidnom prevladavanju postojećeg stanja u ostvarivanju puta ka slobodi. Odbacivanje predrasuda, između ostalog i religije kao zablude, bezgranična vjera u mogućnost popravljanja svijeta, bile su *credo* cijelih naraštaja s kojima se Marx u potpunosti poistovjećuje.¹⁸⁶

Između tri pristupa predstavljanja Marxa i njegova djela u predgovoru djela „Marx nakon 100 godina“ R. Kalanj označio je između vulgarno – dogmatskog, radikalnog osporavanja te kritičkog mišljenja i istraživanja Marxova djela u duhu njegove teorijske metode, ovaj treći pristup kao ispravan put ponovnog proučavanja znanstveno – teorijske misli ovog velikog mislitelja. Takav pristup jedini je konstitutivan te se ne može zatvarati jer istovremeno označava mogućnost kritičkog prevladavanja, razrade i inovacije. „Otvorenosti Marxove pozicije najkonzekventnije odgovara otvoreno marksističko mišljenje.“¹⁸⁷ Činjenica je kako je Marx sociolog i mislilac revolucije, „veliki pobunjenik“ 19. stoljeća, no njegova otkrića i intencije daleko nadilaze to stoljeće te je on i danas u mnogim bitnim pitanjima naš živi suvremenik. Kao kritičar građanskog društva i teoretičar socijalističke revolucije morao je imati neki odnos prema političkoj sferi i pitanju države. Možda je u tom kontekstu najjasniji njegov stav iz „Kritike Gotskog programa“ o diktaturi proletarijata kao obliku socijalističke

Navedeno prema: Dragičević, A., Teorija znanstvenog komunizma, str. 2., dostupno na: http://www.rifin.com/images/stories/starestranice/teorija_znanstvenog_komunizma.pdf 19.06.2018.

¹⁸⁵ Marx se kretao u društvu opozicionara i radikalnih kritičara poretka, ponajviše onih iz intelektualnih krugova. Život u izgnanstvu (Pariz, Bruxelles, London) kao i prijateljstvo s F. Engelsom približili su ga radničkom pokretu. Zajedno s Engelsom napisao je Komunistički manifest (London 1848.) publikaciju koja je postala jednom od najutjecajnijih u komunističkom i socijalističkom pokretu. Inspirirao je svojom ideologijom i „Internacionalu“, prvo međunarodno radničko udruženje s revolucionarnim ciljevima. Opširnije V.: Vranicki, P., Misaoni razvitak Karla Marxa, Matica Hrvatska, Zagreb, 1963.

¹⁸⁶ Vranicki, P., Dijalektički i historijski materijalizam, Nakladni zavod Matice Hrvatske, Zagreb, 1983., str. 11-24.

¹⁸⁷ Kalanj, R.: Marx nakon stotinu godina, predgovor djela: Burger, H., et al.: Marx nakon 100 godina, Globus, Zagreb, 1984. str. 14.

države prijelaznog razdoblja. Međutim, mnogi teoretičari smatraju da Marx zapravo nema razrađenu teoriju države i politike pa su se socijalističke revolucije stoga koristile samo F. Engelsovim i Lenjinovim elaboracijama, zbog čega je politička sfera postala bolnom točkom u svim dosadašnjim socijalističkim iskustvima.¹⁸⁸ Marxovo ukupno djelo i misao u tolikoj je mjeri opsežno da se za potrebe ovoga rada ne može niti treba u potpunosti prikazati. Ovdje ćemo navesti tek nekoliko njegovih razmišljanja, a koja su u vezi s našim predmetom istraživanja te su kao takva nezaobilazna u elaboraciji povijesnog prikaza kritičke (pravne) misli.

„Historijski materijalizam¹⁸⁹ se kod Marxa oblikovao kao društvena kritika, odnosno kritika uvjeta u kojima se konkretno odvija život ljudskih subjekata. Središnju dimenziju tih uvjeta tvori način na koji ljudi društveno proizvode ono što im je potrebno za održanje života. Tvore je proizvodne snage i njima odgovarajući odnosi proizvodnje. Ono što ljudi misle – razni oblici religije, prava, politike i filozofije – uvjetovano je tom strukturom kao realnom osnovom na koju je upućeno sve ostalo. Ljudska se povijest ne može razumjeti u terminima povijesti duha već kao povijest različitih načina proizvodnje koji su se sukcesivno oblikovali u vremenu. Drugim riječima to je povijest tehnika i materijalnih sredstava neophodnih za proizvodnju i povijest oblika društvenih odnosa unutar kojih se tehnike i materijalna sredstva koriste. Ono što Marxa u tom sklopu posebno zanima je razumijevanje logike prema kojoj se odvija prijelaz iz jednog načina proizvodnje u drugi. Ključ njegova razumijevanja društvene promjene jest stalno obnavljajuća proturječnost ljudske povijesti između proizvodnih snaga i odnosa proizvodnje. Proces u kojem ta proturječnost dolazi do izražaja i koji se podudara s epohom socijalne revolucije ne ovisi o volji pojedinaca niti se po nečijoj volji može ubrzavati. Kad je riječ o modernom buržoaskom ili kapitalističkom načinu proizvodnje, uvjeti za njegovo prevladavanje sadržani su, s jedne strane, u razvoju radničke klase koja je sve brojnija i svjesnija svog otuđenog položaja, to jest svoje potlačenosti.“¹⁹⁰

U izlaganju Marxove misli ne može se zaobići niti pitanje dijalektike, koju je on smatrao glavnim obilježjem svojega pristupa političkoj ekonomiji i teoriji društva. Dijalektika se u njegovu djelu pojavljuje kao svojevrsna metoda znanstvenog rada te kao obilježje (temeljna premisa) njegovog shvaćanja povijesti (kao kretanja prema realizaciji imanentnog cilja). Ona

¹⁸⁸ Cf. *ibid.*, str. 15.

¹⁸⁹ Historijski materijalizam glavna je ideja vodilja koju zastupa Marx, a prema kojoj je logiku razvoja društava moguće shvatiti i objasniti prateći materijalne promjene u svijetu. Historija se tumači kao slijed klasnih borbi, sukob između grupa nastalih na podlozi tehnologija, odnosno načina proizvodnje društvenog života (što je prema Marxu znatno širi pojam). Opširnije V.: Vranicki, op.cit. (bilj. 192.); Kregar, J., et al.: Uvod u sociologiju, Pravni fakultet, Zagreb, 2006., str. 72 – 82.

¹⁹⁰ Kalanj, R.: Suvremenost klasične sociologije, Politička kultura, Zagreb, 2005., str. 128 – 129.

se uzgred, podrazumijeva i kao vrsta praktičnog argumentiranja: dijalektički misliti znači predviđati budućnost, uočavati vidljive i skrivene proturječnosti te s tim u vezi uspostavljati programe za praktično djelovanje.¹⁹¹

1.1.2. Recepcija i reinterpretacija Marxove misli u teoriji prava

Među autorima koji su se inspirirali Marxovom misli tek su se rijetki marksisti doticali pitanja prava: Karl Renner, Evgenij Pašukanis i Petr Ivanovič Stučka.¹⁹² Među teoretičarima prava postoji opća suglasnost kako još nije izgrađena potpuna i konzistentna marksistička teorija prava.¹⁹³ Fragmenti teorijskih razmišljanja i konstatacija o pravu razbacani u Marxovu opusu teško se mogu složiti u koherentnu cjelinu. V. Hugh Collins u svojoj studiji o marksističkom shvaćanju prava, donosi tezu kako marksističke teorije prava zapravo i nema,¹⁹⁴ iz dvaju razloga:

- bit Marxova pristupa sociologiji odnosi se na gospodarsku strukturu i odnose koji proizlaze iz nje. Za takav pristup u kojemu su materijalni uvjeti života primarni, normativni poreci poput prava, morala i religije ne mogu biti od velikog značaja;
- drugi razlog je činjenica da se sam Marx rijetko i usputno u svojim radovima doticao prava.¹⁹⁵

Smatra se kako je jedno od boljih pokušaja djelo Cain, M., Hunt, A., „Marx i Engels o pravu“ (*Marx and Engels on Law, 1979.*)¹⁹⁶, pozicija klasika u marksističkom prikazu prava i pravne teorije u zapadnoj se pravnoj tradiciji pripisuje Karlu Renneru.¹⁹⁷ On je u djelu

¹⁹¹ Vranicki, P., Dijalektički i historijski materijalizam, loc.cit. Izraz „dijalektika“ nastao je u grčkoj filozofiji te se njime označavao diskurzivni način pomoću kojega se dolazi do istina koje nisu pristupačne iskustvu ili rasuđivanju zasnovanom na elementarnoj logici. Opširnije V.: Vrban, op.cit. (bilj. 152), str. 69 - 70.

¹⁹² Prema Vrbanu, Pauškanis i Stučka najistaknutiji su predstavnici marksistički orjentirane teorije i sociologije prava u Rusiji. Uz njih su značajni još kriminolog Mihail Nikolajevič Garnet i Mihail Andrejevič Rejsner. Pauškanis je autor jedne od najviše prevedenih i citiranih knjiga iz marksističke teorije prava „Opća teorija prava i marksizam“ iz 1924. za razliku od drugih autora, Pauškanis pravo sagledava kroz prizmu društvenih odnosa i to kao odraz robno – novčanih oblika (fetišizam) koje je Marx obradio u „Kapitalu“. Za njega nije moguće govoriti o novom „proleterskom pravu“ jer će pravo, kao relikv građanske epohe, nestati s razvojem socijalizma. Dok Rejsner pravo svodi na ideologiju, kasnija službena doktrina koja je oštro je osudila Pauškanisa, vezuje pravo za socijalističku državu.

¹⁹³ Collins, .H., *Marxism and Law*, O.U.P., Oxford, 1982., str. 9.

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ Cain, M. & Hunt, A.: *Marx and Engels on law*, London, Academic Press, 1979., cit. prema: Vrban, op.cit. (bilj. 152), str. 75.

¹⁹⁶ Premda i ovi autori naglašavaju teškoće u iznošenju marksističke teorije prava na nekoliko mjesta u djelu. V. Cain, M., Hunt, A., *Marx and Engels on Law*, Academic Press, London, 1979., str. 13, 62, 109, 145, 149, 202.

¹⁹⁷ Karl Renner (1870. – 1950.) jedan je od tri glavna teoretičara austromarksizma (zajedno s Ottom Bauerom i Maxom Adlerom). Renner prihvaća tezu koja je u njegovo doba dominirala pravnom znanosti Austrije kako je pravo normativni sustav, relativno neovisan o drugim društvenim činiteljima te kako se normativni sadržaji teško

„Institucije privatnog prava i njihove društvene funkcije“ (*The Institutiones of Private Law and their Social Functions*) pokazao kako pravni sustav može opstajati unatoč procesima ekonomskih promjena, no kako pravo samo, kao dio društvenog sustava, ne može biti pokretač takvih promjena. Temeljna je uloga i funkcija prava u očuvanju ljudskog društva te ono tek može slijediti ekonomsku promjenu koja je temeljna društvena promjena, pri tome deprivirajući pravo kontrole nad kolektivnim proizvodnim kapacitetima.¹⁹⁸

Rana sovjetska teorija marksizma odbacuje Rennerovu misao kao „teoriju koja predstavlja izdaju socijaldemokracije kroz uspostavljanje mira u industrijskim odnosima...ona izražava pokušaj uljepšavanja buržoaskog izrabljivačkog prava.“¹⁹⁹ Cain i Hunt su ponešto suzdržaniji u svojoj kritičkoj opservaciji Rennerove teorije zamjerajući mu unaprjeđenje teorijske pozicije koja neodoljivo podsjeća na funkcionalističku teoriju društva, čime dovode u pitanje njegovu poziciju vodećeg marksističkog teoretičara prava.²⁰⁰ Pravo je u ranoj sovjetskoj marksističkoj teoriji „povijesni feniks koji niti jedna dosadašnja revolucija ne ukida, nego samo transformira u skladu s promijenjenim proizvodnim odnosima te predaje drugoj društvenoj klasi kao sredstvo reguliranja društvenog procesa.“²⁰¹ Kako su temelji prava postavljeni u ekonomskoj bazi društva, čiji je osnovni element roba kao središnja točka organizacije kapitalističkog sustava, time je neosporno određen i sam oblik prava.²⁰² Samo ono pravo koje je izgrađeno u skladu s objektivnim zakonitostima koje djeluju u društvenoj bazi, bit će uistinu izvor konstruktivnih ostvarenja u praksi. Drugačije ono postaje samo deklaracija ili simptom prema kojemu se s određenim stupnjem vjerojatnosti pretpostavlja kako će se u budućnosti stvoriti odgovarajući društveni odnosi.

Društveni odnosi postaju u iurisprudenciji „slobodnim pojmovima“, a ekonomska nužnost prikazuje se kao pravna sloboda. Zbog toga, teorijskom analizom treba odvojiti povijesni od ideološkog procesa i materijalne odnose od njihovih pravnih izraza. U vezi s tim I. Razumovski uvodeći sociološki pristup u analizu prava, zaključuje kako pravo kao poredak društvenih

mijenjaju (primjer: koncept vlasništva u rimskom pravu). Pokušavajući izgraditi marksističku teoriju prava, zastupa mišljenje o razlici između normativnih sadržaja i društvene funkcije prava. Na taj se način njegova sociologija prava nalazi između normativizma i sociologizma. Albrow, M., ...law, ideology, law, ideology, law, ideology...sociology...?, *British Journal of Sociology*, Vol. 32, No. 1, 1981., str. 29. i Kahn – Freund, O., „Introduction“ u Renner, K., *The Institutiones of Private Law and their Social Functions*, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, 2010., str. 1-43.

¹⁹⁸ Cf. *ibid.*, str. 55-59.

¹⁹⁹ Golunski, S.A., Strogovich, M.S., *The Theory of the State and Law* u: Babb, H.W., *Soviet Legal Philosophy*, Cambridge, Mass, H.U.P., 1951., str. 425.

²⁰⁰ Cain, M., Hunt, A., *op.cit.* (bilj. 201), str. 66-67.

²⁰¹ Džinić, F., *Sovjetske teorije ranog prava i marksizam, predgovor djela: Stučka, P.I., et.al., Sovjetske teorije prava*, Globus, Zagreb, 1984., str. 15.

²⁰² *Ibid.*

odnosa nije samo nadgradnja nego istovremeno i ideološka forma ekonomskog sadržaja. Ukoliko želimo izgraditi kritiku opće teorije prava moramo proučavati formu prava, a ne njen ekonomski sadržaj, pri čemu u prvi plan dolazi pravna ideologija. Time „pravednost“ postaje uobičajeni materijalni društveni odnos, a „javna volja“ opće priznanje potrebe postojećih članova društva, rečeno pravnim jezikom. Zaključno – javnopravna ideologija završni je dio u razvitku pravne ideologije uopće.²⁰³

J.B. Pašukanis smatra se najistaknutijim i najznačajnijim marksističkim teoretičarom prava rane sovjetske orijentacije.²⁰⁴ Dokazivao je kako postoji sličnost između logike robne forme i forme prava. Obje forme predstavljaju univerzalne ekvivalente koji podjednako izjednačavaju ono što je očigledno nejednako: različitu robu i rad koji je proizvodi, odnosno političke građane i subjekte prava i obveza. Osim toga smatra kako je metodološki ispravna i uspješna ona kritika kapitalističke, buržoaske iurisprudencije koja kao obrazac uzima Marxovu kritiku političke ekonomije, temelj kritike u svim drugim dijelovima društva. Takva kritika pokazala bi ne samo realan temelj, nego i povijesnu uvjetovanost pravne forme. Utvrđujući kako je pravo objektivna društvena pojava te kao takvo ne može biti iscrpljeno u normi ili pravilu, ukazuje na pravni odnos kao osnovnu građevnu jedinicu pravnog tkiva. Pravna struktura ima korijen u proizvodnim odnosima, a za analizu pravnog odnosa dovoljno je kao osnovu uzeti takav pravni odnos čiji je sadržaj dat samim ekonomskim odnosom i proučiti zakonsku formu kao jedan od posebnih slučajeva. Samo kao društveni odnos pravo je, više ili manje, pozvano preoblikovati drugi društveni odnos te mu dati oblik.²⁰⁵

Osnovna pretpostavka pravne regulacije je suprotnost privatnih interesa, što ujedno čini logičku pretpostavku pravne forme te realni uzrok razvoja pravne nadgradnje. Ljudsko ponašanje može se regulirati raznim pravilima, no pravni moment počinje s izdvajanjem suprotnih interesa. Upravo to je element koji čini pravni poredak različitim od svakog drugog društvenog poretka. Kako u kapitalističkom društvu forma prava stječe univerzalno značenje, zaštita klasnog interesa dominantne društvene klase formalizira se kao zaštita apstraktnih načela pravne subjektivnosti. Upravo to je jedan od razloga zbog kojega je „buržoasko pravo najrazvijenije pravo uopšte.“²⁰⁶

²⁰³ Razumovski, I., Problemi marksističke teorije prava, u: Stučka, P.I., et.al., Sovjetske teorije prava, Globus, Zagreb, 1984., str. 418 - 424.

²⁰⁴ Uz J.B. Pašukanisa važno je spomenuti i P.I. Stučku čiji najznačajniji rad „Revolucionalna uloga prava i države“ donosi već u predgovoru objašnjenje „pravnog svjetonazora“ kao „klasičnog svjetonazora buržoazije... za čije je promišljanje potrebno više kritike, uključujući i samokritiku, u području prava!“ P.I. Stučka, Revolucionalna uloga prava i države, u: Džinić, op.cit. (bilj. 208), str. 2-3.

²⁰⁵ Pašukanis, op.cit. (bilj. 187) u Džinić, op.cit. (bilj. 207), str. 177-190.

²⁰⁶ Džinić, op.cit. (bilj. 207), str. 18.

Cain i Haunt odbacuju i Pašukanisovu klasičnu marksističku teoriju prava vodeći se istim a priori načelom kao i u kritici Rennerove teorije: Pašukanis smatra kako će pravo kao fenomen nestati u kapitalističkom društvu ne nudeći niti jednu socijalnu funkciju koja bi ga zamijenila. Cain i Hunt tvrde kako ekonomija zasigurno postavlja limite načinima varijacija ostatka društvene strukture, no niti na koji način ih ne podržava niti potiče.²⁰⁷

U rekonstrukciji marksističke koncepcije prava H. Collins prije svega identificira temeljne funkcije prava (razrješenje konflikta te utvrđivanje stabilnosti u društvu) koje su inkorporirane u „koncept prava izveden iz najjednostavnijeg oblika društvenih institucija koje mogu zadovoljiti minimalne funkcije prava.“²⁰⁸ Temeljni oblik prava u društvu je „primjena običajnih normi prava od strane sudova“ u kojem normativni sadržaj prava osigurava temeljne autoritativne standarde u ponašanju građana.“²⁰⁹ Collins odbacuje pojednostavljenu verziju razumijevanja prava kao jednostavnog odraza ekonomskih odnosa u društvu uvodeći pojam tzv. klasne instrumentalne pozicije *(class instrumentalist position)* približavajući pojmu prava norme koje su usklađene s dominantnom ideologijom vladajuće klase. U svojem objašnjenju minimalne koncepcije prava marksizma podrazumijeva:

- Autoritativno proglašenje standarda društvenog ponašanja,
- Sredstva pokoravanja, odnosno sankcije te
- Usklađenje normi s dominantnom ideologijom društva ²¹⁰ (pri čemu je najbolji način ostvarenja poveznice između usvojenih normi i dominantne ideologije podržavanje postojećih običaja i društvenih pravila).²¹¹

Zajedničko stajalište koje možemo zauzeti prema ovdje iznesenim teorijama države i prava je činjenica da niti jedan od navedenih autora nije uspio izgraditi jedinstven pogled na pravo niti postaviti metodologiju za izučavanje normativnih sustava kao što su pravo i religija. Polaze od pretpostavke da je pravo osebujna normativna pojava, koja važi i postaje djelotvorna putem prisile i institucija državnog karaktera. Pri tome je važno naglasiti kako je pravo izraz volje vladajućih, odnosno vladajuće društvene klase. Noviji pristupi uzimaju u obzir i relativnu samostalnost prava i države od interesnih konfiguracija. Tako neki marksisti priznaju da pravo služi i potrebama cijelog društva, odnosno njegovoj sistemskoj integraciji.

²⁰⁷ Albrow, op.cit. (bilj. 203), str. 3.

²⁰⁸ Collins, op.cit. (bilj. 200), str. 91.

²⁰⁹ Cf. ibid., str. 92-93.

²¹⁰ Cf. ibid., str. 92.

²¹¹ Ovakav koncept razumijevanja prava neodoljivo podsjeća na E. Erlichovu tezu koja daje pravo prvenstva postojećim običajima i pravilima tzv. „*living law*“ pred normama „*positive law*“. V. Erlich, op.cit. (bilj. 28), str. 486.

Većina se marksista slaže u mišljenju kako se pravo ne može sagledati formalistički, odnosno samo kao normativna pojava nego je za njegovo znanstveno obuhvaćanje bitna perspektiva društvenih odnosa. Takvi društveni odnosi, osobito oni u proizvodnji materijalnih dobara, prethodili bi pravnoj regulaciji te su dakle prednormativni. Shvaćajući pravo kao fenomen aposteriori, mnogi ga marksisti promatraju i kao ideologiju. To bi značilo da je pravo, kao i kultura općenito, uvjetovano ekonomskom infrastrukturom. Time dolazimo i do teze o „lažnoj svijesti“ koju je Marx zastupao razmatrajući fetišizam robe. Sukladno tomu pravna ideologija pod plaštem formalne jednakosti građanskoga i drugog prava samo maskira stvarne društvene nejednakosti. Kasniji se marksistički teoretičari usmjeravaju na otkrivanje veza između prava i politike, odnosno problematike društvene moći. U njihovoj perspektivi država i pravo su sredstva ostvarivanja dominacije.

Kako tvrdi D. Vrban najveća je slabost marksističkih pristupa pravu proturječno shvaćanje odnosa između ekonomije kao infrastrukture s jedne te prava i kulture kao superstrukture s druge strane. Ukoliko pravo smjestimo u sistemsku nadgradnju, onda se postavlja pitanje značenja vlasništva kao pravne strukture. Ono za klasični marksizam pripada u temelj proizvodnih odnosa, dakle socijalno – ekonomsku infrastrukturu.²¹²

„Neomarksističke teorije“ napuštaju neke ili glavne Marxove postavke (najčešće ekonomizam u korist kulture i ideologije) te se zalažu za proširivanje ili dopunjavanje marksizma s drugim teorijama ili novijim dostignućima. U tom kontekstu razvijaju se i ideje o državi i pravu koje su nakon Marxove smrti doživjele velike preobrazbe.²¹³ Određujući sudbinu novog budućeg oblika teorije i sam je Marx istaknuo stajališta kako je praksa, a ne teorija, kriterij istine.

Prevladavajuće je mišljenje o značajnosti Marxova doprinosa društvenoj znanosti metoda totaliteta, odnosno istraživanje umrežene cjeline svake promatrane zbilje koja se sastoji od slijedeće tri sastavnice: povezanosti prošlosti, sadašnjosti i budućnosti; istraživanja stavova njihovih umreženih odnosa te upoznavanja njihova središnjeg, sveobuhvatnog i stoga najvažnijeg odnosa koji sve određuje. Na tragu te metode Marx tvrdi kako se znanstvenom kritikom stari svijet treba razgolititi u svoj njegovoj bijedi i nemoći te pozitivno izgraditi novi. Potrebno je u ostvarenju tog cilja izvršiti bezobzirnu kritiku svega postojećeg u smislu kritike koja se ne boji niti svojih rezultata, niti sukoba s postojećim silama. Marksizam je otvorena, kritička misao. „Historijska pojava razvijene materijalističke dijalektike u djelima Marxa i

²¹² Vrban, op.cit. (bilj. 152), str. 69 - 70.

²¹³ O neomarksizmu opširnije u: Ritzer, G., *Suvremena sociološkijska teorija*, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 1997., str. 127 – 179.

Engelsa označila je jednom zauvijek kraj svakog zatvorenog sistema filozofije. Zbog istih razloga marksizam ne može biti ideologija, niti apologija postojećeg, ali isto tako nije niti apologija bilo kakvog zamišljenog ideala budućnosti.“²¹⁴

1.2. Frankfurtska škola

Možemo slobodno reći kako je frankfurtska škola nastala na temelju potrage za novim razumijevanjem kulturnog konteksta 20. stoljeća u kojemu su se na tragu povijesnog nasljeđa 18. i 19. stoljeća događale recepcija, reformulacija i dekonstrukcija starih ideja u svjetlu novih društvenih okolnosti te je kao takva misaoni začetak „postmoderne“, misaone mješavine znanstvenih disciplina i filozofskih razmatranja koja narušava dominantne teorijske i metodološke uzore.

1.2.1. Utemeljenje i razvoj frankfurtske škole

Samo utemeljenje frankfurtske škole možemo pratiti u početak 20. stoljeća u Njemačkoj, točnije u prigodu otvorenja Instituta za društvena istraživanja 22.06.1924. godine u Frankfurtu.²¹⁵ Uz same početke rada vezuju se prije svih imena Felixa Weila, Maxa Horkhaimera, Friedricha Pollocka i Carla Gründberga koji su smatrali kako su društvene znanosti na frankfurtskom sveučilištu slabo zastupljene te su ostvarili ideju o osnivanju samostalnog Instituta koji ne bi bio podložan općoj društveno – političkoj klimi tih godina.²¹⁶

Ciljevi Instituta bili su istraživanje i prikazivanje radničkog pokreta u svim javnim oblicima, zatim socijalno-politička pitanja s tim u vezi, izdavaštvo te temeljito preispitivanje teorija o društvu. Gründberg je, kao prvi direktor Instituta, između ostalog smatrao kako marksizam (kao istraživačka metoda koja otvara mogućnost novog ekonomskog poretka i novog svjetonazora) treba dobiti zasluženo mjesto na njemačkim sveučilištima kako bi materijalističko razumijevanje povijesti zamijenilo dotada prevladavajuće državno – političko, koje je po svojoj prirodi statično.²¹⁷ Sljedeći čelnik Instituta postao je 1930. Max Horkheimer zalažući se za učvršćivanje vaza između Instituta i Sveučilišta, namjenjujući mu višu

²¹⁴ Vranicki, P, Trinaest teza o Marxu, u Burger, H., et al.: Marx nakon 100 godina, Globus, Zagreb, 1984., str. 402.

²¹⁵ Wiggershaus, R., The Frankfurt School: Its History, Theories, and Political Significance, Polity Press & MIT, 1994., str. 24.

²¹⁶ Opširnije o društvu i kulturi Njemačke toga doba u: Katunarić, V.: Teorija društva u frankfurtskoj školi, Naprijed, Zagreb, 1990., str. 7-18.; Wiggershaus, Ibid.

²¹⁷ Katunarić, Cf. ibid., str. 18.

akademska razinu, zalažući se za „dijalektičko prožimanje razvoja filozofijske teorije i znanstvenoistraživačke prakse“. Njegovim nastojanjem ka interdisciplinarnosti Institut je postigao jedinstvenost i prepoznatljivost, ali i respektabilnost. Tijekom 1932. Institutu se pridružuju Erich Fromm i Theodor W. Adorno, a iste godine pokreće se i „Časopis za društvena istraživanja“ (*Zeitschrift für Sozialforschung*). Tijekom idućih godina pridružuju se frankfurtskom krugu i Herbert Marcuse, Friedrich Pollock, Gerhart Meyer, Kurt Mandelbaum, Leo Löwenthal, Walter Benjamin, te Franz Neumann i Otto Kirschheimer koji su se bavili pitanjima države i prava u kapitalizmu zbog čega će se naše daljnje izlaganje o Frankfurtskoj školi najviše baviti mišlju i djelom ove dvojice teoretičara te analizom rada Clausa Offea kao njihovog sljedbenika.

Postojala su dva unutrašnja kruga frankfurtske škole: „uži krug“ i „vanjski krug“. U „užem krugu“ bili su Horkheimer, Adorno, Marcuse, Löwenthal i Pollock. Ostali su s obzirom na međusobnu prisnost u vezama i suradnji pripadali „vanjskom krugu“, dok se Fromm nalazio negdje u „sredini“. U tumačenju ovih međusobnih „razmimoilaženja“ Jürgen Habermas će, kao jedan od nastavljača tradicije frankfurtske škole, doći do zaključka da je „interpretativni proces ne samo ključno poglavlje znanosti, nego i komunikacijski obrazac kojega bi valjalo prenijeti u društvo kako bi se ono othrvalo sveopćoj racionalizaciji i jednoobraznosti.“²¹⁸

Rad Instituta bio je ozbiljno ugrožen dolaskom Nacista na vlast 1933. godine te se krajem tridesetih većina suradnika preselila u SAD, a posljednji broj časopisa tiskan je 1941. godine. Prvo desetljeće nakon preseljenja donijelo je najplodnije radove koji su predstavljali teorijski vrhunac frankfurtske škole.

Institut za društvena istraživanja ponovno je otvoren u SR Njemačkoj 1950. godine s novim ljudima, bez vraćanja na korijene frankfurtske škole iz tridesetih, a bavio se pretežno istraživanjima u području industrijske sociologije i javnog mnijenja. No sjeme kritičke teorije posijano je kroz radove autora frankfurtske škole širom Europe, Amerike, ali i drugih zemalja, a njen duh obnovljen je u punom svjetlu u radovima Jürgena Habermasa kojega se može smatrati obnoviteljem i kreativnim nastavljačem tradicije frankfurtske škole čime je postao jedan od najutjecajnijih socijalnih filozofa današnjice. Među najpoznatijim njegovim sljedbenicima su Albrecht Wellmer i Claus Offe koji pretežno proučava uvjete održavanja zrelog kapitalizma, ponajviše odnos između državnih ustanova i privrede u cilju objašnjenja

²¹⁸ Cf. *ibid.*, str. 23.

fenomena koji je oduvijek impresionirao frankfurtovce, a to je moć kapitalizma da apsorbira ono što mu proturječi.²¹⁹

Utjecaj frankfurtske škole šezdesetih je godina prelio akademske okvire i postao jednim od najvažnijih intelektualnih uporišta generaciji buntovnih studenata. Time je misao prve generacije frankfurtovaca bila na neki način vidljiva, opredmećena, opipljiva ostvarivši se u konkretnom društvenom realitetu dokazavši kako ni znanstveno – tehnološki napredak, ni privredni rast, ni politička demokracija ne mogu eliminirati društvene proturječnosti ni duhovni otpor jednoobraznim oblicima ljudskog mišljenja i djelovanja čemu i ovaj rad pokušava biti prilog.

Kritička misao, čije sjeme je posijano još početkom dvadesetog stoljeća, preživjela je usprkos sustavnim pokušajima njenog zatiranja, a s obzirom na današnje društvene okolnosti i snaga njenog stoljetnog stabla i više je no prijeko potrebna kako bi mijenjala stvarnost. U kontekstu današnjice čak i ako je komunizam propao, a liberalna demokracija (koja sebe vidi kao „ideal ljudske povijesti“) ispunila mjesto što ga je ranije zauzimao „marksizam“, time nisu riješeni svi problemi čovječanstva kako ističe postsrukturalistički francuski mislilac Jacques Derrida u djelu „Sablasti Marxa“: „Nikada u povijesti zemlje i čovječanstva nasilje, nejednakost, društvena isključenost, glad pa dakle i ekonomska opresija nisu pogađali toliko ljudskih bića. Umjesto da pjevamo o dolasku ideala liberalne demokracije i kapitalističkog tržišta u euforiji kraja povijesti, umjesto da slavimo „kraj ideologija“ i kraj velikih emancipatorskih diskursa, nemojmo nikada zanemariti tu makroskopsku očiglednost bezbrojnih pojedinačnih patnji: nikakav nam napredak ne dopušta ignorirati činjenicu da nikada, u apsolutnim brojkama, nikada na zemlji toliko muškaraca, žena i djece nije bilo potlačeno, izgladnjelo ili istrijebljeno“²²⁰

1.2.2. Franz L. Neumann

Franz L. Neumann (1900. – 1954.) njemački je teoretičar prava²²¹ koji se nakon emigracije iz Njemačke u London 1933. godine, gdje završava doktorski studij iz političkih znanosti, priključuje frankfurtskom krugu mislitelja u New Yorku.²²² Odnosom prava i politike

²¹⁹ Cf. *ibid.*, str. 25.

²²⁰ Derrida, J.: *Sablasti Marxa: stanje duga, rad tugovanja i nova Internacionala*, Hrvatska sveučilišna naklada, Zagreb, 2002., str. 110-111.

²²¹ Franz Leopold Neumann se s Ernstom Fraenkelom i Arnoldom Bergstraesserom smatra utemeljiteljem njemačke moderne političke znanosti.

²²² Susret s Leom Löwentalom u organizaciji Socijalističkog studentskog društva u Frankfurtu 1918. bio je ključan za njegov kasniji angažman u frankfurtskom krugu.

bio je zaokupljen tijekom čitavog svog istraživačkog rada, a prema njegovu kritičkom stavu u svojoj teorijskoj orijentaciji demokraciju od diktature dijeli samo tanka linija. One se naime od samoga svojeg postojanja isprepliću, gotovo kao da oba dolaze od istog izvora.

Neumannovi rani radovi (1928. - 1933. godine) obilježeni su njegovim političkim aktivizmom u političkim promjenama njemačkog društva, a bave se pretežno pravnim kategorijama mišljenja, kao i političkog konteksta u tadašnjoj Vajmarskoj republici. Objavljuje čitav niz radova u području ukrštavanja interesa kapitala i rada: uglavnom pravne analize ustava i zakona s obzirom na radno pravo, ulogu sindikata, socijalno blagostanje i ideju neposredne privredne demokracije te raspravlja o pitanjima temeljnih političkih vrijednosti pravnih kategorija. Posebice ukazuje na diskrepanciju između političke i socijalne demokracije kao simptome antidemokratskog razvoja koja se očituje u kroničnoj slabosti parlamenta, rastu moći izvršne vlasti te pokušaju slabljenja reformističkog utjecaja radničkog pokreta. U svojim daljnjim radovima sve je vidljivije njegovo napuštanje prvobitne orijentacije pravno – reformističke koncepcije i prihvaćanje kritičko-teorijske pozicije. Glavna su mu djela: *Die Gewerkschaften in der Demokratie und in der Diktatur. Probleme des Sozialismus* (1935.), *Behemoth: The Structure and Practise of National Socialism* (1944.), *The Democratic and the Authoritarian State: Essays in Political and Legal Theory* (1957.).

Jedna od njegovih stalnih tema bila je analiza njemačkog društva²²³ za koju je važno reći kako se razlikovala od ranijih radova užeg kruga frankfurtske škole. Ona je bila kombinacija pravno – politološke i sociološke analize, bez traga psihologizma ponekad karakterističnog za frankfurtsku jezgru. Opisujući pravno – političke ustanove i društvene strukture objašnjavao je antidemokratski poredak. Svoju teorijsku osnovu Neumann nalazi u

²²³ Do kraja Drugog svjetskog rata njegova središnja preokupacija bila je nacizam i analiza njegova razvoja u Njemačkoj koje je teorijski sistematizirao u svom djelu *Behemoth: The Structure and Practise of National Socialism* koja je (u to vrijeme) predstavljala najtemeljitiiju i najpotpuniju studiju o nacizmu. Behemot je biblijska neman u obliku divovskog goveda koje jede travu „s tisuću brda“, što simbolizira grubu snagu i nezasićenost. U skladu s tom alegorijom, Neumann detaljno razrađuje vezu između karizmatičke vlasti i totalitarnih težnji monopolnog kapitalizma, dokazujući kako monopolizam u privredi traži intervencionističku državu, a ona pak odriješene ruke postajuće tako „totalna država“. Nacionalsocijalizam predstavlja njemačku varijantu razrješenja sukoba između ekonomije, privrede, politike i države, a nacistička specifičnost leži u načinu izvođenja totalitarnog režima uz pomoć masovnog pokreta. Nacistička država na krilima masovne historije odstranjuje principe građanske pravne države i postaje „nedržavom“. Simbolikom Behemonta razlikuje ju od Hobbesova „Levijatana“ kao predliberalne države, koja uz navedena obilježja otvara i erupciju prostora iracionalnog. Kao takva „nedržava“ nema realnih granica te se borba protiv nje mora voditi iz prostora koje svojom iracionalnošću još nije zahvatila (SAD). Svoj aktivizam ponovno dokazuje, u skladu sa svojim teorijskim razmišljanjima, kada u cilju američkog zaposjedanja Njemačke i uspostave demokracije radi (s Marcuseom, Kirchheimerom i dr.) u akviru američkog vladinog Ureda za strateške aktivnosti (OSS). V.: Neumann, F.L., *Behemoth: the structure and practise of national socialism*, 1933. – 1944., dostupno na: http://books.google.hr/books?id=xjcJAQAIAAJ&q=Franz+Leopold+Neumann&dq=Franz+Leopold+Neumann&hl=hr&ei=3KRFTPzalsSblgeKnISdBA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCKQ6AEwAA, 07.03.2008.

Marxovoj kritici ambivalentnih osnova liberalne države i liberalnog poduzeća, što se još od Francuske revolucije očituje u sukobu između demokracije i pravnih sloboda, formalne jednakosti i suvereniteta naroda koji se zasniva na identitetu vlastodržaca i potlačenih. U članku „Pravna država, dioba vlasti i socijalizam“ (1934.) zaključuje: „Ideja pravne države predstavlja ustavni sistem liberalizma, koji se ekonomski ostvaruje ravnotežom u utakmici između slobodnih poduzetnika, politički ravnotežom između krune, feudalnih ostataka i građanstva, pri čemu se ne ostvaruje politički utjecaj radničkog pokreta, a podjelom vlasti štite se samo njegove predrđavne pravne slobode.“²²⁴ U masovnoj parlamentarnoj demokraciji, zaključuje, državno upravljanje dobiva sve veću ulogu, zakonodavstvu preostaje sekundarna uloga, dok pravne slobode gube svoji izvorni smisao neposredne demokracije.

Nakon 1937. godine Neumannovi radovi ponajviše se bave teorijskom problematikom. Od tada svoje članke objavljuje u Časopisu za društvena istraživanja, a prvi od njih u nizu „Promjena funkcije zakona u pravu građanskog društva“ obrazlaže evoluciju pravnih kategorija građanskog društva od prirodnopravnih i slobodarskih principa ka institucionalizmu te voluntarizmu.²²⁵ Tako tijekom 20. stoljeća u Engleskoj, Francuskoj i Njemačkoj pojam osobe biva zamijenjen pojmom institucije. To je odraz prerastanja države u središnju ustanovu u kojoj djeluje paralelogram političkih sila. U skladu s navedenim pojam suvereniteta postaje državopravni pojam, a istom analogijom državna vlast „vječnim prirodnim pravom“. Nadalje javno pravo postaje pravom države da intervenira, a privatno pravo biva svedeno na ugovorne odnose u ekonomskom prometu. Odatle je samo mali korak do voluntarizma, tj. autoritarne države u kojoj se glavne odluke više ne donose na temelju pozitivnih pravnih propisa, već na temelju naredbe karizmatičkog vođe. Ovakav razvoj događanja ponajprije je uvjetovan prerastanjem liberalnog u monopolni kapitalizam, a upravo je monopol taj koji ograničava slobode, pokušava izigrati smisao principa slobode i jednakosti, traži vrlo uopćene i apstraktne zakonske formulacije te u konačnici, zaštitu isključivo svojih interesa od strane državnog suverena.²²⁶

S obzirom na navedenu evoluciju pravnog sustava i odnose između snaga u društvu, fokus analize nužno je usmjeriti ka istraživanju političke moći. Neumann se u ovoj eksplanaciji koristi Weberovim pristupom u proučavanju prava i politike. Weber dovodi u vezu proces formalne racionalizacije, odnosno „desupstancijalizacije“ prava s jačanjem upravno –

²²⁴ Neumann, F.L.: „Pravna država, dioba vlasti i socijalizam“, 1934., cit. prema: Katunarić, op.cit. (bilj. 222), str. 96.

²²⁵ Wiggershaus, op.cit. (bilj. 221), str. 223-236.

²²⁶ Ibid.

birokratskog aparata, obrćući odnos između politike i privrede čime politička moć postaje izvorom sve privredne moći. U zbilji, u okolnostima koje su se događale nakon Drugog svjetskog rata kod Neumanna trajno postoji doza zabrinutosti zbog okolnosti „hladnog rata“ gdje se iza kulisa antikomunizma na Zapadu i antikapitalizma na Istoku kriju interesi vladajućih krugova velikih svjetskih sila. Spominje pojam „trećeg puta“²²⁷ kojim bi, u toj blokovskoj podjeli, trebala krenuti Europa. Međutim, stvarna situacija se ponovno zakomplicirala: hladnoratovska propaganda stvorila je sindrom straha i sliku omraženog neprijatelja što ostavlja traga u Neumannovim radovima nakon 1950. U njima je osjetan utjecaj teorijskog i moralnog pesimizma koji zahtjeva uvođenje psiholoških faktora u analizu političkih fenomena. U ovom je periodu rada Neumann najbliži teorijskom okviru frankfurtske škole kako po općenitosti i rasponu referenci tako i po argumentima. Osim toga u ovoj fazi svoga rada koristi i „horkhajmerski sindrom“ Frankfurtske škole u kojemu čovjek „masovnog društva“ biva uhvaćen u političke i medijske okvire koji snažno sugeriraju uvjerenja po kojima iz postojećeg sustava nema izlaza. Njegova analiza masovne psihologije vlasti podudara se uvelike s Frommovom, no uvodi i jednu važnu nijansu u tumačenju veza između politike i psihologije. Naglašava da je socijalno otuđenje i bojazan od degradacije nedovoljno za formiranje antidemokratskih pokreta u suvremenom društvu. Važno je i političko otuđenje. Radi se o tri oblika političke apatije koji pogoduju uspostavljanju antidemokratskog režima: nezainteresiranost za politiku, shvaćanje po kojem je politika potrebna samo kako bi uspostavila red u društvu te odbacivanje čitavog političkog sustava budući da pojedinac ne vidi nikakvog smisla da u njemu sudjeluje ili nešto izmjeni.²²⁸ Izlaz iz takve situacije Neumann vidi u djelovanju intelektualaca koji bi morali govoriti i pisati. U ovim razmišljanjima ističe Weberov stav prema kojemu se intelektualac samo svojim duhom može distancirati od političkog usuda, dok sve ostalo dijeli s drugim, „običnim“ ljudima. „Društvo je previše intrigantno, sredstva komunikacije previše istančana, a instrumenti nadzora previše razvijeni.“²²⁹ Društvom vladaju veliki privredni monopoli i jaka država. Konkurencija i *fair-play*, utilitano – moralni ideali Adama Smitha, bivaju napušteni u korist amoralnih interesa privredno najjačih organizacija. Uloga je države da im osigura nesmetanu ekspanziju i osigura položaj. Time izražava sumnju

²²⁷ Konceptija „trećeg puta“ kako ju vidi Neumann trebala bi se ostvariti u demokratskom socijalizmu, što je politički koncept pomaknut ulijevo u odnosu na socijalnodemokratski koncept. O konceptu „trećeg puta“ V. Giddens, A. : „Treći put: obnova socijaldemokracije“, Politička kultura, Zagreb, 1999.

²²⁸ Tišina okružuje činjenicu da i današnji građani demokratskih sustava (među kojima i hrvatski) iskazuju sve veću apatiju ka kamenu temelju predstavničke demokracije – izlasku na izbore. Mogućnost slobodnog izbora za koji su se generacije borile i umirale građani danas dobrovoljno napuštaju kao instrument u kojemu ne vide nikakvu svrhu.

²²⁹ Cit. prema: Katunarić, op.cit. (bilj. 222), str. 101.

u demokratske namjere tadašnjih socijalističkih, ali i kapitalističkih sustava. Ostaje utopijska nada u angažman intelektualne elite na stvaranju demokratskog etosa među "običnim" ljudima kako bi se osigurala izgradnja demokratskog socijalizma kao prirodnog nastavka demokratskog procesa ustanovljenog u zapadnom političkom sustavu. Iz ovakvog razmišljanja može slijediti jedino zaključak kako će svaki budući pokušaj zaustavljanja tog procesa donijeti samo novu diktaturu.²³⁰ Ono čega se pribojava je mogućnost da politika postane arena u kojoj se međusobno bore elite, što promatra apolitična i apatična masa ljudi.

1.2.3. Jürgen Habermas

Jürgen Habermas (1929.-) njemački je filozof i sociolog koji je zahvaljujući svojoj znanstvenoj erudiciji, analitičkoj strogosti i sistematičnosti kritičku teoriju doveo u odnos s razvojem moderne filozofije i znanosti. Time je revitalizirao i ponovno aktualizirao kritičku teoriju društva učinivši ju ponovno jednom od najutjecajnijih krajem 20. stoljeća. Habermasova teorija nema u sebi radikalnog stava koji karakterizira Marxa, Nietzschea ili Adorna, a prema čijim se stavovima u modernoj građanskoj epohi mijenja samo forma, ali ne i sadržaj. Možemo tvrditi kako se njegovi raniji radovi nastavljaju na djelo Neumanna. Bavi se sociološko – historijskim analizama političkih fenomena, s posebnim obzirom na ulogu inteligencije u politici.

U djelu „Strukturne promjene javnosti“ (1962.) analizira promjene u strukturi političke javnosti građanskog društva od 17. – 20. stoljeća. Problem modernih društva vidi u nepostojanju rasprava o bitnim pitanjima koja se prebacuju u zatvoren i socijalno nekomunikativan prostor akademskih diskusija, dok se ostala pitanja (od istinski manje važnosti po društvo) tretiraju demonstrativno i manipulativno. Ljudi u masi reaguju aklamativno na sužen izbor, što je najuočljivije u izbornom političkom postupku. Političke stranke u skladu s tim postaju "integracijske stranke" kojima ideologija postaje manje važna u odnosu na cilj osvajanja vlasti.²³¹ Posljedice modernizacijskih procesa (privredne racionalizacije, pravne formalizacije i borbe za vlast) dovode u pitanje daljnji demokratski razvoj kako u liberalnoj tako i u socijalističkoj varijanti. Glavni motiv ovog, ali i kasnijih njegovih djela postaje kako rekonstituirati demokratski proces u društvu kojeg su okupirali gospodarski kolosi i levijatanska država sa svojim instrumentima manipulacije, kontrole i usmjeravanja? U traganju za odgovorom Habermas se upustio u preispitivanje pretpostavki

²³⁰ Usp.: Katunarić, op.cit. (bilj. 222), str. 104.

²³¹ Cf. ibid., str. 107.

cjelokupnog znanja moderne epohe na području filozofije i društveno – humanističkih znanosti iz čega povlači one oblike znanja koji pridonose daljnjem razvoju ljudskog interesa, mišljenja i emancipacije.²³²

U svojim daljnjim raspravama preuzima ulogu glavnog kritičara pozitivizma, o čemu rasprave traju sve do kraja 70-tih godina 20. stoljeća. Glavni oponenti bili su mu predstavnici teorije sistema Hans Albert, a kasnije Niklas Luhmann, danas vodeći autor teorije sistema u društvenim znanostima.²³³ Pojam “prakse”, kao i pojam “tehnike” nije jednodimenzionalan kod Habermasa. U djelu „Tehnika i znanost kao ideologija“ (1968.) odbacuje Marcuseovo izjednačavanje tehnike i dominacije ili vlasti. Premda imaju isto izvorište (u Weberovu “svrhovito- racionalnom djelovanju”), njihova daljnja izvođenja su različita. Habermas smatra kako tehnika, ako ni tehnokratska svijest nisu nužno uvjetovane interesima građanske klase i granicama ideologije te klase. One naprotiv mogu prijeći u ruke vladajuće klase i biti u funkciji emancipacije. Ono se može prenijeti u kontekst izvan birokratsko-političke vlasti i industrijsko-privrednog poretka. Upravo je to područje “komunikativnog djelovanja”, odnosno ljudskih razgovora, jezgra oko koje je izgradio svoju teorijsku perspektivu. Habermas međutim, za razliku od Marcusea, Fromma i Marxa, tu pretpostavku ne uzima kao zdravorazumsku, nego ulaže ogromne napore u njenoj elaboraciji. Smatra kako postoje dva tipa djelovanja: instrumentalno djelovanje i komunikativno djelovanje. Upravo ovaj drugi tip djelovanja vodi emancipaciji prema Habermasu. Bitna je dimenzija spoznaje intersubjektivnost, perspektiva u kojoj moraju biti uklonjene mnoge dosadašnje prepreke (marksizam, pozitivizam, pragmatizam, historizam) kako bi se uspostavila mnogo šira univerzalna pravila.²³⁴

Osnovni problem Habermasove teorije “komunikativnog djelovanja” prema V. Katunariću je činjenica kako ona pripada utopijskoj viziji jer je „prilično naivno i nedijalektički očekivati da se ljudi u razgovoru ne ponašaju u skladu s istim onim interesima koji prevladavaju

²³² Cf. *ibid.*, str. 107.

²³³ Diskusija o „borbi za metodu“ (*Methodenstreit*) započela je u Njemačkoj u znaku neokantovskog pristupa suprostavljanja pozitivizmu. Habermasova argumentacija ima tragove neokantovskog poimanja znanosti i društvenopovijesne zbilje. Radi se o „dva tipa društvenih znanosti“ kako tvrdi, prema stajalištu koje su ujedno zastupali i neokantovci (Rawls, Hartman, Natorp, Fridlender). Za dijalektičko-kritički pristup adekvatnija je hermeneutička metoda, a za pozitivistički empirijsko-analitička. Dijalektički pristup teži očuvanju predznanstvenog iskustva koje se tijekom dugog vremena nagomilava u društvenom životu te određuje djelovanje ljudi, on osim toga naglašava međuovisnost metode i predmeta istraživanja. Zadatak je dijalektičkog pristupa postulirati drugačije značenje prakse koja proizlazi iz životnog iskustva zajednice. Praktični um je prema Habermasu bogatiji od teorijskog, a teorija koja poriče takav stav sužava pojam zbilje putem tehničko – manipulativnih postupaka.

²³⁴ Wiggershaus, *op.cit.* (bilj. 221), str. 537 - 566.

u ekonomiji i politici.”²³⁵ Ona je uz to izvedena iz kritike teorija spoznaja te obiluje epistemološkim terminima: Habermasova utopijska vizija riječima je presvučena slika.

U svojim daljnjim radovima zadržava se u okviru kritičke refleksije u ambijentu komunikativnog djelovanja koje kao metateorija nadilazi horizont sistemski uređene stvarnosti, ostajući pri svojoj vječnoj tezi kako sistemski uređeno društvo pogoduje privrednim i političkim, a ne emancipacijskim interesima koji se ostvaruju u komunikaciji.²³⁶ Nastavljajući u maniri svoje teorije “komunikativnog djelovanja” iznosi između ostalog i svoje postavke o tri stupnja moralno – pravnog razvitka:

- Pretkonvencionalni stupanj stanje je u kojem ljudi svoje motive i djelovanja određuju putem međusobnih sukoba i posljedica koje proizlaze iz tih sukoba (slično Hobbesovom “prirodnom stanju”);
- Konvencionalni stupanj stanje je u kojem prevladava konformizam, ljudi se pridržavaju određenih normi i u skladu s njima postupaju, tj. igraju uloge;
- Postkonvencionalni stupanj je stanje u kojem se norme više ne prihvaćaju bez pogovora, nego se propituju i prihvaćaju samo ako ispunjavaju očekivanja. Ona se zasnivaju na zahtjevima za što većom slobodom, ali ne slobodom u negativnom smislu, kao u pretkonvencionalnom stupnju gdje vladaju sebične i partikularalističke težnje, nego na univerzalnim načelima slobodnog djelovanja.²³⁷

Stupanj komunikativne sposobnosti uzročno – posljedično je povezan sa stupnjem moralne svijesti, kao i stupnjevima pravnog razvitka. Kroz ovaj prikaz Habermas opisuje razvoj demokracije (kao oblik sporazumijevanja između neovisnih aktera) koja nije nužno paralelna s razvojem ekonomske i državne sfere društva. Politika, parlament, stranke nisu nužno prostor demokratskog. “Komunikativna kompetencija” mora postati društvena navika većine kako bi se ostvarila istinska demokracija (u suprotnom se politika pojavljuje kao arena u kojoj se međusobno bore elite, što promatra apolitična i apatična masa ljudi – čega se pribojavao i Neumann).

Nastavljajući kritiku sistemske teorije društva tvrdi kako svijet života predstavlja osnovicu iz koje se formira sistem, ali iz koje se i mijenja (kako drugačije objasniti društvene krize i

²³⁵ Katunarić, op.cit. (bilj. 222), str. 107.

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Rosenfeld, M. & Arato, A., Habermas on law and democracy: critical exchanges, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=4yMhike9QuYC&printsec=frontcover&dq=J%C3%BCrgen%20Habermas&source=gbs_slider_thumb#v=onepage&q&f=false, 14.03.2019.

promjene u privrednom i političkom sistemu). Prepoznaje nadalje u svome djelu „Problemi legitimacije u kasnom kapitalizmu“ (1973.) uzroke i oblike krize suvremenog kapitalizma kroz: ekonomsku, krizu racionalnosti, legitimacije i motivacije. Nastavljajući raspravu u ekološkim i srodnim pokretima zapaža znakove težnji prema emancipaciji u smislu formiranja poopćivih interesa i izražavanja univerzalističkih moralnih zahtjeva.

Svoje kapitalno djelo “Teorija komunikativnog djelovanja” objavljuje 1981. godine u kojemu donosi sintezu svojih razmišljanja i kao takvo je ono zaokružena teorijska cjelina. Na temelju analize socioloških teorija Habermas utvrđuje kako svakom stupnju razvitka društvene strukture odgovara stupanj razvitka razumijevanja društvenih činjenica (spoznaje), moralnog opravdanja (legitimacije) i pravnih normi (regulacije). Ukoliko razvitak tih dimenzija nije usklađen društvu predstoje sukobi, krize i promjene. Glavni problem modernog društva, kao i glavni zadatak kritičke teorije društva koji Habermas izdvaja je agresivnost i kolonizatorski sustav odnošenja svijeta sistema prema svijetu života. Kako sačuvati društveni svijet života ostaje neriješeno u potpunosti, bez obzira na sve pozitivne prednosti koje predlaže “teorija komunikativnog djelovanja”.²³⁸

Habermas se već u svojim ranijim djelima doticao filozofije prava i politike, no njegovo kasnije djelo “Filozofski diskurs moderne: dvanaest lekcija“ (*The philosophical discourse of modernity: twelve lectures*) te posebice „Između činjenica i normi: prilozi teoriji diskursa prava i demokracije“ (*Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*) iz 1992. temeljita je revizija njegovih ranijih teza o pravu. Smatra prije svega kako je proučavanje prava danas postalo interdisciplinarnan pothvat u kojemu sudjeluju: teorija prava, sociologija prava, pravna povijest, etika i teorija društva. Takvo proučavanje prava treba pridonijeti afirmaciji socijalne i ekološke države koja bi bila u stanju obuzdati svjetski kapitalizam i obnoviti društvenu uzajamnost, dajući novi impuls razvoju demokracije.²³⁹

Polazište njegove teorije prava u kontekstu je pojmova moderne i modernizacije koje sagledava kroz pojmove jezika i komunikacije. Za njega je pravo naročit oblik (forma) društvenog diskursa koji se može promatrati kao formalizacija i apstraktna transformacija subjektiviteta društvenih aktera. Tako nastaju pravni subjekti kao apstraktno zamišljene pravne osobe koje ne mogu biti živi ljudi – pojedinci.²⁴⁰

²³⁸ Habermas, J., *Moral Consciousness and Communicative Action*, MIT, 1990., str. 116-195.

²³⁹ Habermas, J., *The philosophical discourse of modernity: twelve lectures*, Polity Press, Cambridge, 1992.; Habermas, J., *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, MIT Press, 1998.

²⁴⁰ „Trebalo napomenuti kako je juridički diskurs osobit oblik diskursa po tome što mora u svakom slučaju pružiti racionalno utemeljen odgovor na pitanje što je i zbog čega pravno obvezno, zabranjeno ili dopušteno. Teškoće pri tome nastaju zbog nesavršenosti pravnog jezika te zbog pojave pravnih praznina. Osim toga specifičnost je tog

Rezimirajući Habermasove poglede na pravo u moderni, D. Vrban upućuje na sljedeće temeljne postavke njegove teorije:

- Društvo je sustav koji konstituiraju odnosi moći (politika) i gospodarski odnosi (ekonomija). Nasuprot tome stoji "svijet života" kao svakidašnjica komunikacijske prakse ljudi. Ipak, ta sfera nije bez oslonca na društvo kao sustav, na kulturu kao transmisiju znanja i vještina, preko kojih se formira osobnost. Postoji dakle, ne izoliranost, nego interakcija između ljudske prakse, sistemskih i kulturnih odrednica;
- Moral je bitan sastojak "svijeta života", koji se ne može formalizirati i podrediti sistemskim odrednicama (odnosno instrumentalizirati). On je odraz postojanja čovjekove slobode i označuje znanje o sebi i drugima. On je omeđen komunikacijama u "svijetu života", ali u moderno doba ima sve manju integrativnu ulogu;
- Pravo je formalizacija odnosa među voljama ("forma"), kojom se povezuju ljudi kao apstraktno konstituirani pravni subjekti. Tako shvaćeni, oni su modifikacija "čovjeka od krvi i mesa" te se preko prava ljudi na neki način pripremaju ("prepariraju") za sudjelovanje u sistemskim transakcijama kao "socijalno – tipološki akteri". To je vidljivo npr. u kupoprodaji, pri kojoj se u pravu ne ispituju nutarnje motivacije i životni planovi nego se usredotočuje na uzajamnost obveza i ovlasti. Na taj način pravo pridonosi boljem funkcioniranju društva kao sustava, dok "svijet života" ostaje izvan toga jer u njemu prevladava spontanost i subjektivnost;
- Pravne se situacije odlikuju velikom racionalnošću, koju su na Zapadu omogućile sve veća diferencijacija i specijalizacija poslova kao i uspostava racionalno – legalne vlasti. Kako su politika i ekonomija bitne komponente društva, a i samog tog preobražaja, time je pravo posebno važan čimbenik u procesima racionalizacije. Pravo ovisi o politici i to objašnjava njegovu instrumentalnu važnost. Dok su moralne norme same sebi cilj, pravne su norme sredstvo za ostvarivanje političkih

oblika komunikacije i njegova vezanost za obvezni normativni okvir. Njega predstavljaju važeće pravne norme i drugi „izvori prava“. Ti se „izvori“ sastoje ponajviše od zakona, sudskih presedana i od kriterija pravne dogmatike. Na taj način se dobivaju upute za rješavanje pojedinačnih slučajeva („primjena prava“). Ipak, s obzirom na složenost pojedinih pravnih situacija i proturječne zahtjeve stranaka potrebno je da se odluke donesu u naročitoj proceduri sudskog postupka.“ V. Vrban, op.cit. (bilj. 152), str. 155.

ciljeva. Zato se pravo ne može odvojiti od uprave i zakonodavstva na način na koji to čini Luhmannova teorija;

- Iako se jezik pozitivnog prava razlikuje od moralne komunikacije, ipak je pravo prisutno i u “svijetu života”. Naime, pravo nadoknađuje manjkavosti i praznine nastale raspadom tradicionalnog morala. Stoga je pravna forma neophodna na današnjem stupnju razvoja jer se njome nadoknađuju deficiti nastali ograničenim učinkom morala na međuljudske odnose;
- U cjelini gledano, u modernom društvu sve je više prisutno ispreplitanje prava i morala. Moral više ne stoji nasuprot pravu, nego se i sam mijenja i uobličuje u dodiru s pravom.²⁴¹ Time se moral vezuje za važeće pravo, kao u primjeru pravednosti. Taj se etički ideal preobrazuje u pravo, poprimajući oblik “pravičnosti” (*equitas*). S druge strane, i samo pravo se preobrazuje usklađujući se s moralnim zahtjevima, pri čemu ipak ne izlazi iz okvira pozitivnog prava.²⁴²

U novijim radovima bavi se i pravno političkim problemima moderne te pokušajem daljnjeg puta razvoja europskog ujedinjenja (posebice u zbirci eseja „Eseji o Europi“ iz 1998.) u kojemu donosi ideju o razvoju novih oblika demokratskog samoupravljanja društvom, odnosno političkog angažmana građana. Habermas međutim strahuje zbog „erozije demokratske supstance“ europskih društava (koja je nužna u ostvarivanju novih demokratskih oblika društva). Očekuje od zajedničkog europskog ustava induktivan učinak koji će potaći komunikacijsku konstelaciju, za što je prije svega potrebna politička volja. Istodobno je nužan nadnacionalni postupak demokratske legitimacije i zajednička praksa formiranja mišljenja i volje što čini osnovu legitimacijskog uvjeta za postnacionalnu demokraciju. Europsku uniju smatra forumom za preoblikovanje i preformuliranje globalizacijskog procesa današnjice, odnosno novim povijesnim kozmopolitskim i kozmopolitičkim projektom.²⁴³

²⁴¹ Upućivanje na novi odnos prava i morala te na specifičnu ulogu prava u integraciji društvenih sustava najoriginalniji je Habermasov doprinos teoriji prava. On se razilazi s tradicionalnim shvaćanjem koje od Kanta nadalje odvaja pravo od morala ili pak pravo podređuje moralu (Kant shvaća pravo uglavnom kao ograničenje pojedinačnih volja, utemeljeno na proizvoljnosti i kao vanjski odnos s prisilnim važenjem. Za njega se pravo uklapa u širi nacrt božanskih svrha te je ono i sredstvo za ostvarivanje morala. Stoga se pravne obveze uglavnom podudaraju i s moralnim dužnostima). Habermas kritizira taj pristup kao „ostatak platonizma“ ili iusnaturalizma. V. Vrban, op.cit. (bilj. 152), str. 156.

²⁴² V. Rosenfeld, M. & Arato, A., op.cit. (bilj. 243); Vrban, Cf. ibid., str. 156 - 157.

²⁴³ Habermas, J., Eseji o Europi, Školska knjiga, Zagreb, 2008.

1.2.4. Claus Offe

Claus Offe (1940. -) smatra se (skupa s A. Aratom i J. Cohenom) nastavljачem tradicije frankfurtske škole čiji rad se uglavnom bavi temama iz političke sociologije. Nastavljajući frankfurtsku tradiciju normativne predanosti ljudskoj emancipaciji, duboko ukorijenjenoj u Habermasovom „nedovršenom projektu moderne“ te kritičkoj teoriji znanja (u Habermasovu poimanju znanja namijenjenog praktičnoj primjeni) analizira politička i kulturalna događanja današnjice fino nijansirajući odnose između tradicionalne kritičke teorije frankfurtske škole, modernih i postmodernih dekonstruktivističkih tendencija.

Analiza mehanizama dominacije frankfurtske škole u društvu kasnog kapitalizma važna je intelektualna pozadina Offeova rada. Tijekom kasnih 60-tih godina 20. stoljeća usko je surađivao sa Habermasom u Institutu za društvena istraživanja u Frankfurtu gdje se pretežno bavio temama:

- Kontradikcije demokratskih kapitalističkih društava,
- Razumijevanja položaja i uloga društvenih aktera,
- Perspektiva emancipacije.²⁴⁴

Tijekom 60-tih i 70-tih godina prošlog stoljeća teoretičari marksističke orijentacije pokušavali su odgovoriti na pitanje što čini državu kapitalističkom, unatoč činjenici da buržoaska klasa ne kontrolira direktno njen politički aparat. U poznatoj raspravi na tu temu R. Miliband okarakterizirao je državu kao instrument dominantne klase, dok je N. Poulantzas u teorijskoj raspravi dokazao kako je ona objektivna struktura koja garantira reproduktivitet kapitalističke akumulacije. Offe je tomu dodao treću teorijsku opciju: država je posredovni politički autoritet. Osnovna je kontradikcija kapitalističkog društva nesuglasje između komodifikacije i nekomodifikacije rada, odnosno kapitalistički sustav proizvodnje (konkurentsko tržište) zahtjeva određenu razinu političke intervencije (državne regulacije) i dekomodifikacijske provizije (društveno blagostanje) kako bi se održala i reproducirala (akumulacija kapitala); no u osnovi ovog sustava leži problem: visoka razina regulacije i blagostanja bila bi pogubna po tržište i *vice-versa*. Društva kasnog kapitalizma stoga moraju dobro balansirati između kontradiktornih imperativa. U daljoj razradi ovog problema Offe se

²⁴⁴ Ram, U.: Systems, Actors and Modernities: Claus Offe and the New Frankfurt School, *Dialog & Universalism*, 1999., Vol. 9, Issue ¾, p 91. dostupno na: <http://web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=4&hid=116&sid=92452b36-16ba-410b-9eac-236632585c95%40sessionmgr106> 17.06.2008.

koristi Luhmanovom kategorijom podsustava. Kasno kapitalističko društvo sastavljeno je iz tri podsistema: ekonomsko – proizvodnog, političko – administrativnog i normativno – legitimirajućeg. U nastojanju da izbalansira zahtjeve ovih triju sfera kapitalizam se čini samo-uništavajućim. Ne može djelovati u okvirima države, no ne može postojati bez nje. S obzirom na kontradiktornost različitih pritisaka politički sustav nije u stanju spriječiti ili preventivno utjecati na ekonomske krize: "*While it must organise the dysfunctional social consequences of private production, state policy is not supposed to infringe on the primacy of private production. If state policy is to be adequate, however, it is forced to rely on means which either violate the dominant capital relations or undermine the functional requirements -- the legitimacy and administrative competence -- of state regulation itself.*"²⁴⁵

Offeova teorija kapitalističke države razlikuje se od triju dominantnih teorijskih perspektiva: pluralističko – kompetitivnog pristupa, klasno orijentiranog Marxova pristupa i upravljački orijentiranog Weberova pristupa. Offe državu doživljava relativno autonomno kao „visokosloženu agenciju koja obavlja varijetet povijesnih i sistemskih međupovezanih funkcija: ekonomskih, društvenih i normativnih. Ona je podsustav smješten funkcionalno unutar ostalih podsustava, na koje se ne može svesti, no isto tako se ne može smatrati neovisnom o njima.“ Tijekom kasnijih godina svoga rada, do sredine 80-tih razvio je perspektivu disorganiziranog kapitalizma (*disorganised capitalism*) kao tendenciju političko – administrativnih mehanizama koji imaju funkciju posrednika između društvene moći i političkog autoriteta, a u stvarnosti su neuspješni pri obavljanju svoje funkcije. Pod tim pojmom smatra kako država nije nužno uspješna u političkom „kriznom managementu“. No to nikako ne znači kako će razrješavanje takvih kriznih situacija rezultirati „katastrofičnim scenarijem“ očekivane revolucije. Ovakvo razmišljanje nikako nije dio Offeove teorijske mreže.²⁴⁶ Današnji radovi Clausa Offea bave se pitanjima i problemima koja se pojavljuju u kontekstu procesa europskih integracija i mogućnosti postojanja ili stvaranja „europskog društva“²⁴⁷ Značajniji su mu radovi novijeg datuma: "*Reflections on America: Tocqueville, Weber and Adorno in the United States*" (2005.), "*Institutional Design in Post-Communist Societies. Rebuilding the Ship at Sea*" (1998.), "*The Varieties of Transition: the East European and East German experience*" (1996.),

²⁴⁵ Ibid.

²⁴⁶ Opširnije V. Ibid.

²⁴⁷ Opširnije o ovim pitanjima V.: Offe, C.: Is there, or can there be a „European Society“, dostupno na: http://www.4.soc.unitn.it:8080/poloeuropeo/content/e64/e385/e395/offe-Europeansociety_ita.pdf
te Offe, C.: Social Protection in a Supranational Context. European Integration and the Fates of the „European Social Model“, dostupno na: http://www.nova.no/asset/608/1/608_1.pdf 20.06.2018.

”Modernity and The State: East and West” (1996.), „Political culture and the Politics of the Social Democratic Government“ (1982.).

1.3. Pravni realizam

U većini djela koja se bave pravnom teorijom spominju se dvije inačice pravnog realizma: skandinavski i američki pravni realizam.²⁴⁸ Premda postoje značajne razlike u vremenu postanka, razvoja i dominacije pojedine teorijske perspektive značajno je spomenuti kako većina teoretičara nalazi međusobne poveznice između ovih dvaju teorijskih pravaca, a koje se prije svega odnose na: empirijsko istraživanje prava; pravo kao tehnologiju, a ne filozofiju; pravo u stvarnosti (*empirical legal research; law as a technology, not a philosophy; law in action*).²⁴⁹ Nužno je istaknuti kako se umjesto rasprave o prirodi prava raspravlja o njegovoj svrsi: postavlja se pitanje funkcija prava u društvenom sustavu.²⁵⁰ Umjesto metafizike prava (telički zadatak, smisao prava, bit prava) predmet je njegova društvena funkcija. Ono ima sasvim konkretan zadatak uređenja pravila društvene utakmice u borbi za interese.²⁵¹

1.3.1. Skandinavski pravni realizam

Neovisno o razvoju američkog pravnog realizma počinje se u Švedskoj, početkom 20. stoljeća, razvijati poseban smjer u pravnoj znanosti koji se uobičajeno naziva „skandinavski pravni realizam“ ili još i „upsalska škola“ (prema sveučilištu u Upsali kao mjestu utemeljenja).

²⁴⁸ Spominje se kod nekih teoretičara i značajnost tzv. njemačkog pravnog realizma koji bi se oslanjao na radove Iheringa, Hecka, Kantorowitza, Webera, Geigera, Schelskog u području teorije prava, a ovdje je značajna i teza o njemačkom pravnom realizmu kao teorijskoj prethodnici skandinavskog i američkog pravnog realizma (s obzirom na činjenicu o radu navedenih teoretičara koji datira u kraj 19. stoljeća). O ovome V. Wintgens, L. J., *The Law in Philosophical Perspectives: My Philosophy of Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1999., str. 113.; isto: Riles, A., *Rethinking The Masters of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001., str. 66-68. Neki teoretičari navode još E. Dürkheima kao preteču ovog pristupa u Francuskoj te argentinsku „ecological theory“ Carlosa Cossioa. V. Fuller, L.L. & Bechtler, T.W., *Law in a Social Context*, str. 5., dostupno na:

http://books.google.hr/books?id=4Ad9xx-uuSwC&pg=PA5&dq=american+legal+realism&hl=hr&ei=tjPITJWuDZSSjAe_7cmlDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=6&ved=0CEAQ6AEwBTgU#v=onepage&q=american%20legal%20realism&f=false, 22.07.2018.

²⁴⁹ Schlegel, J.H., *Americal Legal Realism and Empirical Social Science*, The University of North Carolina Press, 1995., str. 2-3.

²⁵⁰ Grossman, W.L., *The Legal Philosophy of Roscoe Pound*, *Yale Law Journal*, 44,1, 1935., str. 608. Navedeno prema: Kregar, J., Šimonović, I., op.cit. (bilj. 166), str. 567.

²⁵¹ Kregar, J., Šimonović, I., Ibid.

Utemeljiteljem ove teorijske orijentacije smatra se švedski filozof Axel Hägerstörn (1868. – 1939.)²⁵² čiji su sljedbenici bili Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona²⁵³ i Danac Alf Ross.

Skandinavski pravni realizam je vrlo originalan, donekle neobičan smjer u pravnoj znanosti koji raskida s dotadašnjom tradicijom i uobičajenim pristupima u proučavanju unutar pravnih znanosti. Njegova dominacija u teorijskoj orijentaciji nordijskih zemalja bila je izrazita u periodu 1945 – 1980.²⁵⁴ Unutar ovoga smjera, bez obzira na neovisnost o utemeljenju, možemo prepoznati neke zajedničke karakteristike s američkim pravnim realizmom: upiranjem na društvene i institucionalne mehanizme primjene prava, osobito isticanjem uloge sudova, proučavanje primjene prava, približavanje sociološkom pristupu proučavanja pravne znanosti. Značenje riječi realizam u ovom kontekstu možemo protumačiti kao „facticizam“, „empirizam“ i „dokumentarizam“ – u smislu usredotočenja razumijevanja prava kroz ljudsko ponašanje, odnosno primjenu prava (*law in action*). Temeljna premisa u zaključcima teoretičara ove škole je: „nema prava izvan njegove primjene, kao ni pravne norme izvan prostora i vremena“, pravo i politika isprepliću se u tzv. *intersecting modelu*,²⁵⁵ a poseban osvrt pridaju pitanjima svijesti subjekta koji primjenjuju pravo.²⁵⁶ U svojim nastojanjima u dokazivanju postavljenih hipoteza kreću se u okviru fenomenološkog pristupa kroz upozoravanje na osjećaj prisile u pravu kao naročitog oblika iskustva, te na normu kao interpretativnu shemu koja omogućuje razumijevanje i predviđanje ljudskih ponašanja s obzirom na pravo.²⁵⁷ Aprioran pristup

²⁵² Mindus, P., *A Real Mind: The Life and Work of Axel Hägerstörn*, Springer Science + Business Media, N.Y., 2009., dostupno na: http://books.google.hr/books?id=GOk1Jca72UgC&pg=PA137&dq=scandinavian+legal+realism&hl=hr&ei=8gxITK3aPIHNjAeN67TDDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=7&ved=0CEUQ6AEwBg#v=onepage&q=scandinavian%20legal%20realism&f=false, 22.07.2018.

²⁵³ Lundstedt i Olivecrona bili su Hägerstörnovi studenti koji napuštaju u svojim razmišljanjima sve oblike metafizičkog u pravu. Pravo smatraju stvarnom tehničkom činjenicom s kojom upravljaju pravnici. Njihovim radom nastaje tzv. upsalska škola koja se kritički odnosila i prema međunarodnom pravu i njegovoj nemogućnosti uspostavljanja sankcija koje bi bile implementirane unutar pravnih sustava nacionalnih država. Wesley Pue, W. & Sugarman, D., *Lawyers and Vampires: Cultural Histories of Legal Professions*, Hart Publishing, Oxford and Oregon, 2003., str. 163.,

²⁵⁴ Peteresn, H., Kjael, L.A., Krunke, H., *Paradoxes of European Legal Integration*, Ashgate Publishing Limited, Hampshire; Burlington, 2008., str. 289.

²⁵⁵ Zamboni, M., *Law and Politics: a Dillema for Contemporary Legal Theory*, Springer - Verlag, Berlin; Heidelberg, 2008., str. 83.

²⁵⁶ Pripadnici ove teorijske orijentacije predstavljaju se kao *social engineers*, a svoj način rada karakteriziraju kao vrijednosno neutralnu tehniku. Kao važan pravni izvor navode političke utjecaje u području presuđivanja (*political drafts of legislation*). Upsalska škola ostaje dominantna teorijska orijentacija do pojave kritičke pravne teorije tijekom 1970-tih. Opširnije V. Peteresn, H., Kjael, L.A., Krunke, H., *Paradoxes of European Legal Integration*, loc.cit.

²⁵⁷ Prema fenomenolozima nije moguće objektivno mjeriti bilo koji aspekt ljudskog ponašanja. Ljudi daju smisao svijetu kategorizirajući ga, a sam proces kategorizacije je subjektivan: on ovisi o mišljenju promatrača. Vjeruju kako nije moguće dati činjenične podatke, te je analogno tomu, nemoguće dati i provjeriti kauzalna objašnjenja. Najviše čemu se možemo nadati je razumijevanje značenja koja pojedinci daju posebnim fenomenima. Pozitivistički pristup daje iskrivljenu sliku društvenog života. Peter Berger tvrdi da se na društvo gledalo kao na kazalište lutaka, s članovima društva portretiranima poput „malih marioneta koje skakuću na kraju nevidljivih

fenomenu svijesti kao specifičnome mehanizmu za orijentaciju stvarnih ponašanja osobito je razvio Alf Ross, dok se kod Lundstedta sreće negativistički odnos prema iurisprudenciji koju on odbacuje kao ideologiju, odnosno praznovjerje ili iluziju.

Danac Alf Ross (1899. – 1979.) ustaje protiv metafizičke pravne znanosti odbacujući pojam prirodnog prava, u čijoj klasičnoj, ali i novo uobličenim teorijskim orijentacijama vidi „prikriveni“ iusnaturalizam, polazeći pri tome od strogo znanstvenih kriterija istine prema kojima ne može postojati vječan i nepromjenjiv sustav prirodnog prava. Time i pravni pojmovi, posebice definicija pravne norme prima drugačiji značaj. Pravna norma govori neposredno o fizičkoj prisili (isto Olivecrona i Kelsen) te se tehnika prava, kao i samo pravo po sebi svodi na primjenu prisile kao manifestacije političke moći države.²⁵⁸ Pravo nije osigurano prisilom nego se sastoji iz pravila o primjeni prisile, što je nakon H. Kelsena utvrdio Karl Olivercona (1897. – 1980.). Sljedeća značajna konstatacija oko razumijevanja norme činjenica je da je ona upućena sucima kao subjektima koji imaju ulogu utvrditi uvjete primjene prisile.²⁵⁹ Rossovo isticanje uloge suca i predviđanja kao same srži prava približava ga koncepciji američkih pravnih realista, dok ga naglasak na ulozi pravnih normi ipak od njih odvaja. No možemo zaključiti kako je njegovo shvaćanje prava svakako jedna povezana teorijska konstrukcija u kojoj uspješno spaja gotovo nespojive teorijske orijentacije: sociološki, jezično – fenomenološki i normativni aspekt prava.²⁶⁰

1.3.2. Američki pravni realizam

Američki pravni realizam razvio se u pravi intelektualni pokret tridesetih godina 20. stoljeća, nastavljajući se na ideje teoretičara koji su pripadali krugu „sociološke iurisprudencije“ (prije svega O.W. Holmesa i R. Pounda), a formalnim datumom utemeljenja pravca smatra se 08. siječnja 1897. kada je O.W. Holmes održao svoj glasoviti govor „Put prava“ (*The path of law*) na svečanom otvorenju nove zgrade Pravnog fakulteta u Bostonu.²⁶¹

konaca i radosno igraju uloge koje su im dodijeljene“ (Berger, 1966.). Fenomenolozi vjeruju suprotno tomu kako ljudi aktivno kreiraju svoja osobna značenja i društvo u interakciji jedni s drugima. Opširnije V.: Haralambos, M., Holborn, M., op.cit. (bilj. 40), str. 17-18.

²⁵⁸ Ross, A., On Law and Justice, The Lawbook Exchange, LTD, Clark, New Jersey, 2004., str. 258 – 265.

²⁵⁹ „Kao i igra šaha, tako je i pravo sustav pravila koja se mogu razumjeti kao smjernice (*directives*) pri tome je bitno stvarno ponašanje subjekata (odnosno igrača u šahu), dok je norma samo shema za tumačenje stvarnih zbivanja. Ona omogućuje razumijevanje, a donekle i predviđanje ponašanja (u pravu sudaca, a u šahu igrača)“. Cit. prema: Vrban, op.cit. (bilj. 9), str. 572.

²⁶⁰ V. Ross, A., On Law and Justice, loc.cit.

²⁶¹ Horwitz, M.J., The Transformation of American Law, 1870 – 1960.: The Crisis of Legal Orthodoxy, Oxford University Press Inc., New York, 1992., str. 143.

Najjače uporište pravnog realizma bilo je sjeveroistočni dio SAD-a, Pravni fakulteti sveučilišta Columbia i Yale. Teorijska perspektiva koja karakterizira ovu struju razmišljanja o pravu inspirirana je filozofijom pragmatizma, a antiformalizam kao temeljnu premisu u svojim radovima ističu svi predstavnici ovog pravca od kojih su najistaknutiji Karl Nickelson Llewellyn, Underhill Moore, Walter Wheeler Cook, Herman Olifant i Leon Green. Među mnogima svakako moramo posebno istaknuti Jeromea Franka, odvjetnika sa značajnim iskustvom u sudskim procesima, koji je nedvojbeno zaslužan za dugotrajnost utjecaja i recepcije realizma. Pošto američki pravni realizam nije škola mišljenja u potpunom smislu riječi, već ju prije možemo okarakterizirati kao skup, odnosno sustav teorija, kao pokret u pravu navest ćemo (pored već spomenutih) i ostale predstavnike koje svrstavamo u taj sustav razumijevanja i tumačenja prava: Thrumen Arnold, William O. Douglas.²⁶²

Naglasak je u ovoj teorijskoj orijentaciji široko postavljen na proučavanje prava u primjeni te utvrđivanje uzroka (okolnosti) koje utječu na odluku suca u predmetnom slučaju. Pravo samim time ima instrumentalnu ulogu – ono služi postizanju društvenih ciljeva (koji su izvedeni iz društvenih vrijednosti) te predstavlja instrument društvene promjene. Ono je svjesna društvena (a ne prirodna) tvorevina. Realizam smisao prava vidi u provođenju praktičkih političkih ciljeva, pri čemu nije dovoljno zakon ili pravilo samo proglasiti, već se prate i ocjenjuju njegovi učinci i instrumentalna efikasnost. Time se reljefno iskazuje nastojanje realista da pravo shvate samo jednim, uskim dijelom društvene političke akcije, instrumentom za legitimizaciju, ograničavanje političke moći. Takav instrument treba podvrgavati stalnoj provjeri efikasnosti, što uključuje traganje za indikatorima koji će pokazati kakvo je stvarno stanje u postizanju proklamiranih ciljeva.²⁶³

Sažet i jednostavan prikaz tema (i tona) koji karakterizira rad grupe autora koje svrstavamo u kategoriju američkih pravnih realista može se pronaći u djelu Olivera Wendela Holmesa Jr. (1841. – 1935.) *The Common Law* u kojemu piše:

The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuition of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellowmen, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed.

²⁶² Leiter, B.: American Legal Realism, The University of Texas School of Law, W. Edmundson & M. Goldings, eds., Oxford:Blackwell, 2003. dostupno na: http://ssrn.com/abstract_id=339562, 11.06.2018.

²⁶³ Kregar, J., Šimonović, I., op.cit. (bilj. 166), str. 570-571.

*The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.*²⁶⁴

1.3.2.1. Razvoj pravne misli u Americi

Poslužit ćemo se ključem, u pokušaju odgonetanja i razumijevanja zamršenih i proturječnih tokova američke kulture 19. i 20. stoljeća; opaskom sažetom u riječi Warrena Susmana: „Nijedna analiza američke kulture nema nikakvog smisla ako se ne shvati da je ova nacija od početka bila i ostala protestantska i da u njoj uloga vjerske ideologije predstavlja ključni moment u formiranju drugih ideoloških pozicija“.²⁶⁵ Slijedeći, osim navedenih religijskih ishodišta, načela Deklaracije o neovisnosti (1776.) i pisanog Ustava (1787.) bivših su 13 engleskih kolonija u Sjevernoj Americi nastavile svoj strelovit uspon ka učvršćivanju ideja o jednakosti prava i šansi za uspjeh u „potrazi za srećom“, jednakih političkih prava za sve stanovnike, općeg duha optimizma i egalitarizma.

Od utjecaja europskih ideja kojima su se na američkom kontinentu često inspirirali u vrijeme naglog uspona američkog društva krajem 19. i početkom 20. stoljeća na najveći odjek naišle su ideje Herberta Spencera: vjera u napredak, afirmacija znanosti i industrije, individualizam i osobnost, predstavnička vladavina – apsolutno su odgovarali američkom duhu individualizma, natjecateljske konkurencije, ambicioznom i trgovačko – profitnom karakteru američkog društva.²⁶⁶ Iako duh optimizma i egalitarizma nije pogodovao društvenoj kritici ona se ipak pojavljuje u zapadnim zemljama i u manjoj mjeri na jugu u populizmu i agrarnom socijalizmu koji su našli publicistički izraz u romanima Henryja Georga (*Progress and poverty*, 1879.)²⁶⁷, Edwarda Bellamy (*Looking backward*, 1888.)²⁶⁸ i Henry Demaresta Lloyda (*Wealth against Commonwealth*, 1894.)²⁶⁹

Zalaganje za društvene reforme i distanciranje od nekih obilježja američkog načina života karakteristika je onih duhovnih strujanja s početka dvadesetoga stoljeća koja se obilježavaju kao pragmatizam, instrumentalizam, institucionalizam, ekonomski determinizam

²⁶⁴ Holmes, O.W., *The Common Law*, American Bar Association, Boston, 2009., str. 1.

²⁶⁵ Susman, W., *Culture as History: the Transformation of American Society, in the Twentieth Century*, Pantheon Books, 1984., str. 115.; Slično je, u kontekstu pojave i recepcije kapitalizma na europskom kontinentu, razmišljao i Max Weber u svom glasovitom djelu „Protestantska etika i duh kapitalizma“ (*Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, 1904.-1905.).

²⁶⁶ Elliot, H.S.R., Herbert Spencer, str. 92 – 128., dostupno na: http://books.google.hr/books?id=J9itA-gCsTwC&printsec=frontcover&dq=herbert+spencer&hl=hr&ei=IOdKTNWHE9qTsQbwlp1G&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCYQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false, 24.07.2018.

²⁶⁷ George, H., *Progress and Poverty*, Cosimo, New York, 2005.

²⁶⁸ Bellamy, E. *Looking Backward 2000 to 1887*, Cosimo, New York, 2007.

²⁶⁹ Jernigan, E.J., Henry Demarest Lloyd, Twayne Publisher, New York, 1976., str. 63-77.

i pravni realizam. Istaknuti predstavnici tih strujanja – John Dewey, Charles A. Beard, James Harvey Robinson, Thorstein Veblen i sudac Oliver Wendell Holmes – zalažu se za sagledavanje društvene stvarnosti nasuprot formalizmu i elitizmu prevladavajućeg kulturnog stila.²⁷⁰ Upravo u tom krugu dolazi do dodira i s europskom kritičkom misli koja je za razliku od Amerike, bila čvrsto ukorijenjena ne samo u otporu tiranskoj vlasti nego i imućnim, privilegiranim slojevima. Tako na američki kontinent prodiru ideje marksizma, ali i socijalno - reformističke struje u kojima tada prednjači njemački katedarski socijalizam. Ljevičarski kriticizam osobito se ukorijenio na Srednjem Zapadu. Nastaje i kritički intonirano novinarstvo inspirirano temama o razotkrivanju korupcije i analizi javnih skandala. Jedan od novinara koji se bavio kritičkim novinarstvom bio je kasnije utemeljitelj čikaške sociološke škole Robert Ezra Park (1864. – 1944.). Jedna od dužnosti birača bila je i dužnost porotnika koja je često iskazivala svoju važnost: u sporu tiskara J.P.Zengera 1735. porota New Yorka odbacila je dotada ustaljenu englesku praksu te proglasila „kako kудiti javne službe nije kleveta ako se pokuda temelji na istinitim činjenicama“.²⁷¹ To je dalo silnog maha slobodi tiska što se odrazilo i na sučeljavanje različitih dokaza i obrazloženja, upućujući građane na razmišljanje i stav kako je za punu istinu potrebno ne samo puno osvjetljenje, nego i promatranje činjenica s različitog motrišta, tj. u različitom obzoru. Istina o činjenici je u mnogostranosti njenih odnosa.

Iako, u odnosu na europsko društvo toga vremena, nema tako oštrih socijalnih, ideoloških i političkih sukoba i podjela na ljevicu i desnicu, razlike i sukobi postoje no ograničeni su više na pitanja ropstva, regija i etničkih skupina. Ideja „potrage za srećom“ ugrađena u Deklaraciji o neovisnosti iz 1776. godine kao jednakost prava i šansi manifestira se (za razliku od europskih političkih poredaka) u postojanju jednakih političkih prava za sve stanovnike, odsutnosti staleža i odvojenosti društvenih klasa čine temelj mobilnosti i mogućnosti uspjeha u američkom društvu.²⁷²

²⁷⁰ V. Holmes, O.W., *The Common Law*, American Bar Association, Boston, 2009.; *The Path of the Law*, NuVision, 2007.; Veblen, T., *The Theory of Business Enterprise*, Cosimo, N.Y., 2005.; *The Theory of Leisure Class*, O.U.P., Oxford, N.Y., 2007.; Robinson, H.J., *Civilization*, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=9aFTKU0D8k4C&printsec=frontcover&dq=Harvey+Robinson&hl=hr&ei=jWFITJCHsfKjAe3xbChDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CDAQ6AEwAg#v=onepage&q&f=false, 22.07.2010., Beard, C.A., *The Republic: Conversations on Fundamentals*, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, 2004., Dewey, J., *The Political Writings*, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1993.

²⁷¹ Kurtović, Š., *Opća povijest prava i države*, II. knjiga, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2002. , str., 82.

²⁷² Armitage, D., *The Declaration of Independence: a Global History*, str. 165 - 171., dostupno na: http://books.google.hr/books?id=0IY11yGO38gC&printsec=frontcover&dq=declaration+of+independence&hl=hr&ei=RO9KTJm6AsaOsAahoNIF&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CCsQ6AEwAQ#v=onepage&q&f=false, 24.07.2018.

Doprinos razvoju kritičke misli u Americi stvorili su specifični aspekti društvenog i kulturnog razvoja američkog društva tog vremena: dok je u Europi atmosfera društvene kritike intenzivno proširena sredinom 19. stoljeća u Americi se tek javljaju prvi kritički pomaci. Ralph Waldo Emerson (1803. – 1822.)²⁷³ i Henry David Thoreau (1817. – 1862.)²⁷⁴ zalažu se za moralnu obnovu društva. Transcedentalizam²⁷⁵ se javlja kao nova filozofija koja je trebala omogućiti revitalizaciju puritanske etike i povratak prirodnijem načinu života. Osim nagle industrijalizacije (nastanka velikih poduzeća – trustova, proizvodnje čelika, rasta automobilske industrije) i rasta velikih gradova došlo je i do rasta utjecaja središnjih financijskih tržišta, intenzivne izgradnje željezničkih pruga nakon građanskog rata između sjevera i juga (1861. - 1865.). Nagle i velike društvene promjene pratio je dramatičan porast broja siromaha, beskućnika i prosjaka kao jedna od posljedica nagle urbanizacije velikih gradova. Ostali društveni problemi – radnički nemiri, štrajkovi, zaoštavanje etničkih i rasnih sukoba, borba između rada i kapitala također traže hitnu intervenciju društvene regulacije, stabilizacije i legitimacije poretka kroz pravni sustav.

U navedenom turbulentnom društveno – gospodarskom okružju američko je pravo imalo važnu ulogu u regulaciji, stabilizaciji i legitimaciji društvenog poretka, prenoseći oštricu društvenih sukoba na pravni teren. Paralelno su sudovi, fleksibilnijim tumačenjem prava i pozivanjem na načela, omogućili prilagodbu prava društvenim promjenama. Time je uloga prava sve više rasla prožimajući američko društvo kulturom prava u potpunoj mjeri. Autoritet sudačke odluke (*adjuction*) neosporan je u američkom pravnom sustavu dajući time izuzetan društveni ugled sucima i odvjetnicima.

Američki pravni sustav toga vremena, prema D. Vrbanu, obilježavaju slijedeće karakteristike:

- Središnja uloga pravosuđa u pravnom sustavu (u Americi sudske ovlasti uključuju pravo ustavnog nadzora nad zakonodavstvom i nad odlukama izvršne vlasti);

²⁷³ Field, S.P., *The Making of a Democratic Intellectual*, Rowman & Littlefield Publishers, INC., Lanham, 2002.

²⁷⁴ Thoreau, H.D., *Civil Disobedience*, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=9rTCN-IuLTAC&printsec=frontcover&dq=Henry+David+Thoreau&hl=hr&ei=zGRITO_QAtvPjAek7tTQDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CDAQ6AEwAg#v=onepage&q&f=false, 22.07.2010.

²⁷⁵ Transcedentalizam (američki transcendentalizam) – skup ideja potekao iz transcendentalne filozofije Immanuela Kanta koji je prigrllila intelektualna elita Amerike sredinom 19. stoljeća. Istaknuti autori ovog pravca bili su: Ralph Waldo Emerson i Henry David Thoreau, a temeljio se na protestu unitarizma prevladavajućeg u državnom i vjerskom naučavanju toga vremena. Detaljnije V.: Gura, P.F., *American tanscendentalism: A history*, New York, 2007.

- Američki Ustav jedan je od starijih u modernom smislu i čini jedinstven dokument, za razliku od engleskih ustavnih dokumenata;
- Podložnost pravne misli konzervativnoj (klasično – liberalnoj) ideologiji, koja teži očuvanju vrijednosti individualne i ekonomske slobode te formalne jednakosti građana;
- Afirmacija usporednog strujanja koje se odupire konzervativizmu i koje naglašava pragmatički instrumentalizam (vjera u društveni napredak putem socijalnog inženjeringa). Taj pravac nastoji supstituirati formalnu jednakost zahtjevom za supstancijalnom pravednošću. U tom pogledu bile su utjecajne doktrine *New Deal*,²⁷⁶ intelektualni reformizam Deweya, Pounda i kasnije Rawlsa te općenito smjer tzv. novog liberalizma i pokreta za manjinska prava;
- Kao odraz sukoba između tih struja – konzervativizma i liberalizma, u kasnijem se razvoju američkog prava pojavljuje i napetost između pravosudne i zakonodavne odnosno izvršne vlasti (napose s obzirom na ulogu Vrhovnog suda u prihvaćanju reformi).²⁷⁷

Kao i u drugim zemljama *Common law sustava*²⁷⁸ gdje nije došlo do recepcije rimskog prava, ni u Americi nije bilo važnijih pojmovnih analiza i teorijskih pristupa sve do kraja 19. stoljeća. Stručno obrazovanje pravnika bilo je neformalno, tako da se za sudačka i odvjetnička zanimanja čak nije tražilo nikakvo formalno obrazovanje. Upravo je nepreglednost angloameričkog prava, temeljenog na nizu sudskih odluka o potpuno različitim predmetima potaknula potrebu sustavnog izučavanja prava. Tako je sudac James Kent (1763. – 1847.), po uzoru na Blackstoneove *Commentaries*, objavio i prvi sustavni prikaz američkog prava

²⁷⁶ New Deal naziv je za niz ekonomskih i upravnih reformi koje je 1930-ih donijela administracija američkog predsjednika Franklina Delana Roosevelta u svrhu suzbijanja posljedica Velike ekonomske krize. Karakteristika te politike je bila za SAD dotada nezapamćeno uplitanje države u privredu, odnosno zamjena dotadašnjeg sistema temeljenog na slobodnom tržištu i monetarizmu sa sustavom temeljenim na intervenciji, odnosno povećanoj kontroli države nad bankama, industrijom, kao i stimuliranju potrošnje. Kao jedan od autora ovog programa se često navodi britanski ekonomist John Maynard Keynes.

²⁷⁷ Vrban, op.cit. (bilj. 152), str. 33 – 34.

²⁷⁸ Common Law - engleski pravni sustav. Engleska je jedina zemlja u Europi u kojoj nije došlo do recepcije Rimskog prava. Engleska je zadržala svoj poseban pravni sustav čiju okosnicu čini common law. Normani koji su 1066. godine osvojili Englesku zatekli su lokalno običajno pravo domaćeg anglosaksonskog stanovništva. Oni su svoje pravo izjednačili s ovim lokalnim običajima u sustavu prava zajedničkog svim ljudima. Temelji common law-a potječu još iz 11. i 12. stoljeća kada su pravници počeli s transformacijom primitivnog germanskog i franačkog prava. Moglo bi se reći da je engleski pravni sustav osnovao kralj Henrik II, koji je vladao Engleskom i Normandijom u 12. stoljeću. On je pored postojećeg crkvenog pravnog sustava, prvi u Engleskoj uspostavio središnji sud sa profesionalnim sucima i racionalnim sustavom procedure.

(*Commentaries on American Law*, 1826. – 1830.)²⁷⁹, a Christopher Columbus Landgell uveo je raščlambu sudskih presuda (*case method of study*) kao originalan pristup u izvođenju nastave prava na Harvardu.²⁸⁰ No činjenica je da je upravo model proučavanja prava za koji se zalagao Landgell potakao kritička razmišljanja. Njegova razmišljanja o pravnoj znanosti kao egzaktnoj znanosti sličnoj fizici, zoologiji, botanici i kemiji u kojoj je pravna knjižnica tzv. pravni laboratorij, a ne praktično iskustvo. Dakle znanje stečeno kroz čisto, apstraktno pravo, posebice proučavanje sudskih presuda osigurat će znanstveno proučavanje prava.²⁸¹ Kroz dešifriranje sudskih presuda, upotrebom Sokratovskih metoda recitiranja i ispitivanja principi pravne znanosti bit će u pravom svjetlu prezentirani studentima.²⁸²

Američki pravni realist i njihovi prethodnici, pripadnici kruga sociološke jurisprudencije nisu se slagali s ovim idealom. Smatrali su kako pravna znanost pripada području društvenih znanosti, stoga je ona sličnija, odnosno bliža sociologiji, psihologiji, ekonomiji i filozofiji te ona trebaju biti vodič u njenim novijim teoretiziranjima. Osim toga, pravi laboratorij pravne znanosti stvarni je svijet, a filozofija pragmatizma njen je postulat. Metoda kojom su se služili bila je društveno – pravna kritika.

Društvene okolnosti na prijelazu te samom početku 20. stoljeća uvelike su izmijenjene. Amerika je suočena s dramatičnim ekonomskim rastom usporedno s kojim se razvijala koncentracija moći i centralizacija države preko birokratski upravljanih političkih organizacija. Postojeća pravna ideologija, čija je idejna misao vodilja bila naglasak na minimalnoj involviranosti u ekonomske procese, poznata kao *laissez – faire*, doživljavala je uplitanje sudova u ekonomsku i društvenu sferu kao nepoželjno. Osim toga, čvrsta privrženost pravnim principima i slovu zakona smatrala se idealom, putem maksimalnog ispunjenja društvenih vrijednosti. No, ubrzane gospodarske i društvene promjene koje su sobom donosile mnoštvo kontradiktornih zahtjeva prisilile su sudove na preispitivanje svoje interne metodologije u

²⁷⁹ Kent, J., *Commentaries on American Law*, Little, Brown & co., Boston, 1858.

²⁸⁰ Hoberman, S., *Professional Education in the United States*, Praeger Publishers, New York, 1994., str. 77.

²⁸¹ Često se u literaturi navodi kako je Langdellovim imenovanjem na Harvardu počela evolucija u američkom pravnom obrazovanju. Langdallova ideja o „pravu kao znanosti“ razvijena je u skladu s njegovom tvrdnjom kako je pravo „ogledalo prirode“. Pravo kao znanost progresivan je i rastući proces koji je moguće otkriti kao iskustvenu činjenicu. Opširnije V.: Minda, G., *One Hundred Years of Modern Legal Thought: From Langdell and Holmes to Posner and Schlag*, *Indiana Law Review*, Vol. 28., 1994-1995., str. 358 – 361., dostupno na: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/indilr28&collection=journals&id=363&men_hide=false&men_tab=citnav, (28.10.2008.)

²⁸² Milovanovic, D., *An Introduction to the Sociology of Law*, Criminal Justice Press, 2003., str. 110., dostupno na: http://books.google.com/books?id=W_UbvjHhRIIC&pg=PA120&lpg=PA120&dq=1977+crits+first+confere+nce+wisconsin+madison&source=web&ots=TORqoH-Leo&sig=vSfDGr2-fc6ljev_VvM-3WN99fQ&hl=en&sa=X&oi=book_result&resnum=1&ct=result#PPA135,M1 (09.10.2018.)

donošenju presuda. Napad na formalizam predvođen je iz najprestižnijih sveučilišnih centara: Harvarda, Yalea i Columbia sveučilišta.²⁸³

Krajem 19. stoljeća upravo sveučilišta i visoke škole postaju središta proučavanja pozitivnog prava i pravne teorije. U to je vrijeme u intelektualnim krugovima teorijski dominantan pravac pragmatizma (grč. *pragma* – djelovanje) čiji su najistaknutiji predstavnici Wiliam James, Charles S. Pierce i John Dewey. Njegovu instrumentalnu inačicu zastupa najgorljivije John Dewey (1859. – 1952.)²⁸⁴ koji se bavi i logičkom analizom prava. Pravo je smatra Dewey potrebno promatrati u kontekstu dinamičkog procesa njegove primjene, kao proizvod društvenih procesa i okolnosti. Time možemo utvrditi, počinje u pravničkim krugovima kritički obrat od formalizma i legalizma, prevladavajuće pravne doktrine u američkoj pravnoj znanosti. Njegovi se istaknuti pristaše zalažu za društvenu reformu i pravednost odbacujući Spencerove i Darwinove ideje evolucionizma i socijalnog darvinizma, kao i ideju neograničene slobode ugovaranja, pokušavajući pronaći načine poboljšanja radnog i socijalnog zakonodavstva. Kasnije su, posebice u fazi New Deal, angažirani u brojnim vladinim tijelima.

Odbacivanjem formalizma i kritikom konzervativizma stvara se nova osebujna teorijska jurisprudencija koja je sociološki i povijesno orijentirana. Nije sklona teoretiziranju već pravo shvaća kao praktičnu pravnu djelatnost kroz konkretni pravni život koji se zbiva u sudnicama i odvjetničkim uredima.²⁸⁵ Pored „sociološke jurisprudencije“ kojoj su istaknuti predstavnici Oliver Wendell Holmes Jr., Louis D. Brandeis²⁸⁶ i Roscoe Pound, koji se smatra i utemeljiteljem „američkog pravnog realizma“ s Karlom Nickelsonom Llewellynom, Jeromeom Frankom i Hermanom Olifantom kao istaknutim predstavnicima te „sociološki pokret u pravu“ koji prati razvoj iste struje utjecaja u europskom krugu. Sociološka jurisprudencija svojim optimizmom i ekspanzivnošću osvaja nove pristaše oslanjajući se na postavke Benthamove utilitarističke filozofije i novog juridičkog instrumentalizma.²⁸⁷

²⁸³ Cf. *ibid.*, str. 111.

²⁸⁴ John Dewey američki filozof, psiholog i reformator. Pionir funkcionalne psihologije i vodeći predstavnik progresivnog poretka u obrazovanju Sjedinjenih Američkih Država u prvoj polovici 20. stoljeća. V. Boisvert, R.D., *John Dewey: Rethinking our time*, State University of New York Press, New York, 1998.

²⁸⁵ Vrban, *op.cit.*, (bilj. 9), str. 568.

²⁸⁶ Brandeis, L.D. (1856. – 1941.) bio je prvi sudac američkog Vrhovnog suda porijeklom Židov te se u mnogim radovima bavio problemima cionističkog pokreta (*Brandeis on Zionism: a collection of addresses and statements*, The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey, 2000.). Smatra se i utemeljiteljem tzv. *preventative law*, odnosno *counseling in law* (*Other People's Money: And How the Bankers Use It*, Martino Publishing, Mansfield Center, New York, 2009).

²⁸⁷ Deflem, M., *Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition*, str. 97., dostupno na: <http://books.google.hr/books?id=g4pG6AqaBc8C&pg=PA97&dq=sociological+jurisprudence&hl=hr&ei=NfdKTl3LB->

1.3.2.2. Oliver Wendell Holmes

Antiformalističko shvaćanje prava prožima misao istaknutog suca i pravnog filozofa Olivera Wendella Holmesa (1841. – 1935.) za kojeg možemo reći da se smatra začetnikom ili bolje rečeno, pretečom pravnog realizma u Americi. Kao dugovječna osoba proživio je velike povijesne mijene američkog društva – rođen je u vrijeme aristokracije starog Massachusettsa, bio je u prilici upoznati ljude poput John Quincy Adamsa koji je bio blizak s utemeljiteljima Republike, borio se u Američkom građanskom ratu, a kao sudac Vrhovnog suda od 1902. – 1932. svjedočio je rađanju nove društvene, ekonomske i pravne ere čiji se „moderni“ utjecaj još tako snažno osjeća i danas.²⁸⁸ Činjenica je kako je bio generaciju ispred svog doba što dokazuju njegova nastojanja okarakterizirana kao pionirski pokušaji koji su približili sociologiju i pravo u tzv. „sociološkom pokretu u pravu“. U svojim je radovima „*The Spirit of the Common law*“ (Boston, 1881.) i „*The Path of the Law*“ (1897.) te „*Natural Law*“ (1918.) inzistirao na ispitivanju društvene stvarnosti u pravu po uzoru na ekonomiju, sociologiju i psihologiju utemeljujući tako tzv. novu iurisprudenciju (*new jurisprudence*) koja je otvorila put napuštanju formalizma unutar pravnih znanosti koje je intenzivno uslijedilo tijekom 20. stoljeća.²⁸⁹ Njegove premise „skepticizam prema pravilima“ i „život prava nije logika nego iskustvo“ kasnije usvajaju pravni realisti gradeći na njima svoje teorije o pravu. Pravo definira kao „predviđanje što će učiniti suci“.²⁹⁰

Holmes je bio blizak vodećim američkim filozofima tog vremena koji pripadaju školi pragmatizma W. Jamesu, Ch.S. Pierceu i J. Dewey te se njegova misao o pravu suprotstavlja pristupu koji pravo sagledava kroz pravila bez oslonca na ljude i potrebe zajednice. Bit je prava, prema Holmesu, u neposrednom iskustvu. U svojim djelima ograđuje se od logičkog formalizma i moralističkog pristupa pravu te se priklanja tradicijsko – povijesnom proučavanju pravnih institucija koje upućuje na prvobitnu svrhu pojedinih pravnih normi te omogućuje kritički pogled na pravo. S obzirom na navedene postavke Holmes je svjestan kako je nezaobilazna sociološka dimenzija u proučavanju prava upravo zbog činjenice da je pravo u stalnom procesu promjene te je sukladno tomu dio društvenih promjena: „Život prava nije samo logika, nego iskustvo. Nužnost vremena u kojem živimo, prevladavajuće moralne i političke

[OfsQazhMGdDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCYQ6AEwAA#v=onepage&q=sociological%20jurisprudence&f=false](https://www.researchgate.net/publication/321111111/figure/fig/1/figure/fig1/1511111111111/OfsQazhMGdDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCYQ6AEwAA#v=onepage&q=sociological%20jurisprudence&f=false), 24.07.2018.

²⁸⁸ Coquillette, D.R.: *The Twentieth Century*, Boston College Law School, dostupno na: <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=bc/bclsfp>, 10.06.2018.

²⁸⁹ Burton, S.J., *The Path of the Law and its Influence: the Legacy of Oliver Wendell Holmes*, C.U.P., Cambridge, 2000., str. 2-6.

²⁹⁰ Posner, R.A., *The Essential Holmes*, The University of Chicago Press, Chicago, 1992.

teorije, institucije i javni, opći interes, priznat ili nesvjestan, čak i predrasude koje dijele međusobno suci sa svojim kolegama, moraju još mnogo toga više učiniti od silogizma u determinaciji pravila pomoću kojih bi upravljali narodom. Tako pravo zauvijek usvaja nove principe iz života s jedne strane, a zadržava stare iz povijesnih izvora, s druge strane. Činjenica je kako se pravo stalno približava, ali nikad ne dostiže postojanost. Koliko god kodificirali pravo (*Common Law*) u serijama naizgled samodostatnih pozicija one će biti samo faze u konstantnom rastu. Postat će pravo nepromjenjivo tek kad prestane rasti.“²⁹¹ Ovakvim novim načinom razmišljanja o pravu i njegovoj primjeni učinio je Holmes iskorak od apsolutnog ka relativnom, od doktrine ka praksi, od pasivnog – i u vezi s tim pesimističkog determinizma – ka optimističnoj slobodi.²⁹²

Holmes je priznavao velik utjecaj ekonomije na pravo, čime se posebice bavio Thorstein B. Veblen (1857. – 1929.) kao sociološki i institucionalno orijentiran ekonomist.²⁹³ Unatoč navedenom ostaje konzervativac i praktičar, nesklon velikim teorijama. Njegova slava, odnosno veličina „nove iurisprudencije“ bila u pokušaju „otvaranja pravnih znanosti“ kroz inkorporaciju ostalih društvenih znanosti u ciljeve juridičkog instrumentalizma.

Kasniji utjecaj Holmesove tradicije u radu američkog Vrhovnog suda bio je narušen posebice kroz djelovanje Louisa D. Brandeisa, Harlana Stonea, Benjamina Cardoza i Felixa Frankfurtera, ponajviše u vremenu nakon Rooseveltove „*court packing*“ krize iz 1937. godine.²⁹⁴

²⁹¹ Coquillette, op.cit. (bilj. 294), str. 3-4.

²⁹² White, G. E., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993., str. 196 – 225.

²⁹³ Rabio je pojmove napadna potrošnja i napadna dokolica koji su ubrzo bili široko prihvaćeni u društvenim istraživanjima. Naglasak je u ekonomskim istraživanjima stavio na primjenu tehničke učinkovitosti kao temeljnog principa povijesnog, društvenog i kritičkog razvoja društva. Takvo razumijevanje ekonomskih odnosa podrazumijeva: teoriju društvene promjene, kritiku teorijske analize poslovnih institucija, osebujnu koncepciju u pristupu proučavanja u području društvenih znanosti, posebice ekonomiji te razjašnjenje odnosa između društvenih institucija ili navika i organizacije znanja u društvu. Jedan od njegovih temeljnih postulata je teza kako pojedinci zaposleni u institucijama podliježu procesu društvenih navikavanja pod utjecajem discipline koju provodi određena institucija. Institucije su rezultat interakcije između ljudske prirode i materijalne okolice. Veblenova teorija društvene promjene donosi dakle slijedeće zaključke: kultura društva uvjetovana je materijalnim uvjetima, a društvene promjene napreduju kroz navike i običaje koje se kristaliziraju u institucije kao grupni odgovor na okolinu; institucionalni rast i promjena odvijaju se prema neodarvinističkim principima selekcije i preživljavanja. U borbi za opstanak čovjek materijalnu okolinu sistematizira u tzv. *the state of industrial arts*. Wood, J.C., *Thorstein Veblen: The Life of Thorstein Veblen and Perspectives on His Thought, Critical Assessments*, Routledge, London, 1993., str. 18; 32-33.

²⁹⁴ Poznata „*Court packing crisis*“ iz 1937. odnosi se na pokušaj tadašnjeg američkog predsjednika Franklina Delana Roosevelta (u daljem tekstu: FDR) u namjeri da reformira rad Vrhovnog suda SAD-a u skladu s potrebama koje je nalagao njegov razvojni plan New Deal. Kao i američki Kongres, Vrhovni sud ne bi trebao, niti smio, biti „politička“ institucija. Mora zadržati nepristranost u namjeri rješavanja pravnih sporova, interpretacije zakona te donošenju odluka oko tumačenja Ustava. Suci Vrhovnog suda SAD, kao najvišeg sudbenog tijela države, ne bi smjeli dopustiti da na njihove odluke utječe predsjednik države, ostali političari ili javno mnijenje. Kako bi se osigurala njihovo nepristranost i pravičnost Ustavom je utvrđeno da obavljaju funkciju doživotno, osim ako odstupe samovoljno, povuku se u mirovinu ili budu uklonjeni zbog nedoličnog postupanja.

Holmsova doktrina imala je velik utjecaj i na pravno obrazovanje u SAD-u. U vrijeme afirmacije Holmesovih ideja 1916. Roscoe Pound počinje obnašati funkciju dekana Harvardskog pravnog fakulteta. Tijekom narednih dvadeset godina, u kojima uspješno obnaša tu funkciju, postavlja „sociološku jurisprudenciju“ (kako je nazvao Holmesovu „novu jurisprudenciju“ tj. novi pristup proučavanju prava) kao kamen temeljac u obrazovanju pravnika.

1.3.2.3. Roscoe Pound

Roscoe Pound (1870. – 1964.) rođen je u kvekerskoj obitelji,²⁹⁵ roditelji su mu bili visoko obrazovani; otac je bio odvjetnik i senator, tvorac Ustava Nebraske. Pound je bio neobično darovit te je već u 14 godini upisao studij botanike, no istovremeno se usavršavao u području prava (prije svega kako bi pomogao ocu u odvjetničkom uredu) na Harvardu gdje je odslušao jednu godinu studija. Tamo je upoznao eminentne pravnike toga doba: Langdella, Ames, Graya i Thayera. Kasnije preuzima očev odvjetnički ured te predaje rimsko i međunarodno pravo na Nebraska College of Law, te istovremeno postaje najmlađi član državnog povjerenstva za pomoć državnom Vrhovnom sudu u rješavanju zaostalih sudskih sporova.²⁹⁶

U svojem inauguralnom govoru nakon izbora za dekana Pravnog fakulteta ističe kako pravo nije cilj za sebe već društveni mehanizam u službi pravednosti i općeg dobra.²⁹⁷ Tijekom te faze svoga rada, do 1907. objavio je nekoliko radova, u kojima ističe potrebu za

„Devet staraca“ kako ih se često kolokvijalno naziva u tri presude oko New Deal (poznatog razvojnog plana FDR za borbu protiv velike američke gospodarske krize) odlučili su kao neustavne i stoga neprovedive. Zbog takvih presuda Vrhovnog suda FDR tražio je potporu za umirovljenje sudaca Vrhovnog suda koji su bili stariji od 70 godina, a sve u namjeri kako bi na taj način utjecao na rad Vrhovnog suda. Američka javnost je bila nesklona tim pokušajima što je rezultiralo povlačenjem FDR-a i njegovog prijedloga. Kasniji razvoj događaja pokazao je kako je sud podržao gotovo sve reformske prijedloge FDR-ovog New Deal. Do kraja svoja ukupna tri mandata uspio je imenovati ukupno 8 novih sudaca Vrhovnog suda te je time, možemo zaključiti, uspio „opremiti“ Vrhovni sud sucima svoga izbora koji je zauzeo puno liberalniji stav u odnosu prema Ustavu. No, do dan danas u ovom slučaju ostaje pitanje, može li Vrhovni sud uistinu biti neovisno tijelo u potpunosti odvojeno od političkih utjecaja? V.: Leuchtenburg, W.E., *The Supreme Court Reborn: the Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*, O.U.P., New York, 1995.; McKenna, M.C., *Franklin Roosevelt and the Great Constitutional War: the Court-packing Crisis of 1937.*, Fordham University Press, 2002.

²⁹⁵ Kvekeri su još poznati i kao Društvo prijatelja: radikalni su kršćanski vjerski pokret bez svećenstva i obreda koji se pojavio u Engleskoj u 17. stoljeću, te se brzo proširio u Americi iz Pennsylvanije koju je osnovao kveker William Penn, dobivši 1681. kraljevskom poveljom zemljište. Danas zajednica broji oko 200.000 pripadnika, a stoje u službi Boga i čovjeka, potpomažući bez misionarskih pretenzija. Za svoj dobrotvorni rad 1947. godine primili su Nobelovu nagradu za mir.

²⁹⁶ Sayre, P.L., *The Life of Roscoe Pound*, College of Law Committee, State University of Iowa, 1948., str. 12.

²⁹⁷ Tamanaha, B.Z., *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, str. 65., dostupno na: http://books.google.hr/books?id=dzbLOUMQx-8C&pg=PA65&dq=roscoe+pound+means+to+an+end&hl=hr&ei=ev9KTJrBFKb-sQaA3PVG&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCkQ6AEwAA#v=onepage&q=roscoe%20pound%20means%20to%20an%20end&f=false, 09.10.2018.

reformiranjem individualizma *Common law-a*, zalaže se za modernizaciju u obrazovanju pravnika s ciljem prevladavanja anakronih postupaka i formalizma sudstva. Govorom koji je održao na godišnjoj skupštini američke udruge odvjetnika 29. kolovoza 1906. ostvario je prekretnicu u svojoj karijeri te postaje poznat na nacionalnom nivou i prepoznatljiv po originalnosti vizija o pravu.²⁹⁸

Prihvata poziv Northwestern University te odlazi kao predavač u Evanston kod Chicaga gdje uređuje i pravni časopis *Illinois Law Review*. U Chicagu se susreće s vodećim misliteljima toga doba iz područja društvenih znanosti (Albion S. Small, sociolog, Charles E. Merriam, politolog i Richard T. Ely, ekonomist).²⁹⁹ Osim toga na njegov rad uvelike je utjecala filozofija pragmatizma Wiliama Jamesa te razmišljanja Edwarda Rossa, sociologa uključenog u aktualne rasprave oko pojma društvene kontrole. Pod utjecajem razmatranja navedenih autora Pound u svojim raspravama smatra kako „Društvena kontrola zahtjeva moć – moć koja će utjecati na ponašanje pojedinaca kroz pritisak koji se nad njima obnaša.”³⁰⁰ Iz toga slijedi i njegovo definiranje prava kao specijaliziranog oblika društvene kontrole. Upijajući njihova razmišljanja o odnosu između prava i ostalih društvenih znanosti nastavlja svoj rad na reformi prava. Nakon godine dana, 1908. prelazi na Harvardsko sveučilište gdje nastaju njegovi najznačajniji radovi: „*The scope and purpose of sociological jurisprudence*“ (1912.), „*Introduction to the Philosophy of Law*“ (1922.), „*Law of Morals*“ (1926.), „*The history and system of the Common Law*“ (1939.), „*Social control through Law*“ (1942.) te sumarno djelo u pet svezaka „*Jurisprudence*“ (1959.).³⁰¹

„Sociološka jurisprudencija“ je kako navodi Pound „proces, aktivnost, ne samo tijelo znanja ili stabilan poredak konstrukcija. Odnosi se na akciju, a ne služenje pasivnog instrumentarija pomoću kojih se matematičke formule i mehanički zakoni realiziraju u zauvijek zacrtanom putu... razmišljamo o interesima, tvrdnjama, zahtjevima, ne o pravima; koja moramo osigurati ili zadovoljiti; ne o institucijama prema kojima smo tražili sigurnost ili ih zadovoljili kao da su institucije ultimativne te postoje isključivo radi sebe samih.”³⁰² U samoj svojoj srži „nova jurisprudencija“ je pokret za pragmatizam kao filozofiju prava; za adaptaciju principa i doktrina ljudskim zahtjevima koji trebaju usmjeravati, prije no osiguravati prve

²⁹⁸ Bell, R. R., *The Philadelphia Lawyer: a History 1735. – 1945.*, Associated University Presses, Inc., 1992., str. 201.

²⁹⁹ Vrbanić, op.cit. (bilj. 152), str. 36.

³⁰⁰ Milovanović, op.cit. (bilj. 288), str. 111.

³⁰¹ Prema bibliografiji Franklyna Christophera Setarosa Roscoe Pound napisao je preko 700 originalnih djela iz područja: Pravo i obrazovanje, Pravni spisi, i ostali radovi. V.: Setaro, F.C., *A Bibliography of the Writings of Roscoe Pound*, Gaunt Inc, Holmes Beach, 1998.

³⁰² Coquillette, op.cit. (bilj. 295), str. 5.

principe; stavljajući ljudski faktor u centralnu poziciju i smještajući logiku na njenu istinsku poziciju instrumenta.³⁰³ Ovakav pristup pravu bio je istovremeno trenutnog, ali i dalekosežnog učinka – formuliran u predavanjima i djelima utemeljitelja koji su svojim djelovanjem pokrenuli „kopernikanski obrat“ u pristupu proučavanja prava, ali u isto vrijeme stvorili dalekosežne i poticajne teze za raspravu sve do današnjih dana.

U pristupu proučavanja društva, Pound polazi od individualnih aktera kao pokretača društvenog djelovanja. Za njega su na prvom mjestu „interesi“ koje definira kao „zahtjeve i želje“, a u kasnijim radovima „potraživanja, zahtjeve i želje“ te konačno kao „očekivanja“. Postoje tri vrste interesa: pojedinačni, društveni i javni (od kojih se potonji artikuliraju u političkom životu). Interesi su primarne društvene činjenice, a uz pojam društvene kontrole čine ključni element Poundova instrumentarija sociološke analize prava. Interesi bivaju putem pravnoga oblikovanja prevedeni u zakonska prava. Pound ne radi daljnju diferencijaciju interesa na objektivne i subjektivne uzimajući u obzir samo manifestno (eksplicitno) ponašanje, no činjenica je kako nisu baš svi interesi eksternalizirani, odnosno prisutni na javnoj sceni.³⁰⁴ Pravo definira, prema temeljnim odrednicama koja mu pridaje, kao visokospecijaliziran oblik društvene kontrole: „Pravo je vrlo specijaliziran oblik društvenog nadzora, koji se provodi u skladu s autoritativnim propisima, primijenjen u sudbenom i upravnom procesu.“³⁰⁵ Osebujan je i njegov pogled na evoluciju prava u kojemu kombinira različite elemente filozofske tradicije koju donosimo u slijedećoj tablici.

Tablica 2. Evolucija prava prema R. Poundu

	Primitivno pravo	Strogo pravo	Prirodno pravo	Zrelo Pravo	Socijalizacija prava
Ciljevi	<i>Mir</i>	<i>Sigurnost</i>	<i>Pravičnost</i>	<i>Jednake šanse (osiguranje stjecanja)</i>	<i>Optimalno zadovoljavanje potreba</i>
Sredstva	<i>Nagodba</i>	<i>Pravni lijekovi</i>	<i>Intenziviranje dužnosti</i>	<i>Zaštita prava</i>	<i>Uvažavanje interesa</i>

³⁰³ Ibid., str. 5-6.

³⁰⁴ Hunt, A.: The Sociological Movement in Law, Palgrave Macmillan, London, 1978., str. 23.

³⁰⁵ Pound, R.: Social Control Through Law, New Haven, Yale U.P., 1942., str. 41.

Doprinos (funkcije)	<i>Miroljubivo stanje</i>	<i>Sigurnost i jednoobraznost</i>	<i>Dobra vjera i podupiranje razumnosti i moralnosti</i>	<i>Afirmacija osobnih prava</i>	<i>Priznavanje i zaštita interesa društva</i>
--------------------------------	-------------------------------	---------------------------------------	--	---	---

Izvor: Vrban, D.: *Sociologija prava: uvod i izvorišne osnove, Golden marketing – Tehnička knjiga, Zagreb, 2006., str. 37.*

Poundova najpoznatija tvrdnja, koja čini glavnu okosnicu misli američkog pravnog realizma, kako se pravo sastoji iz stvarnog ponašanja (*law in action*) i prava koje se nalazi u knjigama (*law in books*) između kojih dvaju sustava postoji veliki rascjep, diskrepancija koja je uvelike odredila pitanja kojima će se baviti glavni protagonisti ovoga pravca.³⁰⁶

1.3.2.4. Karl Nickelson Llewellyn

Karl Nickelson Llewellyn (1893. – 1962.) tijekom obrazovanja na Yaleu studirao je kod Williama Grahama Sumnera (autora „*Folkways*“, iz 1906.) čije ideje i teorije o utjecaju kulture na pravni sustav su uvelike utjecale na Llewellynovo razumijevanje prava kao društvenog poretka pod snažnim utjecajem kulture u čijem se okružju nalazi. Osim toga rad Sigmunda Freuda također me je bio poticaj u stvaranju osebujnog stava o mjestu i ulozi prava u tadašnjem svijetu.³⁰⁷ U svojim djelima: *The Case Law System in America* (1989.), *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice* (1962.), *The Common Law tradition - Deciding Appeals* (1960.), *The Cheyenne Way* (1941.) i *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study* (1930.) naglasak pomiče s općeg pravnog pravila na činjenice zasebnog slučaja. Pravo, prema njegovim stajalištima, nije deduktivna znanost već se otkriva u postupanju službenika (sudaca, odvjetnika) u različitim sporovima. Llewellyn navodi devet među poveznica između prava i društva, označujući karakteristike američkog pravnog sustava:

- Pravo se mijenja,
- Društvo se također mijenja,
- Pravo nije cilj po sebi, već sredstvo za postizanje ciljeva,
- Ono što realno postoji i ono što bi trebalo biti moramo razdvojiti ukoliko želimo realno istražiti stvarnost,
- Tradicionalna pravna pravila potrebno je odbaciti kao opis društvene stvarnosti,

³⁰⁶ Pound, R., *Jurisprudence*, Vol. 1., The Lawbook Exchange, LTD. Union, New Jersey, str. 319.

³⁰⁷ Levy, B.H., *Anglo-American Philosophy of Law: an Introduction to its Development and Outcome*, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, 1991., str. 87-91.

- Pravna pravila treba odbaciti kao temeljni faktor u sudskom presuđivanju,
- Široka pravna pravila potrebno je razlomiti na uže kategorije,
- Potrebno je istražiti posebne slučajeve,
- Potrebno je, s obzirom na navedene kategorije, provesti program istraživanja³⁰⁸

Sumarno, prema Llewellynu, pravo je samo sredstvo ostvarenja društvenih ciljeva, potrebno je skeptički pristupiti proučavanju vladavine prava kao načelu opisa onoga što sudovi uistinu čine, a pravo mora nužno biti prosuđivano u terminima svojih posljedica.³⁰⁹

1.3.2.5. Jerome Frank

Jerome Frank (1889. – 1957.) bio je više lijevo orijentiran u svojim nazorima od Llewellyna za kojeg možemo reći kako je zastupao politički centar američkog pravnog realizma. Frank zastupa mišljenje kako predviđanje u pravu nije moguće, a suci se u donošenju odluka služe intuicijom, a ne izvođenjem zaključaka iz normi. Predmet proučavanja pravnih znanosti trebao bi biti ponašanje sudaca i drugih pripadnika pravnih profesija.³¹⁰ Ukazujući na probleme pravosudnog sustava predložio je poboljšanje sudovanja kroz slijedeće:

- Razvoj i institucionalizaciju „konstruktivnog skepticizma” koji bi se bavio problemima stvarnog rada sudova,
- Uvođenje više prakse i primjera iz prakse u edukaciju pravnika,
- Poboljšanje sudskog procesa (kroz uvođenje neovisnog stručnjaka u pronalaženju činjenica vezanih uz predmet sudovanja),
- Napuštanje ritualne odjeće u kojoj se pojavljuje sudac,
- Dopuštanje sucu u slučaju, prisustvo na žalbenom postupku,
- Uvođenje samoanalize sudaca,
- Poboljšanje sudovanja preko porote.³¹¹

³⁰⁸ Cf. *ibid.*, str. 89.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ V. Frank, J., *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, 1973.

³¹¹ Milovanovic, *op.cit.* (bilj. 288), str. 118.

Pravo nije stroj niti su suci njegovi održavatelji; nikada nije postojalo tijelo predodređenih i utvrđenih pravila jednakih za sve. Stoga u primjeni apstraktnih pravila, a pri dodjeljivanju pravednosti, ona moraju biti prilagodljiva. Osjećaj za pravednost nepristranog suca donijet će pravednu presudu, premda priznaje kako bi pravo prema njegovim uputstvima moglo ostati još nepredvidljivije. Najznačajnija su mu djela: *Law and the Modern Mind* (1930.), *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice* (1949.).

1.3.2.6. Dvije struje američkog pravnog realizma: pravna neodređenost, problem suđenja i presuđivanja

U svojim raspravama realisti su često isticali stav kako je pravo „neodređeno“. Time su prije svega imali na umu dvije stvari:

- Prvo kako je pravo racionalno neodređeno, u smislu da dostupna grupa pravnih opravdanja nije u stanju opravdati jedinstvenu odluku (barem u onim slučajevima koji su dostigli fazu žalbenog postupka);
- Drugo kako je pravo također u svom uzroku ili objašnjenju neodređeno, u smislu kako pravni razlozi nisu dovoljni u objašnjenju sudske odluke.

Time je najbolje objašnjenje za potragu uzroka sudske odluke iza prava samog po sebi. Svi najznačajniji predstavnici prigrlili su srž, zahtjev realizma: u odlučivanju u slučajevima, suci reagiraju primarno prema stimulansu činjenice slučaja, prije nego prema pravnim pravilima i razlozima. Moguće je pronaći ovaj ključni zahtjev u radovima svih značajnijih realista. Oliphant nam na primjer potvrđuje slaganje s ovom tezom u izjavi „sudovi reagiraju na stimulans činjenice u konkretnom slučaju pred sobom, prije nego prema stimulansu poopćenog iznurenog apstraktnog mišljenja i ugovora.“³¹² Njegova kritika upućena je „pravnim pravilima“ koja su postavljena od strane sudova i znanstvenika, postala preopćenita i apstraktna, ignorirajući poseban, stvaran kontekst slučaja u kojemu su se dogodili stvarni sporovi. Rezultat ovoga je prihvaćanje stimulansa činjenica u svakom konkretnom slučaju.

Premda su se svi navedeni predstavnici ovog pokreta slagali u svojoj polazišnoj točki tzv. „*Core claim*“ realizma kako suci primarno reagiraju u donošenju presude prema stimulansu činjenica slučaja, prije no prema racionalnim zahtjevima sustava pravnih pravila, razišli su se u dvije struje po pitanju objašnjenja uzroka sudačkog odlučivanja u donošenju presuda. Tako

³¹² Leiter, B.: *American Legal Realism*, loc.cit.

postoje dvije struje pravnog realizma s obzirom na rješenje problema suđenja i presuđivanja: sociološka i idiosinkrazijska.³¹³

1.3.2.6.1. Sociološka struja američkog pravnog realizma

„Sociološka struja realizma” koju su predstavljali Oliphant, Moore, K. Llewellyn³¹⁴ i Cohen, a za koju možemo reći kako je predstavljala većinu pokreta, smatrala je kako sudske odluke možemo svrstati u predvidljive obrasce (premda ne obrasce koji se mogu predvidjeti u jednostavnom pregledavanju postojećih pravnih pravila). Prema stavovima pripadnika ove struje „različite „društvene“ snage moraju djelovati na suce kako bi ih prisilili da odgovore prema djelovanju činjenica, na sličan i predvidljiv način. Suci primjenjuju norme komercijalne kulture ili jednostavnije, pokušavaju učiniti najbolji društveno – ekonomski ishod na temelju činjenica u slučaju, upravo jer mora postojati karakteristika sociološkog profila suca koja objašnjava predvidljivu uniformnost u njihovom odlučivanju.

U skladu s ovim tezama Felix Cohen dodaje kako u današnje doba jednostavno ne postoji niti jedna publikacija koja bi pokazala političku, ekonomsku i profesionalnu pozadinu u aktivnostima naših sudaca. Vjerojatno je da bi takva publikacija identificirala važne društvene faktore u determinaciji odluke. „Istinski realistična teorija sudskog odlučivanja mora shvatiti svaku odluku kao nešto više nego puki izražaj individualne ekspresije, kao ...umnogome od veće važnosti...produkt društvenih determinanti“.³¹⁵

Karl Llewellyn razmišlja u istom smjeru kada tvrdi kako primjena pravila za suca zahtjeva, odnosno uzima u obzir „dobru volju“ kako bi primijenila norme komercijalne kulture. „Po Llewellynu, koji je glavni prorok pravnog realizma, pravo je dio sustava društvenih znanosti koje se bave ljudskim ponašanjem, a ekonomske metode koje pretpostavljaju probabilističke zakone i simplificiraju modele ponašanja metodološki su uzor koji treba slijediti. Normativno i preskriptivno, to ne znači slobodu odlučivanja i ponašanja sudaca, već realističko shvaćanje da se na njih može utjecati idejnim apelom, jednakim sustavom obrazovanja, zahtjevom da se brane osnovne društvene vrijednosti. Činjenica da suci u osnovi na sličan ili isti način postupaju u istim slučajevima nije posljedica (samo) toga što primjenjuju

³¹³ Baber, W.F., Barlett, R.V., *Global Democracy and Sustainable Jurisprudence: Deliberative Environmental Law*, MIT, 2009., str. 29.

³¹⁴ K. Llewellyn čak poriče postojanje zajedničke škole pravnog realizma tvrdeći: „Ne postoji škola realista. Vjerojatno nikada neće ni postojati. Nema neke grupe s nekim službenim priznanjem ili zajedničkim uvjerenjem... Nove pridošlice dobivaju sredstvo i poticaj, a ne vladara ili vladajuću ideju. Stare pristaše razlikuju se u interesu i idejama. Povezani su, kako kaže Frank, samo zajedničkim negiranjem, njihovim skepticizmom i znatiželjom.“ K. Llewellyn, *Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound*, *Harvard Law Review*, 44., 1931., str. 1233.

³¹⁵ Leiter, op.cit. (bilj. 268), str. 12.

istu pravnu normu (zakon ili presedan), već je posljedica i njihove homogenosti u stavovima koje su usvojili školovanjem, društvenim mehanizmima selekcije koji su ih doveli u položaj suca i opće društvene „klime“ u kojoj odlučuju.“³¹⁶ Prema K. Llewellynu ne postoji slijed dedukcije od norme, načela ili posebnog pravila na činjenice i okolnosti slučaja. Pravo je u stalnoj promjeni i kao instrument postizanja promjenjivih društvenih ciljeva ono se mora prilagođavati, inače postaje svrha samome sebi. Konkretni slučaj ima više okolnosti i razina od onih koje predviđa pravilo te primjena prava u krajnjoj liniji ovisi o onima koji ga stvarno primjenjuju – sudaca (koristi se često širim pojmom *official's of law*). Kreativnost i sloboda onih koji primjenjuju pravo zapravo određuje autoritarni izričaj prava. Priznaje se kako postoje pravila i načelna prava, ali transformirana u volju suca koji ih tumači i daje im oblik zapovijedi: uvijek drugačijih, uvijek promjenjivih, tumačenih od suda. „Pitanje je kako, i u kojoj mjeri, u kojem će se smjeru pravila i praksa razlikovati. Više: kako i koliko u pojedinom slučaju. To ne možemo generalizirati bez istraživanja.“³¹⁷ Umjesto proučavanja prava kao zatvorenog sustava materijalnog prava predmet analize treba biti primjena prava i utvrđivanje okolnosti (uzroka) koje utječu na odluku suca. „Tvrđim...da pravila materijalnog prava znače mnogo manje od onog što pretpostavljaju teoretičari u većini njihovih knjiga i teorija i da ona nisu stožerna točka rasprave o pravu...materijalna prava treba ukloniti s njihovog trenutnog položaja središnje točke rasprave o pravu, u korist analize međudjelovanja ponašanja sudaca i ponašanja laika.“³¹⁸

Underhill Moore pokušao je sistematizirati sociološki pristup realizma u svojoj „institucionalnoj metodi“. Njegova je polazišna ideja bila identifikacija „normalnog“, uobičajenog ponašanja u bilo kojoj instituciji. Nakon toga kvantitativna identifikacija i demarkacija devijacija od norme, a zatim pokušaj identifikacije točke na kojoj devijacija norme izaziva sudsku odluku koja ispravlja devijaciju vraćajući ju ka normi. Izrazio je razmišljanje u slijedećoj formuli: devijacija stupnja X od „institucionalnog ponašanja“ izazvat će djelovanje sudova. Privid uzročnih relacija između budućih i prošlih odluka rezultat je relacije obaju, ali i treće varijable, važnosti institucije u nalazu suda. Dakle, ono na što suci reagiraju je granica do koje činjenice pokazuju devijaciju od prevladavajućih normi u komercijalnoj kulturi.³¹⁹

Sumarno, ukoliko je sociološka struja realizma s Lewellynom, Mooreom, Oliphantom, Cohenom, Radinom između ostalih, u pravu, time su sudske odluke uzročno determinirane (relevantnim psiho-socijalnim činjenicama o sucima) i u isto vrijeme pripadaju u predvidljive

³¹⁶ Kregar, J., Šimonović, I., op.cit. (bilj. 166), str. 568-569.

³¹⁷ Llewellyn, K., A Realistic Jurisprudence – the Next Step, Columbia Law Review, 30,2,1930,435. u: Kregar, J., Šimonović, I., op.cit. (bilj. 166), str. 570.

³¹⁸ Llewellyn, op.cit. (bilj. 320), str. 44., U: Kregar, J., Šimonović, I., op.cit. (bilj. 166), str. 570.

³¹⁹ Leiter, op.cit. (bilj. 268), str. 12.

obrasce jer psiho-socijalne činjenice o sucima (npr. profesionalno iskustvo, podrijetlo i sl.) nisu idiosinkratske, već karakteristične za značajnu većinu sudstva. Time, skidajući misterij s uzroka sudske odluke, realisti tvrde kako odvjetnici mogu predvidjeti što će u konačnici biti sudska odluka.

S obzirom na činjenicu kako realisti tvrde kako je pravo racionalno neodređeno te pravna pravila i razlozi ne mogu racionalizirati odluke, analogijom ih ne mogu niti objasniti: sukladno tomu nužno je potražiti druge faktore u objašnjenju sudskih presuda. Ovdje realisti posežu za naturaliziranom i deskriptivnom teorijom donošenja presude, ali i traganjem za latentnim funkcijama (Merton, R.K.). Vjerujući kako je potpuna i sveobuhvatna analiza sudske odluke deskriptivna i empirijska, ne normativna i konceptualna, potreban im je koncept prava koji sam po sebi nema obilježja empirizma i naturalizma. Važno je ovdje napomenuti kako je ova teorija primjenjiva isključivo na proces donošenja sudske odluke u kojoj ne-pravni razlozi (prosuda pravednosti – pravičnosti) objašnjava odluku. U objašnjavanju odluke i njenom opravdanju ukoliko su ne-pravni razlozi nedostadni – ukoliko ne opravdavaju u potpunosti ishod – time slijedi da će svako uzročno objašnjenje odluke morati tragati iza razloga opravdanja socio-psiholoških činjenica (osobnosti, klase, spola, socijalizacije, itd.) koji uzrokuju odluku.³²⁰

1.3.2.6.2. Idiosinkrazijska struja američkog pravnog realizma

„Idiosinkrazijska“ struja realizma, čiji najgorljiviji predstavnici su Frank i sudac Hutcheson, ima okosnicu u tvrdnji kako ono što utječe na sudski odgovor s obzirom na okolnosti pojedinačnog slučaja su ekscentrične činjenice o psihološkoj osobitosti suca kao individue. Odnosno u Frankovoj formuli: „Stimulansi koji utječu na suca + sučeva osobnost = odluka“ navodeći kako je sučeva osobnost primarni faktor utjecaja u zakonskoj administraciji, za razliku od konvencionalne teorije u kojoj vrijedi formula: „Pravilo + činjenice = odluka“³²¹. „Frankifikacija“ realizma odnosi se na skepticizam koji Frank pokazuje u našim mogućnostima da uopće predvidimo kako će suci odlučiti u pojedinačnim slučajevima, što svakako nije obilježje čitavog pokreta koji u većini ima suprotan stav: jer se u većem dijelu predviđanja oslanjaju na determinirajuće faktore koji se mogu identificirati unutar društvenih snaga. Sudac nije u položaju „geometrijske primjene“ zakona. Njegova odluka temelji se na njihovom osobnom iskustvu u vrijednostima, osjećajima, navikama (*bias*) te diskrecijskom pravu prosuđivanja činjenica – a ne pukoj primjeni zakona. Sudska odluka nije jednostavno izvođenje

³²⁰ Ibid.

³²¹ Ovdje svakako moramo istaknuti kako niti jedan od pripadnika realizma nikada nije ustvrdio, prema često spominjanoj legendi kojom se pokušava objasniti razmišljanje realista, kako „ono što sudac pojede za doručak utječe na njegovu odluku“, detaljnije V.: Cf. Ibid., str. 9.

pravnih silogizama kod kojih postoje unutarnja pravila transformacije; ona sama i samo ona je pravo.³²² Llewellyn utjecaje osobnosti (koje sudskim odlukama pretpostavlja ekscentrična struja realizma) naziva „povremenim dionicama“ i ne smatra ih relevantnima u donošenju sudske odluke, za razliku od socio-ekonomskih faktora prevladavajućih u kulturi specifičnog društva.

1.3.2.6.3. Kako bi suci trebali odlučivati u slučajevima?

U razmišljanjima teoretičara realizma po pitanju sudskog presuđivanja pojavljuju se razlike koje ćemo svrstati u dvije struje:

- O. W. Holmes, F. Cohen i J. Frank najistaknutiji su predstavnici „Proto – posnerianske“³²³ struje koji smatraju kako bi suci jednostavno trebali usvojiti otvorenu, legislativnu ulogu, priznajući, s obzirom na činjenicu da je pravo neodređeno, kako sudovi jednostavno moraju nužno donositi odluke na temelju društvenih i ekonomskih utjecaja;³²⁴
- Druga prominentna struja u realizmu, posebno vezana uz rad Llewellyna i Franka prigrlila je tzv. „normativnu mirnoću“ sukladno kojoj je bespotrebno dijeliti normativne savjete sucima s obzirom na činjenicu kako su njihove odluke u slučajevima nepopravljiv odraz onoga što čine: ideal bi bio dostignut ukoliko bi se sucima moglo sugerirati kako moraju činiti drugačije. Najjača ekspresija ovog stava zamjetna je u djelu J. Franka.³²⁵ Umjereniju verziju pronalazimo u Llewellynovom radu. U svojim djelima

³²² Frank, J., *Law and the Modern Mind*, Glouchester, Smith Co., 197 (1930), str. 53-61., u: Kregar, J., Šimonović, I., op.cit. (bilj. 166), str. 569.

³²³ „Proto – Posnerijanci“ prema anticipaciji stava koji danas iznosi Posner, R. (U: Posner, R.A.: *The problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1999., str 240-242.) prema kojoj bi sudovi donosili presude otvoreno i iskreno, cit. u: Leiter, op.cit. (bilj. 268), str. 36.

³²⁴ Richard A. Posner iznosi svoju teoriju suđenja i presuđivanja u djelu: *How Judges Think*. To je prije svega analiza i sinteza postojećih teorija sudskog ponašanja (legalističke, fenomenološke, pragmatičke, sociološke, psihološke, ekonomske, organizacijske, strateške, osobne) koje služe kao podloga stvaranju osebnjane Posnerove teorije koja se oslanja, kako sam autor navodi na *labor economics and the psychology of cognition and emotion*. Posnerova analiza navodi na zaključak kako su suci *all-to-human workers* koji kao i ostali radnici reaguju na uvjete zahtjeva tržišta rada u čijem se okruženju nalaze. Pravo je u sudskom okruženju jednostavno materijal, u najširem smislu riječi, iz kojega suci izrezuju, oblikuju svoju odluku. Kako materijal pravnog presuđivanja ne uspijeva proizvesti prihvatljive odgovore na sva pravna pitanja o kojima američki suci nužno moraju odlučiti njihove odluke često imaju rakurs u ostalim izvorima presuđivanja, uključujući osobne političke nazore. Kao rezultat takvog postupanja *law is shot through with politics and with much else besides that does not fit a legalist model of decision making*. V.: Posner, R.A., *How Judges Think*, Caravan Book, 2008., str. 7-8., dostupno na: http://books.google.com/books?id=ZVUC8riEVPOC&printsec=frontcover&dq=richard+posner&hl=en&ei=qClMTND-HOSH4gbM-dmZDA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=9&ved=0CEsQ6AEwCA#v=onepage&q&f=false, 25.07.2018.

³²⁵ Opširnije V.: Frank, J.: *Law in the Modern Mind*, Brentano's, NY, 1931., str. 108-109. cit. u Leiter, op.cit. (bilj. 268), str. 34.

on jednostavno daje eksplicitne savjete kako bi suci trebali raditi samo ono što rade i inače. Na primjer, ukoliko suci primjenjuju norme komercijalne kulture, to je upravo ono što im i realisti sugeriraju da čine.

1.3.2.7. Američki pravni realizam – temelj otvaranja pravnih znanosti

Bez obzira na tvrdnje nekih teoretičara kako je američki pravni realizam bio „radikalan” pokret, on nije primarno bio zainteresiran za kritiku kapitalizma. Njegov sociološki okvir stavio je naglasak na ideju pluralizma, pretpostavljajući kako je društvo sastavljeno od različitih pojedinaca s varijetetom interesa u natjecanju za ograničene izvore. Realisti su bili društveni reformatori u poduzimanju progresivne društvene promjene u vrijeme povećanog usložnjavanja društva i državne intervencije koje je jednako moglo potaći ili ograničiti razvoj pozitivnih društvenih vrijednosti. S obzirom na činjenicu kako je pokret bio najutjecajniji u vrijeme između 20-tih i 40-tih godina 20. stoljeća u vrijeme velike depresije i povećanog intenziteta konflikta u društvu, potreba za promjenom i regulacijom različitih društvenih sukoba bila je prijeko potrebna. Ovakve su društvene okolnosti imale utjecaja na oštrinu pera američkih pravnih realista. Napali su srž pravne znanosti negirajući tvrdnju kako je pravo u praksi egzaktna znanost. Stavili su naglasak na sadašnjost i rješavanje društvenih problema u njihovoj srži. Njihova zabrinutost za praksu može se dijelom objasniti i iz činjenice kako su većina njih sudjelovali kao glavni teoretičari Rooseveltovog New Deal projekta koji je bio usmjeren upravo rješavanju velike društvene krize tridesetih.

Teorijske pretpostavke realista imale su osnovu u pragmatizmu koji je bio otvoreno neprijateljski nastrojen prema formalizmu, apstrahiranju, oslanjanju na deduktivne principe zaključivanja. Njihova pažnja bila je najvećim dijelom usmjerena ka formalnom sudovanju u donošenju odluka. Klasično razumijevanje donošenja presude podrazumijevalo je postupanje suca i odlučivanje u slučajevima isključivo prema mehaničkom odnošenju prema činjenicama i postupanju prema utvrđenim pravilima. Realisti tvrde kako pravila samo strukturiraju odluku. Suci imaju malo utjecaja u interpretaciji pravila. Ustav, statuti i presedani vode proces odlučivanja. Sukladno tomu, način na koji se odluka, odnosno presuda donosi je formalan, mehanički i strogo predvidljiv. Uniformnost, vrijednosna neutralnost i impersonalnost predstavljaju ideal formalne racionalnosti. Nakon pojave sociološke jurisprudencije i pravnog realizma svetost formalizma u pravnim znanostima zauvijek je narušena.³²⁶ No pravni realizam

³²⁶ Dok se u američkoj pravnoj teoriji pojavljuju tzv. *New Legal Formalism* i *New Legal Realism* (V.: Miles, T.J., Sunstein, C.R. *The New Legal Realism*, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1070283>, 24.07.2018.) djelo Briana Z. Tamanaha: *Beyond the Formalist-Realist Divide: the Role of Politics in Judging* donosi zanimljivu tezu kako

je gotovo potpuno nestao sa scene nakon 40-tih godina 20. stoljeća te je ponovno otkriven tek nakon 35 godina u novoj erupciji kritičke pravne teorije, nastavlajući tamo gdje su njegovi prethodnici Holmes, Langdell, Pound, Cordozo, te Llewellyn i Frank stali. No napad na formalizam u pravnim znanostima bio je sveobuhvatniji i mnogo širi u svom djelokrugu utjecaja. Možda i iz razloga jer je njegova centralna pozicija iz koje se širio bio bastion pravnih znanosti – Sveučilište Harvard.

2. Kritička pravna teorija: utemeljenje, razvoj i značenje

Preko 35 godina od vrhunca pravnog realizma kritička perspektiva u američkoj pravnoj znanosti bila je „uspavana“. Nakon II. svjetskog rata liberalna demokracija Zapada ulazi u novu fazu procvata: vrijednost političkih sloboda i ljudskih prava porasla je u očima svih koji su pretrpjeli ratne strahote nacizma i fašizma; razvijena je snažna potreba za demokracijom, a ekspanzija i rast u svim područjima postaje sinonim za oslobođenje čovjeka.³²⁷ Kapitalizam jača s industrijalizacijom, a zemlje Zapada približavaju se „potrošačkom društvu u kojemu je moguće zadovoljiti sve ljudske potrebe“.³²⁸

No, s obzirom na okolnosti koje su potakle nova strujanja na društvenoj sceni krajem 60-tih i početkom 70-tih godina dvadesetog stoljeća stvari su se ubrzo u potpunosti promijenile.

je čitava povijest sukoba između pravnog formalizma i realizma u pravnoj teoriji SAD-a uistinu nepotrebna, krivo interpretirana i nepostojeća. Uvodeći pojam *Balanced Realism* naglašava kako je proces suđenja i presuđivanja u SAD-u nejasan upravo zbog dihotomije formalizam – realizam koja traje već više od stoljeća. Njegov pojam *Balanced Realism* spaja dva temeljna aspekta formalizma i realizma: vladavinu pravnih pravila i skepticizam. Svjestan je postojanja pukotina, ograda, nedostataka i otvorenosti prava, činjenice kako suci ponekad donose izbor sami, manipuliraju pravnim pravilima i presedanima te su ponekada pod utjecajem političara i moralnih nazora kojima podliježu s obzirom na pripadnost kulturi iz koje potječu (skepticiizam). No, s druge strane, činjenica je kako se pravna pravila primjenjuju i ostvaruju, kako suci u procesu presuđivanja primjenjuju i slijede pravna pravila, kako postoje praktična, društvena i institucionalna ograničenja i faktori koji ograničavaju suce koji donose, uglavnom predvidljive odluke temeljene na pravu (aspekt vladavine pravnih pravila). V.: Tamaha, B. Z., *Beyond the Formalist-Realist Divide: the Role of Politics in Judging*, Princeton University Press, New Jersey, 2010., str. 10.

³²⁷ Analiza gospodarskog rasta proučava čimbenike koji dovode do dugoročnog rasta potencijalne proizvodnje. Čimbenici, odnosno kotači gospodarskog rasta su: ljudski resursi, prirodna bogatstva, akumulacija kapitala te tehnologija i poduzetništvo znanja. Ne postoji, međutim, jedinstvena kombinacija ovih četiriju sastavnica: SAD, europske i azijske zemlje išle se različitim putovima koji vode gospodarskom uspjehu. Klasični model Smitha i Malthusa naglašava ključnu ulogu države i stanovništva u gospodarskom rastu, dok neoklasični model gospodarskog rasta Roberta Solowa naglasak stavlja na kapital i tehnološke promjene. Nedavna analiza tzv. „novih teorija rasta“ pokušava otkriti procese koji proizvode tehnološku promjenu. Ovaj pristup naglašava osiguranje uvjeta i odgovarajućih poticaja za znanstvenike i izumitelje koji će potaći istraživanja i razvoj. Opširnije V. Samuelson, P.A., Nordhaus, W.D., *Ekonomija*, 18. izdanje, MATE d.o.o., Zagreb, 2007. str. 555 – 576.

³²⁸ Duverger, M., *Janus: Dva lica Zapada*, Globus, Zagreb, 1980., str. 242.

2.1. Društvene okolnosti uspona kritičke pravne teorije

Društvena strujanja vremena odrazila su se i na teorijska promišljanja unutar pravnih znanosti. Nekoliko mogućih objašnjenja pojavilo se kako bi objasnilo pojavu novih strujanja unutar razvoja pravnih znanosti tijekom kraja 70-tih godina 20. stoljeća:

- Jedno od objašnjenja navodi razlog kako je tržište rada znatno suženo na području društvenih znanosti tijekom sredine 60-tih, a posebice za radnu snagu s doktoratom znanosti koja je uslijed takvih procesa bila prisiljena preoblikovati svoje sposobnosti na pravnim učilištima. Martha Minow³²⁹ tako navodi kako su neki od ovih znanstvenika svojim kasnijim zapošljavanjem na pravnim učilištima sa sobom donijeli metode rada koje nisu bile uobičajene u pravnim znanostima te su podvrgnuli pravo ponovnom temeljitom proučavanju;
- Alternativna teorija polazi sa stajališta kako postoji vremenski razmak koji je potreban znanstvenim dostignućima da prodru u ostatak društva – uključujući i pravo;
- Sljedeće objašnjenje temelji se na grupnoj biografiji teoretičara koji su se poistovjetili sa svakim od nastalih pokreta. Minow naglašava osobno iskustvo svakog člana pojedine grupe (posebice pripadnika kritičke pravne teorije) u političkim zbivanjima 60-tih i 70-tih godina 20. stoljeća kada se postavljaju pitanja legitimiteta prava u razrješavanju nesuglasica i stvaranju pravnog poretka;
- Jedno dublje objašnjenje navodi, kako je novi trend u pravnim znanostima samo nastavak i nasljednik pravnog realizma započetog tijekom 20-tih godina 20. stoljeća, koji je uzrokovao rascjep u znanju pravnih znanosti koji sustavno prati današnje suvremene teoretičare. Tako su današnji pokreti unutar pravnih znanosti samo logičan slijed ranijeg akademskog pokreta koji je nakratko bio narušen ratnim zbivanjima i utihnut pokušajima objedinjenja formalizma i realizma u pravnoj znanosti stvaranjem pokreta „*Legal Process*“ u glavnoj struji pravne znanosti tijekom 50-tih zamjenjujući „objektivnost u postupku“ za „objektivnost teorije“.³³⁰

Kritika kao metodološka orijentacija ponovno postaje aktualan, a iznova novi način objašnjavanja stvarnosti. Svoj izraz vremena na području pravnih znanosti, kritička je misao

³²⁹ V. Minow, M., *Law Turning Outward*, 73 *Telos* 79, 1986, str. 91 – 93., navedeno prema: Minda, G., *The Jurisprudential Movements of the 1980s*, *Ohio State Law Journal*, Vol. 50, str. 660., fn 340. Dostupno na: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohslj50&collection=journals&id=611&men_hide=false&men_tab=citnav, (25.10.2008.)

³³⁰ *Ibid.*

pronašla u okviru čitavog niza novih strujanja. Tako se pojavljuju pokret prava i ekonomije (*Law and Economics – L/E*), pokret pravo i društvo (*Law and Society*), pravo i književnost (*Law and Literature*), pravo i interpretacija (*Law and Interpretation*) te kritička pravna teorija (*Critical Legal Studies – CLS; CRITS*) iz koje se kasnije razvijaju feministička pravna misao (*Feminist Legal Thought*) te kritička rasna teorija (*Critical Race Theory*).

2.2. Razvoj kritičke pravne teorije

Pravni je realizam inspirirao novu generaciju pravnih kritičara, ali je istovremeno unio promjenu i transformirao glavnu struju razmišljanja u pravnim znanostima nakon tridesetih godina dvadesetog stoljeća. Tijekom pedesetih godina 20. stoljeća uspostavljena je tako neka vrsta srednje pozicije između formalizma i pravno – realističke tradicije poznata kao škola *Legal Process* čija je temeljna dogma osiguranje objektivnosti putem legitimne procedure i mjerodavnih institucija. Temeljni izvor poteškoća ove teorije nametnula je ideja o postojanju objektivnog pravnog procesa u kojoj nije jasno određena metoda prema kojoj se određuje granica diskrecijskog prava suca u izboru između različitih tehnika interpretacije. Zastupnici ove teorijske perspektive propustili su uspostaviti analitičku poveznicu između svoje teorije prava i pravednosti.

Zastupnici glavne struje danas, upravo zbog navedenih propusta, nastojeći izbjeći moralne posrtaje svojih prethodnika, unaprijeđuju teoriju prihvaćajući ideju o neodređenosti prava, no tvrde kako donošenje presude može biti u višem ili manjem stupnju objektivno, prisilno, ograničeno, neprirodno, ali racionalno. Tvrde kako suci rade na temelju ograda koje im postavljaju pravila, običaji i konvencije pravne kulture. Owen Fiss ih naziva „disciplinarnim pravilima“ koje posjeduje čitava „interpretativna zajednica“ sudaca, koji prema Ronaldu Dworkinu imaju zajednički „interpretativni stav“. Moderni liberalni teoretičari poput Johna Rawlsa, Ronalda Dworkina, Johna Elyja, Brucea Ackermana pokušali su stoga konstruirati novu interpretativnu teoriju prava i sudskog procesa nazvanu *Rights Theory* elaborirajući ideju zajedničkih normi, dijeljenih vrijednosti i pravednih procedura s kojima bi se složile odgovorne individue u okviru strukture racionalnog konsenzusa. Njihov je cilj stvoriti novu teoriju prava utemeljenu na normativnom pravnom argumentu.³³¹

³³¹ V.: Minda, Cf. *ibid.*, str. 641 – 650.

2.2.1. Utemeljenje kritičke pravne teorije: konferencija o kritičkom proučavanju prava (CCLS)

Kritička pravna teorija pokrenuta je kroz objavu djela Roberta Mangabeirae Ungera „*Knowledge and Politics*“³³² i Duncana Kennedyja „*The Rise and Fall of Classical Legal Thought*“³³³ iz 1975., a početke formalnom, institucionalnom utemeljenju teorije možemo pratiti u proljeće – točnije kraj svibnja 1977. godine kada je na Sveučilištu Wisconsin u Madisonu održana 1. godišnja Konferencija o kritičkom proučavanju prava (*Conference on Critical Legal Studies – CCLS*).³³⁴

Većina sudionika konferencije bili su studenti tijekom burnih društvenih pokreta tijekom 60-tih ili radikalni odvjetnici aktivni u antiratnim i civilnim pokretima za ljudska prava. Privučeni su u Madison u potrazi za egalitarnijim društvenim i ekonomskim strukturama, nezadovoljni tradicionalnim nastavnim planom i programom (curriculum) pravnih učilišta i nepodnošljivošću spram „sterilnih“ oblika pravnog opravdanja. U suprotnosti spram sterilnih opravdanja empirijsko-biheviorističke i glavne struje pravne doktrine, kritička pravna teorija traži kritiku prava koja bi bila u stanju razumjeti i mijenjati pravni sustav i društvo kojeg je dio.³³⁵ Smatraju kako liberalna pravna ideologija omeđuje raspravu o vrijednostima iz razloga što „argumenti“ o pravdi određenih institucija žive u ograničenom, pristranom svijetu

³³² Ovo je ujedno i jedino djelo iz područja kritičke pravne teorije prevedeno na hrvatski jezik: V. Unger, R.M., *Znanje i politika*, Globus, Zagreb, 1989. Zanimljiv je podatak kako je R.M. Unger prisustvovao tek 6. CCLS konferenciji 1982. godine na kojoj je predstavio svoj rad *The Critical Studies Movement*. V. Hunt, A., *The Theory of Critical Legal Studies*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 6., No. 1., 1986., str. 3.

³³³ Neobjavljen rukopis završen je 1975., doraden 1998., a objavljen nakon 30 godina pod naslovom *Thirty Years Later*, Washington D.C., Beard Books, 2006. V. http://duncankennedy.net/legal_history/essays.html, http://duncankennedy.net/documents/r&f_clt/Preface_Thirty%20Years%20Later.pdf, 11.09.2018.

³³⁴ Prvo pismo s pozivom, od 17.01.1977., „prijedlog okupljanja kolega koji se bave kritičkim pristupom proučavanju prava u društvu“ sadržavalo je pokušaj „općenitog opisa dvije vrste rada koje je organizacijski odbor: Abel, Heller, Horwitz, Kennedy, Macaulay, Rosenblatt, Trubek, Tushnet i Unger klasificirao kao kritički“, a da se pri tome ne „pokušava unaprijed odrediti ili utjecati na narav sastanka, ukoliko do njega dođe.“ Kleman, M.: *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, 1987., str. 297. Osim *Conference on Critical Legal Studies* u SAD-u spominju se još i *Critique du Droit* u Francuskoj i *Critical Legal Conference* u Velikoj Britaniji (za koju smo jedinu pronašli podatke o trajanju i danas). Hunt, A., *The Critique of Law: What is Critical About Critical Legal Studies*, Journal of Law and Society, Vol 14, No. 1, 1987., str. 5.

³³⁵ U SAD-u se smatralo u vrijeme nastanka kritičke pravne teorije kako je jedna od temeljnih uloga koju obnašaju pravni akademici aktivno sudjelovanje u stvarnom svijetu stvaranja političkog u društvu. Tako rad Mortona Horwitzova može na primjer prikazati promjenu u političkom kontekstu. Horwitzovo prvo djelo donosi tezu kako su promjene u doktrini presuđivanja političke i ekonomske naravi, kao i ostale promjene u području javne politike i djelovanja. Nakon toga, u svom drugom djelu Horwitz smatra kako je pravni realizam bio glavni uzročnik destabilizacije premisa na kojima leži stari poredak pravnog formalizma. U svom posljednjem djelu iz 1998. *The Warren Court and the Pursuit of Justice* navodi velik utjecaj rada suca Olivera Wendella Holmesa na rad Vrhovnog suda SAD-a. Osim navedenih Horwitzovih teza važno je uočiti i činjenicu kako je danas kritička pravna teorija jedna od legitimnih teorija prava s obzirom na odabir Horwitzova (kao utemeljitelja i pripadnika kritičke pravne teorije) kao autora navedenog djela. Tushnet, M.: Survey Article: Critical Legal Theory (without Modifiers) in the United States, *The Journal of Political Philosophy*: Volume 13, No. 1, 2005, str. 101., fn 5.

lingvističkih praksi opravdavanja na koje utjecaj vrši postojeće pravo. Pravno mišljenje u takvim je ideološkim okvirima, smatraju predstavnici kritičke pravne teorije, sklono postati učinkovitom ideologijom opravdanja.³³⁶

Liberalni legalizam,³³⁷ karakteristika koju pripisuju glavnoj struji pravnih učilišta, smatraju kritičari, poriče vrijednosti zajednice i među-ljudske povezanosti pomoću univerzalne perspektive koja naglašava važnost samo isključivo određenih vrijednosti – vrijednosti autonomije i individualnog interesa pojedinca. Time je društvo liberalne ideologije u stalnom procesu kontradikcije (privlačenja i odbijanja) između dvaju oponirajućih vrijednosti: individualizma i kolektivismu.

Važnost je kritičke pravne teorije, osim navedenog i u činjenici da ona predstavlja prvi lijevo orijentiran pokret u pravnoj teoriji SAD-a:³³⁸ D. Kennedy definira ju kao „pojavu nove lijeve inteligencije predane istodobno i teorijskoj i praktičnoj orijentaciji u stvaranju radikalne, lijevo orijentirane perspektive u području na kojemu su ranije postojale samo varijacije na temu opravdanja statusa quo.“³³⁹ Osim toga kritička pravna teorija uvodi još jednu novinu u američki pravni sustav: „ona duguje svoju primarnu vjernost teorijskoj, a ne praktičnoj strani dajući time primat filozofiji. Upravo je taj aspekt - odbijanje pravne prakse novost u američkom i engleskom pravnom sustavu.“³⁴⁰

Temeljni je *credo* teoretičara kritičke pravne teorije kako ne postoji distinktivan model pravnog opravdanja koji može stajati u potpunoj opreci s političkom raspravom. Pravo je jednostavno politika obučena u drugačije odjelo; ono ne djeluje u povijesnom vakuumu, niti

³³⁶ CCLS se održavaju godišnje sve do kraja 80-tih, nakon čega kritička pravna teorija ostaje bez svoje temeljne mreže, a s obzirom na činjenicu kako su u ranom razvoju pokreta vodeći teoretičari smatrali kako nije potrebno osnovati specijaliziran časopis koji bi okupljao pripadnike kruga; mreža širih, značajnijih razmjera je postupno, nakon gašenja konferencije u SAD-u (prema dostupnim podacima posljednja održana konferencija bila je 1987. u Los Angelesu), prestala postojati. Prva CCLS konferencija u Europi održala se 1984. u Velikoj Britaniji, a tradicija održavanja konferencije prvog vikenda u rujnu se nastavlja do danas.

³³⁷ Karl Klare definirao je liberalni legalizam kao „etički stav koji upravlja moralom, a koji prethodi uspostavljanju pravila i moralnih odnosa koji se sastoje od dužnosti i prava određenih pravilima“. Liberalni legalizam posebna je povijesna inkarnacija koja s legalističkog gledišta služi kao filozofska osnova opravdanja pravnog poretka u kapitalističkim društvima. Njene su osnovne karakteristike odanost općim, demokratski objavljenim pravilima, jednak tretman svih građana pred zakonom, radikalno odvajanje morala, politike i osobnosti od sudske akcije. Liberalni legalizam također se sastoji od kompleksnih društvenih praksi i institucija koje se dopunjuju i razrađuju političku filozofiju i pravoznanstvo koje im leži u podlozi. Uspon i razrada ideologije, prakse i institucija liberalnog legalizma popraćeni su rastom i specijalizacijom profesionalne kaste stručnjaka obučeni u području manipulacije pravnim opravdanjem i pravnim procesom. V.: Minda, op.cit. (bilj. 335), str. 618., fn 92.

³³⁸ Hunt, op.cit. (bilj. 338), str. 1.

³³⁹ Kennedy, D., *Critical Labour Theory: A Comment*, *Indiana Law Review*, Vol. 4., 1981., str. 503-506. U karakterizaciji „pravne lijevice“ Kennedy dalje nastavlja „naša je metodologija povezana...s našim lijevo orijentiranim političkim uvjerenjima. Nastojimo ostvariti radikalnu pravnu teoriju.“

³⁴⁰ Ewald, W., *Unger's Philosophy: A Critical Legal Study*, *The Yale Law Journal*, Vol. 97., No. 5., 1988., str. 672.

postoji neovisno o ideološkim borbama u društvu.³⁴¹ Pravna teorija tvrde, ne može proizvesti točno određene rezultate u konkretnim slučajevima. Pravnom se teorijom može manipulirati u opravdanju gotovo beskrajnog spektra mogućih ishoda. Pravna teorija je time sofisticiran vokabular i repertoar manipulativnih tehnika za kategorizaciju, opisivanje, organiziranje i usporedbu; ona nije metodologija za postizanje supstantivnih ishoda.³⁴²

As psychiatrists create „a monologue of reason about madness“³⁴³ so, the CLSers claim, do lawyers establish a fake rationalist discourse out of the chaos of political and social life.³⁴⁴

2.2.2. Faze u razvoju kritičke pravne teorije

„Tek kratkim, letimičnim pogledom izvana kritička pravna teorija doimala bi se kao čudna mješavina pravnog realizma, nove ljevice i literarnog kriticizma. S takvog stajališta njene postavke osciliraju između ezoterične europske filozofije i opisa istančane strukture društvene interakcije. Premda lijevo orijentirana, duboko je kritički nastrojena prema marksizmu. Premda striktno anti-hijerarhijska, često je dostupna samo uskoj skupini pojedinaca na samom vrhu obrazovne ljestvice. Općenito često kritizirana kao previše teorijski orijentirana, njeni protagonisti vjeruju kako potiče trenutnu i konkretnu političku akciju, unutar i izvan pravnih učilišta. Konačno antiformalistička, premda teoriju shvaća ozbiljnije no bilo koja suvremena škola pravnog učenja.“³⁴⁵

Ovim citatom možda najbolje možemo opisati kontroverze koje u raspravama samih pripadnika, njihovih istomišljenika, pravnih teoretičara, ali i oponenta pronalazimo od utemeljenja samog pokreta krajem 70-tih godina 20. stoljeća do danas.

U kontekstu smještanja kritičke pravne teorije u lijevi (*leftists*) politički spektar nužno je osvrnuti se na podjelu na lijevo-desno na američkoj političkoj sceni pri čemu je važno naglasiti kako politički sadržaj ljevice i desnice može varirati s obzirom na vremensku, prostornu ili povijesnu odrednicu. Posebice je nužno naglasiti razliku u razumijevanju europske

³⁴¹ Hutchinson, A.C. & Monahan, P.J., *Law, Politics and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought*, Stanford Law Review, Vol. 36, No.1/2, str. 206.

³⁴² Kennedy, D., *The Rise and Fall of Classical Legal Thought, 1850-1940.*, 1975., ch. V, str. 12., navedeno prema: Hutchinson, A.C. & Monahan, op.cit. (bilj. 347), str. 206., fn. 32.

³⁴³ Foucault, M., *Madness and Civilization*, str. 10., dostupno na: http://books.google.hr/books?id=G5PRR9-8BcC&printsec=frontcover&dq=foucault+madness&hl=hr&ei=t-n4TLajPMWl4QaUtMDzBA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCQO6AEwAA#v=onepage&q&f=false, 03.12.2018.

³⁴⁴ Hutchinson, A.C. & Monahan, P.J. op.cit. (bilj. 347), str. 206.

³⁴⁵ Boyle, J., *The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought*, University of Pennsylvania Law Review, 1985., str. 2., dostupno na <http://www.law.duke.edu/boylesite/politics.htm>, 30.09.2018.

i američke desnice. Europska desnica mitologizira prošlost kroz ulogu države, kraljevske loze, sudstva i crkvene hijerarhije. Podređuje se ulozi države i može se kretati do ekstrema, što je dokazao fašizam tijekom sredine prošlog stoljeća. S druge strane, a s obzirom na svoju prošlost, američka desnica usko je vezana uz pojam individualizma, s minimalnom interferencijom vlade te se temelji na zasadama liberalizma, dijeleći elitističku orijentaciju, bez prevelikog obožavanja države, odnosno vlade.³⁴⁶ Sljedeća tablica prikazuje podjelu u orijentaciji američkih političkih stajališta lijevo-desno.

Tablica 3. Odnos dimenzija lijevo-desno na američkoj političkoj sceni

	Ekstremna ljeвица	Umjerena ljeвица	Umjerena desnica	Ekstremna desnica
Izvorni naziv	<i>Leftists</i>	<i>Liberals</i>	<i>Conservatives</i>	<i>Rightists</i>
Tipovi	Anti-kapitalisti Anarhisti Socijalisti			Religiozna prava Nova prava Neo- konzervativci
Političke stranke	Socijalistička Zeleni Marxističko- Lenjinističke	Demokrati	Republikanci	Republikanski libertarijanci

Izvor: izrada autora, prema predlošku u: Domhoff, W., G., *The Left and the Right In Thinking, Personality, and Politics*, dostupno na: http://sociology.ucsc.edu/whorulesamerica/change/left_and_right.html, 22.04.2011.

³⁴⁶Domhoff, W., G., *The Left and the Right In Thinking, Personality, and Politics*, dostupno na: http://sociology.ucsc.edu/whorulesamerica/change/left_and_right.html, 22.04.2011.

Prikazujući tijek i razvoj kritičke pravne teorije prema D. Milovanoviću, možemo pratiti četiri značajne faze pokreta:

- Prva faza u kojoj su teorijske aspiracije Duncana Kennedyja otvorile put različitim oblicima kritičkih razmišljanja o pravnom formalizmu i poučavanju u pravu traje od ranih do sredine 70-tih godina 20. stoljeća;
- Druga faza traje od sredine 70-tih do ranih 80-tih, a obilježena je studijama slučajeva, i internim kritikama formalizma. Ovaj period u razvoju kritičke pravne misli obilježava izdavanje zbirke eseja pod nazivom *The Politics of Law: a Progressive Critique* urednika Davida Kairsyja 1982.
- Treća faza od sredine 80-tih do ranih 90-tih može biti konceptualizirana kao potraga za teorijom. Ova promjena najjasnije se očitava u posebnom izdanju *Stanford Law Review* u siječnju 1984.
- Trenutno je pokret kritičke pravne teorije u tzv. četvrtoj fazi, osobnoj „kritičkoj“. Premda, s obzirom na posjećenost redovitih godišnjih konferencija koje se uglavnom održavaju u Velikoj Britaniji, prema nekim kritičarima njegov utjecaj blijedi, još uvijek predstavlja značajnu kritiku formalizma u pravnim znanostima. Osim toga važno je napomenuti kako su iz kritičke pravne teorije izniknule dvije potpuno zasebne perspektive: feministička jurisprudencija i kritička rasna teorija.³⁴⁷

Pod pojmom kritičke pravne teorije D. Kennedy podrazumijeva četiri različita oblika značenja: pokret, školu mišljenja, teoriju prava, te medijsku stvarnost.³⁴⁸

- Pod pokretom D. Kennedy podrazumijeva ciljno orijentiranu praktičnu aktivnost široke grupe pravnih akademika čiji je opći cilj bio pokušaj stvaranja lijevo usmjerenog akademskog pokreta kao novog društvenog grupiranja koji bi imao utjecaj kako na radno mjesto, tako i na opću političku kulturu. Dvije su praktične aktivnosti reformirale pravna učilišta u lijevo orijentiranom modernom/postmodernom smjeru stvarajući akademsku pravnu literaturu koja je razvila lijevo orijentirane ideje unutar pravnog obrazovanja. Kritička pravna teorija bio je pokret, a ne samo projekt s idejama „promjene“, „rasta“, „opozicije“, koje je u sebi sadržavao služeći savjesti kolektivne

³⁴⁷ Milovanovic, op.cit. (bilj. 288), str. 120.,

³⁴⁸ Kennedy, D., *A Criticque of Adjudication [fin de siecle]*, str. 9 ., dostupno na: http://books.google.com/books?id=3opYTZLkoV0C&dq=duncan+kennedy+a+critique+of+adjudication&pg=PP1&ots=igCuuurCUg&source=bn&sig=eD2LrSVr5tIUncAkOOQJoJZi635Y&hl=en&sa=X&oi=book_result&resnum=4&ct=result#PPA3,M1, 28.11.2018.

uporabe. Treća mu je praktična aktivnost „izgradnja pokreta“ kroz regrutaciju novih članova, kroz odnose s javnošću te razvijanjem i poticanjem odnosa između članova. Društveno/političko/intelektualna mreža koja je činila kritičku pravnu teoriju tijekom kasnih 70-tih i ranih 80-tih godina 20. stoljeća postupno se osipala od kraja 80-tih iz različitih razloga: dijelom zbog zbivanja u glavnoj struji, spolne i rasne politike, međugeneracijskih napetosti, dolaska postmodernizma te bez sumnje slabljenja energije i vodstva. No pokret je rezultirao jačanjem različitih dijelova mreže koji su aktivni do danas.

- Kritička pravna teorija kao škola mišljenja isključivo se odnosi na akademski pokret koji je razvio mrežu profesora i pristalica koji dijele zajednički set ideja kao temeljnu karakteristiku u većoj mjeri no akademsko/politički projekt promjene društva kroz promjenu pravnog obrazovanja. Članovi kritičke pravne škole mišljenja, dijele zajednički cilj proširenja članstva i utjecaja, kritizirajući glavnu struju s većom ili manjom dozom agresivnosti bez ikakvog pokušaja promjene u pravilima igre i odnosima moći unutar svojih matičnih institucija. Škola mišljenja je, za razliku od pokreta, institucionalizirana na malom broju pravnih učilišta te se društveno i intelektualno reproducira i razvija tijekom vremena.
- Kritička pravna teorija kao teorijska orijentacija u pravu postoji u različitim oblicima od kojih su neki od pripadajućih tekstova iz područja kritičke pravne teorije, neki su njeni komentari ili kritike, čineći zajedno kanon kritičke pravne teorije.
- U konačnici kritička pravna teorija postoji u medijskom prostoru kao činjenica koja biva onime što joj pridaju masovni mediji. Tako bi kritička pravna teorija mogla biti predstavljena u medijskom prostoru kao „Radikali šezdesetih na Harwardu osamdesetih“ prije nego kao „Nekolicina teoretičara zainteresiranih za neo-marksističke, ljevičarske, modernističke, feminističke ideje stvarajući opoziciju među liberalnim pravnim misliteljima pripadnicima glavne struje u teorijskoj orijentaciji.“ Time kritička pravna teorija u medijskom prostoru postaje ono što joj pridaje novinar.

Predstavnici kritičke pravne teorije³⁴⁹ (posebice iz kruga druge generacije teoretičara) na neki se način odupiru pa čak i u potpunosti odbacuju pokušaj sistematizacije svoga rada, a

³⁴⁹ Pojedinci čiji se rad (u cjelosti ili djelomično) uvršta u područje kritičke pravne teorije su: Richard Abel, C. Edwin Baker, Gary Bellow, James Boyle, Kenneth Casebeer, Jean Charn, Anthony Chase, Clare Dalton, Jay Feinman, Michael Fisch, Alan Freeman, Gerald Frug, Mary Jo Frug, Peter Gabel, Robert Gordon, Thomas Heller, Wythe Holt, Morton Horwitz, Alan Hyde, David Kairys, Al Katz, Mark Kelman, David Kennedy, Duncan Kennedy, Karl Klare, Elizabeth Mensch, Gary Minda, Frances Olsen, Gary Peller, Joel Rogers, Rand Rosenblatt,

teže u izražavanju ka istraživanju tekstualne višeznačnosti i povijesne kontingencije kao temeljnim metodama u svom pristupu radu. Stoga ne postoji jedna jedina metoda, epistemologija, pristup ili način koji bi opisao kritičku pravnu teoriju.³⁵⁰ U prilog toj tezi ide i činjenica kako postoji mnoštvo unutarnjih neslaganja u radovima iz područja kritičke pravne teorije koja se mogu organizirati oko čitavog niza dihotomija. Spominju se:

- Racionalistički i individualistički pristup (*rationalist and individualist wing*)
- Prva i druga generacija teoretičara (*first and second generations*)
- Moderna škola kriticizma i postmoderna škola (*modern and postmodern school of criticism*)
- Tradicijski i netradicijski pristup (*dominant tradition and countertradition*)³⁵¹

David Kairys u svom djelu *The Politics of Law: a Progressive Critique*³⁵² navodi kao točnu formulaciju cilja kritičke pravne teorije: „U potrazi smo za teorijskim i praktičnim razumijevanjem prava koje postavlja svoje institucionalne i individualne aktere u njihove društvene i povijesne kontekste te pravo promatra kao jedan od međusobno usko povezanih dijelova društvenog totaliteta.“³⁵³ No, većim dijelom kroz utjecaj postmodernističkih strujanja

John Henry Schlegel, William Simon, Joseph Singer, Kathy Stone, David Trubek, Mark Tushnet, and Roberto Unger. V.: Schlegel, J.H., *Critical Legal Studies*, dostupno na: <http://law.jrank.org/pages/18466/Critical-Legal-Studies.html>, 11.09.2010.

³⁵⁰ Minow, M., *Law Turning Outward*, 73 *Telos* 79, 1986., str. 83., navedeno prema: Minda, op.cit. (bilj. 335), str. 616.

³⁵¹ Schlegel, J.H., *Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies*, 36 *Stan. L. Rev.*, 1984., str. 393-400. Tushnet, M., *Survey Article: Critical Legal Theory (withouth Modifiers) in the United States*, *The Journal of Political Philosophy*, Volume 13, No. 1, 2005., str. 102. Whitehead, J.E., *From Criticism to Criticque: Preserving the Radical Potential of Critical Legal Studies Through a Reexamination of Frankfurt School Critical Theory*, *Florida State University Law Review*, Vol. 26., str. 707., dostupno na: <https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.hr/&httpsredir=1&article=1379&context=lr> (24.10.2018.). John Stick na primjer smatra kako teoretičari tradicijskog pristupa kao zajedničku karakteristiku imaju ujednačen stav o prirodi i političkoj važnosti američkog pravnog sustava. Centralna je teza ovog pristupa kako je središnji politički aspekt američkog prava činjenica da usporava progresivnu političku promjenu predstavljajući postojeću institucionalnu strukturu „prirodnom“, a ne društveno uvjetovanom kakva ona uistinu je. Pravo time maskira činjenicu „da jednostavno možemo izabrati ponašati se drugačije.“ Vodeći autori ove struje su: Duncan Kennedy, Peter Gabel, Bob Gordon, Mark Kelman, Mark Tushnet, Gerald Frug, Clare Dalton, Gary Peller i Joseph Singer. Suprotan je netradicijski pristup u manjoj mjeri kohezivan: sastoji se od teoretičara koji se barem djelomično povezuju s radom u području kritičke pravne teorije i smatraju kako teza o neodređenosti prava kao i legitimitet nisu središnji pojmovi političkog konteksta američkog pravnog sustava. Ovom krugu pripadaju: Richard Delgado, Mari Matsuda, Patricia Williams, Harlon Dalton, Elizabeth Schneider i Joan William. V. Stick, J., *Charting the Development of Critical Legal Studies*, *Columbia Law Review*, Vol. 88, No. 2, 1988., str. 407-408.

³⁵² Alan Hunt u članku *The Theory of Critical Legal Studies* ovo djelo naziva manifestom pokreta kritičke pravne teorije. V. Hunt, op.cit. (bilj. 340), str. 2.

³⁵³ Kairys, D., *Introduction to The Politics of Law: a Progressive Critique* 1, str. 8, 1998.; navedeno prema: Whitehead, J.E., *From Criticism to Criticque: Preserving the Radical Potential of Critical Legal Studies Through a Reexamination of Frankfurt School Critical Theory*, *Florida State University Law Review*, Vol. 26., str. 704.,

kritička pravna teorija odlutala je daleko od navedenog cilja. Ovu tvrdnju dokazuje i preformulirana, novija inačica cilja koju formulira Kairys koji pravo vidi kao „dio društva“, a ne više „društvenog totaliteta“. Ova alternacija, premda na prvi pogled neznatna, naglašava pomak u razumijevanju prava kao aspekta liberalnog društva do teorije koja smatra kako cjelokupna, potpuna, apsolutna deskripcija prava ili društva nije moguća.³⁵⁴

Naš prikaz u ovom radu, primarno će se orijentirati na kritičku pravnu teoriju kao teoriju prava prve generacije teoretičara, koja se kao takva, sustavno od kraja 80-tih godina 20. stoljeća u SAD-u uvrštava u udžbenike pravnih teorija i jurisprudencije.³⁵⁵

2.3. Središnje teze kritičke pravne teorije

Kritička pravna teorija uistinu je raznovrsna,³⁵⁶ no možemo pronaći nekoliko zajedničkih karakteristika koje (više ili manje) navode svi njeni pripadnici. Zajednički se stav odnosi na zamjerke upućene tradicionalnoj pravnoj teoriji i pravnom poretku:

- smatra se kako je tradicionalna pravna teorija nedosljedna (*incoherent*)³⁵⁷ ili nemoguća (*impossible*)³⁵⁸ odnosno kontradiktorna i manipulativna (*contradictory and manipulable*)³⁵⁹;
- postojeći pravni poredak radikalno nepravedan (*radically unjust*) i pridonosi opravdanju opresivnog društvenog poretka (*contributes to the legitimization of an oppressive social order*)³⁶⁰ i

dostupno na:
<https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.hr/&httpsredir=1&article=1379&context=lr> (24.10.2018.)

³⁵⁴ Whitehead, J.E., From Criticism to Critique: Preserving the Radical Potential of Critical Legal Studies Through a Reexamination of Frankfurt School Critical Theory, Florida State University Law Review, Vol. 26., str. 704., dostupno na:
<https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.hr/&httpsredir=1&article=1379&context=lr> 24.10.2018.

³⁵⁵ Tushnet, op.cit. (bilj. 341), str. 102.

³⁵⁶ D. Kennedy, jedan od vodećih teoretičara kritičke pravne teorije opisao ju je kao „a ragtag band of leftover '60s people and young people with nostalgia for great events of 15 years ago“ U: Eastland, Radicals in the Law School, Wall St. Journal, January 10., 1986., str. 16.

³⁵⁷ Excerpts from Critical Legal Studies, Q & A, 38 Harvard Law Bulletin, 1987., str. 22. (D. Kennedy je predložio u ovom isječku tri temeljna prijedloga kritičke pravne teorije u kritici tradicionalne pravne teorije: „nije dosljedna, niti određena, niti objektivna; čini osnovu korporativnog kapitalizma te kao takva određuje tko koliko dobiva u društvu; njen ishod je radikalno nepravedan.“) Navedeno prema: Ewald, op.cit. (bilj. 346), str. 668.

³⁵⁸ Unger, op.cit. (bilj. 338), str. 97, fn. 1.

³⁵⁹ Unger, R.M., The Critical Legal Studies Movement, Harvard Law Review, 96., 1983., str. 563., fn. 3.

³⁶⁰ Excerpts from Critical Legal Studies Q & A, 38 Harvard Law Bulletin, 1987., str. 22., fn 15. Navedeno prema: Ewald, op.cit. (bilj. 346), str. 668.

- postojeći društveni i pravni sustav treba transformirati kako bi se stvorilo društvo koje bi bilo slobodno od hegemonije (*hegemony*) i hijerarhije (*hierarchies*)³⁶¹ koje su trenutno dominantne.³⁶²

Navedeno možemo reducirati na tri temeljne teze kritičke pravne teorije:

- tezu o indeterminaciji prava (*indeterminacy thesis*) prema kojoj je pravo interno i eksterno nekonzistentno, neodređeno;
- tezu prema kojoj je pravo politika (*law is politics*);
- tezu o postojanju pravne ideologije vladavine prava (*critic of rights*) prema kojoj je pravo ideološko i pristrano, prije no neutralno i neovisno.³⁶³

2.3.1. Pravna indeterminiranost (*indeterminacy thesis*)

Teza kritičke pravne teorije o indeterminiranosti (neodređenosti) pretpostavlja kako je pravo interno i eksterno nekonzistentno. Interno, pravo je nekonzistentno u smislu kako pravno opravdanje nije jasna metoda za postizanje određenog pravnog rezultata već je sustav „manipulativnih tehnika stvorenih kako bi prikrio činjenicu da suci u presudama jednostavno biraju između vrijednosti.“³⁶⁴

„Pravo je strukturalno sazdano od binarno suprotstavljenih proturječnosti kako bi u svakom određenom slučaju u kojemu se primjenjuje mogla biti stvorena oba apsolutno oprečna zaključka. Ova binarno suprotstavljena proturječnost često se susreće u opravdanju individualističkih stremljenja, zahtjevu liberane individue za zaštitom od zahtjeva zajednice za konformizmom u njegovim vrijednostima, protiv altruističnih zahtjeva, zahtjeva zajednice za solidarnošću među članovima radi zaštite interesa. Teza indeterminacije stvorena je kao opozicija tvrdnji liberalnog legalizma kako je pravna doktrina određena te kao takva može proizvesti samo jedno ili preciznije rečeno, jedno najbolje rješenje za bilo koji sporan problem.“³⁶⁵

Ponovno se oslanjajući na uvide pravnih realista pripadnici kritičke pravne teorije tvrde kako pravni materijali (statuti, presedani i sl.) ne određuju u potpunosti ishod određenog slučaja.

³⁶¹ Unger, op.cit. (bilj. 365), str. 587., fn. 2.

³⁶² Ewald, op.cit. (bilj. 346), str. 668-669.

³⁶³ Tushnet, op.cit. (bilj. 341), str. 99 – 112.

³⁶⁴ Kelman, M. navodi kako teoretičari kritičke pravne teorije tvrde da sva pravna opravdanja sadržavaju duboko ukorijenjenu strukturalnu premisu koja onemogućuje suce da riješe problem u suprotnom smjeru, s napomenom kako se pravnici obvezuju samopostavljenim odredbama dokazujući neuspjeh u pokušaju usklađivanja svoga rada sa samopostavljenim standardima doktrinarne međupovezanosti. V.: Whitehead, op.cit. (bilj. 360), str. 708.

³⁶⁵ Schlegel, J.H., *Critical Legal Studies*, loc.cit.

Kako se kritička pravna teorija razvijala, pretjerani i precijenjeni zahtjevi za apsolutnom primjenjivošću teze na sve slučajeve zamijenjeni su stajalištem kako je mnogo, odnosno u skladu sa stavom D. Kennedyja, „dovoljno značajnih rješenja slučajeva u nesuglasju sa predmetom.“³⁶⁶

Aspekti indeterminacijske teze mogu biti ilustrirani u raspravi Karla Klarea u interpretaciji *Wagner Act-a* od strane Vrhovnog suda SAD-a. *Wagners Act* (1935.) postavio je temelje modernih radnih odnosa osiguravajući radnicima pravo na organizaciju, kolektivne pregovore te uključivanje u mirne prosvjede. Tim aktom također su preglasani različiti oblici prisile i diskriminacije protiv aktivnost sindikata te je stvoren Nacionalni odbor za radne odnose čija je temeljna uloga bila nadgledanje industrijskih međuodnosa. Vrhovni sud SAD-a donio je nekoliko ključnih odluka interpretirajući spomenuti zakon tijekom kasnih 30-tih i ranih 40-tih godina 20. stoljeća. Klare navodi kako su četiri komponente otežale gore navedenu interpretaciju zakona:

- indeterminiranost (neodređenost) teksta kroz pravnu povijest,
- političke okolnosti okružja u izglasavanju zakona,
- kompleksnost i fluidnost stavova radničke klase,
- neprijateljstvo i neposlušnost poslovne zajednice.³⁶⁷

Ukoliko se usredotočimo na prvu poteškoću koju navodi Klare možemo argumentirati način na koji kritičari zagovaraju tezu o indeterminiranosti. U svojim presudama Vrhovni sud SAD-a riješio se principa redistribucije bogatstva, jednakosti u pregovaračkoj moći i demokraciji na radu. U svojim presudama na temelju kojih su uspostavljeni presedani, Vrhovni sud SAD-a prigrlio je objeručke one ciljeve zakona koji su bili u skladu s pretpostavkama liberalnog kapitalizma, a zatvorio prolaz onima koji bi mogli ugroziti stabilnost poretka. Kolektivni

³⁶⁶ Još jedno od pitanja kojim su se bavili teoretičari kritičke pravne teorije vezano je uz otkrivanje načina na koje indeterminacija postaje predvidljivost. Vjeruju kako proces transformacije mora biti promatran u okviru socioloških konstrukcija kao promatranje aktualnog društvenog procesa koji usmjerava neke pojedince da djeluju na način da ih pravni materijali sputavaju, u načinu na koji proces vidi pravna analiza, dok se u sociološkoj analizi događa nešto drugačije. S obzirom na rješavanje ovih pitanja kritička pravna teorija povezala se s *Law and Society Association* te posebice s „interpretativnom“ strujom ove pozicije koja je poznata u krugovima *Law and Society* na prijelazu iz 80-tih u 90-te godine 20. stoljeća. Tzv. sociološka pozicija može se podijeliti u dvije grupe: prva se bavi postojanjem pretpostavki unutar klasne strukture s obzirom na poziciju sudaca i odvjetnika općenito. Istraživanja se bave praksama određenih diskursa zajednice koja ishode čine predvidljivima. Druga se bavi iskustvom legalnosti u općem javnom shvaćanju. Ova se grana kritičkih pravnih teoretičara naziva još i narativnom jurisprudencijom. Sociolozi su se ipak temeljitije i uspješnije bavili ovom problematikom, posebice Patricia Ewick & Susan S. Silbey V. npr. *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life* (Chicago: University of Chicago Press, 1998.). Navedeno prema: Tushnet, op.cit. (bilj. 341), str. 109.

³⁶⁷ Klare, K.E., *Judicial Deradicalisation of The Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937 – 1941.*, 62 *Minnesota Law Review*, 265 (1978.), navedeno prema: Whitehead, op.cit. (bilj. 360), str. 710.

pregovori su tako prihvaćeni za područje narušenih radnih odnosa, slobodu izbora koja je pažljivo usklađena s institucionalnom strukturom radnog prava i djelomično izjednačavanje relativne moći pregovaranja između radnika i vlasnika.³⁶⁸

Većina teoretičara kritičke pravne teorije usvaja izvanjsku kritiku (*external point of view*) u interpretaciji pravnog opravdanja ciljajući na prekidanje određenosti, objektivnosti i neutralnosti u cilju svođenja pravnog diskursa na ekstra-pravni ideološki diskurs. D. Kairys u tom kontekstu piše:

The authors of this book reject the idealized model and the notion that a distinctly legal mode of reasoning or analysis determines legal results. The problem is not that courts deviate from legal reasoning. There is no legal methodology or process for reaching particular, correct results. This understanding of the law has been recently most closely associated with Critical Legal Studies and many of the contributors to this book, and before that with Legal Realism.

*...If law is not determinate or neutral or a function of reason and logic rather than values and politics, government by law reduces to government by lawyers, and there is little justification for the broad-scale displacement of democracy. The extraordinary role of law in our society and culture is hard to justify once the idealized model is recognized as mythic.*³⁶⁹

Većina teoretičara, uključujući i R.M. Ungera, prihvaća ovaj ekstremni zahtjev radikalne neodređenosti prava i/ili jezika, pri čemu koristeći eksternu kritiku reduciraju pravno opravdanje na politiku, dok se D. Kennedy odlučuje za internu kritiku kroz tzv. srednju poziciju između primjene prava i sudskog stvaranja prava (*middle term between law application and judicial legislation.*)³⁷⁰

2.3.2. Pravo je politika (*law is politics*)

Skepsa prema pravilima i činjenicama kao nasljeđe pravnih realista³⁷¹ možda je najjasnije uočljiva upravo u tezi o pravu kao politici: „Tradicionalna oprema formalizma –

³⁶⁸ Ibid.

³⁶⁹ Kairys, op.cit. (bilj. 359), str. 3-6.

³⁷⁰ Kennedy, op.cit. (bilj. 354), str.29.

³⁷¹ Činjenica je kako postoje i sličnosti, ali i razlike između pravnih realista i kritičke pravne teorije. Kritička pravna teorija svakako je ekstremnija u svojim zaključcima: stav O.W. Holmesa „*Do not suppose that the law is a set of eternal rules, given to you by Logic or Nature and incapable of change. Law is a human creation and must be made to serve the interests of the community; it must be reformed in the light of the best insights of economics and history and philosophy*“ svakako je blaži od onoga „*law is nonsense*“ ili pravo služi samo opravdanju interesa imućnih društvenih slojeva, ili nema ispravnih odgovora u pravnim nesuglasicama, ili „*trashing... the most valid form of legal scholarship available at the moment*“. Osim toga, realisti su bili uključeni u pravnu praksu u punom smislu riječi: u pisanju presuda, donošenju zakona, presuđivanju i obrani slučajeva. Predano su pokušavali ostvariti

oslanjanje na neutralne i linearno silogističke razloge (opravdanje), vjera u vrijednosnu neutralnost, objektivnost, predvidljivost, sigurnost i uvjerenost te stabilnost u pravu temeljenu na presedanima – sve je navedeno, tvrde kritičari, velika laž. Ne postoji nikakva razlika između prava i politike. Politika se doživljava kao krajnja odrednica u odlučivanju. Mišljenja o slučajevima samo su racionalizacija ili opravdanje skrivenih vrijednosnih izbora.³⁷²

Sintagma „pravo je politika“ podrazumijeva ideju kako postojeći odabiri unutar pravne teorije neizbježno omogućavaju takve ishode individualnih slučajeva koji podrazumijevaju isti raspon razmatranja onomu koji se pojavljuje u političkom sporu ili raspravi, prije nego neutralnu primjenu ispravnog pravnog pravila.³⁷³ Središnja je okosnica kritike upravo ideja legitimiteta u kojoj je temeljna funkcija prava, tvrde kritičari, opravdati dominaciju elita moći, pri čemu su pripadnici društva navedeni da vjeruju kako postoji „vladavina prava, a ne pojedinaca“.³⁷⁴ Pravna teorija i proces smatraju se praksom opravdanja stvorenom u namjeri privilegiranja individualnih interesa.³⁷⁵

Prevladavajuće stajalište pravnih teoretičara ostalih polazišnih pozicija o ovoj tezi u vrijeme pojave kritičke pravne teorije izazivalo je niz konfrontacija zbog uskog razumijevanja sintagme „pravo je politika“ kao jednog i isključivog. No obranu teze kako je „pravo samo politika“ u najopćenitijem smislu može se razumjeti na način kako sugerira Duncan Kennedy: „Svaka zamisliva odluka ne mora nužno biti motivirana politički kako bi teza o pravu kao politici bila na čvrstoj poziciji i isključivo kritički orijentirana. Dovoljno je navesti neke, odnosno nekoliko pojedinačnih odluka, koje su politički motivirane s obzirom na činjenicu kako ideologija legalizma čvrsto i beskompromisno stoji na poziciji kako apsolutno niti jedna

svoje kritičke ideje u praksi realnog pravnog sustava u kojemu su djelovali. S druge strane kritička pravna teorija i njeni predstavnici vezani su više uz teorijski rad u području pravne filozofije. Oni nisu uključeni u pravnu praksu i ne žele preuzeti obvezu biti „*technical assistants*“ sucima i zakonodavcima. Upravo je R.M. Unger odriješiti po ovom pitanju, ali i M. Tushnet koji tvrdi kako je predan „*world of scholarship*“ u težnji za „*intellectual substance*“. Detaljnije V. Ewald, op. cit. (bilj. 346), str. 671-672.

³⁷² Milovanovic, op.cit. (bilj. 288), str. 121.

³⁷³ Schlegel, op.cit. (bilj. 355)

³⁷⁴ Tijekom ranih godina nakon pojave kritičke pravne teorije svakako najkontroverznija teza bila je „pravo je politika“. Ona je često u pravnim krugovima naime krivo protumačena kako navodi Mark Tushnet. S obzirom na činjenicu kako se teza odnosila na istraživanja u radu Vrhovnog suda SAD-a iz područja ustavnog prava navodeći kako se kroz „političku“ interpretaciju može iščitati velik dio rada navedene institucije. S obzirom na utjecaj generacije pravnih realista, većina pravnih teoretičara (ne samo pripadnici kritičke pravne teorije) smatrali su kako je najbolji način razumijevanja presuda Vrhovnog suda, promatrati ih u svjetlu refleksije ustavnog prava sudačkih (predzakonskih, odnosno političkih) preferencija. Zahtjev prema kojemu je sve pravo politika prenesen je iz navedene sfere na sve ostale odluke, a primarno se odnosio na sudačku motivaciju. Takav stav bio je ranjiv s obzirom na analize koje su kasnije pokazale statističke studije (Sisk&Heise&Morris, *Charting the influence in the judicial mind: an empirical study of judicial reasoning*, New York University Law Review, 73 1998., 1377 – 1500.) prema kojima postoji stupanj isključivo legalističkih, odnosno apolitičnih utjecaja u ishodu pojedinog slučaja. V.: Tushnet, op.cit. (bilj. 341), str. 106.

³⁷⁵ Schlegel, J.H., *Critical Legal Studies*, loc.cit.

odluka to nije, kako bi dokazali ispravnost teze.³⁷⁶ Ovakvo razumijevanje teze o pravu kao izrazu politike unosi dozu realiteta u stvarna događanja te otklanja kontroverze koje se u raspravi pojavljuju.

Iz današnje perspektive, posebice nakon 1990-tih u području američke pravne znanosti ovakvo stajalište više se ne smatra kontroverznom. Sudovi možda jesu forum principa, no nitko zbog toga danas ne smatra kako zakonodavci to nisu. Današnje je prevladavajuće stajalište u američkoj pravnoj znanosti kako sudstvo i zakonodavstvo koristi argumente opravdanja u principima i argumente politike u gotovo podjednakoj mjeri.³⁷⁷

2.3.2. Kritika ideologije vladavine prava (*critic of rights*)

Polazište za opravdanje ove teze pronalazimo u pravnoj teoriji koja ne osigurava točno utvrđene i određene odgovore u svakom pojedinom slučaju, čime se izbor pojedinaca u oslanjanju na prava pred zaštitom od drugih ili od strane države, temelji na lažnoj nadi jer se pravima može (i hoće) manipulirati u interesu dominantnih društvenih skupina određenog društva. Kritička pravna teorija predstavlja opoziciju u odnosu prema stavu liberalnog legalizma kako su New Deal i revolucija u borbi za građanska prava osigurali zaštitu interesa radnika i afro-amerikanaca.³⁷⁸

Prethodne dvije teze predstavnika kritičke pravne teorije razvijene su u privatnom i javnom pravu, a posebice ustavnom pravu.³⁷⁹ No treća teza kritike prava povezana je isključivo

³⁷⁶ Tushnet, M., Survey Article: Critical Legal Theory (without Modifiers) in the United States, loc.cit..

³⁷⁷ Opći zaključak koji u svojoj raspravi o kritičkoj pravnoj teoriji donosi Mark Tushnet o ovom pitanju je kako on nije u središtu interesa u današnjoj raspravi u pravnim znanostima s obzirom na činjenicu kako je dominacija političkih odluka relativno malena ona više ne predstavlja prijetnju općoj ideologiji vladavine prava. Razmatrajući dalje legitimnu tezu kako ne postoji razlika u podrijetlu pravnog opravdanja (moral ili politički utjecaj) otkriva se transformacija u američkom pravnom sustavu koja postavlja pitanje na koji način pluralistička društva uopće ostaju u dubokom nesuglasju? V.: Ibid.

³⁷⁸ Schlegel, J.H., Critical Legal Studies, loc.cit.

³⁷⁹ Podjela prava na javno i privatno seže već u rimsku pravnu povijest, a danas je općeprihvaćeni način sistematizacije cjelokupne pravne građe. Potrebno je međutim ipak naglasiti kako podjela ne počiva na preciznim ili strogo određenim racionalnim kriterijima prema kojima bi se mogla povući oštra granica između tih dvaju velikih područja (grupa) prava. Ova distinkcija je rezultat specifičnog razvoja europskog prava, a u angloameričkoj pravnoj literaturi tek se u novije doba usvaja ova podjela. Danas je granica sve više fluidna jer se elementi jednog i drugog pravnog područja međusobno prožimaju posebice zbog povećanog utjecaja državnog reguliranja koje zahvaća starije i novije grane privatnog prava (u području radnog i obiteljskog prava). Tako razlikovanje javnog i privatnog prava danas sve više postaje stvar konvencije, a suvremene teorije prava tvrde kako navedena dva tipa pravnih odnosa i normi počivaju na kriteriju vršenja vlasti, odnosno na autonomiji subjekata, tj. adresata kojima je norma upućena. Tako se kod porezne norme državna vlast pojavljuje kao nositelj suverenosti, što nije slučaj s ugovornim odnosima iz građanskog prava. Vrban, D. tako navodi podjelu u horizontalnom pravnom sustavu na grupe i grane prava prema kriteriju sadržaja i intenzitetu prisile na javno (kojemu pripadaju: ustavno, upravno, financijsko, sudsko, kazneni postupak, parnični postupak i kazneno pravo) i privatno pravo (kojemu pripadaju građansko, opći dio, stvarno pravo, obvezno, nasljedno, obiteljsko, trgovačko, radno i dr.). Vrban, op.cit. (bilj. 9), str. 377.

s područjem javnog prava, jednostavno je primjena ostalih teza, no imala je snažan politički naboj u akademskom okružju s obzirom na dominantno razumijevanje uloge Vrhovnog suda SAD-a pod predsjedanjem Earla Warrena kao trijumfirajuću obranu liberalnog legalizma.³⁸⁰ Kritika prava odnosila se na činjenicu da se velika količina analitičkog materijala mogla prikupiti prezentacijom temeljnih političkih zahtjeva u području ljudskih prava. Kako god ljudska prava opisana, stvarnost bi potkopavala njegove ishode, a iskustva koja su se smatrala opravdanjem liberalnog legalizma, morala su biti shvaćena izrastajući iz specifičnih povijesnih okolnosti prije nego kao izraz nepromjenjivih obveza vladavine prava. Rani radovi kritičke pravne teorije u ovom području iznjedrili su kritičku teoriju manjina u području kritike prava.³⁸¹

Premda vladavina prava načelno predstavlja napredak u odnosu na oblike vladavine koji su prevladavali u fašističkim ili kapitalističkim sustavima gdje nije bilo značajnog odvajanja vladavine i političke moći D. Kennedy navodi dva razloga zbog kojih je nezadovoljan vladavinom prava:

- prvo, vladavinu prava ne smatra apsolutnom vrijednošću. Ona je instrumentalna vrijednost, a ne implikacija neke temeljne ideje. Njena vrijednost ovisi o kontekstu ostalih institucija modernog liberalizma te ponekad mora biti usklađena s vrijednostima poput „nacionalne sigurnosti“, „supstantivne pravednosti“ i sl.
- drugo, institucija kao pojam u silaznoj je putanji, ne zbog svoje interne logike, nego zbog stalne evolucije u zapadnim društvima.³⁸²

U zapadnim društvima diskurs koji sudstvo, zakonodavstvo i politički teoretičari koriste kako bi dali legitimitet primjeni državne moći zanemaruje (potiskuje, mistificira, uništava, prikriva, napada) dva temeljna fenomena:

- stupanj do kojega su usvojena pravila (bez obzira jesu li su sadržana u Ustavu ili običajnom pravu) strukturirana u privatnom i javnom životu na način da opskrbljuju s

³⁸⁰ Warren Court (1953. – 1969.) predstavlja razdoblje u povijesti Vrhovnog suda SAD-a pod predsjedanjem Earla Warrena koje karakteriziraju velike promjene u području građanskih prava i sloboda, sudačkog presuđivanja i moći federalnih vlada SAD-a. Warrenova vizija prava bila je pragmatična, doživljavao je pravo kao instrument obnašanja pravednosti. Fokusirao se u radu na primjenu širokih etičkih principa, a ne primjenu uskih interpretativnih okvira. Njegovi principi bili su kako tvrdi Tushnet, M. u svom djelu *The Warren Court in Historical and Political Perspective* „filozofijski, politički, intuitivni, a ne pravni u konvencionalnom tehničkom smislu“. Detaljnije V.: Horvitz, M.J., *The Warren Court and the Pursuit of Justice: A Critical Issue*, Hill&Wang, 1998.

³⁸¹ Mark Tushnet međutim smatra kako je ovaj dio kritičke pravne teorije zanemario i previdio načine na koje je sociološka pozicija kritičke pravne teorije funkcionirala u kritici prava kao sredstvo za razumijevanje utjecaja jezika na prava manjina. Navedeno prema: Tushnet, M., *The Critic of Rights*, Southern Methodist University Law Review, 47 (1993), 23-34. Također Tushnet, M., *Rights: An Essay in Informal Political Theory*, Politics & Society, 17 (1989), 403 – 451.

³⁸² Kennedy, op.cit. (bilj. 354), str. 21.

moći jednu društvenu grupu na uštrb drugih te najopćenitije rečeno, stvaraju sustav hijerarhija koji karakterizira društvo u cjelini;

- stupanj do kojeg sustav pravnih pravila sadržava praznine, konflikte i nesuglasja koje sudac rješava svjesno, polu-svjesno ili nesvjesno u skladu s ideološkim projektima poštujući društvenu hijerarhiju. Pravno opravdanje time postaje polisilabička kamuflaža, mistificirana odluka koja je izraz vježbe političke moći. Pravo time nije zbir neutralnih pravila, već stroj opresije.³⁸³ Ovi nedostaci ili pogreške u sustavu vladavine prava nisu prisutni u gore navedenoj proceduralnoj/institucionalnoj definiciji.³⁸⁴

3. Roberto Mangabeira Unger: utopijski superliberalizam

Roberto Mangabeira Unger (1947.) brazilski je teoretičar, političar i profesor prava na Harvardu kojega je u članku „Boss Nova“ Carlin Romano opisao kao „mislitelja koji je brazilski odgovor na Johna Stuarta Milla, sa samoproglašenim naklonom ka F. Nietzscheu koji ga, u nekim njegovim postupanjima, dovodi do ekscesa.“³⁸⁵

U svom prvom djelu još 1976., profesor Roberto Mangabeira Unger najavio je „kako je otkrio kontekst ideja unutar kojih je potrebno proučavati filozofiju i politiku.“³⁸⁶ Otada je postao vodeći mislitelj kritičke pravne teorije, pokreta koji je, prema njegovim riječima „potkopao središnje ideje moderne pravne misli i na njihovo mjesto stavio drugačiju koncepciju prava.“³⁸⁷ Ukoliko itko od pripadnika kritičke pravne teorije može tvrditi kako je potkopao centralne ideje moderne pravne misli, ta je osoba upravo R.M. Unger. Općeprihvaćeno je stajalište kako je upravo on *leader* kritičke pravne scene te kako je njegovo prvo djelo „Znanje i politika“ temeljni rad u području kritike liberalizma.³⁸⁸

³⁸³ Morris, A.J., Revisiting Progressive Legal Scholarship, Two Takes on The Politics of Law, dostupno na: <http://jurist.law.pitt.edu/lawbooks/revapr99.htm#Feature> (09.10.2008.)

³⁸⁴ Kennedy, D., A Criticque of Adjudication [fin de siecle], loc.cit.

³⁸⁵ Romano, C., Boss Nova: Harward Law's Roberto Unger takes on the future of Brasil, The Cronicle of Higher Education, The Cronicle Review, June 6, 2008., Vol. 54, Issue 39., str. 1., dostupno na: <http://www.robertounger.com/en/category/interviews-and-discussions/> (14.11.2018.)

³⁸⁶ Unger, R.M., Znanje i politika, loc.cit.

³⁸⁷ Unger, op.cit. (bilj. 365), str. 561.

³⁸⁸ U prilog ovim tezama ide čitav niz napisa o radu i djelu R.M. Ungera (stajalištu se u istoj mjeri priklanjaju i pobornici i oponenti kritičke pravne teorije) od kojih je možda najupečatljiviji onaj L.B. Schwartza u članku pod nazivom: *With Gun and Camera Through Darkest CLS Land* u kojemu navodi „*If Kennedy is the Pope of CLS, Unger is the Christ figure.*“ V. Stanford Law Review, 36., 1984., str. 413-416.

U nastojanju da kritički secira liberalni imperij: liberalnu doktrinu i društvo, koristi totalnu kritiku kroz traganje za „dubokom strukturom“.³⁸⁹ Otkrića duboke strukture rastjeruju zbrku, određujući pozicije koje nam se nameću simultano, braneći nam pretpostavku da posjedujemo više nego što smo u stvari postigli. Cilj je ove metode doći do situacije u kojoj će kritika liberalizma sama iskovati metodu interpretacije, primjereniju od logičke analize, rezultat koji se može postići samo stvaranjem ne-liberalnog misaonog sustava. „Kad bi se ta taktika mogla sažeti odnosila bi se na imitaciju Spinoze odbacujući njegovu logičku metodu kao nužni uvjet spekulativne misli, no koristeći ju kao smicalicu kojom ćemo nadići naše sadašnje situacije.“³⁹⁰ Njegov ambiciozan projekt s pomalo apstraktno-filozofskim stilom dosegao je vrhunac u djelu *Politics: A Work in Constructive Social Theory* iz 1987. koji se sastoji iz tri dijela (1. dio - *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*, 2. dio - *Social Theory: Its Situation and Its Task - A Critical Introduction to Politics: A Work in Constructive Social Theory* i 3. dio - *Plasticity Into Power: Comparative-Historical Studies on the Institutional Conditions of Economic and Military Success*) s reizdanjem 2004.

Njegov stil karakterizira sinoptička želja u povezivanju svih dijelova života i misli, kako bi artikulirao velike oblike sistematske intelektualne arhitekture koje se odražavaju u trvenju među konceptima. Od najranijih razmišljanja tvrdi kako se „ideja veće univerzalnosti i veće dubine postiže borbom kroz određenije, obećavajuće dijelove misli.“³⁹¹ Unger (za razliku od naturalističke ideje kako su pravne institucije „neophodne“) naglasak stavlja na „institucionalnu imaginaciju“ koju pravna analiza tek treba otkriti. Smatra kako je ovo gledište „opravdano“ jer je najznačajnije nasljeđe kritičke pravne teorije „kao istraživanje mogućnosti rekonstrukcije“, odnosno alat za razvijanje boljih institucija.³⁹² Pravo je samo jedan od „terena“ u institucionalnoj imaginaciji, a njegov rad u području kritičke pravne teorije samo je „subordiniran dio većeg, općeg intelektualnog projekta“. Prije svega mu je stalo do „alternativnih imaginacija u svijetu“.

Njegova opća teorija najuočljivija u njegovu zadnjem djelu *Politics: A Work in Constructive Social Theory*, u kojoj traži „radikalizaciju klasične društvene teorije“. U njegovu

³⁸⁹ Termin „duboka struktura“ preuzet je od Noama Chomskog gdje ima drugačije značenje nego kod Ungera. V. Chomsky, N., *Aspects of the Theory of Syntax*, Cambridge, M.I.T., 1969. str. 16 – 18., 136.

³⁹⁰ Unger smatra kako teoriju treba koristiti ne kao gospodara niti kao svjedoka, nego kao suučesnika povijesti jer ona mora služiti kao svjedok povijesti, strpljiv ako je skromna, proročanski ako nasrće; svojim djelovanjem na samosvijest praksa totalne kritike može doprinosti reviziji moralnih osjećaja i drugačijem usmjerenju politike. Unger, op.cit. (bilj. 338), str. 20 - 22.

³⁹¹ Romano, op.cit. (bilj. 393), str. 5.

³⁹² Cf. ibid., str. 8.

shvaćanju mnogi teoretičari koji se okreću marksizmu dijele na dva dijela i odbacuju tzv. „dobar dio“, odnosno „transformativne aspiracije“ kako bi promijenili društvene institucije, dok zadržavaju loš dio: determinizam koji implicira povijesni razvoj kao predodređen. Unger teži zadržavanju „središnjeg uvida“ prema kojemu je društvo „stvoren i zamišljeno“, uz njegovu drugu ključnu temu romantični ekstencijalizam. Unger uistinu vjeruje u „progresivnu transformaciju“ individualnih ljudskih života. Preferira klasični liberalizam pred „kasnim“ jer prijašnji nije „usredotočen na materijalnu jednakost“ u povećanju „veličine individue“. Unger fokus vidi u redistributivnim shemama kao „utješnoj nagradi“ za ne preuveličavanje ljudskih mogućnosti. Kao rezultat navedenoga odbacuje društvene teorije koje djelomično pristupaju problemu umjesto povezivanja sa sveukupnom slikom reevaluacijskog procesa jezgre društvene strukture.

Unger je napisao nebrojeno mnogo članaka, a ovdje donosimo pregled svih njegovih knjiga:

- *Knowledge and Politics*, Free Press, 1975.
- *Law in Modern Society*, Free Press, 1976.
- *Passion: An Essay on Personality*, Free Press, 1984.
- *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, 1986.
- *Politics: A Work in Constructive Social Theory*, Cambridge University Press, 1987., (s reizdanjem iz 2004.), u tri dijela:
 - 1 dio - *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*.
 - 2 dio - *Social Theory: Its Situation and Its Task - A Critical Introduction to Politics: A Work in Constructive Social Theory*.
 - 3 dio - *Plasticity Into Power: Comparative-Historical Studies on the Institutional Conditions of Economic and Military Success*.
- *What Should Legal Analysis Become?*, Verso, 1996.
- *Politics: The Central Texts, Theory Against Fate*, Verso, 1997., with Zhiyuan Cui
- *Democracy Realized: The Progressive Alternative*, Verso, 1998.
- *The Future of American Progressivism: An Initiative for Political and Economic Reform*, Beacon, 1998. – u koautorstvu s Cornel West
- *What Should the Left Propose?*, Verso, 2006.
- *The Self Awakened: Pragmatism Unbound*, Harvard, 2007.

- *The Left Alternative*, Verso, 2009. (2nd edition to *What Should the Left Propose?*, Verso, 2006.).
- *Free Trade Reimagined: The World Division of Labor and the Method of Economics*, Princeton University Press, 2010.
- *The Religion of the Future*, Harvard, 2014.
- *The Singular Universe and the Reality of Time*, Cambridge University Press, 2014, with Lee Smolin.

3.1. Antinomije liberalne misli

Temeljna premisa kritike liberalne ideologije, koju R.M. Unger kao sustav ideja naziva „stražom koja nadzire zatvorsku zgradu“,³⁹³ za cilj analize liberalne misli postavlja dokazivanje kako su principi koji oblikuju liberalizam međusobno povezani te kako proizvode antinomije (unutarnja proturječja koja rezultiraju neumanjivim, nerješivim i nepopravljivim sukobom, ali i sustavnim potiskivanjem postojanja tih proturječja) koje se ne mogu razriješiti unutar samog sistema.³⁹⁴ Prema Ungeru antinomije teorije i činjenice, razuma i želje, pravila i vrijednosti središnji su problemi liberalne teorije oko koje se vrte sva ostala pitanja, one čine samu srž „Znanja i politike“. ³⁹⁵ Dok Unger pokušava u svom radu zadržati stalan odnos između različitih antinomija poštujući njihove međudnose ostali teoretičari izabiru jednu ili više antinomija kao fokus u organizaciji svojega rada.³⁹⁶

³⁹³ Foucault, M. je u svom djelu „Nadzor i kazna“ raspravljao o povijesnoj mijeni u kažnjavanju i nadzoru od tradicionalnih metoda fizičkog kažnjavanja srednjeg vijeka do današnjih suvremenih metoda psihološkog kažnjavanja kroz sustave zatvaranja koji su svoj vrhunac nadzora dosegli u Panoptikumu. Premda Foucault ne vjeruje kako se moć/znanje manifestira isključivo kroz državu detaljno razrađuje aktivnosti u njenoj domeni nadzora i kažnjavanja koje uključuju taj odnos. U Panoptikumu (zatvoru koji se temelji na ideji engleskog filozofa J. Benthama) čuvarima je zbog centralnog položaja u središnjem tornju omogućeno da u svakom trenutku u potpunosti nadziru aktivnosti zatvorenika. Opširnije V. Foucault, M., *Nadzor i kazna – rađanje zatvora*, Informator, Zagreb, 1994.

³⁹⁴ Antinomijama Unger naziva „kontradikcije u zaključcima koji se izvode iz istih ili jednako vjerojatnih premisa. Ona se razrješuje dokazom da je kontradikcija u zaključcima iluzorna ili otkrićem da su same premise proturječne. Dosljedne premise ne mogu davati proturječne zaključke.“ V.: Unger, op.cit. (bilj. 338), str. 7. Ono što želi naglasiti je primjer standardne logičke pogreške u zaključivanju.

³⁹⁵ Nazivajući antinomije, odnosno proturječja unutar liberalne teorije „nizom sparenih retoričkih pitanja“ Kelman, M. ih u svom djelu „A Guide to Critical Legal Studies“ identificira kao proturječja između: „Rules and standards“, „The subjectivity of value“ i „Intentionalism and Determinism“. V. Kelman, M.: *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1987. str. 3.

³⁹⁶ D. Kennedy tako svoju analizu pravnog formalizma promatra kroz dihotomiju između stvaranja i primjene pravila (u: *Legal Formality*, *Legal Studies*, No. 2, 1973., str. 351-398.). Njegova kasnija analiza u Blacksone- u usredotočuje se na „temeljnu kontradikciju“ unutar koje „su odnosi s drugima nužni za, ali i inkompatibilni sa

Tablica 4. Antinomije liberalne misli

Antinomije liberalne misli		
Priroda i znanost:	Liberalna psihologija:	Liberalna politička i pravna teorija:
1. spoznatljive biti ne postoje 2. jezik je konvencija	1. princip razuma i želje 2. princip arbitrarne želje 3. princip analize	1. princip pravila i vrijednosti 2. princip subjektivne vrijednosti 3. princip individualizma
Princip agregacije		
Antinomije slijede prethodne premise i povezane su s distinkcijama između sredstava i ciljeva, oblika i sadržaja, javnog i privatnog života, tehnike i teorije.		
<u>Antinomija teorije (ideje) i činjenice (dogadaji): ruši koncepciju znanja</u>	<u>Antinomija razuma i želje: ruši koncepciju ličnosti</u>	<u>Antinomija pravila i vrijednosti: ruši koncepciju društva</u>
a 1. teorija definira identitet činjenica. a 2. dio onoga što podrazumijevamo pod činjenicom jest da se ona razlikuje od teorije koja je objašnjava b 1. teorije postoje samo kao uređivanje činjenica b 2. dio onoga što podrazumijevamo pod teorijom jest da se ona razlikuje od činjenica o kojima govori	a 1. moralnost želje je adekvatna samo kad je strukturirana pravilima razuma. a 2. moralnost želje nije u skladu s pripisivanjem bilo kakvog normativnog značenja razumu. b 1. moralnost razuma je adekvatna samo kad joj sadržaj daju supstantivne želje b 2. moralnost razuma nije u skladu s pripisivanjem bilo kakvog normativnog značenja želji. <u>Opći oblik antinomija</u> (a 1) Partikularno (činjenice, želje, vrijednosti) postoji samo preko univerzalnoga (teorija, razum, pravila), (a 2) no mora biti od njega razdvojeno (b 1) univerzalno postoji samo preko partikularnoga, (b 2) no mora biti od njega razdvojeno.	a 1. izabiranje sredstava za ciljeve (instrumentalna racionalnost) zahtjeva poštovanje preskriptivnih pravila (postupak suđenja) a 2. instrumentalna racionalnost nije u skladu s postupkom suđenja b 1. postupak suđenja zahtjeva prosudbu instrumentalne racionalnosti b 2. postupak suđenja nije u skladu s instrumentalnom racionalnošću

Izvor: izrada autora, prema predlošku u: Unger, R.M., *Znanje i politika*, Globus, Zagreb, 1989. str. 163.

slobodom pojedinca“ (u: *The Structure of Blackstone's Commentaries*, Buffalo Law Review, No. 28, 1979., str. 205.).

Svoje teorijsko opredjeljenje, kritiku koju usmjerava protiv liberalne teorije Unger je sažeo u 11 teza:

- Mnogi stavovi o znanju, epistemologiji, ljudskoj prirodi (psihologiji u užem smislu) i moralu (etici), koje dijelimo u našem svakodnevnom iskustvu i koristimo u našim društvenim istraživanjima, mogu se predstaviti mnogo manjim brojem principa, premisa ili postulata, nego što se to uobičajeno smatra potrebnim.
- Ti principi psihologije (ili teorije znanja) ovise jedan o drugome. Ukoliko je bilo koji od njih pogrešan, drugi ne smiju biti istiniti, a istina svakog pojedinog implicira istinu drugih. Smisao međuzavisnosti može se analogijom dovesti u vezu s odnosom u logičkom nizu. No, istaknut ćemo neprimjerenosti analogije, kao i zahtjeve napora da se dopre do nje.
- Ti principi psihologije vode jednoj antinomiji u našem shvaćanju veze između razuma i želje u moralnom životu, antinomiji koja razara ideju ličnosti koje se moralna bića ne mogu lišiti. Liberalna koncepcija opravdava dvije koncepcije o vlastitoj ličnosti i moralu, koje nisu spojive jedna s drugom. Ne mogu se pomiriti na osnovu premisa iz kojih su izvedene te su obje neodržive.
- Rasvjetljavanje naših moralnih uvjerenja, mnogih naših političkih ideja, a osobito onih koje su najvažnije za liberalnu teoriju može se svesti na mali broj postulata.
- Ti su postulati potrebni jedan drugome u istom smislu u kojem su to i principi psihologije.
- Liberalna politička teorija, kao sistem tih principa, stvara antinomiju u shvaćanju veze između javnih pravila i privatnih ciljeva. Ta antinomija u liberalnoj doktrini fatalna je za nadu da je probleme slobode i javnog poretka moguće riješiti onako kako te probleme definira sama doktrina pa to dovodi do konfliktnih, nepomirljivih i isto tako nezadovoljavajućih teorija društva.
- Principi psihologije i političke teorije pretpostavljaju jedni druge. Pravilno shvaćeni, oni čine jedinstven misaoni sklop.
- Taj sustav ideja nije adekvatan. On rezultira osnovnim i nerazrješivim paradoksima: njegovi principi, ako se uzmu u svojim međuosnosima, nisu pouzdani kao iskazi iskustva i kao moralni standardi.
- Možemo početi zamišljati rudimente bolje alternative liberalnoj teoriji, ali ta se alternativa ne bi trebala pogrešno shvatiti kao liberalno stanovište postavljeno naglavce.

- Posebno shvaćanje odnosa dijelova i cjeline u znanju i u društvu, igra središnju ulogu u liberalnoj misli i mora biti revidirano u svakoj višoj teoriji uma i politike.
- Kako bi se razriješile antinomije liberalne misli, zamijenilo njeno stajalište o dijelovima i cjelini te radilo na drugačijem sustavu ideja prije svega je potrebno napustiti način prema kojemu zasnivamo odnos između općeg i pojedinačnog.³⁹⁷

M. Kelman je u objašnjavanju središnjih problema liberalne teorije oko koje se vrte sva ostala pitanja, postavio koncepte slično Ungeru. U svom djelu *A Guide to Critical Legal Studies* kroz prva tri poglavlja objašnjava antinomije kroz: pravila i norme, subjektivnost vrijednosti te intencionalizam i determinizam.³⁹⁸

3.1.1. Subjektivnost vrijednosti

Središnja tema temeljnog ranog rada u kritičkoj pravnoj teoriji Ungerova djela „Znanje i politika“ je tvrdnja kako je liberalna misao (bez obzira je li ona psihološka, politička ili epistemološka) okarakterizirana vidljivom predanošću dualističkom pogledu moralnog i znanstvenog znanja, kroz uvjerenje da postoji radikalna razlika između činjenica i vrijednosti, između razuma i želja.

Prema Ungeru karakterističan stav liberalne društvene teorije je da su vrijednosti – uvjerenja u društvu o tome što je vrijedno truda – promatrane kao ništa više no ukusi, odnosno posve arbitrarni iskazi pojedinaca. Razum je posve odvojen od želja; želje nagone, a razum jednostavno pokušava postići ono na što ga želja tjera. Želja nije samo subjektivna i individualna nego i određuje individualnost; pojedinci se međusobno razlikuju po svojim prohtjevima, dok su razum i percepcija univerzalni. Unger nadalje tvrdi kako se liberalna misao oduvijek „bunila protiv koncepcije objektivne vrijednosti“.³⁹⁹ Učenja liberalizma odnosila su se beskompromisno neprijateljski prema klasičnoj ideji objektivnog dobra. Pojmovi kao „pravedna cijena“ u razmjeni i raspodjeli prema „vrlini“ izgubili su značenje kao rezultat rastakanja hijerarhijskog reda i ekspanzije tržišne ekonomije.

³⁹⁷ Unger, op.cit. (bilj. 338), str. 10 – 11.

³⁹⁸ V. Kelman, M., *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1987.

³⁹⁹ Unger navodi kako najuvjerljiviju tvrdnju o arbitrarnosti želje (nemogućnosti da razumom opravdamo sadržaj želje) nalazimo kod Hume-a, nešto kasnije kod Schlicka i Lockeja, dok je i nekoliko pokreta u modernoj filozofiji odbacilo manje-više potpuno princip arbitrarne želje i opreku činjenica-vrijednost. Među njima su fenomenološka etika Maxa Schelera i Nicolaia Hartmanna; američki pragmatizam Williama Jamesa i Johna Deweya koji predstavljaju parcijalne kritike liberalne misli iz različitih perspektiva. V. Unger, op.cit. (bilj. 338), str. 51; 91.

Princip subjektivne želje usko je povezan s liberalnom koncepcijom pravila kao bazom poretka i slobode u društvu te s psihološkom distinkcijom razuma i želje, opisivanja i vrednovanja. Doktrina o nepostojanju spoznatljivih biti, krajnja je osnova principa subjektivne vrijednosti. Teorija spoznatljivih biti tvrdi kako postoji ograničen broj grupa u svijetu, kako svaka stvar ima karakteristike koje određuju vrstu koja joj pripada te kako te karakteristike neposredno spoznaje um. Ideja subjektivnosti vrijednosti čini sponu između poricanja teorije spoznatljivih biti i središnjih političkih problema donošenja zakona i njihove primjene.

Predanost subjektivnosti vrijednosti dopušta osobama da dostignu vlastitu viziju onoga što smatraju dobrim, pri čemu temeljni politički problem nastaje oko dileme u pomirbi između zahtjeva za redom i zahtjeva za slobodom radi dosizanja vlastitih subjektivno odabranih ciljeva. Ukoliko sloboda omogućava izražavanje nesputane subjektivne želje, analogijom mora dopustiti i izazivanje čistog egocentrizma i neograničenu slobodu čime izaziva hobbesijanski rat svih protiv svijeta;⁴⁰⁰ zbog čega upravo centralizirana sila koja nameće pravila, postaje središnjim zadatkom. Osnovni problem je kako opravdati bilo koji okvir prava, bilo koju zamisao poretka, u svijetu čije se vrijednosti često vide kao ništa više od subjektivnih hirova?

Najjasnije područje objektivnosti vrijednosti (dodjeljivanje prava) je kako navodi M. Kelman, „nekako bezglavo izvedeno“ iz uobičajene prakse, gdje možemo učiniti veliki niz vrijednosno-skeptičnih, antipaternalističkih, „pluralističkih“ tvrdnji, bez ikakvog pozivanja na našu nepriznatu uporabu vrijednosno-objektivističkih tvrdnji. Tvrdnja koju iznose teoretičari kritičke pravne teorije je da pridržavanje pravila mora biti prikriveno smatrano poželjnom željom, ne tek još jednim hirom te da navodna privrženost subjektivnoj vrijednosti opet ne može izdržati napad. Zbog toga vrijednosti je potrebno učiniti univerzalnima, odnosno objektivnima. Objektivne vrijednosti su standardi i ciljevi ponašanja koji postoje nezavisno od ljudskog izbora. Ljudi mogu prihvatiti ili odbiti objektivne vrijednosti, no ne mogu uspostaviti ili srušiti njihov autoritet.⁴⁰¹

Stalan antagonizam između subjektivnog i objektivnog, odnosno individualnog i kolektivnog odnosa pojedinaca s grupom možemo ilustrirati u njihovim divergentnim shvaćanjima države. Za liberalne mislioce, država je artefakt zakona: uistinu za neke je ona sam pravni poredak. Pravila, procedure i sankcije su ono što objedinjuje državu. Društvo i država održavaju se pravilima. Pravila su glavna sredstva za uspostavljanje poretka i slobode. Glavni

⁴⁰⁰ Prirodno je stanje ljudskog društva prema Thomasu Hobbesu „rat svih protiv svijeta“ koji se može prekinuti jedino društvenim ugovorom koji ljudi u cilju zaštite života i imovine, svoja prava prenose na suverena, tj. državu. V. Hobbes, T., *Levijatan ili Građa, oblik i moć crkvene i građanske države*, Naklada Jesenski i Turk, Zagreb, 2004.

⁴⁰¹ Unger, op.cit. (bilj. 338), str. 91.

dio moderne političke filozofije je teorija zakonodavstva, a jezgru moderne pravne teorije čini teorija suđenja. Najdjelotvornija kritika liberalne političke teorije bila bi ona koja pokazuje kako teorije koje se vezuju na političke premise liberalizma ne uspijevaju odgovoriti na pitanja o mogućnosti poretka i slobode. Država ima zastupničku egzistenciju; njezin istinski život je život njezinih građana. S druge strane, za kolektivističke mislioce državu predstavlja nacija. Jedinstvo nacije zasniva se na tradiciji kolektivnih vrijednosti kojoj su pridonijeli bezbrojni pojedinci koji se kao rijeke ulijevaju u veliko more. Kolektivistička teorija države počiva na sintagmi kako rijeke počinju i završavaju u moru. Aktivnosti građana moraju se nadahnjivati „duhom“ nacije; njihove vrijednosti izvoditi iz njenih. Srž kolektivističkog gledišta je ideja o spontanitetu društvenih veza i njihovom prvenstvu pred individualnim stremljenjem.

3.1.2. Antinomija teorije i činjenice: problem jezika i pravila

Ungerova rasprava o odnosu teorije i činjenice čini samu srž „Znanja i politike“ donoseći teoriju o spoznatljivim bitima koja je temeljni princip subjektivnih vrijednosti liberalizma.⁴⁰²

Tablica 5. Duboka struktura liberalizma

Antinomije teorije i činjenice	
Psihološki principi	Politički principi
Razlog i želja	←————→ Pravila i vrijednosti
Arbitrarna želja	←————→ Subjektivne vrijednosti
Analiza	←————→ Individualizam

Izvor: izrada autora, prema predlošku u: Ewald, W., *Unger's Philosophy: A Critical Legal Study*, *The Yale Law Journal*, Vol. 97., No.5, str. 692.

Prema Ungeru pravilno shvaćen sistem javnih pravila je sam po sebi jezik te stoga ne iznenađuje što je jezik postao opsesijom liberalnog mislioca jer ga on obožava kao stvoritelja svijeta. No stvarni suvereni koji stoje iza stvaranja su interesi koji ljudima nalažu da klasificiraju stvari onako kako čine. „Onaj koji ima moć odlučiti kako će se koja stvar nazvati, ima moć odlučiti što ona jest. To se jednako odnosi na osobe kao i na stvari. Ne može biti patricija i plebejaca dok mi ne razlikujemo te dvije grupe“.⁴⁰³

Analogno navedenom i pravilno shvaćen sustav javnih pravila je sam po sebi jezik. Svako je pravilo upućeno nekoj kategoriji osoba i radnji i te svoje adresate odvajaju (imenuje) u

⁴⁰² Ewald, op.cit. (bilj. 346), str. 693.

⁴⁰³ Unger, op.cit. (bilj. 338), str. 95.

odnosu na druge. Primjena pravila na pojedine slučajeve podrazumijeva podvođenje pojedine osobe i radnje pod opća imena od kojih se pravila sastoje; odnosno teorija prava je poseban ogranak opće teorije imenovanja. Ovo nosi sa sobom „veliki politički problem“ kako ga karakterizira Unger. Pribjegavanje nizu javnih pravila kao temelju poretka i slobode, posljedica je subjektivne koncepcije vrijednosti koja predstavlja napuštanje doktrine spoznatljivih biti.⁴⁰⁴

Ukoliko ne postoje spoznatljive biti, nema ni očiglednih kriterija za određivanje općih kategorija radnji i osoba kod stvaranja pravila (pod pojmom stvaranja pravila Unger podrazumijeva zakonodavstvo). Osim toga ne postoje jasni standardi prema kojima bi klasificirali pojedine instance prema pravilima u postupku primjene pravila koje smo stvorili (primjena pravila odnosi se na postupak suđenja). Svi temeljni problemi moderne političke i pravne teorije odnose se na potrebu da se iznađu standardi zakonodavstva i suđenja s obzirom na činjenicu da liberalna načela odbacuju spoznatljive biti, a ujedno i objektivne vrijednosti. Sukladno navedenomu čini se da svaki pokušaj pronalaženja smjernica za stvaranje i primjenu zakona potkopava sustav misli koji bi trebao podržati.⁴⁰⁵

3.1.2.1. Neodređenost jezika: jesu li pravila moguća?

Formalizam je ideja prema kojoj sporovi mogu biti razriješeni neutralnom primjenom objektivnih pravila, no ova „naivna vjera u neupitnu moć pravila danas je na izmaku snaga.“⁴⁰⁶ Pozicija kritičke pravne teorije općenito je skeptična prema samoj mogućnosti upravljanja pravilima, pri čemu naglašavaju neodređenost jezika i činjenicu kako se često događa kada dva suprotstavljena pravila reguliraju isti skup činjenica, ne postoji neko određeno mehaničko pravilo koje određuje čime se treba rukovoditi. Osim toga kritičari naglašavaju i pitanje stupnja, odnosno dosega do kojega su i sama vladajuća tijela posvećena potpunoj provedbi pravila.

⁴⁰⁴ Metafizički sustavi stare i srednjovjekovne Europe prihvatili su shvaćanje znanja, čija je ključna ideja da sve stavri u prirodi imaju spoznatljive biti. Tako su poučavali kako um može razumjeti svijet, onakav kakav uistinu jest. U tom se shvaćanju svaka stvar može klasificirati riječju, koja imenuje njezinu kategoriju. Zastupnici ove ideje nadalje smatraju kako standardi pravog i krivog također moraju posjedovati svoje biti koje se može spoznati. No, prema Ungerovoj teoriji postoje brojni načini kako se predmeti i događaji u svijetu mogu klasificirati. Jedini je standard tvrdi Unger služi li klasifikacija određenoj svrsi. Svaki jezik potpuno opisuje svijet, iako na svoj način. Prema modrenom shvaćanju prirode, nema osnove kazati da jedan jezik prikazuje zbilju preciznije od nekog drugog, jer je jedina mjera „istine“ jezika njegova moć da unapređuje ciljeve zajednica ljudi koje se njime služe. Teorije znanosti time su parcijalni jezici jer klasificiraju stvari u svijetu. Njihov zahtjev da ih se prihvati mora se temeljiti na sposobnosti da pridonose posebnim ciljevima, predskazivanju ili kontroli događaja, a ne vjernosti stvarnoj biti svijeta. Upravo Ungerova negacija spoznatljivih biti preokrenula je svaki kamen temeljac predliberalne metafizike. Cf. *ibid.*, str. 37-39.

⁴⁰⁵ Cf. *ibid.*, str. 95.

⁴⁰⁶ V. Hutchinson, A.C. & Monahan, P.J., op.cit. (bilj. 347), str. 206-207. M. Tushnet npr. tvrdi kako većina pravnih teoretičara danas privatno prihvaća stajalište kako pravna pravila nemaju objektivnog sadržaja no nisu spremni javno izraziti takvo stajalište iz straha od potkopavanja čitavog projekta liberalne pravne teorije. V.: M. Tushnet, *Legal Scholarship: Its Causes and Cure*, 90 *Yale Law Journal*, 1981., str. 1205-1206.

Tvrde kako niti jedan značajan režim nije temeljen na pravilima, čak ni onda kada izgleda da postoje određena pravila.⁴⁰⁷

„Moguće je uspostaviti zakonska pravila, sve značajnije razrađena tako da zadovoljavaju postojeće slučajeve, tako da čak mogu postati mehanički primjenjiva na veliku većinu stvarnih kontroverzi, no praksu je moguće zadovoljiti samo uz cijenu da načelna doktrina postane kaotična“.⁴⁰⁸ Činjenica je da su teoretičari kritičke pravne teorije, nadu pravnih realista kako će se nejasan jezik spasiti okretanjem uhodanim odlukama okrenuli naglavce: jezik prema njihovu stavu ostaje razmjerno jasan, no poznavanje svrhe čini da se jasnoća doima arbitrarnom. Ukoliko npr. nitko ne može shvatiti zašto bi bilo gore ustrijeliti svjedoka tijekom sudskog postupka (pa se prema zakonskoj odredbi suočiti sa smrtnom kaznom) nego što je to ustrijeliti nekoga tko bi to mogao učiniti, nada svih zagovornika pravila da će njihov sustav biti moguće izvesti iz razmjerno kratkog popisa rukovodećih načela, nestaje u cijelosti. Potreba za dužim popisom pravila koja sve značajnije ovise o točnim činjenicama, negira dvije glavne karakteristike normativno poželjnog sustava, temeljenog na pravilima:

- prvo, građani ne mogu nikako znati njihove točne obveze ako one nisu očite iz poznavanja kratkog popisa jasnih načela,
- drugo, ali i značajnije, dok službena diskrecijska prava mogu biti ograničena u određenim slučajevima, ostaje dojam arbitrarnosti i horizontalne nepravičnosti, koja bi trebala biti ograničena obuzdavanjem nekontroliranih diskrecijskih odluka, kada besmislene činjenične razlike upravljaju ishodom.

Može postojati pravilo prema kojemu svi okrivljenici čija imena počinju istim slovom kao ime suca imaju biti oslobođeni ili pogubljeni, no teško da će to umanjiti osjećaj suočavanja s nasumičnim i neprincipijelnim tretmanom. Moguće je predvidjeti niz drugih ograničenja u pogledu nadoknađivanja ekonomskih gubitaka u zakonima vezanima uz štete ili priznati da su sudovi tradicionalno manje skloni dosuditi odštetu za emocionalne patnje u slučaju izostanka fizičkih ozljeda nego u slučaju da one postoje, bez uviđanja jasnog općeg načela primjenjivog na nebrojene slučajeve koji su se odnosili na određeno predvidivo pravilo.⁴⁰⁹ Je li porezni

⁴⁰⁷ Kelman, op.cit. (bilj. 406), str. 45.

⁴⁰⁸ Cf. ibid., str. 46.

⁴⁰⁹ Vidi Rabin, R., „Tort Recovery for Negligently Inflicted Economic Loss: A Reassessment,“ 37 *Stanford Law Review* 1513 (1985). Rabin tvrdi da je slučajeve razmjerno lako moguće harmonizirati ako se promotri strah sudova od „sveopće odgovornosti,“ no razlika na koju ukazuje, u smislu našeg straha od „nesrazmjerne kazne“ određenoj razini krivice okrivljenika, između okrivljenika koji *jesu* krivi za *velike* štete i onih oslobođenih plaćanja za „sporedne“ ekonomske štete, doima se vrlo krhko; štoviše, ekonomska priča – da okrivljenici neće biti odvraceni od nedozvoljenog ponašanja pomoću malo vjerojatne velike ekonomske štete – može u najboljem slučaju biti djelomično točna samo za određene okrivljenike (one koji i rijetko riskiraju uzrokovanje opće štete i one koji

obveznik dužan pokoriti se ne samo riječima nego i duhu zakona; kako donošenjem pravila najbolje eliminirati ono što se na primjer smatra zlouporabom poreznih olakšica?⁴¹⁰

Duh pravila moguće je spojiti sa stereotipnim individualizmom ili stereotipnom muževnošću, dok argumenti za norme prizivaju duh altruizma i stereotipnu ženstvenost.⁴¹¹

3.1.2.2. Praznine i sukobi: primjer ugovornog prava

Teoretičari kritičke pravne teorije smatraju kako cjelokupan pravni krajobraz ovisi, ne samo o jednostavnoj primjeni pravila, nego i o nejasnoj normi. Ponekad je ova podjela posve očigledna: u kontekstu smrtne kazne, na primjer, čak i okrivljenici koji su jasno počinili mehanički određivo teško ubojstvo (određenim sredstvima ili određenih žrtava), još uvijek ne bi trebali biti pogubljeni ukoliko postoje (uvijek nejasno određene) olakotne okolnosti koje odnose prevagu nad otegotnim okolnostima. U drugim slučajevima podjela ne mora biti tako jasna: u svakom slučaju spora oko štete, bez obzira koliko se oslanjali na pravila pri određivanju dužnosti okrivljenika i norme pažnje (primjerice, mogli bismo sigurno znati da kemijska industrija ima dužnost ne zagađivati zrak te da su proizvođači strogo odgovorni za štete), ipak još uvijek moramo odgovoriti na neizbježno nejasno i rastezljivo pitanje, koje su štete neposredno uzrokovane prekršajem. Ukoliko prevladavajući ideološki cilj sustava šteta jest osiguranje očuvanja određenog početnog skupa prava, ako su poremećaji koji se ne javljaju kroz *ex ante* sporazumne transfere zaštićeni kroz *ex post* nadoknade, tada sustav neće biti u potpunosti određen pravilima, sve dok je nejasno je li određeni poremećaj tužiteljevog zaslužnog stanja prouzročio okrivljenik ili ne.⁴¹²

Jedno je od središnjih pojmova rasprave kritičke pravne teorije područje ugovornog prava. Pravno mišljenje liberalne ideologije, prema stavu teoretičara kritičke pravne teorije, zatvoreno je unutar funkcionalnih zahtjeva kapitalizma, a dinamika i strukture ekonomske sfere reproduciraju se i u pravni sustav određenog društva. Ono što je važno naglasiti u raspravi o

svjesno podcjenjuju očekivanu vrijednost malo vjerojatnih događaja velikih šteta umjesto da je precjenjuju zbog značaja povremenih dramatičnih presuda).

⁴¹⁰ Kelman, op.cit. (bilj. 406), str. 36.

⁴¹¹ Feministička je pravna literatura učinila daleko veći napredak nego što su to učinili kritičari pri otkrivanju psiho-kulturnih pretpostavki koje se nalazi u podlozi oslanjanja na pravila. Brojne su feministice bile posebno zainteresirane za tvrdnju psihologa poput Carol Gilligan da orijentacija k pravilima, generalizacija i odbojna egocentričnost jesu povezane muške osobine, a da žene govore „drugačijim (moralnim) glasom,“ koji je susretljiv prema zainteresiranim strankama, temeljen na normama pravednosti u skladu sa situacijom, umjesto rješavanju sukoba u skladu s općim pravilima. Za posebno dobru raspravu o nekima od ovih pitanja, vidi „Feminist Discourse, Moral Values, and the Law – A Conversation,“ 34 *Buffalo Law Review* 11 (1985). Vidi također općenito Carol Gilligan, *In a Different Voice* (1982).

⁴¹² Za nešto potpuniju raspravu o ovom problemu, vidi Kelman, M., „Trashing,“ 36 *Stanford Law Review* 293, 311-312 (1984).

ugovornom pravu i kritičkoj pravnoj teoriji je kauzalni neksus između zahtjeva kapitalizma i forme ugovora.

Ugovorno pravo 18. stoljeća više se fokusiralo na običajnu i ustaljenu praksu, dok je osobni status pojedinca u okviru čvrsto utvrđene hijerarhijske strukture određivao njegov položaj u zajednici. Ugovorno je pravo, kao dio vlasničkog prava jednostavno odražavalo razmjenu sredstava i vlasništva u sadašnjosti (ovdje i sada). Postojalo je tek nekoliko parnica čiji predmet spora je bio ugovor, dogovor ili obećanje. No tijekom 19. stoljeća kada je *laissez-faire* bio na vrhuncu svoje moći, podrazumijevalo se da je pojedinac kalkulantan i egoistični tragač u osobnoj utrci za profitom. Slobodna tržišna utakmica postavljala je na pijedestal one koji su u toj utakmici bili najuspješniji i tako okupili najveće bogatstvo. Moralne i tradicionalne veze proteklog stoljeća u potpunosti su zaboravljene, rastrgane na komadiće. Pravne odluke i mišljenje bile su odraz i logika duha prevladavajućeg u ekonomskim kretanjima slobodnog tržišta, što se odrazilo i u području ugovornog prava - građane se doživljavalo formalno slobodnima i ravnopravnima. Uloga sudstva odnosila se na provođenje ideologije koja će osigurati izvršenje ugovora pod svaku cijenu. Ugovorno pravo nije uključivalo proučavanje i razmatranje supstantivne pravednosti u međusobnim odnosima među ugovornim stranama.

Tijekom 20. stoljeća situacija se mijenja: s razvojem monopola, povećane centralizacije i intervencionističke politike vlade u pitanja društvenog poretka, pravo je bilo zaokupljeno uspostavljanjem ravnoteže među različitim, katkada i suprotstavljenim interesima kako bi osiguralo koordinaciju u društvu koja će biti usmjerena ka nekom poželjnom kraju. Sudovi su bili vođeni idealima koordinacije, integracije i održavanja stabilnosti sustava. Država se uplitala intervencijama u ekonomiju i društvo kako bi uvela ravnotežu među različitim interesima na „opću dobrobit“. Fraza „u dobroj namjeri“ postala je standard koji se pojavio u poslovnim transakcijama. Sudovi su određivali konkretno značenje termina u uspostavljanju interesne ravnoteže. Formalizam se kalio kroz usvajanje nekih od standarda supstantivne pravednosti. Sumarno: na sudovima se odražavala promjena u gospodarskoj sferi. Principi, doktrine, standardi i sudska praksa proizvod su internih potreba i dinamike evoluirajućeg političko – ekonomskog poretka.

D. Kennedy se na primjer u svom eseju „*The Structure of Blackstone's Commentaries*“ također bavi problemom ugovora, te na samom početku postavlja pitanje pokušaja određivanja nastanka ugovora. Pravila nude gotovu poziciju koja se lako mehanički primjenjuje na konkretne i činjenične okolnosti: „nitko nije preuzeo bilo kakve obveze prema bilo komu drugome dok nije učinjena ponuda i otvoreno objavljeno prihvatanje čiji uvjeti točno

odražavaju one u ponudi.⁴¹³ Postoji i podjednako unaprijed dostupna pozicija koja je prilično nedefinitivna, nalik normi: „čim jedna stranka počne pregovarati s drugom strankom, ona je preuzela obavezu postupanja u dobroj vjeri i mora naknaditi stranku kojoj je prouzročena šteta time što se nije postupalo u dobroj vjeri.“⁴¹⁴ Postavlja se pitanje kada je djelomično izvršenje dostatno da bude temelj za obvezu? Kada je oslanjanje stranke kojoj je učinjena ponuda na namjere ponuđača razumno?

Pretpostavimo kako pokušavamo odlučiti koji su ugovori prisilno provedivi. Pravilima nadahnut odgovor glasi da su svi ugovori provedivi ukoliko su imalo bilateralni, to jest, ukoliko je svaka stranka dobila *nešto*, čak i najmanju moguću nagradu za svoj rad, sud neće propitivati suštinsku pravednost dogovora.⁴¹⁵ Opet, također postoji i odgovor koji se priklanja normama, a nalazi se na dijametralno suprotnoj poziciji u odnosu na konkretnu jednostavnost primjenjivosti: sudovi nikada ne bi trebali prisilno provoditi pogodbe koje su u biti nepravične, gdje je nesrazmjer između vrijednosti onoga što je jedna stranka primila i onoga što je dala, tako velik da niječe naš osjećaj da je suštinska društvena svrha dotičnog ugovora (da omogući obostrano korisnu razmjenu) ispunjena. Očigledno, primjenjivanje norme bitne nepravičnosti uključuje daleko više prava odlučivanja nego primjenjivanje pravila koje je samo po sebi dostatno da osigura valjanost ugovora.⁴¹⁶

⁴¹³ Kelman, op.cit. (bilj. 406), str. 17.

⁴¹⁴ Mehanički je teško utvrditi je li netko prekršio obvezu djelovanja u dobroj vjeri dok se formalan odnos ne konzumira. Činjenica je osim toga da postoji čitav niz međupozicija. S jedne strane, koja je bliža pravilima moguće je smatrati stranke u ugovoru obveznima čim postoji formalan ugovor, prilično jasno određenje za reciprocitet po nekim uvjetima (Uniform Commercial Code Općeg trgovačkog zakona odnosi se prema partnerima koji trguju kao da su preuzeli obveze čak i kada kritični uvjeti – uključujući cijenu nisu određeni, uz uvjet da se uvjeti mogu ispuniti u skladu s više ili manje nejasnim „razumnim komercijalnim postupanjem“ – primjerice raniji poslovi ili tržišna cijena). S druge strane koja više naginje normama, stranke mogu biti obvezne bar ograničenom obvezom naknaditi stranku kojoj je ponuda upućena da status quo ante na temelju „očekivanja na temelju obećanoga“ od strane ponuđača, zajedno s „razumnim oslanjanjem“ stranke kojoj je upućena ponuda na ponuđačevu izjavljenu namjeru da nagradi njegove napore učinjene u ime ponuđača. Paradigmatski su slučajevi oni u kojima donator obećava novac dobrotvornoj ustanovi koja nastoji osigurati izvršenje obećanog iako se nikakvo zahtjevno recipročno djelovanje nije dogodilo, ili oni u kojima stranka kojoj je učinjena ponuda djelomično obavi zadatak kada je ponuđač naveo da će biti dužan prema stranci kojoj je učinio ponudu samo ako je izvršenje obavljeno u cijelosti. V. UCC §2-204 (formiranje općenito) i UCC §2-305 (postoji mogućnosti unošenja otvorene stavke cijene ukoliko stranke namjeravaju ne biti obvezne ako cijena nije dogovorena), Restatement (Second) of Contracts §90 (1979). V.: Cf. ibid., str. 17.

⁴¹⁵ Taj „princip“ ima korijene koji sežu bar do Hobbesa. Vidi, Thomas Hobbes, *Leviathan* 75 (1651): „Vrijednost svih ugovorenih stvari mjeri se apetitom ugovornih stranki; i stoga pravedna vrijednost je ona za koju su se ugovorom obavezali.“

⁴¹⁶ Naravno, opet postoji niz pozicija između te dvije krajnosti. Sudovi mogu pokušati uočiti prototipske opise, više ili manje mehanički primjenjive na stvarne činjenice, gdje se nepromjenjivost pretpostavlja i pobija one, i samo one, ugovore koji nisu od koristi. Ugovori su nevažeći ukoliko su načinjeni s pojedincima koji nemaju formalne mogućnosti sklapanja ugovora (djeca se jednostavno mehanički identificiraju, psihički bolesnici ne tako lako). Ugovori se mogu poništiti ukoliko su sklopljeni pod uvjetima (prisila, prijevara) koje je vjerojatno teže jasno definirati nego što bi to zagovornici strogo pravilima određenog legalizma htjeli priznati, no tema je možda i dovoljno određena kroz praksu da se može smatrati nekako nalik pravilu. Sa strane normi, ugovori se mogu poništiti ukoliko se može reći za stranke da su imale „nejednake pregovaračke moći“; koncept je možda isprazan,

Ovdje je važno naglasiti kako pravni sustav istovremeno prihvaća teorije koje dopuštaju da se o bilo kojem slučaju odlučuje na takav način kao da se odlučuje strogo po pravilima ili pak, kao da se odlučuje u skladu s normama. Tako svakodnevna praksa može uistinu varirati na predvidljiv način tijekom vremena i kroz razne sudionike koji imaju različita politička gledišta, no niti jedna dijametralno suprotstavljena pozicija nema takvu ubojitu moć da potpuno uništi sebi suprotstavljenu poziciju i učini da ona nestane. Osim toga pozicija upućena na pravila je privilegirana u oba slučaja, jer se doživljava kao polazišna točka „pozicije režima slobodnog ugovaranja“ u odnosu na koju se ostale pozicije predstavljaju kao udaljavanja. Kritičari su ovdje jednostavno slijedeći trag pravnih realista poput Roberta Halea pokazali kako pokušaji ograničavanja nikada neće uspjeti u potpunosti. U svakom ugovoru primjerice otvoreno je pitanje i je li bolje obaviještena stranka trebala podijeliti više svojih podataka s trgovačkim partnerom (pitanje „prijevare“) i da li bi ugovor bio načinjen kada bi svaka stranka imala ostale fizički zamislive, premda društveno nedostupne, opcije na raspolaganju (pitanje „prisile“).

Dvojba oko pravila i normi ne dominira samo kod problema formiranja ugovora i prihvatljivosti ugovora, premda je u tom području najuočljivija, nego i u nebrojenim drugim pitanjima ugovornog prava. Tako Clare Dalton u svom eseju „*An Essay in the Deconstruction of Contract Law*“ donosi još neka pitanja iz područja ugovornog prava: trebamo li ustrajati na izvršenju ugovora čim je sklopljen, s tim da do tog mehanički shvatljivog, čarobnog trenutka nismo odredili nikakve dužnosti, ili ćemo dozvoliti niz isprika da ponište dužnosti (greška, nemogućnost, izmijenjene okolnosti)? Sve je pomalo nejasno i teži normama, za razliku od nepokolebljivog ustrajanja na izvršenju, no same isprike mogu biti definirane na više ili manje precizan način. Trebamo li onemogućiti izmjene nakon sklapanja ugovora zbog toga što terećena stranka ne bi dobila nikakvu formalnu naknadu za svoje prihvaćanje da učini nešto više (jer ona u teoriji ima pravo na puno izvršenje po izvornim uvjetima) ili trebamo detaljnije i točnije propitati uključuje li izmijenjeni ugovor i nepoštenu prijevaru od strane izvorno obvezne stranke? Da li bi propisi o prijevari trebali zabraniti sve usmene ugovore određenih kategorija ili samo one gdje postoji stvarno, očigledno proturječje o tome je li ugovor postojao

jer nikako ne može poništiti sve ugovore gdje prodavač ima ono što ekonomisti nazivaju tržišnom moći, ili može poslužiti kao jednostavna izlika za propitivanje suštinske nepravdičnosti, no povijesno je smatran od strane zagovornika, ponešto manje neodređenom normom. Kelman, op.cit. (bilj. 406), str. 18.

ili pravo pitanje o tome je li stranka koja sada traži pomoć uopće dovoljno razmislila o ugovoru?⁴¹⁷

Ungerova analiza angloameričkog ugovornog prava počinje pretpostavkom kako kapitalizam ne rješava društvene konflikte već ih pokušava potisnuti i zadržati. Nastavlja kako, suprotno Weberovu stavu nije racionalnost zaslužna za naglašavanje ugovornih odnosa, već moralnost zauzima to mjesto. Tvrdi kako se zahtjeva „pravednost kao moć u pregovaranju“ kako bi ugovorni odnosi bili valjani. Samo će na taj način supstantivna pravda biti ostvariva.⁴¹⁸ Klasična je teorija ugovora i vlasništva stalno hvaljena premda zadržava sve manje prava. Činjenica je kako su neka od ograničenja primjeni ugovornog prava postojala od samog početka: izuzeće zbog postojanja dominantnih principa – sloboda izbora partnera i uvjeta pri sklapanju ugovora uvijek je do određene mjere bila ograničena nekim nadređenim principom. Osim toga Unger izdvaja proces represije i izuzeća koji su uz prvu premisu doprinijeli da ugovorna teorija (u svom izvornom obliku slobode ugovaranja) postane irelevantna. Unger smatra kako je upravo temeljni dominantan princip pravednosti nesposoban za regulaciju sustava ugovora.⁴¹⁹ Jedini je način u prevenciji uzimanja pravednosti u obzir uspostaviti nestabilnu, neopravdanu točku između ugovora koje je i koje nije moguće provesti.⁴²⁰ *Freedom of contract had risen and then fallen, a victim to the twofold assault of legal skepticism and social democracy.*⁴²¹

3.1.2.3. Intencionalizam i determinizam

Intencionalistička rasprava prikazuje ljudsko djelovanje u okviru fenomenoloških, ka progresu i slobodnoj volji orijentiranih mjerila, naglašavajući nedeterminiranost djelovanja i u vezi s tim etičke odgovornosti dionika, dok deterministička rasprava prikazuje ponašanje u okviru strukturalističkih, nazadnih i amoralnih mjerila, smatrajući kako je ponašanje posljednji

⁴¹⁷ Dalton, C., An Essay in the Deconstruction of Contract Law“, 94 Yale Law Journal 997, 1985., navedeno prema: Kelman, op.cit. (bilj. 406), str. 24.

⁴¹⁸ Kelman, M., A Guide to Critical Legal Studies, loc.cit.

⁴¹⁹ *The fairness correction must be focused and sporadic rather than pervasive if the regime of contract is not to be superseded by an overriding method of allocation. Yet in its limited and contract-preserving form, the correction becomes arbitrarily selective: for every situation corrected, there seems to exist another similar to it that is left untouched.* Unger, op.cit. (bilj. 365), str. 632-33.

⁴²⁰ Cf. ibid., str. 629.

⁴²¹ Unger, R.M., False Necessity: Antinecessitarian Social Theory in The Service of Radical Democracy, Verso, 2004., str. 204-207., dostupno na: http://books.google.hr/books?id=CVN7tOxJJeEC&pg=PA205&lpg=PA205&dq=roberto+mangabeira+unger+contract+law&source=bl&ots=6EMV8D1etN&sig=KiHbzB3_4OaAMxVpZzCRDZbbkRA&hl=hr&ei=tuP8TJWR EJSv8QPq0MH5Cw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CC0Q6AEwAw#v=onepage&q=roberto%20mangabeira%20unger%20contract%20law&f=false 06.12.2010.

događaj na koji se usredotočavamo u nizu povezanih događaja koji su tako predeterminirani da ne zavređuju niti poštovanje ni osudu.

Liberalna teorija privilegira intencionalistički pristup, baš kao što istom mjerom privilegira privrženost vladavini prava, individualizmu i subjektivnosti vrijednosti. Oslanjanje na pravila smatra se, prevladava u svakom sustavu privrženom legalnosti, najnepokolebljivije u kaznenom pravu. Ta je dominacija pravila neprikosnovena i sve zasluge za stvarno postojanje vrlina pripisujemo pravilima, bez obzira pripadaju li one uistinu pravilima ili ne.

Teoretičari kritičke pravne teorije tvrde kako je jednostavno netočno vjerovati da znamo kada je prikladno primijeniti determinističku analizu, a kada je ona intencionalistička prikladnija. U biti nas istovremeno privlače oba oblika opisivanja, tako da je odnos prema dvama suprotstavljenim polovima u ovoj raspravi još jedan u nizu proturječja. Kelman u svom djelu „*A Guide to Critical Legal Studies*“ navodi tri načina kako bi dokazao ovu tvrdnju:

- Ističe stupanj do kojega je opća praksa kažnjavanja moralno neodrživa u tolikoj mjeri što počiva na prihvaćanju intencionalističkih pretpostavki, čak i ako sa sigurnošću možemo predvidjeti da će takve pretpostavke ponekad biti uporabljive;
- Pokazivanjem kako se u brojnim slučajevima odvija skrivena borba između intencionalističke i determinističke rasprave u kaznenom području upravo zbog toga što su nam obje mogućnosti tako lako dostupne,
- te pokazivanjem kako čak i u područjima gdje se rijetko usredotočuje na pitanja sukoba između intencionalizma i determinizma (poput tumačenja oporučiteljevih želja u situacijama u kojima su se okolnosti izmijenile), nesvjesna oscilirajuća privrženost svakom od ovih oblika rasprava stvara sustave opravdanja, ako ne i svakodnevnu praksu, konačno neodređenom.

Kritizira najznačajniji, sustavno definirajući liberalni pokušaj u razlučivanju područja sloboda od područja potrebe, kroz razlikovanje javnog i osobnog te namjernog i nenamjernog.⁴²² Liberalnu misao „tvrđi, karakterizira san o poretku koji u svojoj biti jednostavno štiti ili umnožava određeni prirodni pred-kolektivni skup odnosa. To je san koji je uništen onoga trenutka kad se shvati da više ili manje opsežne definicije uzroka preraspodjeljuju razmjernu društvenu moć. No ukoliko postoje zajedničke, objektivne vrijednosti predstavljene u zakonima, želje više nisu arbitrarne u odnosu na razumijevanje. Moralno pitanje o tome što bi trebalo učiniti, ne treba se prepuštati izboru koji se ne može opravdati; na njega se može odgovoriti istraživanjem tradicija ili institucija nacije, klase ili društvene skupine. Stoga

⁴²² V.: Kelman, op.cit. (bilj. 406), str. 86 – 114.

kolektivističko shvaćanje podrazumijeva da se prijelaz od opisivanja činjenica do vrednovanja izbora može obaviti bez prekida. Time se suprotstavljenost prvih dvaju principa liberalne doktrine može sažeti u sljedećem: „Ideja da je moralni život nepristupačan umu, naličje je shvaćanja da su ljudi izgubljeni u društvu bez prirodnih smjernica te da moraju biti vođeni prijetnjama i prikovani pravilima.“⁴²³

3.1.3. Poredak i sloboda: problem zakonodavstva

Istraživanje teorije zakonodavstva može se, prema Ungeru, zadovoljiti ispitivanjem temelja slobode s obzirom na činjenicu kako su pravila temeljno sredstvo za uspostavu poretka i slobode u liberalnoj državi. Prvi problem koji se pojavljuje u ovakvom rezoniranju je problem poretka i slobode koji se međusobno poništavaju, odnosno upadaju jedan u drugi. Kad bismo znali kojim bi se standardima zakoni mogli prilagoditi, da ne bi otprilike davali prednost jednom čovjeku pred drugim (sloboda), mogli bismo također odrediti kako na najbolji način zauzdati antagonizam u društvu u interesu suradnje (poredak). Drugačije rečeno, kako bi bili djelotvorni kao sredstva poretka, zakoni moraju zadobiti odanost građanstva, a kako bi je zadobili, moraju se moći opravdati. Opravdanje zakona bi se sastojalo, tvrdi Unger, u tome da se pokaže kako su ograničenja postavljena ljudskoj borbi za ugodu, moć i slavu pravedna, zato što niti jedan čovjek i njegova sloboda nisu bez razloga stavljeni iznad slobode drugoga, a svakom je čovjeku dopušten maksimum slobode sukladan zabrani proizvoljnog davanja prednosti. Sloboda zahtjeva opće, impersonalne, odnosno neutralne zakone.

Sloboda se u liberalnoj misli može definirati pozitivno ili negativno. U pozitivnom smislu ona je moć kojom netko uspijeva stremiti svojim ciljevima bez interferencije drugih, a u negativnom smislu to je ono stanje kad se netko ne mora podrediti volji nekoga drugoga. Nadalje, obje se definicije mogu iskazati u jakom i slabom obliku. Prema jakoj interpretaciji čovjek je slobodan dotle dok nitko ne stoji na putu ostvarenju njegovih ciljeva ili ne upravlja njegovim ponašanjem. Prema slaboj varijanti, osoba je slobodna sve dotle dok bilo kojom interferencijom drugih u njezine ciljeve upravljaju impersonalni zakoni ili joj naređuje neki impersonalni sudionik, suveren ili država. Liberalna politička misao u nastojanju da opravda javna pravila nezaustavljivo je vođena prema demokraciji koja zahtjeva da pojedinac participira, iako posredno, u stvaranju zakona i upravljanju državom. Usprkos tomu, slaba formulacija ima prednosti jer skreće pažnju na pitanje impersonalnosti, jednakosti ili uniformnosti zakona kao

⁴²³ Unger, op.cit. (bilj. 338), str. 143.

potrebnog, iako nedovoljnog, uvjeta režima slobode. Dio zadatka teorije zakonodavstva jest u tome da definira što taj uvjet znači pri čemu u modernoj političkoj filozofiji postoje tri glavna načina:

- Prvi tip rješenja problema slobode pokušava izvesti zakone samo iz ideje slobode negirajući činjenicu kako zakonodavstvo mora izabrati između konkurentnih individualnih i subjektivnih vrijednosti te dati prednost jednima pred drugima. To je formalna teorija slobode koju ilustriraju političke i pravne doktrine Kanta i vrste pravnog pozitivizma koji je izrastao iz kantovske tradicije.⁴²⁴ Kantov univerzalni princip onoga što je pravo glasi: „Ispravna je svaka akcija koja je u sebi ili svojoj maksimi takva, da sloboda volje svakoga pojedinca može koegzistirati zajedno sa slobodom volje drugih prema univerzalnom zakonu.“⁴²⁵ Ukoliko tu postavku ostavimo u njenom apstraktnom obliku gotovo je nemoguće iz nje izvoditi konačne zaključke o tome što bi točno zakoni trebali naređivati, braniti ili dopuštati. Ako slobodu interpretiramo prema univerzalnim zakonima tako da znači jednaku slobodu za sve, ostaje i dalje u zraku pitanje od neograničenog broja stvari koje ljudi žele raditi, koje to treba dopustiti, a koje zabraniti? Čim pokušamo doseći razinu konkretne regulacije ponašanja, prisiljeni smo nekim vrijednostima dati prednost pred drugima, a upravo je to formalna teorija slobode željela izbjeći.
- Drugo glavno rješenje koje odgovara na pitanje slobode u liberalnoj misli je tvrdnja kako postoji neki postupak za donošenje zakona na bazi kombinacije privatnih ciljeva, kojemu bi se svi pojedinci mogli pridružiti sa sviješću o vlastitom interesu. Supstantivna teorija slobode pojavljuje se u tri glavna oblika:
 - prema prvom metoda direktno određuje agregaciju interesa koje treba štiti država pa time i sadržaj zakona. Primjer tog stava je klasični utilitarizam.
 - prema drugom obliku usuglašavamo se sa sviješću o vlastitom interesu s procedurama za donošenje zakona i rješavanje sporova, a ne s konkretnim planom društvene organizacije. Teorija društvenog ugovora kako su ju formirali Locke i Rousseau, predstavlja tu poziciju.

⁴²⁴ Formalna teorija slobode implicitna je u Kantovoj tvrdnji o „univerzalnom principu prava“. Kant ističe važnost moralnog zakona kao osnovicu ljudske svijesti. Kategorički imperativ koji nam nalaže da postupamo tako da načelo našeg djelovanja može biti uzeto kao načelo općeg zakonodavstva, sačinjava bit postvarenja moralnog zakona koji dovodi do uspostave slobode. Pravo time ostvaruje slobodu jednog čovjeka sa slobodom drugog. Kant, I., Političko – pravni spisi, Politička kultura, Zagreb, 2000., str. 121.

⁴²⁵ Unger, op.cit. (bilj. 338), str. 101.

- utilitarna verzija supstantivne teorije slobode i verzija društvenog ugovara prelaze u treću. Ona upućuje na koncepciju idealnog sistema postupaka za donošenje zakona, koje bi svi ljudi mogli prihvatiti sa sviješću o vlastitom interesu, a moglo bi se pokazati da njezina operacionalizacija vodi k izvjesnim specifičnim zaključcima o distribuciji bogatstva i moći. Rad J. Rawlsa, američkog teoretičara morala, ilustrira to gledište.

- Treća podgrupa supstantivne teorije slobode slična je teoriji društvenog ugovora jer predlaže postupak za donošenje zakona, ali i utilitarizmu, jer nastoji dokazati da bi taj postupak završio specifičnim zakonima koji upravljaju moći i bogatstvom. Ona nastoji izbjeći i zamkama teorije društvenog ugovora i utilitarne teorije, zamišljajući hipotetičnu idealnu situaciju u kojoj bi ljudi bili u stanju donositi zakone bez poznavanja svoga položaja u društvu, a time i bez znanja o tome kakve bi bile njihove posebne vrijednosti kao stvarnih pojedinaca. Ova poteškoća analogna je ranije spomenutima – što manje konkretnoga dopuštamo osobama u idealnom položaju, to će biti manje standarda za donošenje specifičnih zakona, a time problem legislative ostaje neriješen. No što su oni više nalik stvarnim ljudskim bićima, s njihovim osobnim sklonostima i preferencijama, to će više biti prisiljeni odabrati među individualnim, subjektivnim vrijednostima u idealnoj situaciji.

Zaključno: formalnu i supstantivnu teoriju slobode sustiže i uništava ista dilema: nemogućnost da se u zakonodavnoj teoriji pomire potrebe za konkretnošću i neutralnošću. Iste premise koje uspostavljaju liberalni problem slobode, princip subjektivne vrijednosti te s njim povezan princip pravila, vrijednosti i individualizma, čine taj problem nerješivim.⁴²⁶

Treće rješenje pitanja slobode negira sama pretpostavka na kojoj počiva: subjektivnost vrijednosti. Ono se poziva na ideju o zajedničkim vrijednostima kao osnovi za donošenje zakona. S obzirom na činjenicu kako u svakom dobro organiziranom društvu postoji jezgra opće dogovorenih ciljeva, na kojoj bi se moglo zasnivati ili samo donošenje zakona ili izbor postupaka za donošenje zakona. Tako utemeljeni zakoni ili postupci nisu proizvoljne sklonosti izvjesnim ciljevima; one su utjelovljenja zajedničkih ciljeva. Zajedničke vrijednosti znače više od pukog služenja legislativi. One djeluju i izvan granica formalnih pravila kao temeljna veza među ljudima. Teorija zajedničkih vrijednosti najbolje je bila iskazana u klasičnoj društvenoj teoriji Saint Simona, Augustea Comtea i Emila Dürkheima.

⁴²⁶ Formalna demonstracija nerješivosti problema društvenog izbora, u uvjetima individualizma i izvjesnih srodnih pretpostavki, predstavljena je kod Arrow, K. i Sen, A., navedeno prema: Cf. *ibid.*, str. 103.

3.1.4. Antinomija pravila i vrijednosti: problem suđenja

Teorija suđenja nastavak je teorije donošenja zakona čije temeljno pitanje je: kojim standardima ili na koji način se zakoni mogu primijeniti, a da se ne naruše zahtjevi slobode? Sve dok jednu interpretaciju pravila ne možemo bolje opravdati od neke druge, zahtjev zakonodavne općenitosti može se s pravom odbacivati kao lažan. Pojedinaac ovlašten za primjenu pravila je sudac koji mora moći opravdati svoje odluke kako bi dokazao da one ne počivaju na njegovim individualnim i subjektivnim vrijednostima zbog čega može trpjeti sloboda. Kako bi razumjeli teoriju suđenja potrebno je razlikovati dva načina uređivanja ljudskih odnosa:

1. pravno – normativna (formalna) pravda koja se odnosi na uspostavljanje pravila koja će upravljati općim kategorijama radnji i osoba, a onda će se na osnovi uspostavljenih pravila odlučivati o posebnim sporovima među osobama;
2. supstantivna pravda odnosi se na postupak određivanja ciljeva prema kojima se, potpuno neovisno od pravila odlučuje u pojedinim slučajevima usklađujući odluku s ciljevima, odnosno njihovim unapređenjem, prosudbom instrumentalne racionalnosti.

3.1.4.1. Pravno-normativna i supstantivna pravda

U poziciji pravno-normativne pravde zakoni su izrađeni u skladu s ciljevima koji bi se trebali unaprijediti, čak i ako je jedini dopustivi cilj sama sloboda. Nakon što su pravila formulirana, moguće su odluke prema unaprijed postavljenom pravilu. Upravo je mogućnost razlikovanja između zakonodavstva i suđenja ono što definira normativnu pravdu. Glavni zadatak teorije suđenja jest utvrditi je li neka odluka doista donesena „prema pravilu“, ako je pravilo koje imamo na umu zakon države i ako ga primjenjuje sudac. Samo odluke „prema pravilu“ su sukladne sa slobodom; ostale predstavljaju proizvoljno korištenje sudske moći.

Zadatak postupka suđenja, međutim, razlikuje se od zadatka donošenja zakona, a način na koji opravdavamo odluke donesene prema pravilima mora se moći razlikovati od opravdanja samih pravila. Razdvajanje funkcije postupka suđenja i donošenja zakona popraćeno je i ojačano razdvajanjem njihovih ovlaštenja. Zakonodavac ne primjenjuje zakone u praksi čime se moć, ako se već ne može učiniti impersonalnom, može barem raspodijeliti. No, atomizacija moći je uvijek tek drugo najbolje rješenje pored neutralnosti. Tako postoje pravni sistemi u kojima je linija koja razdvaja zakonodavstvo od suđenja zamagljena, posebice u tradiciji zakona koje donose suci kao što je slučaj u anglo-američkom običajnom pravu. Sustav u kojem suci

donose i primjenjuju zakone, sukladan je s pravno-normativnom pravdom sve dok postoji opravdanje između razloga donošenja pravila i razloga za njihovu primjenu na posebnom, izdvojenom slučaju. No, činjenica je kako su takvi sustavi osuđeni na zaokupljenost odnosom normativne i supstancijalne pravde.

Oprečnost između sustava normativne i supstancijalne pravde morala bi se jednostavnije formulirati kao razlika između odluke prema preskriptivnim pravilima i odluke prema instrumentalnim pravilima. Normativna pravda politički je pandan moralnosti razuma, a supstancijalna pravda politički je ekvivalent moralnosti želje. Formalna pravda koristi tako pravila kao neposredan standard opravdanja, a supstancijalna pravda, jednako kao i moralnost želje, koristi ciljeve u istu svrhu. Distinktivno svojstvo supstancijalne pravde je u nepostojanju linije razdvajanja između zakonodavstva i suđenja. Tako u slučaju čiste supstancijalne pravde nema ni donošenja pravila ni njihove primjene, već postoje samo izbori o tome što treba učiniti i prosudbe instrumentalne racionalnosti o tome kako postići zacrtani cilj. Tehnička i instrumentalna pravila primjer su sustava supstancijalne pravde. To su maksime efikasnosti, podložne stalnoj reviziji promjenjive pri primjeni novih saznanja i promijenjenih uvjeta. Instrumentalna pravila provizornog su karaktera te je na njima nemoguće zasnivati čvrsta ovlaštenja i dužnosti.

Unger tvrdi kako je činjenica da niti sustav formalne, a niti sustav supstancijalne pravde ne mogu riješiti problem slobode, a ne mogu se niti pomiriti. Upravo iz tog razloga „nema koherentnog rješenja za postupak suđenja kako ga definira liberalna misao; ne možemo se riješiti teškoća s kojima se tu suočava liberalna politička doktrina, tako da prihvatimo jednu ili drugu. Sistem zakon ili pravila (normativna pravda) ne može se odreći uključivanja vrijednosti u proces suđenja, niti se može uskladiti s takvim uključivanjem. Štoviše, sudovi o tome, kako da se opće vrijednosti primjenjuju u posebnim situacijama (supstancijalna pravda), ne mogu bez pravila, niti mogu postati sukladni s njima.“⁴²⁷

3.1.4.2. Kritika liberalne teorije suđenja

Najjednostavniji i najpoznatiji prikaz pravno-normativne pravde u literaturi pravne znanosti je tzv. formalizam. U svojoj doktrinarnoj inačici formalistička teorija suđenja tvrdi kako će normativni zakonski sistem odrediti jedino ispravno rješenje za svaki slučaj. To bi značilo da bi bilo moguće iz zakona deducirati ispravne sudove automatskim procesom. Režim normativne pravde stoga se može uspostaviti tehnikom postupka suđenja koji može

⁴²⁷ Cf. *ibid.*, str. 108.

zanemarivati „politiku“ ili „svrhe zakona“. Formalist vjeruje kako riječi imaju jasna značenja. On, kako tvrdi Unger, usvaja u jednom ili drugom obliku, Augustinovo shvaćanje jezika kao niza imena koja ukazuju na stvari. Pravila se, dakle, sastoje od lanca imena, riječi, koje opisuju kategorije osoba i radnji, na koje se pravila primjenjuju. Sudac koji primjenjuje zakone na osobe i radnje prema onome što zakoni naznačuju po definiciji, primjenjuje zakone uniformno. On ne vrši nikakvu proizvoljnu moć. Ovime je formalizam uistinu najjednostavnije od spomenutih rješenja u procesu suđenja. No, osnovni prigovor formalizmu je činjenica kako je doktrina spoznatljivih biti, čiju istinitost pretpostavlja formalist, uzdajući se u jednostavna značenja, neusklađena sa shvaćanjem društvenog života, na čija pitanja želi odgovoriti.

Cilj teorije zakonodavstva i suđenja u liberalnoj misli upravo je u tome da pokažu kako je sloboda moguća usprkos individualnosti i subjektivnosti vrijednosti. Kad bi nam objektivne vrijednosti bile pristupačne i kad bismo sa sigurnošću znali istinsko dobro i savršeno razumjeli sve njegove implikacije i zahtjeve, ne bi nam bila potrebna metoda nepristranog suđenja. Uz kvalifikacije koje bi se spominjale u pravo vrijeme, zadovoljili bismo se režimom supstantivne pravde, u kojem bi pravila bila nepotrebna. Postupak suđenja, kako je predstavljen u modernoj pravnoj znanosti, stoga je nerazrješivo vezan sa shvaćanjem kako su vrijednosti subjektivne i individualne. Ovdje se pojavljuje problem principa subjektivne vrijednosti koji formalističke teorije suđenja uzimaju zdravo za gotovo, a koji se ne može nikako pomiriti s doktrinom spoznatljivih biti. Nasuprot tomu, moderna ideja prirode i znanosti sukladna ideji subjektivne vrijednosti integralni je dio razumijevanja svijeta u kojemu ne postoje prirodne razlike među stvarima, niti ikakva hijerarhija biti koja bi mogla služiti kao baza za iskazivanje općih kategorija činjenica i klasificiranje posebnosti u te kategorije. Postoji neograničen broj mogućih načina dijeljenja svijeta i klasificiranja posebnosti pod opće riječi. Klasifikaciju uvijek opravdava neki interes ili svrha kojoj ona služi. Analogno navedenom, u principu ne postoje „jednostavna značenja“.

Glavni porok formalizma je njegova ovisnost o shvaćanju jezika koje se ne može pomiriti s modernim idejama o znanosti, prirodi i jeziku, koje formalisti uzimaju zdravo za gotovo. Formalizam je doktrina suđenja koja počiva na dva niza pretpostavki, na pretpostavkama o jeziku i pretpostavkama o vrijednostima, koje stoje u međusobnom proturječju. Stoga je ta teorija nekoherentna, „greška koja proizlazi iz privida jedinstva liberalne psihologije i liberalne političke misli.“⁴²⁸

⁴²⁸ Cf. *ibid.*, str. 111.

Povijest moderne pravne znanosti može se prema Ungeru, okarakterizirati kao stalan pokušaj da se iznađe primjerena alternativa formalizmu kao bazi normativne pravde. Kad bi se shvatila istinska priroda greške formalizma, taj bi pokušaj tvrdi Unger, bio manje entuzijastičan pogotovo uvidom u teoriju svrhovitosti kao alternativu formalizmu.⁴²⁹

3.1.4.3. Teorija svrhovitosti

Prema postavkama teorije svrhovitosti, sudac mora uzeti u obzir svrhe ili politiku kojima zakoni služe, kako bi ih mogao ispravno i uniformno primjenjivati. Svrhe ili politike su ciljevi, a zakoni su samo sredstva za ostvarenje tih ciljeva. Koje god vrijednosti ili kombinacije vrijednosti prihvatila teorija zakonodavstva kao primjerena opravdanja zakona, one će također biti korištene kao standardi za razlikovanje dobrih interpretacija od loših. Tako je npr. vrijednost javne sigurnosti koja opravdava zakon ista ona koja određuje tko bi trebao biti kažnjen prema njegovim odredbama. Zakonodavac i onaj tko primjenjuje zakon smatraju se sudionicima u zajedničkom nastojanju. Sudac upotrebljava svoju sudačku moć kako bi unaprijedio ciljeve zakonodavca ili ciljeve koje on osobno ima razloga pripisati zakonima koje primjenjuje. Osim toga ne dvoji u prihvaćanju modernog konvencionalističkog razumijevanja jezika i misli te obezvrjeđuje povjerenje formalista u jednostavna značenja.

Prema postavkama teorije svrhovitosti sustav temeljen na formalnoj pravdi „visi u zraku“. Prije svega doktrini svrhovitosti potreban je neki način definiranja vrijednosti, politika ili svrha koje će usmjeravati sučev rad. Općenito smatra se da će pravilo, jednom zadano, služiti širokom spektru različitih svrha. Nadalje, pred sućem stoji čitav sustav pravila iz kojega mora odabrati pravilo koje je primjereno predmetnom slučaju. Pri primjeni jednog pravila na konkretan slučaj on mora odvagati politiku pravila koje odabire u odnosu na politiku svih ostalih pravila koja je mogao primijeniti na slučaj, no tada s drugačijim rezultatom. Tako teorija svrhovitosti u suđenju ne zahtjeva samo kriterij za kontrolu politika nego i metodu za njihovo balansiranje. Ukoliko postupak za odabiranje politike ne postoji, sudac će strankama u sporu neizbježno nametnuti svoje osobne subjektivne sklonosti, ili pak subjektivne sklonosti nekog drugog. Problem ovdje je u činjenici kako niti takva metoda za izbor i uređenje vrijednosti ne

⁴²⁹ Alternativu formalizmu zastupa H. Kelsen čija je teza da pravilo djeluje kao „okvir“ unutar kojega su moguće različite interpretacije. Pravna znanost izabire pravilo koje se može primijeniti na slučaj, ali je nemoćna u određivanju, kojima od dopustivih odluka unutar toga pravila treba dati prednost. Tu prednost određuju „politički“, odnosno „subjektivni“ faktori. Prigovor navedenoj doktrini je propuštanje razlikovanja između odabira pravila koje treba primijeniti i odluke o načinu njegove primjene u konkretnom pojedinom slučaju. Interpretacija pravila sastoji se upravo u izboru situacija u kojima navedena pravila treba poštivati. Druga kritika odnosi se na opreku između racionalnog izbora pravila i voljnog izbora interpretacija unutar pojedinog pravila koja pretpostavlja istinitost formalizma s obzirom na racionalni izbor i nemogućnost da se ograniči sudska moć u interesu slobode s obzirom na voljni izbor interpretacije pravila. Navedeno prema: Cf. *ibid.*, str. 112, fn. 32.

postoji niti može postojati unutar liberalne misli. Čak i sredstva kao što su pravilo većine ili tržište, koja se koriste u promišljanju problema slobode na zakonodavnoj razini, od male su pomoći pri suđenju. Suđenje pretpostavlja razdvajanje funkcija; sudac ne može željeti da svoju odluku zasniva direktno na „političkim“ snagama koje tržište ili proces izbora izbacuje jedne protiv drugih. On mora biti gospodar nekog nezavisnog mehanizma u kombiniranju i odmjeravanju stavova. Kako bi se taj mehanizam stvorio potrebno je napustiti princip subjektivne vrijednosti, a uz njega i sve s njim povezane postulate liberalne političke misli koji se tiču problema suđenja.

Tipična poteškoća s kojom se susreće moderni pravnik je u tome da stalno raspravlja o politici, kao da je uopće moguć racionalan izbor među konkurentnim vrijednostima, a da unatoč svemu ostane vjeran ideji kako su vrijednosti subjektivne i političkoj doktrini kojoj ta ideja pripada. Doktrina svrhovitosti u postupku suđenja naprosto je teorijski iskaz tog svakodnevnog proturječja.

Druga temeljna poteškoća doktrine svrhovitosti je nemogućnost pomirenja preskriptivnog pravila s onim što podrazumijevaju prosuđivanja svrhovitosti ili politike. Za teoriju svrhovitosti, odluka o tome kad treba primijeniti dano pravilo na slučaj, ovisi o odgovorima na važno pitanje: hoće li se ciljevima određenog zakona i pravnog poretka u cjelini najbolje udovoljiti upravo njegovom primjenom na određeni slučaj? Interpretacija zakona uvodi kalkulaciju instrumentalne racionalnosti. Možda i neće biti potrebno eksplicitno raspravljati o politici u većini slučajeva, ali samo zato što svrhovitost zakona i njihove implikacije izgledaju tako jasne, da im nije potrebno svjesno pomno ispitivanje. Strancu koji bi zahtijevao našu interpretaciju posebnog zakona i njihove implikacije posebnog zakona, morali bismo napokon interpretaciju obraniti svrhovitošću. Prosudbe instrumentalne racionalnosti koje definiraju najdjelotvornija sredstva za neki cilj ili svrhu, uvijek su posljednja riječ u klasifikaciji radnji i osoba prema pravilima.

Međutim prosudba instrumentalne racionalnosti ne može biti ni općenita ni stabilna. Uvijek je moguće otkriti još djelotvornija sredstva, bilo stoga što su se promijenile okolnosti li što se povećalo znanje. Stoga je jedina vrsta pravila, koja je u skladu sa stajalištem sredstava i ciljeva, instrumentalno pravilo. Ukoliko je svrha svakog pravila instrumentalna racionalnost, cijeli je zakon reduciran prema istom načelu, što predstavlja fatalne posljedice za sustav normativne pravde:

- Prvo, u takvoj situaciji više nema smisla govoriti o čvrstim ovlaštenjima i dužnostima. Ukoliko je politika zakona o ugovoru unaprjeđivanje nacionalnog bogatstva te ako se

namjena pravila u ugovorima mora odrediti analizom njegovih svrha, pogodba koja šteti cilju više nego što mu doprinosi, neće se smatrati zakonski provedivom. Ne bismo imali obvezu ni da držimo obećanje kao privatni građani, niti bismo imali opravdanje da namećemo ugovorne aranžmane kao službenici, kad god je odbijanje da se podredimo pravilu ili da ga provedemo, opskrbljeno podesnom prosudbom instrumentalne racionalnosti.

- Drugo, posljedica teorije svrhovitosti je u tome da potkopava razdvajanje funkcija i moći. Suci će biti pozvani da se upuste u istu vrstu procjene instrumentalne racionalnosti koja karakterizira zakonodavstvo i administraciju. Štoviše, pravila koja raspodjeljuju vlast među različitim agencijama uprave, sama će se morati primjenjivati u svjetlu njihove politike. U principu se nikada ne može isključiti mogućnost da u nekom posebnom slučaju, povlastica koja se daje politici u pozadini sudskih pravila, uz nepoštivanje tih pravila, ne bude značajnija od neprilika, ovakvih ili onakvih, koje nastaju kršenjem pravila. U takvom se slučaju uzurpacija dopušta, uistinu naređuje.⁴³⁰

Navedene razorne implikacije koje teorija svrhovitosti ima za normativnu pravdu, ne mogu se jednostavno izbjeći plitkim inzistiranjem da bi izvjesna pravila trebala biti imuna pred interpretacijom ili da sucu ne bi bilo dopušteno prerasporediti središta moći prema svom razumijevanju politike tih centara. To bi značilo ponovno povlačenje u formalizam. Kritika formalizma je pokazala kako je interpretacija svrhovitosti neizbježna.

Problem svrhovitosti glavna je preokupacija svakog sustava zakona koji donose suci. Kada su slučajevi koji čine zakon isti, oni koji ga primjenjuju i kad je utjecaj shvaćanja o tome što bi zakon trebao biti na shvaćanje o tome što on jest stalno pred našim očima, distinkcija između zakonodavstva i suđenja visi o tankoj niti dokazujući kako na pretpostavkama liberalne misli nije moguća koherentna teorija suđenja ili normativne pravde.⁴³¹

3.2. Teorija organskih grupa

R.M. Unger tvrdi kako se antinomije liberalizma mogu razriješiti kroz dvije revolucije: političku i teorijsku. Politički, mora se dogoditi „transformacija uvjeta društvenog života, posebno okolnosti vezanih za dominaciju koje proizvode iskustvo nesigurnosti i arbitrarnosti vrijednosti.“⁴³² Važno je naglasiti kako je jedan od temeljnih principa Ungerove teorije opis

⁴³⁰ Cf. *ibid.*, str. 114-115.

⁴³¹ Cf. *ibid.*, str. 115.

⁴³² Cf. *ibid.*, str. 122.

društvenog života koji se neće temeljiti na „dominaciji“ već na „hipotetskoj slici univerzalne zajednice čija praksa otkriva čovjekovu rodnu prirodu, koja će biti regulativni ideal budućeg društva.“⁴³³ Teorijski, svijetu je potreban sustav koji će podržavati teoriju osobnosti i teoriju društvenih grupa.

Unger polazi u prikazu teorije organskih grupa od pojma dobra ili problema vrijednosti „koji se sastoji u manifestiranju i razvoju individualne i ljudske prirode.“⁴³⁴ Prvi dio objašnjenja ovog pojma nalazimo u teoriji osobnosti prema kojoj se ideja dobra sastoji u razvoju ljudske vrste u životu pojedinca, nastavljajući do opisa zajednice, života u kojoj individue mogu otkriti organsko jedinstvo zajedničkih osobnosti. Time ljudska priroda i njeno razumijevanje napreduju kroz „spiralu jačanja zajednice i prevladavanja dominacije.“⁴³⁵

Opća koncepcija organske grupe kao središnju kategoriju izriče pojam zajednice kao hipotetski univerzalne slike, „čija praksa otkriva čovjekovu rodnu prirodu dajući nam interpretaciju prirodne harmonije.“⁴³⁶ Ovaj ideal se prema Ungeru, kao regulativni ideal nikada ne može u potpunosti povijesno realizirati već je poticaj skupu institucionalnih principa koji karakteriziraju organske grupe. Ovi institucionalni principi (zajednica života, demokratizacija ciljeva i podjela rada) služe prevođenju poruke (ideala zajedničkih vrijednosti) u jezik političkih ostvarenja i predlažu promociju dobra u modernim društvima.⁴³⁷ Organske grupe Unger je okarakterizirao slijedećim temeljnim elementima:

- Prvo mora postojati *face-to face* interakcija svih članova grupe jednih prema drugima,
- Drugo grupa mora biti višefunkcionalna i multiplo svrhovita čime se (kao i prvom karakteristikom) ograničava veličina zajednice života te
- Treće grupe moraju provoditi demokratizaciju ciljeva.⁴³⁸

Cilj je teorije organskih grupa prevladavanje sustava dominacije te ona čini temeljnu podlogu razvoju Ungerove ideje političke transformacije modernog društva. Činjenica je da smjera alegoriji i utopiji te da, kako i sam Unger tvrdi, nije u potpunosti razrađena do detalja,⁴³⁹ no veličina je ove teorije pa i čitavog djela u pokušaju donošenja „ultramodernističkog, supreliberalnog programa“ koji premda ima lijevu orijentaciju, može u potpunosti zadovoljiti različite ideološke platforme. Ukoliko bi primjerice preradili djelo „Znanje i politika“

⁴³³ Cf. *ibid.*, str. 300-301.

⁴³⁴ Cf. *ibid.*, str. 278.

⁴³⁵ Cf. *ibid.*, str. 227-338.

⁴³⁶ Cf. *ibid.*, str. 300-301.

⁴³⁷ Cf. *ibid.*, str. 300 – 320.

⁴³⁸ Cf. *ibid.*, str. 300-320.

⁴³⁹ Cf. *ibid.*, str. 23.

zamjenivši pojmove „liberalizma i organskih grupa“ pojmovima „liberalni sekularni humanizam i organska kršćanska zajednica“ dobili bi traktat religijskih prava, a posebice s obzirom na završnu misao djela „Progovori, Bože.“⁴⁴⁰

3.3. Teorija devijacije

Ungerovo djelo *The Critical Legal Studies Movement* (u daljem tekstu CLSM)⁴⁴¹ sadrži ključne ciljeve i metodologiju kritičke pravne teorije. Djelo je nakon objavljivanja izazvalo toliko divljenje među pripadnicima pokreta da su ga pojedini teoretičari čak uspoređivali s Danteom i Virgilom.⁴⁴² Ovdje Unger raspravlja o širim implikacijama kritičke pravne misli koja smjera normativnoj obvezi (*normative commitment*), slobodi i strukturi modernističkog iskustva (*freedom and structure in modernist experience*) te društvenoj teoriji.⁴⁴³ Kao što u djelu „Znanje i politika“ tvrdi kako je otkrio kontekst ideja unutar kojih je potrebno prakticirati filozofiju i politiku, u CLSM tvrdi kako je otkrio os oko koje se moraju razriješiti temeljne suprotnosti društvene teorije.⁴⁴⁴

Prema Ungeru tradicionalna lijevo orijentirana pravna teorija ima dvije ambicije - jednu teorijsku, a drugu praktičnu:

- Prva je kritika središnjih ideja moderne pravne misli, a
- Druga čisto instrumentalna upotreba pravne prakse i teorije kako bi se unaprijedili ciljevi lijevice⁴⁴⁵.

Raniji lijevo usmjereni pokreti rijetko su i loše povezivali ove dvije ambicije, dok kritička pravna teorija reformulira navedene aktivnosti, stvarajući tako osnovnu strukturu ideja (*body of ideas*).⁴⁴⁶ Ona oblikuje lijevo usmjerenu kritiku formalizma i objektivizma usmjeravajući ju ka nepredvidljivom ekstremu (*unprecedented extreme*) donoseći konstruktivan program kojeg Unger naziva teorija devijacije (*deviationist doctrine*).⁴⁴⁷ Kao i u svojoj teoriji organskih grupa, Unger nije eksplicitan u opisu ove teorije (*We agree neither on whether this expanded or*

⁴⁴⁰ Cf. *ibid.*, str. 338. V. i Ewald, *op.cit.* (bilj. 347), str. 723.

⁴⁴¹ Unger, R.M., *The Critical Legal Studies Movement*, *loc.cit.*

⁴⁴² Hutchinson, A.C. & Monahan P.J., *op.cit.* (bilj. 347), str. 1491.

⁴⁴³ Unger, *op.cit.* (bilj. 365), str. 648-654.; 660-662.

⁴⁴⁴ „*The relation of these two sets of ideas – the recognition of the shaped character of social life and the denial of a metastructure – has now become the axis around which the most basic controversies of social theory must resolve.*“ V.: Unger, *op.cit.* (bilj. 365), str. 665.

⁴⁴⁵ Cf. *ibid.*, str. 567.

⁴⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁷ Cf. *ibid.*, str. 576.

deviationist doctrine can in fact be constructed nor on what exactly its methods and boundaries should be)⁴⁴⁸, no opći nacrt je jasan: ključna je karakteristika teorije devijacije dobrovoljnost u priznanju i razvoju nesuglasja prava: sukob između principa i viših principa koji pronalazimo u svakom dijelu prava. Kritička teorija pronalazi u ovim nesuglasjima elemente šireg konteksta među postojećim koncepcijama društva.⁴⁴⁹ Sukladno tomu, jedan je od ciljeva kritičkog pravnog pokreta, kao pokreta unutar pravnih okvira, koristiti postojeći pravni materijal kako bi u budućnosti radikalizirao svoje ciljeve.⁴⁵⁰

Kritika objektivizma⁴⁵¹ i formalizma⁴⁵² te dalje širenje teorije devijacije imaju dublje implikacije na opću društvenu teoriju koju Unger naziva „superliberalizmom“.⁴⁵³ Ideja superliberalizma podrazumijeva političku i kulturnu revoluciju (*political and cultural revolution*) – radi rekonstrukcije države (*reconstruction of the state*), rasta negativne sposobnosti (*negative capability*) i vizije transformiranih osobnih odnosa (*vision of transformed personal relations*).⁴⁵⁴ Ungerov „radikaliziran oblik društvenog ideala (*radicalized version of the social ideal*) podrazumijeva kontrast između uključenog i isključenog u društvu, između rutine i revolucije koji bi trebao biti izlomljen što je više moguće; aktivna moć u remakeu i reimaginaciji strukture društvenog života trebala bi činiti karakter svakodnevnog postojanja.“⁴⁵⁵

⁴⁴⁸ Unger tvrdi kako je opravdanje tradicionalne teorije preusko: posljedice naše kritike formalizma su okretanje dileme teorije naglavačke. Ukoliko slična praksa kojom odvjetnici nazivaju teoriju danas može biti opravdana, klasne legitime aktivnosti moraju uvelike biti povećane. Takva teorija mora biti redefinirana kao arbitrarno ograničen dio šire klase. Ibid.

⁴⁴⁹ Cf. *ibid.*, str. 578; 646-647.

⁴⁵⁰ Cf. *ibid.*, str. 577 - 580.

⁴⁵¹ Unger se u kritici objektivizma poziva na rad drugih teoretičara. U CLSM navodi *The insight required to launch the attack against objectivism – the discovery of the indeterminate content of abstract institutional categories like democracy or the market – whith its far-reaching subversive implications, was partly authored by a cadre of seemingly harmless and even toadying jurists. Those who live in a temple may delight in the thought that the priests occasionally outdo the prophets. Dalje nas izbjeđuje kako historical study repeatedly shown that every attempt to find the universal legal language of the democracy and the market revealed the falsehood of the original idea. An increasing part of doctrinal analysis and legal theory has been devoted to containing the subversive implications of this discovery.* Cf. *ibid.*, str. 568-570.

⁴⁵² Unger definira formalizam kao *A commitment to, and therefore also a belief in the possibility of, a method of legal justification that can be clearly contrasted to open-ended disputes about the basic terms of social life, disputes that people call ideological, philosophical, or visionary.* Cf. *ibid.*, str. 564.

⁴⁵³ Unger opisuje superliberalizam sljedećim riječima: On gura liberalne premise države i društva ka slobodi od ovisnosti i vladavine društvenim odnosima voljom do točke u kojoj se spajaju u širu ambiciju: izgradnju društva koje je u manjoj mjeri otuđeno samo od sebe, koje uvijek može ugroziti pravila mentalnih i društvenih konstrukata te postaviti drugačija pravila i konstrukcije na njihovo mjesto. Cf. *ibid.*, str. 602.

⁴⁵⁴ Unger ovdje navodi praksu prava kao primjer: „...praksa u pravu bi trebala biti, a u određenoj mjeri i je, pravna obrana individualnog ili grupnog interesa metodama koje otkrivaju posebnost institucionalnih i imaginativnih praksi, koje ih podređuju serijama sitnih provokacija sposobnih za eskalaciju u bilo kojem trenutku te predlažu alternativne načine definiranja kolektivnih interesa, identiteta i pretpostavki o mogućem.“ Cf. *ibid.*, str. 586.

⁴⁵⁵ Cf. *ibid.*, str. 584.

Unger u *The Critical Legal Studies Movement* nažalost ne navodi fusnote. U radu ne spominje svoje oponente na čiji rad se odnosi njegova kritika formalizma i objektivizma, niti pokušava podrobnije objasniti svoje temeljne pojmove (kao što su na primjer *negative capability, natural harmony and concrete universality, vision of a new society that provide the basis for the reconstruction of the state*). U objašnjavanju načina na koji namjerava prevladati postojeće antimonije liberalnih društava također je u potpunosti nedorečen: njegov program sastoji se iz samo tri točke koje podrazumijevaju rekonstrukciju vlade:

- Prva točka podrazumijeva multipliciranje vladinih tijela. Svakoj ključnoj karakteristici društvene stvarnosti trebao bi odgovarati oblik i područje potencijalno destabilizirajućeg i široko utemeljenog sukoba oko upotrebe državne moći...
- Drugo, sukobi među mnogobrojnim tijelima trebali bi se riješavati po načelu prioriteta i devolucije elektorata...
- Treće, programski centar vlade – vladajuća stranka – trebala bi imati stvarnu šansu u pokušaju ostvarenja svog programa.⁴⁵⁶

Detaljniji pokušaj teorijskog, ali dijelom i praktičnog ostvarenja utopijskog superliberalizma Unger donosi u djelu *Politics: A Work in Constructive Social Theory*⁴⁵⁷ što je predmet rasprave sljedećeg poglavlja.

3.4. Ungerova politika

Ungerova trilogija *Politics: A Work in Constructive Social Theory*⁴⁵⁸ teorijska je vizija ljevice (*leftists*) koja se protivi pojmovima rigidnosti, strukture, hijerarhije, nužnosti i uloge. Unger navodi kako umjesto rigidnosti traži individualno i kolektivno ojačanje koje može rezultirati stvaranjem institucionalnih sklopova koji podrivaju oblike ovisnosti i dominacije, što čine suočavajući se s kontrastom između rutine i revolucije.⁴⁵⁹ Tvrdeći kako je u radikalnom

⁴⁵⁶ Cf. *ibid.*, str. 592-93.

⁴⁵⁷ Unger, R.M., *Politics: A Work in Constructive Social Theory*, Cambridge University Press, 1987.

⁴⁵⁸ Trilogija se sumarno sastoji od sljedećih dijelova: (1) *Social Theory: Its Situation and Task. A Critical Introduction to Politics, a Work in Constructive Theory*; (2) *False Necessity: Antinecessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*; (3) *Plasticity into Power: Comparative – Historical Studies in the Institutional Conditions of Economic and Military Success. Variations on Themes of Politics*.

⁴⁵⁹ Unger, R.M., *False Necessity: antinecessitarian social theory in the service of radical democracy*, Verso, 2004., str. 586., dostupno na: http://books.google.hr/books?id=CVN7tOxJJeEC&pg=PA205&lpg=PA205&dq=roberto+mangabeira+unger+contract+law&source=bl&ots=6EMV8D1etN&sig=KiHbzB3_4OaAMxVpZzCRDZbbkRA&hl=hr&ei=tuP8TJWR EJSv8QPq0MH5Cw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CC0Q6AEwAw#v=onepage&q=roberto%20mangabeira%20unger%20contract%20law&f=false 06.12.2018.

smislu „sve politika“⁴⁶⁰ pokušava stvoriti viziju novog društva koje se treba stvoriti iz kombinacije elemenata pop kulture sjeverno-atlanskih demokracija i radikalne politike područja kao što je Brazil.⁴⁶¹

Središnja je ideja Ungerove teorije pojam negativne sposobnosti (*negative capability*) koji je sastavljen od različitosti individualnih i kolektivnih ojačanja povezanih s usavršavanjem koncepta otklanjanja ili denaturaliziranih opisa.⁴⁶² Ona se odnosi na „otklanjanje formativnog konteksta koje osigurava društvima različite materijalne i nematerijalne prednosti, sve od ohrabrenja razvoja proizvodnih sposobnosti do vježbe svjesnijih usavršavanja društvenih okolnosti.“⁴⁶³ Različita individualna i kolektivna osnaženja povezana su s usavršavanjem koncepta otklanjanja i denaturalizacije jačanjem negativne sposobnosti.

Znakovito je naglasiti kako je značajan dio Ungerova rada (posebice treći dio trilogije) posvećen militantnim prednostima njegove teorije,⁴⁶⁴ u nastojanju dokazivanja sposobnosti razvoja „destruktivnih snaga društva“ kroz negativnu sposobnost.⁴⁶⁵ Njegov opsežan i detaljan prikaz militantne strategije prikazan je kroz različite komparativno - povijesne i kulturološke analize na primjerima europskih, afričkih, japanskih i kineskih iskustava.⁴⁶⁶ Unger se, međutim ne zadržava samo na povijesnom prikazu već naglašava kako se militantna teorija može primijeniti čak i u eri nuklearnog oružja današnjice: „U atmosferi kreiranoj takvim konfliktom, šok masovnog uništenja mora biti popraćen naporima nametanja rudimentarnih oblika uspostave reda i rastakanja ostataka otpora, u okruženju u kojemu su sve uspostavljene društvene poveznice nasilno prekinute.“⁴⁶⁷ Ungerov „plasticitet“ trebao bi pomoći društvima da se nose s takvim zadacima.

S obzirom na praktično-teorijsku orijentaciju, Ungerova teorija osigurava i praktični vodič u svrhu „transformacije konteksta“ koji se može ostvariti kroz „glasačku kutiju ili nasilnim rušenjem državne vladavine“. Raspravlja osim toga o potrebi „povezivanja temeljnih izdanaka mobilizacije s osnaživanjem vlasti“ te „poticanju militantne kolektivne samo -

⁴⁶⁰ Cf. *ibid.*, str. 3. i Unger, R.M., *Social Theory: Its Situation and its Task: a critical Introduction to Politics a work in Constructive Social Theory*, Cambridge University Press New York, 1987., fn 10., str. 151 – 165.

⁴⁶¹ Unger, *op. cit.* (bilj. 467), str. 604.

⁴⁶² Cf. *ibid.*, str. 279.

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ Cf. *ibid.*, str. 282-285., te Unger, R.M., *Plasticity into Power: Comparative – Historical Studies in the Institutional Conditions of Economic and Military Success. Variations on Themes of Politics*, Verso, 2004., fn 10, str. 153-213., dostupno na: http://books.google.hr/books?id=OokkAeTAE9sC&printsec=frontcover&dq=unger+plasticity&hl=hr&ei=IRcwTcv5IZLO4gam8vDrCg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCQO6AEwAA#v=onepage&q&f=false 06.12.2018.

⁴⁶⁵ Unger, *op.cit.* (bilj. 429), fn. 4, str. 282 i 586. te Unger, *op.cit.* (bilj. 472), fn. 10, str. 154.

⁴⁶⁶ Unger, *op.cit.* (bilj. 472), str. 162-206.

⁴⁶⁷ Cf. *ibid.*, str. 156.

organizacije“ kako bi se održao elan masovne populacije.⁴⁶⁸ Unger donosi instrukcije u regrutiranju i managementu „kadrova, aktivista ili militantata čije osobne društvene okolnosti kao i intimna psihološka identifikacija s pokretom pomažu u predanom radu“ nastavljajući kako upravo takvi pojedinci i grupe stvaraju, ali mogu i slomiti društveni pokret. Cilj je „transformativnog društvenog pokreta iskoristiti kontroverze postojećeg kako bi proširio i intenzificirao svoje akcije u namjeri promjene društva.“⁴⁶⁹

Nakon rasprave o „društvenom pokretu u potrazi za moći“ Unger se okreće raspravi „pokreta u obnašanju moći“, odnosno institucionalnoj strukturi društva koje je „pukotinom otvoreno politici“. Kao rezultat navedenog, Unger uvodi pojmove „konstitucionalizam permanentne mobilizacije“ ili „osnažena demokracija“⁴⁷⁰ koji bi trebali održati društvo mobilnim (tekućim) i stalno otvorenim za „otkrivanje formativnog konteksta“. Tradicionalna separacija moći morat će biti napuštena (jer stoji na putu procesu društvenih promjena);⁴⁷¹ uvest će se varijetet političkih i ekonomskih reformi od kojih izdvajamo „prava destabilizacije“ kao ona „koja štite interese građana slamajući otpor organizacija visokog stupnja ili područja društvenog života koja ostaju zatvorena za učinke destabilizacije, čime postaju izolirani otoci hijerarhija moći i povlastica“.⁴⁷²

U svom programu „transformacije osobnih odnosa“ Unger donosi „viziju kulturalno-revolucionarnog napada na rigidne društvene uloge“ koje uokviruje pojmovima „redefiniranje i premještanje uloga“. Ono što podrazumijeva pod navedenim, odnosi se na ustaljene sheme klasnih, komunalnih, rasnih, radnih i rodnih uloga koje je potrebno „uništiti“ na makro i mikro društvenom nivou.⁴⁷³

U svojim radovima Unger si dopušta vizionarski zanos opisujući utopijsko besklasno društvo, društvo u kojemu neće biti ograda postavljenih osobnom razvoju, u kojemu će nam „premještanje uloga“ i „uništavanje konteksta“ omogućiti „razvoj bogatstva osobnog života.“ Premda eksplicitno navodi kako bi pojedinci trebali imati zajamčena (minimalna) prava na osobnu sigurnost, posvećuje premalo pozornosti praktičnom dijelu zaštite pojedinca u takvom društvu. Njegova teorija obećaje šansu „destruktivnoj moći društva“ uz mogućnost nasilne revolucije, viziju režima „destabilizacijskih prava“ oslanjajući se na Maovu kulturnu revoluciju

⁴⁶⁸ Unger, op.cit. (bilj. 429), str. 407.

⁴⁶⁹ Cf. ibid., str. 427.

⁴⁷⁰ Cf. ibid., str. 462.

⁴⁷¹ Cf. ibid., str. 455.

⁴⁷² Cf. ibid., str. 530.

⁴⁷³ Cf. ibid., str. 564.

kao „bogat“ izvor svoje „vizije“, napada na uloge koje je potrebno uništiti kako na makro, tako i na mikro nivou institucionalnom inovacijom.⁴⁷⁴

3.5. R.M. Unger – zaključno

Ungerova djela ocrtavaju njegovu ogromnu, gotovo strastvenu energiju koju prije svega poklanja pitanju procesa društvene promjene. Kao teoretičar u području moralne filozofije prava donosi viziju imaginarne, radikalne alternative koja svakako zrači neodoljivom privlačnošću u usporedbi s pomalo suhoparnim analizama većine teoretičara predmetnog područja koji se zadržavaju na pokušaju opravdanja statusa quo.

Ungerove ideje i pojmovi koje iznosi, specifični su arsenal utopijskog pristupa koji iskreno smjera nastojanju za postojanjem boljeg svijeta i društva od onih u kojima velika većina globalne populacije danas živi. Svakako je činjenica da postojeći pravni sustavi nisu idealni, u čemu se slaže velika većina reformatora današnjice, posebice u području ostvarivanja društvene pravednosti. Činjenica je isto tako da cinizam, pohlepa i oportunizam nedvojbeno čine dio pravne, ali i opće društvene stvarnosti. Jedan od način postizanja napretka u ovakvim društvenim uvjetima je strpljiv, postupan, naporan rad koji, uz pozitivnu viziju uvijek prethodi ostvarenju boljeg, otvorenijeg društva za sve njegove pripadnike.

Ungerov mehanizam prevladavanja postojećeg u cilju društvene promjene ka radikalnoj demokraciji, sadržan je u obvezi institucionalnog olakšanja dijaloškog sudjelovanja. U tom smislu kritička teorija nužno mora biti kreativna, a ne samo konstruktivna. Dijalog i participacija u cilju postizanja zajedničkih vrijednosti naglašava Unger, podrazumijeva uvažavanje i prihvaćanje odgovornosti te utjecaj pokretačke strasti za postizanjem promjene. Upravo pokretačka strast uklanja barijere ka slobodnom uključivanju pojedinaca u sve procese stalno mijenjajućih društava kroz oblike participativne demokracije. Radikalna, drugačija demokracija danas podrazumijeva uvažavanje različitosti i njihovo uklapanje unutar postojećih političkih institucija kroz podržavanje i povezivanje slobode za rastućim zahtjevima implementacije i primjene u svakodnevno životno iskustvo pripadnika društva.⁴⁷⁵ Time uloga

⁴⁷⁴ S obzirom na činjenicu da više od stotinu stranica u 2. dijelu trilogije Unger posvećuje ratu i revoluciji, što prema opsežnoj kritici koju donosi Ewald, W. u radu *Unger's Philosophy: A Critical Legal Study* može kod čitatelja ostaviti pogrešan dojam: premda bi Unger osobno apsolutno odbacio ideju ubijanja u svrhu *negative capability* njegovi sljedbenici u zemljama trećeg svijeta, prema tumačenju navedenog autora, lako bi mogli krivo protumačiti njegove namjere. V. Ewald, op.cit. (bilj. 346), fn. 358., str. 752.

⁴⁷⁵ Ward, I., *An Introduction to Critical Legal Theory*, Cavendish Publishing Limited, London, 1998., str. 72-78.

nositelja društvene promjene neodoljivo podsjeća na Weberovu uputu o pozivu (u smislu životnog poziva ili izbora zanimanja) za politiku:

„Politika znači snažno, lagano bušenje tvrdih dasaka sa strašću i mjerom istovremeno. Posve je točno, a to potvrđuje cjelokupno povijesno iskustvo, da čovjek ono moguće ne postigne kada se ne bi u svijetu uvijek iznova posezalo za onim nemogućim. Ali onaj tko to može činiti mora biti vođa, i ne samo to, nego i – u posve jednostavnom smislu riječi – i junak. A i oni, koji nisu ni jedno od toga moraju se naoružati, već sada, čvrstinom srca koja je dorasla do poraza svih nada, inače neće moći ostvariti ni ono što je danas moguće. Samo onaj tko je siguran da se neće polomiti zbog toga što je svijet, sa njegovog stanovišta, previše glup ili previše prost za ono što mu on želi ponuditi, samo onaj koji svemu tomu može reći: „Ipak“!, samo on ima „poziv“ za politiku.⁴⁷⁶

4. Duncan Kennedy: ironičan liberalni legalizam

Duncan Kennedy (1942. -) sveučilišni je profesor na Harvardskom sveučilištu čiji se rad u području pravnih znanosti, tematski svrstan u nekoliko područja, najopćenitije rečeno veže uz sociologiju prava. Djela iz područja društvenih, ekonomskih, političkih, psiholoških i „idealnih“ (ili normativnih) faktora koji utječu na sadržaj pozitivnog prava u današnjim suvremenim društvima (prije svega kritički se osvrće na američki pravni sustav) može se najopćenitije podijeliti u pet kategorija:

1. dio odnosi se na pregledan rad u području nekoliko aspekata prava: u djelu *A Critique of Adjudication [fin de siecle]* predstavlja sociologiju prava u području donošenja sudskih presuda s ciljem smještanja pravosudnih institucija u društveni kontekst moderne političke arene. U svom djelu *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System, A Critical Edition* dao je potpun sociološki prikaz rada u obrazovnim institucijama pravnih učilišta SAD-a, koje djeluju ujedno kao refleksija i kao uzrok hijerarhijske strukture u odvjetništvu kao i u društvu općenito. U radu na temu *Sexual Abuse, Sexy Dressing and the Eroticization of Domination*, osnovna misao vodilja bila je analiza pravne regulacije seksualnosti kroz ekonomsku analizu prava i kritičku teoriju (s primjesama feminističke teorije).

⁴⁷⁶ Weber, M., Vlast i politika, Naklada Jesenski i Turk, HSD, Zagreb, 1999., str. 213-214.

2. dio Kennedy-eva rada odnosi se na fokus na dva elementa u pozadini pravila privatnog prava koji uvjetuju sve aspekte života u modernim društvima i semiotičku analizu pravnog diskursa. Jasan izričaj ovih nastojanja nalazi se u *The Stakes of Law, or Hale and Foucault!* i *A Semiotics of Legal Argument*. Ovaj pristup sistematiziran je u djelu *A Critique of Adjudication [fin de siecle]* u kojemu također postoji pokušaj povezivanja sociološkog pristupa s psihologijskim kroz radove Sartra i Freuda.
3. dio rada odnosi se na pokušaj kontrastiranja ranije navedenih pristupa u sociologiji prava kod Marxa (u djelu *The Role of Law in Economic Thought: Essays on the Fetishism of Commodities*), Webera (u djelu *The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought*) i Foucaulta (u ranije spomenutom djelu *The Stakes of Law, or Hale and Foucault!*)
4. dio rada odnosi se na kritiku literature iz područja ekonomije i prava kao glavne struje u teorijskim orijentacijama pravnih znanosti, kao i pokušaj razvijanja alternativnog pristupa koji središnji naglasak pridaje distributivnim posljedicama pravnih pravila, s posebnim osvrtom na posljedice za „slabije sudionike“. U radovima na ovu temu razvio je kompleksnu upotrebu različitih ideja u ekonomiji kao npr. ideju nestabilnog ekvilibrija čime je destabilizirao ustaljeni slijed glavnog strujanja u pokretu prava i ekonomije. Neki od radova koji se bave ovom tematikom su: *Neither the Market nor the State: Housing Privatization Issues, Limited Equity Housing Cooperatives as a Mode of Privatization*, *Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies*, *The Limited Equity Cooperative as a Vehicle for Affordable Housing in a Race and Class Divided Society*, *Legal Economics of US Low Income Housing Markets in Light of „Informality“ Analysis*, *Cost – Benefit Analysis of Debtor Protection Rules in Subprime Market Default Situations*.
5. dio bavi se razvojem opće teorije globalizacije prava od 1850.-tih. Prvi dio odnosi se na mapiranje širenja utjecaja različitih europskih pravnih ideja širom svijeta u djelu *Two Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-1968.*, a drugi dio odnosi se na pokušaj radikalne revizije pravne misli dvadesetog stoljeća promišljajući ju primarno kroz pojam „društvenog“, promatrajući pravni realizam kroz kritiku „društvenog“, predviđajući suvremeni model „konfliktnih okolnosti“ pravne svijesti u djelima *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's Consideration and Form*, *François Gény aux États Unis* u koautorstvu sa Marie-Claire Belleau, *The*

*Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought, i Legal Formalism.*⁴⁷⁷

U svojoj kritičkoj perspektivi koja ujedno psihologizira društvene fenomene i interpretira psihološke fenomene sociološki, Kennedy se oslanja na radove Jean-Paula Sartrea, Herberta Marcusea i Michaela Foucaulta.⁴⁷⁸ U njegovom nastojanju možemo raspoznati dvije napetosti:

- njegov je pokušaj pročišćena verzija tradicionalno poznatih kategorija te je njegov fokus usmjeren samo na dio totaliteta onoga što su navedeni autori proučavali. Elementi koje uključuje u svoju konstrukciju su ideologija i legitimacija u američkom liberalizmu i konzervativizmu koje jačaju status quo. Njegovi se zaključci prije mogu prepoznati kao hipoteze te iako su dokazani kao točni nisu, kako Kennedy sam tvrdi, od „konkretne uporabe“.
- posljedice teoretiziranja u procesu donošenja sudskih presuda i kritičkoj teoriji prava postoje na dva kolosijeka: modernističkom i postmodernističkom.

Projekt koji Kennedy predstavlja u svom djelu je kontinuirano ciljno orijentirana praktična aktivnost temeljena na analizi čiji ciljevi nisu nužno interno povezani ili konzistentni u protoku vremena. To je svakako kolektivan napor u kojemu se tijekom vremena mogu promijeniti svi igrači, a pojedinci u određenom trenutku mogu postati dio percepcije praktične aktivnosti. Utvrđena praksa ima jednak utjecaj na teoriju što vrijedi i u obrnutom smjeru, no nikad se u potpunosti ne podudaraju. Liberalizam i konzervativizam su „projekt ideološke inteligencije“ u jednakoj mjeri kao i modernizam/postmodernizam, ljevica i kritička društvena teorija.

Raspravljajući o metodi koju koristi najvećim dijelom u svojim raspravama Kennedy tvrdi kako se odlučuje za „eklektizam u triangulaciji objekt-autor-publika, dok činjenicu smatra metonimskim odnosom naspram objekta.“ U istraživanju društvenih pojava treba koristiti tvrdi „statističke i opisne pokazatelje jer niti jedan od njih ne potkopava objektivnost nego upravo suprotno – pridonosi joj.“⁴⁷⁹

Kennedyjev opus je gotovo nepregledan, no svoje najznačajnije ideje sažeo je u gore navedenim djelima, a između navedenih radova najvažnije su mu knjige:

⁴⁷⁷ Kennedy, D., Essays on the Sociology of Law, dostupno na: http://duncankennedy.net/sociology_law/index.html, 28.11.2018.

⁴⁷⁸ Cf. *ibid.*, str. 5.

⁴⁷⁹ Cf. *ibid.*, str. 17-18.

- *Sexy Dressing, etc* (Harvard University Press, Cambridge) 1993.
- *A Critique of Adjudication [fin de siecle]* (Harvard University Press, Cambridge) 1997.
- *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, 1998.
- *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System, A Critical Edition* (NYU Press) 2004. (Prvo izdanje 1994.).

4.1. Temeljna kontradikcija

U „najčešće citiranom odlomku kritičke pravne teorije“⁴⁸⁰ D. Kennedy piše:

„Cilj slobode pojedinca istovremeno je ovisan i inkompatibilan sa zajedničkom kohezivnom akcijom koja je potrebna za njeno postizanje. Drugi...su potrebni kako bi pojedinci postali individue – oni nam osiguravaju doživljaj sebe i u ključnim trenucima štite nas od destrukcije...No istovremeno dok nas oblikuje i štiti, svijet drugih...prijeti nam otuđenjem i nameće nam oblike spajanja koji su jednostavno prije loši nego dobri...bezbrojni oblici konformizma, velika i mala odricanja sebe u korist drugih, cijena su slobode koju proživljavamo u društvu“⁴⁸¹

Kennedy-jev koncept „temeljne kontradikcije“ ima središnju ulogu u osiguranju općeg teorijskog okvira kritičke pravne teorije. Koncept osim toga čini temelj i izražava kritiku liberalnog legalizma stavljajući ju u širi kontekst kao kritiku tradicije liberalnog društva i političke filozofije.

Najjednostavnije postavljena temeljna je kontradikcija odnos između pojedinca (*self*) i kolektiva (*others*). Kennedijevim riječima: „Temeljna kontradikcija – odnos s drugima ujedno neophodna za i nekompatibilna s našom slobodom... ona nije samo aspekt već čini samu bit

⁴⁸⁰ Kelman, op.cit. (bilj. 406), str. 62.

⁴⁸¹ *The goal of individual freedom is at the same time dependent on and incompatible with the communal coercive action that is necessary to achieve it. Others...are necessary if we are to become persons at all – they provide us the stuff of ourselves and protect us in crucial ways against destruction...But at the same time it forms and protects us, the universe of others...threatens us with annihilation and urges upon us forms of fusion that are quite plainly bad rather than good...numberless conformities, large and small abandonments of self to others, are the price of what freedom we experience in society.* Kennedy, D., *The Structure of Blackstone's Commentaries*, 28 Buffalo Law Review 205, 1979., str. 211-213. dostupno na: http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/The%20Structure%20of%20Blackstone_s%20Commentaries.pdf, 12.11.2018.

svakog problema.⁴⁸² Razumijevanje temeljnog proturječja povezano je s ostalim dihotomijama koje su alternativni izrazi ili derivacija osnovnog oblika: subjektivnost - objektivnost, javno - privatno, država - građansko društvo... Koncept temeljnog proturječja središnji je koncept o kojemu raspravlja većina pripadnika kritičke pravne teorije.

Raspravljajući o problemu temeljne kontradikcije na primjeru odnosa između forme (koja je usko povezana s političkim vizijama) i sadržaja, dao je prilog široj teorijskoj raspravi u odnosu između pojmova pravilo-norma.⁴⁸³ Za formu pravila kaže se da izražava ideale individualizma, dok forma oslonjena na norme odgovara prihvaćanju altruizma. Podvojenost temeljnog proturječja između individualizma i altruizma (između želje za stapanjem s drugima i istovremenom odvojenošću od njih; da se nametne vlastita egzistencijalna neovisnost i autentičnost, a da se pri tome priznaje da je osoba društveno određena i omeđena; da se prizna da je sve što je plemenito i poželjno, kao i ono što je potpuno obscijenjeno te predstavlja nešto strašno – posljedica postojanja strašnog društvenog života) nerješiv su spor pravila i normi u pravnoj praksi.⁴⁸⁴ Proturječni impulsi rješavanja rasprava vezanih za teoriju pomoću pravila ili normi na apstraktnoj su i općenitoj razini. Problem forme je sveprisutan, postoji u svakom sporu oko prikladnog rješenja neke pravne nedoumice, bilo da se iznalazi rješenje nalik pravilima, rješenje temeljeno na normama, odnosno kompromisna pozicija.

⁴⁸² Oblik „odnosa s drugima“ u kapitalističkom društvu su „hijerarhijske strukture moći“. Kennedy dalje zapaža kako „oslobađanje struktura neotuđenog kolektivnog iskustva implicira povećanje kolektivne kontrole nad pripadnicima društva u toj mjeri da ona nadilazi svoju svrhu, odnosno služi sama sebi.“ Ovaj stav približava ga podržavanju transformativne politike R. Ungera u kojoj *revolutionary reformism* prevladava odnose egoizma i dominacije kroz *cumulative transcendence* u potrazi za stvaranjem *community*. Hunt, op.cit. (bilj. 339), fn 56. , str. 20.

⁴⁸³ Kako navodi N. Visković odnos između pravila i norme, možemo najopćenitije utvrditi, vezan je za odnos između općih i pojedinačnih kategorija gdje se izrazom norma označava svaki legitiman zahtjev, pojedinačan ili opći, a izrazom pravilo označavaju se samo opće norme. Tako su prema određenosti adresata pravne norme opće i individualne. Opće norme su one u kojima adresati nisu određeni imenom i prezimenom, već apstraktno kao skupine subjekata, bilo fizičkih ili pravnih osoba, npr. kao građani, roditelji, vojne osobe, studenti ili kao svi stanovnici ako u hipotezi stoji „svi“, „tko“, „svatko“. Takve su norme iz ustavnih, zakonskih, uredbodavnih, običajnopravnih i statutarne akata. Opće pravne norme nazivaju se i pravna pravila, jer nameću jednu pravilnost u budućim ponašanjima iz neke vrste odnosa. Individualne su norme one u kojima su adresati (jedan ili više njih) određeni imenom i prezimenom. Takve su na primjer presude, rješenja i ugovori. U kategoriju općih pravnih normi pripadaju i pravna načela (pravni principi). To su najapstraktnija i temeljna pravila nekog pravnog sustava, najviše opće pravne norme, „norme nad normama“, koje iskazuju osnovne vrijednosti kojima pravni sustav služi i kao takve su važne za usmjeravanje stvaranja i primjene (tumačenja) svih ostalih pravnih normi. Pravna načela izražena su u najvišim pravnim aktima, ustavnim i zakonskim. Pravna snaga jednog pravnog akta (norme) jest njegov položaj nadređenosti ili podređenosti prema drugim pravnim aktima (normama) u hijerarhijskoj ljestvici pravnog sustava. Hijerarhija pravnih akata ovisi o moći subjekata, državnih i društvenih, koji ih stvaraju. Pravna snaga svakog pravnog akta razmjena je moći subjekta koji ga donosi, a ta je moć jedna socijalno-politička činjenica koju izražavaju norme o kompetencijama (nadležnostima). Načelo zakonitosti (legaliteta) je temeljna norma pravnog sustava koji zahtjeva da svi pravni akti državnih i drugih subjekata, kao i njihove pravne radnje, budu formalno i materijalno usklađeni s višim pravnim normama koje reguliraju iste odnose, propisujući sankcije protiv akata i radnji koji taj zahtjev ne poštuju. V.: Visković, op.cit. (bilj. 48), str. 172-182.

⁴⁸⁴ Kennedy, op.cit. (bilj 488), navedno prema: Kelman, op cit. (bilj. 406), str. 16-17.

Za očekivati je da autori kritičke pravne teorije doprinose poziciji koja zagovara norme (ako se smatra kako je pozicija zagovaranja pravila ideološki privilegirana u liberalizmu, ideologiji koja naglašava svoju mogućnost obuzdavanja potencijalnih zlouporaba državne moći kroz vladavinu prava i mogućnost izbjegavanja štetnih interakcija između privatnih stranaka, jednostavnim pozivanjem na pridržavanje pravila). Međutim, teoretičari kritičke pravne teorije zadržavaju se na stajalištu kako niti forma pravila niti forma normi nije stabilna. Činjenica je kako je hipotetski moguće postaviti pravila koja su u potpunosti neprikladna ili postaviti norme koje su u potpunosti neprimjenjive u društvu. To znači da će u svakoj pravnoj raspravi postojati pitanje na koje logički ili empirijski nije moguće dati odgovor te će, omogućavanje značajno većih mogućnosti diskrecijskog odlučivanja ili pak ograničavanje diskrecijskog odlučivanja putem znatno većeg obvezivanja pravilima pri oblikovanju prevladavajućih pravnih uputa, uvijek biti sasvim moguće.

Značaj koncepta temeljnog proturječja pronalazi se i u osiguranju podloge za nepredvidivost i neodređenost pravnog procesa. Postojanje suprotstavljenih principa dopušta stalno prisutnu mogućnost sudskog odabira između dvaju suprotstavljenih pozicija pri donošenju sudskih presuda.⁴⁸⁵ Međutim, postoje dvije alternativne formulacije temeljne kontradikcije. Obje se slažu oko neizbježnosti neuspjeha liberalnog legalizma u prevladavanju temeljne kontradikcije, rješavajući različito mogućnost prevladavanja navedene kontradikcije:

- Prema prvoj temeljna kontradikcija proizvod je liberalnog legalizma. Ona ujedno čini i osnovu liberalnog legalizma temeljenu na konceptu atomiziranog pravnog subjekta i redukcionizmu kolektiviteta na individualiziran status pravnog subjektiviteta. Problem rješenja temeljne kontradikcije vidi u utopijskim perspektivama.
- Druga verzija objašnjava temeljnu kontradikciju na tragu manifestacije ljudskog postojanja, pokušavajući uz uvažavanje svih pravnih i političkih strategija ponuditi pragmatična rješenja temeljnih karakteristika ljudskog postojanja.⁴⁸⁶

A. Hunt u kritici rada teoretičara kritičke pravne teorije pronalazi elemente za dokazivanje tvrdnje o ne postojanju povezanosti i koherencije upravo kroz značaj koncepta

⁴⁸⁵ Zanimljiv je kontrast između teoretičara kritičke pravne teorije i R. Dworkina u analizi sudskog procesa. Dworkin se usredotočuje na tzv. *hard cases* odbacujući uobičajeno pozitivističko pozivanje na koncept diskrecijskog odlučivanja. Njegovo inzistiranje na „jednom pravom odgovoru“ potječe iz sociološke premise prema kojoj političke zajednice dijele set zajedničkih vrijednosti koje se odražavaju u zajedničkom setu principa koji suci otkrivaju, a zatim primjenjuju. V. Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., HUP, 1977., str. 6.

⁴⁸⁶ Hunt, op. cit. (bilj. 338), fn .56. , str. 22.

temeljne kontradikcije u otkrivanju važnih aspekata širih teorijskih utjecaja na kritičku pravnu teoriju. Njegova je latentna uloga, kako tvrdi A. Hunt, stvoriti poveznice između teorije marksizma i interpretativne sociologije: poveznicu koja je karakteristična za projekt frankfurtske škole u obuhvaćanju i povezivanju inter-subjektivne stvarnosti društvene akcije sa značenjem, jezikom, komunikacijom i kulturom.⁴⁸⁷ Osim navedenog, različiti teoretičari kritičke pravne teorije, navode strukturalizam, fenomenologiju, neomarksizam, kritički marksizam, semiologiju kao izvor utjecaja na kritičku pravnu teoriju ukazujući na potrebu svjesne teorijske rasprave unutar samog pokreta. Hunt je kroz opsežnu razradu upozorio na Kennedy-jev pokušaj odbacivanja koncepta temeljne kontradikcije⁴⁸⁸ tvrdeći kako se ona ne može razriješiti takvim jednostavnim postupkom odbacivanja.⁴⁸⁹

Kennedy navedeni problem temeljne kontradikcije opisuje kao ključni za sve teorije individualizma koje se moraju boriti kako bi spojile negativno iskustvo alijenacije i izolacije s pozitivnom čežnjom za povezivanjem i zajednicom.⁴⁹⁰ Kao ljudska bića simultano smo u poziciji privlačenja između dvaju oponirajućih vrijednosti i želja: jedna je potreba za očuvanjem neovisnosti od izvanjskog svijeta, a drugi zahtjeva jednako temeljnu potrebu za životom u svijetu koji će biti transparentan našem umu i odgovor na njegove brige, svijet s kojim možmo postići jedinstvo. Potraga teoretičara kritičke pravne teorije za razrješenjem *dictuma* temeljne kontradikcije⁴⁹¹ liberalnih društava svakako ostaje kako teorijski, tako i iskustveni izazov.

⁴⁸⁷ Ibid.

⁴⁸⁸ D. Kennedy je 1984. u dijalogu *Roll Over Beethoven* s P. Gabelom odbacio koncept temeljne kontradikcije: *I renounce the fundamental contradiction. I recant it, and I also recant the whole idea of individualism and altruism and the idea of legal consciousness.* Čini se kako je razlog ovakvog stava činjenica da je teza o temeljnoj proturječnosti ekstravagantna filozofska generalizacija. Teza je jednostavnije rečeno previše apstraktna. No, Kennedy-jeva potraga za rješenjem proturječja liberalnog legalizma svakako nije prestala. Današnje temeljno polazište njegove teorije je tzv. *private law theory* koja ustanovljuje proturječnosti pravnih opravdanja te i/ili prepoznaje njihovo porijeklo u *extra-legal* području. Jednostavnije, Kennedy je pročistio svoju kritičku strategiju zamjenjujući *internal critique* u kojoj ostaje unutar pravnog diskursa s *external critique* u kojoj prekida pravne argumente kroz upotrebu *extra-legally substantiated ground*. Svoj cilj kritike Kennedy mijenja iz filozofijskog liberalizma u politički liberalizam. (M. Funakoshi ovaj zaokret uspoređuje s Rawlsovim zaokretom od univerzalističke *Theory of Justice* ka kontekstualističkom *Political Liberalism*). Zbog ovog zaokreta M. Funakoshi tvrdi kako Kennedy-jeva teorija postaje „analitički koristan alat za ortodoksnu pravnu praksu.“, čime je Kennedy svoju teoriju *de-philosophized*. P. Gabel & D.Kennedy, *Roll Over Beethoven*, 36 *Stanford Law Review* 1, 1984., str.15-16.

dostupno na:

<http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Roll%20Over%20Beethoven.pdf> (20.6.2018.) V. i M. Funakoshi, *Taking Duncan Kennedy Seriously: Ironic Liberal Legalism*, str. 238-239., dostupno na: <http://widenerlawreview.org/files/2009/09/Microsoft-Word-05-FUNAKOSHI-FINAL.pdf>, 28.11.2008.

⁴⁸⁹ Hunt, op. cit. (bilj. 338), str. 24-28.

⁴⁹⁰ Minda, op.cit. (bilj. 335), str. 618.

⁴⁹¹ M. Funakoshi, *Taking Duncan Kennedy Seriously: Ironic Liberal Legalism*, str. 238., dostupno na: <http://widenerlawreview.org/files/2009/09/Microsoft-Word-05-FUNAKOSHI-FINAL.pdf>, 28.11.2008.

4.2. Pravna neodređenost

Specifičnost je Kennedy-jeve pozicije u tumačenju pravne neodređenosti kao jedne od središnjih teza CLS-a upravo u pokušaju interne kritike (za razliku od eksterne koju većina teoretičara kritičke pravne teorije primjenjuje). Kennedy naravno priznaje kako u pitanju pravne neodređenosti suci ne mogu donositi odluke isključivo pozivajući se na postojeće pravilo, odnosno u područjima primjene prava gdje postoje praznine, sukobi i nesuglasja unutar ili među pravilima pokušavaju stvoriti novo pravilo te ga primijeniti u danom slučaju prije nego mehanički primjenjuju neprikladno pravilo.⁴⁹²

Kennedy u daljoj raspravi upravo u djelu *A Critique of Adjudication [fin de siecle]* predlaže tzv. srednju poziciju između primjene prava i sudskog presuđivanja (*middle term between law application and judicial legislation*)⁴⁹³ kako bi nadvaladao dihotomiju između determinacije i politike (*either determinacy or politics*) u procesu pravnog opravdanja (*legal reasoning*).⁴⁹⁴ Upravo ovim stavom Kennedy se opredjeljuje za kritičkog pragmatičara, za razliku od Ungera, kojeg svakako prije možemo smatrati transcendentalnim filozofom.

4.2.1. Kritika procesa suđenja

Navedeno Kennedyjevo djelo *A Critique of Adjudication [fin de siecle]* donosi uvid u političku prirodu prava, prije svega u području presuda, odnosno donošenja odluka u procesu suđenja. Osim toga ovo je njegovo djelo jedno od prvih pokušaja integriranog pristupa u proučavanju američkog pravnog sustava i pristupa proučavanju prava kroz balansiranje između snažnog skepticizma i potpune predanosti europskoj tradiciji u području društvenih znanosti, uvodeći u područje razmatranja ideje filozofijske i psihologijske tradicije. Srž ovog rada predstavlja pitanje na koji način politika utječe na proces donošenja odluka kod sudaca i kako u vezi s tim, suci utječu na američku politiku. Ovdje je značajno naglasiti koliko u zemljama koje imaju common law sustav, pravni sustav – više no drugdje – ovisi o učinkovitosti i sposobnosti sudaca. Za razliku od europske tradicije, suci su formalno (i stvarno) slobodniji u ocjeni, a kroz snažnu ulogu prakse pojačava se i laički element u suđenju, stoga je uloga vanjskih uvjeta u presuđivanju velika. Odluka o pravu uvijek je izbor između alternativa u tumačenju prava te je stoga u opravdanju – legitimizaciji – odluka o izboru prava samo jedan

⁴⁹²Kennedy, op.cit. (bilj. 354), str. 26-28. i Funakoshi, op.cit. (bilj. 498), str. 241.

⁴⁹³ Ibid.

⁴⁹⁴ Funakoshi, op.cit. (bilj. 498), str. 242.

od elemenata. Odluka o pravu ne može se pretkazivati samo na temelju poznavanja prava, iako će ona formalno biti dio koherentnog pravnog sustava. Što sve utječe na ponašanje suca, predmet je kauzalne analize, a pravo i njegova primjena samo je jedan od čimbenika.⁴⁹⁵

Istražujući ulogu političke ideologije liberalizma ili konzervativizma, odnosno prava države i abolicionizma u donošenju prava, Kennedy smatra kako je stvaranje prava od strane sudaca kroz presedane aparat ideološkog projekta, u istoj mjeri kao i zakonodavna aktivnost. Donošenje presude prema Kennedyju ima nekoliko ideoloških učinka:

- Difuzija moći u procesu stvaranja prava smanjuje moć ideološki organizirane većine kako bi stvorila značajnu promjenu u bilo kojem području pod pravnom jurisdikcijom te osnažuje moć frakcija pravne inteligencije koje imaju zadatak odlučiti o ishodu međusobnog ideološkog konflikta izvan legislativnog procesa;
- Time pojačava dojam prirodnosti, neizbježnosti i relativne pravednosti statusa quo, kakav god da bio, nad eventualnom prevagom onoga što bi bio rezultat u nekom sustavu višeg stupnja transparentije;
- Donošenje presuda u funkciji je osiguranja posebnog ideološkog i općeg klasnog interesa pripadnika društvenog i ekonomskog statusa quo;
- Donošenje presuda osim toga zadržava uvjerenje kako prava postoje, premda se kritika donošenja presuda povezivala s gubitkom povjerenja u sustav vladavine prava;
- U konačnici naše uvjerenje u mogućnost pravne racionalnosti učvršćuje ideju kako postoje stručni diskursi u koje možemo vjerovati, ne samo izvan, nego i u suprotnosti s našim ideološkim uvjerenjima.⁴⁹⁶

Temeljno pitanje ovoga djela je uloga političke ideologije u sudskoj aktivnosti koju je najjednostavnije opisati kao proces stvaranja prava. Kennedy tvrdi kako je stvaranje prava u sudskom procesu sredstvo i dio ideološkog projekta koji se svakako razlikuje od jednako ideološki usmjerenog rada u području zakonodavstva. Temeljno sredstvo u analizi stvaranja prava pri procesu donošenja odluka je detaljan izvještaj procesa donošenja presuda koji uključuje različite metodologije. Proces donošenja odluka kod sudaca odvija se u kontekstu strukture pravnih pravila, u suočavanju s određenom pukotinom, konfliktom ili ambiguitetom unutar strukture. Najznačajniji utjecaj ideologije u procesu donošenja presuda dolazi u području interpretacije:

⁴⁹⁵ Kregar, J., Šimonović, I., op.cit. (bilj. 166), str. 568.

⁴⁹⁶ Kennedy, op.cit. (bilj. 354), str. 1-31.

- posebne tehnike u retorici pravnog opravdanja i
- opće političke retorike određenog povijesnog trenutka.

Ponekad su suci ograničeni građom u donošenju određenog rješenja, čak ako i rade u sredini koja je u velikoj mjeri zasićena ideologijom. No, oni uvijek ciljaju proizvođenju posebnog retoričkog efekta u svom radu: pravnoj nužnosti njihovih rješenja bez obzira na ideologiju.⁴⁹⁷ Usmjeravaju se upravo ka navedenom retoričkom efektu „neiskorjenjivoj mogućnosti strateških ponašanja u interpretaciji“, pod kojom Kennedy podrazumijeva eksterno motivirane ideološke izbore rada koji pomažu u razvoju posebnog ponovnog iskaza i donošenju određenog rješenja u odnosu na sve moguće druge izbore. Često se uključuju u proces „poricanja osobnih strategija ponašanja“ koje ih dovode u „poziciju lošeg uvjerenja.“

Na temelju ovog modela Kennedy je ponudio tri odgovora na pitanje učinaka donošenja presuda:

- Difuzija moći u stvaranju prava smanjuje moć ideološki organizirane većine, bila liberalna ili konzervativna, kako bi donijela značajnu promjenu u bilo kojem sadržajnom području upravljanom pravom. Time osnažuje pravne frakcije inteligencije koja odlučuje o ishodima međusobnog ideološkog konflikta izvan legislativnog procesa. Donošenje presuda osigurava poseban ideološki i opći klasni interes inteligencije društvenog i ekonomskog statusa quo;
- Drugi način na koji funkcionira donošenje presuda je kroz odnos prema općoj ideji vladavine prava. Uvjerenje o postojanju i vladavini prava narušeno je njihovom ulogom u pravnom diskursu. Kennedy pokazuje kako uvjerenje o postojanju prava podržava povjerenje u donošenje presude te kako je kritika donošenja presuda ponekad implicirala gubitak povjerenja u vladavinu prava;
- U konačnici naša podvojenost uvjerenja u mogućnost postojanja pravnog opravdanja kao modela, uz znanstvenu racionalnost, samo je jedna od mogućih inačica opće institucionalne „pravednosti“ u društvu. Na najopćenitijem nivou ideja postojanja ekspertnih diskursa ne samo izvan nego i kontra dominantne ideologije, podupire raznolikost depolitizacijskih praksi.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ Ibid.

⁴⁹⁸ Ibid.

4.2.1.1. Osobnost sudaca

U zapadnoj Europi, uključujući Veliku Britaniju društvena uloga suca donosi u mnogome manju poziciju moći u odnosu na SAD. Osoba suca ima veoma važnu ulogu u američkoj kulturi, donoseći sa sobom multipla značenja i asocijacije kako podcijenjenih tako i precijenjenih tonova mistične moći. Između ostaloga, dužnost interpretativne vjernosti i iskustvo ograničenja, temeljne su karakteristike sudačke osobnosti u američkoj pravnoj kulturi. Suci bi se trebali uzdići iznad te ostaviti po strani, oduprijeti ili transcendirati svoje osobne interese, instinktivne i intuitivne simpatije, svoje sklonosti i ideološko opredjeljenje. Njihova je profesionalna dužnost predati se i usredotočiti svoj rad ka višem cilju od sebičnog interesa pojedinca.

Na ulogu suca jednim se dijelom gleda kao na mitsku, upravo zbog sraza između uvriježenog stava o ljudskoj prirodi kao suprotnoj od onoga što bi osobnost suca trebala utjeloviti. Stoga se njegov položaj uspoređuje s religijskim ili redovničkim odricanjem, odnosno depersonalizacijom osobnosti.⁴⁹⁹ Pretpostavka je da se suci trebaju „predati nečemu većem i višem od sebe samih“.⁵⁰⁰ Sudac naravno može pogriješiti postajući sitnim diktatorom, predajući se korupciji, postajući birokratom ili ispuštajući svoju herojsku ulogu. Neke od mitskih uzora uloga suca su Bog, kralj, dobar otac velike obitelji (kao glava obitelji) ili Solomon. Njegov zemaljski kolega oličan je u ulozi policajca, liječnika, terapeuta pa čak i pilota. No, činjenica je kako puko opisivanje uloge suca, uništava njegovu mitsku, arhetipsku ulogu i osobnost jer predstavlja utjelovljenje multiple arhetipske vještine muške moći definirane kontrastom prema majci, medicinskoj sestri te ostalim slikama ženskog umijeća i moći. No, nikako nećemo biti u mogućnosti razumjeti političke posljedice ograničenja u donošenju presuda, ukoliko ne spoznamo njegovu ulogu u kompleksnom simboličkom kontekstu.

Iskustvo ograničavanja je kod sudaca stvarno, često i obavezno uključuje borbu. Naš osjećaj prema kojemu se suci bore u ograničavanjima, jedna je od činjenica koje nas navode na povjerenje u njih. Upravo iz razloga što se ponašaju u skladu sa striktnim normama, divimo im se, poštujemo ih pa čak i strašimo, te im dobrovoljno predajemo moć upravljanja svojom sudbinom. No, unutar okvira političke kulture koja inkorporira navedeni set vrijednosti i osjećaja o sucima, postoji „crv sumnje“ subverzivne „nihilističke“ doktrine kojoj je cilj delegitimizacija sudaca i uništavanje njihove aure svetosti.

⁴⁹⁹ Cf. *ibid.*, str.3.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

Kennedyjeva je teza kako stvarno iskustvo ograničenja zastupljenih u američkoj pravnoj kulturi legitimiraju i ojačavaju sudski autoritet u situacijama stvaranja prava u kojima imaginacija prinude čini samo dio onoga što se uistinu zbiva. Drugim riječima, jedna od posljedica ograničenja u praksi je mistifikacija izbora, kontroverza i ideologija u donošenju presuda u situacijama u kojima je ograničenje samo dio cjelokupne priče. Neki se dijelovi sudskih odluka u procesu presuđivanja najbolje mogu opisati kao ideološki izbor iznesen u diskursu sa snažno usvojenim pravilom izbora poricanja (*denial*), izvođenom od strane aktera od kojih su mnogi u „lošoj vjeri“ (*bad faith*).⁵⁰¹

Kritičko preispitivanje načina na koji suci donose presude u sudskim sporovima, ovdje će biti opisano kroz pristup Duncana Kennedyja u djelu *A Critique of Adjudication* iz 1997. (kojemu je posvećeno posebno izdanje časopisa *Cardozo Law Review* iz 2001.). Kennedyjeva perspektiva polazi od lijevo orijentiranog modernističko/postmodernističkog stajališta. U navedenom djelu, Kennedy opisuje ulogu ideologije u procesu donošenja presude kod suca, postavljajući pitanje da li suci jednostavno odlučuju na temelju svojih političkih i ideoloških uvjerenja: ukoliko su konzervativne ili liberalne orijentacije donose li presude „naslijepo“ prema svojim osobnim ideološkim uvjerenjima?

Kennedy odbacuje marksističko shvaćanje prema kojemu suci jednostavno postupaju prema nahodjenju „lažne svijesti“. Također odbacuje stav kako su suci samo instrumenti elita te stav kako suci uvijek u presudama nameću svoj osobni ideološki stav. Ono čime se u polaznoj točki svog sudovanja koriste su „slaba vjera“ i „poricanje“ (*bad faith and denial*).⁵⁰²

Na samome početku procesa suđenja, sudac je suočen s rascjepima, prazninama, konfliktima i nesuglasjima koje mora razriješiti iskazom u sudskoj presudi. Čitav niz ograničenja smanjuju sučevu mogućnost prema kojoj bi mogao jednostavno postupati na temelju svojih političkih ili ideoloških uvjerenja:

- Kao prvo sudac je ograničen pravno kroz jedan od dva moguća načina: može biti izložen nizu činjenica i suočen s dva potpuno kontradiktorna opisa u njihovom objašnjavanju. Ukoliko alternativne interpretacije nisu relevantne u izboru primjene pravila, sudac može „nesvjesno“ primijeniti prikladno pravilo metodom deduktivne logike;
- Sljedeća moguća situacija je ona u kojoj su činjenice poznate, no interpretacija pravila je upitna. Može se dogoditi da sucu ne odgovara ishod koji će biti rezultat

⁵⁰¹ Cf. *ibid.*, str. 21.

⁵⁰² Koncept „*bad faith*“ (slaba vjera) preuzima od Jean Paul Sartra, a „*denial*“ (poricanje) od Ann Freud iz područja analize nesvjesnog i njenog „obrambenog mehanizma“. V.: Milovanović, *op.cit.* (bilj. 288), str. 131.

primjene pravila te pokušava svim naporima razviti alternativnu interpretaciju, u kojoj u konačnici ne uspijeva te je primoran primijeniti „neodgovarajuće“ pravilo, ponovno primjenom deduktivne metode. Sučeva dužnost „vjere“ u činjenice ujedno je i njegovo ograničenje, on je izvršitelj onoga što nalaže zakon;

- U sljedećem slučaju suci su ograničeni reakcijama koje primaju od svoje publike. Ono što oni sami žele je „izgledati kako u svojim presudama slijede načelo vladavine prava, odnosno, slovo zakona.“ Ograničeni su, s jedne strane internim faktorima (u traženju pravnih opravdanja koja su im osobno prihvatljiva), i eksternih faktora (u traženju opravdanja koja će se činiti uvjerljiva publici, njegovoj „interpretativnoj zajednici“).

S obzirom na navedena nesuglasja, postavlja se pitanje na koji način suci uopće donose presude u slučajevima? Kennedy tvrdi kako uopćeno gledano postoje tri tipa sudaca:

1. „Ograničeno aktivistički“ tip suca razvija pravne interpretacije koje pristaju uz njenu/njegovu aktivističku prirodu, ne nema niti najmanju namjeru suprotstavljati se zakonu. Nakon bezbrojnih pokušaja smišljanja alternativa (u liberalnom ili konzervativnom smjeru) podliježe formalizmu (deduktivnoj logici) tvrdeći kako slovo zakona zahtijeva točno takav ishod.
2. „Diferencijalno - rascijepljen“ tip suca zaokupljen je otkrivanjem dvaju suprotstavljenih polova slučaja između kojih odabire srednju poziciju. Između konzervativne i liberalne postoji umjereni struja kojoj takav tip suca teži u presudama.
3. „Biploarni“ tip suca snažno je opredijeljen u svome radu stremeći isključivo ka konzervativnom ili liberalnom polu. U nekima od svojih slučajeva naporno radi na usmjeravanju slučaja ka liberalnom presuđivanju („ograničeno aktivističkom“ tipu), a u drugima pak u sasvim suprotnom konzervativnom smjeru. No uvijek je obazriv/a u svom radu nastojeći biti uvjeren/a kako se na dug vremenski rok presude izjednačavaju. Svoju karijeru gradi na „diferencijalnoj rascijepljenosti“ te je u stalnom rascjepu između dvaju ideoloških pozicija.

No, ostaje pitanje kako suci uistinu rezoniraju i postupaju? Prema Kennedyju njihovo stalno nastojanje u potrazi za pravom mora se opisati kao „polu – svjesna“ aktivnost. Nisu u potpunosti svjesni, a niti u potpunosti nesvjesni u svom postupanju. Djeluju u jednakoj mjeri postupajući prema konceptu „slabe vjere“ i „poricanja“. Činjenica je kako u svome postupanju nisu u potpunosti ideološki uvjetovani. No u području nesvjesnog, dolazi do disonantnosti koja je uznemirujuća. Istovremeno postoji svijest kako je otkriće u pravu drugačije, ono može biti

podržano samo kroz nesvjesne obrambene mehanizme „poricanja“ koje je razvila Anna Freud. Kao što tvrdi Kennedy „motiv za poricanjem potreban je kako bi se oslobodili anksioznosti“. Tako svojim inzistiranjem na ne-ideološnosti postupaju prema načelu „slabe vjere“. Ograničeno-aktivistički, diferencijalno-rascijepljen i bipolarni sudac u jednakoj mjeri doživljavaju kognitivnu disonancu i konflikt uloga te koriste princip poricanja kako bi održali privid neutralnosti u pravu i kako bi pomirili svoje različite, često neukusne, presude pred samim sobom. Također djeluju prema načelu slabe vjere zbog refleksije koja se događa u podsvijesti.

Kennedy dalje tvrdi kako se ne mogu baš svi pripadnici sudske profesije svrstati u tri navedena kalupa. Pojedini od njih nemaju što poricati, neki animiraju činjenice slučaja, ustanovljuju prikladna pravila te slijede deduktivno opravdanje ka svom logičkom zaključku. U konačnici prema Kennedyjevom zaključku, suce ne kontroliraju elite, ali nisu niti u potpunosti neovisni; no ne primjenjuju ni svoje političko – ideološke stavove jednostavno i jednostrano u postupanju pri odlučivanju u predmetima. Najčešće se služe procesom poricanja i djelovanja u kontekstu slabe vjere (*denial and bad faith*).⁵⁰³

4.2.1.2. Razlika između donošenja presude i donošenja zakona

Razlikovanje između zakonodavstva i sudstva predstavlja značajnu ulogu u američkoj političkoj kulturi, no ima veoma malo kredibiliteta među inteligencijom, a još manje među pripadnicima pravne inteligencije. Razlog tomu je činjenica kako je nemoguće opisati stvarnu aktivnost sudaca isključivo kao proces primjene prava, barem u opće prihvaćenoj ideji čiste primjene prava. Suci naravno primjenjuju pravo uzimajući određeno pravilo koje sve strane podrazumijevaju valjanim, istražujući je li dokazano činjenično stanje stvari. No, ostaje mišljenje kako suci uvijek čine više od puke primjene pravila. U svom minimumu sudac je često u prilici razriješiti praznine, suprotnosti ili višeznačnosti u sustavu pravnih pravila. U pojedinim slučajevima, bez obzira na svu moguću količinu postojećih značenja koja iziskuju rješavanje slučaja koja nisu dovoljna, dolazimo do situacije u kojoj sudac uvodi, odnosno „stvora“ novo pravilo primjenjujući ga na činjenice te time ne koristi neko ranije postojeće pravilo.

U procesu identifikacije dihotomije između procesa stvaranja i procesa primjene prava čini se kako nema dvojbe o razlikovanju zakonodavne i sudske vlasti. No, čim se postavimo u poziciju šireg razumijevanja, u pravnoj interpretaciji slijedi kako presuđivanje uključuje oboje:

⁵⁰³ Kennedy, op.cit. (bilj. 354), str. 1-23.

stvaranje i primjenu prava. Kennedy smatra kako nisu uvjerljive tvrdnje američkih sudaca kako su ograničeni u svom izražavanju političkih stavova upravo zakonodavno. Suci se predstavljaju neutralnima s obzirom na kontekst prava koji stvaraju što je ujedno i politički zahtjev popularne kulture. Osim toga, svakom pojedinom sucu je u interesu prikazati svoj izbor i primjenu pravila kao nepovezanu sa sudskim stvaranjem pravila. Mnogi posebni zahtjevi pravne nužnosti u sudskom mišljenju nisu u potpunosti uvjerljivi te time podižu pitanje onoga što „uistinu“ određuje ishode.

Kennedy navodi pet različitih tipologija u pristupu ideološkog razmišljanja o procesu presuđivanja:

1. je povezan s klasičnim pozitivizmom H.L.A. Harta prema čijem stajalištu apsolutno sve što ne pripada isključivo u područje primjene prava pripada u područje sudačkog stvaranja prava pa i oni slučajevi u kojima sudac, barem reformulira postojeći koncept vladavine prava.
2. poziciju Kennedy povezuje s Kelsenom, Ungerom, Tushnetom, Pellerom i Boylom. Ona ruši razliku između stvaranja pravila i njihove primjene dokazujući kako se primjena pravila ne može odvojiti od subjektivnog utjecaja, uključujući i ideološki utjecaj. U istoj je mjeri porozan proces koji podrazumijeva premošćivanje praznina, nesuglasja i kontradiktornosti u pravu. Navodeći čitav niz argumenata prema kojima primjena pravila „ne može biti objektivna“ oslanjajući se na lingvističke filozofe poput J. Locka, L. Wittgensteina, R. Rotryja i J. Derridu.

U američkoj pravnoj kulturi opće je poznata činjenica kako suci stvaraju pravo u procesu pravne interpretacije. Osim toga, očigledno je kako u većini slučajeva proces primjene određenog pravila iskustveno prolaze svi uključeni, ne samo oni problematični slučajevi. Premda u slučaju izbora pravila, imamo izbor između termina koji će biti jednostavni („pojedinaac može glasati s 21 godinom starosti“) i onih koji će biti „teški“ („kada postignete zrelost“) za primjenu. Time iskustvo ključnog značenja preživljava gubitak svoga metafizičkog utemeljenja. Premda problematični slučajevi u primjeni pravila ostaju jednostavni bez obzira na naša najbolja nastojanja, predstavljaju manji problem u zahtjevu za ideološkom neutralnošću u procesu donošenja presuda imajući u vidu otvorenost interpretativnog procesa. Sučeva pozicija među novim pravilima pretpostavlja premošćivanje praznina, nesuglasja i konflikata koje su u odnosu prijepora s normativnim diskursom statutorne i ustavne interpretacije, presedana i „politike“. Taj diskurs može ponekad krivo pretpostaviti kakva god pravila usvoje suci, mogu ih

primijeniti „neutralno“ i svakako je sigurno da je jednako važno kako se pravila primjenjuju, koliko je važno i što ona uistinu jesu.

U sustavu „common law“ u procesu reformulacije pravila u određenom slučaju u procesu primjene pravila na rješavanje određenog slučaja donesena reformulacija postaje dio „izvora“ prava u budućim slučajevima. Upravo je iz tog razloga proces stvaranja prava ovim putem uvijek je bio predmet usporedbe u procesu stvaranja prava zakonodavnim putem.

3. pozicija odnosi se na stajalište kako proces sudskog stvaranja prava nije odvojen od zakonodavstva jer je u svojoj biti s njim neodvojivo povezan. Klasična izjava ovakvog stajališta ona je Olivera Wendella Holmesa: „priznajem bez oklijevanja kako suci moraju suditi, no to čine samo interpolarno, ograničeni u djelovanju od rubnih do molekularnih pokreta.“⁵⁰⁴ Rješenje ove vrste prihvaća da je primjena pravila metodološki različita od sudskog stvaranja prava što čini problematičnim karakter sudovanja. Ovdje se postavlja pitanje što je garancija neideološke distinkcije između interpoliranog i makro stvaranja prava, ili između „političkih“ i „sudskih“ pitanja.
4. Pozicija predlaže izvornu srednju poziciju između primjene prava i sudskog stvaranja prava. To je metoda „koherencije“ ili „umještanja“ kroz koje sudac može stvoriti novo pravilo u pravu bez savjetovanja sa svojim osobnim legislativnim preferencijama. Ovo rješenje povezuje Kennedy s djelom B. Cordozoa, K. Llewelyna, L.L. Fullera, H. Harta i A. Sacksa, N. McCormicka, J.M. Finnisa, i R. Dworkina. Proces stvaranja pravila različit je od metode razvoja definicija riječi u pravnim pravilima kao pomoć u njihovoj primjeni jer se fokusira na izbore među različitim pravilima koji bi trebali razriješiti praznine, nesuglasja i konflikte u pravnom sustavu shvaćenom kao skup pravila. Jasno je i nedvojbeno kako sudac stvara pravo tretirajući čitav postojeći korpus pravila kao produkt implicitnog racionalnog plana prilagođujući pravilo tako da unaprjeđuje plan. Činjenica je kako će pojedinac slijediti plan čak i ukoliko se s njim ne slaže.

Metoda koherencije dopušta sucu ideološki rad, unaprjeđuje poseban pravni sustav razvijajući ga u smjeru praznine, konflikta ili nesuglasja. Tako shvaćen sustav može biti bezgraničan osim u izradi ideološke koncepcije, u smislu liberalne ili konzervativne koncepcije.

U poznatom slučaju zakonodavac je donio iscrpan zakon, na primjer, National Labour Relation Act, koji samosvjesno odbacuje ranije postojeći konzervativni režim radnih

⁵⁰⁴ Cf. *ibid.*, str. 33.

odnosa i u jednakoj mjeri prihvaća suprotstavljen liberalni sustav. Sudac koji želi riješiti slučaj u okviru zakona mora se prikloniti liberalnom sustavu. Vodi ga u rješavanju slučaja dakle zakonodavna, a ne njegova osobna ideologija. Koherentna koncepcija, na primjer ona Dworkinova, dopušta slične analize zahtijevajući kategorička izuzeća u interpretativnom procesu ostalih političkih koncepcija.

Prateći razvoj i rješavanje ovog pravnog problema od Cardoza do Fullera preko Harta i Sacksa do Dworkina zamjetna je uočljiva evolucija u procesu koja se kreće od zamagljivanja razlika između srednje pozicije koherencije i sudskog stvaranja prava, dok istovremeno energično afirmira njegovu nemoć. Dworkin, kao i velika većina modernih američkih teoretičara prava, priznaju (pa čak i potvrđuju) politički karakter u procesu donošenja presuda:

„Pravna praksa vježba je u procesu interpretacije, ne samo na primjeru odjetničkog tumačenja zakona ili dokumenta nego u najopćenitijem smislu. Pravo utemeljeno na taj način duboko je i u potpunosti politično. Odjetnici i suci ne mogu izbjeći politiku shvaćenu u širem smislu. No, pravo po sebi nije pristalica osobne politike, a kritika prava ne vidi razliku koju će proizvesti loše razumijevanje ili još lošije vodstvo“⁵⁰⁵

Prema Dworkinovu stavu težak slučaj može zahtijevati prosudbe „političke teorije“ iz razloga što može postojati nekoliko rješenja koja odgovaraju zahtjevima podudarnosti. Osim toga može se dogoditi da sudac mora odlučiti između rješenja koja su u jednakoj mjeri koherentna jer ne postoji metakriterij u odabiru između političkih teorija ili između različitih oblika podudarnosti uvjetovanih utjecajem političkih teorija osim sudačke uvjerenosti kako je upravo odabrana teorija najbolja. U ovakvom pristupu Kennedy ističe ekstremno „protestantsku“ viziju „pravednosti“ u interpretaciji. U teškim slučajevima sudac se ne može osloniti na neki vanjski izvor autoriteta ili ideju objektivnosti, ne može se nadati suglasnosti od strane drugih te ne smije podleći sumnji postoji li istina koju traži uistinu negdje izvan njega samoga.

5. verzija u procesu donošenja presude u građanskom pravu kombinira sve navedene elemente na nešto drugačiji način. U Europi uobičajena je uloga suca primjena relevantnih zakona na činjenice u slučaju koristeći pretpostavke nepostojanja praznina. Ukoliko se slučaj ne može razriješiti semantičkom ili deduktivnom analizom značenja termina u važećem ozakonjenom pravilu, sudac upotrebljava interpretativne tehnike temeljene na pretpostavci kako je zakon usklađen rad posebne konceptualne strukture.

⁵⁰⁵ Cf. *ibid.*, str. 36.

Sudac se u tom slučaju ponaša najbolje kako može no zadržava stajalište kako „uistinu ne postoji ispravan odgovor“. Ova verzija zanemaruje pomisao kao će postojati slučajevi u kojima će sudac morati ići iza koherencije ili se uklopiti u stvarnost opće političke teorije te kako opće teorije legitimno utječu na ishod u određivanju koherencije uopće.

Tablica 6. Tipologija teorija presuđivanja

Tipologija teorija presuđivanja	Teoretičari/Predstavnici
Dedukcija + sudsko stvaranje zakona	H.L. Hart
Sudačko stvaranje zakona	R.M. Unger
Dedukcija + ograničavajuća pravila + sudačko stvaranje pravila	J. Raz
Dedukcija + koherencija + sudačko stvaranje pravila	N. MacCormick
Dedukcija + koherencija + osobna politička teorija	R. Dworkin
Dedukcija + koherencija	Građani

Izvor: izrada autora

Razvoj ovih teorija jednostavno je dio šireg političkog projekta. Čim se pomaknemo u razumijevanju procesa presuđivanja kao primjene pravila ka razumijevanju procesa kao interpretacije, primjećujemo destabilizaciju šire liberalne koncepcijske strukture koja razlikuje sudove od zakonodavstva, pravo od politike, tehničke od demokratskog donošenja odluka i vladavinu prava od tiranije. Šira struktura ima središnju ulogu u ideološkim kontroverzama među različitim ideološkim orijentacijama čime pitanje donošenja presuda postaje ideološko pitanje.

4.2.1.3. Ideološki sukob oko definicije pravnih pravila

Kennedy definira ideologiju kao projekt univerzalizacije ideološke inteligencije koja sebe vidi kao nositelja interesa grupe koja je u sukobu s drugom grupom navodeći liberalizam i konzervativizam kao primjer dvaju suprotstavljenih ideoloških orijentacija u američkoj pravnoj kulturi. Tvrdi kako je važna karakteristika ovih dvaju ideologija na američkom

kontinentu sličnost opće strukture i argumentativnih elemenata, a razliku među njima čini način na koji su pojedini elementi postavljeni u odnosu prema rangiranju problemskih pitanja.

Kada su sporna pravna pitanja, što je čest slučaj, pravni zastupnici ideološke inteligencije zagovaraju ih kod izvršnog i administrativnog osoblja, sudaca i porotnika.

4.2.1.3.1. Grupni interesi u evoluciji pravnih pravila

Pravna pravila imaju važnu ulogu u velikom broju različitih konflikata koje pojedinci zamišljaju među grupama. U slučajevima gdje su konflikti predmet sudskog spora tužitelj i branitelj smatraju se dijelom suprotstavljenih grupa. U konfliktu između dvaju suprotstavljenih stranaka (grupa) fokus je usmjeren upravo prema određenom pravilu koje ima najznačajniju ulogu u razrješenju spora. Pravilo je dio stalne strukture grupnog konflikta. Izbor definiranja ili interpretacije pravila može biti od manje važnosti u određenom sporu, no zbog činjenice da se pravilo pojavljuje u nebrojenim budućim sporovima udaljenih konteksta ili slično strukturiranih grupnih konflikata značajno je da se grupa bori oko pitanja pravila.

4.2.1.3.2. Ideologija kao univerzalizacija grupnog interesa

Konflikt oko definiranja pravila u pravu nazivamo ideološkim kada implicira interes velikog broja pojedinaca izuzev samih stranaka u sporu. Osim toga grupa mora svoj interes predstaviti općim, širim društvenim, a ne sebičnim interesom pojedinca te zahtjev mora biti tako postavljen da ostale grupe moraju popustiti u pitanju definiranja pravila. Osim toga mora postojati raspoznatljivo „javno mišljenje“, diskurs, isječak teksta koji se može višestruko primijeniti u proizvodnji argumenata u korist definiranja pravila koji će ići u prilog određenom interesu, odnosno inteligenciji. Inteligencija se sastoji od pojedinaca koji upravljaju ideologijom, razvijaju ju, primjenjuju te ju mijenjaju tijekom vremena. Temeljnu odrednicu ideologije čini njena stalna napetost između grupnih obveza s elementima psihološke identifikacije, zajedničkim osjećajima i željama te samosvjesnom solidarnosti – a sve su navedene odredbe, upute ili prijedlozi tijelo teksta.

Na društvenom nivou grupa koja razvija ideologiju, uvijek je ambivalentno povezana sa širom grupom s kojom dijeli iste interese. Osim toga ona ima i svoje osobne interese koji proistječu iz pozicije nositelja razvoja ideologije koji se mogu naći u sukobu s općim interesom šire društvene skupine. Ti interesi mogu također biti ideologizirani (istina, moć i sl.). Ideologija je projekt, a ne samo prevođenje interesa u drugačiji medij, ona je posrednik između interesa i univerzalnih ciljeva. Ideologija može utjecati na interese, ali taj utjecaj može biti i obrnut. Ona nije superstruktura koja striktno udovoljava interesima, niti je isključivo puka tvorevina ideja.

Ideologije postoje ne samo kao izraz interesa određene društvene grupe nego i u relaciji prema drugim ideologijama. Definirajući karakter ideologije je da je „sporna“. Linije razdvajanja između ideologije i sekte ili kulta ponekad se također slabo mogu razaznati.

Definiranje pravnih pravila stalan je predmet ideološkog konflikta. Bez obzira radilo se o zakonodavstvu, žalbenom sudu ili oglasnoj agenciji, cilj je postići ishod – određeno definiranje pravila – koje je ulog ishoda ideološkog konflikta. Dijalog i pogodba stalan su dio ideološkog nadmetanja oko definiranja pravila, čime je karakter ideološkog konflikta beskonačan. Sva pravila sadržavat će u sebi, duboko usađene, strukturne pretpostavke koje jasno omogućavaju onima koji donose odluke, razriješiti određene kontroverze na suprotne načine; cjelokupno pravo naizgled istovremeno ili traži ili bar dozvoljava unutarnje proturječne korake. Način na koji sve prakse unutar liberalnih kapitalističkih pravnih sustava mogu biti protumačene tako da naglase, bilo jezgru privilegiranih liberalnih vrijednosti (legalnost određena pravilima, individualizam, subjektivnost vrijednosti, intencionalizam, antipaternalizam) ili disidentske vrijednosti (norme ovisne o situaciji, altruizam, objektivnost vrijednosti, determinizam, paternalizam). Pripadnici kritičke pravne teorije opisali su nemogućnost potiranja proturječnosti u teoriji i praksi,⁵⁰⁶ naglašavajući kako pravo stvara i osnažuje ideologiju koja čini teškim, u kognitivnom smislu, uvidjeti njegove nepravde kao i njegovu promjenjivost.⁵⁰⁷

4.2.2. Orijentacija na središnju poziciju (*Middle Term orientation*)

Kennedy-jev članak *Legal Formality*⁵⁰⁸ dokazuje njegovo stalno traganje za središnjom pozicijom između primjene prava i sudskog presuđivanja. Središnje je pitanje koje postavlja u ovom članku „problem pravednosti u liberalnoj državi“ odnosno je li je legitimno da suci, koji nisu demokratski izabrani predstavnici naroda mogu donositi presude u ime države u obliku sudskih presuda (odluka)?⁵⁰⁹ Liberalizam u rješavanju ovog pitanja razvija model formalne pravednosti koji podrazumijeva:

- Proces odlučivanja podrazumijeva:
 - a) primjenu pravila koje je po sebi sigurno i predvidljivo jer uključuje samo kognitivne operacije ili činjenice i formalnu logiku ili

⁵⁰⁶ Kennedy, D., Critic of Rights in CLS, dostupno na: <http://duncankennedy.net/documents/The%20Critique%20of%20Rights%20in%20cls.pdf>, 12.12.2018.

⁵⁰⁷ Kelman, op.cit. (bilj. 406), str. 203.

⁵⁰⁸ Kennedy, D., *Legal Formality*, 2 *Journal of Legal Studies*, 1973.

⁵⁰⁹ Cf. *ibid.*, fn. 17., str. 351-352.

b) supstantivnu racionalnost koja je u sebi nesigurna i nepredvidljiva jer uključuje diskrecionu primjenu vrijednosti.⁵¹⁰

- Dok god su suci ograničeni mehaničkom primjenom zakonodavno donesenih pravila – bez supstantivnog racionalnog razmatranja posljedica – mogu prenositi legitimitet ili zakonodavne odluke na svoje osobne sudske presude (odluke).⁵¹¹

Nužno je ovdje i naglasiti kako je središnja komponenta *Legal Formality* oblik pravnog pozitivizma H.L.Harta koji povezuje dihotomije primjene pravila u suprotnosti sa supstantivnom racionalnošću i objektivne činjenice sa subjektivnim vrijednostima, raspravljajući ujedno i o razlici između pojmova „je“ i „trebalo bi“ (*is and ought*).⁵¹²

U svojoj kritici Hartovog/Dworkinovog pravnog pozitivizma Kennedy se usredotočio na politički proces. S obzirom na nepobitnu činjenicu kako nitko ne može sa sigurnošću predvidjeti budućnost, postoji mogućnost da su pozitivistički orijentirani suci uključeni u proces kumulativne divergencije (*cumulative divergence*)⁵¹³ u kojemu oni mehanički primjenjuju pravilo u konkretnoj situaciji u potpunosti drugačije od namjere donositelja pravila (zakonodavca) stvarajući time u praksi svijet raznolikijim od prvotne originalne intencije i predikcije zakonodavca.⁵¹⁴ U ovom slučaju pozitivistički orijentiran sudac odustaje od tužiteljeva zahtjeva za oslobađanjem formalnosti pravila tvrdeći kako je posao zakonodavca revidirati pravilo i/ili kako postojeće zakonodavstvo prešutno pristaje uz, odnosno priznaje, status quo.⁵¹⁵ Kennedy ne prihvaća ovakvo opravdanje. S obzirom na konkretan ishod određenog slučaja koji je prouzročen od strane suca u primjeni pravila, sudac je suočen s dilemom formalnosti (*the dilemma of formality*) koja znači kako je odanost pravilu odluka s izvjesnim političkim ishodom; dok s druge strane zanemarivanje pravila prijeti mehanizmu poretka (ili formalnosti).⁵¹⁶

Kennedy se u pokušaju rješavanja problema dileme formalnosti usredotočuje na tzv. izvan pravne materijale (*extra-rule materials*): „Temeljna strategija teorije (formalizma) je

⁵¹⁰ Cf. *ibid.*, str. 364.

⁵¹¹ Cf. *ibid.*, str. 358-359., 377. Kennedy također raspravlja o ekonomskom opravdanju formalne pravednosti: sučeva predanost primjeni pravila donosi maksimizaciju društvenog blagostanja, jer pretpostavljena sigurnost primjene pravila onemogućuje građanina u prilagodbi ishodu slučaja unaprijed kako bi postigao svoju osobnu, privatnu maksimizaciju. Cf. *ibid.*, str. 370-375.

⁵¹² Cf. *ibid.*, str. 364-365.

⁵¹³ Kennedy u svojim kasnijim radovima ponovno upotrebljava ovu logiku kako bi pokazao da u odrednicama distribucije bogatstva/moći/znanja „pravo čini razliku“ čak i u većoj mjeri od očekivane jer postiže, odnosno donosi velike distributivne efekte posebice u području primjene kod privatnog prava. V.: Kennedy, D., *The Stakes of Law, or Hale and Foucault!*, 15 *Legal Studies*, 1991., str. 332-335.

⁵¹⁴ Kennedy, *op.cit.* (bilj. 515), fn. 17., str. 381.

⁵¹⁵ Cf. *ibid.*, str. 383-386.

⁵¹⁶ Cf. *ibid.*, str. 389.

identifikacija supstantivno racionalnih diskrecijskih odluka nakon čega tvrdi kako su principi, politika, standardi, jednakost i pretpostavke samo tehnički izrazi garancije diskrecije donositelja prema izvršitelju pravila... No činjenica da principi i ostalo nisu pravila ne znači kako su nužno samo pokazatelj garancije diskrecije – moćnih koji stvaraju supstantivno racionalne odluke u uvjetima koji su svrhoviti za donositelja odluka. Moguće je također da predstavljaju proces odlučivanja čija psihološka stvarnost je temeljno drugačija od maksimalnog ili središnjeg interesnog stava (kongresmena). Upravo u ovom procesu (ili procesima) odlučivanja najvažnije je pitanje što je važno u pravu, jer će izbor pojednostavljenih pretpostavki na kojima je izgrađen možda utjecati na teoriju u manjoj mjeri od same početne točke.⁵¹⁷

Ovime Kennedy upućuje na fokus u svom radu na treći put (*The Third Way*) ili središnju poziciju (*The Middle Term*) navodeći argumente politike (*Policy Arguments*) kao vodič svih izvanjskih utjecaja u području donošenja, odnosno procesu usvajanja i primjene pravila.⁵¹⁸ U mnogim slučajevima, događa se da sudac upravo barem reformulira postojeće pravilo (*at least reformulates the existing rule of law*) ili fenomenološkim rječnikom rečeno strateški usmjerava rad na pravne materijale (*conducts strategic work on legal materials*).⁵¹⁹

Ovo prema Kennedy-ju znači kako se sudac ne ponaša kao zakonodavac prisvajajući si time snagu državne sile u primjeni izvršenja već „s obzirom na činjenicu da je institucionalni kontekst presuđivanja i zakonodavstva toliko drugačiji da identičan ideološki poriv kod sudaca i zakonodavaca dovodi do sasvim drugačijih supstantivnih ishoda u presudama.“⁵²⁰ Osim toga

⁵¹⁷ A basic strategy of the theory (of formality) is to identify substantively rational decision with discretion, and then to assert that principles, policies, standards, equity and presumptions are all simply technical terms for grants of discretion by the rule maker to the rule applier...

But that principles, etc., are not rules does not mean that they are necessarily merely indicators of grants of discretion – of a power to make substantively rational determinations in terms of the purposes of the decision maker. It is possible that they represent processes of decision whose psychological reality is fundamentally different from that of the maximizer or interest balancer (congressman). And of this special decision process (or processes) accounts for most of what is important in the law, then the choice of simplifying assumptions (decision process is either rule application or substantive rationality) on which it is built may have rendered the theory of formality trivial or irrelevant from the very outset. Cf. *ibid.*, str. 356.

⁵¹⁸ Kennedy još navodi: *Whithin the liberal mode, policy (convenience, utility) was at first opposed to morality. The legal elite thought of morality in terms of a Protestant Christian ethic of total duties of altruism, sharing and self sacrifice. policy was the countervailing prudential argument for limiting legal duties and legal excuses so as to promote commerce and enterprise generally, and the parallel argument for delegating family life. By the end of the 19th century, with the general formalization of American law, „policy“ came to be used sometimes as the word for all nondeductive factors and sometimes to designate the set of instrumental, as opposed to intrinsic, reasons for a rule choice, whether it involved increasing or decreasing the level of duty. In this usage, it is sometimes opposed to „justice“ or to morality or to rights. I use it here in its broad sense, which includes all nondeductive factors.*

V.: Kennedy, *op.cit.* (bilj. 354), str. 108-109. i Funakoshi, *op.cit.* (bilj. 498), str. 245.

⁵¹⁹ Kennedy, *Cf. ibid.*, str 31.

⁵²⁰ *Ibid.*

sa stajališta kritičke fenomenologije Kennedy naglašava kako u teškim slučajevima sudac, premda ne pravi pogrešku niti pokušava koristiti se lažima, zanemaruje mogućnost manipulacije pravnih materijala, radeći prema načelu loše volje i opovrgavanja (*bad faith and denial*).⁵²¹

4.3. Institucionalno obrazovanje pravnika u SAD-u

Teoretičari kritičke pravne teorije smatraju kako institucionalno obrazovanje pravnika u SAD-u prije svega priprema studente prava za buduće preuzimanje uloga u hijerarhijskoj strukturi. U sustavu obrazovanja oni usvajaju ideologiju vladavine prava i formalnu racionalnost koje postupno bivaju internalizirane te postaju ključ buduće pravne prakse. Studentima se predstavljaju teme iz područja ugovornog, građanskog, civilnog, krivičnog prava u vremenskom okviru kasnog 19. stoljeća. Poučava ih se kako je pravno opravdanje objektivna metoda u postizanju konkretne pravne odluke. Kroz postupno usvajanje jezika prava uče doktrine, principe, norme i pravila, procedure i tehnike opravdanja koje ih udaljuju od stvarnog svijeta i bilo kojeg drugačijeg pogleda na stvarnost (razumijevanje). S druge strane jedan suptilniji, psihološki proces koji se zbiva u pozadini nameće drugačiju vrstu slabosti i podložnosti.

Pravna učilišta nameću studentima mišljenje kako su slabi, lijeni, nekompetentni i nesigurni; no ukoliko su spremni prihvatiti podložnost, velike će se institucije brinuti o njima, bez obzira na sve njihove nedostatke. Ovakvim stavom uvjeti pogodbe između nositelja i primatelja poruke apsolutno su jasni.⁵²² Obrazovanje pravnika podučava studente ovisnosti, podložnosti i svrstavanju u kalupe. Financijske nagrade koje postižu nakon osobnog žrtvovanja, završetka studija i polaganja pravosudnog ispita, dokaz su njihove popustljivosti i suglasja s postojećim sustavom.⁵²³

⁵²¹ Funakoshi, op.cit. (bilj. 498), str. 247.

⁵²² V. Kennedy, D., Legal education as training for hierarchy, dostupno na: http://www.duncankennedy.net/documents/Legal%20Education%20as%20Training%20for%20Hierarchy_Politics%20of%20Law.pdf (13.10.2018.)

⁵²³ *The passivising experience of legal education, and its accompanying tendency both to perpetuate hierarchy and to sustain a belief in its natural necessity. According to Kennedy, submissiveness is imbedded within the structure of legal education. This submissiveness, together with the development of juridical ideology through the narratives of the knowledgeable authority, render the experience of studying law for many students, one of double surrenders – to a passivising classroom environment and to a passive attitude towards the content of the legal system..* V.: Munro, V.E., *The Discipline of Law – Legal Education at the Intersection of the Juridical and the Disciplinary*, Journal of Commonwealth law and legal education, Op.2, Vol. 1., str. 32, dostupno na: <http://books.google.hr/books?id=JCSkjWIDm2sC&pg=PA32&dq=kennedy+legal+education&hl=hr&ei=q5XrT>

Najjasniju sliku opisa, uloge i stava o sustavu pravog obrazovanja u američkom društvu predstavio je Duncan Kennedy u djelu *Legal education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System*.⁵²⁴ Ono je u biti opis načina na koje pravno obrazovanje doprinosi reprodukciji nelegitimne hijerarhijske strukture u odvjetništvu, ali i u društvu općenito. Osim toga, Kennedy donosi opis načina na koje lijevo orijentirani studenti i profesori koji ne dopuštaju demobilizaciju od strane pravnih institucija obrazovanja mogu biti iskustveni dio prakse lijevo orijentiranih aktivista društvene transformacije.

Opća teza ovog Kennedy-jevog rada je tvrdnja kako su pravna učilišta političke institucije, unatoč činjenici što se čine intelektualno nepretencioznima, opterećena teorijskim ili empirijskim vizijama i ambicijama onoga što bi društveni život trebao ili mogao biti. Pravna su učilišta jednostavno mjesta ideološkog treninga za dobrovoljnu službu u hijerarhiji korporativne države blagostanja.⁵²⁵ Kada tvrdimo kako su pravna učilišta ideološka, u isto vrijeme tvrdimo kako je ideološki orijentirano i ono što, uz osnovne vještine, podučava i nastavno osoblje. Odašiljemo osim navedenog, poruku kako je priroda pravne kompetencije i njene distribucije među studentima nelogična i kriva. Osim toga, takva priroda stvari nije slučajna, tvrdi Kennedy, već smišljena kako bi se studentima prenosili i usadili obrasci hijerarhije i dominacije.

Intelektualni sadržaj prava koji studenti slušaju i memoriraju sastoji se od učenja pravila, onoga što su pravila i zbog čega moraju biti baš takva kakva jesu, dok se pripremaju za ulogu suca koji ima zadaću upravo pravila učiniti marginalnima. Temeljno iskustvo koje student proživljava je dvostruka predaja: pasivizirajuće iskustvo učionice i pasivan stav prema sadržaju pravnog sustava.⁵²⁶

[KmlsuLswawifGUDw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=9&ved=0CE4Q6AEwCA#v=onepage&q=kennedy%20legal%20education&f=false](http://kmlsu.lsuwif.gudw.com/sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=9&ved=0CE4Q6AEwCA#v=onepage&q=kennedy%20legal%20education&f=false), 23.11.2018.

⁵²⁴ Ovo je djelo 1. puta tiskano kao pamflet 1983. godine u osobnoj nakladi autora. V.: Kennedy, op.cit. (bilj. 529), str. 1.

⁵²⁵ Cf. ibid., str. 15., V. također: Kennedy, D., *Legal Education as Training for Hierarchy*, dostupno na: http://duncankennedy.net/documents/Legal%20Education%20as%20Training%20for%20Hierarchy_Politics%20of%20Law.pdf, 27.11.2018.

⁵²⁶ Kennedy, op.cit. (bilj. 529), str. 15., V. također: Kennedy, D., *Legal Education as Training for Hierarchy*, dostupno na: http://duncankennedy.net/documents/Legal%20Education%20as%20Training%20for%20Hierarchy_Politics%20of%20Law.pdf, 27.11.2018.

4.3.1. Ideološki sadržaj pravnog obrazovanja

Najgrublje podijeljeno, možemo prema Kennedyju razlikovati dva aspekta u reprodukciji hijerarhije kroz pravno obrazovanje:

- Veći dio onoga što budućim pravnicima ostaje u glavama nakon prolaska kroz nastavni program i iskustvo učionice je opći skup političkih stavova prema ekonomiji i društvu, pravu i mogućnostima života unutar pravnog zanimanja. Ovi stavovi imaju opću ideološku značajku te imaju utjecaj na živote studenata prava koji se u konačnici niti ne moraju baviti pravom u praksi.
- Osim toga postoji složen sustav institucionaliziranih praksi koje orijentiraju studenta ka dobrovoljnoj participaciji u specijaliziranim hijerarhijskim ulogama pravnika.

Tijekom svog obrazovanja studenti postupno usvajaju ideološku poruku, mnogo ranije no što imaju cjelovitu sliku o ostvarivanju svoje uloge u svijetu rada; nakon pravnog obrazovanja. Uče vještine pomoću kojih nakon pravnog obrazovanja mogu obavljati jednostavne, ali veoma značajne zadatke. Podučava ih se kako upotrijebiti veliku, sistematiziranu količinu pravila, način na koji su pravila u konfliktu ili procjepu kad se primjenjuju na pojedinačne slučajeve u praksi. Uče elementarnu analizu slučaja, popis izbalansiranih formuliranih pro/kontra argumenata koje odvjetnici koriste kako bi primijenili određeno pravilo u konkretnoj situaciji, unatoč procjepu, ambiguitetu ili konfliktu koji bi suzio ili proširio određeni slučaj. Argumenti ovog tipa koje koriste u konkretnim slučajevima su: „potreba za sigurnošću“, „potreba za fleksibilnošću“, „potreba za poticanjem proizvodnje kako bi se proizvođačima dopustilo zadržavanje viškova u proizvodnji“.⁵²⁷

Navedenim vještinama ne treba se niti oduševljavati niti ih omalovažavati, tvrdi Kennedy. U usporedbi s tendencijom studenata prve godine studija koji su na vazi između formalizma i intuicije, u biti predstavljaju velik intelektualni napredak, jer odvjetnici uistinu koriste navedenu argumentaciju u praksi, a kada su ispravno, svjesno savladane - navedene vještine mogu imati i snagu kritičke misli. Svakako su pomoć u razmišljanjima o politici, javnom djelovanju, etničkom kontekstu općenito jer dokazuju neodređenost i manipulabilnost ideja i institucija koje zauzimaju središnje mjesto u organizaciji života unutar liberalnih društava.

S druge strane pravna učilišta podučavaju ove temeljne, u biti instrumentalne vještine na način da ih gotovo u potpunosti mistificiraju. Proces mistifikacije odvija se prema Kennedyju u tri dijela:

⁵²⁷ Kennedy, op.cit. (bilj. 529), str. 31.

- Vještine se uče putem rasprave o slučajevima na predavanjima gdje se konstatira kako se pravo pojavljuje iz rigorozne analitičke procedure nazvane „pravno opravdanje“ koja je nerazumljiva laiku, dok s druge strane objašnjava i vrednuje veliku većinu pravila u pravnom sustavu. Istovremeno, kontekst predavaonice i prezentacija slučaj po slučaj ostavlja dojam kako je svaki od pojedinih slučajeva izdvojen i distanciran od ostalih, ostavljajući studente u uvjerenju kako ne mogu izvući integriranu sliku prava, njegova djelovanja ili načina na koje se može promijeniti (osim postupnih promjena, reformom kroz pojedinačne slučajeve).
- Poučavanje vještina u mistificiranom kontekstu pravnog opravdanja u potpunosti nepovezano s pravnom problematikom znači loše, nesavjesno podučavanje. Učenje se treba preuzimati putem osmoze u kojoj pojedinac treba usvojiti, odnosno pokupiti „način razmišljanja pravnik“. Loše ili samo rijetko dobro podučavanje proizvodi i zatim ističe prave i izmišljene razlike između studentskih sposobnosti. Proces se odvija na način da studenti nisu svjesni kada uče, a kada ne uče; te ne mogu razumjeti, a samim time niti poboljšati, svoj proces učenja. Treniranje vještina doživljavaju kroz postupnu pojavu razlika među njima, kao proces rangiranja koji je refleksija nečega što postoji samo po sebi unutar njih.
- Osim toga pravna učilišta poučavaju pravnike bez puno suradnje s pravnom praksom. „Pravno opravdanje“ oštro se razdvaja od pravne prakse te se student time udaljava od iskustva prava u praksi. Ovime se studenti udaljavaju od svake druge buduće uloge osim one koja im je namijenjena u budućnosti odvjetničke tvrtke, kao i ona koju zauzimaju na pravnim učilištima. Stariji pravnici kontroliraju sadržaj i tempo „ispolitiziranog treninga umijeća“ u okružju uzavrele kompeticije i bez povratne veze.⁵²⁸

Slično Kennedy-ju, opisujući krizu američke pravne profesije A. T. Kronman (1945. -) u svom djelu „Izgubljeni pravnik“ (*The Lost Lawyer*, 1993.) donosi sliku idealnog i realnog stanja, u stalnom strahu od gubitka duha američkih pravnika. Svakako je činjenica da, u materijalističkom smislu, profesija nije ugrožena: ona je dobro plaćena, dominira javnim životom države i društva, jedna je od najprosperitetnijih i najmoćnijih grupa u američkom društvu. Kronman je u navedenom djelu zaokupljen jednom drugom vrstom krize: krizom

⁵²⁸ Cf. *ibid.*, str. 32-33.

moralnih i duhovnih vrijednosti koja cilja u „srce ponosa pravne struke.“⁵²⁹ U djelu donosi interdisciplinarnu raspravu oko postavljenog ideal-tipa pravnika (*lawyer-statesman ideal*), uspoređujući ga s moralnim vertikalama pravne struke američke povijesti (A. Lincoln, E. Warren, R. Jackson), koji nestaje u američkoj pravnoj profesiji što donosi moralnu, a zatim i svaku drugu vrstu propasti ne samo struci već i ukupnom političkom životu u zemlji (tradicionalno se američki politički lideri regrutiraju iz redova pravne profesije), čime dolazi i do krize razumnog političkog vodstva što ima dalje implikacije na čitavo društvo i državu.⁵³⁰ Uzroci krize su višestruki: ogledaju se u usponu komercijalne kulture i potrošačkog društva, divljem rastu broja pravnih tvrtki, birokratizaciji sudova (čiji cilj postaje učinkovitost, a ne mudrost u presuđivanju)... jednostavno okolišna kulturološka dinamika ne ide u prilog spomenutom ideal-tipu pravnika. U analizi institucionalnog stanja osim pravnim tvrtkama i sudovima pozornost jednako posvećuje i pravnim sveučilištima gdje donosi kritiku stanja u odnosu na dihotomiju između teorijskog i praktičnog poučavanja te orijentiranosti pravnih učilišta na publiciranje prije nego na prenošenje znanja kroz nastavni proces. U K. Llewellynovom poučku „o pravu kao sredstvu ostvarivanja društvenih ciljeva koje mora biti prosuđivano u terminima svojih posljedica“ pronalazi rješenje zbrke u kojoj se nalaze američka pravna učilišta.⁵³¹

4.3.1.1. Formalni nastavni program

Intelektualnu jezgru liberalne ideologije vladavine prava predstavlja razlikovanje između prava i politike. Profesori uvjeravaju studente kako postoji pravno opravdanje koje je drugačije od političke analize kroz nametanje prihvaćanja važenja argumenata u određenom slučaju o pravnoj korektnosti koji su kružni, upitni, nepostojani ili do te mjere nejasni, da su na kraju beznačajni:

- Ponekad su to samo argumenti za opravdanje autoriteta s vrijednošću autoritativne premise koja je stavljena izvan rasprave kroz profesorsku odredbu.
- Ponekad su to politički argumenti (sigurnost transakcija, poslovna sigurnost) koji se u posebnoj situaciji tretiraju kao da su pravila koja svi prihvaćaju, no koja će biti zanemarena u sljedećem slučaju kada će predložiti kako je odluka u slučaju bila kriva.

⁵²⁹ Kronman, A.T., *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, The Belknap Press of H.U.P., Cambridge, Massachusetts, London, England, 1993., str. 2.

⁵³⁰ Cf. *ibid.*, str. 3-4.

⁵³¹ Cf. *ibid.*, str. 270.

- Ponekad su to vježbe iz formalne logike koje naravno ne bi izdržale raspravu između izjednačenih strana. U navedenom području profesor je sklon raspravljati o pojedinom slučaju na tri različita načina:
 - I. postoje slučajevi koji predstavljaju i opravdanje su temeljnih pravila i ideja unutar pravnog područja. Oni se određuju kao vodeća vježba u pravnoj logici.
 - II. zatim postoje slučajevi s anomalijom – ponekad su „izvan datuma“, ponekad „krivo presuđeni“ jer ne slijede pretpostavljenu unutrašnju logiku područja. Ovakvih primjera neće biti mnogo, ali su važni jer način na koji im se pristupa uvjerava studente kako je tehnika pravnog opravdanja barem minimalno neovisna o rezultatima koje je donio pojedini sudac te je spremna u istoj mjeri za kritiku jednako kao i za opravdanje.
 - III. na kraju, bit će jednako malen broj perifernih, „rubnih“ slučajeva koje profesor smatra podizanjem političkih pitanja u vezi promjene u pravu. Dok se u prva dva slučaja profesor postavlja u autoritarnu poziciju temeljenu na njegovu objektivnom znanju, tehnika pravnog opravdanja ovdje je sve drugačija. S obzirom na činjenicu da se radi o „vrijednosnim pozicijama“ koje imaju politički prizvuk, rasprava će biti u većoj mjeri slobodno usmjerena.⁵³²

Nastavni program ima uvelike sličnu strukturu. Tu su prije svega ugovori, delikti, vlasništvo, kazneno i građansko pravo. Pravila u ovim slučajevima, temeljna su pravila kasnog *laissez-faire*, kapitalizma kasnog devetnaestog stoljeća. Profesori ih podučavaju kao da imaju svoju unutrašnju logiku, kao vježbu pravnog opravdanja gdje politika igra relativno minornu ulogu. Nakon toga dolaze kolegiji druge i treće godine koji šire moderiran reformistički program *New Deal*a i administrativnu strukturu moderne regulatorne države. Ovi su kolegiji više orijentirani ka politici od onih na prvoj godini te su u većoj mjeri *ad hoc* orijentirani. Profesori podučavaju studente kako ograničena interferencija prava s tržištem ima smisla te je autoritativno utemeljena u statutima kao temeljnim pravilima *laissez-faire*a koji su ukorijenjeni u prirodnom pravu. No svaki je problem diskretan, potpuno kompliciran te se podrazumijeva kako je gotovo u potpunosti nesposoban za program reforme.

Na kraju, postoje periferni kolegiji kao što su filozofija prava ili povijest prava, pravni postupak, pravna klinika. Oni su predstavljeni kao nevažni u odnosu na „tešku“, objektivnu,

⁵³² Kennedy, op.cit. (bilj. 529), str. 33-36.

ozbiljnu, rigoroznu jezgru prava.⁵³³ Oni su na neki način prikazani kao područje u kome odvjetnici mogu prepoznati i pronaći uzore samo-promocije u osobnoj društvenoj akciji.

Ukupnost poruka koje u svom obrazovanju primaju budući pravnici prema Kennedy-jevom zaključku u potpunosti su besmislene. Pravno opravdanje nije izrazito jasno i nedvosmisleno kao metoda određivanja točnih rezultata u odnosu prema općem etničkom i političkom diskursu (na primjer od političke analize). Točno je kako postoji razlikovno znanje koje posjeduju odvjetnici o trenutno važećim pravnim pravilima, osim toga postoje i osobite argumentativne tehnike uočavanja praznina, konflikata i višeznačnosti u pravilima, za tumačenje slučaja u širem i užem smislu te za proizvodnju pro i kontra političkih argumenata. No ovo su samo argumentativne tehnike, a „točno pravno rješenje“ nikada ne postoji samostalno i nevezano uz točno etičko i političko rješenje određenog pravnog problema. Drugim riječima, „sve naučeno, izuzev formalnih pravila i argumentativnih tehnika potrebnih za manipulaciju pravilima je politika i ništa više.“⁵³⁴ Iz toga slijedi kako je razlikovanje slučajeva na ne-problematične i politički orijentirane u raspravi tijekom predavanja samo tvorevina, jer bi se svaki od slučajeva mogao prezentirati na jedan ili na drugi način. Osim toga razlika u nastavnim programima prema kojoj je „priroda“ ugovornog prava visoko tehnička i legalna u kontrastu s okolišnim pravom još je samo jedna od mistifikacija.

Ove pogreške imaju za rezultat proizvodnju neravnoteže u korist središta liberalnog programa ograničene reforme tržišne ekonomije i postupke u korist oblika rasne i seksualne jednakosti. Neravnoteža se pojavljuje iz razloga svjesnog odabira pravnih učilišta i njihova izbora hijerarhije i dominacije koja se pojavljuju u usvajanju pravila vlasništva, ugovora i presuda, koja izgledaju kao da proistječu iz pravnog opravdanja, a ne politike i ekonomije. Neravnoteža je osnažena centralno-liberalnim reformističkim programom regulacije koji je predstavljen u jednako autoritativnoj maniri, s višim stupnjem orijentacije ka politici, i samim time manje temeljen u pravu.

Poruka koja slijedi iz ovakvog pristupa je kako je sustav u načelu u redu kada smo povezali nekoliko praznina u područjima koja su otvorena zlouporabama te kako postoje ograničena, ali važna mjesta prikladna za vrijednosno orijentiranu raspravu o daljnjim promjenama i poboljšanjima. Ukoliko će daljnje temeljitije preispitivanje biti potrebno, bit će predano na raspravu periferiji povijesti ili filozofije. Društvena stvarnost stavljena je postrance tretirajući kliničko pravno obrazovanje, koje može donijeti mnoštvo prijetećih informacija

⁵³³ Cf. *ibid.*, str. 36.

⁵³⁴ *Put another way, everything taught, except the formal rules themselves and the argumentative techniques for manipulating them, is policy and nothing more.* V.: Cf. *ibid.*, str. 37.

ugodno smještenoj liberalnoj svijesti, kao neplaćen rad u mjesnom odvjetničkom uredu ili kao jednostavno usavršavanje vještina.

4.3.1.2. Pravna pravila i pravna opravdanja

Student prve godine koji bi bio u stanju samostalno razviti kritičko-teorijski stav prema ovom sustavu morao bi svakako imati iznimno superiorna zapažanja. „Brucoši jednostavno nemaju dovoljna znanja zahvaljujući kojima bi bili u mogućnosti razumjeti kada profesor izmišlja, lažno prikazuje ili iskrivljuje pravno mišljenje i pravnu zbilju.“⁵³⁵ Stanje još više pogoršava činjenica u skladu s kojom će uvjerenja lijevo orijentiranih studenata prije biti smetnja nego pomoć u zadržavanju intelektualne autonomije kroz stjecanje iskustava u predavaonici. Liberalno orijentirani studenti uvjereni su kako se zadovoljenje ambicija lijeve struje može orijentirati na zajamčena ljudska prava pred garancijama vlasničkih prava. Problem pravnog sustava je neuspjeh stvarnog sustava u ispunjavanju postavljenih ideala, odnosno neuspjeh u provođenju formalno zajamčenih ljudskih prava. Pojedinci koji imaju ovakvu percepciju prava svoje opravdanje vezuju uz tehnike pravnog opravdanja koje su postavljene u obranu statusa quo.

Navedene teze ne bi bile u tolikoj mjeri sporne kad bi problem s pravnim obrazovanjem bio zlouporaba prava opravdanja kako bi se ograničio okvir prava marginalnih društvenih skupina. No, činjenica je kako je problem puno dublji. Diskurs prava unutar sebe je inkonzistentan, prazan ili kružan. Pravna misao može proizvesti jednako plauzibilna pravna opravdanja u korist bilo kojeg mogućeg rezultata. K tomu, diskurs pravila nameće obveze onima koji ih koriste, gotovo je nemoguće koristiti ih kao alat za radikalne transformacije. Prava su „formalna“ po svojoj prirodi, što znači da osiguravaju individuama pravnu zaštitu kao i zaštitu od samovolje – rasprava o pravima ne označava raspravu o pravednosti između društvenih klasa, rasa ili spola. Diskurs prava jednostavno pretpostavlja, odnosno uzima kao činjenicu podjelu društva na državni, koji nameće pravila i civilni sektor, u kojem individue i društvene grupe traže ostvarenje svojih različitih ciljeva. Okvir je, sam unutar sebe, svakako dio problema, a ne njegovo rješenje. Teško je i konceptualizirati radikalne prijedloge preobrazbi kao što bi primjerice bila decentralizirana, demokratska radnička kontrola tvornice.

Iz razloga što je logički nekoherentna i manipulabilna, individue su tradicijski samovoljno slijepe na postojeću realnost supstantivne nejednakosti, čime diskurs prava jednostavno postaje zamka. Sve dok pojedinac ostaje unutar sustava može iznijeti opravdanu

⁵³⁵ Cf. *ibid.*, str. 38.

argumentaciju na primjeru nekog perifernog slučaja na temelju kojeg je svima jasno kako neki vrijednosni sudovi moraju biti doneseni. No pojedinac ostaje bez vodiča u odluci što učiniti oko temeljnih pitanja te je usmjeren na postupan gubitak samopouzdanja prema uvjerenju o presudi u korist rezultata u koje je apsolutno uvjeren.

Alternativno, lijevo orijentirano stajalište je reinterpretacija svake sudske odluke u svjetlu izraza klasnog interesa. Pojedinac može prihvatiti i stajalište teorija zavjere prema kojemu sudac namjerno podcjenjuje „pravednost“ (obično lijevo-liberalnu teoriju prava) u korist kratkoročnih financijskih interesa vladajuće klase ili suptilniju tezu o „logici“ ili „potrebama“ ili „strukturnim pretpostavkama“ određene „faze monopolnog kapitalizma“.⁵³⁶ U slučaju pokušaja reinterpretacije sudskih odluka postoje i dvije temeljne poteškoće:

- Previše je sirove, neobrađene materije u pravu, a premalo vremena u kojemu bi svemu što je u pravnoj materiji potrebno proučiti dali primjeren značaj. Bio bi posao od punog radnog vremena u kojemu bi se uspjelo samo dati instrumentalan marksistički prikaz slučajeva koji se dotiču doktrine ugovora na prvoj godini studija.
- Druga je poteškoća u nelogičnosti monopolističkog kapitalizma u skladu s čime se niti pravo ne može razumjeti u potpunosti u svojoj kompleksnosti kao „superstrukturno“. Pravna pravila koja nameće država i pravni koncepti koji dopuštaju sve aspekte društvene misli tvore kapitalizam odgovarajući na interese koji djeluju unutar sustava. Pravo je aspekt društvenog totaliteta, a pravila su činitelj moći ili nemoći različitih društvenih aktera (premda zasigurno ne određuju ishode na način na koji liberalni mislitelji pravnih znanosti predlažu).

Upravo iz razloga jer je dio izjednačavanja moći prije no njena funkcija, ljudi se bore za moć kroz pravo, obvezani svojim ograničenim razumijevanjem i mogućnošću predviđanja posljedica svojih djelovanja. Razumijevanje prava podrazumijeva razumijevanje borbe za moć kao dijela klasne i ljudske borbe za društvenom pravednošću. Ishodi borbe nisu predodređeni bilo kojim aspektom društvenog totaliteta, a rezultati prava nemaju nikakve „inherentne logike“ koji bi pretkazali „znanstvene“ rezultate ili unaprijed odbacili pokušaje sudaca ili odvjetnika u transformaciji ograničenog dijela sustava.

Lijevo liberalno orijentirana analiza prava utapa studenta u pravnoj retorici no zbog svoje inherentne ispraznosti ne pruža ništa više od emocionalne pozicije u suprotnosti spram pravnog poretka. Marksistička pozicija kritički je orijentirana spram prava, no odbacuje se jer nije od

⁵³⁶ Cf. *ibid.*, str. 40.

pomoći u hvatanju u koštac s partikularnošću pravila i retorike tretirajući ih a priori kao prikaz dodataka. Jednostavnije, lijevo usmjerena teorija ne dojmi se lijevo orijentiranih studenata jer ne uspijeva osigurati temelj za svladavanje proturječnosti.

Potrebno je razmišljati o pravu na način koji će dopustiti ulazak u njegovo područje, kritiku bez ultimativnog odbacivanja prava, manipulaciju bez samo-odbacivanja kao „njihovog“ sustava razmišljanja i djelovanja.

4.3.2. Studentska evaluacija pravnog obrazovanja

Prema Kennedyju pravna učilišta podučavaju malen broj korisnih vještina. No, podučavaju ih isključivo u nepravocrtnoj liniji upravo stoga što bi drugačiji pristup prijetio profesionalnoj ideologiji i akademskim pretenzijama profesora. S obzirom na način na koji pravno obrazovanje danas funkcionira, studenti smatraju kako je ocjena koju dobiju na kraju svakog ispita (koji je nepovezan jedan s drugim te na kojem studenti ne primaju gotovo nikakve povratne informacije) neosnovana – nepovezana s količinom truda koji su uložili za pripremu ispita, sa stupnjem privlačnosti prema sadržaju kolegija, s razumijevanjem sadržaja i osobnim stavom o kolegiju i profesoru. Ovakva je pozicija s pedagoškog stajališta jednostavno smiješna, no s ideološkog stajališta je, sve izuzev toga.

Sustav proizvodi rangiranje studenata temeljeno na ocjenama prema kojemu studenti zaključuju kako imaju veoma malo mogućnosti s obzirom na svoj eventualni utjecaj na proizvodnju tih pozicija od strane pravnog učilišta. Rangiranje koje se na taj način provodi utječe na percepciju neizbježnosti i pravednosti hijerarhije koja je u svojoj krajnosti uistinu lažna i nepotrebna.⁵³⁷

Na taj način studenti su svrstani u neku vrstu hijerarhijske strukture, rangirani prema dodijeljenim ocjenama koje kao individue s obzirom na svoja postignuća zaslužuju. Sustav im na taj način prosljeđuje poruku kako su naučili onoliko koliko su bili sposobni naučiti te ukoliko se osjećaju nekompetentnima ili žele postati boljima, sve ostaje samo i isključivo na njima samima. Na taj način studenti internaliziraju takvu sliku o sebi i pripremaju se za hijerarhijski ustroj društva uopće.

⁵³⁷ Cf. *ibid.*, str. 43.

4.3.3. Neosposobljenost sustava za alternativnu praksu

Prema Kennedy-jevoj analizi pravna učilišta kanaliziraju zapošljavanje svojih studenata na poslove u hijerarhiji odvjetničke komore s obzirom na poziciju na kojoj se nalaze u hijerarhiji pravnih učilišta. Studenti nakon završenog obrazovanja nemaju prevelik izbor osim zapošljavanja u tvrtkama koje zapošljavaju diplomante s određenog pravnog učilišta. Učilišta proizvode takvu vrstu ovisnosti studenata propagirajući mit o karakteru različitih vrsta prakse. Veličaju oblike dostupne njihovim studentima, a suptilno dezintegriraju i odbacuju kao etičku i društvenu sumnju u poslove koje njihovi studenti neće morati prihvaćati nakon završenog obrazovanja. Za svaku vrstu posla izvan establishmenta sustava – kao na primjer pravne usluge za siromašne – uvjeravaju se studenti kako je posao iznimno dosadan i neizazovan, a mogućnosti dosega životnog standarda primjerenog odvjetniku gotovo nepostojeće ili nikakve. Činjenica je kako su ove poruke neprimjerene – one su racionalizacija ideja u glavama profesora prava koji čeznu za usponom u karijeri, strahuju od degradacije statusa, a najviše od svega, ne podnose ideju rizika. Posao pravника u službama za pomoć građanima svakako je daleko izazovnije, intelektualno i stimulativno od onoga što većina korporativnih odvjetnika u svojoj svakodnevnoj praksi čini.

Osim ove dimenzije profesionalne mitologije pravna učilišta djeluju na konkretnije načine kako bi uvjerali studente kako oni kao pojedinci upravo odgovaraju već stvorenim nišama u ustaljenom sustavu pravne prakse. Prije svega stvaran sadržaj onoga što će studenti naučiti neće ih osposobiti za obavljanje bilo koje prakse drugog tipa. Ovakav pristup podsjeća na racionalnu adaptaciju pojedinca na potrebe tržišta, no činjenica je kako je takav pristup apsolutno nepotreban. Pravna učilišta podučavaju tako malo toga upravo iz razloga što većinu vremena posvećuju prenošenju mase pravila. Racionalniji sustav naglasak bi stavio na načine učenja u pravu, prije nego na pravila te naglasak stavio na vještine, a ne na pravila i odgovore. Time bi se postigla fleksibilnost u onome što bi studenti kasnije u praksi mogli raditi.

Druga Kennedy-jeva zamjerka sustavu pravnog obrazovanja je podučavanje doktrine bez ustanovljenja veza s praktičnim iskustvom. Time studenti smatraju kako je uistinu teško steći praktično iskustvo, koje je osim toga naglašeno potencirano odvjetničkom mistikom prema kojemu je teorijsko znanje irelevantno u odnosu na praktično iskustvo. Pravna učilišta mogla bi lako prilagoditi svoje nastavne planove i programe u skladu s kojima bi studente osposobljavali u praksi u gotovo jednakoj mjeri kao i u teoriji.

Treća zamjerka koju iznosi Kennedy je nastavak obrazovnog sustava u pravu, a to je pokušaj podučavanja studenata kako su slabi, lijeni, nekompetentni i nesigurni. Podučava ih se

nadalje, ukoliko su sretni i spremni prihvatiti ovisnost, velike će se institucije pobrinuti za njih, bez obzira na sve njihove loše osobine. Ovakvim načinom prezentacije uvjeti pogodbe su relativno jasni: institucije će postaviti ograničene zadatke i specificirati minimum zahtjeva u njihovu izvođenju. Student nema ostalih odgovornosti osim izvođenja dodijeljenog zadatka. Institucija brine o svemu ostalom u području poslovnog, ali i privatnog života. Tako je poslovni život osiguran institucionalnim prestižem i izvorima ukoliko se dogodi da pojedinac napravi pogrešku, a privatni dio je pod kontrolom tvrtke zbog sigurnosti koju pruža zaposlenje, niskokamatnih pozajmica u tvrtki i sl. U usporedbi s alternativama, ponuda za veliku većinu studenata ne zvuči uopće loše, a konformisti se idealno snalaze u ovako ponuđenim uvjetima.

Alternative su riskantne. Pravna učilišta ne podučavaju studente kako da osnuju svoju osobnu pravnu tvrtku, realistično se uhvate u koštac s kompleksnim društvenim procesima koji uključuju nebrojeno mnogo različitih aktera, uživaju u osjećaju neovisnosti i moralnog integriteta koji proizlazi iz stvaranja svog osobnog zaposlenja i služenja svojim osobnim ciljevima. Sustav vas suprotno ovome uvjerava kako ste jedva sposobni izvoditi i ograničenije uloge od onih koje su vam dodijeljene, predlažući kako je svakako jednostavnije biti konformist, nego se uhvatiti u koštac s velikim, ogromnim svijetom „sam protiv svih“.⁵³⁸

Kennedy-jeva utopijska perspektiva predlaže suprotstavljanje i otpor ustaljenim oblicima prakse:

„Upravo iz razloga što većina studenata vjeruje ono što im se eksplicitno i implicitno tvrdi, o svijetu u koji tek ulaze, ponašaju se upravo na način koji ispunjava proročanstvo koje sustav postavlja pred njih. Upravo je to povratna veza koja zaokružuje sustav: studenti ne samo da prihvaćaju činjenično stanje stvari, a ideologija čini i više od uklanjanja opozicije. Studenti se postavljaju afirmativno unutar okvira skrojenih za njih, čineći ih još dubljima, dodajući k svemu još i patinu suglasja, valjajući se u kompleksnosti svakodnevice. Pruži otpor!“⁵³⁹

4.3.4. Utopijski prijedlog pravnog obrazovanja

Kennedy predlaže novi model obrazovnog curriculumuma u pravnom obrazovanju koji se sastoji iz dva dijela:

⁵³⁸ Cf. *ibid.*, str. 48.

⁵³⁹ „*Because most students believe what they are told explicitly and implicitly, about the world they are entering, they behave in the way that fulfill the prophecies the system makes about them and about that world. This is the link-back that completes the system: students do more than accept the way things are, and ideology does more than damp opposition. Students act affirmatively within the channels cut for them, cutting them deeper, giving the whole a patina of consent, and waving complicity into everyone's life story. Resist!*“
Cf. *ibid.*, str. 16.

- I. dio predstavlja tzv. Novi model curriculumuma (*The New Model Curriculum*) kroz četiri točke, a obuhvaća program kroz dvije godine i dodatno ljeto, pokrivajući temeljna teorijska područja i vještine, iskustvo prakse i interdisciplinarni studij nakon kojeg slijedi diversifikacija tijekom treće godine studija.
- II. dio odnosi se na tzv. Pravna učilišta kao protuhegemonijske enklave (*The Law School as a Counterhegemonic Enclave*) koji predstavlja niz prijedloga stvorenih u namjeri reduciranja hijerarhijske strukture i otuđenosti u procesu obrazovanja te smanjenju ili obrtanju procesa promocije hijerarhije i alijenacije u okviru odvjetničke komore i društva općenito.⁵⁴⁰

4.3.4.1. Model novog curriculumuma

Predloženi model novog obrazovnog curriculumuma sastojao bi se iz četiri ključne točke:

- Praktikum pravila/vještina (*The Rules/Skills Course*): u trajanju od tri semestra programiranih instrukcija u području teorije, uključujući podučavanje u području pravila sustava i vještina manipulativnih tehnika u slučaju, manipulacija pravilima te za/protiv argumentima politike, vođenim kroz „slučajeve i materijale“, računalno prezentirane vježbe. U izvođenju nastave sudjelovali bi profesori prezentirajući navedeno kao i snimke konkretnih slučajeva i predavanja.
- Klinički program (*The Clinical Program*): zahtjeva dijelove konkretne prakse u trajanju od dvije godine te jednog semestra i dvomjesečnog intenzivnog ljetnog treninga koje će pokriti glavninu praktičnih i etičkih aspekata pravne prakse koristeći simulacije, detaljno pravno opisivanje slučajeva, iskustvo u saslušanjima te dvomjesečni boravak u pravnoj klinici u sastavu pravnog učilišta.
- Praktikum pravnog odlučivanja (*The Legal Decision Course*): ovaj dio podrazumijeva paralelno izvođenje s prvim dijelom u trajanju od 3-4 sata tjedno, a uključivao bi materijale iz povijesti, pravoznanstva, ekonomije i sociologije prava i pravne struke, socijalne psihologije, društvene teorije i političke filozofije koja je usko povezana s teorijskim i praktičnim dijelom studija te prezentirana tako da je svaki student izložen dvama različitim strujama, od kojih jedna predstavlja lijevo, a druga desno orijentiranu političku tendenciju u pristupu konkretnom pravnom materijalu.

⁵⁴⁰ Cf. *ibid.*, str.24-25.

- Treća godina (*The Third Year*): uključivala bi rad u istraživačkom institutu, napredni rad u pravnoj klinici i koncentraciju na jednu ili više specijalizacija u području prakse ili konceptualno definiranih područja studija.⁵⁴¹

4.3.4.2. Pravni studij kao protuhegemonijska enklava

Kennedy kroz četiri ključne točke predlaže načine smanjenja hijerarhije i alijenacije u društvu, obrazovanju i odvjetničkoj komori:

- Prijemni ispit (*Admissions*): potrebno je osigurati prijemi ispit koji bi osiguravao minimalne vještine potrebne za pravnu praksu te zatim loto za prijem na studij prava; u njemu moraju pravilno biti raspoređene kvote zastupljenosti za žene, manjine i radničku klasu. Potrebno je organizirati javnu nacionalnu kampanju o ciljevima modifikacije društvenog sastava odvjetničke komore.
- Hijerarhija među studentima (*Hierarchy among Students*): program koji bi reducirao disparitete u obrazovnim postignućima studenata za vrijeme pohađanja studija prava, kroz kombinaciju redizajna curriculumu i većih financijskih, kao i ostalih investicija u samo dno sustava akademske hijerarhije. Napuštanje postojećeg sustava selekcije, novi oblici ocjenjivanja koji bi eliminirali ustaljene te uvođenje novih oblika povratnih informacija i veza u sustav na svim razinama.
- Usmjeravanje studenata (*Channeling of Students*): program koji bi pružao studentima točne informacije o hijerarhijskim i moralnim odnosima u stvarnosti kroz različite primjere iz prakse, kombiniran s treninzima iz prakse, bio bi organiziran na način da ih podučava u tehničkim, društvenim i psihološkim izvorima potrebnim za potpuno ostvarenje slobode izbora u zaposlenju između velikih odvjetničkih tvrtki i ostalih vrsta zaposlenja. Izjednačavanje šansi za zaposlenje u velikim tvrtkama, stvaranje studija koji bi poticao i otkrivao mogućnosti za rad u području otkrivanja mogućnosti i predlaganja reformi unutar samog pravnog sustava.
- Hijerarhija sposobnosti (*Faculty hierarchy*): zapošljivati kvalificirane žene, manjine i radnu klasu dok se ne izjednači omjer s dominacijom muške, bijele radne klase u sustavu. Demokratizirati proces zapošljavanja kroz proces uvrštenja različitosti u odbor za zapošljavanje. Razviti program smanjenja razlika između profesora i studenata.
- Opća hijerarhija obrazovne institucije (*General School Hierarchy*): izjednačiti sve plaće u obrazovanju bez obzira na obrazovne kvalifikacije, težinu posla i doprinos. Podržati

⁵⁴¹ Cf. *ibid.*, str. 24.

sindikalnu organizaciju zaposlenika na svim hijerarhijskim razinama. Podržavati: različite vrste radnog iskustva, smanjenje ukupnog broja različitih poslova, poticati specijalizaciju, obavljanje i obrazovanje za različite poslove u okviru hijerarhijskog sustava.⁵⁴²

4.4. Uloga prava u subordinaciji žene

Jedan je od ključnih tematskih područja u radu autora kritičke pravne teorije uloga prava u subordinaciji žene. Središnji je stav teoretičara kritičke pravne teorije kako je pravo odvojilo sferu muškog od ženskog rada. „Ženama je povjerena privatna sfera kako bi obavljale svoje primarne obveze, na primjer rađanje i briga oko djece te briga oko muškaraca u osiguravanju utočišta od pritiska kapitalističkog svijeta.“⁵⁴³ Muška dominacija ima legitimitet u pravnim odlukama. Statistika ukazuje kako u posljednjih 30-40 godina žene, premda na istim pozicijama u svijetu rada primaju 60 – 65% nižu plaću u odnosu na svoje muške kolege. Odštetno pravo nije propisalo pravne lijekove za fizičko ili psihičko zlostavljanje koje nad ženama počine partneri. Tek u novije vrijeme razvija se feministička iurisprudencija koja se nastavlja na kritičku pravnu teoriju.

Kennedy-jev članak *Sexual Abuse, Sexy Dressing and the Erotization of Domination*⁵⁴⁴ tematski pripada u ovo područje, a spaja dvije suprotstavljene teme: provokativno odijevanje u žena i seksualno nasilje muškaraca nad ženama. Seksualno nasilje uistinu je provokativno odijevanje žena, povezani su u dva različita diskursa:

- prvi se odnosi na „konvencionalan stav“ pod kojim Kennedy podrazumijeva tradicionalno stajalište u kulturi američke većine o seksualnosti i spolnom odnosu. Prema ovom stajalištu provokativnim odijevanjem žene ponekad izazivaju seksualno nasilje.
- Drugi diskurs Kennedy naziva „radikalnim feminizmom“ nastojeći ga razlikovati od liberalnog, socijalističkog, kulturnog ili postmodernog feminizma. U ovom kontekstu seksualno nasilje konstitutivni je faktor u sustavu patrijarhata koji se reflektira i

⁵⁴² Cf. ibid. str. 25., 23.11.2010.

⁵⁴³ Taub and Schneider, 1992., str. 118., navedeno prema: Milovanović, op.cit. (bilj. 288), str. 130.

⁵⁴⁴ Kennedy, D., *Sexual Abuse, Sexy Dressing and the Erotization of Domination* dostupno na: <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Sexual%20Abuse,%20Sexy%20Dressing%20and%20the%20Eroticization%20of%20Domination.pdf>, 13.12.2018.

reproducira u modi. Prema tom stajalištu nasilje uzrokuje provokativno odijevanje, prije no *vice - versa*.

Kennedy se kritički osvrće na oba stajališta smatrajući prvi apsolutnom zabudom, dok u drugom vidi ujedno nadu i prijetnju: nadu u razumijevanje, promjenu položaja, i moguće političke saveze ka prevladavanju našeg spolno opterećenog sustava. Prijetnja se odnosi na mogućnost samopoštovanja za muške pripadnike populacije kao „ispravnih pojedinaca.“

Obećanje i prijetnja derivirani su iz moći radikalne feminističke analize erotizacije dominacije. Ovo se odnosi na ideju kako patrijarhalni sustav konstruira mušku i žensku seksualnost u skladu s kojom seksualni nagon kroz kulturu biva interpretiran kroz mušku dominaciju nad ženom. Kennedy se slaže s ovom radikalnom tvrdnjom feminista kako nasilje ima značajnu ulogu u seksualnosti. Seksualnost ima centralnu, a ne perifernu ulogu u muškoj dominaciji nad ženama. Time su isključivo „osobni fenomeni“ spolnog odnosa i odijevanja oblici političke participacije u sustavu patrijarhata. Na tragu navedenog, postavlja se pitanje je li uopće moguće muškarcima i ženama koji su ideološki neopredijeljeni, iskusiti spolni užitak u okviru patrijarhalnog sustava bez uzajamne suradnje u opresiji?⁵⁴⁵

Kennedy u prvom dijelu rada definira seksualno nasilje navodeći kako će raspravljati isključivo o muškom nasilju nad ženama na dvije različite razine: prva uključuje mušku primjenu sile, prijetnje, verbalnog zastrašivanja ili degradiranja prema ženama, a druga uključuje muško iskorištavanje ženskih slabosti koje uključuju drogu ili alkohol, bespomoćnost ženske djece, emocionalnu nestabilnost i ranjivost.⁵⁴⁶ Opisujući pravni sustav koji ograničava nasilje smatra kako postoji čitav niz razloga zbog kojeg žena koja je žrtva nasilja ne može postići pravnu zadovoljštinu. Postoje prije svega razlozi koji su povezani s pravnim zahtjevima općenito, a odnose se na pravne procedure i postupak dokazivanja, uključujući i probleme povezane uz proces dokazivanja. Osim toga postoje i poteškoće općeg karaktera pravnog sustava koji nije slobodan, brz, efikasan niti pravedan (*There is the obstacle that the legal system delivers neither free, nor speedy, nor efficient nor humane justice.*). Građanska parnica može čekati čak i do šest godina kako bi došla u fazu suđenja. Time, tvrdi Kennedy pravni sustav do određene razine tolerira seksualno nasilje nad ženama.⁵⁴⁷

⁵⁴⁵ Cf. *ibid.*, str. 3.

⁵⁴⁶ Cf. *ibid.*, str. 5.

⁵⁴⁷ Postojanje poznatih, emocionalno nabijenih i uvriježenih stavova kako žene zaslužuju ili potiču seksualno nasilje, zajedno sa snažnom neravnotežom između muškaraca i žena, čine dokazivanje ovakvih slučajeva uistinu problematičnima. Postoji osim toga izražen sukob u razumijevanju između žrtve i relativno „tradicionalne“ muške populacije u svim dijelovima pravnog sustava. Kombinacija ograničenja koje postavlja pravni okvir rezultira velikim brojem slučajeva seksualnog nasilja nad ženama koji ostaju bez službenih sankcija. Kennedy zaključuje problematiku usporedbom silovanja i ubojstva: „*The law defines murder quite clearly, and the „system“ devotes*

U drugom dijelu opisuje načine na koje zakoni o spolnom nasilju djeluju u raspodjeli moći i dobiti između muškaraca i žena. Treći dio donosi raspravu o ulozi spolnog nasilja u regulaciji ponašanja kod žena te u stvaranju muškog i ženskog identiteta. Dva su temeljna stajališta koja pronalazimo ovdje:

- prvo se odnosi na činjenicu kako postoji konflikt interesa između muškaraca i žena u odnosu na pravnu prevenciju spolnog nasilja,
- a drugo, velik dio spolnog nasilja je „disciplinaran“ u smislu da služi jačanju patrijarhalnih društvenih normi. One se odnose na širok spektar od specifičnih normi (norme o provokativnom odijevanju) do „karakternih“ normi (o tome što bi trebale podrazumijevati tipična muška, a što tipična ženska uloga).

Treći dio donosi i radikalnu feminističku analizu utemeljenja karaktera kroz naglašavanje seksualnosti muške dominacije koja ima za funkciju poduprijeti sustav patrijarhata.

U četvrtom dijelu Kennedy raspravlja o tezi kako je praksa ženskog odijevanja prije poprište konflikta unutar sustava, nego njegov jednostavan odraz. Postoji nekoliko slabo povezanih supkulturnih zajednica koje se natječu za poziciju u definiranju konvencije u ženskom provokativnom odijevanju – koji se odnosi na oblik neposluha koji objašnjava i uistinu opravdava nasilje.

Peti dio odnosi se na značaj mode u složenom značaju povezanom sa ženskim odijevanjem koji se razvija u smjeru provokacije od norme do semiotičke analize odijevanja kao proizvoda u okviru interpretacije simbola u društvu uopće. Analiza naglašava s jedne strane mogućnost erotizacije muške dominacije nad ženom, a s druge strane predlaže mogućnost prikaza uživanja/otpora kroz provokativno odijevanje te naglašava erotizaciju ženske autonomije u seksualnosti.

Zaključno, Kennedy ponavlja ideju kako stvarnost muškog nasilja nad ženama predstavlja teret i obeshrabruje aktivnosti fantazije, igre, inventivnosti i eksperimenta kroz koje nam ostaje malo nade za prevladavanje trenutnih modela uloga u ljudskoj seksualnosti. „*We fantasize, play, experiment and invent using the repertoire our culture makes available...the positive uses of such fantasies, for both men and women, would be less impeded by guilt and fear. Sexual abuse is, as the radical feminists have rightly, rightly insisted, an instrument of*

substantial resources to catching and punishing perpetrators. It defines rape much less clearly, and devotes less resources to it, some of the time, than to less important crimes. The crucial point for this paper is that some abuse, what I will call the „tolerated residuum“ is plausibly attributed to contestable social decisions about what abuse is and how important it is to prevent it.“ V.: Cf. ibid., str. 11.

male disciplinary terror against women, and, as the radical feminists have rightly insisted, our culture inculcates erotic pleasure in male domination of woman in every aspect of life...(we need) more freedom and less repression...“ Upravo iz navedenog razloga, smatra Kennedy, muška populacija ima interes boriti se protiv svih vrsta i oblika nasilja nad ženama.⁵⁴⁸

4.5. Duncan Kennedy – zaključno

Kennedy kao „lijevo orijentiran radikal“⁵⁴⁹ pravnu analizu stavlja u širi nacionalni, rasni, klasni i spolni kontekst pokušavajući raditi u operacionalizaciji između konkretnih termina i teorijskih apstrakcija što uistinu nije lak zadatak, a rezultira i različitim interpretacijama njegova rada:

- Prema M. Funakoshi-ju Kennedy-jeva je namjera u kritici liberalnog legalizma „terapeutska, prije no konstruktivna“, on donosi projekt stvoren kako bi potaknuo čitatelja na razmišljanje o svojim osobnim motivima razmatranja predmeta, prije nego ga osigurao novim filozofskim programom, čime takvim krajnje ironičnim stavom u okviru kritičke pravne teorije, upravo osigurava prosperitet liberalnog legalizma.⁵⁵⁰
- S druge strane A.C. Hutchinson i P.J. Monahan smatraju kako su pripadnici kritičke pravne teorije, a Kennedy posebno zagovaratelj revolucije; a ne reforme u okviru liberalnog legalizma. Intelektualna je kritika prema njegovu stajalištu samo preludij, odnosno platforma za političku akciju.⁵⁵¹
- Središnja pozicija J. Hasnasa pak zaključuje kako je kritička pravna teorija samo bič dominantnoj struji liberalnog legalizma usmjeren protiv obnašatelja društvene moći, a ne moći same po sebi. Njihov je cilj zamijeniti ju, a ne uništiti.⁵⁵²

⁵⁴⁸ Cf. *ibid.*, str. 81-85.

⁵⁴⁹ Kennedy opisuje svoje stajalište kao „*Leftist white male radical*“. V. *An Interview with Duncan Kennedy*, *Bimonthly Review of Law Books*, Vol. 5, No. 3, 1994., str. 2., dostupno na: <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/An%20Interview%20with%20Duncan%20Kennedy%20by%20Christine%20Kuta.pdf>, 29.11.2018.

⁵⁵⁰ Funakoshi, *op.cit.* (bilj. 498), str. 287.

⁵⁵¹ V. Kennedy, D., *Law Student Rebellion in the Eighties*, *Guild Notes*, Sept. – Oct. 1982., str. 22. Navedeno prema Hutchinson, A.C. & Monahan, P.J., *op.cit.* (bilj. 348), str. 244.

⁵⁵² Hasnas, J., *Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument*, *Duke Law Journal*, Vol. 45, No.1., str. 132.

Posebnost je Kennedy-jeva teorijskog doprinosa u području kritičke pravne teorije upravo u stalnom nastojanju za praktičnim rješenjima teorijskih problema koje uočava u pukotinama pravne znanosti. U pojedinim prijedlozima, njegova praktična rješenja problema čine se nespretnima, neostvarivima pa čak i luckastima (posebice u prijedlogu izjednačavanja svih plaća u obrazovanju – bez obzira na obrazovne kvalifikacije, težinu posla i doprinos) no svakako su većim dijelom dobrodošla kao pokušaj buđenja etabliranog statusa quo u američkim pravnim znanostima sredine 20. stoljeća. Možda je jedna od najvećih istina njegova opusa upravo tvrdnja kako točno pravno rješenje nikada ne postoji samostalno i nevezano uz točno etičko i političko rješenje određenog pravnog problema.

Resist authority! poručuje Kennedy na svojim službenim web stranicama⁵⁵³ ostavljajući čitatelju otvorenom interpretaciju načina na koji će to učiniti, u čemu se upravo ogleda veličina njegove misli.

5. Morton J. Horwitz: Kritička transformacija američkog pravnog sustava

Morton J. Horwitz (1938. -) profesor je pravnih znanosti na Harvardskom sveučilištu od 1970. do danas. U svojoj prvoj knjizi *The Transformation of American Law 1780 – 1860.* iz 1977. dao je podroban opis navedenog perioda u američkoj pravnoj povijesti te se djelo smatra jednim od najznačajnijih u modernoj američkoj historiografiji. Djelo je svojevrsni „napad“ na stavove tzv. *Consensus school* koja je bila dominantna tijekom 50-tih godina dvadesetog stoljeća zanemarujući ulogu klase u američkoj pravnoj povijesti. Temeljni je argument ovog djela kako se u prvoj polovici 19. stoljeća većina sudaca samosvjesno udružila sa stalno rastućom klasom kapitalista te promovirala čitav niz pravnih standarda i pravila koji su išli u prilog toj društvenoj klasi.

U drugom djelu *The Transformation of American Law 1870 – 1960: The Crisis of Legal Orthodoxy* iz 1992. usredotočio se na kritiku sustava kojeg je opisao u prvoj knjizi po uzoru na O.W. Holmesa, R. Pounda i K. Llewellyna. Promatra promjenu u pravu u okviru debate između „pravnih formalista“ i „pravnih realista“. Tvrdi kako su društvene grupe iz proteklog povijesnog perioda njegove analize u ovom periodu nastojale prikazati tadašnje stanje pravnih dostignuća

⁵⁵³ V. npr. <http://duncankennedy.net/bibliography/index.html> 29.11.2018.

prirodnim i neophodnom posljedicom primjene pravila u procesu pravnog opravdanja. U kritici pravnog formalizma pravni realisti su tvrdili kako je induktivan i analoški model koji su primjenjivali formalisti logički nekonzistentan; kako su pravni odnosi samo odnosi moći čime pravo postaje dio ili oblik javne politike o kojemu bi trebalo raspravljati i odlučivati javno, a ne na temelju apstraktne kategorije kao što je pravno opravdanje.

Tijekom 1998. Horwitz je tiskao treću knjigu pod naslovom *The Warren Court and the Pursuit of Justice* u kojoj navodi velik utjecaj rada suca O.W. Holmesa na rad Vrhovnog suda SAD-a. U Horwitzovu autorskom radu na ovom djelu zanimljivo je uočiti promjenu političkog konteksta od utemeljenja kritičke pravne teorije do danas. U SAD-u se smatralo, u vrijeme nastanka kritičke pravne teorije kako je jedna od temeljnih uloga koju obnašaju pravni akademici aktivno sudjelovanje u stvarnom svijetu stvaranja političkog u društvu. Tako rad M.J. Horwitza može na primjer prikazati promjenu u političkom kontekstu: Horwitzovo prvo djelo donosi tezu kako su promjene u doktrini presuđivanja političke i ekonomske naravi, baš kao i ostale promjene u području javne politike i djelovanja. Nakon toga, u drugom djelu Horwitz smatra kako je pravni realizam bio glavni uzročnik destabilizacije premisa na kojima leži stari poredak pravnog formalizma. Osim navedenih Horwitzovih teza važno je uočiti i činjenicu kako je danas kritička pravna teorija jedna od legitimnih teorija prava s obzirom na odabir Horwitza (kao utemeljitelja i pripadnika kritičke pravne teorije) kao autora navedenog djela.⁵⁵⁴

5.1. Instrumentalna koncepcija prava

„Svaki bi znanstvenik trebao težiti prevođenju svoje “misteriozne znanosti“ na običan jezik, čineći ju manje misterioznom“⁵⁵⁵ napisao je u predgovoru prve knjige M.J. Horwitz postavljajući si zadatak približiti teme pravne znanosti širem krugu čitatelja izvan uskog akademskog kruga pravnih teoretičara. Upravo iz navedenih razloga Horwitz u prvom djelu *The Transformation of American Law 1780.-1860.* postavlja sumnju u neke odavno usuglašene „povijesne istine“ američkog pravnog sustava. Postavlja prije svega pitanje u ime čijih interesa se donosila zakonska regulativa, izražavajući sumnju kako je interes često samo prikazivan kao

⁵⁵⁴ Tushnet, op.cit. (bilj. 341), str. 101., fn. 5.

⁵⁵⁵ Horwitz, M.J., *The transformation of American Law 1780-1860.*, str. 11., dostupno na: http://books.google.hr/books?id=07n2ZFnsznoC&printsec=frontcover&dq=morton+j+horwitz&hl=hr&ei=XmkwTbKaH8WYOqfMwKwK&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCQQ6AEwAA#v=onepage&q&f=true, 16.12.2018.

javni, kako bi se prikrio stvarni interes moćnih društvenih grupa. Tvrdi kako je u periodu 1780. – 1860. promocija ekonomskog rasta primarno kroz pravni, a ne porezni sustav imala ogromne posljedice na distribuciju bogatstva i moći u američkom društvu. U raspravi o američkom *laissez-faire* sustavu tvrdi kako on ne bi mogao niti postojati da suci nisu prihvatili njegovu provedbu odbijajući nametanje ugovora i naknada za štete osobama i vlasništvu. No u određenim okolnostima sudačko odbijanje djelovanja u određenom smjeru moglo je biti motivirano i razvojnim ciljevima. U ovom smislu, ideologija ugovora devetnaestog stoljeća kod sudaca, bila je instrumentalna (u smislu promocije ekonomskog razvoja) i *laissez-faire* (u tradicionalnom smislu neprijateljskog raspoloženja prema zakonodavnoj ili administrativnoj regulaciji). Značajno je, kako *laissez-faire* kategorizacija nije dovoljna u razmatranju procesa presuđivanja u privatnom pravu, jer ne razlikuje razvojne i raspodjelne ciljeve. Osim toga, tvrdi Horwitz, zanemaruje političku značajnost ostavljanja zadatka regulacije primarno sucima, koji su često bili stvarni nositelji ideologije *laissez-fairea*. Višeznačnost termina *laissez-faire* uključuje i dublji problem u historiografiji navedenog povijesnog perioda. Jesu li povjesničari *New Deal-a* bili uspješni u određivanju pitanja vladine aktivnosti u konsensualnom okviru? Kakav su dokaz imali za karakterizaciju većine oblika vladine aktivnosti kao promocije javnih interesa američkog društva u ranim 30-tim godinama dvadesetog stoljeća?

Instrumentalna perspektiva u pravu nije se samo i jednostavno pojavila kao odgovor na nove ekonomske snage devetnaestog stoljeća. Suci su počeli koristiti pravo kao poticaj društvenoj promjeni, čak i u onim područjima u kojima su se ranije suzdržavali od takvih utjecaja. Postavlja se pitanje iz kojeg razloga se ova promjena događa upravo u periodu od 1780. – 1820.? Postavlja se pitanje može li se ona otkriti općim promjenama političke teorije toga vremena?

5.1.1. Konceptija common law sustava u 18. stoljeću

Common law sustav širi se gotovo nevjerojatnom brzinom i biva prihvaćen u engleskim kolonijama na američkom tlu tijekom osamnaestog stoljeća. Koncept *common law* sustava smatra se u pravnim krugovima tijelom principa koji je poticao nesputanu primjenu engleskih presedana na američkim saveznom sudovima. Inzistira se na prihvaćanju isključivo onih engleskih presedana i principa *common law* sustava koji su bili u suglasju s kolonijalnim uvjetima. Većina temeljnih odluka nije se postizala pojedinačnim sudskim odlukama nego usuglašavanjem s lokalnim statutima, što rezultira sve manjim brojem prigovora o nesuglasju između *common law* sustava i specifičnosti američkog društvenog okruženja. Ostajući pri

stajalištu kako su američke plantaže „osvojen“ teritorij, zbog čega ne mogu imati benefite engleskog prava, kolonijalisti nakon 1720. uspijevaju u ostvarenju prijedloga kako su engleski *common law* sustav donijeli sa sobom pri osvajanju kolonija. U suprotnosti navedenom, kolonijalni stav prema britanskim statutima sumiran je u zakonodavnu odredbu koja ih ograničava u primjeni pred ranije usvojenim statutarnim pravom.

Tijekom 1720. generalni engleski pravobranitelj Richard West uspostavio je autoritet *common law* sustava, razlikujući statutarno od običajnog prava (*Common law* sustav i njegova doktrina bio je dio prirodnog prava kao takav deriviran iz principa pravednosti, a statutarno pravo izvedeno je iz volje, stvoreno je, a ne otkriveno),⁵⁵⁶ čime je *common law* sustav gotovo uniformno prihvaćen od strane američkih zakonodavaca tijekom američke revolucije. Ovako shvaćen sustav značio je izjednačavanje prava s nepromjenjivim, običajnim standardom, odnosno postavljanje uloge suca isključivo u poziciju otkrivanja i primjene postojećih pravnih pravila. Smatralo se kako suci nisu slobodni u promjeni pravila, prilagodbi pravila pravičnosti jer bi takvim razumijevanjem „pravo i pravednost ovisili o arbitrarnoj volji (odluci) pojedinca koja je promjenjiva i može biti kontradiktorna u odnosu jedne prema drugoj.“ Praksa engleskih sudova koja je zaživjela kroz američki *common law* sustav smatrala se primjenom rezultata „dugogodišnje mudrosti i iskustva“, a „granice između prava i procesa presuđivanja ne smiju biti pobrkane, jer bi time sudovi postali pristrani - posljedično stvaratelji prava, umjesto tumačitelji već postojećeg seta pravila.“⁵⁵⁷

Generacija Amerikanaca koji su sudjelovali u Američkoj revoluciji (1775. – 1783.) prihvatila je engleski *common law* sustav kao poznato i određeno tijelo pravne teorije. Nije bilo dvojbi oko uspostavljanja ovog pravnog sustava pri presuđivanju u pravnim nesuglasicama, u prilog čemu govori i podatak kako je u razdoblju između 1776. – 1784. jedanaest od ukupno trinaest država SAD-a, usvojilo pripreme za prihvaćanje *common law* sustava.⁵⁵⁸

5.1.2. Slom koncepcije prava 18. stoljeća

Upravo u segmentu odvajanja zakonodavne i sudske vlasti započela je promjena u koncepciji običajnog prava (*common law* sustava). Početak ove preobrazbe možemo pratiti od 1780., a njen vrhunac dosegnut je u prvom desetljeću devetnaestog stoljeća. Naglašavajući razlike između pravila engleskog *common law* sustava i onog na području američkih kolonija,

⁵⁵⁶ Cf. *ibid.*, str. 6.

⁵⁵⁷ Cf. *ibid.*, str. 9.

⁵⁵⁸ Cf. *ibid.*, str. 4.

kao i međusobnu razliku između kolonija samih, St. George Tucker u svom je djelu *Blackstone* iz 1803. utvrdio kako je nemoguće prilagoditi tako različit, suprotstavljen i neusklađen municipalni sustav institucija kako bi odgovaralo nepromjenjivom *common law* sustavu presuđivanja iz razdoblja američke revolucije.⁵⁵⁹

Teret koji su nosili svi suci tijekom prvog dijela osamnaestog stoljeća odnosio se na nesigurnost u primjeni i korištenju pravila *common law* sustava zbog čega su oslonac tražili u zakonodavnoj vlasti kao autoritetu u nametanju standarda, a posebice u području kaznenog prava. S vremenom kako je napetost u području navedenog spora rasla praksa je pokazivala kako postoji sve veći nesrazmjer između *common law* sustava (kao nesigurnog i nepredvidljivog) i statutarnog prava pojedinih država, čime je spor prerastao u ustavno pitanje. Tako je na primjer, vrhovni sudac Zapheniah Swift u komentaru zakona države Connecticut iz 1795. utvrdio, kako je očigledna nemogućnost pojedinaca da znaju svoja prava i obveze bez javne zakonodavne i sudske objave. Osim toga upozorio je i na sudačku slobodnu ocjenu u presuđivanju u slučajevima, što je dokazivalo kako suci ne samo da primjenjuju pravo, već ga i stvaraju.⁵⁶⁰

Tijekom 1819. pojavilo se prvo djelo koje je koncepciju prava vidjelo u novom svjetlu. Odvjetnik države Ohio John Milton Goodenow napisao je i objavio *Historical Sketches of the Principles and Maxims of American Jurisprudence* u kojemu po prvi puta istražuje pitanje mogu li uopće kaznena djela podlijeagati snazi *common law* sustava čak i u okviru zasebne države. Utvrdio je kako se velika većina američkih građana odmaknula od razumijevanja prava u smislu 18. stoljeća: „Zakoni koje čovjek stvara u svojoj socijalnoj državi, nisu izraz božanske volje, niti puka institucionalizacija prirode i razuma, već su u svojoj biti promjenjivi i arbitrarni; nužno pozitivnog i lokalnog karaktera i postojanja, stvoreni, proglašeni i objavljeni u obliku i formi koji je nedvosmislen i jasan svima na koje se odnosi; u drugačijem slučaju zakoni nikada ne bi mogli biti obvezujući: jer nisu intuitivni, otkriveni snagom opravdanja.“⁵⁶¹ Goodenow zaključuje kako principi prirodnog prava „mogu biti zanemareni kao laž koja godinama leži zakopana ispod smeća ljudske inventivnosti.“⁵⁶² Temeljeći svoje opravdanje na navedenim premisama Goodenow nastavlja kako svi ljudski zakoni koji se odnose na kažnjavanje počinitelja u kaznenim djelima su samo pitanje dominantne politike društva koje se razlikuje od države do države s obzirom na svrhu, oblike i ciljeve vlade. Time kazneno pravo ne ovisi

⁵⁵⁹ Cf. *ibid.*, str. 13.

⁵⁶⁰ Cf. *ibid.*, str. 14 - 15.

⁵⁶¹ Goodenow, J.M., *Historical Sketches of the Principles and Maxims of American Jurisprudence*, navedeno prema: Horwitz, M.J., *op. cit.* (bilj. 562), str. 16.

⁵⁶² *Ibid.*

više o prirodnim zakonima niti je bezvremeno važeće, već je sječa i tekstura politike vremena u kojemu je nastalo. Jedino legitimno tijelo koje je u mogućnosti nametnuti kaznene sankcije bilo bi zakonodavno, kroz statutarnu odredbu. Sudac u kaznenom postupku vođen pozitivnim pravom izvršitelj je volje vrhovne moći, odnosno volje naroda, zaključuje Goodenow. Upravo je u ovom Goodenowom djelu izvrsno vidljiva povezanost i implicitan odnos između napada na *common law* sustav i općih promjena u političkim koncepcijama prirode prava u američkoj pravnoj povijesti tijekom 18/19. stoljeća.

5.1.3. Pojava instrumentalne koncepcije prava

U razdoblju prije Američke revolucije običajno i statutarno pravo smatrani su dvama zasebnim, odvojenim dijelovima prava, a autoritet sudaca i zakonodavca opravdan odrednicama prava koje su provodili. Dihotomija između prirode dvaju oblika prava odražava početak moderne koncepcije suvereniteta koja se pojavljuje u punoj snazi tijekom druge polovice 18. stoljeća. William Blackstone u svom je djelu *Commentaries on the Laws of England* iz 1765. – 1769.⁵⁶³ uočavajući započet ustavni spor između statutarog i običajnog prava smatrao kako niti jedno od dvaju navedenih prava nije u potpunosti primljeno u Americi. Koncepciju jedinstvenog i nedjeljivog suvereniteta Amerikanci su preuzeli od Williama Blackstonea nakon Američke revolucije osporavajući nadmoć, odnosno vrhovnu moć parlamenta, istovremeno smatrajući kako je pisani ustav legitiman izraz volje naroda. U potrazi za redefiniranjem pravne obveze u obliku suvereniteta, s namjerom obrane ultimativnog prvenstva zakonodavca i statutarog prava dolazi do dezintegracije izvornih temelja prirodnog prava u sustavu *common law*.

Zahtjev za kodifikacijom svih zakona, temeljen na principu prema kojemu u republikama sama priroda Ustava zahtjeva od sudaca da slijede „slovo zakona“, pojavljuje se nakon Američke revolucije. U podlozi navedenih zahtjeva za kodifikacijom stajalo je uvjerenje prema kojemu je većina preuzetog engleskog *common law* sustava proizvod hirovite čudi sudaca.

Veliku ulogu u ovim nastojanjima imao je rad Lorda Mansfielda u Engleskoj koji je uvjerio većinu Amerikanaca kako suci ne mogu biti isključivo ograničeni na primjenu postojećeg prava, njegov rad uvjerio je i Thomasa Jeffersona kako je potrebna barem provjera

⁵⁶³ Blackstone, W., *Commentaries on the Laws of England*, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=EPg_AAAAYAAJ&printsec=frontcover&dq=Commentaries+on+the+Laws+of+England&hl=hr&ei=SFY1TbbxOYvoOcmGpLYC&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCgQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false 09.01.2019.

common law sustava koji primjenjuju suci.⁵⁶⁴ Mansfield je, navodi Jefferson tražio povećani napor oko stvaranja prava opravdanijim, razumnijim. Niti jedno razdoblje engleskog pravnog sustava nije donijelo tolike izmjene u pravosuđu kao razdoblje suca Mansfielda, tvrdio je Jefferson, a osvrćući se na kodifikaciju u državi Virginia ustvrdio je kako je *common law* sustav Engleske samo podloga kodifikacije čime je ograničio recepciju *common law* sustava Engleske na pravila koja su postojala u 13. stoljeću.⁵⁶⁵

U nekoliko sljedećih desetljeća, dekonstrukcija koncepcije čvrsto određenog i fiksnog *common law* sustava, najuočljivija je u stavu R. Rantoula koji u svom zahtjevu za kodifikacijom navodi kako ne razumije iz kojeg bi razloga *ex post facto* pravo doneseno od strane zakonodavca bilo nepravedno, neustavno i nevažeće za razliku od prava koje stvaraju suci koje po svojoj prirodi uvijek mora biti *ex post facto*, a kojemu ne samo da se pokorava, već i aplaudira?⁵⁶⁶ Kriza *common law* sustava možda je najočitije izražena u djelu *Lectures on Law* suca J. Wilsona iz 1791. gdje navodi kako je središnja uloga djela pokazati kako je Blackstoneova tvrdnja da je pravo ostvarenje volje nadmoćnih u biti „neprikladan princip“ jer „jedini legitiman princip poslušnosti i pokoravanja zakonu je pristanak.“ Naknadno se složio s tezom kako mora postojati vrhovna, arbitrarna moć u stvaranju prava, no ostaje pitanje gdje se ona nalazi i što je točno njezin izvor.⁵⁶⁷ Temelj poslušnosti i pokornosti zakonu leži u volji, teoriji koja je derivat koncepcije obveze iz 18. stoljeća, a izvedena je iz pravednosti u pravu. Rezultat je postrevolucionaran fenomen: pokušaj rekonstrukcije legitimiteta statutarnih i *common law* pravila na konsensualnoj podlozi, pri čemu je Wilson inzistirao na običaju kao dokazu konsenzusa. Wilson je također pokušavao dokazati kako je sustav *common law* kompatibilan s principom suvereniteta što je ujedno postao opći problem i središnji cilj pravnih stručnjaka na prijelazu stoljeća.⁵⁶⁸

⁵⁶⁴ Horwitz, op.cit. (bilj. 562), str. 18.

⁵⁶⁵ Ibid.

⁵⁶⁶ Robert Rantoul Jr. (1805. – 1852.) bio je odvjetnik u državi Massachusetts, kasnije senator, poznat po stavovima o potrebi napuštanja tradicije *common law* sustava i vodstvu pokreta za kodifikacijom prava SAD-a. Rantoul je smatrao kako *common law* sustav nije pogodan za demokratsku republiku. Vjerovao je kako mogućnost koju sucima ostavlja *common law* sustav, dopuštajući im interpretaciju i prilagođavanje prava koji vodi odlučivanju u slučajevima koji su isključivo u domeni zakonodavstva. Rantoul je smatrao kako je potrebno stvoriti zakonski kodeks prema kojemu bi suci postupali u slučajevima koji se pred njima nađu. Temeljnim problemom je smatrao diskrecijsko pravo suca s obzrom na činjenicu da je sudac formalno mogao presuđivati različito od slučaja do slučaja. Niži slojevi stanovništva, osim toga zbog nemogućnosti pribavljanja savjetnika u startu su bili u nemilosti, odnosno obespravljeni pri samom ulasku u sudnicu. V.: <http://law.jrank.org/pages/9641/Rantoul-Robert-Jr.html>, 12.01.2019.

⁵⁶⁷ Wilson, J. & Wilson, B., *The Works of Honourable James Wilson*, Lorenzo Press, Philadelphia, 1804., dostupno na: http://books.google.hr/books?id=Yo0AAAAMAAJ&pg=PA1&dq=Lectures+on+Law+James+Wilsona&hl=hr&ei=plc1TZvH0LuVOqOubUC&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCQ6AEA=onpage&q&f=false, 14.01.2009.

⁵⁶⁸ Cf. ibid., str. 425.

S obzirom na prikazan razvoj mišljenja, pravni su stručnjaci počeli kritički razmatrati postojeći pravni sustav te smatrati *common law* sustav instrumentom volje. Predstavljajući svoju optužbu poroti 1806. tužitelj P. Cordwainers u predmetu zavjere, sudac M. Levy odlučio je kako je porota dužna pokoriti se *common law* pravilu premda ne razumije princip na kojemu je utemeljeno. „Pravilo ne možemo odbaciti jer mu ne pronalazimo opravdanje. Dovoljno je da je ono volja većine...“⁵⁶⁹

Ovakav način razmišljanja o pravu svakako je bio „dvosjekli mač“. Dok su suci 19. stoljeća bili zadovoljni u ograničavanju diskrecijskog prava porote, podsjećajući ju kako je nepisani običaj i pisano pravo u jednakoj mjeri izraz zakonodavca, njihovo ponašanje odavalo je mogućnost koja im je pružena u oblikovanju pravne doktrine u skladu sa širokom koncepcijom smjera javne politike. Ova promjena odrazila se i na obrazovni sustav. Jedan od primjera se najjasnije očituje u predavanjima sudaca T. Reevea i J. Golda na Litchfieldu gdje su do 1813. podučavali studente u smjeru Blackstoneovih usmjerenja, a kasnije pronalaze novi temelj *common law* sustava: „teorijski, sudovi ne stvaraju zakone, no u praksi oni su zakonodavci“⁵⁷⁰

Nakon što su se s vremenom suci počeli smatrati zakonodavcima kriteriji prema kojima su oblikovali pravnu doktrinu također su se počeli mijenjati. Princip prema kojemu su suci trebali odlučiti hoće li se u određenom slučaju složiti s postojećim setom odluka te na koji način mogu provjeriti njihovu ispravnost nije postojao, osim naravno onoga što predstavlja njihov osobni stav. Rezultat takve pozicije u kojoj su se suci našli u prva dva desetljeća 19. stoljeća bila je činjenica prema kojoj su oni postali vodeći agenti provođenja promjene u pravu. S obzirom na činjenicu da zakonodavac mora uspostaviti opće pravilo jednakovrijedno za sve, sudovi imaju pravo na diskreciju oblikovanja i prilagođavanja pravila s obzirom na pojedinačan slučaj. Time su suci postali „arhitekti pravnog sustava.“⁵⁷¹

Čak su se i konzervativni suci tog vremena kao na primjer sudac Vrhovnog suda N. Chipman u svom djelu *Dissertation of the Act Adopting Common and Statute Laws of England* iz 1793., složili kako je promjena u pravu potrebna. On navodi kako je u pravu američkog pravnog sustava važna bit, a ne forma. Njegovo djelo odraz je započetog postrevolucionarnog funkcionalizma u američkom pravnom sustavu. Naglasak na „princip“ i „opravdanje“ u pravu te odbacivanje arbitrarnog autoriteta običajnih pravila derivirani su iz novonastale koncepcije pravnog sustava kao samosvjesnog instrumenta društvene politike. „Umjesto slijepog slijedenja

⁵⁶⁹ Horwitz, M.J., *The Transformation of American Law 1780 – 1860.*, loc.cit.

⁵⁷⁰ Cf. *ibid.*, str. 23.

⁵⁷¹ *Ibid.*

drevnih pravila, maksima i presedana moramo naučiti razlikovati ona koja su sačinjena na temeljnim principima ljudske prirode u društvu, koja su trajna i univerzalna i onih koja su nametnuta s obzirom na okolnosti, politiku, navike, moral i religiju nekog davnog vremena“, čemu Z. Swift 1795. dodaje kako „sudovi nisu apsolutno ograničeni autoritetom presedana.“⁵⁷²

Razlog i opravdanje počeli su se u odlučivanju u slučajevima razumijevati ne kao pravila ili doktrine koje se trebaju otkriti, ne kao uobičajene norme koje bi trebalo primjenjivati kroz presedane, već kao tijelo regulatornih okvira iz perspektive „pojačanih zahtjeva liberalne politike“.⁵⁷³ Rezultat navedenog odnosi se na činjenicu kako se do kraja 19. stoljeća ustalila praksa zanemarivanja autoriteta ranijih slučajeva. No, s druge strane dok su sudovi proglašavali svoju „slobodu“ od striktnih engleskih presedana osamnaestog stoljeća pojavio se problem uspostavljanja reda i uniformnosti pravnog sustava u novom svjetlu. Problem pravne sigurnosti u svojim je temeljima definiran u okviru političkih odredaba. Bez poznatih i općih zakona u pravnom sustavu u kojemu je volja suca zakon, približavamo se državi ropstva.

Do 1820. pravno okružje Amerike imalo je samo blijedi odsjaj onoga što je bilo njena dominantna karakteristika prije četiri desetljeća. Dok je izričaj ostao uglavnom jednak, struktura misli uvelike se izmijenila zajedno s teorijom prava. Pravo u novom ruhu više nije promatrano kao vječni skup principa izražen u običajima i deriviran iz prirodnog prava, niti je više smatrano isključivo kao tijelo pravila kojemu je osnovni cilj postići pravednost u pojedinačnom slučaju. Ono je preuzelo novu ulogu u vodstvu društva i promicanju društveno poželjnog poslovanja. Naglasak na pravu kao instrumentu politike potakao je inovaciju dopuštajući sucima formulaciju pravne doktrine sa samosvjesnim ciljem stvaranja društvene promjene.

5.1.4. Uloga i značaj instrumentalne koncepcije prava

Razvoj američkog pravnog sustava tijekom 19. stoljeća smatra se u američkoj pravnoj povijesti „zlatnim razdobljem“, kako navodi Horwitz, premda nikada nije u potpunosti pojašnjeno zašto je upravo u ovom periodu pravni sustav preuzeo tako inovativnu i transformativnu ulogu. Tijekom 18. stoljeća pravni sustav *common law* nije imao ulogu instrumenta društvene promjene, sve promjene unutar pravnog sustava odvijale su se na zakonodavnom nivou. Tijekom tog razdoblja sustav *common law* smatrao se tijelom stabilne doktrine koja se primjenjivala u cilju zadovoljavanja pravednog razrješenja spora između dvaju

⁵⁷² Cf. *ibid.*, str. 25..

⁵⁷³ Cf. *ibid.*, str. 26.

privatnih strana u sporu. Kao posljedica takvog stanja američki su suci rijetko analizirali pravila *common law* sustava s obzirom na njihovu funkciju i svrhu (uporabu) te ga gotovo nikada nisu koristili kao kreativan element usmjeravajući ga prema faktoru društvene promjene.

Temeljna razlika između sustava *common law* u 18. i 19. stoljeću je upravo centralna uloga koju su preuzeli suci u usmjeravanju društvene promjene. „Zakonodavna odgovornost odvjetnika i sudaca u uspostavljanju vladavine prava bila je daleko značajnija no u ranijem periodu. Gotovo je očigledno i laiku kako je priroda američkih institucija, bez obzira bile one ekonomske, društvene ili političke u značajnoj mjeri određena od strane sudaca. U tom su periodu čak i pitanja iz područja privatnog prava smatrana dijelom društvene politike.“⁵⁷⁴ Tijekom posljednjih petnaestak godina 18. stoljeća može se uočiti postupan pomak ka nadolazećoj promjeni u ulozi sudaca. Pronalaze se konkretni slučajevi u kojima se odvjetnici i suci bave pitanjima vezanim uz pravno opravdanje ili društvenim posljedicama određenog pravnog pravila. Bilo je nezamislivo, tek desetljeće prije, čuti odvjetnika kako tvrdi, što je na primjer učinio glavni tužitelj Južne Karoline 1796. godine kako Vrhovni sud ne bi smio tražiti naknadu za zemlju uzetu za izgradnju ceste jer bi takav postupak bio krivo protumačen u javnosti s obzirom na važnost autoriteta institucije u javnom mnijenju zajednice.⁵⁷⁵ Pravnici su počeli oblikovati pravne argumente u skladu s novonastalim okolnostima, npr. „velika je važnost sadašnje presude u slučaju s obzirom na poslovni karakter naše zemlje“ ili „nužnost odlučivanja priklanjanja određenom pravilu *common law* sustava vezana je uz rezultate poboljšanja u trgovačkom pravu.“⁵⁷⁶

Suci su postupno počeli oblikovati doktrinu *common law* sustava s povećanom svjesnošću da će se utjecaj odluke proširiti izvan konkretnog slučaja u kojemu se odlučuje te da se njihova funkcija proširila izvan pukog presuđivanja u konkretnom slučaju u nastojanju izvršenja pravednosti. Sudovi su time iskoristili mogućnost koju je pružao svaki pojedini slučaj ne samo donošenja presude u slučaju nego i uspostavljanja pravila od općeg značaja s mogućnošću daljnje primjene. Od 1820. proces presuđivanja preuzeo je na sebe čitav niz uloga od zakonodavstva. S obzirom na novu ulogu koja je pred suce postavljena, oni su pozvani da oblikuju opću doktrinu temeljenu na osobnoj procjeni društvenih i ekonomskih političkih smjernica. U rastućoj upotrebi prava kao instrumenta u zadovoljavanju političkih aspiracija, Horwitz navodi s početka 19. stoljeća čitav niz primjera iz različitih područja prava u kojima su drevna pravna pravila rekonstruirana s obzirom na funkcionalnu ili uporabnu svrhu, često

⁵⁷⁴ Howe, M.W., navedeno prema: Horwitz, M.J., *The Transformation of American Law 1780 – 1860.*, loc.cit.

⁵⁷⁵ Cf. *ibid.*, str. 2.

⁵⁷⁶ *Ibid.*

prije no što bi se novi ili posebni ekonomski ili tehnički zahtjevi uopće pojavili kao potreba za promjenom u pravu.⁵⁷⁷

Prema Horwitzovu tumačenju pravna svijest bilo kojeg povijesnog razdoblja nije samo jednostavan zbroj i odraz suvremenih društvenih skupina moći koje se sudaraju u pravu. Pravo kao dio društvene stvarnosti može biti autonomno samo do određene mjere. Interne potrebe pravne profesije i ideologije omogućavaju pravnim profesionalcima da služe kao tampon ili filter između društvenih sila i prava. To je proces kojega svakako treba razdvojiti od nastojanja pravnih profesionalaca pri posredovanju između različitih, često suprotstavljenih društvenih skupina prikazujući pravo i pravni sustav politički neutralnim. Činjenica je kako pravni profesionalci (prije svega odvjetnici) imaju osobni interes u stvaranju privida postojanja neutralnog, apolitičnog pravnog sustava.⁵⁷⁸

Iz pozicije današnjeg vremena nezamislivo je da bi itko tako uzročno povezao vladinu aktivnost s promocijom nekog apstraktnog javnog interesa. No, povjesničari su priznali kako su moćne interesne skupine mogle prikazati svoj interes kao javni interes čitavog američkog društva. Ipak njihovo je stajalište o američkom društvu takvu mogućnost stavilo u pozadinu. S obzirom na polazište prema kojemu su prosuđivali događanja u američkom društvu kao relativno homogeno, bez konflikata, nikada niti nisu ozbiljno sumnjali kako se pravo i politika mogu okarakterizirati kao refleksija neujednačenih potreba društva u cjelini. No, proučavanje društva kao konfliktnog polja pokazalo je kako se taj obrazac društvenog djelovanja prenio i u područje pravnih pitanja te je omogućio poduzetničkim i poslovnim društvenim grupama da disproporcionalno dijele bogatstvo i moć u američkom društvu.

Tako transformiran karakter pravne regulacije postao je značajan instrument u rukama novoutemeljenih moćnih društvenih grupa. Dok su upotrebljavali retoriku javnih interesa pojedinci su postajali skeptični prema njihovim zahtjevima. Ukoliko prihvatimo kao isključivi interes šireg društva stalan ekonomski rast, možemo tvrditi kako je činjenica da su ciljevi američkog društva u vremenu nakon Američke revolucije zadovoljeni. No, ukoliko pogledamo raspodjelu dobara moći i bogatstva koja je rezultat navedenog procesa, teško je identificirati

⁵⁷⁷ Povećano iskorištavanje stvaranja prava u svrhu poticanja rješavanja političkih pitanja (pravo kao instrument politike) očigledna je ranim počecima 19. stoljeća u različitim područjima prava. Kako navodi Horwitz „samo dva stoljeća ranije bilo bi nezamislivo pronaći suglasje američkog suca u području presuđivanja u privatnom pravu s radom A. Smitha u djelu „*Wealth of Nations*“ ili ga zamisliti kako razmišlja o učincima koje će presuda u konkretnom slučaju imati na čitavo društvo u cjelini.“

V.: Cf. *ibid.*, str. 3-4.

⁵⁷⁸ Cf. *ibid.*, str. 13.

ekonomski rast kao opće dobro za sve društvene grupe, slojeve i klase, odnosno za sve pripadnike društva.⁵⁷⁹

5.2. Pravo kao politika: kriza pravne teorije

Horwitzovo drugo djelo *The Transformation of American Law 1780 – 1960. The Crisis of Legal Orthodoxy* kao temeljnu okosnicu rada već u predgovoru postavlja analizu prava u smislu političke uvjetovanosti.⁵⁸⁰ Djelo predstavlja zbirku povezanih eseja koji se dotiču pitanja klase, društvenih promjena i razvoja u području kulture prava bez čvrste poveznice u centralnoj osi što je posljedica korištenja studija slučajeva kao dominantne metodološke analize u radu. Ovaj Horwitzov rad teži povezivanju prava s područjem kulture društva prije no s pojmovima ekonomskog i procesima društvene promjene, što je odlika prvog njegovog rada. Kontrastirajući pojmove klasične i progresivne pravne misli Horwitz donosi detaljnu analizu američkog prava i društva kroz gotovo puna dva stoljeća.

5.2.1. Struktura klasične pravne misli 1870. - 1905.

Centralna aspiracija američkih pravnih teoretičara oduvijek je bila odvajanje prava i politike. Demokratska politička kultura opterećena tiranijom većine nastojala je kroz djelovanje američkih pravnika utjeloviti „vladavinu zakona, a ne ljudi“ u koncepciji autonomnog sustava prava neiskvarenog politikom. Taj stalan sukob između prava i politike ima različite oblike u američkoj povijesti. Možda najizraženiji u tom sporu je period rasprave o kodifikaciji zakona. Temeljni argument zagovornika kodifikacije i branitelja *common law* sustava sveo se na pitanje da li suci stvaraju ili primjenjuju pravo?

Kontroverze u dihotomiji pravo – politika odražavale su stalan strah američkog pravnog i političkog sustava u segmentu tiranije većine posebice u području distribucije bogatstva i

⁵⁷⁹ Coase, R.H. u svom članku iz 1960. pod naslovom *The Problem of Social Cost* povezujući ekonomsku analizu s pravom, dokazao je kako ne postoji „transakcijski trošak“ između društvenih grupa, odnosno u situacijama gdje su stranke u mogućnosti uključivanja u besplatnu pogodbu. Nije važno sa stajališta efikasnosti koja od stranaka je opterećena pravnom obvezom. Coaseov teorem tako upozorava povjesničare u pravu da budu oprezni u raspravi o promjeni u pravu u okvirima koji imaju za cilj ekonomsku efikasnost. S druge strane važno je naglasiti kako se Coaseov teorem temelji na statičnom modelu jer pravna pravila određuju distribuciju bogatstva u kojoj postoje različite raspodjele dobrobiti koje su povezane s različitom distribucijom dobara.

Dinamički cilj ekonomskog rasta, toliko važan sucima devetnaestog stoljeća, bio je shvaćen u odrednicama pretpostavke različitog seta pravnih pravila koji bi imali drugačije učinke na ekonomski rast ovisno o distribuciji bogatstva koje su prouzrokovali i nivou investicija koje su potakli. U konačnici, unatoč Coaseovu teoremu čini se jasnim kako su povjesničari prava u pravu pripisujući sucima devetnaestog stoljeća njihovu osobnu strategiju prilagođavanja pravnih pravila promociji ekonomskog rasta. Navedeno prema: Cf. *ibid.*, str. 17.

⁵⁸⁰ Horwitz, *op.cit.* (bilj. 285), str. 4.

pokušaja izjednačavanja, odnosno nivelacije društvenih slojeva. Temeljno je pitanje američke političke misli bilo kako izbjeći prijetnje ekonomskog izjednačavanja. Veliku ulogu u tim nastojanjima odigralo je pravo koje je imalo za zadatak osigurati apolitičnu tampon zonu između države i društva. Ukoliko pravo ne bude prikazano na taj način neće moći udovoljiti zahtjevima demokracije, odnosno smatrat će se samo jednim u nizu instrumenata demokratske politike.

Time je temelj klasična pravna misao ukorijenjena u konzervativnom stavu koji podrazumijeva postojanje decentralizirane političke i ekonomske institucije kao temelj očuvanja američke slobode. Samoregulirajuća, kompetitivna tržišna ekonomija upravljala neutralnom i decentraliziranom državom „noćobdijom“.

Nakon iskustva građanskog rata Američke revolucije u SAD-u pravni su mislioci i suci inzistirali na stvaranju autonomne pravne kulture kao dijela potrage za poretkom. Kroz procese sistematizacije, integracije i apstrakcije pravne teorije preradili su i usavršili te učvrstili raniji *ad hoc* sustav pravne klasifikacije.

5.2.1.1. Distinkcija između privatnog i javnog prava

Svaki kompleksan pravni sustav predstavlja strukturu klasifikacije i kategorizacije koja otkriva mnoge dominantne točke napetosti i kontradikcije društva. Napori američkih pravnih teoretičara kasnog 19. stoljeća nastojali su stvoriti pravni sustav oslobođen političkog utjecaja čime su težili depolitizaciji prava posredujući u temeljnim kontradikcijama američke predratne pravne misli.

Jedna od najsnažnijih tendencija tijekom kraja 19. stoljeća bio je pokret stvaranja jasne i oštre razlike između prisilnog javnog prava – kaznenog i regulatornog prava – i ne prisilnog privatnog prava u području ugovora, vlasništva, trgovačkog prava, stvorenog kako bi bilo otporno na zlouporabe političke interferencije.

Razlika između javnog i privatnog prava bila je dijelom kulminacija napora konzervativnih pravnih mislitelja u pokušaju razdvajanja javnih i privatnih ciljeva američke političke i pravne misli. Jedan od najranijih pokušaja stvaranja oaze privatnih prava slobodnih od uplitanja države odnosila se na razlikovanje privatnih i javnih korporacija elaboriranih po prvi puta 1819. u *Dartmouth College Case* koja je uskoro inkorporirana u predratnu ustavnu teoriju s funkcijom postavljanja privatnih ciljeva imunih na političku prisilu.⁵⁸¹ Započinjući

⁵⁸¹ Stites, F.N., *Private interest & public gain: The Dartmouth College Case 1819.*, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=pLlpZ_cTDBwC&printsec=frontcover&dq=Dartmouth+College+Case&hl=hr

intenzivnije tijekom 1840-tih distinkcija između privatnog i javnog nadalje se razvijala stvarajući oštru razliku između legitimnih javnih i nelegitimnih privatnih upotreba državne moći u značajnim područjima.

U pozadini navedene distinkcije između privatnog i javnog prava odvijala se dihotomija u području između države i društva, tržišta i obitelji, politike i tržišta. Sve su navedene konceptualizacije uspostavljale odvojenu, prirodnu stvarnost neprisilnu i apolitičnu sferu oslobođenu od opasnosti državne interferencije i redistribucije.

Formalno i sistematizirano razdvajanje i razlikovanje privatne i javne sfere u pravu koje je artikulirano 1870-tih bio je nekako logičan slijed navedenog ranijeg perioda. Privatno pravo u području ugovora i vlasništva doticalo se isključivo stranaka u odnosu. Država nije imala nikakav drugačiji interes osim osiguranja pravnog poretka koji mora biti nepristran i apolitičan. Neovisan cilj privatnog prava smatran je analognim koncepciji samo-regulirajućeg tržišta čija „nevidljiva ruka“ odražava prirodne i nepristrane ekonomske zakone koji moraju ostati izvan političkih interferencija.⁵⁸²

5.2.1.2. Stvaranje apstraktnih i općih klasifikacija

Premda stvaranje distinkcije između javnog i privatnog prava duguje mnogo toga razvoju američkog društva izvan samog područja prava mora se također razumjeti u odnosima značajnih internih promjena u strukturi ideja u pravu. Na početku 19. stoljeća američko pravo još uvijek je pod velikim utjecajem *common law* sustava. Razumijevanje prava od strane odvjetnika u smislu *common law* sustava bilo je u suprotnosti s naporima teoretičara društvenog ugovora nakon J. Lockea u uspostavljanju pred-političkih izvora individualnih prava.

U gotovo svakom području prava, literatura kasnog 19. stoljeća postajala je integriranija, apstraktnija, općenitija i sistematičnija u odnosu na prijašnji period. Na početku stoljeća niz tiskanih tekstova iz područja američkog prava bio je obogaćen rukopisom knjige presedana i engleskih zakona. Sistematski i „znanstveni“ Blackstoneovi *Commentaries* ostaju iznimka u primjeni s obzirom na rad J. Storya iz 1805. iz područja prigovora i rada N. Danea pod nazivom *Abridgement* iz 1823.⁵⁸³ koji su predstavljali standardan izvor u obavljanju prakse američkih odvjetnika. Temeljna svrha navedenih tekstova prema Horwitzu, bila je ponuditi

http://books.google.hr/books?id=rgA9AAAAIAAJ&printsec=frontcover&dq=Abridgement+Nathan+Dane&hl=hr&ei=Znw1TZL7NcvqOeee3bYC&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CC0Q6AEwAg#v=onepage&q&f=false, 12.01.2019.

⁵⁸² Horwitz, op.cit. (bilj. 285), str. 10.

⁵⁸³ Dane, N., *A General Abridgement and Digest of American law*, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=rgA9AAAAIAAJ&printsec=frontcover&dq=Abridgement+Nathan+Dane&hl=hr&ei=Znw1TZL7NcvqOeee3bYC&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CC0Q6AEwAA#v=onepage&q&f=false 07.02.2019.

koristan katalog prikladnih oblika prigovora u različitim slučajevima iz područja *common law* sustava.

S vremenom, kako su se stari oblici i načini djelovanja postupno dezintegrirali pravni su pisci i teoretičari započeli kritiku fragmentarnog i nepovezanog sustava i strukture pravnog opravdanja. U svojoj raspravi *The Law of Torts* iz 1859. F. Hilliard navodi kako je nerazumljivo na temelju kojih principa su neki od predmeta odabrani, a ostali zanemareni. S obzirom na dosadašnji način djelovanja, smatra Hilliard, činjenica je kako je poremećen i pobrkan prirodni red stvari predstavljajući krivi pogled na pravo kao sustav oblika, a ne sustav principa što bi uistinu pravo trebalo biti.⁵⁸⁴

Od 1870-tih pravni teoretičari zahtijevaju više uvida u filozofiju i praktičnu stranu prava. Tako se zahtijevaju promjene u području ugovornog prava i delikta što ima za posljedicu novu promjenu u pravnoj arhitekturi. Ona se odnosila na novu organizacijsku strukturu temeljenu na općim principima. Tijekom 1873. O.W. Holmes Jr. napisao je djelo *The Theory of Torts* koje predstavlja najutjecajniji napor tog vremena u uspostavljanju opće teorije.⁵⁸⁵ Ignorirajući tradicionalni status funkcionalnih odnosa težio je u svom radu potrazi za apstraktnijim i transcendentnim principima odgovornosti. Ostali teoretičari također teže sistematizaciji i generalizacijama u području prava koje je do tada bio nepregledan niz posebnih slučajeva i pravila. Ovi postupci bili su u skladu s pokušajem zasnivanja sistematiziranog i autonomnog sustava privatnog prava deriviranog iz koncepta kao što je volja, krivnja, vlasništvo uvjetovanog povijesnim i društvenim kontekstom u oblikovanju karaktera pravne arhitekture. Dok je zahtjev za integracijom i apstrakcijom podupirao stvaranje moćnog sustava privatnog prava odvojenog od političkog utjecaja istovremeno je u njega utkao sjeme njegove destrukcije. Premda njegov opći i apstraktan karakter vodi promjeni koja je bila izvan dodira sa stvarnošću, odnosno realitetom prava, samim time učinio je samog sebe ranjivim iznutra. Prije svega, važno je naglasiti kako je proces integracije postupno eliminirao seriju ugrađenih „posredničkih“ uređaja koji su dopuštali različite kontradiktorne principe i doktrine u međupostojanju, a bez potpune međusobne usklađenosti. Sistematizacija je tako jednostavno izložila kontradikcije koju je ranija struktura imala mogućnost potisnuti. Koncept vlasništva je na primjer postao apstraktniji, pravnici i suci odmakli su se od ranije restriktivne i fizičke

⁵⁸⁴ Horwitz, op.cit. (bilj. 265), str. 12.

⁵⁸⁵ Gordon, R.W., *The Legacy of Oliver Wendell Holmes*, str. 247., dostupno na:

http://books.google.hr/books?id=DrrHKWpK7coC&pg=PA247&dq=The+Theory+of+Torts+holmes&hl=hr&ei=VX41TeVlzpY6k8b8tAI&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CDcQ6AEwAw#v=onepage&q=The%20Theory%20of%20Torts%20holmes&f=false, 17.02.2019.

formulacije navedenog koncepta koji su se primjerice odnosili na konkretne radnje u području eksproprijacije (odnosno izvlaštenja) zemljišta.

5.2.1.3. Struktura pravnog opravdanja: pitanje pravednosti?

Napori na kraju 19. stoljeća u integraciji pravne teorije popraćeni su jednako važnim pokušajem stvaranja samo-dostatnog sustava pravnog opravdanja koji bi bio imun na optužbe kako je jednostavno politički uvjetovan. Prije svega pravno opravdanje može se opisati kao formalističko i konceptualističko. Dedukcija iz općih principa i analogija među slučajevima i doktrinama često se podcjenjivala od strane kasnijih generacija s obzirom na nepostojanje izravne veze s premisama sustava što je otežavalo dokazivanje u procesu odvajanja pravnog segmenta od političkog.

Formalizam kasnog 19. stoljeća predstavljao je kristalizaciju pravne misli 17. i 18. stoljeća engleske misli, a razvijan je u periodu postrevolucionarne američke pravne misli. Bio je označen nizom temeljnih dihotomija: između sredstava i cilja, procedure i biti, procesa i posljedica. U kontradiktornom okružju težio je stvaranju sustava procesa i principa koji bi mogli biti zajednički bez obzira na bezbroj nesuglasica u društvu. U ovom sustavu mišljenja, pravo je imalo ključnu ulogu. Ukoliko su pravni principi mogli biti neutralni, mogli su se koristiti u odlučivanju u sporovima kao sredstvo čija je temeljna značajka neovisnost i nepristranost. Tako se ideja o idealu vladavine prava pojavila kao opozicija posljedičnom, odnosno ciljno orijentiranom modelu pravne misli. Možda je najbolji primjer u trijumfu ovih ideja položaj pravednosti u anglo-američkom sustavu ideja. Tijekom srednjeg vijeka engleski su kancelari uspjeli u stvaranju sustava pravedne jurisdikcije koja je često bila u sukobu sa *common law* sudovima. Dok se mnogi sporovi između prava i pravednosti bave isključivo pitanjem moći ili tehničkim pitanjem jurisdikcije, pojavilo se jedno od temeljnih ideoloških pitanja 18. stoljeća. Optužba prema kojoj se u slučajevima odlučivalo na temelju „dužine kancelarova stopala“ u kontradiktornosti je s „utvrđenim i utemeljenim principima prava“.⁵⁸⁶

Do početka 19. stoljeća sustav pravednosti bio je gotovo u potpunosti podređen *common law* sustavu. Spajanje prava i pravednosti u *New York Field Code-u* iz 1848. simbolizira kraj odvajanja sustava pravednosti od supstantivne pravednosti. Pravednost je na taj način podredila kriticizam koji joj je nametan od strane sudaca kroz supstantivnu koncepciju pravednosti kao suprotnost koncepciji vladavine prava.⁵⁸⁷

⁵⁸⁶ Horwitz, op.cit. (bilj. 267), str. 17.

⁵⁸⁷ Međutim put do prava obzirnog na pitanje pravednosti za sve, bio je još relativno daleko. Donoseći opsežnu analizu Karl Klare u članku *Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal*

5.2.1.4. Razlikovna kategorija: kategorička misao

Temeljnu razliku između tipičnog pravnog sustava misli 19. i 20. stoljeća u Americi najjasnije očitava njihova razlika u stavu prema kategorijama. U pravnoj misli 19. stoljeća dominira kategoričko mišljenje – jasna i razlučiva klasifikacija pravnih fenomena. Pravno opravdanje na koncu 19. stoljeća kategorički način razmišljanja iznjedrilo je u svom punom sjaju.

U potpunij suprotnosti navedenom, tijekom 20. stoljeća dominantna koncepcija uređivanja pravnih fenomena kontinuum je između kontradiktornih doktrina ili politika. Suvremeni teoretičari uključeni su u balansiranje između konfliktnih političkih rješenja povlačeći liniju negdje u sredini. Dok je kategorizacija 19. stoljeća težila demonstraciji razlika u vrstama pravne klasifikacije; balansirajući testovi 20. stoljeća bave se samo pitanjem razlika u stupnju.

Postoji čitav niz različitih kategorija na koje su pozivali suci krajem 19. stoljeća u presuđivanju u slučajevima: „*direct-indirect*“ testovi u čitavom nizu pravnih područja, „utjecaj javnog interesa na posao“, „literarna“ interpretacija Sherman Acta, „dominacija oporezivanja u svrhu javnog interesa“ ...⁵⁸⁸ Pravna klasifikacija 19. stoljeća osim toga oštro je razlikovala pravno od zakonodavnog opravdanja odvajajući zakonodavne funkcije trgovanja i balansiranja među kompetitivnim interesima od sudskih zadataka ili jednostavne identifikacije postojećih pravnih kategorija u koje predmetni spor pripada. Bilo je to proširenje modela pravnog opravdanja koje je postojalo dugi niz godina prema kojemu je temeljna uloga odvjetnika

Consciousness iz 1978. usredotočio je kritiku Nacionalnog zakona o pravima radnika iz 1935. (popularno nazvanog *Wagners Act*) na tri područja: „deradikalizaciju“ progresivne namjere u „Wagnerovu zakonu“ iz 1935. od strane sudaca, favoriziranje upravljačke strukture u kolektivnim ugovorima te sporost administrativne, koja svojom procedurom „smiruje radnike“ u traženju svojih prava. „*Wagners Act*“ svojevrjemenom je bio jedan od najradikalnijih dijelova legislative SAD-a, no prema Klareovim zaključcima II. stupanjski sudovi interpretirali su ga veoma usko. No to nije sve: u njihovoj interpretaciji (koja je kasnije uspostavila presedane) viši sudovi stvorili su okvir prihvatljivoj ideologiji interakcije radnik – menadžer (prihvatljive obrasce ponašanja u radnom okružju) koja je imala odlike konzervativnosti u velikoj mjeri favorizirajući menadžment. Klare na temelju toga tvrdi kako je spomenuti zakon alat za ekonomski privilegirane klase pomoću kojeg nameću svoje uvjete rada kako bi zadržale dominaciju. Mišljenje sudova o radnicima kao pukim prodavateljima svoje radne snage, nezainteresiranima za proizvodnju zbog čega se činilo kako je nadnica (plaća) centralna točka spora, dok se struktura rada i radnog mjesta činila sporednom u zahtjevima radničkih sindikata. Takav pristup doveo je do zanemarivanja pitanja radničkog samoupravljanja, dijeljenja profita, i ispunjavanja radnih uloga koje su smatrane kao „prerogativ menadžmenta“. Iz navedenih razloga sudovi su suzili vizije radnika, u konačnici dajući prednost proceduralnoj nad supstantivnom pravdom. Time su sudovi ojačali ideju kako radni sporovi između radnika i menadžmenta mogu pravedno biti riješeni arbitražom (presudom), odnosno kako bi podnošenje nedaća i njihovo rastvaranje moglo riješiti konflikte. Zbog razlike u moći između menadžmenta i radnika nepristrana pravednost ne može se sa sigurnošću osigurati. S obzirom da rade u okvirima ustanovljenim kroz sudske presude, radnici dobrovoljno odustaju od suprotstavljanja opresivnoj stvarnosti koja ih okružuje na radnom mjestu. Klare, K., *Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness*, Minnesota Law Review 62 (1978): 265-339.

⁵⁸⁸Horwitz, op.cit. (bilj. 267), str. 18.

identifikacija prikladne pismene odredbe koja pokriva odgovarajući slučaj. Dok su suci i odvjetnici 19. stoljeća bili čvrsto uvjereni kako postoje identifikabilne jasne granice koje suci mogu primijeniti u slučaju bez primjene diskrecijske volje pojedinca, mnogi pravni teoretičari smatraju kako su pravne kategorije jednostavno sadržavale jezgru i periferiju. Postojali su slučajevi koji su pripadali u jezgru te oni težeg karaktera koji su pripadali u periferiju. Razlika između ovih dvaju sfera navela je suce 19. stoljeća na intonaciju formule kako je ona sve osim bezgranična za suce 20. stoljeća. Dok je primjena ustavnih odredbi varijabilna s obzirom na izmijenjene uvjete, njihovo značenje nikad nije fiksirano niti nepromjenjivo.

Pravna misao 20. stoljeća posvetila se napadima na navedene modele kategoričkog razmišljanja prevladavajuće u 19. stoljeću, ocrtavajući ih kao formalističke i artificiozne. R. Pound je 1921., kao jedan od najvažnijih progresivnih mislitelja vremena, izjavio kako bi nova iurisprudencija trebala osnažiti vaganja društvenih interesa.⁵⁸⁹ Posebice je Holmesov rad pripremio teoretičare za napad na ranije utemeljene kategorije razmišljanja. Njegovo inzistiranje na činjenici kako je „pravno opravdanje samo pitanje stupnja“ dizajnirano je tako da naruši stabilnost klasične pravne misli. No, klasična misao sama je prema Horwitzu posijala sjeme uništenja: kategorije apstrakcije i integracije otišle su predaleko dovodeći do prenaprezanja i pucanja čitavog sustava misli. Stari je sustav, smatra Horwitz, pao je na testu ravnoteže sustava, ne uspijevajući obraniti svoju stabilnost. Konceptija „države – noćobdije“ 19. stoljeća kao liberalna vizija neutralne države koja bi bila nepristrana u sukobima između religijskih, društvenih ili interesnih grupa dobivala je na značaju kao idealizirana oaza u razdobljima u kojima su društveni sukobi bivali sve veći, a posebice krajem 19. stoljeća. Međutim, ideja oporezivanja, kao i proširenja ovlasti policije, predstavljale su velike poteškoće u uspostavljanju koncepta neutralne, liberalne države ograničavajući ujedno i nedistributivne kapacitete vlade.⁵⁹⁰

5.2.2. Progresivna kritika klasične pravne misli

Progresivna kritika klasične pravne misli pojavila se s krizom legitimnosti koju su donijele velike društvene i gospodarske promjene prije Prvog svjetskog rata (1914. – 1918.). Nagla centralizacija ekonomske moći koja je bila posljedica kartelizacije i koncentracije američke ekonomije tijekom posljednjih godina 19. stoljeća iznenadila je i gotovo šokirala vlast koja je proklamirala sasvim suprotna načela decentralizacije institucija. Osim toga, ubrzani

⁵⁸⁹ Ibid.

⁵⁹⁰ Ibid.

procesi urbanizacije, masivne imigracije te industrijalizacije bili su okidač nepredvidljivih sukoba na klasnoj i strukturalnoj razini. Ovakve su okolnosti posljedično dovele do preopterećenja teorije jednakosti i jednakih šansi koje u teoriji legitimiteta donosi tržišna ekonomija koja bi trebala obavljati distribuciju sredstava ravnopravno u skladu s ekonomskim doprinosom pojedinca. Veliki nesrazmjer u društvenoj i ekonomskoj nejednakosti doveo je u pitanje konzervativnu ideju neutralne, nedistributivne države. Temeljna pitanja društvene pravednosti i izazov moralnim utemeljenjima individualizma koji su se pojavili na prijelazu iz 19. u 20. stoljeće, bila su nerazdvojna od promjena koje su zagovarale vizije novog poretka.⁵⁹¹

Jednako kao i u ostalim krizama legitimiteta klasična pravna misao bila je prisiljena suočiti se s internim i eksternim napadom na svoje temelje. Eksterno, bila je u bliskoj vezi s decentraliziranim institucijama čiji svijet je polako nestajao: većina sustava privatnih pravila – ugovor, delikt, vlasništvo i trgovačko pravo bili su stopljeni s individualnim premisama samo-regulirajućeg tržišta stvorenog od malih kompetitivnih jedinica. S obzirom na činjenicu kako su pravila *common law* sustava također transformirana kako bi odgovarala društvenoj organizaciji često su bila u suprotnosti s utvrđenim pravnim principima koji su izvučeni iz ranije vizije američkog društva. Često su tako anahronijski postavljeni principi predstavljali barijeru društvenim promjenama dodajući ulje na vatru optužbama kako je američki pravni sustav izgubio dodir sa „stvarnim društvom“.⁵⁹²

S obzirom na činjenicu da je privatno pravo prisiljeno na pomirbu s pojavom organiziranog društva i povlačenjem decentraliziranog tržišta, američko javno pravo, ustavno i regulatorno moralo se suočiti sa značenjem ideala neutralnosti. Uslijed povećanih zahtjeva približavanja prava zahtjevima društva postavlja se pitanje što je moglo ostati od post-revolucionarnog ideala vladavine prava?

Kulminacija progresivnih izazova upućenih klasičnoj pravnoj teoriji bila je pojava pravnog realizma tijekom 20/30. godina 20. stoljeća. Započinjući s izazovom konstitucionalizacije slobode ugovaranja u sporu *Lochner v. New York* iz 1905. koji je postavio pitanje maksimalnog rada predviđenog zakonom za pekare, progresivni su mislioci narušili stajalište klasične pravne teorije kako je pravo znanost koja može biti odvojena od politike te kako je pravno opravdanje jasno razaznatljivo od morala ili političkog opravdanja.⁵⁹³ Ovaj napad na autonomiju prava bio je u uskoj vezi s općim dojmom kako je pravo izgubilo svoj doticaj sa stvarnim društvom. Pokušaj objašnjenja razloga zbog kojih je „pravo u knjigama“

⁵⁹¹ Cf. *ibid.*, str. 4.

⁵⁹² Cf. *ibid.*, str. 5.

⁵⁹³ Cf. *ibid.*, str. 6.

različito od „prava u zbilji“ donio je moćnu intelektualnu raspravu o pravu koja se nastavlja do danas. Pripadnici progresivne struje i pravni realisti bili su među prvim teoretičarima u pravu koji su uvidjeli implikacije kognitivnog relativizma i kulturalnog modernizma u pravnom opravdanju i objašnjenju.

Temelj kritike pravnih realista (Horwitz se u radu posebno zadržava na nijansiranom opisu uspona pravnog realizma, analizirajući posebice rad Olivera Wendella Holmesa, Louisa Brandeisa, Roscoa Pounda i Benjamina Cordozoa) odnosio se na naglašavanje stajališta kako arhitektura klasične pravne misli nije neutralna, prirodna niti nužna, već je dio povijesnog kontingenta, kao takav pravni je sustav društveno stvoren i samim time uvjetovan sustav misli. Upravo iz tog razloga povezali su se s brojnim intelektualnim pokretima toga doba kreirajući (u današnjim odrednicama) interpretativnu i hermeneutičku zajednicu razumijevanja u odnosima između misli i stvarnosti. Otkrivanje „okvira značenja“ u sociologiji znanja ili u novo pojavljujućem polju antropologije, slaže se sa stavom kako sve sheme kategorizacije i klasifikacije utjelovljuju političke i moralne premise koje su diskutabilne.⁵⁹⁴

Progresivna kritika pravne teorije zanemaruje pitanja društvene promjene i društvene pravednosti koje se razvijaju paralelno s modernističkim priznanjem plastičnosti i rastezljive prirode karaktera prava i pravne doktrine. Teži spajanju predmodernog osjećaja moralnog nasilja s društveno-instrumentalnom predanošću reformatora i modernističke kritike pozitivističke znanosti. Na taj način priklanjaju mu se pojedinci objektivisti kao i oni koji smatraju kako je objektivnost društvenih znanosti, kao na primjer objektivnost pravne teorije u sustavu klasičnog pravnog sustava obmana, odnosno zabluda.

Horwitz pridaje veliku pozornost uvidu u evoluciju američkog pravnog sustava i pravne teorije na uštrb prostora utjecaja društvenih činitelja koji bi potakli promjenu društvenog ponašanja kroz ili pod utjecajem pravnog sustava.

5.3. *The Warren Court*: pravo u potrazi za pravednošću

Horwitz-ovo treće djelo *The Warren Court and the Pursuit of Justice* iz 1998. značajno je iz prije svega jer predstavlja sažetu, prihvatljivu povijesnu interpretaciju nasljeđa Vrhovnog

⁵⁹⁴ U kritičkom osvrtu na Horwitzovo djelo, Kermit L. Hall tvrdi kako se ovakvim stilom Horwitz približio području hermenautike, udaljujući se od temelja kritičke pravne teorije; tvrdeći kako se priklanja ideji postmodernističke struje kriticisma čije je stajalište kako povijesni prikaz mora i može biti jedino parcijalan te može predstavljati jedino subjektivno stajalište i odraz povjesničarovog stava. V. Hall, K.L., *Review of Horwitz's The Transformation of American Law 1870-1960.*, str. 1, dostupno na: <http://www.bsos.umd.edu/gvpt/lpbr/subpages/reviews/horwitz.htm> 17.01.2011.

suda SAD-a pod predsjedanjem suca Earla Warrena (u periodu 1954.-1969.) u američkoj pravnoj povijesti poznatog kao *The Warren Court*.

Warren Court u američkoj pravnoj povijesti predstavlja apsolutan kulturni fenomen kao inkarnacija i instrument liberalne političke teorije; akter, nositelj i ostvaritelj temeljnih ideala liberalne politike.⁵⁹⁵ Smatra se osim toga i najkontroverznijim dijelom povijesti američkog Vrhovnog suda uopće.⁵⁹⁶ Činjenica je dakako da *Warren Court* nikako ne predstavlja aberaciju unutar političko-pravnog sustava američkog društva: on jednostavno predstavlja dio šire ideološke perspektive društva u kojoj sudjeluje ostvarujući društvene ideje reorganizacije društva prema načelima koje promovira političko-ideološka orijentacija liberalizma.

Problematika zrelog liberalizma ocrta se u radu *Warren court-a* kroz slučajeve koji započinju s poznatim *Brown v. Bord of Education* (1954. – 1955.) vezanog uz problem rasne segregacije,⁵⁹⁷ pitanja pokreta za građanska prava – uključujući problematiku vezanu uz 1.

⁵⁹⁵ Tushnet, M.V., *The Warren Court in Historical and Political Perspective*, str. 2-3., dostupno na: http://books.google.hr/books?id=7UTPwJNHQ4C&printsec=frontcover&dq=warren+court&hl=hr&ei=14QxTY7OIs6gOsDqsbUC&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CDIQ6AEwAg#v=onepage&q&f=false, 01.12.2018.

⁵⁹⁶ Bernstein, R.B., *Raise High the Faded Banner*, str. 1., dostupno na: <http://www.h-net.org/reviews/showrev.php?id=2436>, 07.12.2018.

⁵⁹⁷ Kritike donošenja presuda u ovom i danas osjetljivom pitanju dotakaknuo se u svom radu Nick Freeman koji je proučavajući sudske presude na području diskriminacije od 50-tih godina 20. stoljeća došao do zaključka kako zakoni nisu iskorijenili rasnu diskriminaciju već su poslužili racionalizaciji stalne prisutnosti rasne diskriminacije u američkom društvu. Isticanje sudske odluke, bez obzira na sučevu sukladnost s njom, naglasak stavlja ili na žrtvu ili na počinitelja. Žrtva sa svog stajališta doživljava rasnu diskriminaciju u kontekstu točno određenih kategorija – nedostatka primjerenog zaposlenja, smještaja, pristupa obrazovanju i zdravstvenim uslugama. S druge strane perspektiva počinitelja odnosi se na stajalište o „lošim jabukama“. Prekršitelj je beskrupulozni, rasistički pobornik. U efektivnoj borbi protiv diskriminacije nužno je iskorijeniti takve prijestupnike, čemu političko – ekonomski sustav u svojoj praksi nikako nije pridonio, tvrdi Freedman. Sve od 1974. uspostavljena je sudska praksa koja uvelike smanjuje temeljito proučavanje i poboljšanje uvjeta. Drugačije rečeno, pristup „pokvarenih jabuka“ ostaje i dalje centralan pristup u razmatranju slučajeva iz područja diskriminacije. Dokaz u korist namjere za ostvarivanje diskriminacije, a ne samo puko prikazivanje statističkog nesuglasja, mora biti uzročno dokazan u pravu, standard koji je iznimno teško doseći. Striktni standardi parničenja također se primjenjuju. Sve navedeno ne ide u prilog popravljaju uvjeta koji doprinose rasnoj nejednakosti. Uzmimo samo za primjer prosjek utrošenih sredstava za obrazovanje u siromašnijim u usporedbi s bolje stojećim zajednicama. Ideološka poruka koja se kao zaključak izvlači u usporedbi s postignutim obrazovnim rezultatima, koji često znaju biti veoma različiti je, kako pravo, odnosno političko – ekonomske institucije nemaju s tim nikakve veze, nego je pogreška u pojedincu. Ovakav se pristup često naziva ideologija „okrivljavanja žrtve“. Na primjer, u slučaju iz 1987. Johnson protiv Transportne agencije, Vrhovni sud SAD-a presudio je, postavljajući standard u primjeni „obrnute diskriminacije“, uspoređujući radnu snagu tvrtke s općim područjem tržišta rada. Sukladno tom načelu, ukoliko tvrtka ima 99% zaposlenih bijelaca i 1% crnaca, a na tržištu radne snage postoji omjer 60:40 u korist bijelaca s potrebnim radnim vještinama, tvrtka je dužna poduzeti mjere u izjednačavanju njihove razmjerne zastupljenosti. S druge strane, ukoliko je omjer zaposlenih radnika isti 99:1 za bijelce u tvrtki, a omjer radne snage s potrebnim vještinama za obavljanje poslova u tvrtki je istog omjera (bez obzira na opću raspodjelu radne snage na tržištu u odnosu 60:40) tvrtka nije dužna poduzimati nikakvu afirmativnu akciju u korist radne snage pripadnika crne rase. Presuda ne navodi niti na jednom mjestu ekonomske uvjete koji su mogli dovesti do ovakve raspodjele kvalifikacija s obzirom na rasnu pripadnost te prepušta „nevidljivoj ruci“ tržišnog kapitalizma da nastavi svoj posao. Na ovaj način izbjegnuto je temeljni problem: formalizam iznova rezultira postizanjem supstantivne nepravde. Kako bi se suprotstavio ustaljenoj praksi diskriminacije Russell je revidirajući 350-godišnju povijest ropstva predložio „princip pravednosti“ prema kojemu možemo prosuditi kazneni sustav SAD-a. Russellov princip pravednosti sadrži sljedeće minimalne odredbe: kazne se primjenjuju jednako prema svima, bez obzira na rasnu pripadnost

Amandman američkog ustava – pravo na slobodu pisane i izgovorene riječi; građansku neposlušnost i masovne prosvjede, te 14. Amandman koji pretpostavlja jednaku zaštitu pred pravnim poretom. Dotiče se i osjetljivih pitanja u području ideologije komunizma, pitanja demokratske kulture, simboličkog izražavanja i prava na privatnost.⁵⁹⁸

Horwitzov je cilj u ovom djelu pokazati „kako je *Warren Court* uspješno zadržao i prenio nasljeđe progresivne interpretacije Ustava koja kontinuirano inspirira suce, odvjetnike i studente.“⁵⁹⁹

Činjenica je kako je koncepcija prava koju je donio *Warren Court* na meti kritike konzervativnih i desno orijentiranih političkih i pravnih teoretičara koji ga osuđuju za pretjeran sudski aktivizam; prije svega u području sklonosti presedanima, te stvaranju, a ne interpretaciji prava. Horwitz u svom radu donosi obranu demokracije i revitalizaciju demokratskih vrijednosti, tražeći pravednost u okviru pravnog sustava koju identificira i slavi kao središnju okosnicu svoga djela.

5.4. Morton J. Horwitz – zaključno

Za razliku od Ungera i Kennedy-ja Horwitz je u najvećoj mjeri zaokupljen povijesnom analizom američkog pravnog sustava povezujući pojmove ostvarivanja interesa moćnih društvenih grupa s povijesnom analizom zakonske regulative u različitim područjima prava. Jedan od temeljnih doprinosa njegove instrumentalne koncepcije prava upravo je u kritičkom preispitivanju „odavno usuglašenih povijesnih istina“ američke *laissez-faire* ideologije. Potreba za društvenom promjenom koju Horwitz prati u svojim temeljnim radovima od kraja 18., a sve do u drugu polovicu 20. stoljeća, nadilazi isključivo povijesno opisivanje. U seciranju različitih dijelova američke povijesti, koristeći interdisciplinarnu analizu dokazuje kako su pravni odnosi samo dio moći čime pravo postaje dio ili oblik javne politike o kojemu bi trebalo raspravljati javno. Koristeći se primjerima iz različitih perioda američke pravne povijesti, Horwitz dokazuje kako je upravo zakonodavna odgovornost sudaca bila presudna u uspostavljanju vladavine prava. U njegovim je prikazima društveno-pravne stvarnosti gotovo očigledno i laiku kako je

počinitelja, kazne se primjenjuju jednako prema svima, bez obzira na rasnu pripadnost žrtve, rasna pripadnost prekršitelja nije bitna u utvrđivanju njegove kaznene odgovornosti, rasna pripadnost žrtve nije bitna u utvrđivanju kaznene odgovornosti počinitelja kaznenog djela, prekršiteljeva rasna pripadnost nije bitna u određivanju i izricanju kaznene mjere, postoje ograničenja i vage koje umanjuju rasnu neravnotežu unutar pravnog sustava. V.: Milovanovic, op.cit. (bilj. 289), str. 127.

⁵⁹⁸ Bernstein, op.cit. (bilj. 603), str. 1.

⁵⁹⁹ Horwitz, op.cit. (bilj. 388), str. 12.

priroda američkih institucija, bez obzira bile one ekonomske, društvene ili političke u značajnoj mjeri bila određena od strane sudaca. Opravdanja donošenja presedana u sudačkim odlukama (koje su zadirale i u područje privatnog prava) bila su u skladu s poslovnim karakterom ideologije liberalizma, rezultatima poboljšanja trgovačkog prava i sl. Povrh svega, počesto se događalo da se u rastućoj uporabi prava kao instrumenta u zadovoljavanju političkih aspiracija novi ili posebni ekonomski ili tehnički zahtjevi pojave tek nakon promjene u pravnom sustavu.

Srž instrumentalne koncepcije prava u Horwitzovu viđenju s obzirom na današnje razumijevanje pluralizma utjecaja naravno nije sporan. Ono što je međutim značajno za zamijetiti je Horwitzovo upućivanje na mogućnost pojedinih, moćnih društvenih skupina u prikazivanju svojeg, partikularnog interesa javnim interesom čitavog američkog društva. Upravo je takvo tumačenje američke pravne povijesti omogućilo poduzetničkim i poslovnim društvenim grupama da disproportionalno dijele bogatstvo i moć u američkom društvu. Takvim, kritičkim sagledavanjem predmetnog područja teško možemo identificirati ekonomski rast kao opće dobro za sve društvene grupe, slojeve i klase, odnosno za sve pripadnike američkog društva.

IV. KRITIČKO VREDNOVANJE I ZAKLJUČNE TEZE

1. Kritička pravna teorija: povratak u budućnost

Kritička pravna teorija prema J.H. Sclegelu pokrenula je, u odnosu na svoje teze, lavinu negativnih reakcija unutar pravnih znanosti. Premda su neke od kritičkih reakcija pravnih teoretičara bile usmjerene na netočnost u navođenju izvora,⁶⁰⁰ najčešće se kritike usredotočuju upravo na ideju prema kojoj ne postoji teorijska razlika između prava i politike, pri čemu pravo nije usmjereno ka osiguranju jasnog javnog interesa. Pozivi oponenta za napuštanjem pravne znanosti i akademskog poziva bili su ustaljena praksa u sukobu teorijskih koncepcija.⁶⁰¹

Tradicionalni ljevičarski pravници i pravni akademici često su osuđivali zagovornike kritičke pravne teorije kao beznadne idealiste, zaokupljene praznim riječima i hinjenim idejama, koje oni koji obnašaju vlast, koriste kako bi objasnili njihovo ponašanje. Odbacivali su njihove teorijske postavke kao isprazne i nepraktične. No, žestinu sukoba između glavne struje i kritičke pravne teorije možda najjasnije dočarava izjava dekana pravnog učilišta Duke Paula Carringtona. Osobe koje su općenito ideološki predisponirane za tolerantnost i pluralističku raznolikost, poticale su pravna učilišta da počnu čistku pripadnika CLS pokreta, bez da su ikada ponudili i jednu riječ utemeljene kritike. Paul Carrington, dekan pravnog učilišta Duke, koji nikad u tisku nije napao niti jedan određeni CLS rad, napisao je sljedeće, navodno kao odgovor na zamisli koje je iznio R.M.Unger u svom članku o pokretu CLS:

„Neke od naših kolega se može čuti kako kažu, zakon je tek opsjena pomoću koje moćni slabe otpor nemoćnih... Profesionalizam i intelektualna hrabrost pravnika ne zahtijeva odbacivanje pravnog realizma i njegove poruke da onaj tko odlučuje također jest važan. Ono što ne može prigrliti je prihvaćanje nihilizma i njegove poruke da onaj tko odlučuje jest sve, a principi su tek kozmetički... U iskrenom nastojanju da proglasi potrebu za revolucijom, od nihilističkih predavača se prije može očekivati da obučavaju prevarante nego radikale. [Stoga]... nihilisti... imaju moralnu dužnost napustiti pravna učilišta. Ovo je teška odredba unutar sveučilišta čija tradicija poziva na prihvaćanje svih iskrenih uvjerenja, ideja i vrijednosti. Ipak, kako je

⁶⁰⁰ V. posebice: Ewald, W., Unger's Philosophy: A Critical Legal Study, loc.cit.

⁶⁰¹ Schlegel, J.H., The Critical Legal Studies, loc.cit.

Sveučilište prihvatilo odgovornost obučavanja profesionalaca, ono je također prihvatilo dužnost obuzdavanja učenja koje svjesno obeshrabruje studente.⁶⁰²

Prema J.H. Schlegelu nekoliko je faktora pridonijelo opadanju utjecaja kritičke pravne teorije u pravnoj misli:

- Većina se središnjih teoretičara pokreta protivila izgradnji intelektualnog programa
- Kritička pravna teorija nije uspjela nadograditi ideje u tezama o pravnoj neodređenosti, kritici prava i legitimitetu u pravu.
- Politički nije uspjela odgovoriti na kritiku koju stvaraju kasniji teoretičari feminističkog pokreta u pravu i kritičke rasne teorije
- Zbog mnoštva oponenta grupa se postupno osipa, a mlađi su pripadnici pokreta imali problema pri zapošljavanju⁶⁰³

Duncan Kennedy smatra kako kritička pravna teorija danas ujedno utjelovljuje poteškoću i mogućnost.⁶⁰⁴ Poteškoća s kojom se susreće kritička pravna teorija odnosi se na njen pokušaj da odvoji razumijevanje prava od šireg konteksta razumijevanja sveukupnih društvenih i gospodarskih odnosa čime gubi mogućnost kritike te se zadržava na pukom kriticizmu oblika i ishoda prava. Mogućnost kritičke pravne teorije sastoji se u samo-preispitivanju metoda i projekata kritičke pravne teorije kako bi se izgradila kritika koja bi mogla pomoći razumijevanju prava kao dijela šireg društveno-ekonomskog sustava liberalizma te emancipacije subjekta prava od nepravde i nejednakosti koje potiču i ujedno su podržane od strane liberalnog prava. Ono što nedostaje kritičkoj teoriji prava u američkim pravnim znanostima je organizirana, horizontalna mreža koja bi omogućila plodnu i produktivnu diskusiju, po uzoru na konferencije kritičke pravne teorije koje se održavaju od kraja 80-tih godina 20. stoljeća u Velikoj Britaniji. Činjenica je osim toga da rješenja koja nude američki teoretičari kritičke pravne teorije u pokušaju ideološkog prevladavanja liberalizma ostaju za sada samo na utopijskim vizijama R.M. Ungera.

⁶⁰² Carrington, P., „Of Law and the River,“ 34 *Journal of Legal Education* 222, 227 (1984)., navedeno prema Kelman, op.cit. (bilj. 406), str. 7.

⁶⁰³ Schlegel, J.H., *The Critical Legal Studies*, loc.cit.

⁶⁰⁴ Kennedy je jedan od utemeljitelja kritičke pravne teorije i premda smatra kako je kritička pravna teorija završena kao pokret, vjeruje da još postoji kao škola mišljenja. Ellickson, R.C., *Trends in legal scholarship: a statistical study*, *Journal of legal studies*, 29 (200), 517-43., str. 525, fus nota 21., navedeno prema: Tushnet, op.cit. (bilj. 341), str. 99 – 112., str. 99., fn. 1.

1.1. Temeljne kontradikcije kritičke pravne teorije

D. Meyerson u svojoj opsežnoj analizi temeljnih kontradikcija kritičke pravne teorije polazi od tri osnovne postavke:

- Kritička pravna teorija polazi prije svega od ideje kako postojanje proturječnih vrijednosti u pravu implicira tezu o nepostojanju jednog pravilnog rješenja u ishodu pravnih slučajeva (nazivajući ga principom neodređenosti).⁶⁰⁵
- Osim toga kakav god odgovor dali na pravno pitanje, suprotstavljamo se jednako jakim razmatranjima na suprotstavljenoj strani, čime izbor između suprotnih odgovora nužno mora biti proizvoljan i iracionalan.⁶⁰⁶
- Samo pojedinci koji vjeruju kako je pravni sustav moralno legitiman, vjeruju kako pravni slučajevi mogu biti riješeni primjenom pravnog opravdanja.⁶⁰⁷

Činjenica je, tvrdi autorica Meyerson, kako postoje slučajevi u kojima se vrijednosti mogu međusobno suprotstavljati, no njihovo rangiranje upravo može biti način rješenja sukoba.⁶⁰⁸ Navodeći primjer R. Dworkina koji povlači distinkciju između kontradiktornih principa s onima koji se jednostavno natječu međusobno. Dworkin naglašava kako ne postoji neslaganje u priznanju postojanja obaju principa, potrebno je očekivati od pravnog sustava odgovor na obje vrste izvora i vrijednosti koje se u njima odražavaju te se u slučaju sukoba može determinirati koji od dvaju ima prednost.⁶⁰⁹

U kritici vrijednosnih presuda (koje su uspostavile presedane) predstavnici kritičke pravne teorije iznose stav kako su one samo subjektivan izbor i ne koreliraju sa stvarnošću. Kritička će teorija prava razotkriti iluzije, jednostavna je istina kako je liberalna teorija prava kriva i nepovezana te kako se možemo osloboditi ideoloških postavki kada postanemo svjesni mistifikacije pravnog jezika. Ne postoji neovisna teorijska stvarnost čija uvjerenja ne možemo provjeriti, jednako kao što ne postoji teorija koja odgovara svakom prostoru i vremenu. Vrijednost teorije, odnosno veličina njena dosega mjeri se prema tome u kojoj mjeri odražava

⁶⁰⁵ Trubek, D.M., Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism, 36 Stanford Law Review, 1984., str. 575 – 578.

⁶⁰⁶ Hutchinson A.C. & Monahan P.J., op. cit. (bilj. 347), str. 199 – 211. Svaka teorijska rasprava može se reducirati na kontradiktorne zahtjeve zajedničke sigurnosti i individualne slobode. Svako parcijalno rješenje sukoba jednostavno je arbitraran izbor.

⁶⁰⁷ Unger, op.cit. (bilj. 365), str. 565 – 567.

⁶⁰⁸ Meyerson, D., Fundamental Contradictions in Critical Legal Studies, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 11, No. 3, 1991., str. 444.

⁶⁰⁹ Dworkin, op.cit. (bilj. 492), str. 268-271.

društvene probleme i potiče raspravu o promjenama što se događaju u društvu, a ne prema točnosti predviđanja.

Kritička pravna teorija kao nova ideja, perspektiva ili koncept koji se pojavio na akademskoj sceni izaziva sumnju u legitimitet dotadašnjeg načina razumijevanja i djelovanja prava i donošenja presuda. Ponekad pojava nove perspektive ili teorije postaje poticaj novom intelektualnom ili političkom pokretu rezultirajući paradigmatiskim pomakom i revolucijom u pravnoj teoriji i praksi. U većini slučajeva ipak apsorbira ju prevladavajuća pravna paradigma, unutar koje dolazi do modifikacije, možda revizije, ali ne i revolucije. Razrješenje svakako ovisi o stupnju nesuglasja, previranja i predanosti protivnika i pobornika prevladavajuće paradigme.⁶¹⁰ Ostaje tvrdnja K. Marxa koji je, kao začetnik suvremene kritičke misli, ispravno tvrdio kako je filozofska teorija interpretirala svijet na različite načine, no kako je važno promijeniti ga.⁶¹¹

1.2. Kritička pravna teorija: od kriticizma do konstrukcije

Značajna je karakteristika kritičke pravne teorije njen cilj u pokušaju pomaka od kriticizma ka konstrukciji: prema novim koncepcijama prava koje bi joj dodale sposobnost u razvoju potencijala u području utjecaja i regulative pri postizanju društvene promjene. Navedeni potencijal, smatra se, trebalo bi pronaći unutar postojećih pravnih pravila i teorija, ne posežući za drugim ne-pravnim sredstvima.⁶¹²

U pokušaju stvaranja transformativnog potencijala kritičke pravne teorije D. Jabbari se poziva na dva temeljna problema: pravni nihilizam i cirkularnost tvrdeći kako su navedeni pojmovi Scila i Haribda kritičke pravne teorije.⁶¹³ Transformativni potencijal prava može se definirati kao potencijal postojećih pravnih pravila i teorija u dosezanju potpuno novog, drugačijeg koncepta prava na kojemu će izrasti promijenjena vizija društva. Prva je potreba kritičke pravne teorije dokazati kako pravo može biti sredstvo društvene promjene: poveznica između društva i prava je takva da treba dokazati kako promjene u pravu rezultiraju

⁶¹⁰ Razvoj teorija na području pravnih znanosti ne razlikuje se od razvoja znanstvenih teorija. V. Kuhn, T.S., *Struktura znanstvenih revolucija*, Naklada Jesenski i Turk, Hrvatsko sociološko društvo, Zagreb, 1999.

⁶¹¹ Marx, K., *Teze o Feuerbachu*, dostupno na: <http://www.scribd.com/doc/38767153/KARL-MARX-Teze-o-feurbachu>, 02.09.2010.

⁶¹² Jabbari, D., *From Criticism to Construction in Modern Critical Legal Theory*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 12, No.4., 1992., str. 507.

⁶¹³ Problem pravnog nihilizma ogleda se u gubitku nade pripadnika pokreta kritičke pravne teorije u mogućnost stvaranja novog transformiranog koncepta prava, povezanog sa skepsom prema potencijalu prava ka poticanju procesa društvene promjene, a problem cirkularnosti D. Jabbari veže uz problem jezika u pravu. V.: Cf. *ibid.*, str. 508.

promjenama u društvu. Rekonstruirani koncept prava mora, osim navedenog biti više od puke zamjene jednog seta vrijednosti drugim.

Koristeći se Weberovom ideal-tipskom kategorizacijom⁶¹⁴ D. Jabbari donosi razlikovanje između dvaju različitih koncepcija kritičke pravne teorije: američke kritičke pravne teorije i europske kritičke pravne teorije.⁶¹⁵

Tablica 7. Ideal-tipska kategorizacija razlika američke i europske kritičke pravne teorije

	Američka kritička pravna teorija	Europska kritička pravna teorija
Metoda kriticizma	Dekonstrukcija	Imanentna kritika
Odnos pravo-društvo	Konstitutivna teorija prava	Neoevolucijska teorija
Strategija rekonstrukcije prava	Devijacijska teorija	Refleksivno pravo

Izvor: izrada autora, prema predlošku u: Jabbari, D., *From Criticism to Construction in Modern Critical Legal Theory*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 12, No.4., 1992., str. 512.

1.2.1. Problem relativne autonomije prava od društva (američka kritička pravna teorija)

Pripadnici obaju idealtipskih krugova koriste se u kritici postojećeg pravnog sustava istim pojmovnim aparatom u čije područje prije svega pripada pojam grubog instrumentalizma.

Tri su zajednička koncepta u poimanja navedenog:

- Sva ili većina pravnih pravila odražava interese vladajuće ekonomske klase;
- Društveni odnosi stvoreni na ekonomskoj podlozi društva određuju bit i oblik pravnih pravila;

⁶¹⁴ Idealni tip u Weberovom smislu je tehnički pojam, metodološka i moralna fikcija. Isto važi za idealna djelovanja i ustanove. Weber je odnos između idealnog i realnog relativno jednostavno riješio metodom koja podsjeća na metodu trivijalne književnosti: likovi dobra i zla, ružnog i lijepog su arhetipovi, izobličene apstrakcije kojima se jedna vrsta obilježja izlučuje iz stvarnih osoba ili pojava i oštro suprotstavlja drugim vrstama obilježja. Ono čega ima u jednoj takvoj kategoriji ne u najmanjoj količini nema u drugoj kategoriji. Dok nas moralni ideal poziva da se izdignemo iznad postojeće stvarnosti, idealni tip nas poziva da siđemo u stvarnost budući je on apstrahirani odlomak stvarnosti. Za Webera je društvena zbilja mješavina idealtipskih obilježja ili odstupanja, pri čemu obilježja jednog idealnog tipa prevladavaju nad drugima. Postojanje isključivo jednog idealnog tipa u stvarnosti je graničan slučaj, praktički nepostojeći. Idealtipskom analizom, prema tome, ustanovljuju se stvarni smjerovi djelovanja pojedinca, tj. njihov odnos prema sredstvima, ciljevima i posljedicama djelovanja. Prema Weberu, što su ideal tipovi jasnije i nedvosmislenije konstruirani, udaljeniji su od stvarnosti i utoliko bolje služe opisivanju stvarnih pojava, njihovu pravu imenovanje i klasifikaciju, kao i daljem istraživanju. V. Katunarić, V., *Weberov presjek društva i politike, predgovor djela: Weber, op.cit. (bilj. 483), str. 33-35.*

⁶¹⁵ Jabbari, op.cit. (bilj. 619), str. 511.

- Pravo kao sustav djeluje isključivo kroz aparat prisile.⁶¹⁶

Navedenim je karakteristika jedno, zajedničko izvorište: pravo je dio društvene superstrukture koja je određena ekonomskom bazom. Kako je pravo dio navedene superstrukture ne može se promijeniti nego kroz promjene u društvu, koje su uzročno povezane uz promjene u ekonomskoj bazi. Posljedično: pravo ne može biti upotrijebljeno kao sredstvo društvene promjene jer je proizvod, prije no odrednica društva. Smatrajući pravo relativno autonomnim, kritička pravna teorija gubi mogućnost utjecaja prava na društvene promjene šireg društvenog okružja. Kako bi dokazala da pravo može mijenjati društvo, odnosno biti agens društvene promjene, kritička pravna teorija mora dokazati kako pravo ima mogućnost utjecaja na šire društveno-ekonomske odnose bez urušavanja sustava u pravnu autonomiju ili grubi determinizam. Problem je dakle u pronalaženju optimalne ravnoteže između autonomije i determinizma.

J.B. Pašukanis je još početkom 20. stoljeća smatrao kako instrumentalizam promatra pravo kao odvojenu stvarnost kapitalističkog društva koja se može koristiti kao instrument vladajuće klase društva. Ovaj problem prijeti pravu sve dok postoji prazna posuda u koju različite klase mogu preliti svoje interese. U društvenoj stvarnosti pravo je blisko povezano s kapitalističkim društvom. Pašukanis dovodi u vezu pravo s kapitalističkim društvom na način da mu pridaje konstitutivno mjesto. Pravo je građevni element kapitalističkog društva – kapitalistička proizvodnja zahtjeva specifičan set društvenih odnosa koje pretpostavljaju dualnu formu: ekonomsku i pravnu.⁶¹⁷

Sličan doživljaj odnosa prava, društva i ekonomije imaju i američki teoretičari kritičke pravne teorije. U svom napadu na grubo instrumentalizam pokušavaju dokazati kako pravna teorije nema dovoljnu određenost kako bi se koristila kao instrument unaprjeđenja ekonomskih interesa. D. Kennedy koristeći detaljnu ekonomsku analizu pokazuje kako se pravo razvija prema osobnim obrascima razvoja te kako nije uvjetovano ekonomskim društvenim odnosima.⁶¹⁸ Kennedy-jeva je teza, kako su politička opravdanja tek retorička, čime pravna pravila koja bi bila modelirana prema njima ne mogu dokazati nikakav utjecaj na distribuciju bogatstva bez dodavanja velikog broja ostalih pretpostavki. S obzirom na navedene pretpostavke pravo je neodređeno da bi bilo nositelj ekonomskih interesa te posljedično ne

⁶¹⁶ Ibid.

⁶¹⁷ Pašukanis, J.B., *Opća teorija prava i marksizam*, u: *Sovjetske teorije prava*, loc.cit.

⁶¹⁸ Kennedy, D., *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41. *Maryland Law Review*, 1982., str. 563.

može se koristiti u instrumentalnom smislu. Ovime, predstavnici američke kritičke pravne teorije odbacuju mogućnost prava kao instrumenta u poticanju društvene promjene.⁶¹⁹

Činjenica je međutim kako tvrdi A. Hunt da „pravo nije naoružan spremnik vrijednosti i prioriteta određenih negdje drugdje, već ga je primjerenije razumjeti kao dio kompleksne društvene stvarnosti u kojoj je konstituent i konstituiran, oblikovan jednako kao što i oblikuje društvo.“⁶²⁰ Pravo u jednakoj mjeri utječe na, te je pod utjecajem šireg društvenog totaliteta.

1.2.2. Dekonstrukcija i konstitutivna kritička teorija prava

U svom relativno kratkom vijeku trajanja kritička pravna teorija bavi se širokim spektrom teorijskih problema. Kritička pravna teorija tako je prošla put od promatranja prava kao aspekta liberalizma koje se može razumjeti kroz potpunu totalnu društvenu kritiku do teorije kako pravo ne može biti logično, povijesno ili strukturalno povezano bilo s kojim oblikom društva. Ovaj pomak unutar kritičke pravne teorije može se povezati s utjecajem postmodernističkih teorija prava i društva (čije izvore možemo pronaći u radovima M. Foucaulta, J. Lacana, J.L. Lyotarda, J. Derride i drugih) čija stajališta možemo najopćenitije opisati kao skeptična prema velikim teorijama moderne i strukturalnim eksplanacijama svijeta u njihovom otporu ideji, kako bilo koji realan sustav ili svijet uopće može biti otkriven. Također tvrde, suprotno teoriji modernizma, kako povijest po sebi nema nikakvu unutarnju logiku i zakone razvoja te kako je pojam „pojedince“ neprikladan društveni, kulturološki, povijesni i lingvistički amalgam te kako je oslanjanje na postmodernizam diskreditiralo povezanost prava i društva koje ugrožava aspiracije kritičke pravne teorije ka kritici.

Metoda dekonstrukcije kao postmoderna teorijska orijentacija američkih autora kritičke pravne teorije ima uporište u radu francuskog filozofa Jacquesa Derride čija djela su primarno usmjerena na problem literarne interpretacije. Derridin je cilj dekonstrukcija, a ne rekonstrukcija tekstualnog značenja. Možda je najjednostavniji način izražavanja ove metode kritičizma izražen u pojmu konceptualnog dualizma - dekonstrukcijskom analizom teksta otkrivaju se binarne suprotnosti ili konceptualni dualizmi kao što su: privatno/javno, muško/žensko, istinito/lažno, središnje/rubno i sl. S obzirom na činjenicu da će svaki pa i pravni tekst implicitno favorizirati vrijednost jednog od dvaju suprotstavljenih polariteta⁶²¹ dolazi do

⁶¹⁹ Jabbari, op.cit. (bilj. 619), str. 525.

⁶²⁰ Hunt, op.cit. (bilj. 338), str. 39-40.

⁶²¹ R.M. Unger je pokušao dokazati kako ugovorno pravo posjeduje dosljednost samo dok bezuvjetno pretpostavljamo vrijednost principa slobode ugovaranja i isključujemo princip istog na primjeru subverzije zajedništva kao što je npr. bračna zajednica. V.: Unger, op.cit. (bilj. 366), str. 561-577.

problema uspostavljanja hijerarhijskog odnosa između polova u tekstu, odnosno tijelu pravne teorije. Opasan dodatak je podređeni pol koji bi trebao u dekonstrukciji činiti temelj radikalno drugačije interpretacije prava.⁶²² Postmodernistička misao istražuje pravnu neodređenost u njenom odnosu prema ideologiji kako bi prikazala neuspjeh sveobuhvatne racionalne misli i pokazala kako ne postoji mogućnost da postoji objektivno korektan pravni ili politički rezultat. Svoje uporište ima u djelima decentraliziranog postmodernog subjekta u radu Michaela Foucaulta, Jacquesa Lacana, Jean – Francois Lyotarda, Jacquesa Derride i drugih. Ova struja kritičke pravne teorije pojavljuje se od kraja 80-tih godina 20-stoljeća i još uvijek je u usponu.

Teoretičari kritičke pravne teorije postmoderne orijentacije preispituju ideju kako pravni tekstovi sadržavaju neutralno značenje koje može biti „tačno“ otkriveno „autoritativnom“ pravnom metodom interpretacije.⁶²³ Tvrde kako su zahtjevi koje postavljaju moderni pravni teoretičari u obrani liberalizma nepostojani i neodrživi u obrani liberalne koncepcije prava. Klasa interpretatora prava u liberalnom društvu previše je elitistička i privilegirana kako bi se na nju oslonili kao reprezentanta zastupnika vrijednosti i interesa šire populacije pripadnika liberalnog društva. Tradicionalne metode pravnog opravdanja zanemaruju značaj kontingencije i različitosti.

Predstavnici postmoderne kritičke pravne teorije također odbacuju unaprijedenu koncepciju prava koju zastupaju teoretičari tzv. *Rights Theory*. Odbacuju uvjerenje u racionalne temelje izrade normativnih presuda. Takve pritužbe utemeljene su na nerealističnom uvjerenju kako se mogu pronaći nekontroverzni kriteriji koji bi poduprli presude koje bi prihvatile sve razumne osobe na svijetu. Ukazuju na postojanje doktrinarne inkonzistencije i nedeterminacije kao primjer kontroverzne prirode normativnih presuda koje su donijeli tradicionalni teoretičari. Manjinska struja unutar kritičke pravne teorije tvrdi kako liberalna teorija prava može biti ponovno uspostavljena redefiniranjem prava koje bi odgovaralo potrebama nepriviligiranih društvenih grupa. Konačno, premda postoje supstancijalna nesuglasja, postoji prevladavajuće mišljenje kako pravo osigurava samouništavajući i alijenacijski oblik ljudske svijesti. Smatraju kako potraga teoretičara glavne struje za reafirmacijom „vrijednosti“ i „moralnosti“ pravnog

⁶²² Jabbari, op.cit. (bilj 619), str. 515.

⁶²³ Prosuđujući interpretaciju pravnih tekstova, primjenjuju metodologiju iz područja Postmodernog književnog kritizma (*Literary Postmodern Criticism*) kako bi preispitali poziciju prema kojoj pravni tekstovi sadržavaju značenje koje može biti potpuno tačno otkriveno korištenjem autoritativne interpretativne metode. Dekonstrukcijom pravnog teksta u jednake plauzibilne odsječke značenja, u potrazi su za dokaznim materijalom pomoću kojega bi pokazali kako interpretatori pravnih tekstova stvaraju ideološke funkcije prava kroz stvaranje značenja koja zanemaruju postojanje razlikovnih i alternativnih načina postojanja u zajednici. Njihov je cilj osnažiti čitatelja kako bi nadišao neizbježno ideološki karakter pravne misli. V. Kennedy, D., *The Turn to Interpretation*, 58. *California Law Review*, 251, 1985., Minda, G., *Phenomenology, Tina Turner and the Law*, 16. *N.M.L. Review*, 479,488, 1986. Navedeno prema: Minda, op.cit. (bilj. 335), str. 647., fn. 264.

procesa kroz *Rights Theory* služi kao zaštita profesionalnog statusa koncepcije koja je dominirala profesijom još od 50-tih godina 20. stoljeća. Obrana pozicije glavne struje unutar pravnih znanosti kroz obranu zahtjeva za racionalno određenim pravom uspostavljanjem teorije o pravu koja projektira lažne i iskrivljujuće vizije o prirodi prava neodrživa je u američkom društvu.⁶²⁴ Prominenti kritičke pravne teorije tvrde kako se tumači prava uvijek nalaze u poziciji da su slobodni izabrati između gomile mogućih tehnika, ishoda i vrijednosti. U procesu razvoja zajedničkih vrijednosti stabilnosti i liberalnih ideala univerzalizma i nedjeljivosti, ovi teoretičari tvrde kako su pravo i pravne presude proizvod konflikta, borbe i politike.⁶²⁵

U svom pristupu proučavanja pravnih tekstova koriste tzv. „*trashing*“ tehniku. Ona je kao pojam teško prevodiva (u doslovnom značenju riječi uništavanje, razbijanje), no može se situirati u okvir dekonstrukcije koja je inspirirana radom Jacquesa Derride koji je često gotovo nedostupan, nerazumljiv i neobjašnjiv za čitatelja.⁶²⁶

J.M.Balkin je dao možda najjednostavniji i najpristupačniji opis odnosa Derridina razmišljanja o pravu. Ekspoziciju svojih zapažanja donosi u djelu *Deconstructive Practise and Legal Theory*⁶²⁷ iz 1987. u kojemu navodi kako načelno postoje tri opravdanja zbog kojih nam je dekonstrukcija kao pojam i tehnika potrebna u pravu:

- Prvo, osigurava metodologiju za dubinsko kritičko skeniranje i seciranje pravne doktrine,
- Drugo, dekonstrukcija može otkriti vezu između pravnih opravdanja i maskiranja ideoloških pozicija,
- Treće, donosi novu metodu interpretacije pravnih tekstova.⁶²⁸

⁶²⁴ „Razlika između kritičke i glavne struje pravne znanosti je premda posljednja odbacuje formalizam, ustraje na stavu kako neke održive razlike postoje između pravnog opravdanja i vulgarne političke debate.“ V.: Hutchinson & Monahan, op.cit. (bilj. 347), str. 202 – 213.

⁶²⁵ Minda, op.cit. (bilj. 335), str. 646 – 647.

⁶²⁶ Razlog ovakvoj ocjeni Derridina rada (i sličnoj radova ostalih postmodernista) leži možda u ocjeni koju navodi T. Eagleton: „Postmodernizam vjeruje u stil i užitak i kao s pokretne trake izbacuje tekstove koji kao da se sastavljaju uz pomoć računala ili koje kao da sastavlja računalo.“ Eagleton, T., Monthly Review, srpanj, 1995. U ovom kontekstu zgodno je predstaviti dosjetku A. Bulhaka, australskog profesora koji je na svoju Internet stranicu postavio tzv. „postmodernistički generator“ (računalni program za sastavljanje nasumičnih, besmislenih, a ipak prilično realističnih tekstova u nekom žanru) koji je u svoje prve dvije godine rada isporučio korisnicima usluge pola milijuna postmodernističkih ogleđa – odreda izvornih tekstova, ali sve do jednog potpuno besmislenih. Wheen, F., Kako su prodavači magle zavladaali svijetom, Algoritam, Zagreb, 2005., str. 81.

⁶²⁷ Balkin, J.M., *Deconstructive Practice and Legal Theory* (Parts I, II, III), dostupno na: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/decprac1.htm>, <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/decprac2.htm>, <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/decprac3.htm>, 16.11.2010.

⁶²⁸ Balkin, J.M., *Deconstruction*, dostupno na: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/deconessay.pdf>, 27.09.2010.

Dvije prakse ukorijenjene su u dekonstrukcijsku praksu: obrtanje hijerarhijske strukture i oslobađanje teksta od autora kao njegova izvornog stvaratelja.

1.2.2.1. Obrtanje hijerarhijske strukture

Ideja obrtanja hijerarhijske strukture kamen temeljac je dekonstrukcijskog pristupa. Bilo koja vrijednosna pozicija stavlja svoje vrijednosno viđenje stvarnosti u opoziciju spram nekog drugog vrijednosnog pristupa: na taj način jedan vrijednosni sustav postaje dominantan, a suprotstavljeni podređen. Time dolazi do „metafizike prisutnosti“ sa značenjem prema kojemu u ukupnom sustavu vrijednosti postoje opreke od kojih jedna dominira te je privilegirana u sadašnjosti, dok je druga potisnuta u podnošenju svoje odsutnosti. Za primjer možemo razmotriti dominaciju muškaraca nad ženama, tvrdnje dobra koje uvijek impliciraju zlo, prisustvo razuma koje uvijek implicira ludilo i dr. Aktiviranje jednog učinka uvijek sa sobom povlači mogućnost aktivacije suprotnog pola, odnosno sposobnost i nesposobnost izvršavanja jednog ili drugog pola. Oba impliciraju pojavljivanje hijerarhijske strukture i zauzimanje dominantne pozicije u njoj. Hijerarhija je osnova svakog fenomena. Tekst se uvijek može postaviti naopako, odnosno „položiti hijerarhijski na glavu“ kako bi se istaknula navedena opozicija i kako bi se otkrilo kako su dva suprotstavljena pola u svojoj biti međusobno neovisni.

Ideju temeljne neovisnosti dalje razrađuje Derrida kroz pojam „*differance*“ neologizmom s istodobnim značenjem razlikovanja i poštivanja. U bilo kojem primjeru hijerarhijskog odnosa (na primjer između dva pojma od kojih je jedan prividno nadređen drugome) pojmovi se međusobno razlikuju, svaki propušta onaj drugi u smislu neovisnosti prema njemu, ali i u smislu među poštivanja. „*Differance*“ osim navedenoga uključuje i „*trace*“: svaki hijerarhijski nadređen pojam sadržava skriven trag onog drugoga. Ovakav odnos među pojmovima pomaže održavanju njihova međuodnosa. Iz toga slijedi kako u izvođenju dekonstrukcijske strategije moramo početi od ideje kako prisutnost nekog pojma automatizmom implicira onaj skriveni (odsutni); oba su esencijalna u određivanju značenja svakog pojedinog. *Trace* (trag) je dio suprotnog koji postoji u svakom pojedinom suprotstavljenom paru i time pomaže održavanju njihova međusobnog odnosa. On je njihovo ljepilo. Za teoretičare koji se bave metodom dekonstrukcije glavni je izazov utvrditi odsutnost pojma koji sadrži pojam za koji osjećamo prisutnost. Stoga povijest ideja može biti shvaćena kao privilegiranje jednog pojma nad drugim, koji bez obzira na svoj odnos podređenosti postoji. Privilegiranja muškog diskursa na primjer, uvijek uključuje de-privilegiranje ženskog diskursa.

Svaka faza u povijesti ljudskog razvoja posjeduje jezgru privilegiranih pojmova i periferiju de-privilegiranih pojmova. Strateški je zadatak dekonstrukcijskog obrtanja pokušaj

otkrivanja skrivenog. Kako navodi Balkin: „Svaka društvena teorija mora naglasiti neke društvene vrijednosti, čime istovremeno zanemaruje neke druge. Takva kategorizacija obvezno povlači za sobom procese privilegiranja i de-privilegiranja, koji mogu biti dekonstrualizirani. No, cilj dekonstrukcije nije uništavanje svih mogućih društvenih vizija. Reciklirajući elemente ljudskog života prognane na marginu dominantne društvene teorije, dekonstruktivno čitanje izaziva *remake* dominantnih koncepcija našega društva.“⁶²⁹

1.2.2.2. Oslobođanje teksta od autora (kao njegova izvornog stvaratelja)

Drugi od temeljnih doprinosa dekonstrukcije je ideja „slobodne igre teksta“. Bilo koji stvoreni tekst uključujući sudsku odluku ili pravnu teoriju oslobođen je onoga trenutka kad je konstruiran. Tekst po sebi uvijek govori više od onoga što je bilo predviđeno za izreći (pjesnik htio reći). Dakle, jednom konstruiran „tekst živi svoj vlastiti život.“ Uzmimo za primjer stalnu debatu u pravnim krugovima vezanu uz namjeru utemeljitelja SAD-a, tvoraca Ustava. Konzervativci tvrde kako se njihova namjera jasno ocrtava u njihovim izvornim filozofskim tvrdnjama. S druge strane, liberalni i radikalni teoretičari tvrde kako namjera nikada ne može biti rekonstruirana, posebice ne u uvjetima današnjeg društva, nakon više od 200 godina. Značenje teksta za teoretičare koji primjenjuju dekonstrukcijske metode uvijek je povijesno uvjetovano. Tekst znači nešto drugo u drugačijem povijesnom trenutku i kontekstu. Ovo se odnosi na ideju tzv. „*iterability*“ prema kojoj je potraga za izvornim značenjem, potraga za izvorima interpretacije koji u biti ne postoje.

Rasprava se vodi do centralne dileme kritičke pravne teorije s kojom se ona suočava još od početka 90-tih godina 20. stoljeća, dilemom tzv. „*foundational positions*“ - temeljne pozicije. Drugačije rečeno ukoliko uistinu neki istinit zahtjev može biti usuglašen s temeljnom pozicijom (na primjer neki etički princip, oslanjanje na zaključak dobiven iz podataka, ili izvora znanja za koji se pretpostavlja kako je utjelovljenje mudrosti) pozicija koja može biti dekonstruirana s neke druge temeljne pozicije, koja također može biti dekonstruirana dalje prema istom principu, *ad infinitum*, time ne postoji kros-kulturalno i povijesno stajalište koje može poslužiti kao vječno važeći dokaz svakog pojedinog zahtjeva za „*istinom*“. Ova dilema unutar kritičkog pravnog pokreta ima apsolutno duboke posljedice: s jedne strane može se izvesti zaključak kako „je bespotrebno i uzaludno truditi se oko bilo čega, jer sve je relativno“, konzervativno stajalište; a s druge strane, stajalište političkih aktivista je pitanje što je to što može primjereno podržati njihovu poziciju u društvu? Ovakav oblik nihilizma teško je

⁶²⁹ Milovanović, op.cit. (bilj. 289), str. 134.

prevladati. Unatoč ovako postavljenim krajnostima u kontekstu vrednovanja Deridinog doprinosa razvoju kritičke pravne teorije, neosporna je njegova tvrdnja kako smo svi, kao aktivni sudionici procesa odgovorni za formalno-pravni okvir u kojemu živimo te kako moramo s punom odgovornošću preuzeti transformativnu ulogu u okviru dostupnih modela i alata.

1.2.2.3. R.M. Unger i dekonstrukcija

Roberto Mangabeira Unger, jedan od najprominentnijih predstavnika kritičke pravne teorije. U svojim djelima *The Critical Legal Studies Movement*⁶³⁰ i *False Necessity*⁶³¹ izlaže rekonstrukcijski program koji podrazumijeva zahtjev za ojačanom demokracijom (*empovered democracy*) i razvoj transformativne politike (*transformative politics*). No, prije srži same rasprave, neophodno je istaknuti neka od njegovih razmišljanja u eseju „Strast“ *Passion* iz 1984. u kojemu iznosi etičku teoriju koja leži u podlozi njegove teorije dekonstrukcije. Pod pojmom *passion* (strast) Unger podrazumijeva sve vrste odnošenja pojedinaca prema drugima koji nisu instrumentalnog karaktera. Svaka jedinka u društvu ima svoja stremljenja, želje, slabosti, vjeru, nade, ljubav i požude. Temeljno nesuglasje s kojim se pojedinci susreću je tzv. dvostruko nesuglasje (*twofold*). Kao prvo pojedinac je u društvu u stalnoj potrazi za priznanjem koje mu moraju osigurati drugi, dok je s druge strane u stalnom strahu od drugih. Razvoj osobnosti i potencijal pojedinca za solidarnost razvijaju se i međusobno isprepliću oko osi dvostruke dijalektike.

Unger u svojim djelima *The Critical Legal Studies Movement* i *False Necessity* predstavlja strategije za razvoj transformativne politike. Svoju filozofiju naziva superliberalizmom (*superliberalism*) zagovarajući razvoj ojačane demokracije. S obzirom na činjenicu da društvo teži stagnirajućim, ne-respondivnim hijerarhijama (npr. neosjetljive birokracije) rješenje je u prevenciji njihova okoštavanja. Birokracija je karakteristična institucija koja je vidljivo lice skrivenih oblika svijesti i poretka u liberalizmu te je kao takva oličenje liberalne prakse u odnosu na postavke njene teorije. Upravo kao temeljna institucija današnjih liberalnih društava upravo je ona pogodna za analizu navedenih manifestacija liberalne ideologije.

Unger je zabrinut načinima na koji se u društvu čuva društveni poredak u cilju povećanja otpornosti na promjene. Promjena se može dogoditi ukoliko se garantiraju u društvu neka „destabilizirajuća prava“ koja u svom zajedničkom djelovanju mogu narušiti tendencije

⁶³⁰ Unger, R.M., *The Critical Legal Studies Movement*, loc.cit.

⁶³¹ Unger, R.M., *False Necessity: antinecessitarian social theory in the service of radical democracy*, loc.cit.

okoštavanja i time istovremeno osigurati prava pojedinaca u društvu. Ostvarivanje tih prava podupire dekonstrukcijske izazove, osigurava ekonomske i političke izvore za ostvarivanje dobrobiti pojedinaca u društvu i njegove dekonstrukcije. Stabilnost će se morati stalno iznova uspostavljati u društvu uzimajući u obzir nove činitelje i uvjete koji će se u društvu pojavljivati.

Unger donosi četiri jezgre prava:

- Prvo, imunitetna prava (*immunity rights*) osiguravala bi individualno područje privatnosti, nešto slično već postojećim građanskim slobodama.
- Drugo, destabilizacijska prava (*destabilisation rights*) dopustila bi pojedincu pravo na osporavanje razvoja hijerarhija. Ova prava bila bi zagarantirana kroz pravosuđe i ustanovljavanjem široko shvaćene agencije za zaštitu tih prava.
- Treće, tržišna prava (*market rights*) bila bi derivirana iz dvaju ekonomskih načela: „*rotating capital fund*“ bio bi stvoren na privremeno korištenje timovima radnika te bi se pripisana dobit fonda koristila za upravljačku administraciju u svrhu poticanja rizičnih i društveno orijentiranih investicija.
- Četvrto, solidarna prava (*solidarity rights*) razvila bi se iz dvo-stupanjске karijere. Standardi poput lojalnosti i dobre vjere bili bi uspostavljeni sa stupnjem otvorenosti. Time bi došlo do postupnog poboljšanja u kojemu bi individue međusobno rješavale konflikte u praksi. No, Unger nam ne opisuje način na koji bi se ovakvi uvjeti u društvu mogli pojaviti.⁶³²

Idealno, njegova teorija transformacijske aktivnosti društva potkopala bi hijerarhijske, ne-responsivne strukture društva, što bi postupno dovelo do demokratskijeg i ljudskijeg društva.

1.2.2.4. Dekonstrukcija: kritičko seciranje

Tijekom razvoja kritičke pravne teorije različiti su teoretičari u svrhu dekonstrukcije unutar pokreta preuzimali iz radova novijih teoretičara marksističkih revizija kritička preispitivanja prava uvodeći međusobno različite interpretacije (Foucaulta, Derride, Freuda, Lacana i dr.) u kritičku perspektivu dovodeći ju time do nerazrješivih kontradikcija. U pregledu radova različitih postmodernističkih autora ipak možemo tvrditi kako pravo doživljavaju kao relativno autonomno: ono nije izravan sluga elita moći niti je u potpunosti neovisno o dinamici kapitalizma. Pravo je arena u kojoj se suočavaju kontradikcije i vode bitke. U njemu se može razotkriti interpretativni proces. Vlasnička i nevlasnička klasa u pravu traže etabliranje svojih svjetonazora i pripadajuću legitimaciju.

⁶³² Unger, op.cit. (bilj. 365), str. 577 - 580.

Metodologija kojom se služe postmodernisti Derridina je „dekonstrukcija“ ili tzv. „trashing“. Pristup proučavanja u pravnoj praksi sastoji se od kritičkog preispitivanja inherentnih, neizrečenih pretpostavki koje pripadaju mišljenju o slučaju. Zbog različitih kritika unutar i izvan pokreta⁶³³ novije orijentacije postmodernizma idu ka razumljivijim verzijama poželjnih oblika u razvoju društva i prava.⁶³⁴

Jedan od primjera pokušaja izlaska iz kvazi-znanstvene pomodarije dekonstruktivizma predstavljen je u Ungerovom radu čija sistematizirana analiza u djelu *Politics: A Work in Constructive Social Theory* iz 1987. kroz ključne pojmove osnažena, opunomoćena, ovlaštena demokracija (*empowered democracy*) i transformativna politika (*transformative politics*) još uvijek nije unaprijeđena od strane novijih teorijskih nastojanja.⁶³⁵ Ideja „superliberalizma“ koju kao program za radikalne ljevičare donosi Roberto Mangabeira Unger u svom djelu *Social Theory: Its Situation and its Task* iz 1987. koja podrazumijeva povlačenje principa liberalizma do krajnjih granica rastezljivosti, a prema stajalištu klasičnih liberala, čak i dalje – do točke utopizma. Utopijsko teoretiziranje međutim zahtjeva potporu strukture, odnosno mreže istomišljenika. Nekad kontroverzne, ideje teoretičara kritičke pravne teorije danas su *common sense* američke pravne znanosti. No, ostvarenje utopije kao krajnje distance i dometa kritičke pravne teorije zahtijevat će prije svega uspostavu nove mreže koju je nekad osiguravala Konferencija kritičke pravne teorije u SAD-u.

Današnja pozicija kritičke pravne teorije dokazuje postojanost i vitalnost temeljnih ideja pokreta, premda kategorija označavanja pojedinih autora kao pripadnika kruga kritičke pravne teorije nestaje.⁶³⁶ Ideje kritičke pravne teorije u suvremenom okružju uklapaju se u izmijenjen politički i pravni kontekst. Pravna znanost svakako je transformirana mijenjajući poziciju iz čvrste ideologije liberalnog centrizma, izmještena je u gotovo jednako jaku pluralističku ideologiju tolerancije različitih ideja koja danas uključuje i teoretičare koji bi se ranije svrstavali

⁶³³ Možda najjasnije izrečenu kritiku nalazimo kod F. Wheena koji tvrdi „Premda postmodernizam uglavnom jest bedastoća, riječ je o bedastoći sa svrhom: služeći se kvazi-znanstvenim nazivljem, *po-mo* teolozi namjeravali su dignuti u zrak same temelje objektivnosti znanosti.“ Wheen, op.cit. (bilj. 633), str. 82.

⁶³⁴ Nužno je ovdje još u obranu kritičke pravne teorije naglasiti kako je naravno i te kako opravdano doводити u pitanje znanstvene pretenzije u cilju postignuća apsolutne i nepristrane objektivnosti: no ne mora se nužno biti dekonstrukcionista da bi se uočilo političke i gospodarske imperativne proračunskih izdataka američkih predsjednika za istraživanje svemira. No postmodernistički neobuzdani subjektivizam u svojim je ekstremnim nastojanjima iznjedrio vlastite iluzije i probudio najbarbarskija čudovišta. Cf. *ibid.*, str. 90.

⁶³⁵ Milovanovic, op.cit. (bilj. 288), str. 123.

⁶³⁶ David Barron, na primjer radi na analizi načina na koje lokalno i regionalizam interpretira u diskurs političke i pravne analize prava lokalnih vlasti u članku *Reclaiming Home Rules* (Harvard Law Review, 116 (2003), 2255 – 2386.), a radovi Samuela Bagenstosa *The Americans with Disabilities Act as risk regulation* (Columbia Law Review, 101 (2001), 1479 – 1513.) i *Rational Discrimination, accommodation and the policy of (disability) civil rights* (Virginia Law Review, 89 (2003), 825 – 927. dotiču se problematike prava osoba s invaliditetom koji se tematikom svrstavaju u područje kritičke pravne teorije.

u područje kritičke pravne teorije. Politički kontekst svakako je također važan. Jačanje konzervativizma u SAD-u nakon 11. rujna 2001. lijevo liberalno usmjerenje ostavilo je u zapečku. Društveni pokreti ideološki slični onima iz 60-tih godina 20. stoljeća, kao npr. anti-globalizacijski ili anarhistički pokret nemaju snagu koja bi ovom ideološkom opredjeljenju dala, s obzirom na današnje društvene okolnosti, „dobar vjetar u leđa.“

Pripadnici dekonstrukcijskog pristupa vjeruju kako pravo i ekonomija međusobno tvore isprepletenu „nevidljivu mrežu“ u kojoj međusobno određuju oblik i karakter jedan drugome. S obzirom da pravo nije na uzici ekonomije niti šireg društva, smatra se kako je u poziciji relativne autonomije. Razvoj prava posljedica je njegovih unutarnjih karakteristika, a ne posljedica karakteristika šireg društvenog okružja. Ovakva vizija odnosa prava i društva ne može predstaviti niti potaći transformativni potencijal prava,⁶³⁷ a njen pokušaj objašnjenja mjesta i uloge prava u društvu daleko je od impresivnog.⁶³⁸

1.3.3. Imanentna kritika i neoevolucijska kritička teorija prava

Metoda imanentne kritike prisutna je u europskoj kritičkoj misli frankfurtske škole, a postiže se mjerenjem izvedbe društvenih institucija referencirajući se na vrijednosti koje institucije nose po sebi kao svoje ideale i standarde.⁶³⁹ Podvrgnute takvoj analizi društvene institucije kao reprezentanti prisutnog društvenog poretka otkrit će diskrepanciju koja se širi između onoga što je njihovo stvarno stanje stvari i vrijednosti koje prihvaćaju kao svoja temeljna načela u djelovanju. Primarni je cilj imanentne kritike analizirati razliku između zahtjeva i realnosti: zadatak je izmjeriti koliko su daleko temeljni zahtjevi, vrijednosti i teorijske pretpostavke ostvarene u pravnoj praksi. Druga je mogućnost primjene imanentne kritike u ispitivanju logičkih među-odnosa unutar posebnog teorijskog područja u pravu, odnosno provjeravanja njihove podudarnosti.

Ovakva teorijska pretpostavka potiče razmišljanje o pravu kao agensu transformacije društva koju pronalazimo u G. Teubnerovoj neoevolucijskoj teoriji prava.⁶⁴⁰ Taubnerov je cilj kombinirati interne organizacijske karakteristike prava i eksterne karakteristike društva u

⁶³⁷ Jabbari, op.cit. (bilj. 619), str. 525.

⁶³⁸ Ewald, op.cit. (bilj. 346), str. 756.

⁶³⁹ Opsežan prilog povratku kritičke pravne teorije metodologiji frankfurtske škole, kao pokušaj očuvanja i primjene njenog radikalnog potencijala dao je J.E.Whitehead u eseju *From Criticism to Critique: Preserving the Radical Potential of Critical Legal Studies Through a Reexamination of Frankfurt School Critical Theory*, dostupno : <http://www.law.fsu.edu/journals/lawreview/downloads/263/whit.pdf>, 25.10.2008.

⁶⁴⁰ Teubner, G., *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, 17 *Law and Society Review*, 1983., str. 239, 266-281., Također V.: Teubner, G., *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, European University Institute, 1988.

modelu njihove kovarijacije vodeći računa o razvojnom potencijalu sadržanom u pravu, kao i ogradama i potrebama suvremenih društava. Obećavajući moment ove teorije je u premošćivanju problema s kojima se susreće tradicija američke kritičke pravne teorije (problem dekonstrukcije i konstitutivne kritičke teorije). Taubner polazi u svojim razmatranjima odbacivanjem ideje autonomije prava i stvaranjem nove vrste odnosa između prava i društva. Druga je faza njegovih razmatranja povezana uz proces pojave i međusobne uzročnosti promjena u društvu i pravu. Njegova je temeljna teza kako se takva promjena pojavljuje kao rezultat krize legitimiteta u pravu (koja je kriza organizacijskih principa u pravu) te krize pravnih kapaciteta postojećeg pravnog sustava u pronalaženju rješenja krize legitimiteta. Teubner donosi koncepciju samo-referencijalnosti prema kojoj se pravo mijenja kao rezultat procesa u kojemu su društveni činitelji infiltrirani u pravo i primijenjeni u skladu s internim karakteristikama pravnog sustava. Takav proces mijenja ne samo pravo, već i njegovo društveno okružje: „*Even the strongest social pressures influence legal development only insofar as they first shape „legal constructions of social reality“ ...legal change reflects an internal dynamic, which nevertheless is affected by external stimuli, and in turn, influences the external environment*“⁶⁴¹

Ključ razumijevanja odnosa pravo-društvo leži u otkrivanju mehanizama koje pravo koristi kako bi odgovorilo na kompleksnost društvenog života filtrirajući društvene pritiske u teorije, a interne organizacijske strukture u tijelo prava. Što su pravni mehanizmi efikasniji i fleksibilnost organizacijske strukture izraženija pravni sustav može bolje odgovoriti zahtjevima koje pred njega postavlja složenost suvremenih društava današnjice.

Teubnerova analiza krize pravnog legitimiteta temelji se na unutrašnjoj strukturi prava. Pravo, prema Teubneru, posjeduje sustav organizacijskih principa koji predstavljaju način na koji pravo organizira kompleksnost društva koje želi regulirati.⁶⁴² Što sustav postaje napredniji, njegovi organizacijski principi bit će na višoj razini sposobnosti regulacije složenih društvenih ponašanja. Uz raspravu o krizi organizacijskih principa i krizi legitimiteta u pravu, Teubner raspravlja i krizu u mogućnost prava da odgovori izazovima organizacijskih principa. Središnji dio ove analize veže se uz mehanizme pomoću kojih pravo institucionalizira i kanalizira pritiske prema društvu.⁶⁴³ Postojanje takvih mehanizama objašnjava s obzirom na temeljnu razliku

⁶⁴¹ Cf. *ibid.* 1., str. 249-250.

⁶⁴² Ideju „organizacijskog principa društva“ preuzima od J. Habermasa koje on naziva *social organisational principles*, a uključuju pravne institucije koje konstruiraju nivo učenja određenog društva. V. Habermas, J., *Problemi legitimacije u kasnom kapitalizmu*, Naprijed, Zagreb, 1982.

⁶⁴³ Druga komponenta Teubnerova modela preuzeta je od N. Luhmanna: evolucija društvenog sustava zahtjeva razvoj specifičnih evolutivnih mehanizama „varijacije, selekcije i stabilizacije“. Prema Luhmannu pravni sustav suvremenih društava mora posjedovati mehanizme koji mu dopuštaju da prikladno djeluje u kompleksnoj okolini

kompleksnosti između pravnog sustava i društvene stvarnosti: pravo je daleko jednostavnije nego velika količina društvenog ponašanja koje treba regulirati zbog čega pravni sustav mora razviti mehanizme za upravljanje i odgovor na navedenu kompleksnost. Ključni moment je širina mogućnosti prava u odgovoru na krizu organizacijskih principa koja će ovisiti o učinkovitosti mehanizama institucionalizacije u procjeni društvenog problema. Rigidan karakter mehanizama institucionalizacije suvremenog pravnog sustava smanjuje mu kapacitet fleksibilnog i inteligentnog odgovora na potrebe društvene okoline. Suvremenom pravnom sustavu nedostaje konceptualno orijentirana društvena politika koja bi mu dopustila komparaciju posljedica primjene različitih rješenja problema, prikupljanje kritičkog iskustva, komparaciju različitih iskustava iz različitih područja: ukratko proces učenja.⁶⁴⁴

1.3.4. Strategija rekonstrukcije prava

1.3.4.1. Devijacijska teorija

R.M. Unger u svom djelu *The Critical Legal Studies Movement* predstavlja devijacijsku teoriju.⁶⁴⁵ Zagovara sustav devijantnih pravnih teorija koje utjelovljuju kontroverzu u odnosu na postavljene strukture društva prema kojima bi odnosi među pojedincima odgovarali različitim područjima ljudske aktivnosti u društvu.⁶⁴⁶ Takvi bi se društveni odnosi postigli razvojem „nesuglasja u pravu kroz postojeći sukob između suprotstavljenih bipolarnih principa koji se mogu pronaći u bilo kojem tijelu prava“⁶⁴⁷ smatra kako uporaba bipolarnih principa predstavlja rivalitetne vizije društvenih asocijacija. Ungerov ideal transformacije društva ukorijenjen je u „sekularnoj teoriji emancipacije“ prošlosti koje su bile ujedinjene u uvjerenju „da će slabljenje društvenih podjela otkriti dublje individualne i kolektivne identitete i osloboditi proizvodne i kreativne sposobnosti društva.“⁶⁴⁸ Nužno je ovdje naglasiti kako je temeljni problem ove kritičke perspektive njena utopičnost. Ona ne može imati odlučujući utjecaj na društvo, društvenu promjenu pa analogno tomu niti transformativni potencijal u pravu. Potrebno je tražiti koncepciju prava koja stječe demokratsku odrednicu u pravnim nesuglasicama. Suvremeni principi legitimiteta moraju nužno biti proceduralni: „s obzirom na

drugih društvenih sustava (kao što su politika ili obrazovanje na primjer). V.: Luhmann, N., Legitimacija kroz proceduru, Naprijed, Zagreb, 1992., Teorija sustava, Globus, Zagreb, 1981., Znanost društva, Politička kultura, Zagreb, 2001.

⁶⁴⁴ Teubner, op.cit. (bilj. 647:1), str. 264.

⁶⁴⁵ Unger, op.cit. (bilj. 365), str. 577.

⁶⁴⁶ Cf. ibid., str. 578-579.

⁶⁴⁷ Cf. ibid., str. 577.

⁶⁴⁸ Cf. ibid., str. 584.

činjenicu da krajnje načelo više ne može biti prihvatljivo, formalni uvjeti opravdanja sami po sebi nose snagu legitimiteta.“⁶⁴⁹

1.3.4.2. Refleksivno pravo – Teubnerova teza

Teubner se ograničava na instalaciju, ispravak i redefiniranje procedura demokratske samoregulacije u pravu. Tu koncepciju naziva refleksivnim pravom.⁶⁵⁰ Ono je najviši stupanj postojeće evolucije pravnog sustava te obećava poboljšanje postojećeg stanja u sustavu prava, posebnu pozornost poklanjajući sljedećem:

Refleksivno pravo traži model prema kojemu će društvene institucije biti sklonije procesu autonomnog društvenog razvoja dok istovremeno osiguravaju pravu mogućnost regulacije kompleksnosti suvremenog društvenog života. Njegov je naglasak na demokratizaciji javnih interesa i povećanju kapaciteta učenja u pravu.

- Naglasak je refleksivnog prava na proceduri, prije no na supstanci. Cilja promicanju procedura i organizacijskih struktura u različitim područjima društvenog života predajući mjesto diskusiji u odlučivanju pri donošenju odluka. Opredjeljuje se za indirektno oblike društvene kontrole, izbjegava pretjeranu opsesiju regulatornim detaljima i usredotočuje se na sustav voluntarizma koji je stvoren kako bi poticao participaciju svih uključenih. Legitimitet refleksivnog prava nije povezan sa setom supstantivnih pravnih vrijednosti, kao što je pravednost, suradnja ili altruizam, usmjerava se ka potrazi za osiguranjem procedure pravnog i javnog donošenja odluka. Priznaje i vrednuje autonoman društveni razvoj, traži regulaciju autonomije oblikujući procedure internih diskursa javnih institucija dok istovremeno koordinira institucionalne interese i administrativnu učinkovitost. Cilj je naglasiti implikacije prava u kojem liberalni ideal društvenog razvoja doživljavamo u punini pojma autonomno. U sustavu refleksivnog prava, pravna kontrola društvenih akcija je apstraktna i indirektna jer pravni sustav determinira samo i isključivo „organizacijske i proceduralne pretpostavke buduće društvene akcije.“⁶⁵¹
- Sljedeća karakteristika refleksivnog prava cilja na poticanje demokratizacije u procesu donošenja odluka u različitim područjima društvenog života, što nužno ne podrazumijeva proces donošenja zakona (legislativu). Prijedlozi za liberalizaciju postojećih pozicija (*locus standi*) i građanskih inicijativa dopuštali bi pojedincima

⁶⁴⁹ Teubner, op.cit. (bilj. 647:1), str. 269-270.

⁶⁵⁰ Cf. ibid., str. 256-257.

⁶⁵¹ Cf. ibid., str. 266.

zaštitu javnog interesa u okviru administrativnih odluka bez nanošenja štete široj društvenoj zajednici, rezultat čega bi bilo sudjelovanje šire javnosti u donošenju administrativnih odluka. Pravo uistinu ne treba imati ulogu u nametanju demokratskih interesa u javnim institucijama: naglasak je na samo-regulaciji i osobnoj demokratskoj organizaciji. Ovime se prevladava problem neefikasnosti korištenja prava čime se često narušavaju tradicionalni oblici i obrasci društvenog života. Temeljni je naglasak na „diskurzivnoj racionalnosti javnih institucija“ pri čemu istinska demokratizacija ne može značiti apriornu preferenciju određenog tipa organizacije.⁶⁵²

- Zaključno reflektivno pravo ima značajnu ulogu u reguliranju složenosti suvremenog života društava različitih dimenzija. S razvojem društva razvija se i povećava stupanj njegove kompleksnosti, posljedično pravo mora razviti i prilagoditi prikladna sredstva regulacije novostvorene kompleksnosti. Visoka razina unutarnje, regulirane kompleksnosti u pravu uključivat će „dopuštanje alternativa, mogućnosti varijacija, nesuglasja i unutarnje sukobe.“⁶⁵³ Sukladno navedenom, stupanje nesuglasja pravnih institucija je postignuće, a ne hendikep.⁶⁵⁴

Ostaje činjenica kako je navedeni koncept reflektivnog prava teorijski konstrukt visoke razine apstrakcije. No, već se u današnjim pravnim sustavima i pojedinim njegovim dijelovima naziru pojedini elementi, obrisi koji tvore zalog za budućnost. Područja kolektivnog pregovaranja u radnom i socijalnom pravu, pravno administriranje volontarnog rada, područje arbitraže, klasne akcije i reprezentativne akcije predstavljaju dobre primjere. Pravo preuzima postupno novu ulogu u organizacijskoj strukturi autonomnih društvenih procesa: stvara se pravo čiji je cilj dati glas korisnicima.

Reflektivno pravo pod pojmom rekonstrukcije prava ne podrazumijeva zamjenu jednog seta vrijednosti potpuno novim, već poboljšavajući pravne procedure u cilju maksimizacije između kompetitivnih društvenih vrijednosti radi nadogradnju Habermasova institucionalnog liberalizma, donoseći dalju demokratizaciju u procesu regulacije društva pravom.⁶⁵⁵

Zadatak je kritičke pravne teorije stvoriti novu koncepciju prava koja će pokazati na koji način je pravo spremno utjecati na i regulirati društvenu promjenu. Potrebno nam je više kritike, uključujući i samokritiku u području prava, jer „ušutkati kritiku znači ušutkati slobodu.“⁶⁵⁶

⁶⁵² Cf. *ibid.*, str. 269-271.

⁶⁵³ Murphy, W.T., *Modern Times: Niklas Luhmann on Law, Politics and Social Theory*, 47 *The Modern Law Review* 5, str. 604.

⁶⁵⁴ *Ibid.*

⁶⁵⁵ Jabbari, *op.cit.* (bilj. 619), str. 541.

⁶⁵⁶ Hook, S., dostupno na: <http://www.brainyquote.com/quotes/quotes/s/sidneyhook195695.html>, 22.09.2018.

Kritička misao, u svojoj kreativnosti, slična je demokraciji: ne priznaje krajnosti, isključivosti i „ili-ili“ rješenja. Obje u povijesti nježno rastu između diktatura i krajnosti nametnutih odozgo ili odozdo, iz ureda vlasti ili iz pobješnjele ulice.⁶⁵⁷

2. Vrijednosti i norme – čovjek i sistem

2.1. Vrijednosti u pravu

Pravednost kao pojam pripada u područje vrijednosti, samim time promišljanja o njoj pripadaju u područje filozofije prava, točnije aksiologiju (grč. *aksios* – vrijedan), kao opću teoriju vrijednosti i vrednovanja. Vrijednosti pripadaju u područje idealnih kategorija (dobro, istina, jednakost, sloboda, pravednost,), a možemo ih shvatiti kao „funkciju zadovoljenja potreba.“⁶⁵⁸ „Vrijednost je način postojanja ljudske realnosti, ona je sama i činjenica ljudskog života i kriterij izbora u postavljanju ciljeva ljudske prakse.“⁶⁵⁹ Vrijednosti imaju širu kulturalnu osnovu te su kao takve dio zajedničkog kulturnog dobra. Sve društvene grupe koriste pozitivne vrijednosti koje određuju moralni poredak društva ili kulture ne samo kao kriterij

⁶⁵⁷ Prilagođeno prema: Katunarić, V., Weberov presjek društva i politike, predgovor djela: Weber, op.cit. (bilj. 483), str. 45.

⁶⁵⁸ Petković, S., Varijacije vrijednosnih orijentacija kao funkcija društveno – ekonomske razvijenosti, Institut za društvena istraživanja Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1976., str. 332.

⁶⁵⁹ Životić, M., Aksiologija, Naprijed, Zagreb, 1986., str. 9.

vrednovanja već i kao osnovu za legitimiranje osobnih interesa i ciljeva. Dominantne grupe u društvu koriste tako ideološku integraciju vrijednosti kako bi legitimirale svoju dominaciju, a nedominantne grupe kako bi legitimirale svoje suprotstavljanje, neslaganje ili otpor. Tako su demokracija, sloboda, ravnopravnost, neovisnost, pravednost neke od temeljnih društvenih vrijednosti koje promovira liberalna ideologija kao prevladavajući okvir današnjih društava Zapadne civilizacije.⁶⁶⁰

Vrijednosti nisu združene samo u ideologije, one vladaju općim društvenim uvjerenjima. Tako se stavovi skupine specifičnih društvenih područja mogu koristiti vrijednostima kao mjerilom vrednovanja, opravdanja i legitimiranja različitih društvenih procesa, postupaka i odluka.

Potrebno je ovdje reći kako je prije svega „čovjek izvor, osadrženje i mjera vrijednosnih načela“, a sukladno tomu i mjera svojih prava.⁶⁶¹ Moralni stavovi određuju idealni temelj našeg djelovanja kao i rasuđivanja tuđih djelovanja izravno određujući naše koncepcije društvene pravednosti.

2.2. Pravednost kao središnja vrijednost pravnog poretka

U razmatranju odnosa između prava i pravednosti neophodno je prije svega naglasiti trodimenzionalnost prava: u pravu činjenica ili bitak (zbiljski društveni život) treba biti trebanje (normativnost) i vrijednost (osobito pravednost) u odnosu uzajamnog prožimanja.⁶⁶² Na isti način koncepciju prava vidi i Visković – prema njemu pravo je integralno i sastoji se od tri dimenzije koje inkorporira u svojoj strukturi: odnos, vrijednost i normu. Prema ovim određenjima, pravna filozofija bavi se vrijednosnim područjem prava, pravna dogmatika normativnim, a činjenicama ili bitkom (zbiljskim društvenim životom), odnosima u pravu, bavi se sociologija prava.

Pravo je, možemo se kategorički opredijeliti, utvrđena pravednost.⁶⁶³ Najvažniji je stav, odnosno istina o pravu, a što je istodobno i ključna tvrdnja aksiologije prava, da je zakonsku pravednost (dakle pravo) potrebno trajno prosuđivati (na svim razinama i u svim područjima

⁶⁶⁰ Opširnije o odnosu vrijednosti i ideologije V.: Van Dijk, T.A., Ideologija: multidisciplinarni pristup, Golden marketing – Tehnička knjiga, Zagreb, 2006., str. 107 – 111.

⁶⁶¹ Miličić, V., Opća teorija prava i države, V. Miličić, Zagreb, 2003., str. 70.

⁶⁶² Lacambra, 1970., str. 112., cit prema Miličić, op.cit. (bilj. 668), str. 66.

⁶⁶³ „Pravo jer je naređeno, ne jer je pravedno“ (*ius quia jussum, non quia justum*) – prema filozofiji juridičkog pozitivizma i tradiciji njegovog naučavanja pravo i pravednost nisu istoznačni pojmovi, pravo je ono što je ozakonjeno, naređeno kroz pozitivne zakone, a ne ono što je pravedno.

iskustva o pravu), prema naravi stvari zbiljskih stanja nejednakosti sustavima vrijednosti izvan prava.

2.2.1. John Rawls

Jednu od najvećih mana utilitarističkoj koncepciji pravednosti⁶⁶⁴ izriče John Rawls (1921. – 2002.) u svojoj „Teoriji pravednosti“ 1971. Rawls tvrdi kako je glavna manjkavost utilitarizma u tome što je njegov cilj najveće ukupne sreće nedopustivo neosoban. S utilitarnog stajališta naime, manje je značajno što netko prolazi gore, sve dok je dobrobit drugih veća od tog gubitka. Rawls vjeruje kako je to načelo u suprotnosti s intuitivnim sudovima o pravednosti mnogih ljudi, jer nitko ne može biti pukim sredstvom za ostvarivanje ciljeva društva: svatko je od nas „odjelita“ osoba, a ne puka brojka u računu društvenih interesa. Upravo je to razlog iz kojeg Rawls smatra da utilitarizam kao načelo treba odbaciti te nudi osobitu koncepciju „pravednosti kao pravičnosti“.⁶⁶⁵ „Pravda je prva vrednost društvenih ustanova... zakoni i ustanove, ma koliko delotvorni i dobro uređeni, ako nisu pravnički moraju da se reformišu ili napuste. Čak ni dobrobit celokupnog društva ne može da prevagne nad nepovredivošću ličnosti koja je zasnovana na pravdi. Stoga, pravda ne priznaje da se gubitak nečije slobode može opravdati većim dobrom drugih ljudi“.⁶⁶⁶ Raspravlja o društvenoj pravdi, čija teorija kako tvrdi „ovisi od teorije društva“ a tiče se „načina na koji ključne društvene ustanove raspodjeljuju osnovna prava i dužnosti“.⁶⁶⁷ Priroda i ciljevi savršeno pravednog društva temeljni su dio teorije pravednosti. Oživljavajući nasljeđe teorije društvenog ugovora čiji su predstavnici bili John Locke, J.J. Rousseau i Immanuel Kant donosi potpuno novu koncepciju pravednosti, čiji je cilj

⁶⁶⁴ Utilitarizam je bio dominantna etička i politička teorija zapadnih društava 19. i 20. stoljeća, a poslužila je kao etičko “opravdanje nejednakosti” kapitalističkog društvenog sustava. Utemeljiteljem ove doktrine smatra se Jeremy Bentham koji je 1789., u godini kada je u Francuskoj buknuo prva politička revolucija uspostavljanja novog kapitalističkog društvenog poretka, objavio svoje djelo “Načela morala i zakonodavstva”. Utilitarizam je najjednostavnije definirati kao načelo korisnosti, a Bentham ga definira na sljedeći način: “Kada govorim o načelu korisnosti mislim na načelo koje opravdava neko djelo prema njegovoj tendenciji da poveća ili smanji sreću subjekta čiji je interes u pitanju; ili, što je ista stvar rečena drugim riječima, prema tome, hoće li unaprijediti ili spriječiti tu sreću. To kažem za svako djelo; dakle ne samo za djelo pojedinca nego i za svaku mjeru vlade.” Prema tomu djelo treba učiniti onda i samo onda kada maksimira ugodu ili blagostanje subjekta ili zajednice. Stavom o maksimiranju opće koristi utilitaristi se na prvi pogled suprotstavljaju egalitaristima i etičkim deontolozima, koji postupke mjere prema dobroti namjera. Dok se vrijednost djela prema utilitaristima mjeri njegovim rezultatom, prema deontolozima se ona mjeri dobrotom namjere kojom se vrši to djelo.

⁶⁶⁵ Matulović, M.: Rawlsov politički liberalizam, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 21, br. 2 (2000), str. 556.

⁶⁶⁶ Rawls, J., Teorija pravde (I), Naše teme, Zagreb, 1990., 34(5), str. 1155.

⁶⁶⁷ Pod ključnim ustanovama Rawls podrazumijeva politički sustav, temeljne dijelove privrednog i društvenog života. U tom smislu, primjeri ključnih društvenih ustanova su zakonska zaštita slobode mišljenja i slobode svijesti, konkurentna tržišta, privatno vlasništvo nad sredstvima za proizvodnju i monogamna obitelj. Cf. ibid., str. 1158.

pružiti uvjerljiv i cjelovit teorijski okvir za liberalizam. Tu koncepciju naziva *justice as fairness* („pravednost kao pravičnost“⁶⁶⁸) u kojoj središnju ulogu imaju dva načela:

- Prvo zahtjeva da svaka osoba ima jednako pravo na najširi potpuni sustav jednakih osnovnih sloboda sukladan sa sličnim sustavom slobode za sve (načelo jednakih osnovnih sloboda)
- Drugo zahtjeva da se socijalne i ekonomske nejednakosti imaju tako urediti da se one odnose na službe i položaje koje su dostupne svima pod uvjetima pravične jednakosti mogućnosti (načelo pravične jednakosti mogućnosti) i da su one na najveću dobit najgore stojećih (načelo razlike).⁶⁶⁹

Rawls vjeruje kako su navedena načela temelj vladajuće moralne i političke ideologije suvremenog zapadnog svijeta te nastoji pokazati kako su rezultat postupka rasuđivanja za koji se svi razložni ljudi mogu složiti da je pravičan.⁶⁷⁰ Dobro uređeno društvo djelotvorno provodi opću koncepciju pravednosti, odnosno ono je uređeno tako da svi njegovi pripadnici prihvaćaju ista načela (istu koncepciju) pravednosti koja je zasnovana na racionalnim vjerovanjima, do kojih se dolazi općeprihvaćenim postupkom odlučivanja, a primjena tih načela podrazumijeva se i na osnovne društvene institucije.⁶⁷¹ Ideja dobrog društva pretpostavlja da je poglaviti predmet pravednosti uređenje osnovne strukture društva, tj. najvažnijih društvenih institucija i njihovo spajanje u jedinstvenu shemu. Pravednost analogno navedenom mora prije svega biti ugrađena u osnovnu strukturu društva. Za Rawlsovu teoriju pravde, kao i za najvažnije liberalne filozofe politike, bitna je tzv. *početna pozicija*, nekoć poznata konstrukcija društvenog ugovora nastala iz prirodnoga stanja, u kojoj se funkcioniranje društva, posebno dobrog društva, rekonstruira tako da se svi zamišljeni članovi društva dogovaraju da izaberu načela koja će ih naknadno, kada ih izaberu, ograničavati u njihovoj apsolutnoj slobodi. Ona obuhvaća nekoliko bitnih pretpostavki: prvo, da su ljudi racionalni i slobodno odlučuju o vlastitoj sudbini. Drugo, da je potpuno sporedno u kakvom ili iz kakvog *milieua* dolaze osobe koje sklapaju taj zamišljeni društveni ugovor, kakve su njihove strasti i njihovi pojedinačni interesi. Tu pretpostavku Rawls zove velom neznanja odnosno ignorancije. Treće, Rawls pretpostavlja da bi takve osobe

⁶⁶⁸ Pojam pravednost kao pravičnost nosi ideju kako se do dogovora o načelima pravednosti dolazi u početnom stanju koje je pravično. To prvobitno stanje jednakosti odgovara prirodnom stanju u tradicionalnoj teoriji društvenog ugovora. Cf. *ibid.*, str. 1162.

⁶⁶⁹ Rawls, J., *Načela pravde*, Naše teme, Zagreb, 1990., 34(6), str. 1428. Isto: Matulović, op.cit. (bilj. 672), str. 556.

⁶⁷⁰ Izražavajući svoje filozofsko – političko gledište o pravednosti među narodima Rawls je pisao u svom djelu *The Law of Peoples*, with „The Idea of Public Reason Revisited“ iz 2001. posebice na str. 131 – 138. nazivajući ju „distributivnom pravednošću“.

⁶⁷¹ Rawls, J.: *O liberalizmu i pravednosti*, Hrvatsko kulturni dom Rijeka, Rijeka, 1993. str. 11.

izabrale *dva načela pravednosti* kojim će se rukovoditi u prosudbi pojedinačnih sudova i djela. Prvo, svi moraju imati ista prava i dužnosti, i drugo, sve su društvene i ekonomske nejednakosti pravedne samo ako najdeprivilegiranim članovima, odnosno slojevima društva mogu kompenzirati nejednakosti, što znači kako razmjer društvene nejednakosti mora biti proporcionalan količini beneficija za deprivilegirane.⁶⁷² Dodatno obilježje Rawlsove teorije pravde jest tzv. *reflektivni ekvilibrijum*, ili refleksivna ravnoteža. Refleksivna ravnoteža zastupa tezu prema kojoj koncepciju pravde za pravedno društvo možemo postići kretanjem u dva smjera, procesom uzajamnog prilagođavanja principa i sudova koji se odnose na stvarnost, odnosno prilagođavanjem načela u skladu sa sudovima ili tako da sudove prilagođavamo izabranim načelima pa bismo na kraju postigli ravnotežu izabranih načela koja bi i dalje vrijedila, premda su se konkretne okolnosti promijenile. Rawls smatra kako je, da bi društvo bilo pravičan i stabilan sustav kooperacije među slobodnim i jednakim građanima koji su duboko podijeljeni u svojim razložnim obuhvatnim učenjima, potrebno da osnovna struktura društva bude uređena političkom koncepcijom pravednosti, da postoji preklapajući konsenzus razložnih obuhvatnih učenja o toj političkoj koncepciji te da se javna rasprava o ustavnim bitnostima i pitanjima osnovne pravednosti vodi u kategorijama političke koncepcije pravednosti.⁶⁷³

Liberalizam, kao prevladavajuća ideologije današnjeg Zapadnog svijeta, često se karakterizira pravnim ili moralnim formalizmom. Stoga su neki filozofi Rawlsu i liberalima ubrzo uputili prigovor kako osiguranje pravednoga društva putem formalne procedure ne može biti garancija da će društvo zbog toga postati *dobro* društvo. Ljudi naime uvijek imaju neke svoje interese, nagone, stavove, tradicije kojima se priklanjaju i nije jasno bi li se liberalni društveni ugovor, kada bi bio stvaran, ikada mogao potpisati, bez obzira ili unatoč njegovoj nagoviještenoj i racionalnoj pravednosti. Osim toga, brojni ljudi misle kako se dobro društvo može uspostaviti na druge načine, na primjer kršćanskim odgojem u obitelji ili društvenom solidarnošću prema bližnjima, a ne samo i isključivo formalnom, najčešće pravnom procedurom. Rawls stoga navodni formalno-pravni liberalizam nadopunjuje formalističkom koncepcijom morala. Refleksivna ravnoteža u formalističkoj koncepciji morala želi izbjeći onaj poznati i trivijalni dualizam načela i činjenica ili ono što se obično izražava tvrdnjom: 'to može vrijediti u teoriji ali ne i u praksi.' Ravnoteža se za laike, za sve nas koji se ne nalazimo u originalnoj, početnoj poziciji prirodnoga stanja, već u stvarnom i proturječnom svijetu, postiže

⁶⁷² Rawls, J., Teorija pravde (I), Naše teme, Zagreb, 1990., 34(5), str. 1165-1168.

⁶⁷³ Matulović, op.cit. (bilj. 672), str. 556.

tako da stalno preispitujemo izabrana načela pravde pomoću činjenica ili pak tako da činjenice pokušamo vidjeti u kontekstu izabranih načela.⁶⁷⁴

2.2.2. Ronald Dworkin

Dworkinova teorija (prirodnog) „prava kao dosljednosti“ spoj je pravnog naturalizma i liberalnog egalitarizma. Dworkin nastoji ponovno oživjeti ideju prirodnih prava tvrdeći kako su ona „politički aduti“ pojedinaca koje mogu koristiti protiv kolektivnih ciljeva društva ili zajednice kao cjeline.⁶⁷⁵ Prirodno pravo pojedinaca na jednakost, njihovo je temeljno prirodno pravo te ga posjeduju sva bića „ne na osnovi rođenja ili naravi ili zasluge ili izvrsnosti, nego samo kao ljudska bića koja imaju sposobnost planirati i biti pravedni.“⁶⁷⁶

Svoju teoriju prava temelji na dvjema postavkama: postavci o pravima i postavci o ispravnom odgovoru,⁶⁷⁷ koje su sukladne s njegovom pretpostavkom o prirodnim pravima pojedinaca i temeljnom pravu na jednakost. Prema postavci o pravima (*the rights-thesis*) suci priznaju i štite subjektivna prava pojedinaca, imaju obvezu to činiti, tako da svoje odluke opravdaju i trebaju opravdati, načelnim, a ne političkim argumentima. Prema postavci o ispravnom odgovoru (*the right-answer-thesis*) postoji ispravan odgovor na pitanje koja od stranaka u sporu ima subjektivno pravo, odnosno pravnu obvezu, čak i u teškim slučajevima u kojima se razložni pravnici ne slažu oko toga.

Dworkin tvrdi kako se pravo ne sastoji samo od pravnih pravila nego i od pravnih načela te da se potonja ne mogu identificirati i razlikovati od drugih društvenih standarda na osnovi bilo kojeg kriterija podrijetla, nego su nazočna „u osjećaju prikladnosti koji se razvio u struci i javnosti tijekom vremena.“⁶⁷⁸

⁶⁷⁴ Habermas, J. tako u raspravi s Rawlsom iz 1995. (V. Matulović, M., Rasprava Habermas – Rawls, Politička misao, Vol XXXIII, (1996.), br. 1., str 207 – 246.) premda izražava načelnu suglasnost s njegovim stajalištem političkog liberalizma, tvrdi kako stranke u izvornom položaju ne mogu shvatiti interese najvišeg reda koje imaju njihovi klijenti jedino na osnovi racionalnog egoizma, drugo, da se osnovna prava ne mogu pridružiti prvotnim dobrima, i treće da veo neznanja ne može jamčiti nepristranost prosudbe. Osim toga on odustaje od marksističkog stajališta prema kojemu je svaka teorija pravednosti ideologija. U svojem odgovoru na Habermasov prigovor, Rawls tvrdi kako je jedina novost koju Habermas uvodi transcendentalni elemenat koji ne dopušta kompromis: „taj element *forces* ili moralni sukob *moderated* jedino okolnostima ili *exhaustion*, ili jednaku slobodu savjesti i slobodu mišljenja. Osim na osnovi tih potonjih, čvrsto zasnovanih i javno priznatih, nikakva razložna koncepcija pravednosti nije moguća. Politički liberalizam polazi, uzimajući *to heart* aspotlutnu dubinu tog nespojivog latentnog sukoba.“

⁶⁷⁵ Dworkin, op.cit. (bilj. 492), str. 6.

⁶⁷⁶ „Pojedinci imaju prava kada iz nekog razloga kolektivni cilj nije dovoljno opravdanje da im se niječe nešto što oni kao pojedinci žele imati ili činiti, ili nije dovoljno opravdanje da im se nanese neki gubitak ili šteta“ Ibid.

⁶⁷⁷ Cf. ibid., str. 95-107; 301-315.

⁶⁷⁸ Cf. ibid., str. 40.

Smatra kako je teorijsko neslaganje u društvenim praksama općenito i u pravu napose, ne samo moguće nego i uobičajeno te je znak zdravlja i snage tih praksi. Pravo je, navodi, tumačenjski pojam, a ne jasna činjenica. Neslaganja u pravu najčešća su teorijska (tumačenjska) neslaganja oko ispravnih kriterija pravnosti, a ne oko moralnosti postojećih pravnih pravila.

2.2.3. Idealno-ideološke koncepcije pravednosti

Prema Viskoviću pet je glavnih, teorijskih, idealno - ideoloških koncepcija pravednosti:

- Koncepcija položajne pravednosti - koja pripada konzervativnoj političko-pravnoj ideologiji jer argumentom pravednosti opravdava održavanje postojećih odnosa društvenih nejednakosti i vlasti (vladajućih klasa). Samopredstavlja se kao „meritokratska“ (pravednost prema zaslugama), ali poimanje zasluga uvelike je pristrano gdje se doprinosi društveno podčinjenih subjekata (ratom pokoreni, žene, puk, siromašni, neobrazovani, nevjernici, obojene rase) podcjenjuju. Ovaj je tip ideologije kroz čitavu povijest čovječanstva određivao sadržaj većine pravnih normi te joj tek u novije vrijeme, počinju uspješnije konkurirati ostala shvaćanja pravednosti.
- Koncepcija razmjenske (prema Aristotelu – komutativne) pravednosti – liberalna je nadgradnja položajne pravednosti s prednošću kod uvažavanja vrijednosti rada i tržišnog natjecanja. Ona promovira ekvivalentnu podjelu na temelju tržišne i krivične pravednosti. Njena je prednost u uvažavanju vrijednosti rada i tržišnog natjecanja. Ideološki joj nedostatak nameće prikrivanje stvarne neekvivalentnosti razmjena koje se odvijaju na zatečenim odnosima moći (prikriva da rad proizvodi više vrijednosti nego što radnik prima plaće te postavljanje nekih delikta po klasnom mjerilu, a krivične kazne za iste delikte često ovise o društvenom položaju počinitelja delikta - diskriminacija)
- Koncepcija radne pravednosti – bliska je socijalističkoj ideologiji. Prema njoj svatko treba dobiti onoliko dobara koliko je ostvario radom (ne spolom, socijalnim porijeklom, imovinskim stanjem, etničkom, vjerskom ili rasnom pripadnošću), a razmjerno tome i tereta. Tomu načelu „svakome prema radu“ primarni cilj je ukidanje društvenih diskriminacija sadržanih u konceptu položajne pravednosti.

- Konceptcija solidarne pravednosti – nastoji ispraviti ili dopuniti nedostatke radne pravednosti. Temeljno polazište ove koncepcije je činjenica kako su radne sposobnosti bitno nejednake (između odraslih i djece, mladih i starih, zdravih i bolesnih, obrazovanih i neobrazovanih) sukladno čemu primjena radne pravednosti stvara velike razlike u raspodjeli dobara koje su etički neopravdane. Kako bi se takve neopravdane nejednakosti ispravile predlaže se ustupanje dijela svog dobitka od strane onih koji u raspodjeli dobara dobivaju više zbog svojih većih radnih sposobnosti za uzdržavanje i unaprjeđivanje položaja onih koji imaju slabije „startne pozicije“. Važno je pri tome napomenuti kako cilj nije milosrđe, nego popravljjanje, poticanje i osposobljavanje onih slabije radne sposobnosti radi izjednačavanja radnih uvjeta.
- Konceptcija egalitarnosti – bliska je revolucionarnim narodnim (seljačkim, proleterskim) pokretima i nekim vjerskim zajednicama koje žive u siromaštvu i jednakosti. Idejna vodilja ove koncepcije je osiguranje „minimalnog standarda“ (zadovoljenje osnovne materijalne i duhovne potrebe). Na tom načelu primjenjuje se raspodjela „svakome jednako“ neovisno o svim drugim razlikama u sposobnostima i radu među ljudima. Iako etički dobronamjerno nedostatak ovog shvaćanja je nedovoljan poticaj razvoja sposobnosti i radnog učinka kao osnove za društvenu raspodjelu. Povijesno je korištena u kriznim i ratnim prilikama, revolucionarnom komunizmu, a u suvremenim društvima je važna osnova u određivanju „minimalne plaće“, osnovnog obrazovanja i zdravstvene zaštite.⁶⁷⁹

Niti u jednom društvu ne djeluje isključivo jedan čisti oblik navedenih koncepcija pravednosti. Civilizacijski i demokratski napredak društva, države i prava odvija se kroz stoljeća borbe za više jednakosti i pravednosti čemu je i ovaj rad i doprinos. Zakone stvaraju ljudi za ljude... no pri tome se negdje putem često događalo da se izgubi ljudskost. Onaj tko se nađe u žrvnju pravila i zakona vrlo često ne vidi izlaza... a on se nalazi u neprepuštanju, aktivnoj borbi za svoja, ali i tuđa prava. U svakom trenu se kolo sreće može okrenuti, možemo postati žrtve. Stoga, ne trebamo čekati... ništa se ne događa samo drugima. Mi živimo u društvu, ne smijemo biti samo pasivni promatrači. Trebamo činiti pomake ka pravednosti ne samo za sebe, nego i za druge.

⁶⁷⁹ Detaljnije V.: Visković, op.cit. (bilj. 48), str. 142-144.

2.3. Vrijednost utopije

G. Kateb navodi tri bitne vrijednosti utopije i utopizma. Ističe prije svega kako utopistička literatura pridonosi oblikovanju svijesti o društvu. „Ona može stvarati i širiti nezadovoljstvo. Može poticati duh da nemilosrdno preispituje postojeće slabosti. To su osobito dobro pokazali utopistički radovi u Europi osamnaestog i devetnaestog stoljeća“. Kao drugo, ističu da utopistička literatura, gledana u cjelini, „obogaćuje smisao ljudske mogućnosti“. Ona pokazuje kako svaki čovjek i svako društvo u sebi nose različite mogućnosti, potiče ih da o tim mogućnostima misle, zamišljaju ih izvan ili protiv postojećeg konteksta. „Ukratko, utopizam pomaže da se mišljenjem iz kontrasta otkrije drugačija perspektiva“. I na posljepku, kao treće, „utopističke su knjige svojevrsne sociologije i one unapređuju naše razumijevanje društvenih odnosa gotovo na isti način kao zamašne studije o stvarnim odnosima“. Dakako, „utopističke sociologije“ karakterizira isključivost i pretjerani simplicizam. To je cijena koju one „plaćaju apstrakciji, ali cijena koju ne plaćaju samo utopijski pisci i cijena koju ponekad vrijedi platiti.“⁶⁸⁰

2.3.1. Pojam utopije: od optimizma do utopističkog relativizma (pesimizma)

Utopija bi najšire shvaćeno podrazumijevala buduću viziju društva, drugačijeg uređenja društvenih odnosa od onog sadašnjeg. Sam pojam dolazi od grčkih riječi *ou topos* u značenju ne mjesto. U Anićeve rječniku hrvatskog jezika stoje dva temeljna značenja: 1. idealna zamišljena zemlja ili zajednica u kojoj vladaju savršeni društveni odnosi, blagostanje i sreća (Th. More, T. Campanela, F. Bacon, F. Petrić); rjeđe, u literaturi ironično ili satirički tretirana (J. Swift, G. Orwell); 2. neostvariva zamisao, zamisao bez podloge, idealno stanje koje se ne može ostvariti.⁶⁸¹

Razumijevanje pojma utopije u suvremenim društvenim znanostima temelji se na istoimenom djelu Thomasa Morea izvorno iz 1516. godine u kojoj predlaže dvovrsno čitanje i razumijevanje riječi: kao *eu-topiau* u značenju dobro mjesto te kao *ou-topiau* u značenju ne-mjesto ili preciznije nepostojeće mjesto.⁶⁸²

⁶⁸⁰ Kateb, G., *Utopias and Utopianism*. U: *International Encyclopedia of Social Science*, The Macmillan Company and the Free Press, 1968., str. 269. Navedeno prema: Kalanj, R., *Ideologija, utopija, moć*, Naklada Jesenski i Turk, Zagreb, 2010., str. 114.

⁶⁸¹ Anić, V., *Veliki rječnik hrvatskog jezika*, Novi liber, Zagreb, 2003., str. 1696.

⁶⁸² More, T., *Utopija*, Nakladni zavod Globus, 2003.

U povijesti književnosti javljaju se neka književna djela koja donose prikaz tzv. negativnih utopija kao što su „Mi“ Jevgenija Zamjatina, „Vrli novi svijet“ Aldousa Huxleya ili „1984“ Georgea Orwella.⁶⁸³ No, ovdje nas zanima isključivo opredmećenje ideje o pozitivnoj aktivnoj utopiji kakvu opisuje Karl Mannheim u djelu „Ideologija i utopija“ definirajući ju kao onu koja transcendirira stvarnost i prelazeći u djelovanje u isti mah djelomično ili potpuno razara postojeći egzistencijalni poredak.⁶⁸⁴ U našoj raspravi o utopiji radi se dakle o zbivajućoj, perpetuirajućoj, proizvodnoj utopističkoj tendenciji. Takva utopijska vizija traga za opredmećenjem i ozbiljenjem. Ona pretpostavlja prije svega temeljnu kritiku postojećih društvenih odnosa, noseći sa sobom stalan zahtjev za njihovom promjenom u skladu sa aktivističkim djelovanjem.⁶⁸⁵ Utopističke tendencije ovakvog usmjerenja karakteristične su za lijevo pozicionirane orijentacije od utopijskog socijalizma, preko marksizma i anarhizma. Aktivistička utopijska tendencija artikulirala se gotovo isključivo u lijevom „registru“ gdje uistinu i započinje naša priča o utopiji.

2.3.2. Utopija: od rezignacije do aktivacije

U današnjem „vrlom novom svijetu“ događa nam se „Vlastito Posustajanje budućnosti (J. Rifkin) koje upozorava čovjeka ne samo na Demografsko – ekološki slom (Z. Roca) nego da je zaista došlo Vrijeme preokreta (F. Capra) i da moramo prihvatiti budućnost koja je započela (M. Pečujlić) kao Treći talas (A. Toffler) i da možda nije Svijet bez granica (B.R. Lester) već je u slijedećih 200 godina (H. Kahn) čovjeku potrebna Obnova utopijskih energija (V. Pavlović, ur.) za koju nije dovoljna Dijalektika prirode (F. Engels), već čovjek mora razmišljati i o prirodi dijalektike jer je suočen i s problemom budućnosti vlastitih utopijskih energija.“⁶⁸⁶

Unatoč naslovima djela poznatih autora koje sumarno na početku svog djela „Socijalna ekologija“ Ivan Cifrić donosi kao preporuku budućeg djelovanja neosporno možemo tvrditi

⁶⁸³ Osim opisa u književnim djelima nalazimo opis utopija i kroz tzv. „pasivne utopije“ koje pružaju viziju budućnosti unutar okvira samog djela, no ne sugeriraju načine prevladavanja jaza između zbilje i utopije kao npr. Platonova „Država“, Campanellina „Grad sunca“, Petrićev „Sretan grad“ ili Moreova „Utopija“ te se određuju kao eu-topije, odnosno ne-mjesta, općenito kao neostvarive.

⁶⁸⁴ Mannheim, K., Ideologija i utopija, Naklada Jesenski i Turk, Hrvatsko sociološko društvo, Zagreb, 2007. str. 157.

⁶⁸⁵ Pod pojmom aktivizma podrazumijevamo u najširem smislu korištenje određene društvene akcije, odnosno planirano ponašanje u svrhu ostvarenja određenog cilja; kao što su podizanje svijesti, demonstracije, štrajkovi i drugi različiti oblici građanske neposlušnosti koji mogu imati za cilj promociju ili isticanje opozicije prema određenom pitanju od društvenog značaja.

⁶⁸⁶ Cifrić, I., Socijalna ekologija, Globus, Zagreb, 1989., str. 11.

kako je utopijska energija čovječanstva danas diskreditirana, a čini se kako je i utopijski duh iščeznuo.

Današnje značenje pojma utopija udaljilo se od pojma *eu-topiae* te se odnosi na teorijski neutemeljeno i bezopasno, uglavnom adolescentsko te praktično neobavezno i neučinkovito „maštanje“ o drugačijem i boljem svijetu.

Početak „kraja utopije“ postupno se događa s uobličavanjem i intenziviranjem anti-utopijske kritike, koja je utopiju, utopijsku ideju, utopijsku orijentaciju i utopijsko mišljenje podvrgnula kritici, vezujući je s kritikom totalitarnih režima koji su se deklarirali kao marksistički, a time, u određenom smislu, i kao realizacije jedne utopijske ideje. Početak „kraja utopije“ možemo pronaći u povezivanju utopijskoga mišljenja i post-revolucionarnih državnih tvorevina, koje se - kako su pokazali upravo neki marksistički teoretičari - ne smije vezivati niti uz Karla Marxa, niti uz utopizam, nego jedino uz Lenjina, Staljina, Maoa i druge slične „prevoditelje“ i „provoditelje“ utopijskog ideala. Cijenu tog pogrešnog povezivanja platila je utopijska misao u cjelini, ma koliko i sama bila kritična prema takvim režimima.⁶⁸⁷

No, bez obzira na kritiku teze o utopiji pretpostavimo ipak da je doista nastupilo „post-utopijsko doba“, koje koincidira s famoznim „krajem povijesti“ Francisa Fukuyame i povijesnom pobjedom liberalne demokracije, koja je donijela svijest o tome da „nema alternative“, da stojimo pred izborom "između status quo i nečega goreg",⁶⁸⁸ da živimo u vremenu i prostoru s onu stranu utopijskog, u određenom toposu, u kojem je doista sve već tu, prisutno. Pretpostavimo da znanost i tehnologija, liberalna demokracija i kapitalistička ekonomija čine mogućim ostvarenje svih ljudskih potreba i želja. Da su teorijske predodžbe liberalne ideologije o ostvarenju slobode, demokracije, vladavine prava, tolerancije i jednakosti ostvarene globalno i da je čovječanstvo doseglo ideal svoje povijesti. No, kritički duh nam i tada još uvijek postavlja pitanje: Što nam je to donio epohalni poraz utopije? Neizostavno se dalje nastavlja: Da li je svijet postao bolji?

⁶⁸⁷ Odumiranje utopije i utopijskog povezano s odumiranjem Sovjetskog Saveza ipak se nije odvijalo pravocrtno. Anti-utopistička kritika bila je također praćena otporima. Primjerice kroz opus Ernsta Blocha, njemačkog filozofa dvadesetog stoljeća koji u svojim djelima izražava napor oko promišljanja utopije u tom vremenu. Usp. tri djela Ernsta Blocha: *Duh utopije*, Beogradski izdavačko-grafički zavod, Beograd, 1982; *Princip nada* (I-III), Naprijed, Zagreb, 1981; *Oproštaj od utopije?*, Izdavački centar Komunist, Beograd, 1986.

⁶⁸⁸ „Od nas se“, kaže R. Jacoby, „sve češće traži da biramo između status quo i nečeg goreg. Izgleda alternativa ne postoji...drugačije rečeno, utopistički duh – osjećanje da bi budućnost mogla nadmašiti sadašnjost – iščezao je...ja riječ utopijski koristim u njezinom najširem i najmanje prijetećem značenju: vjerovanje da bi budućnost fundamentalno mogla nadići sadašnjost. Govorim o shvaćanju da bi buduća tekstura života, rada i, čak, ljubavi mogla vrlo malo nalikovati onome što nam je danas poznato. Aludiram na ideju da historija sadrži mogućnosti za slobodu i zadovoljstvo koje nisu ni načete...“ Jacoby, R., *Kraj utopije. Politika i kultura u doba apatije*, Beogradski krug, Beograd, 2001., str. 10-11.

Promatrajući činjenično stanje i odnose na globalnom nivou ne možemo potvrdno odgovoriti na postavljeno pitanje. Podaci pokazuju kako u apsolutnim veličinama nikada do sada nije na planetu Zemlji bilo toliko potlačenih, izgladnjelih, porobljenih i poniženih ljudi. Radnici koji mjesecima rade bez naknade, seljaci koji radikalno osiromašuju zbog pritiska multinacionalnih kompanija, stanovništvo zemalja involviranih u ratove za naftu, kao i svi oni koji izlaze na parlamentarne izbore, znajući kako malo što mogu uistinu promijeniti - znaju da svijet na žalost nije postao bolji.

Iz pera liberalnog teoretičara Roberta Nozicka utopiju danas čini minimalna država jer: „Minimalna se država prema nama odnosi kao prema nepovredivim pojedincima koje drugi ne smiju izrabljivati na određene načine kao sredstva, oruđe, instrumente ili resurse; ona se odnosi prema nama kao prema osobama koje imaju prava, i to s dostojanstvom koje se na njima temelji. Time što se spram nas odnosi s poštovanjem jer poštuje naša prava, ona nam dopušta, pojedinačno ili s nekim koga odaberemo, da odaberemo svoj život i ostvarimo svoje ciljeve i svoju koncepciju sebe samih koliko god možemo, uz pomoć dobrovoljne suradnje drugih pojedinaca koji posjeduju isto dostojanstvo. Kako bi se neka država ili skupina pojedinaca usudila učiniti više? Ili manje.“⁶⁸⁹

Globaliziranom i demokratiziranom svijetu odustajanje od utopijske vizije nije donijelo ništa dobro, proglašenjem kraja utopije čini se kako je vrijeme svijeta ozbiljno skraćeno. Kada utopijske oaze presuše, širi se pustinja banalnosti i bespomoćnosti, kaže J. Habermas. Čini se kako su prekinute prirodne socijalne veze među pojedincima koje zahtijevaju redefiniranje i restrukturiranje kako u društvenom, tako i u prirodnom okolišu. Nužan je novi utopizam koji zahtjeva sintezu utopijske teorije i prakse. Potrebno je u toj novoj viziji utopizma razotkriti vladajuće diskriminacijske obrasce, dopuštajući izrastanje konkretnog humanizma. Na takvoj društvenoj podlozi izrasta stav koji nije usko individualistički i atomistički već anticipira modele organizacije međuljudskih odnosa pomirujući prirodni i društveni svijet. Organizacijski model ovakvog društva protivi se hijerarhiji u vertikalnom smislu, zagovora horizontalnost, odnosno ne moć nego odgovornost te solidarnost (kao koncept koji tendira od općeg ka pojedinačnom). Koncept koji promovira odgovorni individualizam, odnosno solidarni kolektivizam. Iza mainstrea i teorijskog i praktičnog establishmenta živi i izrasta jedna nova utopija. Uz teorijske koncepcije koje se čitav niz godina uozbiljuju u Društvu za utopijske studije⁶⁹⁰, važnu ulogu imaju supkulturne, kontrakulturne i alternativne mase koje se pojavljuju

⁶⁸⁹ Nozick, R., Anarhija, država, utopija, Naklada Jesenski i Turk, Zagreb, 2003., str. 430.

⁶⁹⁰ Jurić, H., Utopija – anti-utopija – post-utopija – utopija, dostupno na:
http://www.zamirnet.hr/stocitas/hrvoje_o_utopiji.htm#0

na anti-korporacijskim, anti-ratnim, ekološkim i drugim alter-globalističkim protestima širom svijeta, krajem devedesetih godina dvadesetog stoljeća i početkom ovog stoljeća artikulirajući jedno globalno nezadovoljstvo, kao i potrebu za globalnim promjenama.

Koncept privremenih autonomnih zona (TAZ) koji razrađuje Hakim Bey u „Privremenim autonomnim zonama, ontološkoj anarhiji i poetskom terorizmu“ koristan je vodič u razumijevanju fenomena nove utopije. Ova utopija slična je spontanitetu „šezdesetosme“, no umjesto parole „Budimo realni, tražimo nemoguće“, tvrdi „Drugačiji svijet je moguć“. Dakle pomak od nemogućeg ka mogućem kao potrebnom i ostvarivom, temelj je današnje nove utopije, no temeljno nezadovoljstvo postojećim stanjem, bespoštedna kritika i zahtjev za radikalnom promjenom te spremnost na aktivno djelovanje daje joj poveznicu s klasičnim utopizmom. Duh utopije donosi „zagovor novog života“ (*incipit vita nova*)⁶⁹¹ čija se „odvojena realnost“ aktualizira u razdobljima kada pod prividnim, ali difuznim redom tinjaju, a pokatkad se i rasplamsavaju mnogovrsna žarišta nereda. „Rasprave o idealnim državama“ kako navodi L. Mumford „crpe okus i miris iz vremena svog nastanka.“⁶⁹² Mumford zagovara duhovnu esenciju utopije upućujući na reforme koje drže do duhovnih vrijednosti ka stvaranju „dobre okoline za dobar život.“⁶⁹³

Još uvijek je istinita ona latinska: *Non progredi est regredi* i posve je točno, a to potvrđuje cjelokupno povijesno iskustvo, da čovjek ono moguće ne postiže kada se ne bi u svijetu uvijek iznova posezalo za onim nemogućim. „Prava ljudska sloboda uključuje slobodu od ideološke kontrole i jednakost uvjeta u onoj mjeri u kojoj svaki pojedinac može razvijati vlastite sposobnosti u najvećoj mjeri, tako da bi ispunio unutarnje potrebe koje svaka individua posjeduje“⁶⁹⁴

Danas se, prema R. Kalanju, nalazimo upravo u razdoblju unutarnje utopije: „Utopijska se svijest vratila svome izvorištu. Vratila se u okrilje prirodnog prava iz kojeg je, u doba Th. Morea, i proizašla iscrtavajući slike slobodne i pravedne zajednice pojedinaca. Više se dakako, ne radi o iscrtavanju slika budućnosti, ali pritom valja imati na umu da se ni prirodno pravo više ne kreće na razini teorijske fikcije te da je postalo praktičnim pravnim uporištem modernih društava. To im praktično uporište zadaje veliki problem zbog jaza između njihovog stvarnog funkciniranja i načela na koja se pozivaju. Utopijska je svijest sada čvrsto ukotvljena upravo u

⁶⁹¹ Bloch, E., 1998., str. 43., Redeker, 2003., str. 99-111. Navedeno prema: Kalanj, R., Ideologija, utopija, moć, Naklada Jesenski i Turk, Zagreb, 2010., str. 118.

⁶⁹² Mumford, L., Povijest utopija, Naklada Jesenski i Turk, Zagreb, 2008., str. 10.

⁶⁹³ Cf. ibid., str. 285.

⁶⁹⁴ Chomsky, N., Revija za sociologiju, Vol. XXI, No. 4/1990; 685.

tom međuprostoru. Ona radi na neprekidnom „prokazivanju“ i obznanjuje da bi funkciniranje suvremenih društava moralo biti drugačije.“⁶⁹⁵

Ponekad nam se možda čini kako je utopija na obzoru. Napravimo li korak bliže obzoru, ona se odmakne dva koraka dalje te se čini, koliko god hodali prema njoj, kako ju nikada nećemo dostići. U skladu s tim, često se postavlja pitanje kakvog uopće smisla ima utopija? Smisao je u nastavku hodanja, u neposustajanju, u upornosti: stoga - nastavimo hodati.

3. Zaključne napomene

U pokušaju prikaza, objašnjenja i razumijevanja društvenih okolnosti pojedinog razdoblja u razvoju društva počesto se susrećemo s ideološki stvorenim, iskrivljenim slikama društvene stvarnosti. U skladu s navedenim, stvara se „naša istina“: sustav vjerovanja sa skupovima ideja, simbola i tvrdnji pomoću kojeg tumačimo društvenu zbilju. Malo „nas“ opisuje osobne sustave uvjerenja kao ideologije. Naprotiv, „naša je istina, njihova je ideologija.“ No, kako bi istina o određenoj društvenoj pojavi, procesu, odnosu, povijesnom periodu bila zaokružena nije ju dovoljno samo opisati, objasniti i razumjeti unutar nje same, nego i u širem kontekstu njenog društvenog djelovanja. Upravo iz navedenih razloga pristup proučavanju u integralnoj kritičkoj teoriji jedini je konstruktivan te se ne može zatvarati, jer istovremeno označava mogućnost kritičkog prevladavanja, razrade i inovacije.

U interdisciplinarnom području sociologije prava, kao jednom od tri područja pravne znanosti prema M. Rehbinderu, upravo sociološka orijentacija u pristup proučavanja prava unosi integralnu i kritičku refleksiju kao jedan od svojih temeljnih postulata.

Teorijska razmatranja izložena u radu, a koja povijesno prethode kritičkoj pravnoj teoriji, nužno je istaknuti, u skladu su sa stupnjem razvitka društva kojemu analogno odgovara stupanj razvitka razumijevanja društvenih činjenica (spoznaje), moralnog opravdanja (legitimacije) i pravnih normi (regulacije). Ukoliko razvitak tih dimenzija nije međusobno usklađen društvu predstoje krize, sukobi i promjene kako u organizacijskom i praktičnom, tako i u teorijskom smislu. Najopćenitije se može reći kako vremenski promatran razvoj pravne znanosti ide stalno ka uklanjanju, ili preciznije ublažavanju, djelovanja teorijskih razlika u shvaćanju prava: ideološke uvjetovanosti i redukcionističke spoznaje, odnosno prema integralnom i kritičkom razumijevanju prava. Dominacija jedne teorijske perspektive naravno

⁶⁹⁵ Kalanj, op.cit. (bilj. 698), str. 159.

ne znači nestanak drugih. Privremeno povlačenje jedne značilo je počesto da se stare ideje javljaju ponovno u modernijem i sofisticiranijem obliku: tako se u radu poziva na izvore doprinosa različitih autora u području prirodno-pravne i pozitivističke teorije, a poseban je naglasak stavljen na interakciju prava i društva u sociologiji prava (kroz sociološki pravni pozitivizam, interesnu iurisprudenciju i pokret slobodnog prava).

Kritička pravna teorija temelji se na postavkama marksističke teorije prava, metodološki se vezuje uz rad teoretičara frankfurtske škole, a nastavlja se na ideje američkog pravnog realizma. Nastavljajući i nadograđujući kritiku pozitivizma i formalizma, započetu od strane pravnog realizma u američkoj pravnoj znanosti krajem 19. stoljeća, predstavnici kritičke pravne teorije donose kontroverzne teze o neodređenosti prava, pravu kao dijelu politike te postojanju pravne ideologije vladavine prava (prema kojoj je pravo ideološko i pristrano, prije no neutralno i neovisno). Pregled teorijskih ideja kritičke pravne teorije predstavljen je kroz analizu rada triju teoretičara potpuno različito iznijansiranih shvaćanja, značajki i dosega kritičke pravne teorije: R.M. Ungera kao teorijskog optimista i utopista, D. Kennedy-ja kao ironičnog satiričara i pesimista te M. Horwitz-a kao povijesno orijentiranog, umjerenog realista. Odabir upravo navedenih teoretičara u prikazu temeljnih ideja kritičke pravne teorije slijedio je nit dokazivanja konceptualnih različitosti, ali i potrebu za postavljanjem u fokus autorski najistaknutijih ličnosti unutar kruga pripadnika teoretičara kritičke pravne teorije. U pokušaju niveliranja njihovih doprinosa razvoju kritičke pravne teorije te usmjeravanju teorijskih nastojanja ka konstruktivnim kritičkim rješenjima predloženo je približavanje europskoj kritičkoj misli ka čemu smjeraju G. Taubner-ove ideje u nastojanju ka reflektivnom pravu. Refleksivno pravo traži model redefiniranja procedura demokratske samoregulacije u pravu u kojemu će društvene institucije biti sklonije procesu autonomnog društvenog razvoja, dok istovremeno osiguravaju pravu mogućnost regulacije kompleksnosti suvremenih globaliziranih društava današnjice. U društvenom sustavu takvog tipa, pravo preuzima postupno novu ulogu u organizacijskoj strukturi autonomnih društvenih procesa: stvara se pravo čiji je cilj u participativnim oblicima direktne (neposredne) demokracije dati glas korisnicima. Stoga je dalji zadatak kritičke pravne teorije stvoriti podlogu reflektivnoj koncepciji prava koja će pokazati na koji je način pravo spremno utjecati na i regulirati sadašnje, ali i buduće društvene promjene.

Predstavljena je teorijska koncepcija kritičke pravne teorije i više nego dobrodošla u kontekstu potrebe ulaganja dodatnih napora u procesu jačanja vladavine prava kao jedne od najviših vrednota ustavnih poredaka suvremenih demokratskih društava. No, ideali demokratskih društava u shvaćanju kritičara nisu samo više ili manje točni opisi određenog

društvenog života izvan nas, već viđenja koja imaju za temeljni cilj prije svega mijenjati postojeće društvene koncepcije. Upravo se iz tog razloga nadamo, kako će predstavljena teorijska koncepcija zasigurno doprinijeti etabliranju područja i potaći empirijska istraživanja u području sociologije prava u Republici Hrvatskoj, koja praktički niti ne postoje.

V. LITERATURA

1. Abel, R. L., Comparative Sociology of Legal Professions: An Exploratory Essay, American Bar Foundation Research Journal, Vol. 10, No. 1. 1985.
2. Abel, R.L., Reviewed work: Ideology and Community in the First Wave of Critical Legal Studies by Richard W. Bauman, Journal of Law and Society, Vol. 30, No. 4., 2003.
3. Akvinski, T., Izbor iz djela, Sv. II., Naprijed, Zagreb, 1990.
4. Albrow, M., ...law, ideology, law, ideology, law, ideology...sociology...?, British Journal of Sociology, Vol. 32, No. 1, 1981.
5. Altman, A., Legal Realism, Critical Legal Studies and Dworkin, Philosophy and Public affairs, Vol. 15., No.3, 1986.
6. *An Interview with Duncan Kennedy*, Bimonthly Review of Law Books, Vol. 5, No. 3, 1994., dostupno na: <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/An%20Interview%20with%20Duncan%20Kennedy%20by%20Christine%20Kuta.pdf>, 29.11.2018.
7. Anić, V., Veliki rječnik hrvatskog jezika, Novi liber, Zagreb, 2003.
8. Aquinas, S.T., Summa Theologica, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=0gOm51etij0C&printsec=frontcover&dq=Summa+theologiae&hl=hr&ei=fV5ETPqSGpKTjAfV0PQV&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCkQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false, 19.07.2010.
9. Aristotel, Nikomahova etika, Fakultet političkih nauka, Zagreb, 1982.
10. Armitage, D., The Declaration of Independence: a Global History, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=01YI1yGO38gC&printsec=frontcover&dq=declaration+of+independence&hl=hr&ei=RO9KTJm6AsaOsAahoN1F&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CCsQ6AEwAQ#v=onepage&q&f=false, 24.07.2018.
11. Augustin, A., O državi božjoj, dostupno na: <https://www.scribd.com/doc/28436355/Aurelije-Augustin-O-dr%20C5%BEavi-bo%20C5%BEjoj-I>, 19.07.2018.
12. Augustin, A., The City of God, Digireads Publishers, 2009. dostupno na: http://books.google.hr/books?id=XI5qY9BFhrQC&pg=PA42&dq=on+gods+state+augustinus&hl=hr&ei=GWJETKroE5WSjAeHk4wW&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CC4Q6AEwAQ#v=onepage&q&f=false, 19.07.2010.
13. Austin, J., The Province of Jurisprudence Determined, John Murray, Albemarle Street, London, 1863.

14. Baban, Lj., et al., Primjena metodologije stručnog i znanstvenog istraživanja, Ekonomski fakultet u Osijeku, Osijek, 2002.
15. Babb, H.W., Soviet Legal Philosophy, Cambridge, Mass, H.U.P., 1951.
16. Baber, W.F., Barlett, R.V., Global Democracy and Sustainable Jurisprudence: Deliberative Environmental Law, MIT, 2009.
17. Babić, Z., Socijalna pravednost i tržišna efikasnost – teoretski koncepti i uloga države, Ekonomski pregled, 57 (5-6), 2006., str. 344.-363.
18. Bagenstos, S., Rational Discrimination, accommodation and the policy of (disability) civil rights (Virginia Law Review, 89 (2003).
19. Bagenstosa, S., The Americans with Disabilities Act as risk regulation, Columbia Law Review, 101., 2001.
20. Baker , P.J., Learning Sociology and Assessing Critical Thinking, Teaching Sociology, Vol. 8, No. 3, 1981.
21. Balkin, J.M., Deconstruction, dostupno na: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/deconessay.pdf>, 27.09.2010.
22. Balkin, J.M., Deconstructive Practice and Legal Theory (Parts I, II, III), dostupno na: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/decprac1.htm>, <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/decprac2.htm>, <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/decprac3.htm>, 16.11.2010.
23. Barron, D., Reclaiming Home Rules, Harvard Law Review, 116., 2003.
24. Beard, C.A., The Republic: Conversations on Fundamentals, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, 2004.
25. Bell, R. R., The Philadelphia Lawyer: a History 1735. – 1945., Associated University Presses, Inc., 1992.
26. Bellamy, E. Looking Backward 2000 to 1887, Cosimo, New York, 2007.
27. Berger, P.L., Luckman, T., Socijalna konstrukcija zbilje: rasprava o sociologiji znanja, Naprijed, Zagreb, 1992.
28. Berman , H.J.,The Origins of Western Legal Science, Harvard Law Review, Vol. 90, No. 5. 1977.
29. Berman, H. J., Law and Revolution, The Transformation of the Western Legal Tradition, HUP, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1983.
30. Bernstein, R.B., Raise High the Faded Banner, str. 1., dostupno na: <http://www.h-net.org/reviews/showrev.php?id=2436>, 07.12.2018.
31. Black, R.A., Kreider, R.S, Sullivan, M., Critical Legal Studies, Economic Realism and the Theory of the Firm, Miami Law Review, 343, 1988-1989.
32. Blackstone, W., Commentaries on the Laws of England, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=EPg_AAAAYAAJ&printsec=frontcover&dq=Commentaries+on+the+Laws+of+England&hl=hr&ei=SFY1TbbxOYvoOcmGpLYC&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCgQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false 09.01.2019.
33. Bloch, E., Duh utopije, Beogradski izdavačko-grafički zavod, Beograd, 1982.
34. Bloch, E., Oproštaj od utopije?, Izdavački centar Komunist, Beograd, 1986.
35. Bloch, E., Princip nada (I-III), Naprijed, Zagreb, 1981.
36. Bloch, E., Prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo, Izdavački centar Komunist, Beograd, 1977.
37. Bodenheimer, E., Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=e6zzAAAAMAAJ&q=Leon+Duguit&dq=Leon+Duguit&hl=hr&ei=xXhETLb-LsWOjAeb_qFV&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CDQQ6AEwAw, 20.07.2018.

38. Boisvert, R.D., John Dewey: Rethinking our time, State University of New York Press, New York, 1998.
39. Bošnjak, B., Istina i dresirano mišljenje, dostupno na: <http://www.marxists.org/srpshrva/archive/bosnjak/misc/misc/istina-i-dresirano-misljenje.htm>, 25.10.2008.
40. Boyle, J., The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought, University of Pennsylvania Law Review, 1985., dostupno na <http://www.law.duke.edu/boylesite/politics.htm>, 30.09.2018.
41. Brandeis, L. D., Brandeis on Zionism: a collection of adresses and statements, The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey, 2000.
42. Burton, S.J., The Path oft he Law and its Influence: the Legacy of Oliver Wendell Holmes, C.U.P., Cambridge, 2000.
43. Cain, V.M. & Hunt, A.: Marx and Engels on Law, London, Academic Press, 1979.
44. Carrington, P., „Of Law and the River,“ 34 Journal of Legal Education, 1984.
45. Chomsky, N., Aspects of the Theory of Syntax, Cambridge, M.I.T., 1969.
46. Chomsky, N., Revija za sociologiju, Vol. XXI, No. 4/1990.
47. Cifrić, I., Socijalna ekologija, Globus, Zagreb, 1989.
48. Coase, R.H., The Problem of Social Cost, 3 Journal of Law and Economics, 1960.
49. Collins, H., Roberto Unger and the Critical Legal Studies Movement , Journal of Law and Society, Vol. 14, No. 4., 1987.
50. Collins, V.H.: Marxism and Law, Oxford, Clarendon Press, 1982.
51. Coquilllette, D.R.: The Twentieth Century, Boston College Law School, dostupno na: <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=bc/bclsfp>, 10.06.2018.
52. Cotterrell, R., Why Must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically?, Journal of Law and Society, Vol. 25, No. 2., 1998.
53. Čuveljak, J., O simbolima pravde, Hrvatska pravna revija, br. 7-8., 2008.
54. Dahms, H.F., The Immersion of Mainstream Approaches in Society: Towards a Critical Perspective, dostupno na: www.allacademic.com/.../p242472_index.html, 17.09.2008.
55. Dalton, C., An Essay in the Deconstruction of Contract Law“, 94 Yale Law Journal 997, 1985.
56. Dane, N., A General Abridgement and Digest of American law, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=rgA9AAAAIAAJ&printsec=frontcover&dq=Abridgement+Nathan+Dane&hl=hr&ei=ZnwITZL7NcvqOeee3bYC&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCQO6AEwAA#v=onepage&q&f=false 07.02.2009.
57. Deflem, M., Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=g4pG6AqaBc8C&pg=PA97&dq=sociological+jurisprudence&hl=hr&ei=NfdKTI3LB-OfsQazhMGdDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCYQ6AEwAA#v=onepage&q=sociological%20jurisprudence&f=false, 24.07.2018.
58. Del Vecchio, G., General Principles of Law, Boston University Press, Boston, Massachusetts, 1956.
59. Derrida, J., Sablasti Marxa: stanje duga, rad tugovanja i nova Internacionala, Zagreb: Hrvatska sveučilišna naklada, 2002.
60. Descartes, R., Rasprava o metodi, Matica hrvatska, Zagreb, 1951.
61. Dewey, J., The Political Writings, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1993.
62. Diels, H., Predokratovci, fragmenti, sv. II, Zagreb, 1983.
63. Dijk, T.A. von, Ideologija: multidisciplinarn pristup, Golden marketing – Tehnička knjiga, Zagreb, 2008.
64. Dragičević, A., Teorija znanstvenog komunizma, dostupno na: http://www.rifin.com/pdf/Teorija_znanstvenog_komunizma.pdf, 19.06.2008.

65. Dunleavy, P., Kako napisati disertaciju: kako planirati, skicirati, pisati i dovršiti doktorsku disertaciju, FPZ, Zagreb, 2005.
66. Dürkheim, E., O podeli društvenog rada, Prosveta, Beograd, 1972.
67. Duverger, M., Janus: Dva lica Zapada, Globus, Zagreb, 1980.
68. Dworkin, R., Taking Rights Seriously, Cambridge, Mass., HUP, 1977.
69. Džinić, F., Sovjetske teorije ranog prava i marksizam, predgovor djela: Stučka, P.I., et.al., Sovjetske teorije prava, Globus, Zagreb, 1984.
70. Eastland, T., Radicals in the Law School, Wall St. Journal, January 10., 1986.
71. Eastman, W., Critical Legal Studies, dostupno na: www.scribd.com/.../0660-Critical-Legal-Studies, 27.10.2008.
72. Ellickson, R.C., Trends in legal scholarship: a statistical study, Journal of legal studies, 29 (2000).
73. Elliot, H.S.R., Herbert Spencer, str. 92 – 128., dostupno na: http://books.google.hr/books?id=J9itA-gCsTwC&printsec=frontcover&dq=herbert+spencer&hl=hr&ei=IOdKTNWHE9qTsQbwlplG&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCYQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false, 24.07.2010.
74. Erlich, E., Fundamental Principles of the Sociology of Law, Transaction Publishers, New Brunswick and London, 2000.
75. Evan, W.M., Law and Sociology, The Free Press of Glencoe, 1962.
76. Ewald, W., Unger's Philosophy: A Critical Legal Study, The Yale Law Journal, Vol. 97., No. 5., 1988.
77. Excerpts from Critical Legal Studies, Q & A, 38 Harvard Law Bulletin, 1987.
78. Field, S.P., The Making of a Democratic Intellectual, Rowman & Littlefield Publishers, INC., Lanham, 2002.
79. Fischl, R.M., Review: The Question That Killed Critical Legal Studies , Law & Social Inquiry, Vol. 17, No. 4. 1992.
80. Foucault, M., Madness and Civilization, str. 10., dostupno na: http://books.google.hr/books?id=G5PRR9-8BcC&printsec=frontcover&dq=foucault+madness&hl=hr&ei=t-n4TLajPMWl4QaUtMDzBA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false, 03.12.2018.
81. Foucault, M., Nadzor i kazna – rađanje zatvora, Informator, Zagreb, 1994.
82. Frank, J., Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice, Princenton University Press, 1973.
83. Frank, J.: Law in the Modern Mind, Brentano's, NY, 1931.
84. Fuller, L.L., American Legal Realism, University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, Vol. 82, No. 5., 1934.
85. Fuller, L.L., The Morality of Law, New Haven, Yale University Press, 1965.
86. Galbraith, J.K., Anatomija moći, Stvarnost, Zagreb, 1988.
87. George, H., Progress and Poverty, Cosimo, New York, 2005.
88. Giddens, A. : „Treći put: obnova socijaldemokracije“, Politička kultura, Zagreb, 1999.
89. Gierke, O. von, Community in Historical Perspective, C.U.P., 1990., dostupno na: http://books.google.hr/books?id=GMOQ4gwm31kEC&printsec=frontcover&dq=Otto+v on+Gierke&hl=hr&ei=b4FETN3hKJWSjAeHk4wW&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCYQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false, 19.07.2018.
90. Gilligan, C., Feminist Discourse, Moral Values, and the Law – A Conversation, 34 Buffalo Law Review 11 (1985).
91. Goodrich, P., Critical Legal Studies in England: Prospective Histories, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 12, No. 2., 1992., str. 195-236.

92. Goodrich, P., *Critical Legal Studies in England: Prospective Histories*, Vol. 12., No.2., 1992.
93. Gordon, R.W., *Critical Legal Histories*, *Stanford Law Review*, Vol. 36, No. ½, 1984.
94. Gordon, R.W., *The Legacy of Oliver Wendell Holmes*, dostupno na: [http://books.google.hr/books?id=DrrHKWpK7coC&pg=PA247&dq=The+Theory+of+Torts+holmes&hl=hr&ei=VX41TeVlzpY6k8b8tAI&sa=X&oi=book_result&ct=resu
lt&resnum=4&ved=0CDcQ6AEwAw#v=onepage&q=The%20Theory%20of%20Tort
s%20holmes&f=false](http://books.google.hr/books?id=DrrHKWpK7coC&pg=PA247&dq=The+Theory+of+Torts+holmes&hl=hr&ei=VX41TeVlzpY6k8b8tAI&sa=X&oi=book_result&ct=resu
lt&resnum=4&ved=0CDcQ6AEwAw#v=onepage&q=The%20Theory%20of%20Tort
s%20holmes&f=false), 17.02.2019.
95. Gower, L. C. B., *English Legal Training: A Critical Survey*, *The Modern Law Review*, Vol. 13, No. 2., 1950.
96. Gramsci, A., *Izabrana djela*, Kultura, Beograd, 1959.
97. Grosswald Curan, W., *Rethinking Hermann Kantorowicz: Free law, American legal realism, and the legacy of anti-formalism*, u: Riles, A., *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Hart Publishing, Oregon, 2001., dostupno na: [http://books.google.hr/books?id=Ks5It0NEVHUC&pg=PA66&dq=Ulrich+Kantorowi
cz&hl=hr&ei=iHxETM3cLIyOjAf08eUV&sa=X&oi=book_result&ct=result&resum
=2&ved=0CCoQ6AEwAQ#v=onepage&q=Ulrich%20Kantorowicz&f=false](http://books.google.hr/books?id=Ks5It0NEVHUC&pg=PA66&dq=Ulrich+Kantorowi
cz&hl=hr&ei=iHxETM3cLIyOjAf08eUV&sa=X&oi=book_result&ct=result&resum
=2&ved=0CCoQ6AEwAQ#v=onepage&q=Ulrich%20Kantorowicz&f=false), 19.07.2018.
98. Grotius, H., *The Rights of War and Peace*, dostupno na: [http://books.google.hr/books?id=DsmifNoE4-
QC&printsec=frontcover&dq=Grotius&source=gbs_similarbooks_s&cad=0#v=onepa
ge&q&f=false](http://books.google.hr/books?id=DsmifNoE4-
QC&printsec=frontcover&dq=Grotius&source=gbs_similarbooks_s&cad=0#v=onepa
ge&q&f=false), 19.07.2018.
99. Gura, P.F., *American tanscendentalism: A history*, New York, 2007.
100. Gurvitch, G., *Sociologija*, Sv. I., Naprijed, Zagreb, 1946-66.
101. Gurvitch, G., *The Sociology of Law*, Transaction Publishers, New Brunswick and London, 2001.
102. Guthrie, W.K.C., *Povijest grčke filozofije*, Knjiga III., *Sofisti – Sokrat*, Naklada Jurčić d.o.o., Zagreb 2006.
103. Haan, de W., Silvis, J., Thomas, P.A., *Democracy, Rule of Law and Critical Legal Theory in Germany*, *Journal of Law and Society*, Vol. 18, No. 3, 1991.
104. Habermas, J., *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, MIT Press, 1998.
105. Habermas, J., *Eseji o Europi*, Školska knjiga, Zagreb, 2008.
106. Habermas, J., *Moral Concioussness and Communicative Action*, MIT, 1990.
107. Habermas, J., *Problemi legitimacije u kasnom kapitalizmu*, Naprijed, Zagreb, 1982.
108. Habermas, J., *The philosophical discourse of modernity: twelve lectures*, Polity Press, Cambridge, 1992.
109. Hall, K.L., *Review of Horwitz's The Transformation of American Law 1870-1960.*, dostupno na: <http://www.bsos.umd.edu/gvpt/lpbr/subpages/reviews/horwitz.htm> 17.01.2011.
110. Haralambos, M.; Holborn, M., *Sociologija: teme i perspektive*, Golden marketing, Zagreb, 2002.
111. Hart, H.L.A., *Pojam prava*, CID, Podgorica, Cetinje, 1994.
112. Hasnas, J., *Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument*, *Duke Law Journal*, Vol. 45, No.1.
113. Hawthorn, G., *Practical Reason and social democracy: Reflections on Unger's Passion and Politics*, dostupno na: <http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/english/pdfs/discussions9.pdf>, 12.12.2010.

114. Hayman, R., Levit, N., Jurisprudence: Contemporary Readings, Problems and Narratives, St. Paul, West Publishing, 1994.
115. Hobbes, T., Levijatan ili Građa, oblik i moć crkvene i građanske države, Naklada Jesenski i Turk, Zagreb, 2004.
116. Hoberman, S., Professional Education in the United States, Praeger Publishers, New York, 1994.
117. Holmes, O.W., The Common Law, American Bar Association, Boston, 2009.
118. Holmes, O.W., The Path of the Law, NuVision, 2007.
119. Horkhajmer, M., Tradicionalna i kritička teorija, Beogradski izdavačko-grafički zavod, Beograd, 1976.
120. Horkheimer, M., Kritička teorija (Knjiga I i Knjiga II), Stvarnost, Zagreb, 1982.
121. Horvitz, M.J., The Warren Court and the Pursuit of Justice: A Critical Issue, Hill&Wang, 1998.
122. Horwitz, M.J., The Transformation of American Law 1860 – 1960. The Crisis of Legal Orthodoxy, str. 10., dostupno na: http://books.google.com/books?id=1Q_ck3tn2OcC&dq=Morton+J+Horwitz&printsec=frontcover&source=an&hl=en&sa=X&oi=book_result&resnum=6&ct=result#PPA4_M1, 12.01.2019.
123. Horwitz, M.J., The transformation of American Law 1780-1860., dostupno na: http://books.google.hr/books?id=07n2ZFnsznoC&printsec=frontcover&dq=morton+j+horwitz&hl=hr&ei=XmkwTbKaH8WYOqfMwKwK&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCQQ6AEwAA#v=onepage&q&f=true, 16.12.2018.
124. Horwitz, M.J., The Warren Court and the Pursuit of Justice, Hill and Wang, New York, 1999.
125. Hunt, A., & Wickham, G., Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance, Pluto Press, London, 1994.
126. Hunt, A., The Critique of Law: What is Critical About Critical Legal Studies, Journal of Law and Society, Vol 14, No. 1, 1987.
127. Hunt, A., The Sociological Movement in Law, Palgrave Macmillan, London, 1978.
128. Hunt, A., The Theory of Critical Legal Studies, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 6., No. 1., 1986.
129. Hutchinson, A.C. & Monahan, P.J., Law, Politics and The Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought, 36 Stanford Law Review, Vol.36, No.1/2, 1984.
130. Hutchinson, A.C. & Monahan, P.J., The „Rights“ Stuff: Roberto Unger and Beyond, 62 Texas Law Review, 1984.
131. Ihering, R., Law as a means to an end, The Lawbook Exchange, LTD. Union, New Jersey, 1999.
132. Ihering, R., The Struggle for Law, Bibliobazaar, LLC, 2009.
133. Jabbari, D., From Criticism to Construction in Modern Critical Legal Theory, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 12, No. 4, 1992.
134. Jacoby, R., Kraj utopije. Politika i kultura u doba apatije, Beogradski krug, Beograd, 2001.
135. Jernigan, E.J., Henry Demarest Lloyd, Twayne Publisher, New York, 1976.
136. Jurić, H., Utopija – anti-utopija – post-utopija – utopija, dostupno na: http://www.zamirnet.hr/stocitas/hrvoje_o_utopiji.htm#0 27.03.2008.
137. K. Llewellyn, Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound, Harvard Law Review, 44., 1931.
138. Kafka, F., Proces, preobrazba i druge priče, Školska knjiga, Zagreb, 2003.

139. Kairys, D., Introduction to The Politics of Law: a Progressive Critique, dostupno na: <http://www.questia.com/PM.qst?a=o&d=14176029>, 25.10.2018.
140. Kalanj, R., et.al., Utopijske vizije, Jesenski i Turk, Zagreb, 2004.
141. Kalanj, R., Ideologija, utopija, moć, Jesenski i Turk, Zagreb, 2010.
142. Kalanj, R., Moderno društvo i izazovi razvoja, HSD i Zavod za sociologiju Filozofskog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, 1994.
143. Kalanj, R.: Marx nakon stotinu godina, predgovor djela: Burger, H., et al.: Marx nakon 100 godina, Globus, Zagreb, 1984.
144. Kalanj, R.: Suvremenost klasične sociologije, Politička kultura, Zagreb, 2005.
145. Kant, E., Kritika čistog uma, Kultura, Beograd, 1990.
146. Kant, I., Političko – pravni spisi, Politička kultura, Zagreb, 2000.
147. Kant, I., Zasnivanje metafizike morala, BIGZ, Beograd, 1981.
148. Katunarić, V., Weberov presjek društva i politike, predgovor djela: Weber, M., Vlast i politika, Naklada Jesenski i Turk, HSD, Zagreb, 1999.
149. Katunarić, V.: Teorija društva u frankfurtskoj školi, Naprijed, Zagreb, 1990.
150. Kelman, M. „Trashing,“ 36 Stanford Law Review 293, (1984.).
151. Kelman, M., A guide to Critical Legal Studies, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1987.
152. Kelzen, H.: Opšta teorija prava i države, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd 1951.
153. Kennedy, D., A Criticque of Adjudication [fin de siecle], dostupno na: http://books.google.com/books?id=3opYTZLkoV0C&dq=duncan+kennedy+a+critique+of+adjudication&pg=PP1&ots=igCuuurCUg&source=bn&sig=eD2LrSVr5tIUCAkOQJoJZi635Y&hl=en&sa=X&oi=book_result&resnum=4&ct=result#PPA3,M1, 28.11.2018.
154. Kennedy, D., Critical Labour Theory: A Comment, Indiana Law Review, Vol. 4., 1981.
155. Kennedy, D., Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargening Power, 41. Maryland Law Review, 1982.
156. Kennedy, D., Essays on the Sociology of Law, dostupno na: http://duncankennedy.net/sociology_law/index.html, 28.11.2018.
157. Kennedy, D., Law Student Rebellion in the Eighties, Guild Notes, Sept. – Oct. 1982.
158. Kennedy, D., Legal education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System, NYU Press, New York, 2004., dostupno na: <http://books.google.com/books?id=hdIQF1zM43sC&printsec=frontcover&dq=duncan+kennedy#PPA16,M1>, 22.11.2018.
159. Kennedy, D., Legal education as training for hierarchy, dostupno na: http://www.duncankennedy.net/documents/Legal%20Education%20as%20Training%20for%20Hierarchy_Politics%20of%20Law.pdf, 13.10.2018.
160. Kennedy, D., Legal Formality, Journal of Legal Studies, No.2., 1973.
161. Kennedy, D., Sexual Abuse, Sexy Dressing and the Erotization of Domination, dostupno na: <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Sexual%20Abuse,%20Sexy%20Dressing%20and%20the%20Eroticization%20of%20Domination.pdf>, 13.12.2018.
162. Kennedy, D., The Critic of Rights in CLS, dostupno na: <http://duncankennedy.net/documents/The%20Critique%20of%20Rights%20in%20cls.pdf>, 12.12.2018.

163. Kennedy, D., *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, Washington D.C., Beard Books, 2006., dostupno na: http://duncankennedy.net/documents/r&f_clt/Preface_Thirty%20Years%20Later.pdf, 29.07.2010.
164. Kennedy, D., *The Social Justice Element in Legal Education in the United States*, The Sir Elwyn Jones Lecture, Bangor, 2002.
165. Kennedy, D., *The Stakes of Law, or Hale and Foucault!*, 15 *Legal Studies*, 1991.
166. Kennedy, D., *The Structure of Blackstone's Commentaries*, 28 *Buffalo Law Review* 205, 1979., dostupno na: <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/The%20Structure%20of%20Blackstone's%20Commentaries.pdf>, 12.11.2018.
167. Kennedy, D., *The Turn to Interpretation*, 58. *California Law Review*, 251, 1985.
168. Kent, J., *Commentaries on American Law*, Little, Brown & co., Boston, 1858.
169. Klare, K.E., *Judicial Radicalisation of The Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937 – 1941.*, 62 *Minnesota Law Review*, 265 (1978.)
170. Kolaković, J., *Historija političkih teorija, I. knjiga (od XVII stolj. do 1848. g.)*, Jedinstvo, Sisak, 1969.
171. Krawietz, W., *The Concept of Law Revised-Directives and Norms in the Perspectives of a New Legal Realism*, *Ratio Juris*. Vol. 14 No. 1., 2001.
172. Krbek, I., *Prilog teoriji o pojmu prava*, JAZU, Zagreb, 1952.
173. Kregar, J., et al.: *Uvod u sociologiju*, Pravni fakultet, Zagreb, 2006.
174. Kregar, J., *Kulisa normativnog optimizma*, dostupno na: http://www.zamirzine.net/article.php?id_article=152, 11.02.2009.
175. Kregar, J., Šimonović, I., *Teorijski temelji ekonomske analize prava*, Zbornik PFZ (6), 557 – 617 (1996).
176. Kronman, A.T., *The Lost Lawyer – Failing Ideals of the Legal Profession*, The Belknap Press of H.U.P., Cambridge, Massachusetts, London, England, 1993.
177. Kryger, M., *Critical Legal Studies and Social Theory – A Response to Alan Hunt*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 7., No.1., 1987.
178. Kuhn, T.S., *Struktura znanstvenih revolucija*, Naklada Jesenski i Turk, Hrvatsko sociološko društvo, Zagreb, 1999.
179. Kurtović, Š., *Opća povijest prava i države, II. knjiga*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2002.
180. L. Pompa (ur.), *Vico Selected Writings*, C.U.P., Vail-Ballou Press, Inc., Binghamton, N.Y., 1982.
181. Landsberg, E., *Zur Biographie von Christian Thomasius*, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=ytHn2t8JaFAC&pg=PA1&dq=Christian+Thomasius&hl=hr&ei=XIIFTPeAHpqlsQbZrbmVAQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CDUQ6AEwAw#v=onepage&q&f=false, 17.06.2018.
182. *Legal Theory and Legal Education*, *The Yale Law Journal*, Vol. 79, No. 6., 1970.
183. Leiter, B.: *American Legal Realism*, The University of Texas School of Law, W.Edmundson & M. Goldings, eds., Oxford:Blackwell, 2003. dostupno na: http://ssrn.com/abstract_id=339562, 11.06.2018.
184. Leuchtenburg, W.E., *The Supreme Court Reborn: the Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*, O.U.P., New York, 1995.
185. Levy, B.H., *Anglo-American Philosophy of Law: an Introduction to its Development and Outcome*, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, 1991.
186. Lok, Dž., *Dve rasprave o vladi, Utopija*, Beograd, 2002.

187. Lorio, G., Galileo Galilei, Hrvatsko prirodoslovno društvo, Zagreb, 1952.
188. Luhman, N., A Sociological Theory of Law, Routledge and Kegan, London, 1985.
189. Luhmann, N., Legitimacija kroz proceduru, Naprijed, Zagreb, 1992.
190. Luhmann, N., Teorija sustava, Globus, Zagreb, 1981.
191. Luhmann, N., Znanost društva, Politička kultura, Zagreb, 2001.
192. Lukić, R., Teorije države i prava, Naučna knjiga, Beograd, 1954.
193. Luther, M., Temeljni reformatorski spisi, Demetra, Zagreb, 2006.
194. M. Funakoshi, Taking Duncan Kennedy Seriously: Ironic Liberal Legalism, dostupno na: <http://widenerlawreview.org/files/2009/09/Microsoft-Word-05-FUNAKOSHI-FINAL.pdf>,
195. M. Tushnet, Legal Scholarship: Its Causes and Cure, 90 Yale Law Journal, 1981.
196. Machiavelli, N., Il Principe=Vladar, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 1998.
197. Maier, H., Klasici političkog mišljenja, sv. I, Golden marketing, Zagreb, 1998.
198. Mannheim, K., Ideologija i utopija, Naklada Jesenski i Turk, Hrvatsko sociološko društvo, Zagreb, 2007.
199. Marks, K., Filozofsko politički spisi, Fakultet političkih nauka, Zagreb, 1979.
200. Marx, K. Teze o Feuerbachu, dostupno na: <http://www.scribd.com/doc/38767153/KARL-MARX-Teze-o-feurbachu>, 02.09.2010.
201. Matulović, M., Jezik, pravo i moral: filozofija prava Herberta Harta, Izdavački centar Rijeka, Rijeka, 1986.
202. Matulović, M., Rasprava Habermas – Rawls, Politička misao, Vol XXXIII, (1996.), br. 1.
203. Matulović, M.: Rawlsov politički liberalizam, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 21, br. 2 (2000),
204. McKenna, M.C., Franklin Roosevelt and the Great Constitutional War: the Court-packing Crisis of 1937., Fordham University Press, 2002.
205. Mecke, C.E., Begriff und System des Rechts bei Georeg Friedrich Puchta, V&R Unipress, Göttingen, 2009.
206. Merton, R.K., Social theory and social structure, Free Press, New York, 1968.
207. Meyerson, D., Fundamental Contradictions in Critical Legal Studies, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 11, No. 3., 1991.
208. Milanković Vasović, Lj., Poznavanje prava, Pravni informator, online izdanje časopisa, dostupno na: http://www.informator.co.yu/informator/tekstovi/poznavanje_304.htm, 03.10.2007.
209. Miles, T.J, Sunstein, C.R. The New Legal Realism, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1070283>, 24.07.2018.
210. Miličić, V., Opća teorija prava i države, V. Miličić, Zagreb, 2003.
211. Miličić, V., Pravo i metodologija prava: stvaranje i ostvarenje prava, Alinea, Zagreb, 1992.
212. Milovanovic, D., Review: Marxism and Law by Hugh Collins, The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 75, No. 1., 1984.
213. Milovanovic, D., An Introduction to the Sociology of Law, Criminal Justice Press, 2003., str. 110., dostupno na: http://books.google.com/books?id=W_UbvjHhRIIC&pg=PA120&lpg=PA120&dq=1977+crits+first+conference+wisconsin+madison&source=web&ots=TOrqoH-L&sig=vSfDGr2-fc6ljev_VvM-3WN99fQ&hl=en&sa=X&oi=book_result&resnum=1&ct=result#PPA135,M1 09.10.2018.

214. Minda, G., One Hundred Years of Modern Legal Thought: From Langdell and Holmes to Posner and Schlag, *Indiana Law Review*, Vol. 28., 1994-1995., str. 358 – 361., dostupno na: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/indilr28&collection=journals&id=363&men_hide=false&men_tab=citnav, 28.10.2008.
215. Minda, G., Phenomenology, Tina Turner and the Law, 16. *N.M.L. Review*, 1986.
216. Minda, G., The Jurisprudential Movements of the 1980s, *Ohio State Law Journal*, Vol. 50, Dostupno na: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohslj50&collection=journals&id=611&men_hide=false&men_tab=citnav, 25.10.2008.
217. Mindus, P., *A Real Mind: The Life and Work of Axel Hägelstörn*, Springer Science + Business Media, N.Y., 2009., dostupno na: http://books.google.hr/books?id=GOk1Jca72UgC&pg=PA137&dq=scandinavian+legal+realism&hl=hr&ei=8gxITK3aPIHNjAeN67TDDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=7&ved=0CEUQ6AEwBg#v=onepage&q=scandinavian%20legal%20realism&f=false, 22.07.2018.
218. Minow, M., *Law Turning Outward*, 73 *Telos* 79, 1986.
219. Montesquieu, C-L. de S., *O duhu zakona*, Demetra, Zagreb, 2003.
220. More, T., *Utopija*, Nakladni zavod Globus, 2003.
221. Morris, A.J., *Revisiting Progressive Legal Scholarship, Two Takes on The Politics of Law*, dostupno na: <http://jurist.law.pitt.edu/lawbooks/revapr99.htm#Feature>, 09.10.2008.
222. Mouzelis, N., *Sociologijska teorija: što je pošlo krivo?: dijagnoza i pomoć*, Jesenski i Turk, HSD, Zagreb, 2000.
223. Munro, V.E., *The Discipline of Law – Legal Education at the Intersection of the Juridical and the Disciplinary*, *Journal of Commonwealth law and legal education*, Op.2, Vol. 1., dostupno na: http://books.google.hr/books?id=JCSkjWIDm2sC&pg=PA32&dq=kennedy+legal+education&hl=hr&ei=q5XrTKmILsuLswawifGUDw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=9&ved=0CE4Q6AEwCA#v=onepage&q=kennedy%20legal%20education&f=false, 23.11.2018.
224. Murphy, W. T., *Modern Times: Niklas Luhmann on Law, Politics and Social Theory*, 47 *The Modern Law Review* 5, str. 603-621.
225. Neumann, F.L., *Behemoth: the structure and practise of national socialism*, 1933. – 1944., dostupno na: http://books.google.hr/books?id=xjcJAQAIAAJ&q=Franz+Leopold+Neumann&dq=Franz+Leopold+Neumann&hl=hr&ei=3KRFTPzalsSblgeKnISdBA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCkQ6AEwAA, 07.03.2008.
226. Norman, Smith, D., *Critical Theory and the Realm of Freedom*, dostupno na: <http://www.jstor.org/pss/2248894>, 03.09.2008.
227. Nozick, R., *Anarhija, država, utopija*, Naklada Jesenski i Turk, Zagreb, 2003.
228. Oetken, J.P., *Form and Substance in Critical Legal Studies*, *The Yale Law Journal*, Vol. 100, No. 7., 1991.
229. Offe, C.: *Is there, or can there be a „European Society“*, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=9lbHAEMXu2IC&pg=PA169&lpg=PA169&dq=Offe,+C.:+Is+there,+or+can+there+be+a+%E2%80%9EEuropean+Society%E2%80%9C&source=bl&ots=naedkj8Whr&sig=yIhDFgYlrKxUOismLD4HvN1uc0A&hl=hr&ei=jV09Tcz4G5CcOr3YqfQK&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CBUQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false, 20.08.2010.

230. Offe, C.: Social Protection in a Supranational Context. European Integration and the Fates of the „European Social Model“, dostupno na: http://www.nova.no/asset/608/1/608_1.pdf 20.06.2018.
231. Other People's Money: And How the Bankers Use It, Martino Publishing, Mansfield Center, New York, 2009.
232. P. Gabel & D.Kennedy, Roll Over Beethoven, 36 Stanford Law Review 1, 1984.
233. Padjen, I., Stvaranje hrvatske države izvan prava, 8. Dijalozi povijesničara/istoričara, Friedrich – Naumann – Stiftung, Zagreb, 2004., str. 87-92.
234. Padua, M., Defensor minor and De Translatione Imperii, C.U.P., Cambridge, 1993.
235. Pašukanis, J.B., Opća teorija prava i marksizam, u: Sovjetske teorije prava, Globus, Zagreb, 1984.
236. Pažanin, A., Pravednost i civilno društvo, Politička misao, Vol. XL, br. 2, 2003., str. 3-20.
237. Peczenik, A., On Law and Reason, Springer Science + Business Media, Stockholm, 2009.
238. Pejović, D., Aristotelova praktična filozofija i etika, predgovor djela: Aristotel, Nikomahova etika, Globus, Zagreb, 1988.
239. Perić, B., Struktura prava, Informator, Zagreb, 1994.
240. Peteresen, H., Kjael, L.A., Krunke, H., Paradoxes of European Legal Integration, Ashgate Publishing Limited, Hampshire; Burlington, 2008.
241. Petković, S., Kregar, J., Ogledi o društvenim procesima i institucijama, Sveučilišna tiskara, Zagreb, 1997.
242. Petković, S., Kregar, J., Pregled glavnih sistema socioloških teorija, Sveučilišna tiskara, Zagreb, 1997.
243. Petković, S., Varijacije vrijednosnih orijentacija kao funkcija društveno – ekonomske razvijenosti, Institut za društvena istraživanja Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1976.
244. Petrović, N., Teorija distributivne pravde, u: Krkač, K., Uvod u poslovnu etiku i korporacijsku društvenu odgovornost, Mate i ZSEM, Zagreb, 2007.
245. Platon: Država, Naklada Jurčević d.o.o., Zagreb, 2001.
246. Posavec, Z., Hobbes – Kant, Izlaganje sa znanstvenog skupa, Politička misao, Vol. XLIII, (2006), br. 1
247. Posner, R.A., How Judges Think, Caravan Book, 2008., dostupno na: http://books.google.com/books?id=ZVUC8riEVPQC&printsec=frontcover&dq=richard+posner&hl=en&ei=qCIMTND-HOSH4gbM-dmZDA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=9&ved=0CEsQ6AEwCA#v=onepage&q&f=false, 25.07.2018.
248. Posner, R.A., The Essential Holmes, The University of Chicago Press, Chicago, 1992.
249. Posner, R.A.: The problematics of Moral and Legal Theory, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1999.
250. Pound, R., Jurisprudence, Vol. 1., The Lawbook Exchange, LTD. Union, New Jersey,
251. Pound, R.: Social control through law, New Haven, Yale U.P., 1942.
252. Pridat, B.P., Pravednost ili fairness. Država u građanskom društvu, dostupno na: http://www.b92.net/casopis_rec/60.6/pdf/357-362.pdf, 12.05.2005.
253. Pufendorf, S., On the Law of Nature and Nations, dostupno na: <http://books.google.hr/books?id=uMm63FvB9iIC&printsec=frontcover&dq=Samuel+>

[Pufendorf&hl=hr&ei=pohFTOzvHdPdsgabrqxh&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCYQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false](#), 17.06.2018.

254. Pusić, E., Društvena regulacija: granice znanosti i iskustva, Globus, Zagreb, 1989.
255. Pusić, E., Upravljanje u suvremenoj državi, Društveno veleučilište, Zagreb, 2002.
256. R. Pound, Mechanical Jurisprudence, Columbia Law Review 8.,1., 1905.
257. R. Pound, The Call for a Realist Jurisprudence, Harvard Law Review, 44., 2., 1931.
258. Rabin, R., „Tort Recovery for Negligently Inflicted Economic Loss: A Reassessment,“ 37 Stanford Law Review 1513 (1985).
259. Radbrauch, G., Filozofija prava, Nolit, Beograd, 1980.
260. Radolović, A., Zaštita prava na suđenje u razumnom roku – realna mogućnost, (pre)skupa avantura ili utopija, Hrvatska pravna revija, br. 04/2008. – godina VIII.
261. Ram, U.: Systems, Actors and Modernities: Claus Offe and the New Frankfurt School, Dialog & Universalism, 1999., Vol. 9. Issue ¾, dostupno na: <http://web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=4&hid=116&sid=92452b36-16ba-410b-9eac-236632585c95%40sessionmgr106> 17.06.2008.
262. Rantoul, R., dostupno na: <http://law.jrank.org/pages/9641/Rantoul-Robert-Jr.html>, 12.01.2019.
263. Ravlić, S, Suvremene političke ideologije, Politička kultura, Zagreb, 2003.
264. Ravlić, S., Politička ideologija: preispitivanje pojma, Politička misao, Vol. XXXVIII, 2001., br. 4., str. 146 – 160.
265. Rawls, J., Načela pravde, Naše teme, Zagreb, 1990., 34(6)
266. Rawls, J., Teorija pravde (I), Naše teme, Zagreb, 1990., 34(5)
267. Rawls, J.: O liberalizmu i pravедnosti, Hrvatsko kulturni dom Rijeka, Rijeka, 1993.
268. Razumovski, I., Problemi marksističke teorije prava, u: Stučka, P.I., et.al., Sovjetske teorije prava, Globus, Zagreb, 1984.
269. Rehder, B., What is Political about Jurisprudence? Courts, Politics and Political Science in Europe and the United States, MPIfG Discussion Paper 07/5, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Köln, 2007.
270. Renner, K., The Institutiones of Private Law and their Social Functions, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, 2010.
271. Reuschlein, G.H., Jurisprudence, its American Prophets: a Survey of Taught Jurisprudence, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=Ex2xAAAIAAJ&hl=hr&dq=Leon%20Duguit&ei=xXhETLb-LsWOjAeb_qFV&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=7&ved=0CEQQ6AEwBg, 19.07.2018.
272. Rhode, D.L., Feminist Critical Theories, Stanford Law Review, Vol. 42, No. 3. 1990.
273. Riles, A., Rethinking The Masters of Comparative Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001.
274. Riley, P., Leibnitz Universal Jurisprudence: Justice as the Charity of the Wise, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=WwbswboNmk0C&pg=PA1&dq=Gottfried+W.+Leibniz+new+jurisprudence&hl=hr&ei=WWVETJzTHY6UjAfcl81V&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCYQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false, 19.07.2018.

275. Ritzer, G., Suvremena sociologijska teorija, Nakladni zavod Globus, 1997.
276. Rosenfeld, M. & Arato, A., Habermas on law and democracy: critical exchanges, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=4yMhjke9QuYC&printsec=frontcover&dq=J%C3%BCrger%20Habermas&source=gbs_slider_thumb#v=onepage&q&f=false, 14.03.2019.
277. Ross, A., On Law and Justice, The Lawbook Exchange, LTD, Clark, New Jersey, 2004.
278. Rousseau, J.J., Društveni ugovor ili načela državnoga prava, Komisijonalna naklada Hrvatskoga štamparskoga zavoda d.d., Zagreb, 1918.
279. Sahay, A., et.al., Max Weber and Modern Sociology, R&KP, London, 1971.
280. Samuelson, P.A., Nordhaus, W.D., Ekonomija, 18. izdanje, MATE d.o.o., Zagreb, 2007.
281. Sandel, M.J., Liberalizam i granice pravde, 3. Program hrvatskog radija, 47., 1995.
282. Saussure, F. de, Tečaj opće lingvistike, Institut za hrvatski jezik i jezikoslovlje, Zagreb, 2000.
283. Savigny, F.C. von, The Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence, The Lawbook exchange LTD. Union, New Jersey, 2002.
284. Sayre, P.L., The Life of Roscoe Pound, College of Law Committee, State University of Iowa, 1948.
285. Schelsky, H., Die Soziologen and das Recht, Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht, Institution und Planung, Opladen, 1980.
286. Schiff, D., Sociology of Jurisprudence, Hart Publishing, 2006.
287. Schlegel, J.H., American Legal Realism and Empirical Social Science, The University of North Carolina Press, 1995.
288. Schlegel, J.H., Critical Legal Studies, dostupno na: <http://law.jrank.org/pages/18466/Critical-Legal-Studies.html>, 11.09.2010.
289. Schlegel, J.H., Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies, 36 Stan. L. Rev., 1984.
290. Schneewind, J.B., Moral philosophy from Montaigne to Kant, C.U.P., Cambridge, 2003.
291. Schock, M., Rumelin, M., The Jurisprudence of Interests, H.U.P., London, 1948.
292. Schwartz, L.B. With Gun and Camera Through Darkest CLS Land, Stanford Law Review, 36., 1984.
293. Sciaraffa, S., Critical Legal Studies: a Marxist Rejoinder, Legal Theory, No.5., 1999.
294. Setaro, F.C., A Bibliography of the Writings of Roscoe Pound, Gaunt Inc, Holmes Beach, 1998.
295. Smerdel, B., Sokol, S., Ustavno pravo, Zagreb, Pravni fakultet, 2005.
296. Sofoklo: Antigona, Izvori, Zagreb, 2001.
297. Spinoza, B. de, Politička rasprava, Demetra, Zagreb, 2006.
298. Stammler, R., The Theory of Justice, The Lawbook exchange, LTD Union, New Jersey, 2000.
299. Standen, J.A., Critical Legal Studies as an Anti-Positivist Phenomenon, Virginia Law Review, Vol. 72, No. 5., 1986.
300. Stick, J., Charting the Development of Critical Legal Studies, Columbia Law Review, Vol. 88, No. 2, 1988.
301. Stites, F.N., Private interest & public gain: The Dartmouth College Case 1819., dostupno na:

- http://books.google.hr/books?id=pLlpZ_cTDBwC&printsec=frontcover&dq=Dartmouth+College+Case&hl=hr&ei=jHk1TbLML4ueOo7P0LUC&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CC0Q6AEwAg#v=onepage&q&f=false, 12.01.2019.
302. Stone, J., Meaning and Role of Definition of Law, ARSP, Sydney, 1963.
 303. Stučka, P.I., et.al., Sovjetske teorije prava, Globus, Zagreb, 1984.
 304. Susman, W., Culture as History: the Transformation of American Society, in the Twentieth Century, Panthenon Books, 1984.
 305. Šimleša, D., Drugačiji svijet je moguć: priče iz našeg dvorišta, Što čitaš?, Zagreb, 2006.
 306. Šimleša, D., Snaga utopije, Što čitaš?, Zagreb, 2005.
 307. Tamaha, B. Z., Beyond the Formalist-Realist Divide: the Role of Politics in Judging, Princeton University Press, New Jersey, 2010.
 308. Tamanaha, B.Z., Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=dzbLOUMQx-8C&pg=PA65&dq=roscoe+pound+means+to+an+end&hl=hr&ei=ev9KTJrBFKb-sQaA3PVG&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCkQ6AEwAA#v=onepage&q=roscoe%20pound%20means%20to%20an%20end&f=false, 09.10.2018.
 309. Teubner, G., Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society, European University Institute, 1988.
 310. Teubner, G., Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, 17 Law and Society Review, 1983.
 311. Thomson, A., Critical Legal Education in Britain, Journal of Law and Society, Vol. 14, No.1., 1987.
 312. Thoreau, H.D., Civil Disobedience, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=9rTCN-IuLTAC&printsec=frontcover&dq=Henry+David+Thoreau&hl=hr&ei=zGRITO_QAtvPjAek7tTQDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CDAQ6AEwAg#v=onepage&q&f=false, 22.07.2010.
 313. Tintić, N., Radno i socijalno pravo, Knjiga prva: radni odnosi (I), Narodne novine, Zagreb, 1969.
 314. Trubek, D.M., Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism, 36 Stanford Law Review, 1984.
 315. Tugendhat, E., Predavanja o etici, Naklada Jesenski i Turk, Zagreb, 2003.
 316. Tushnet, M., Critical Legal Studies: A Political History, The Yale Law Journal, Vol. 100., No. 5., 1991.
 317. Tushnet, M., Rights: An Essay in Informal Political Theory, Politics & Society, 17 (1989)
 318. Tushnet, M., Survey Article: Critical Legal Theory (withouth Modifiers) in the United States, The Journal of Political Philosophy, Volume 13, No. 1, 2005.
 319. Tushnet, M., The Critic of Rights, Southern Methodist University Law Review, 47 (1993)
 320. Tushnet, M.V., The Warren Court in Historical and Political Perspective, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=7UTPwJNHQG4C&printsec=frontcover&dq=warren+court&hl=hr&ei=14QxTY7OIs6gOsDqsbUC&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CDIQ6AEwAg#v=onepage&q&f=false, 01.12.2018.
 321. Unger, R.M. & West, C., The Future of American Progressivism: an Initiative for Political and Economic Reform, Beacon Press, Boston, 1998.
 322. Unger, R.M. False Necessity: antinecessitarian social thoery in the service of radical democracy, Verso, 2004., str. 204-207., dostupno na:

- http://books.google.hr/books?id=CVN7tOxJJeEC&pg=PA205&lpg=PA205&dq=roberto+mangabeira+unger+contract+law&source=bl&ots=6EMV8D1etN&sig=KiHbzB34OaAMxVpZzCRDZbbkRA&hl=hr&ei=tuP8TJWREJSv8QPq0MH5Cw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CC0Q6AEwAw#v=onepage&q=roberto%20mangabeira%20unger%20contract%20law&f=false 06.12.2010.
323. Unger, R.M., First Lecture: The transformation of society, The Boutwood Lectures, Corpus Christi College, Cambridge University, dostupno na: www.law.harvard.edu/unger/english/docs/corpus1.doc, 27.07.2010.
324. Unger, R.M., Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory, The Free Press, New York, 1976..
325. Unger, R.M., Plasticity into Power: Comparative – Historical Studies in the Institutional Conditions of Economic and Military Success. Variations on Themes of Politics, Verso, 2004., fn 10, dostupno na: http://books.google.hr/books?id=OokkAeTAE9sC&printsec=frontcover&dq=unger+plasticity&hl=hr&ei=lRcwTcv5IZLO4gam8vDrCg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCQQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false 06.12.2018.
326. Unger, R.M., Politics: A Work in Constructive Social Theory, Cambridge University Press, 1987.
327. Unger, R.M., Social Theory: Its Situation and its Task: a critical Introduction to Politics a work in Constructive Social Theory, Cambridge University Press New York, 1987.
328. Unger, R.M., The Critical Legal Studies Movement, Harvard Law Review, 96., 1983.
329. Unger, R.M., Znanje i politika, Globus, Zagreb, 1989.
330. Ungre, R.M., Democracy Realized: The Progressive Alternative, Verso, London, New York, 1998.
331. Vago, S., Law and Society, Prentice - Hall, New Jersey, 2000.
332. Van Dijk, T.A., Ideologija: multidisciplinarni pristup, Golden marketing – Tehnička knjiga, Zagreb, 2006.
333. Veblen, T., The Theory of Leisure Class, O.U.P., Oxford, N.Y., 2007.
334. Veblen, T., The Theory of Business Enterprise, Cosimo, N.Y., 2005.
335. Visković, N., Pojam prava: prilog integralnog teoriji prava, Logos, Split, 1981.
336. Visković, N., Problemi definiranja prava, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, V. 19., br. 1, 1991., str. 287-297.
337. Visković, N., Teorija države i prava, Birotehnika, Zagreb, 2001.
338. Vranicki, P., Trinaest teza o Marxu, u Burger, H., et al.: Marx nakon 100 godina, Globus, Zagreb, 1984.
339. Vranicki, P., Dijalektički i historijski materijalizam, Nakladni zavod Matice Hrvatske, Zagreb, 1983.
340. Vranicki, P., Misaoni razvitak Karla Marxa, Matica Hrvatska, Zagreb, 1963.
341. Vrban, D., Država i pravo, Golden marketing, Zagreb, 2003.
342. Vrban, D.: Sociologija prava: uvod i izvorišne osnove, Golden marketing – Tehnička knjiga, Zagreb, 2006.
343. Wallerstein, I., Open the Social Sciences: Report of the Gulbenkian Commission on the Restructuring of the Social Sciences, SUP, London, 1996.
344. Wallerstein, I., The end of the World as we Know it: Social Science for the 21.st Century, University of Minesota Press, Minneapolis, 1999.
345. Ward, I., An Introduction to Critical Legal Theory, Cavendish Publishing Limited, London, 1998.
346. Weber, M., Politika kao poziv, Naklada Jesenski i Turk, Zagreb, 2006.

347. Weber, M., Vlast i politika, Naklada Jesenski i Turk, HSD, Zagreb, 1999.
348. Wesley Pue, W. & Sugarman, D., Lawers and Vampires: Cultural Histories of Legal Professions, Hart Publishing, Oxford and Oregon, 2003.
349. Wheen, F., Kako su prodavači magle zavladali svijetom: kratka povijest modernih sljeparija, Algoritam, Zagreb, 2005.
350. White, G. E., Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self, Oxford University Press, New York, 1993.
351. Whitehead, J.E., From Criticism to Criticque: Preserving the Radical Potential of Critical Legal Studies Through a Reexamination of Frankfurt School Critical Theory, Florida State University Law Review, Vol. 26., dostupno na: <http://www.law.fsu.edu/journals/lawreview/downloads/263/whit.pdf>, 24.10.2018.
352. Wiggershaus, R., The Frankfurt School: Its History, Theories, and Political Significance, Polity Press & MIT, 1994.
353. Wilson, J. & Wilson, B., The Works of Honourable James Wilson, Lorenzo Press, Philadelphia, 1804., dostupno na: http://books.google.hr/books?id=Yo0AAAAMAAJ&pg=PA1&dq=Lectures+on+Law+James+Wilson&hl=hr&ei=plc1TZvHOIuVOqOubUC&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCQQ6AEA=onepage&q&f=false, 14.01.2009.
354. Wintgens, L. J., The Law in Philpsophical Perspectives: My Philosophy of Law, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1999.
355. Wood, J.C., Thorstein Veblen: The Life of Thorstein Veblen and Perspectives on His Thought, Critical Assessments, Routledge, London, 1993.
356. Woodard, C., Towards a „Super Liberal State“, The New York Times, Nov., 23., 1986.
357. Zamboni, M., Law and Politics: a Dillema for Contemporary Legal Theory, Springer - Verlag, Berlin; Heidelberg, 2008.
358. Životić, M., Aksiologija, Naprijed, Zagreb, 1986.
359. Žižek, S., Sublimni objekt ideologije, Arkzin, Zagreb, 2002.