



Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

16 | 2011

Pravo, morala in vladavina zakona

Uvod u Institucije prava

Iz: Institucije prava (Zagreb: Naklada Breza, u pripremi – 2013.)

Institutions of Law. Introduction

Neil MacCormick

Translator: Ana Burazin



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/2117>

DOI: 10.4000/revus.2117

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 10 décembre 2011

Number of pages: 109-114

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

Neil MacCormick, « Uvod u Institucije prava », *Revus* [Mrežno izdanje], 16 | 2011, Datum mrežne objave: 10 décembre 2013, pristupljeno 20 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revus/2117> ; DOI : 10.4000/revus.2117

All rights reserved

Neil McCormick

Uvod u Institucije prava

iz: Neil McCormick, *Institucije prava*, Zagreb, Naklada Breza, 2013 (u pripremi)

Knjiga *Institucije prava* prikaz je institucionalne teorije prava. Cilj navedene teorije razviti je bolje shvaćanje prava od shvaćanja koja nude druge suvremene teorije prava. Ona polazi od sljedeće definicije prava: *Pravo je institucionalni normativni poredak*. Ovo nije vježba iz konvencionalne semantike, koja nastoji spoznati konvencionalno značenje termina „pravo“ u njegovoj stručnoj uporabi u engleskom govornom području. To je ono što bi se moglo nazvati „objašnjujućom definicijom“, jer objasniti elemente definicije znači objasniti značajne aspekte onoga što svi stručnjaci već prepoznaju kao pravo. (To jest, onoga što prepoznaju kao „pravo“ u jednom važnom značenju tog termina. Postoje i druga značenja termina, koja su u ovoj definiciji izostavljena, no o njima će se kad za to dođe vrijeme.)

Pri objašnjavanju elemenata izložene definicije prvo je potrebno objasniti „norme“, a potom „normativni poredak“. Konačno, razmatranjem institucionalizacije normativnog poretka shvatit će se i čitava određujuća fraza „institucionalni normativni poredak“. Na početku, kod analize normi, kao temeljno je gledište odabrano ono korisnika, a ne stvaratelja normi. Jedna od bitnih crta naše naravi jest da smo mi, ljudska bića, korisnici normi, jer to je usađeno u onu najiskonskiju značajku čovjeka, našu sposobnost da se jedan drugome govorom obraćamo i da komuniciramo pismom ili na neki drugi način – da sudjelujemo u jezičnom sporazumijevanju u svim njegovim oblicima. Jezici imaju strukturu – gramatiku, sintaksu i semantiku – koja ovisi o veoma složenim

normama, nikada i niotkoga svjesno stvorenima. Njihova složenost toliko je izazovna da se gramatičari i lingvisti još uvijek naprežu jasno i sveobuhvatno izraziti (ili racionalno rekonstruirati) te norme, implicitne u svakom od mnogobrojnih živućih jezika na svijetu.

Mnogo jednostavniji primjer normi, koje većina nas svakodnevno i nerazmišljajući primjenjuje, pruža nam praksa čekanja u redu, koju razmatram u 1. poglavlju. Jedna vrsta uređenosti koja se ponekad razabire u ljudskom ponašanju javlja se kada ljudi slijede zajedničke norme ponašanja. Stojimo u redu čekajući autobus, a kada on stigne, ulazimo redom, ne naguravajući ili ne udarajući jedni druge (ponekad!). Kad postoji red ili uređenost takve vrste, nazivam to „normativnim poretkom“.

Može se dogoditi da takovrsna uređenost ovisi o nekoj vrsti prethodnog dogovora. Primjerice, na glavnoj željezničkoj postaji u Edinburghu postoji sustav kupnje željezničkih karata koji od kupaca koji namjeravaju kupiti kartu zahtijeva da iz uređaja za izdavanje listića s rednim brojem uzmu listić. Potom kupac čeka u čekaonici – ili, ako je red dugačak, odlazi na kavu, te se kasnije vraća kako bi čekao pored pulta. Brojevi se susljedno prikazuju na zaslonu, a kada se nečiji broj prikaže, ta osoba odlazi do slobodnog pulta i kupuje kartu.

To uključuje „institucionalizaciju“ prakse čekanja u redu u ovom konkretnom kontekstu (kao što se to detaljnije razmatra u 2. poglavlju). Jer, ne samo da imamo korisnike normi,

nego i stvaratelje normi, koji uređuju kako će se traka listića s rednim brojevima dijeliti te kako će u tom svjetlu osoblje prema kupcima postupati. Postoje i provoditelji normi, činovnici za pultom i dežurni upravitelj, koji skrbe o tome da se pravila provode uredno i onako kako je predviđeno. To objašnjava kako „normativni poredak“ može poprimiti poseban oblik „institucionalnog normativnog poretka“. Termin „pravila“ koristan je specijalizirani termin za upućivanje na tako stvorene norme, koje provode osobe s nekom vrstom autoriteta.

Šire gledano, ustavna struktura moderne države, u bogatoj raznovrsnosti njezinih pojavnih oblika, može se shvatiti kao osobito „složen“ primjer „institucionalizacije“ u tom smislu. U 3. poglavlju ta se tema podrobnije istražuje razmatranjem obilježja država i ustava te povezanih pitanja, poput diobe vlasti. No sâma institucionalizacija pravila i njihova primjena daje povoda kako za široki opseg rasprave o tumačenju tako i za skepticizam glede mjere u kojoj su službena pravila doista odgovorna za način na koji se ljudi ponašaju u stvarnome svijetu. Pitanje potencijalnog jaza između prava kako je ono propisano i prava kako se ono provodi, tema je 4. poglavlja.

Istraživanje objašnjujuće definicije „pravo je institucionalni normativni poredak“ zauzima 1. dio knjige. Tako shvaćeno pravo nesumnjivo je središnja značajka država kao takvih te, osobito, ustavnih država ili „pravnih država“. Državno pravo za mnoge je ljude, osobito za većinu pravnika i studenata prava, najvažnije pravo. No to nije jedina vrsta prava. I međunarodne sportske organizacije, savezi poput Europske unije, na ugovoru utemeljena međudržavna tijela poput Vijeća Europe ili NATO-a te mnogi drugi na svoj način očituju institucionalni normativni poredak. Tako i crkve i razne vjerske i dobrotvorne organizacije. Tako i međunarodna zajednica kao takva, svakako barem od osnutka Stalnog međunarodnog suda (čiji je Statut 1920. usvojila Opća skupština Lige naroda), a još više od osnutka Ujedinjenih naroda, donošenja Povelje UN-a i osnutka Međunarodnog suda.

„Pravo“ se, naravno, često koristi i u širem značenju, koje uključuje i neinstitucionalizirane oblike poredaka, poput „moralnog prava“ ili „običajnog prava“ te čak i slučajeve poredaka koji nisu normativni, primjerice, „zakoni gibanja“

ili „zakoni termodinamike“*. Namjera mi nipošto nije imperijalistički se odnositi prema tim drugim vrstama prava ili uporabama termina „pravo“**, koje većina ljudi, na sreću, vrlo lako može razlikovati u svojem uobičajenom diskursu i razgovoru. S druge, pak, strane, nipošto se ne ispričavam zbog davanja prednosti izlaganju teorije o pravu u državnom i državni-sličnom kontekstu. To je s pravom bilo u sâmom središtu moje pažnje tijekom trideset i pet godina koliko sam bio profesor javnog prava te naravnog i međunarodnog prava na Sveučilištu u Edinburghu.

U 2. dijelu knjige pažnja se usmjerava na vrste odnosa koje pravo utemeljuje i uređuje. Pravo se, kako kaže jedna drevna izreka, bavi „osobama, stvarima i tužbama“. Pa što se to pravom utemeljuje kao osoba i kako nam pravo omogućuje da tumačimo svojstvo „osobnosti“ u pravnom kontekstu? Kako pravo uređuje radnje i djelovanja pomoću pojmova kao što su „protupravna radnja“ („kazneno djelo“, „zločin“, „građanskopravni delikt“, „delikt“, itd.) i „dužnost“? Koje vrste odnosa između osoba – primjerice, „obveze“, subjektivna prava, „slobode“, „moći“, „imuniteti“ – prouzrokuju te na koji način uređuje pitanja glede osoba i pitanja glede stvari – prava uporabe/korištenja, prava vlasništva i svih drugih takvih prava – jednom riječju, glede „imovine“?

U mnogim suvremenim tekstovima razmatraju se subjektivna prava i srodni pojmovi, no iznenađujuće je malo onih u kojima se takvi pojmovi nastoje sjediniti s podupirućim teorijskim prikazom prava koje im je uzrokom. Pravni se kontekst, međutim, ne bi smio uzimati kao nešto što se samo od sebe razumije. Posebna je vrlina 2. dijela knjige to što se subjektivna prava u njemu ispravno kontekstualiziraju kao odnosi ili položaji koji nastaju unutar institucionalnog normativnog poretka, i koji se procjenjuju tumačenjem konkretnih situacija s obzirom na opća pravila i načela.

Pravni bi odnosi trebali biti kontekstualizirani unutar teorijski zadovoljavajućeg razjašnjenja

* U izvorniku se koriste primjeri „the moral law“ i „customary law“, s jedne strane, te „laws of motion“ i „laws of thermodynamics“, s druge, koji svi u sebi sadrže riječ „law“. Međutim, kako u hrvatskom jeziku riječ „law“ nije moguće jednoznačno prevesti, koristili smo, ovisno o slučaju, riječi „pravo“ i „zakoni“.

** Vidi prethodnu bilješku.

naravi prava, ali to razjašnjenje mora uključivati i razmatranje prava u njegovu kontekstu unutar države i građanskog društva, kojima je obama pravo bitan sastavni element. To je zadatak 3. dijela. Nadovezujući se na ponešto apstraktno razmatranje ovlasti kojim se zaključuje prethodni dio, u 10. poglavlju raspravlja se o ovlastima u javnom pravu i o posebnoj naravi javnih ovlasti u odnosu na privatne, što vodi do razmatranja dodirnih točaka između javnog prava i politike. Razliku između politike i javnog prava važno je održati, no ne na načine koji zanemaruju ili podcjenjuju njihovo presudno međudjelovanje. To je u velikoj mjeri povezano s ustrajanjem na naravi države kao pravne države. („Pravna država“ ovdje se koristi u značenju pravno uređene države, ili ustavne države, u kojoj izvršavanje ovlasti podliježe stvarnim ustavnim ograničenjima i u kojoj postoji vladavina prava. Istovrijedna je njemačkom terminu „*Rechtsstaat*“.¹)

Ključan problem, s obzirom na to da je pojava država u njihovu suvremenu obliku predstavljala zaštitu od prekoračenja i zlorabe javne vlasti, pri tome osiguravajući da ovlaštenja tijela vlasti odgovaraju njima svojstvenim zadaćama upravljanja. Ustavima usadena prava bila su jedna osnova rješavanja tog problema, što od 1945. dobiva sve veću potporu kroz međunarodna jamstva „temeljnih“ ili „ljudskih“ prava i, što više, njihovu institucionalizaciju u raznim oblicima. To je tema 11. poglavlja.

Države, iako to nisu uvijek bile, mogu biti pozornice za razvoj „građanskog društva“, u kojemu među strancima koji jedni drugima iskazuju neku vrstu neosobnog povjerenja postoje odnosi uljudnosti. Pojedinci unutar građanskog društva, čak i kad se međusobno ne poznaju, ne gledaju jedni na druge kao na vjerojatne prijetnje svojoj osobnoj sigurnosti ili sigurnosti svoje imovine. Nažalost, ta se pretpostavka, ponekad i prelako, može pokazati pogrešnom. No upravo je pravo, a osobito dobro uređen korpus kaznenog prava unutar zadovoljavajućeg sustava kaznenog pravosuđenja, ključni potporanj uljudnosti ili društvenome miru u tom smislu. U 12. poglavlju ponovno se, u tom svjetlu, ispituje uloga kaznenog

prava. Konačno, u 13. poglavlju, usredotočenom na pravila i institute privatnog prava, razmatraju se dodirne točke prava i ekonomije. To i opet pretpostavlja visoki stupanj uljudnosti u građanskom društvu, u kojemu instituti privatnog vlasništva i ugovora, kao i svi pomoćni elementi tržišnog gospodarstva mogu cvjetati.

Naposlijetku, u 4. se dijelu razmatraju neka temeljna konceptualna pitanja koja se tiču prava i morala te metodologije u teoriji prava. Veliki dio rasprave o „pravu i moralu“ poprima prilično neistražen oblik moralnog realizma ili podjednako neistražen oblik moralnog relativizma. Ono što nije moguće dovoljno snažno istaknuti jest da je svako pitanje o konceptualnim ili drugim poveznicama između prava i morala (ili, ako želite, između „državnog prava“ i „moralnog prava“) jednako toliko pitanje o pravoj naravi morala koliko i pitanje o pravoj naravi prava. Jedno shvaćanje moralnog života i moralne obveze naglašava u bitnome neinstitucionalnu narav morala. Moralni su agenti samosvojni, samoupravljujući pojedinci, čije moralne obveze proizlaze iz njihova vlastitog diskurzivnog vrednovanja zahtjeva dobro i pošteno proživljenog života među drugim samosvojnim moralnim agentima u ljudskoj zajednici. Za onoga tko dijeli to shvaćanje, ne postoje moralni autoriteti niti institucionalizirana moralna pravila ili odnosi. U tom slučaju, s obzirom na to da se prema ovdje izloženoj teoriji državno pravo definira u smislu njegove institucionalizirane naravi, među njima postoji izrazita konceptijska razlika. Oba se tiču normativnog poretka, no jedan se tiče normativnog poretka čiji su oslonac samosvojni pojedinci, a drugi, institucionaliziranog poretka kojem su potporniji države i njihova tijela vlasti. To se shvaćanje izlaže u 14. poglavlju.

Međutim, u 15. se poglavlju priznaje da uspostava te razlike ne rješava pitanje treba li pravo u sebi imati ikakav moralni element. Predloženi odgovor glasi da je neki minimum pravednosti bitan. U naravi institucionalnog normativnog poretka ne postoji ništa što bi od nas tražilo da kao pravo prihvatimo prakse, pravila ili zapovijedi koje bi iz svakog razumno izrazivog moralnog gledišta, prihvatljivog svakom samosvojnom agentu, bile okarakterizirane ozbiljnim povredama temeljnih zahtjeva pravednosti. Zato se neki minimalni zahtjev za izbjegavanje teške nepravde s pravom može prihvatiti kao ograni-

1 V., također, N. McCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth* (Oxford: Oxford University Press, 1999.), 9.–11.

čenje valjanosti zakona. Takve su granice, u suvremenome svijetu, donekle i institucionalizirane instrumentima ljudskih prava, o kojima se raspravlja u 11. poglavlju. Navedeni zaključak od nas traži priznanje da institucionalna teorija prava, u njezinu sadašnjem obliku, iako izvorno razvijena unutar misaonog pravca poznatog kao „pravni pozitivizam“, više nije „pozitivistička“ teorija. Bez obzira na to poželji li je itko klasificirati unutar tradicije „prirodnoga prava“, ona je sigurno postpozitivistička.

Takav je, u glavnim crtama, filozofski prikaz prava ponuđen u mojoj knjizi. On se suočava s činjenicom da je pravo golem i složen predmet. U suvremenome svijetu, pod utjecajem globalizacije te suočen s drugim epohalnim promjenama, on postaje sve složeniji. Nitko se ne može nadati da će biti stručnjak u više od nekolicine njegovih djelića. Međutim, nijedan dio nije posve shvatljiv bez poimanja njegova mjesta u većoj cjelini koje je dio. Zato je potreban obuhvatan pregled koji objašnjava temeljne elemente i način na koji se oni drže zajedno. Cilj djela poput ovoga, koje doprinosi onome što se ponekad naziva „opća teorija prava“, upravo je pružanje takvoga pregleda.

Objašnjenje ove vrste uključuje analitički pristup predmetu. Analiza podrazumijeva da su velike složene cjeline sastavljene od jednostavnijih elemenata te da je objašnjenje elemenata i načina njihova međudjelovanja nužno za razumijevanje složene cjeline. Međutim, analiza sama za sebe nije dovoljna. Nužna dopuna analizi jest sinteza. Dijelovi su posve shvatljivi samo kao elementi cjeline, a cjelovitost cjeline utječe na narav njezinih elemenata. Tko nešto nastoji objasniti, analitički može započeti s utvrđivanjem elemenata i njihovih međuodnosa, no uspjeh toga zadatka ovisi o tome je li se već stekao pregled cjeline te iskoristio za ponovnu ocjenu naravi dijelova. Uzajamno djelovanje između sagledavanja cjeline kao onoga što je sastavljeno od svojih elemenata i sagledavanja elemenata kao onoga što svoju narav izvodi iz cjeline, nikada nije potpuno dovršeno.

Kako bi zadacima analize i sinteze trebalo pristupiti u slučaju predmeta kao što je pravo? Bavimo se elementima ljudske svijesti i ljudskog međudjelovanja – jer, kao što je primijećeno, bavimo se normama i normativnim te ih isprva razmatramo iz korisnikova kuta gledanja. Proučava-

ni predmet se ne tiče ili ne sastoji prvenstveno od fizičkih ili bioloških procesa, nego pripada sferi smislenog ljudskog djelovanja i međudjelovanja. Iz toga proizlazi da predmet moramo razmotriti u svjetlu njegove ljudski smislene naravi. Razumijevanje onoga što je smisleno zahtijeva njegovo tumačenje. Stoga, analitički pristup kakav je ovdje predložen ujedno je i „interpretativan“ ili „hermeneutički“ pristup. Cilj je razjasniti što ga to čini smislenim i kako su izgrađena njegova značenja. Gledište odabrano u tu svrhu jest ono upućeno-ga promatrača.

Pravo uključuje kako radnje prve linije – zakonodavstvo, pravosuđenje, odvjetništvo, savjetovanje, sastavljanje pravnih akata i činjenje, tako i radnje druge linije – promatranje prvonavedenih radnji iz prakse uzete kao cjeline. U usporedbi sa subjektom prve linije, subjekt druge linije, student prava ili pravoznanstvenik koji se bavi teorijskopравnim ili doktrinarnim izlaganjem prava, posjeduje određeni odmak. S druge strane, subjekt druge linije pokazuje i razmjerno visoki stupanj angažmana u usporedbi s posve vanjskim promatračima. Ovi potonji (primjerice) smatraju čitav korpus pravnoga djelovanja, uključujući rezultate rada pravoznanstvenika i teoretičara prava, predmetom koji bi trebalo izučavati iz točke gledišta sociološkog ili antropološkog istraživanja ili ekonomije ili politologije.

Ovo djelo bavi se granom humanističkih znanosti čiji cilj je rasvijetliti i prikazati osnovu normativnog poretka kroz racionalno strukturirani opis „sustava“ izloženog kao korpus normi ljudskoga ponašanja. To se ponekad naziva „pravnom znanošću“, ponekad „teorijom prava“, ponekad „akademske pravom“, ponekad „pravnom doktrinom“. Jedan od ciljeva knjige jest postići zadovoljavajući filozofski prikaz pretpostavki koje su u osnovi takvih izučavanja. Što moramo pretpostaviti kao istinito da bi se težnja pravne znanosti ka nekoj vrsti znanstvenoga statusa pokazala ispravnom? Riječ je o pokušaju utvrđivanja okolnosti koje omogućuju da tvrdnje pravne znanosti tvore istinski i značajan korpus znanja, dostojan izučavanja u visokoobrazovnim i znanstvenoistraživačkim ustanovama poput naših velikih sveučilišta. S druge strane, ovo se može promatrati i iz točke gledišta studenta koji opravdano može zahtijevati odgovor na pitanje kakav

se to red i struktura nalaze u zbirci materijala s kojima se suočava pod nazivom „pravo“.

Bez obzira na to, točka gledišta iz koje pristupamo sadašnjem zadatku jest ona unutrašnjeg promatrača, a ne aktivnog sudionika. To je u surotnosti s drugim teorijskopравnim pristupima, koji, primjerice, predlažu gledište tipičnog suca na najvišem nacionalnom sudu („*Iudex*“), kao ono iz kojega se dobiva osobito bogata predodžba i shvaćanje prava.² Za razliku od tih pristupa, u mojoj se knjizi bez ispričavanja prihvaća gledište profesora. Nema razloga sumnjati da je usustavljenje prava, u mjeri u kojoj se zbilo, prvenstveno postignuće pravne znanosti, a ne pravne prakse. Time se ne osporava da su osobe koje zauzimaju položaj Rossova „*Iudicis*“, ili druge osobe u nekim drugim oblicima pravne prakse, bile izrazito istaknute u razvoju racionalnog i „znanstvenog“ izučavanja prava. Niti treba osporavati da sudski komentari i tumačenja pravne doktrine imaju osobito važnu ulogu u razvoju pravne doktrine u suvremenim pravno uređenim državnim poretcima.

Ipak, uloga komentatora različita je od uloge suca. U najužem smislu, sučeva je zadaća u skladu s pravom riješiti sporove koji su mu podastri, primjenjujući pravo u skladu s onim što se predstavlja kao njegovo odgovarajuće tumačenje. Jedino takvi pothvati u pravnom komentiranju, potrebni za obavljanje sučeve zadaće, pripadaju sucu kao takvome. U mnogim pravnim tradicijama suci su, uz to, imali i istaknutu ulogu kao pravni znanstvenici i autori utjecajnih doktrinarnih tekstova, doista, to utjecajnijih što je iza sučeva komentatorskog djelovanja stajalo više sudačkog iskustva i istaknutosti.

Je li interpretativno-analitičko istraživanje ove vrste od ikakve vrijednost, sporno je pitanje. Ipak, čini se mudrijim da najprije izložimo prikaz prava prema institucionalnoj teoriji i prepustimo čitateljima da sami prosude je li on razjašnjajući iz bilo kojeg razloga zbog kojeg ga čitaju, nego da se na ovome mjestu upuštamo u raspravu o

tom spornom pitanju. Umjesto na početku, o pretpostavkama glede pravne metode i teorije znanja, koje se uzimaju kao pretpostavljene pri pokušajima izgradnje pravnog shvaćanja u skladu s ovdje iznesenim postavkama, raspravlja se u završnom poglavlju. Međutim, najveći ispit svake metode istraživanja kvaliteta je postignutih rezultata. Apstraktna rasprava o metodologiji ima svoju važnost, ali samo u odnosu na metode kojima se dolazi do zanimljivih i značajnih nalaza. Na čitatelju je da prosudi hoće li se takvi ovdje i pronaći.

S engleskog prevela Ana Burazin.

Bilješka o autoru

Neil MacCormick (1941. – 2009.) znameniti je škotski teoretičar prava. Od 1965. – 1967. radio je kao predavač teorije prava na Sveučilištu St. Andrews (Queen's College, Dundee), od 1968. – 1972. kao profesor i mentor iz teorije prava na Balliol College (Oxford), a od 1972. do 2008. kao profesor javnog prava te naravnog i međunarodnog prava na Sveučilištu u Edinburgu. Tijekom života MacCormick je napisao veliki broj članaka i knjiga, od kojih posebno treba istaknuti: *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy* (1984), *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978), *Rhetoric and The Rule of Law* (2005) te *Institutions of Law* (2007).

2 H. Ross, *Law as a Social Institution* (Oxford: Hart Publishing, 2001.). Ross ukazuje na potrebu za izjašnjavanjem o gledištu iz kojeg se pristupa teoriji prava te naglašava društvene i relacijske aspekte državnog prava u suvremenom društvu, posebno vezu između društveno-gospodarskih odnosa moći i pravnih odnosa.

