

Legitimnost prava

Josip Kregar

Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

Ljudi poštuju zakon ako vjeruju da je legitiman, ne zato jer se boje kazne – ovo je zapanjujući zaključak klasične studije Toma Tylera, koji predlaže da bi zakonodavcima i provoditeljima zakona bilo bolje učiniti zakonske sisteme vrijednima poštovanja nego pokušati usaditi strah od kazne. Tyler drži da ljudi ponajprije poštuju zakon jer vjeruju u poštovanje legitimnog autoriteta.

Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law?*

(ovitak)

1. Uvod

Promatramo li masovne prosvjede i zahtjeve za smjenom vlasti, u mnogo slučajeva, ne uvijek, vidimo nemoć policije i vojske da silom nametnu ono što nazivaju red. Vladajući se pozivaju na ustav i zakon, a zapravo računaju na silu organizirane države. Ponekad brojnost prosvjeda raste i sila je nemoćna. U takvim se trenucima vidi i osjeća da državni monopol sile nije dovoljan za vladanje, već da je za vladanje potrebno uvjerljivo i masovno slaganje naroda s političkom vlašću: dobrovoljno i promišljeno, racionalno prihvaćanje vlasti. Sila nije dovoljna. S bajunetama se sve može učiniti, ali se na njima ne može sjediti¹. To je očito, kao i da je legitimnost vlasti preduvjet njezina opstanka. Legitimnost je fenomen koji se ne vidi i ne treba se mjeriti jasnim jedinicama i pozitivnim metodama. Pojam legitimnosti deriviran je iz iskustva o tome da politički poredak, osim sile, treba i opravdanje.

¹ Izreka se krivo pripisuje Napoleonu, Montesquieuu ili Jeljcinu. Zapravo je to Talleyrand rekao uvjeravajući Napoleona u nužnost zakona: *«La seule chose que vous ne pouvez pas faire avec une baïonnette est de s'asseoir sur elle.»* (»Gospodine, s bajunetama se sve može učiniti, ali se na njima ne može sjediti«; <http://www.heuni.fi/uploads/ilng17uf.pdf>); <http://www.monografias.com/trabajos64/dialogos-napoleon/dialogos-napoleon2.shtml>

B. Jeljcin: »Od bajuneta možete napraviti prijestolje, ali na njemu ne možete dugo sjediti.« (<http://www.heuni.fi/uploads/ilng17uf.pdf>); <http://www.monografias.com/trabajos64/dialogos-napoleon/dialogos-napoleon2.shtml>; http://thinkexist.com/quotation/you_can_make_a_throne_of_bayonets-but_you_cant-1/199891.html

Slično je s normama. I kod normi vrijedi taj izračun povjerenja i prihvaćanja većine. Ako nastupi novčana panika i štediše podignu uloge, banke propadaju, a pažljivo smišljena pravila ne vrijede. Ako bespravna gradnja nadmaši legalnu, prijetnja kaznama i rušenjem ne vrijedi. Kad se na napuštenoj kući ne popravi razbijeni prozor, razbiti će netko i druge.² Ako jedan parkira na travnjaku, bit će kažnjen, no zastrašivanja kaznom nema ako tako parkiraju tisuće. Kad započne širenje divljih deponija smeća, plakati zabrane se ne čitaju, a vlast se doima bespomoćna.³ Istina, vrijedi ponekad i suprotno: kada su zakoni i njihovi zahtjevi loši, razum navodi vlast da takve situacije ignorira⁴ (primjer divlje gradnje u Hrvatskoj je poučan)⁵. Pouka i iskustvo proizlaze iz tvrdnje da onaj tko stvara pravila nije neograničen ni svemoguć.⁶ Regulacija pravom je uvijek kontrafaktička, ali mora biti legitimna. Pravila koja određuju i naređuju ono što bi se ionako dogodilo, nemaju smisla, kao ni pravila koja utvrđuju ono što se neće dogoditi ni uz prijetnju kazne i strogost političke volje. Norme ne mogu ići ni protiv ni nakon onoga što društvo smatra legitimnim.

Pravila koja izgube legitimnost, priznanje, prihvaćanje i vjerodostojnost mijenjaju se. Mnoge stroge norme nastale su zbog masovnih zahtjeva građana ili posebnih grupa. Spaljivanje vještica, prodaja roblja ili druge manje dramatične promjene prava (obiteljsko nasilje, zabrana prostitucije) pokazivale su kako se s vremenom mijenjaju društveni i pravni kriteriji, i to tako da nestanu podrška i legitimizacija takvih pravnih normi, a onda, brže ili sporije, zakonodavac mijenja zakon. I u rasponu jednoga životnog vijeka svjedočimo o tome. Prije četrdeset godina u kazneni zakon uvedena je formulacija za djelo koje pokriva silovanje supruge kao kazneno djelo. Iskusni i vješti suci i pravnici to su ismijavali. Ne sasvim glasno, no takvih djela nije

² Teorija razbijenih prozora (*Broken windows theory*); <http://www.helium.com/items/1742233-broken-window-crime-theory>

³ »Anomija je stanje u društvu u kojem su norme koje upravljaju ponašanjem ljudi izgubile svoju valjanost. Jamstvo takve valjanosti sastoji se od jasne i prisutne snage sankcija. Gdje vlada bezakonje, učinkovitost normi je ugrožena. U tom smislu, anomija opisuje stanje u kojem kršenje normi prolazi nekažnjeno.« (R. Dahrendorf, *Law and Order*, Stevens, London, 1985, 24) <http://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/schoolofhumanitiesandsocialsciences/law/pdfs/Law%20and%20Order.pdf>

⁴ Ako poslodavac, roditelj, pretpostavljeni u bilo kakvom kontekstu, pokuša sankcionirati svaki prekršaj koji krajičkom oka vidi, uništiti će učinkovitost svih sankcija. »Pretpostavljeni koji se u nekim situacijama ne može praviti glup, jest glup.« (Ipsum, str. 33)

⁵ »Zeleni« su posljedice usvajanja predloženih izmjena definirali u devet točaka: nesagledive mogućnosti materijalne odgovornosti države za štetu, donošenje zakona sa svrhom punjenja proračuna, zanemarivanje socijalne komponente kao smjernice za legalizaciju građevina, narušavanje ustavnog prava na lokalnu i područnu samoupravu, otvaranje većeg prostora za spekulacije zemljištem, nagli prekid s politikom gospodarenja prostorom koja se do sada provodila, stavljanje različitih gospodarskih subjekata u neravnopravan položaj na tržištu, stvaranje »sivih zona« urbaniteta, izuzetih iz demokratskog života zajednice, te potkopavanje vladavine prava u državi. Dakle zakon ne zadovoljava elementarne pretpostavke učinkovitosti i legitimnosti.

⁶ Usp. L. L. Fuller: 1969.

bilo u sudskoj praksi. Danas se smijemo tom smijehu i bahatom podcjenjivanju i sljepilu patrijarhalnog društva.

Navedeni primjeri tiču se samo ekstremnih situacija i zato nisu sasvim dobri, no izvjesno je da i u sasvim normalnim uvjetima vrijedi pravilo o tome da zakoni moraju imati izvjestan, visok stupanj dobrovoljnog i svjesnog (racionalnog) prihvatanja.

Ne radi se samo o slaganju morala i prava, iako je ta kongruencija temelj legitimnosti, nego i o dijalektici proglašenog i željenog prema ostvarenom i poželjnom.

Kada se dinamički promatra učinkovitost prava, ne može se umjetno razdvajati moral, kao unutrašnje, socijalizacijom internalizirano pravilo, od normi i prava, kao vanjskog prinudnog poretka.⁷ U takvom postavljanju situacije izmiče empirijski element irelevantnosti morala u svakodnevnim habitualiziranim situacijama – ljudima je moralno svejedno kakvo je pravilo i relevantnost učinkovitosti prava nije dovoljno vidljiva. Prije se radi o učinkovitosti i važenju prava.

Da bi bilo provedeno, pravo mora biti prihvaćeno, legitimirano. Kako kaže sâm Kelsen: »Princip legitimnosti ograničen je principom učinkovitosti«. Taj se Kelsenov izvod rukovodi sljedećom logikom: pravo zahtijeva slaganje s normom bez realne prisile, inače nije efektivni instrument i nije primjenjiv i onda nije pravo. Prinuda je sekundarni element, *per indicationem* rijetkost. Kelsen stoga kaže »da neki pravni poredak, jednako kao i neka pravna norma, pravo svojega važenja gubi onda kada prestaje biti djelotvoran... Norme nekoga pozitivnog pravog poretka važe **zato što** se temeljna norma, koja ih stvara, pretpostavlja kao važeća, a ne zato što su te norme važeće; no one važe samo ako, to znači sve dok su djelotvorne kao taj pravni poredak«.⁸

Ponavljam, najteže je vidjeti očitú činjenicu da primjena i učinkovitost prava zahtijeva dobrovoljno i svjesno prihvaćanje prava, prihvaćanje koje se ne temelji na svjesnom proračunu individualnog dobitka ili štete, već na raširenom i neupitnom prihvaćanju poretka kao takvog, što nije individualno psihološki, već funkcionalno-sistemski uvjet djelovanja prava. Legitimnost prava je u stalnom dinamičkom preispitivanju, ona se ne pretpostavlja, već se stalno, često naporno, dokazuje i održava. Učinkovitost i legitimnost prava međusobno se uvjetuju.

Jednu okolnost treba posebno izdvojiti, kako se u daljnjem tekstu ne bi pojavljivala kao smetnja. Razdvojiti legitimnost prava i legitimnost političkog poretka u velikoj je mjeri artifičijelno. Iako se uz napor možemo domisliti situacija u kojima građani vjeruju u zakone, ali ne vjeruju u institucije, vladavina zakona, a ne vladavi-

⁷ H. Kelsen: 2000, 212–215.

⁸ H. Kelsen: 2000, 219.

na ljudi⁹ ideal je, još od Aristotela, koji ipak pokazuje da izvjesne razlike postoje. Weberovo rješenje, jer on govori o legitimnom poretku (*Legitime Ordnung*) koji pokriva zapravo obje varijante, smatram teorijski opravdanim, a praktički prihvatljivim i korisnim.

2. Dinamika promjena legitimnosti prava

Legitimnost se općenito definira kao svjesno i dobrovoljno prihvaćanje poretka onih na koje se norme i pravila poretka odnose^{10,11,12}. Razlikovanje zakonitosti (legalnosti) i legitimnosti pravnih normi je sasvim uobičajeno, naročito kao pokazatelj stalnih tenzija i dinamike promjena temelja legitimnosti vlasti i prava.

Legitimnost je prema svojim temeljima promjenjiva. Slijedeći Webera, o kojemu će tek biti riječi, temelji legitimnosti poretka, dakle i pravnog poretka, mijenjaju se. Ono u čemu mi vidimo **opravdanje prava i norme, njezinu legitimnost, plod je povijesnog razvitka i po svojoj je naravi promjenjivo, dinamično i kontinгентno.**¹³ Ono što je pak stalno i strukturalna zadaća legitimnosti, jest stabilizacija normativnih očekivanja pojedinca i društva. Evolucija prava i evolucija društva su paralelni i turbulentni procesi. Društvo se usložnjava, ne može bez paralelnog usložnjavanja prava koje omogućava njegovu povezanost.

Mnogobrojne su studije o evoluciji prava. Ne bi se trebalo vraćati na XIX. stoljeće i tadašnje popularne studije prava. Naprimjer 1868. godine Otto von Gierke objavio je knjigu *Das deutsche Genossenschaftsrecht*¹⁴, u kojoj analizira promjene u pravu od početaka rimskog prava pa sve do svojega doba. U središte istraživanja stavio je razliku između srednjovjekovnog društva (koje je obilježeno statusom određenim rođenjem, striktnom podjelom društvenih uloga, organskim jedinstvom sta-

⁹ »U vladi ove zajednice ... izvršna vlast nikad neće preuzeti ulogu zakonodavne [ili] pravosudne vlasti... **do kraja će ostati vlada zakona, a ne ljudi.**« (*Ustav Massachusettsa*, 1780, napisali John Adams, Samuel Adams i James Bowdoin).

Usp. J. Adams/S. Adams/J. Bowdoin: 1870.

¹⁰ Legitimnost (lat. *legitimus*) doslovce podrazumijeva »određenost zakonom«. Stoga se taj pojam dijelom koristi sinonimno s pojmom »zakonit«. No u slučaju suprostavljanja pojmova legalnosti i legitimnosti, kao npr. kod C. Schmitta, radi se o tomu da tada legalnost podrazumijeva puku zakonitost, a legitimnost biva ukorijenjena u »dubljim« prirodopravnim/etičkim načelima.

¹¹ Rasprave o pojmu legitimiteta odražavaju i teorijske razlike.

¹² Legitimnost obuhvaća sposobnost [političkog] sistema da stvori i održi vjerovanje da su postojeće političke institucije najprikladnije za društvo; [http://en.wikipedia.org/wiki/Legitimacy_\(political\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Legitimacy_(political))

¹³ Civilizacija koju nazivamo »Zapadnom«; koja je razvila određene »zakonodavne institucije, vrijednosti i pojmove koji su svjesno prenošeni s generacije na generaciju tijekom stoljeća, ... a u XX. stoljeću zapadna je tradicija u najvećoj revolucionarnoj krizi ikad«. (H. J. Berman: 1983, 1)

¹⁴ Usp. O. von Gierke: 2003.

leža i naselja te jasnom razlikom između društva i države) i moderne nacionalne države (koju karakterizira centralizacija političke moći i individualizam građana). Godine 1861. H. Sumner Maine objavljuje studiju *Ancient Law*¹⁵, u kojoj navodi razliku između društava poredak kojih (posebno pravni sistem) obilježava statusno pravo društava kod kojih su odnosi ponajprije ugovorne prirode. Ideja je ista: što idemo više unatrag u povijest, to je više odnosa u društvu određeno statusnim pravom, dok sadašnjicu karakterizira predominacija ugovornih obveza, sklopljenih između pojedinaца koji su ravnopravne i neovisne stranke. Osnovni je zaključak da pravni sistem ne možemo razumjeti ako ne primijetimo i uvažimo promjene u samoj biti društva. Društva su drukčija pa su otuda drukčiji i pravni sistemi u njima. Treća slična knjiga je klasično djelo Nume Denisa Fustela de Coulangesa *La Cité antique*¹⁶, u kojoj se primjećuju isti procesi, stvaranje zajednica i njihovo rastakanje gubitkom snage onih motiva (autor pritom ponajprije misli na religiju) koji su održavali cjelinu zajednica. Uvjerenje starih Grka i Rimljana stvorilo je antički tip obitelji patrijarhalnog autoriteta, jasnog reda i odnosa, posvećenog prava vlasništva i prava nasljeđivanja. Prerastanje obitelji u šire zajednice gradova–država dovodi do stvaranja uprave, odvojenosti privatnog i javnog, promjene u religioznim vjerovanjima – gubitka vjere u ideju o svetosti egzistencije, što bi bio početak kraja zajednice i nastanak moderne države.

Najmanje je poznato, zbog fragmentarnosti, shvaćanje Georga Simmela, čija se analiza uloge broja i veličine grupe temelji na jednostavnoj psihološkoj pretpostavci. Odnos dvoje ispunjen je emotivnim nabojem (»tu se volja zadovoljava u činjenici da se ponašanje ili patnja drugog, njegovo pozitivno li negativno stanje, pokazuje onome tko dominira kao njegova volja«), ekstatičkim osjećajem dominantne volje. Odnos je to dijalektike ljubavi i mržnje, odnosno suradnje, slobode i ovisnosti. Sasvim je drugačiji odnos ovisnosti i dominacije u velikoj grupi, gdje je dominacija depersonalizirana, zahtjev i zapovijed psihološki se odvajaju od izvršitelja (on samo radi svoj posao) te su slaganje i pokornost lišeni emocija i afekta, kao da se ne provodi volja već objektivna nužnost. Ili, parafrazirajući Simmela: »Pobjeda je prava pobjeda kvantitete nad kvalitetom, sredstva nad svrhom«! Obavljanje dužnosti i primjena prava opravdani su psihološkim distanciranjem i organizacijskom neutralnošću. Društvo ima suptilne mehanizme inhibicije subjektivnog i emocionalnog opravdanja. Za aktere subjektivnog tu se ne radi o samovolji, već o društvu ili sistemu koji djeluje.¹⁷

Navedene studije mogu se smatrati sociološkim studijama koje se bave i pravom, ali po sadržaju i povijesnom evolucijom prava u društvenom i političkom kon-

¹⁵ http://en.wikisource.org/wiki/Ancient_Law

¹⁶ N. D. Fustel de Coulanges: 2010.

¹⁷ Vidi i G. Simmel: 1993.

tekstu.¹⁸ Međutim usprkos romantičnom vjerovanju njihovih autora da su prepoznali neke dublje, društvene i strukturalne uvjete evolucije prava, povijesne generalizacije prevladale su pred iskustvenim promjenama, a mreža pojmova odgovara više analizi društva nego analizi prava. No nesporno je jedno: od njihova vremena daljnje funkcioniranje, učinkovitost i legitimnost prava ne odvajaju se od analize dinamika promjena, obično »evolucije prava«. Tek nova generacija teorije prava pokušala je proširiti mogućnosti sinteze.

3. Dinamika promjena legitimnosti prava: Durkheim, Weber, Parsons

Emil Durkheim poznat je ponajprije po razlikovanju tipova društva, razlikovanju koje se temelji u velikoj mjeri na razlikovanja tipova prava. Razlikuje dva tipa društva prema tome na koji je način pravom ostvarena njihova integracija. Segmentarna ili arhaička društva su društva povezana mehaničkom solidarnošću. Pravo je **represivno**, dominira kazneno pravo s oštrim sankcijama prema svakom, pa i najblažem kršenju kolektivnih normi. Društvena, kolektivna svijest potpuno dominira nad individualnom, stanje i položaj pojedinca kruto su određeni njegovim statusom. U društvima u kojima je ta (mehanička) solidarnost vrlo razvijena »pojedina ne pripada samom sebi ... on je doslovno stvar kojom raspolaže društvo«¹⁹. »Solidarnost koja proizlazi iz sličnosti maksimalna je kada kolektivna svijest potpuno prekrije našu svijest ... u tom trenutku naša je individualnost na nuli.«^{20, 21}

Povezanost putem sličnosti refleks je nepostojanja organiziranosti – svi rade sve, nema diferenciranja u ulogama, nema razlike u vjerovanjima, imovini i statusu, zadatci su jednostavni i ne zahtijevaju posebnu vještinu, ali to ima i svoju normativnu dimenziju. Svako odstupanje od zajedničkih vjerovanja, načina života ili individualizacija strogo je zabranjeno. Što je čvršća kolektivna svijest, to se s većom re-

¹⁸ Krajem XIX. stoljeća postojala je široka suglasnost o tome da se moderno industrijsko društvo kvalitativno razlikuje od svih dotadašnjih. H. Spencer takvo društvo naziva industrijskim, F. Tönnies Gesellschaft – društvom, K. Marx i njegovi sljedbenici daju mu naziv kapitalizam, L. Ward govori o fiziokraciji koju smjenjuje plutokracija, a Simmel o racionalnom društvu. S raznih strana osvjetljava se prijelaz jednostavnih društava u složena društva industrijskog doba. Premda ne sasvim originalno, sintezu takvih pristupa razradio je Durkheim u svojoj knjizi *O društvenoj diobi rada*.

¹⁹ E. Durkheim: 1972, 160.

²⁰ Isto, 160.

²¹ »Slabiji razvoj individualnosti, manji obuhvat grupe, jednorodnost vanjskih okolnosti – sve to pridonosi svođenju razlika i varijacija na minimum. Grupa redovito ostvaruje intelektualnu i moralnu jednoobraznost, kakvu u naprednijim društvima nalazimo samo u rijetkim primjerima. Sve je zajedničko svima. Pokreti su ukalupljeni, svi obavljaju isto u istim prilikama i taj konformizam ponašanja samo izražava konformizam mišljenja. Budući da su sve svijesti nošene istom strujom, individualni tip gotovo se potpuno podudara s generičkim (prosječnim) tipom. Uz to što je sve jednoobrazno, sve je i jednostavno.« (Isto, 160)

presivnom snagom ona postavlja prema svakom tko krši društvene norme. Stvarno ili ritualno zajedničko podrijetlo, egzaltirano predavanje kolektivnim aktivnostima, zatvorenost prema vanjskim utjecajima te shvaćanje ekskomunikacije kao najstrašnije kazne također su obilježja takvih društava²².

Moderna društva integrirana su organskom solidarnošću. U tim društvima svatko obavlja svoj posao, živi svoj život, ima sebi svojstvene stavove i mišljenje, slobodan je i neovisan pojedinac, jedinka koju u društvo povezuje međuovisnost. Solidarnost proizlazi samo iz činjenice različitosti, svatko obavlja pojedinu funkciju ili zadaću u društvu, svatko ovisi o drugome pa **ta međuovisnost povezuje pojedince u društvo**. Individualna sloboda i nevezanost u odnosu na kolektivne norme pretpostavka su specijalizacije i obavljanja funkcije. Organska solidarnost »zahtijeva da se pojedinci razlikuju jedni od drugih... moguća je samo ako svatko ima svoje područje slobodnog djelovanja koje mu je svojstveno, odnosno reći, ako ima ličnost«²³. Takva društva toleriraju različitost i u idejama, i u zanimanjima, i u statusu, i u moći. Ono što ih povezuje u cjelinu jest organska međuovisnost njihovih dijelova, otvorenost prema van i prema promjenama. I sama društvena sankcija i priroda prava drugačije su. Naglasak je na **restitutivnim** sankcijama²⁴, usmjerenim na uspostavu prijašnjeg stanja.^{25, 26}

Pitanje legitimnosti, iako ne izravno, glavno je pitanje prava. Pravne norme nastaju u društvu. Posljedica su promijenjenog stava prema onom što se događa. Ako se nešto događa samo po sebi, ionako ne postaje predmetom regulacije. Predmetom regulacije postaje ono što se inače ne događa, a trebalo bi, ili pak izaziva štetu društvu pa se ne smije dogoditi te to društvo označava kao patološko i devijantno.²⁷ Društvo kroz štetu i posljedicu nepostojanja nekog pravila otkriva potrebu stvaranja pravila, društvene činjenice koje se svi trebaju držati. Pravo nastaje kao društvena volja te mu je unutarnja legitimnost imanentna. Prava se neće svi držati i kršenje prava je

²² J. Kregar: 2010.

²³ <http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/durkheim/divtrav.html>; str. 403.

²⁴ »Što se tiče ove vrste sankcija, one ne podrazumijevaju patnju prekršitelja norme, već se sastoji u vraćanju stvari u prvotno stanje, u obnavljanju narušenih odnosa u njihov normalni oblik... Treba dakle zakonska pravila podijeliti u dvije velike skupine, već prema tome imaju li organizirane represivne sankcije ili samo restitutivne sankcije. Prva obuhvaćaju cjelokupno kazneno pravo; druga građansko pravo, trgovačko pravo, upravno pravo i ustavno, izuzimajući kaznena pravila koja se tu mogu naći.« (E. Durkheim: 1972, 160)

²⁵ Usp. J. Kregar: 2010.

²⁶ »Postoje dvije vrste sankcija. Jedna se u biti sastoji u boli, ili bar kazni za prekršitelje; njihov je zadatak da prekršitelja pogode u njegovu bogatstvu, ili časti, ili životu, ili njegovoj slobodi, da ga liše nečega čemu se on raduje. Za njih se kaže da su one represivne kao u slučaju kaznenog prava.« (E. Durkheim: 1972, 160; E. Durkheim: 1968, 201)

²⁷ E. Durkheim: 1967.

neizbježno te ono provocira reakciju društva: norme se dopunjuju i mijenjaju, kazne postrožuju ili nestaju. Dinamika prava polazi i od posljedičnih, represivnih normi koje usmjeravaju društva prema preventivnoj regulaciji koja je dio umreženog društva međuovisnih funkcija.

Durkheim legitimnost ne vidi kao potrebu neke društvene funkcije²⁸, jer je ona sama društvena potreba, društvena činjenica (njegovim jezikom). Društva stvaraju pravo i samim tim ga legitimiraju; pravo je društvena potreba danog trenutka. Izraz »danog trenutka« znači da se takve potrebe, društveno prihvaćanje, s vremenom mijenjaju, a time se mijenja i to da su moguća razdoblja krize, traženja i društvene anomalije.

Međutim, i najvažnije, Durkheim ne vidi razdvojenost prava i drugih normativnih »činjenica« koje djeluju na ponašanje pojedinca i funkcioniranje društva. **Pravo ne postoji samo od sebe ni samo za sebe. Ono služi društvu, društvo ga treba i stvara, proglašava i pazi**, stvara uloge i institucije koje djeluju kao mehanizmi vanjske prisile na ponašanje. Kako se s vremenom sredstva i metode s kojima se to postiže mijenjaju, društvena normativna se sfera dijeli i usložnjava. Objektivno se pojavljuju nove kategorije normi i mijenja sadržaj prava, gube se granice prirodnih i ljudskih prava, objektivnih javnih prava, subjektivnih prava građana i slobode ugovaranja. »Država je podčinjena objektivnom pravu, zasnovanom na subjektivnom pravu pojedinca«, ali i suverenost, monopol javne vlasti i prirodna prava metafizičke su kategorije koje treba napustiti gledajući stvaran život prava i razloge njegove važnosti.²⁹

No tek Max Weber zaoštreno i jasno postavlja pitanje legitimnosti poretka i prava. **Poredak** je za njega vjerojatnost da će se ljudi u akciji pridržavati određenih maksima (bilo zbog konvencije koju priznaju ili sankcije ako se ne ponašaju u skladu s poretkom – *Legitime Ordnung*). Fenomen da se ljudi u pravilu ponašaju u skladu s očekivanjima koja prema njima imaju drugi temelj je poretka. Postoje međutim sasvim različiti razlozi zbog kojih se ljudi podvrgavaju poretku³⁰ te Weber politički

²⁸ Usp. P. Hamilton: 1995.

²⁹ L. Duguit: 1929, XV.

³⁰ Prema Maxu Weberu, legitimnost poretka, fenomena da se ljudi pokoravaju vlasti, javlja se u tri različita tipa: *tradicionalnoj*, *karizmatskoj* ili *legalnoj* vlasti. *Tradicionalni* poredak počiva na vjerovanju u nedodirljivost, nužnost i svetost drevnih tradicija i postojećeg poretka. Osobito značenje ima dominacija običaja nad pravom i samovolje nad zakonom. *Karizmatika* vlast zasniva se na afektivnoj predanosti ličnosti vode i njezinim božanskim svojstvima (karizma). *Legalni* tip vlasti počiva na vjerovanju u zakonito ustanovljen »bezličan poredak«. Poslušnost se ne duguje osobi koja nešto zahtijeva, već apstraktnom pravnom poretku iz kojeg eventualno proizlazi njegovo ovlaštenje. Pravne norme odnose se s podjednakom obveznom snagom i na one koji obnašaju vlast i na one koji su podanici. I sama beneficija obnašanja vlasti vezana je uz strogu formalnu proceduru izbora ili imenovanja i legitimnost poretka zasniva se

poredak (definiran kao sistem dominacije čovjeka ili grupe ljudi nad ostalima) smatra zasnovanim na dvjema alternativama. Upotrebljava čak i dva pojma kako bi objasnio dvovrnost fenomena dominacije: moć (*Macht*) i vlast (*Herrschaft*).

Moć je mogućnost provedbe volje usprkos otporu³¹. **Vlast** je vjerojatnost da će određene osobe poslušati zapovijed određenog sadržaja. Element dobrovoljnog i svjesnog podvrgavanja, internaliziranog i legitimiziranog sistema normi sastavni je dio tog pojma.³² Vlast se temelji na legitimizaciji, opravdanju i prihvaćanju poretka od strane podanika/građana. **Vlast je ozakonjena moć.**

Legitimnost je stav pojedinca i ujedno društveno stanje. Radi se o temeljnoj orijentaciji pojedinca, smislu koji on pridaje svojem djelovanju, dakle uvijek subjektivnoj predodžbi, percepciji svijeta u kojem djeluje.³³ Nema ponašanja bez smisla koje mu se pripisuje. Smisao je unutarnje stanje duha pojedinca, no i subjektivna reinterpretacija činjenica vanjskog svijeta. U odnosu na pravo takva reinterpretacija i stav su legitimnost. Legitimnost nekog poretka (odnosno prava) je dakle vjerojatnost da će se neki zahtjev (zakonska dispozicija) poštivati. Objektivni razlog i vanjsko opravdanje, materijalni i interesni razlozi uvijek su iza, pa naravno imaju važnu ulogu, ali uvijek se transformiraju nekom vrstom racionalizacije i pripisivanog smisla.³⁴ U svojim čistim oblicima tipologija se podudara s logikom racionalizacije, ali u stvarnosti se pojavljuje u različitim omjerima karakteristika tih tipova.³⁵

No na dinamiku odnosa svijesti i ponašanja treba dodati element dijakronijskih promjena. Svijet se mijenja, postaje sve više predvidljiv, i zbog povećanog znanja i zbog drukčijeg mehanizma smisla (*Simn*) kojim si svaki pojedinac opravdava i racionalizira ponašanje. Tendencija je prevladavanje racionalne kalkulacije i »gubitak ča-

upravo na uvjerenju u racionalnost i objektivnost takvih postupaka. O svemu tome usp. M. Weber: 1980, §§ 4 i dalje.

³¹ »Moć (*Macht*) znači svaku šansu da se unutar nekoga socijalnog odnosa provede vlastita volja i protiv suprotnih težnji, bez obzira na to, na čemu sama ta šansa počiva.« (Weber: 1980, 37)

³² »Vlast (*Herrschaft*) treba značiti šansu da se kod mogućih osoba stekne povjerenje da će izvršiti zapovijed određenoga sadržaja.« (Isto)

³³ »Djelovanje, posebice socijalno djelovanje i opetovano neki socijalni odnos, mogu se sa strane sudionika ravnati prema predodžbi o postojanju jednoga legitimnog poretka.« (Isto, 37)

³⁴ »Legitimnost neke vlasti smije se, naravno, promatrati i kao šansa da zbog toga bude smatrana relevantnom i da se tretira praktičnom. Bez daljnega ne počiva na ovome: da bi se svaka pokornost vlasti primarno (ili samo: uopće uvijek) trebala ravnati prema toj vjeri... To pak nije mjerodavno za klasificiranje neke vlasti. Nego je mjerodavno to da njezin vlastiti zahtjev za legitimnošću na svoj način 'važi' u relevantnoj mjeri, učvršćuje njezinu postojanost i suodređuje način odabranih sredstava vladanja.« (Isto, 38)

³⁵ »Nijedna se vlast, nakon svih iskustava, ne zadovoljava dragovoljno samo materijalnim ili samo aktivnim ili samo vrijednosno-racionalnim motivima kao jamcima svojega daljnjeg opstanka. Naprotiv, svaka vlast nastoji probuditi i njegovati vjeru u svoju 'legitimnost'.« (Isto – vidi i bilješku 30)

robnosti svijeta« (*Entzauberung der Welt*)³⁶, čime se opisuje društvena promjena u kojoj nastaju politički i pravni sistemi koji su **utemeljeni u efikasnoj birokratskoj vlasti (uključujući i sudove) koja djeluje po zakonu, bezlična je, stručna, hijerarhijski kontrolirana, predvidljiva – pa time i tehnički superiorna.**³⁷ Dobrovoljnost pristanka na takvu vlast i takvo provođenje normi, u svom subjektivnom mehanizmu opravdanja, temelji se na uvjerenju da su postavljene norme, »pravila igre« koja omogućavaju da izabrani predstavnici u otvorenom postupku donesu norme, a primjenjuju ih službenici i suci prethodno obrazovani i motivirani da nezavisno i bez pristranosti odlučuju o primjeni.³⁸

Vjerojatnost dragovoljnog i svjesnog prihvaćanja poretka, vlasti i normi raste zbog toga što ni postupak donošenja, u naravi nazvanim demokracija, ni pojedine norme, kada ne daju rezultat prema očekivanjima, ne izazivaju otpor i razočaranje. Demokracija, kada i urodi lošom, idiotskom vlašću i neozbiljnim vođama, daje nadu da se radi o privremenoj pogrešci.³⁹ Kada je zakon loš, ne dovodi se u pitanje ustavni poredak, jer je moguće pogrešku ispraviti hijerarhijskim (npr. žalbenim) postupkom ili se pak radi o ljudskoj pogrešci. **Sistem i njegovi racionalni, vjerojatni i poželjni ishodi ne gube na vjeri pojedinačnim osporavanjem.** To je baš, uz načelnu učinkovitost i stručnost, uzrok njegovoj legitimnosti. U tradicijom opravdanom poretku svaka je novost nepoželjna i ugroza sistema, a karizma i vjera (koje se, ne samo ritualno, moraju neprekidno opravdavati čudom) ne podnose dokaz činjenične netočnosti⁴⁰.

Ne radi se o pukoj tehničkoj superiornosti modernog sistema vladanja. Stara društva nisu mogla svojim, tradicionalnim ili karizmatiskim, opravdanjima legitimirati rutinu moderne vlasti. Nastajali su novi interesi, uloge i zahtjevi koji se nisu mogli podvrći drugim, nego pravnim normama.⁴¹ U svijetu u kojem nestaje vjera u

³⁶ Usp. M. Weber: 1989.

³⁷ »Jer kao što je birokratska uprava posvuda ona koja – je – *ceteris paribus!* – formalno-tehnički najracionalnija, ona je jednako tako danas naprosto neizbježna za potrebe upravljanja masama (personalnim ili stvarnim). Jedino možemo birati između 'birokratiziranja' i 'diletantiziranja' uprave.« (Weber: 1980, 175)

³⁸ »Vlast formalistične **neosobnosti**: *sine ira et studio*, bez mržnje i strasti, pa stoga i bez 'ljubavi' i 'entuzijazma', pod pritiskom pukih pojmova dužnosti; 'bez osobnoga ugleda', formalno jednak sa 'svakim', tj. zanimljiv za svakoga tko bi se mogao naći u istom *faktičnom* stanju, vlada idealni službenik svoje službe.« (Isto)

³⁹ »Demokracija je najgori oblik vlasti osim svih drugih oblika.« (W. Churchill)

⁴⁰ »A ako Krist nije uskrsnuo, uzalud je dakle propovijedanje naše, a uzalud je i vjera vaša.« (Sveto pismo, 1 Kor 15, 14)

⁴¹ »U potpuno razvijenoj političkoj zajednici postoji, prema tome, sistem kazuističkih poredaka kojima se pripisuje ona specifična 'legitimnost': to je 'pravni poredak'.« (M. Weber: 1976, I, 10). Taj dio se ne nalazi u Winckelmannovu izdanju!

staro i postojeće, ne vjeruje se u bezgrešnost vođa, u kojima se zna i vidi više nego ikada ranije, u kojima se ništa ne može sakriti, u kojima se vlada uz organizaciju, u kojoj svakodnevno mijenjamo uloge i mijenjaju se zahtjevi i norme koji nas vode, u kojima status ne određuje sve, **racionalno i proračunato ponašanje je temelj legitimnosti** sistema u cjelini, posebno političkog poretka, a još uže i pravnog sistema. Važan element pritom jest visok stupanj individualne slobode i ustavna jamstva (danas i međunarodni standardi!, npr. ljudska prava), jer se više ni tehnički suverena državna vlast ne javlja u proizvodnji i stvaranju normi.

Međutim sve dok postoji država i dok raste pravo, dok postoji javni poredak, on mora biti pravno legitiman, jer je i sredstvo koje ga stvara i provodi pravo.⁴² Svrhovito-racionalno (*zweckrational*) **legitimiranje političkog poretka mora se utemeljiti u procedurama donošenja i primjene zakona.** »*Sociološko posmatranje normalno polazi od činjenice da 'faktičke' moći zapovjedanja obično pretenduju na to da predstavljaju deo promatranog 'poretka' čije se postojanje 'zasniva na zakonu'. Stoga se u sociologiji nužno operiše jurističkim pojmovnim aparatom.*«⁴³

Vrlo često, a pogrešno, tumačenje Weberove teorije legitimnosti svodi se na ponavljanje tipova političke vlasti, što je daleko od njegova rafiniranog pristupa, u kojem se racionalizacija odnosi na ukupnu promjenu društva, osobito na nastanak birokratske organizacije i refleksi tih promjena na svijet i životne nazore ljudi. Weber posebno razmatra različite razvojne faze i pojavne forme prava. Proučavajući istočne religijske sisteme i kulture, Weber je postajao sve više uvjeren da se moderni pravni poredak temelji na racionalnom pravu određenih povijesnih okolnosti. Istina, razlikuje posebne stupnjeve razvoja prava: »s teorijskoga gledišta, opći razvoj prava može se promatrati kao prijelaz kroz tri sljedeće faze: prvo, karizmatička pravna vlast kroz 'pravo proroka'; drugo, stvaranje i tumačenje prava od strane pravnih znalaca; treće, nametanje prava svjetovnih ili teokratskih moćnika; te četvrto i konačno, sistematska elaboracija prava i profesionalno administriranje pravde od strane osoba koje su prošle pravnu izobrazbu i obuku u formalno logičkom obliku.« (*Eine wissenschaftliche Lehre vom öffentlichen Recht hat nur der Okzident entwickelt, weil nur hier der politische Verband ganz den Charakter der Anstalt mit rational gegliederten Kompetenzen*

⁴² »Legitimnost nekoga poretka može biti zajamčena: I. čisto iznutra njegovim samoorganiziranjem; 2. čisto afektivno, njegovim predavanjem osjećajima; vrijednosno-racionalno: vjerom u njegovo apsolutno važenje kao izraz potonje obvezujućih vrijednosti (čudorednih, estetskih ili bilo kojih drugih); 4. religiozno, vjerom u ovisnost Gospodara spasenja o njihovom uzdržanju; II. i (ili: samo) očekivanjem neobičnih izvanjskih posljedica, dakle: uvjetovano zanimanjem, no i očekivanjima posebne vrste. Jedan bi poredak trebao značiti: ... b) *pravo* ukoliko je ono zajamčeno šansom [mogućnošću] fizičke ili psihičke prisile, prisile koja želi iznuditi ili njegovo održanje ili ga dovesti u sumnju, a to je djelo čovjeka koji je *samome sebi mjera*.« (Isto, 23)

⁴³ M. Weber: 1976, I, 51.

und Gewaltenteilung angenommen hat).⁴⁴ Utvrđuje da postoji simultano djelovanje »pravno-tehničkih elemenata«, odnosno unutrašnje logike razvoja prava kao sredstva (instrumenta) političke pobjede demokracije, koja pojedincima daje slobodu i osobna prava (»strukture političke organizacije«), te ekonomskim uvjetima (»indirektna ekonomska uvjetovanost«)⁴⁵. Pravom (modernim pravom) smatramo ciljno racionalno shvaćanje norme kao instrumenta za postizanje društvene regulacije. Takvo pravo se »izdiferenciralo« iz sinkretičkih skupova normi u predmodernom društvu, dakle normi koje se nisu razlikovale prema tome pripadaju li običaju, moralu, religiji ili nečem drugom.

Proces racionalizacije prava ima više obilježja koja pravu daju novu i višu instrumentalnu kvalitetu. Izdvojeno od drugih normi, pravo se razvija i mijenja u sljedećim dimenzijama⁴⁶:

sekularizacija – pravo gubi obilježja objave i religijsku legitimaciju i uporište u religioznim normama. Ono je rezultat racionalne, na cilj usmjerene odluke zakonodavca i ima demokratsku legitimaciju opće volje;⁴⁷

generalizacija – pravo razloge svojega djelovanja i načina primjene svodi na više načela koja se prividno kao pretpostavke primjenjuju na svaki pojedini slučaj. Pravo djeluje tako da definira pretpostavke i opise slučaja (hipoteza) i iz toga izvodi pravilo za ponašanje koje se mora poštivati pod prijetnjom prisile;

tipizacija – pravo se temelji na rutinskoj primjeni istih pravila, bez izuzetka, u istim slučajevima;

sistematizacija – pravo teži stvaranju jedinstvenog poretka normi koje su unutar sebe logične i koherentne, koje ne dopuštaju praznine i situacije koje se pravom ne mogu riješiti, koje konstruiraju u sebe zatvoreni logički svijet. Ne uvijek i nužno vezano za stvarnost (*quod non est in actis non est in mundo*). Sistematizacija je proizvod kasnih faza razvoja pravnog sistema kada nastaje i puna mjera ciljno-racionalne legitimacije (opravdanja). »Tek apstrakcija koja uključuje tumačenje smisla

⁴⁴ »Samo se na Zapadu razvilo znanstveno učenje o javnom pravu zato što je samo tu politički organizirana grupa potpuno dobila karakter institucije s racionalno povezanim nadležnostima i podjelom vlasti.« (M. Weber: 1980, 393)

⁴⁵ Treba podsjetiti da njegovo objašnjenje birokracije započinje na sličan način. Navedimo podnaslove i osnovne teme: »Pretpostavke i uzroci birokratizacije« (robno-novčana privreda; kvantitativni porast upravnih zadataka; velika država i masovna politička stranka; intenzivno i kvalitativno proširenje i unutrašnje razvijanje obujma pravnih zadataka; tehničke prednosti birokratske organizacije; formalna pravna jednakost; racionalna primjena prava...) (M. Weber: 1980, 650–678)

⁴⁶ Slično i E. Pusić: 1989, 49.

⁴⁷ O tim slučajevima usp. http://books.google.com/books?id=pSdaNuIaUUEC&pg=PA785&hl=hr&source=gbs_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false799

omogućuje pojavu specifičnog sistemskog zadatka: pojedina pravna pravila sabrati i racionalizirati logičkim sredstvima u spoj apstraktnih pravnih postavki koje ne sadrže proturječnostik;

formalizam – pravo teži rutinizaciji postupaka koji opravdavaju konačnu odluku redukcijom sadržaja normi na dozvoljene oblike. Naprimjer, iako postoji velik broj načina utvrđenja činjenica, pravo će dopustiti samo neke;⁴⁸

profesionalizacija – pravo više nije domena u kojoj se snalaze ljudi koji nisu prošli poseban postupak učenja. Profesionalnost znači daleko više od posjedovanja znanja i vještina, ona znači i poseban etički stav prema poslu (rad je poziv), plaću za rad te odvojenost privatnog i poslovnog svijeta i života;

pozitivizacija – otkriće mogućnosti da se pravo stvara, mijenja i provodi voljom nadležnog tijela. Predmoderna prava morala su svoje važenje opravdanja tražiti u tradiciji, proročkoj objavi, karizmi vladara ili božjoj volji. Pozitivno pravo stvara nadležno tijelo i ono važi i legitimno je ako su se pritom poštivale ustavne i zakonske ovlasti, predviđeni racionalni postupci i slična utvrđena pravila.

Upravo zbog ovih posebnih obilježja modernog prava postoji neraskidiva veza birokratske organizacije i formalnoga racionalnog prava. Dapače, teoretičari modernizacije i poglavito Talcott Parsons, stvarni Weberov učenik, smatrali su ta dva povezana obilježja glavnom osobinom modernog društva. Na umu treba imati činjenicu da Weber pod birokracijom podrazumijeva određeni tip organizacije, a ne upravu ili izvršnu vlast. Birokracija je ustroj organizacije koji postoji ne samo u državnim tijelima, već i u poduzećima, ustanovama i slično. Primjerice moderno sudstvo je u mnogome birokratska organizacija, jer se temelji na striktnoj podjeli nadležnosti, hijerarhiji, profesionalnosti, plaći, jamstvima profesionalne sigurnosti i slično.

Talcott Parsons ukazuje na to da se pravni poredak, kao i svaki velik i složeni društveni sistem, ne može održati ako podložnost velikom dijelu njegova normativnog poretka nije učinjena *obveznom*, ako ne postoji realna prijetnja prisile te sankcije za nepoštovanje normi. Društva stvaraju sisteme alokacije moći, političke sisteme koji se ne svode na puke organizacije prisile, već na dinamične sisteme djelovanje kojih **usmjeravaju i legitimiziraju** dobrovoljno i svjesno prihvaćene norme. Razvojem društava u okvirima socijalne zajednice politički poredak zauzima sve važniju ulogu i kompleksna normativna regulacija sve više postaje rezultat formaliziranih postupaka normativne regulacije (zakonodavna regulacija i legitimizacija sudskih odluka). Nastaju i odgovarajuće strukturne i organizacijske pretpostavke takvog djelovanja (*država*). Njihovo uredno djelovanje i društvena funkcija jamče se upravo određenim tipom legitimizacije, izraženim u prihvaćanju vlasti, društvenom politič-

⁴⁸ Usp. D. Kennedy: 2004, 148.

kom konsenzusu. Društvo mora ustrojiti socijalnu zajednicu koja ima dovoljnu razinu integracije ili solidarnosti i određen status članstva (građana) – odnosno *postizanje ciljeva kao uređenu funkciju socijalne zajednice*. Pri tome je, u sadržajnom smislu, sporedno koji je temelj legitimizacije, važno je jedino da je legitimizacija stvarna i da postoji minimalna učinkovitost upotrebe društvene moći te da je sistem legitimizacije usklađen sa zahtjevima njemu nadređenog sistema kulture. Ne bi trebalo zaključiti da Parsons ignorira činjenicu da se »dragovoljnost« može postići na različite načine, a da svjesno prihvaćanje poretka može biti rezultat svekolike manipulacije. On polazi od stava da ni jedan politički poredak ne može opstati na samoj sili i da se mora legitimizirati. Dragovoljnost ili manipulacija pritom su sasvim sporedni i rezultat su naših vrijednosnih stavova o tome. Sporedno je je li »kulturna revolucija« u Kini bila zločin protiv naroda i surova represija, no nesumnjivo je da je vjera u »velikog vođu« u tom razdoblju zamijenila svaki drugi oblik legitimizacije. Poredak je jednostavno počivao na raširenoj vjeri (i prikrivenoj sumnji i mržnji) u mudrost »voljenog vođe i predsjednika Maoa«.

Konačno, socijalna zajednica, kako Parsons naziva funkciju normativne regulacije, integrira i sadrži norme koje su specifično usmjerene na ostvarenje radnih uloga, sistem adaptacije/ekonomije.⁴⁹

»Možda je najznačajnija funkcija socijalne zajednice da artikulira **sistem** normi s kolektivnom organizacijom koja ima jedinstvo i kohezivnost. Slijedeći Webera, **normativni aspekt sistema nazivamo sistemom legitimnog poretka**«, odnosno, nešto drukčije rečeno, »primarna funkcija tog (socijalna zajednica) integrativnog subsistema obveza je lojalnosti socijalnoj zajednici... Tijela vlasti općenito su agenti koji pozivaju na socijalnu lojalnost, ali su istodobno agenti primjene pridruženih normi.«⁵⁰

Izvor normi jest u društvenim vrijednostima, tj. u sistemu kulture koji je osnova »legitimizacije, odnosno opravdanja legitimnog poretka društva«⁵¹. Sistemi legitimiranja određuju razloge za prava članova, kao i za zabrane koje im se nameću.

⁴⁹ Weberova analiza kapitalizma nedvosmisleno je pokazala da su i kultura i gospodarstvo i politika nerazdvojno povezani. Socijalna zajednica je mehanizam koji integrira navedene zahtjeve u nerazdvojnu cjelinu, ona je mehanizam osiguranja poštovanja društvenih normi, lojalnosti društvenim normativnim poredcima, jamstvo da će posebni normativni zahtjevi kulture, političkog sistema ili ekonomije biti poštovani i primijenjeni.

⁵⁰ T. Parsons: 1966, 1714.

⁵¹ Sistem kulture, shodno ideji o kibernetičkoj hijerarhiji sistema, svojom informacijskom složenosti nadređen je poretku (socijalnoj zajednici). Ta nadređenost ostvaruje se u prvom redu »institucionalizacijom vrijednosnih sistema koji su istodobno dio i socijalnog i kulturnog sistema. Potom njegove podvrijednosti (*subvalues*), koje su specifikacija općih vrijednosnih obrazaca, postaju dijelovi svake konkretne norme koja je integrirana u normativni poredak.«

»Društvo mora tvoriti društvenu zajednicu koja ima prihvatljivu razinu integracije ili solidarnosti ... [zajednica mora imati] kulturni sistem dovoljno generaliziran i integriran kako bi opravdao nor-

Prije svega, iako ne isključivo, naglasio sam da **upotreba vlasti zahtijeva opravdanje**. Sekundarno i posredno (preko sistema kulture) na legitimizaciju normi utječe i najviša stvarnost (*ultimate reality*), štoviše temeljna načela legitimizacije poretka uvijek se pozivaju na transcendentalne vrijednosti (božja objava, revolucija, oslobođenje, prirodna prava).

Da bi pravo funkcioniralo, nije dovoljno samo slaganje s vrijednosnim sistemima (*value commitments*), uvjerenje i poziv na svijest, već i određena mjera prisile. Da bi pravo obavilo taj zadatak, mora biti i samo diferencirano i integrirano principima interpretacije i primjene prava te mrežom institucija koje osiguravaju njegovu jedinstvenost, kao što je npr. pravna profesija i sistem pravosudnih institucija. To je osnova autonomizacije prava, u smislu njegova konstituiranja kao posebnog, samostalnog, autonomnog sistema. »Autonomni pravni sistem rezultat je funkcionalne specijalizacije, nastale istovremeno sa stvaranjem socijalnih normi kao separatnog elementa normativne strukture.«⁵²

U modernim i razvijenim društvima normativni elementi visoko su diferencirani na svakoj od navedenih razina. Pojava formalnog prava značila je bitan skok u regulacijskom kapacitetu socijalne zajednice, no pojava racionalnog prava za cijeli red veličine povećava mogućnosti normativnog utjecaja na ponašanje ljudi.

Moderne pravne poretke legitimizira procedura i formalizam (*formal rationality*) u oblicima nepoznatim predmodernom svijetu. *Moderni pravni poredci moraju naglasiti faktor postupka, koji je različit od samostalnih propisa i standarda. Tek na osnovi postupovnog prvenstva poredak se može nositi sa širokim rasponom promjenljivih okolnosti...*⁵³

Promjena se odvija na nekoliko različitih razina – pojavom specijalističkog obrazovanja pravnika, posebne profesije, nastankom pisanih kodifikacija, obvezatne prakse – presedana, sudskog postupka, pravne teorije. »Problem je odrediti vrstu zakona, institucionalizacija kojega znači prijelaz od prijelaznog k modernom društvu. Jasno je da organizacija zakona (norma) mora biti vrlo uopćena, u skladu s univerzalističkim načelima. Taj faktor više od svih drugih priječi da se impozantni sistemi poput zakona Talmuda ili tradicionalnog islama označe kao **moderni zakoni**. Njima naime nedostaje razina općenitosti koju ju je Weber nazvao **formalnom racionalnošću**. Moderni pravni sistemi moraju također naglašavati faktor **postupka**, za razliku od materijalno-pravnih propisa i standarda. Samo zahvaljujući prednosti

mativni poredak. Takva legitimacija zahtijeva sistem konstitutivnog simbolizma... – vjerovanja, obredi... kako bi dovoljno dobro udovoljila društvenim potrebama.« (Isto, 17)

⁵² Isto, 53.

⁵³ Isto, 27.

postupka sistem može odoljeti velikom broju promijenjenih okolnosti i karaktera slučajeva, a da se unaprijed ne opredijeli za određena rješenja.«⁵⁴

Najznačajniji je učinak racionalizacije osamostaljivanje prava. »Pravo postaje **općenito** u primjeni te prestaje biti partikularističko... Zapadno pravo je **sekularno** i snažno uobličeno **formalnim** zahtjevima, kao i posebnim sadržajnim ciljevima (koji su izraz tehničkih zahtjeva funkcioniranja – op. a.); njegova funkcija nije osnažiti moralne vrijednosti, već poticati organsku solidarnost (u Durkheimovu smislu)«

Pravo je uspješnije od ostalih oblika normativne regulacije, upravo zbog porasle složenosti s kojom se može nositi. Dok se primjerice kulturni obrasci mogu reproducirati uz velike teškoće socijalizacije i uniformnosti, pravo dopušta punu složenost i različitost pojedinaca, tretirajući ih kao jednako podložne apstraktnoj i bezličnoj normi.⁵⁵ Dok je za društvene vrijednosti nerazrješiv problem podrijetla, različitosti identifikacija, tradicija i sl., za pravo takva pitanja ne predstavljaju poteškoću, jer podložnost teritorijalnoj vlasti (državi) i nastanak pojma građana znači i mogućnost da se unutar njim pravnim mehanizmima riješi svaka poteškoća koja bi proizašla iz takvih različitosti.

Taj proces diferencijacije prava samo je poseban slučaj opće tendencije mijenjanja svih društvenih sistema, pa i šire: svih sistema općenito – tendencije porasta funkcionalne specijalizacije, diferencijacije u kojoj novostvoreni elementi imaju nove definirane zadatke, uređene promijenjenim tipovima vrijednosti i normi. Diferencijacija je opći proces porasta složenosti sistema koji omogućava prilagođavanje okolini i njegovu drukčiju, učinkovitiju unutrašnju povezanost. »Da bi diferencijacija proizvela uravnotežen, bolje razvijen sistem, svaka tek izdvojena podstruktura mora posjedovati povećanu mogućnost prilagodbe za obavljanje svoje primarne funkcije... napredak prilagodbom zahtijeva, prema tome, da se **specijalne funkcionalne sposobnosti oslobode pripadnosti difuznijim strukturnim jedinicama**.«

Odvajanje prava od društva pretpostavka je njegove učinkovitosti u tehničkom smislu, no neodvojivo je od postizanja njegove učinkovitosti u društvenom smislu. Izdvajanje pretpostavlja vjeru u pravednost i legitimnost prava, vjeru u uspješnost i formalnu ispravnost postupaka i stvarne učinkovitosti stvaranja i primjene prava. Danas je najčešći oblik legitimnosti vjera u zakonitost, suglasnost s pravilima koja su formalno točna i koja su nametnuta prihvaćenim

⁵⁴ Isto, 27.

⁵⁵ Pravo se mijenja i u drugim dimenzijama: prestaje biti uputa za funkcioniranje sredstava prisile u poretku; konstituiranje samostalnog zakonodavstva (i ustavnog prava), odvajanje zakonodavstva od izvršne vlasti i njezino ustavno ograničenje, uz izgradnju samoregulativnih mehanizama integracije pravnog sistema (sudovi, profesija, pravna vještina, instancijska kontrola, ljudska prava) omogućava vrlo veliku kompleksnost prava i njegovu iznimnu tehničko-instrumentalnu vrijednost u integraciji sistema društva, društvenog sistema, sistema akcije.

postupkom. Razlika između poretka dobivenog dobrovoljnim dogovorom i onog koji je nametnut samo je relativna. Jer ako temeljni dogovor iza poretka nije konsenzualan, kako je u prošlosti često bilo smatrano potrebnim za potpunu legitimnost, njegovo funkcioniranje unutar društvene skupine ovisit će o stvarnoj suglasnosti pojedinih osoba s devijantnim željama da popuste pred većinom. To je čest slučaj, koji zapravo znači da se poredak nameće manjini. Istodobno, često se događa da manjine, silom ili uporabom okrutnijih i svjesnijih metoda, nametnu poredak koji vremenom oni koji su se isprva bunili protiv njega počnu smatrati legitimnim.⁵⁶

4. Legitimizacija procedurom: Luhmann

Moderna društva, pokazano je, posebnu važnost pripisuju legitimizaciju kroz procedure. Ne radi se o ritualnim normama sudskih ili upravnih postupaka, već legitimizaciji cijelog sistema »administriranja pravdom«, poštivanje osjećaja ispravnosti formalnih postupaka utvrđenja zakona i prava. Bilo da se radi o zakonodavcu, izvršnoj vlasti ili sudu, njihova djelatnost prosuđuje se nejasnim osjećajem društva u pravičnost (*fairness*). Takav stav nije rezultat sistematiziranih postupovnih iskustava, niti je posljedica znanstvene specijalizacije, već shvaćanja da pravo rješava sve više odnosa, nekad nepoznatih iskustvu, gdje supstancijalnih iskustava nema, da pravo nosi teret rješavanja i regulacije visoko složenih društava. U tom objašnjenju unutarnje strukture i djelovanja modernog prava teorijski je najdotjeraniji pokušaj Niklasa Luhmanna. Polazna točka njegova istraživanja je ideja redukcije kompleksnosti u djelovanju sistema. Ljudi se u svojim interakcijama susreću sa strahovitom neizvjesnošću. Ne znamo što će učiniti drugi i živimo u situaciji uzajamnih očekivanja, zapravo međusobnih neizvjesnosti. Osobina ljudskih interakcija jest da se normativnim zapovijedima, vrijednosnim orijentacijama i doživljajem situacije uklanja ta neizvjesnost. No mehanizam prepoznavanja situacije nipošto nije jednostavan. Neizvjesnost ne može ukloniti navika i tradicija, vjera ili vrijednosti, nikakve druge norme, nego pravo. Izvjesnost je izraz sličnosti (kulture), a »slučajnosti se tumače kao razlike, koje se temelje na shemi značenja«.⁵⁷

Izvor takve ideje o dvostrukoj slučajnosti (*doppelte Kontingenz*) jest naravno teorija društvene akcije Talcotta Parsonsa,⁵⁸ no Luhmann daleko više naglasak stavlja na ulogu pravnih normi. Pravo je sredstvo redukcije kompleksnosti mentalnih slika pojedinaca u interakciji, ono je temelj međusobnih očekivanja. Pravo štiti očekivanja i daje im realnu normativnu bazu. Pravo uspostavlja formalne procedure i

⁵⁶ Max Weber o pravu u ekonomiji i društvu (M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 2. izd., 1925). Uvod Edward Shils i Max Rheinstein, Simon and Schuster, New York, 1954. http://www.ne.jp/asahi/moriyuki/abukuma/weber/method/basic/basic_concept_frame.html

⁵⁷ Usp. N. Luhmann: 1987, 232.

⁵⁸ T. Parsons: 1949; 1951.

protokole ponašanja i od potencijalno nestabilne i nepredvidljive situacije stvara izvjesnost i predvidljivost očekivanja. Procedure položaje pretvaraju u postupovne uloge, te njihovi položaji prestaju biti osobna očekivanja i postaju ograničeni vanjskim pravilima procedure. Odvija se proces depersonalizacije slučaja na pravno relevantne elemente i očekivanja se reduciraju i hlade. Složenost raspada braka: svi oni, neopisivo složeni i za aktere važne stvari, u normativnom, moralnom ili habitualnom smislu, pojednostavljuju se na osnovna pravno relevantna pitanja o volji nastavka zajednice, fakticiteta nesuglasja, interesima djece, podjeli imovine. Izmjena uvreda se u pravnom preoblikovanju pretvara u elementarne procjene o trenutačnom stanju stvari i pravni jezik. Ono što je jedino važno jest fenomen prihvaćanja pravnog rezultata i tumačenja dobivenog postupkom i pravnom interpretacijom. Društvo očekuje i stvara pritisak na aktere da prihvate pravorijek, bilo da se pomire sa svojom pravnom pozicijom, bilo da ju preispituju ili traže intervenciju trećih. Društvo teži stabilnosti i ne može dozvoliti eskalacije neizvjesnosti.

Još u ranim radovima⁵⁹ Luhmann je naglašavao kako je osnova učinkovitosti prava njegova stalna strukturalna pojava izdiferenciranih institucija i postupaka.

Niklas Luhmann je vjerojatno najcitiraniji suvremeni teoretičar prava. Većina njegovih knjiga (napisao je 70 knjiga na više od 40 jezika⁶⁰) i članaka (ukupno 400) posvećena je pravu i pravnoj teoriji, ali nažalost nisu pridonijeli razumijevanju njegova stava. Tome je najviše kriv on sam, zbog stila izlaganja⁶¹, zbog stalnih promjena i variranja polazišta analize, stvaranja specifičnog skupa pojmova (*Autopoiesis*, *doppelte Kontingenz* i sl.), mijenjanja stavova, evazivnih tvrdnji i čestog naglašavanja paradoksa. Impozantan utjecaj vidljiv je i iz različitih studija i komentara, pa čak i njegovih protivnika,⁶² koji mu daju važnost ravnu Weberu, Marxu ili Durkheimu. Proliferacija radova o njemu i činjenica da je njegovo djelo zaokruženo izdanjem studija o znanosti, ekonomiji, politici, medijima, religiji, semantici te konačno i pravu, prije je nažalost mnoge zbunila nego razjasnila njegov stav. Pokušaji pojednostavlivanja te visokoapstraktne konstrukcije nisu sasvim uspjeli⁶³. Niklas Luhmann stu-

⁵⁹ Usp. npr. N. Luhmann: 1972.

⁶⁰ Usp. internetsku natuknicu »Soziologische Klassiker/Luhmann, Niklas« – Wikibooks, Sammlung freier Lehr-, Sach- und Fachbücher, http://de.wikibooks.org/wiki/Soziologische_Klassiker/_Luhmann,_Niklas

⁶¹ To je dobro uočio M. Hermersdörfer (1996, 9): »Možda bi se moglo još jednom kazati s Kunderom: 'Bilo mu je jasno da od svoje mladosti ne radi ništa drugo nego govori, piše i drži predavanja, oblikuje rečenice, traga za formulacijama i poboljšava ih, tako da mu se naposljetku nijedna riječ nije činila preciznom te mu se razvodnio smisao'«.

⁶² Usp. J. Habermas/N. Luhmann: 1976; J. Habermas: 1981; J. Dieckmann: 2004; J. Hörisch: 2007; J. H. Turner: 1986; R. Münch: 1988: 2004.

⁶³ Naš simplificirani uvodni prikaz u osnovi slijedi studije: M. Berghaus: 2004; J. Dieckmann: 2009; M. King, C. Tornhill: 2004; J. H. Turner: 1986; <http://www.forum-recht-online.de/2000/300/300henze.htm>

dirao je, i to je u mnogo čemu ostavilo traga, kod Talcotta Parsons. Od Parsons ne preuzima samo stil i pojmove, nego i složeno shvaćanje o funkcijama i strukturama društvenih sistema. Zapravo, i uz značajne razlike, to su dva srodna i međusobno komplementarna sistema: Luhmanna se ne može razumjeti bez reference na Parsons.

Niklas Luhmann pokušao je formulirati univerzalnu teoriju sistema koja bi bila sinteza glavnih socioloških teorija, a istovremeno stvoriti sveobuhvatnu i univerzalnu teoriju koja bi prevladala disciplinarnu granice i izolaciju pojedinih znanstvenih područja, koja bi jasno obuhvatila sve društvene fenomene.⁶⁴ Sinteza i prevladavanje razlika između teorijskih koncepata ne ide bez visoke razine općenitosti pojmovne apstrakcije, inovacija u terminima i pojmovne reklasifikacije. Usprkos tomu tema koja se neprestano ponavlja jest pitanje konstrukcije društvenih sistema.

Luhmann tvrdi da su društva sistemi⁶⁵ koji se prepoznaju diferenciranjem od okoline⁶⁶. Diferencija od okoline dinamički je proces. Sistemi su otoci stabilizirane strukture i djelovanja u kaotičnoj, kontingentnoj i kompleksnoj okolini. Središnja značajka svijeta, smatra Luhmann, jest visoka složenost. On pretpostavlja da je okolina sistema – osobito društvenih – vrlo složena⁶⁷. Visoku složenost Luhmann objašnjava ponajprije činjenicom da u načelu postoji beskonačan broj događaja u svijetu koji se događaju između tih sistema i u okolini, te da postoje razni međudodnosi koji se reflektiraju na odnos i razmjenu s okolinom. Visoku složenost svijeta često Luhmann označava i pojmom kontingentnosti⁶⁸, odnosno beskrajne raznolikosti.⁶⁹

⁶⁴ N. Luhmann: 2009, 11–13.

⁶⁵ »Pojam 'sistema' znači 'ono što je sastavljeno' (od starogrčkoga: 'systema'). Jedna klasična definicija pojma sistema glasi: 'Kao sistem treba se označiti skup objekata uključujući i njihova svojstva koja su kao elementi povezana preko relacija'. No kako Niklas Luhmann upotrebljava taj pojam? Luhmannu je prije svega stalo do pojma 'diferencije'. Jedan se sistem po Luhmannu konstituira posredstvom granice, naime posredstvom one granice između sistema i okoline (vodeća diferencija), čitaj: jedan 'sistem' 'jest' diferencija između sistema i okoline'. U okviru teorije sistema okolina jednoga sistema predstavlja sve što je s onu stranu granice sistema. Glavna zadaća jednoga sistema a time i glavna zadaća povlačenja granice opet je redukcija kompleksnosti. To jedan sistem postiže zahvaljujući 'relativnoj otvorenosti' (...), tj. jedan sistem dobiva *Input* iz okoline i transformira ga prema vlastitim strukturama. Time se može generirati *Output* (npr. postignuće).« (N. Luhmann: 1991, 15). Isto vidi E. Pusić: 1989, 612–664; J. Dieckmann: 2004, 12, 35.

⁶⁶ »Čarobna formula koja objašnjava emergenciju, pojavu svih tih djelomičnih sistema društva, glasi 'funkcionalna diferencijacija'. Što jednostavno znači: već prema krugu problema i funkcija za rješavanje svakog problema nadležni su različiti sistemi koji su profilirani jedni nasuprot drugima.« (J. Hörisch: 2007, 214)

⁶⁷ N. Luhmann: 2009, 11–13.

⁶⁸ N. Luhmann 1995, 262–283.

⁶⁹ »Središnje svojstvo, koje Niklas Luhmann pripisuje svijetu, jest kompleksnost. On pretpostavlja da je svijet – prije svega društveni svijet – visoko kompleksan te da ga tako doživljavaju i ljudi. Visoku kompleksnost Luhmann objašnjava sebi prije svega time što postoji principijelno beskonačno mnogo

Shvatiti sistem zahtijeva napor apstrahiranja, uz suzdržavanje od vizualizacije. Okolina društvenog sistema su ljudi, ali i materijalni, informatički i energetski elementi. Pojam sistema je dinamičan i kontraintuitivan.

Luhmann tvrdi da društveni svijet nije slučajan slijed događaja i interakcija te da se interakcije temelje ne samo na vještinama, motivacijama i osobinama aktera, već prije svega na očekivanjima. Također tvrdi da postojanje društvenih sistema koji određuju »slijed događaja, pojava socijalnih akcija i tijekom socijalne interakcije« znači naddeterminiranost sistema akteru. Očekivanja su orijentacije, koje u odnosu na očekivanja drugih čine društvenu interakciju predvidljivom.⁷⁰ Na koji način? »Mogu prikupljati i obrađivati (socijalne funkcije) sistema te smanjiti složenost i na taj način učiniti svijet prilagođenim ljudskoj potrebi za minimumom poretka, tako orijentiran čovjek i planira djelovati u svijetu.«⁷¹ Društveni sistem je dakle uvijek manje složen od svoje okoline.

Društveni sistemi su vrsta sistema. Okolina je, prema prirodi stvari, beskrajno raznolika i njezina složenost se u djelovanju sistema reducira na podnošljivu razinu, onoliko kompleksnost koliko je sistem trpi i kontrolira, koristi i razumije. Takva redukcija i odraz složenosti okoline na složenost sistema odvija se primarno na razini samoreferentne organiziranosti sistema.

Luhmann razlikuje tri oblika društvenog sistema: interaktivne sisteme (razinu interakcija), organizacijske sisteme (razinu institucija i organizacija) te društvene sisteme (društva, socijalna razina). Društveni sistem je sistem najvišeg reda, jer sadrži sve ostale sisteme. Luhmann je ponajprije sociolog pa nije čudo da se najviše bavio socijalnim sistemima.

događaja u svijetu te da se među tim događajima može javiti mnoštvo odnosa. Visoku kompleksnost svijeta Luhmann često izražava pojmom 'kontingentnosti'. 'Visoka kontingentnost događaja znači da bi sve što jest moglo biti i drugačije.« (R. Münch: 2004, 179–232)

⁷⁰ »Sada Luhmann tvrdi da uzajamno očekivanje od dvostruke kontingentnosti već u sebi nosi prvi strukturirajući, uređujući princip, budući da to sudionike prisiljava da konstruiraju jedan (društveni) sistem međusobnih očekivanja koja se odnose jedna prema drugima. 'No ipak postoji jedan naredni korak koji dovodi do uspostave reda u takvome sistemu: svaka radnja, koja omogućuje priključak na neku drugu radnju, vjerojatno se utvrđuje i dalje provodi.' Opisane mogućnosti priključka radnji, odnosno komunikacije, (...) Luhmann obrazlaže fundamentalnom potrebom sudionika da reduciraju kompleksnost. Posredstvom interakcije sudionika na temelju dvostruke kontingentnosti i njihove potrebe za redukcijom kompleksnosti nastaje jedan socijalni sistem, 'sistem međusobno usmjerenih očekivanja i radnji koji se sastoji od komunikacije, sistem koji dobiva jednu vlastitu kvalitetu. On nastaje iz svijesti svakoga pojedinca i k tomu se razlikuje od svijesti obojice'. Time Luhmann može oblikovati socijalne sisteme i manje-više neovisno o psihičkim sistemima (odnosno sudionicima)« http://de.wikibooks.org/wiki/Soziologische_Klassiker/_Luhmann,_Niklas#cite_note-0

⁷¹ »Sadržaji teorije sistema mogu se koristiti i kao njezina kritika: Luhmannova teorija polazi od toga da promatrač vidi samo ono što može vidjeti, za sve drugo on je 'slijep'. Kada se 'promatra' pomoću teorije sistema, moglo bi se pretpostaviti da smo jednako tako slijepi za mnogo toga.« (Isto)

Autopoiesis (samoreferentnost) je pojam koji Luhmann navodi kako bi istaknuo činjenicu da složeni sistemi grade sistem vlastitog unutrašnjeg strukturiranja i samorazumijevanja, mogućnost da sami utvrđuju informacije o odnosu s okolinom. Takvi sistemi su interaktivni s okolinom, utječu na okoliš i obradom složenosti okoliša čuvaju svoju autonomiju. To su operativno zatvoreni sistemi (*das operative Geschlossenheit*), jer je proces zbog svoje unutarnje strukture i unutarnjih kodova relativno izoliran od okoline. Sistem preslikava okolinu samotvorbom. Luhmann govori o »otvorenosti prema zatvaranju«: pripravnik, zatvorena narav sistema i sposobnost sukladno internom sistemu uvjeta na okoliš, pristup, maksimalna otvorenost, dopuštena složenost okoliša⁷². Svakog trenutka postojanja sistema njegova spoznaja o odnosu s okolinom ne znači izoliranost, već interakciju uz svijest o svojem postojanju. Naprimjer pravni sistem mora odraziti zahtjeve društvenog sistema koji mu je okolina, a društveni sistem iskoristiti pravo kao samosvojni mehanizam odnosa s okolinom. Opća očekivanja, vrijednosti i shvaćanja transponiraju se u sistem posredovanjem prava.⁷³

S vremenom rastu mogućnosti sistema da koristi potencijale okoline unutar njom diferencijacijom i nastankom novih mehanizama povezivanja sistema. Diferencijacija i identifikacija sistema ostvaruju se komunikativnim djelovanjem; kontingencija jedne strane uz kontingenciju druge strane komunikativnog odnosa stvara polja predvidljivosti. Društvo razvija samosvojne podsisteme kako bi se nosilo s dinamičnom prilagodbom okolini.

Prilagodba je posljedica promjene u odnosu s okolinom i istovremeno unutar nje povijesti rekombiniranja elemenata.⁷⁴ Pravo je jedan od takvih podsistema.⁷⁵ Društva se mijenjaju u smjeru sve višeg savladavanja kompleksnosti.

Jednostavno formulirano: normativna regulacija uvjet je opstanka cjelovitosti⁷⁶ društvenih sistema. Ona je posebna društvena funkcija. Evolucijom društava izdvaja se pravo kao glavni sistem normativne regulacije, razvijajući se unutar njom logikom specijalizacije i izdvajanja (od običaja, navika, morala, religije). Društvo time povećava sposobnost prilagodbe okolini, te i samo podnosi sve više složenosti.

Pravo se razvija istim smjerom, izdvajajući se iz sinkretičkog sistema normi, izdvajajući se, kao od drugih savršeniji, mehanizam normativne regulacije (*Ausdif-*

⁷² N. Luhmann: 43.

⁷³ »U odnosu na svoj kôd sistem operira kao zatvoreni sistem time što svako vrednovanje poput istinito/neistinito upućuje uvijek samo na suprotnu vrijednost istoga kôda, a nikada na druge, izvanjske vrijednosti. No programiranje sistema ujedno omogućuje da se razmotre izvanjske danosti, to znači da se fiksiraju uvjeti pod kojima se postavlja jedna ili druga vrijednost.« (Isto)

⁷⁴ N. Luhmann: 1995, 262–283.

⁷⁵ Usp. D. Michailakis: 1995, 323–337.

⁷⁶ Luhmann smatra da je pozivanje na funkciju prava kao mehanizma preusko i da ne odgovara na marksističku tezu u disfunkcionalnosti kad brani posebne interese. Usp. N. Luhmann: 1993, 125.

ferenzierung). Od arhajskog prava (*archaisches Recht*), prava prednovovjekovnih visokih kultura (*Recht vorneuzeitlicher Hochkulturen*), do sistema pozitivnog prava. Pozitivno pravo gubi veze s drugim normativnim sistemima društva, izdvaja se u sistem pozitivnog prava koji je u tehničkom smislu za cijelu razinu složenosti (i institucija i sistematizacije i kongruentnosti) kompleksniji i učinkovitiji kao mehanizam integracije društava te usavršava društvenu adaptibilnost i prilagodbu korištenja potencijala, legitimitet pozitivno-pravnog sistema.⁷⁷

Funkcija prava, u odnosu na društveni sistem, nije puka integracija⁷⁸, već stvaranje izvjesnosti, redukcija slučajnosti u djelovanju sistema. Pravo je rijedak medij komunikacije⁷⁹ koji dozvoljava interaktivnost i varijabilnost, uz istovremenu stabilizaciju. Ono je istovremeno i kruto, predvidljivo, i fleksibilno i adaptabilno. Pravo je pravo i tautološka definicija dobro izražava njegovu relativnu izoliranost u funkcionalnom pogledu. »Funkcija prava je stvaranje i stabilizacija normativnih očekivanja«⁸⁰ i ograničenje varijeteta ponašanja. »Pravo se često predočava kao ograničavanje mogućnosti ponašanja.«⁸¹

Legitimitet sistema postiže se oslanjanjem na demokratske postupke, kako osiguranja legitimiteta stvaranja prava, selekcije političkih prioriteta i interesa tako i legitimizacijom prinude i provođenja. Izborne procedure i ustavni poredak, jer utvrđuju racionalne postupke, jamče legitimitet vlasti i stvaranja prava. Pravo, moderno racionalno i pozitivno pravo, autonoman je i razmjerno zatvoren sistem. »Pravo je sistem... ono je cjelina sastavljena od elemenata, pravnih propisa, povezanih u cjelinu zahtjevima međusobne neproturječnosti. Ono je cjelina podvojena od okoline, jasno određena sistemskim granicama s razmjerno visokim stupnjem autonomije. Ono je također samoreferentno; pravni sistem upućuje sam na sebe osobno, na svoje jedinstvo postulatom razmjerne stalnosti, tj. pravne sigurnosti, uvjetom ekonomičnosti, idealom pravednosti.«⁸² Pravo zbog operativnog djelovanja i funkcionalne efikasnosti nije sasvim odvojeno od okoline.⁸³

⁷⁷ Usp. N. Luhmann: 1972, 132–190; Isti: 1993, 239–297.

⁷⁸ N. Luhmann: 1993, 125–127.

⁷⁹ »Kod pravnih se normi radi o sklopu simbolički generaliziranih očekivanja. Time su ne samo dane generalizirane upute koje su ovisne o situaciji, nego simboli uvijek stoje i za nešto što je kao takvo nevidljivo i što ne može lako postati vidljivo – to je, dakle, u ovome slučaju budućnost.« (Isto, 121)

⁸⁰ Isto, 136.

⁸¹ Isto, 136.

⁸² E. Pusić: 1992, 16.

⁸³ »Pravni sistem Luhmann promatra kao normativno zatvoren i kognitivno otvoren.« (Hermsdörfer: 1993, 38)

Legitimnost je proces, a ne stanje (razlika prema Weberu) i oslanja se na institucionalizirani proces učenja, neprekidno mijenjanje struktura očekivanja. »Legitimnost možemo smatrati generaliziranom spremnošću da se unutar određenih granica tolerancije prihvate još neodređene odluke.«⁸⁴

Posebno je važno kako se legitimizira moderno pravo. Prije svega, moderno pravo kao metoda neraskidivi je dio moderne, pretežno birokratski racionalne države. »U onoj mjeri u kojoj se u toku civilizacijskog razvitka raste kompleksnost sistema... potrebno je nadvladati starije oblike neposrednog usuglašivanja i određivanja ispravnog... Kad socijalni sistem društva dostigne visoku kompleksnost i varijabilnost, tada se legitimizacija političke moći ne može više prepustiti moralu koji sebe predstavlja kao nešto prirodno, nego je treba postići u samom političkom sistemu... Osim toga treba osigurati da obavezne odluke budu prihvaćene kao premise ponašanja... Legitimacija kroz proceduru i jednakost šansi da se postignu povoljne odluke stupa na mjesto prirodno-pravnih obrazloženja ili metoda stvaranja konsenzusa... Procedure nailaze na neku vrst općeg priznanja, koje je neovisno od tome, koliko zadovoljava pojedina odluka, i posljedica je tog priznanja da se obavezne odluke prihvaćaju i poštuju.«⁸⁵

Smisao procedura nije utvrđivanje istine već legitimacija odluke, prihvaćanje postupka koji ćemo i ponoviti usprkos razočaranjima u našim shvaćanjima ili interesima. Naprimjer građani uglavnom izlaze na izbore i u tome ih ne smeta vjerojatnost ili sigurnost razočaranja, nepravednost sistema ili promidžbena manipulacija. Američki sistem izbora predsjednika, kompliciran i nepravedan, smatraju birači, daje dobre rezultate. Engleski sistem lokalnih izbora razlikuje se od hrvatskog, no i u jednom i u drugom slučaju rezultati se prihvaćaju. *Mutatis mutandis* to vrijedi i za upravne i sudske postupke, gdje prihvaćajući odluku zanemarujemo, unatoč znanju da postoji interesna naklonost (zar bogati gube na sudu?), korupciju ili neznanje. Manjina na izborima prihvaća razočaranja, kao što susjed prihvaća odluku o građenju, kao što osuđeni prihvaća presudu, a sve zato jer se vjeruje u to da su službenici stručni, suci poštteni i nepristrani, da je sam postupak logičan i zapravo ispravan. Kvaliteta zakona ili stručnost i sposobnost onih koji ih primjenjuju osiguravaju se unutarnjim sistemskim pravilima i detaljima izvedbe. Tko gubi, ima se pravo žaliti, pozivati na pravdu ili viši sud, predlagati izmjene izbornih pravila, ali odluka je prihvaćena i osnažena povjerenjem.

Pozitivno pravo⁸⁶ je nastalo sistematskim sređivanjem detalja koji omogućuju njegovu legitimnost s gledišta legitimacije. Sudski postupci problem mrve na sljedo-

⁸⁴ N. Luhmann: 1992, 44.

⁸⁵ Isto, 46.

⁸⁶ »Pozitivno pravo su one pravne norme koje su stavljene na snagu odlukom i koje se prema tome mogu staviti i van snage.« (Isto, 129)

ve pravno relevantnih činjenica, arbitraže postižu fleksibilnost autoritarnih odluka kad u pitanje dođe brzina i stručnost redovnih sudova, obrazovanje i objektivne mjere selekcije kompenziraju moguće kritike neutralnosti i eliminiraju laičke standarde iz postupka. Njegova velika prednost je mogućnost, porasla za cijeli red veličine posljednjih sto godina da se nosi s promjenama i porastom kompleksnosti i razvedenosti modernog društva.⁸⁷ Tradicija novog formalizma⁸⁸ (ne rimskog pravca) i pravne dogmatike koja postiže ravnotežu između potrebne fleksibilnosti i homogenosti i konzistentnosti.⁸⁹

Legitimizaciju kroz postupak ne smije se banalizirati na pitanje proceduralnih normi. Ona je za Luhmanna posljedica ravnoteže između zahtjeva velikih i kompleksnih organizacija za unutarnjom konzistencijom djelovanja, i u tome se vezuje uz proces pozitivizacije prava, i promjena društva koje traži predvidljivost i istovremenu diferencijaciju i fleksibilnost prava. Pravo je medij koji istovremeno mora (autopoetički) jamčiti integraciju i stabilizaciju sistema (društvenog sistema na sve tri razine: interakcije, organizacije, društva) te paralelno preuzimati iz okoline zahtjeve promjena (»potrebe«). Luhmann to zove »Strukturele Kopplungen«.⁹⁰ Okolina je za pravo ponajprije pitanje morala i etike, pravednosti i povjerenja. Od sistema koji postoje paralelno odpletanje od političkog sistema i njegove legitimacije je neizvedivo, a religija, znanost i ekonomija pravo nastoje, ali ne mogu izbjeći, jer imaju svoje vlastite mehanizme i postupke koherencije i kodove komunikacija.⁹¹

»Shvaćanje koje danas prevladava razdvaja važenje prava i legitimnost ponorom između onog što jest i onog što treba da bude (*Sein und Sollen*). Legitimnost je samo faktička vjera u ispravnost i vrijednost određenih normi, ali nije imanentna kvaliteta same norme, bez koje ona ne može važiti. ... Legitimnost prava prikazuje se kao poželjni, praktički važni, ali izvanjski sastojak. Sociološka analiza naprotiv može ispitati i funkciju 'treba da bude' (*Sollen*) i u njoj prepoznati šifre za vrlo kompleksne socijalne mehanizme koji stabiliziraju očekivanja tako da ona mogu odoljeti razočaranjima i na taj način garantirati strukture.«⁹²

⁸⁷ »Poraste li u toku civilizacijskog razvoja kompleksnosti i varijabilnost prirodnih, psihičkih i socijalnih uslova života – a to je proces čija je dominantni uzrok sve veća kompleksnost samog društva i njegova prava – kruta struktura prava postaje sve neadekvatnijom. Raste potreba da se takva tehnički efektivna kvaliteta dodijeli i onim očekivanjima koja su očigledno nova i koja će po potrebi trebati izmijeniti. Prvo u skromnoj, a zatim u sve većoj mjeri mora se u društvu omogućiti i institucionalizirati varijabilnost struktura. Time se mijenja smisao prava: prisiljava ga se da varijabilnost više ne isključuje već da je obuhvati.« (Isto, 131)

⁸⁸ M. Hermersdörfer: 1993, 274.

⁸⁹ Isto, 275–277.

⁹⁰ Isto, 440–496.

⁹¹ Usp. N. Zakošek: 1980, 103–106.

⁹² N. Luhmann: 1992, 202–.

Legitimacija procedurom ne tumači se vjerom u prevladavanje formalnog nad supstancijalnim, već je jezična kratica za mehanizam prava i njegova djelovanja. Treba je tumačiti u kontekstu stabilizacije prava kao mehanizma zadatak kojega je stabilizacija očekivanja i otuda legitimacija političkog sistema i »države«. Navodnici označavaju nerazdvojjivost države (izvršne i sudske vlasti), i modela birokratske hijerarhije na kojima je nastala i još dijelom postoji, i svrhovito-racionalnog prava (*zweckrationales Recht*).

5. Zaključno

Pravni praktičari »nerado pokazuju više interesa za pitanja legitimnosti prava. Za njih je jasno savršeno da postoje ustanovljena tijela vlasti i moć stvoriti, primijeniti ili primjenjivati pravo. Što se njih tiče 'pravo je pravo prava'... i engleski pravници ne pokazuju veći interes za pitanje legitimacije. Prvi razlog je bez svake sumnje snaga pozitivnopravne tradicije engleskog prava, koje zadnja dva stoljeća ohrabruje pravnike da se bave pitanjima formalne legitimacije.«⁹³

Pravi razlog propitivanja mehanizama legitimnosti prava leži u tome što je ono sve više suočeno s krizom i propitivanjem vjerodostojnosti, učinkovitosti, svrsishodnosti i troška. Sve to pojačano je i krizama političke legitimacije poretk.

Lako se zavarati. Uzroci te krize izgledaju vanjski i marginalni. Rješavaju se usavršavanjem i popravkom. Pravo, kao zatvoren sistem pokazalo se savršeno spremnim prilagoditi promjenama. U doba revolucija, u doba kapitala, u doba imperija i njihovih propasti, u doba tehnologija, u doba globalizacije vještina, transformacija se samo ubrzala. Tu sposobnost pravo zaslužuje svojim unutarnjim tehničkim prednostima pred drugim oblicima normativne regulacije: preciznost, brzina, jednoznačnost, predvidljivost i određenost, poznavanje i vještina vođenja postupka, specijalizacija i prethodno obrazovanje, kontinuitet, ušteda na stvarnim i psihološkim, sve je to dignuto na najviši mogući stupanj. Kada se pojavi problem pravosuđa, u birokratiziranom sudstvu cvjetaju arbitraže. Kada kapital prestane biti isto što i proizvodnja, pojavljuju se novi bankarski poslovi. Kada se pojave nove tehnologije komunikacije, pojavi se i pravna regulacija tih postupaka. Krize kao da nema. Pa ipak, inflacija zakona, pad povjerenja u sudove, pad povjerenja u politički sistem i vođe nisu usputne poteškoće, već sistemski elementi.

Funkcija prava je normativna stabilizacija očekivanja i predvidivost normi u društvenom sistemu, rješavanje konflikata. Tijekom svoje evolucije pravo se izdvaja od moralnih normi i prirodnih prava. Ono je instrumentalno drukčije sredstvo. Pravo prestaje biti statično i relativno invarijantno, već suprotno, postaje fleksibilno i

⁹³ P. S. Atiyah: 1995, 144.

promjenjivo. Pozitivizacija je tek jedan vid tog procesa. No izdvajanje i funkcionalna specijalizacija prava nisu potpuni, ono ne postaje vrijednosno i interesno neutralno. U smislu njegove funkcije prema društvu ono se još itekako oslanja na društvene vrijednosti, posebno kada se radi o konfliktima i društvenim interesnim tenzijama. U tom smislu pravo treba potporu djelujućeg političkog sistema i legitimne vlasti.

Tu je negdje došlo do pomaka i neravnoteže. Legitimnost prava u racionalnom svijetu pomaže legitimnost vlasti i obratno. Građani i pojedinci vjeruju u vlast i vjeruju u pravo. Kada prestanu vjerovati u djelotvornost i prestanu vjerovati u svoje zastupnike i političke (i pravne!) elite, dolazi do erozije legitimiteta, do oslanjanja prava na svoju tehničku superiornost i prijeteću silu. Legitimnost prava povezana je s pojmom pravednosti, a pravednost nije jednostavan metapравни koncept i socijalni ili politički fenomen. Ona je glavni supstancijalni sadržaj legitimnosti. Pojam legitimnosti dinamički je i procesni pojam, a sadržaj mu je pravednost. Pravednost je sadržaj, legitimnost je postupak. »Međutim ta forma normativnih očekivanja leži pretežno izvan utvrđenog juridičkog svijeta forme i također je usmjerena protiv prava. Pravo ili nepravo – ono što se računa jest humanost (*Recht oder Unrecht – Humanität zählt*)« Slijedeći pitanje legitimnosti i vjerodostojnosti prava, došli smo do dubljih razina osnova na kojima počiva pravo, a to su društvene, političke i moralne premise: pravednost i humanost.

LITERATURA

- Adams, J./ Adams, S./Bowdoin, J. (1870): *The Constitution of Massachusetts*.
- Atiyah, P. S. (1995): *Law and Modern Society*, New York.
- Berghaus, M. (2004): *Luhmann leicht gemacht*, Wien.
- Berman, H. J. (1983): *Law and Revolution*, London.
- Dahrendorf, R. (1985): *Law and Order*, London.
- Dieckmann, J. (2004): *Luhmann – Lehrbuch*, München.
- Duguit, L. (1929): *Preobražaji javnog prava*, Beograd.
- Durkheim, E. (1967): *Les Règles de la méthode sociologique*, Paris.
- Isti [Dirkem] (1968): »Mehanička i organska solidarnost«, u: T. Parsons/E. Šils (ur.), *Teorije o društvu*, Beograd.
- Isti (1972): *O podeli društvenog rada*, Beograd.
- Fuller, L. L. (1969): *The Morality of Law*, New Haven/London.
- Fustel de Coulanges, N. D. (2010): *La Cité antique: étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*, Paris.
- Gierke, O. von (2003): *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. Bd. IV: »Staats- und Korporationslehre«, Graz.
- Habermas, J. (1981): *Theorie des kommunikativen Handelns*. Bd. I: »Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung«, Bd. 2: »Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft«, Frankfurt am Main.

- Habermas, J./Luhmann, N.** (1976): *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Frankfurt am Main.
- Hamilton, P.** (1995): *Emile Durkheim*, London.
- Hermersdörfer, M.** (1993): *Niklas Luhmann und »Das Recht der Gesellschaft«*, Frankfurt am Main.
- Hörisch, J.** (2007): *Teorijska apoteka*, Zagreb.
- Kelsen, H.** (2000): *Reine Rechtslehre*, Wien.
- Kennedy, D.** (2004): »The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary of Western Legal Thought«, u: *bepress Legal Series*, Working Paper.
- King, M. /Tornhill, C.** (2004): *Luhmann on Law and Politics*, Oxford.
- Kregar, J.** (2010): *Regionalna i lokalna samouprava*, HAZU.
- Luhmann, N.** (1972): *Rechtsoziologie*, sv. I–II, Hamburg.
- Isti** (1991): *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main.
- Isti** (1992): *Legitimacija kroz proceduru*, Zagreb.
- Isti** (1993): *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main.
- Isti** (1995): »Opća teorija organiziranih društvenih sistema«, u: E. Pusić, *Upravna znanost*, Zagreb.
- Isti** (2009): *Einführung in die Theorie der Gesellschaft*, Heidelberg.
- Michailakis, D.** (1995): »Law as an Autopoietic System«, u: *Acta Sociologica* 38.
- Münch, R.** (1988): *Theorie des Handelns*, Frankfurt am Main.
- Isti** (2004): *Soziologische Theorie*. Bd. 3: »Gesellschaftstheorie«, Frankfurt am Main.
- Parsons, T.** (1949): *The Social System*, New York.
- Isti** (1966): *Evolutionary and Comparative Perspective*, London.
- Pusić, E.** (1989): *Društvena regulacija*, Zagreb.
- Isti** (1992): »Teorija sistema i sistematizirano iskustvo prava«, u: Luhmann: 1992.
- Simmel, G.** (1993): *Das Individuum und die Freiheit*, Stuttgart.
- Weber, M.** (1980): *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*. Priredio J. Winkelmann, Tübingen.
- Isti** (1976): *Privreda i društvo*, sv. II, Beograd.
- Isti** (1989): *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen.
- Turner, J. H.** (1986): *The Structure of Sociological Theory*, Chicago.
- Zakošek, N.** (1980): »Teorija moći Niklasa Luhmanna: moć kao komunikacijski medij«, u: *Politička misao* 17(1–2), Zagreb.