

Dr. sc. Barbara Pišker, Veleučilište u Požegi

Mr. sc. Zrinka Mustapić, Zagrebačka škola ekonomije i managementa

Doc. dr. sc. Predrag Zima, docent Pravnog fakulteta u Osijeku

Pregledni znanstveni rad

UDK 340.12

## PRAVNI REALIZAM: INTERDISCIPLINARNOST PRAVNIH ZNANOSTI

### Sažetak:

Odabir predmeta istraživanja slijedio je potrebu teorijskog ukazivanja na prisutnost problema u diskrepanciji između društvene stvarnosti i teorijske podloge opisane u zakonima. S obzirom na polaznu ideju autorica prema kojoj funkcija pravnih normi ne podrazumijeva samo propisivanje društvenih odnosa, već prije svega legaliziranje, sistematiziranje i sankcioniranje postojećeg stanja do kojega su se društveni odnosi autonomno razvili; postavlja se pitanje koje nije samo problem spoznaje, metodologije i pristupa analizi – zašto se bavimo normama, a ne njihovim ostvarenjem – već i obilježje svakodnevnog života.

Upravo teorijska orijentacija pravnog realizma zagovara maximum prema kojoj zakon neka ne bude mrtvo slovo na papiru (*paper law*) nego pravo u praksi (*law in action*) kako bi omogućio sustavu da ispuni svoje objavljene ideale. Stoga je cilj ovoga rada predstaviti interdiciplinarnu orijentiranost pravnog realizma čije teorijske ideje o uključivanju različitih istraživačkih alata primarno poteklih iz ostalih društvenih znanosti (prije svega sociologije i ekonomije) mogu pridonijeti odgovorima na pitanja o stvarnom stanju ostvarivanja, kao i interesnoj osnovi proklamiranih ciljeva normativnog okvira društva.

### Ključne riječi:

pravni realizam, američki pravni realizam, integralna i kritička teorija prava, pravo u primjeni, interesno-instrumentalna uloga prava

## 1. UVOD

U mnogim se raspravama, kako pravnim, tako i ekonomskim, uspoređuju periodi društvenih kriza, posebice one tridesetih godina prošlog stoljeća, s onom koju proživljavamo, te se pokušavaju pronaći odgovarajuća rješenja za njezino prevladavanje. Prošlostoljetna kriza značajno je utjecala na temeljni predmet ove studije, naime razvoj ideja pravnog realizma (američkog), koje su onda značajno utjecale na pravne i sociološke stavove kasnijeg perioda. Stupnju razvitka društva odgovara stupanj razvitka razumijevanja društvenih činjenica (spoznaje), moralnog opravdanja (legitimacije) i pravnih normi (regulacije). Ukoliko razvitak tih dimenzija nije međusobno usklađen društvu predstoje krize, sukobi i promjene kako u organizacijskom i praktičnom, tako i u teorijskom smislu. U povijesti ideja, a sukladno tomu i u povijesti ideja pravne misli, čitav je niz različitih teorijskih koncepcija.<sup>1</sup> Najopćenitije se može reći kako vremenski promatran razvoj

1. Pod pojmom teorije podrazumijeva se skup ideja kojima se nešto objašnjava. Jedno je od temeljnih obilježja teorije da je selektivna – u smislu svojih prioriteta, perspektive i podataka koje definira kao važne. Stoga svaka od teorija daje poseban i djelomičan

pravne znanosti ide stalno ka uklanjaju, ili preciznije ublažavaju djelovanja teorijskih razlika u shvaćanju prava: ideološke uvjetovanosti i redukcionističke spoznaje, odnosno prema integralnom<sup>2</sup> i kritičkom razumijevanju prava.<sup>3</sup> Dominacija jedne teorijske perspektive naravno ne znači nestanak drugih. Privremeno povlačenje jedne značilo je počesto da se stari ideje javljaju ponovno u suvremenijem i sofisticiranijem obliku.

Pravna znanost na početku 20. stoljeća uvelike je pozitivističkog karaktera: pozitivizam je izrađen pravno-filozofski koncept<sup>4</sup>, perspektiva i disciplinarna matrica, praksa koju znanstvena zajednica smatra modelom, obrascem koherentne analize prava; a upravo na kritici radova pravnog pozitivizma nastaje škola razmišljanja koju nazivamo pravnim realizmom, iako neki autori posebno ističu da je pravni realizam zapravo jedna od vrsta pravnog pozitivizma.<sup>5</sup> Realisti se suprotstavljaju tvrdnji da pravo ne daje slobodu primjene spominjući okolnost da se prosuduju činjenice koja daju sucu diskrecijsko pravo da upravo izborom činjenica i utvrđivanjem njihove važnosti odredi pravo i njegovu primjenu. Pravna znanost, smatrali su realisti, sastavni je dio društvenih znanosti, i kao akademska disciplina mora se približiti sociologiji i ekonomiji. Program realista nije se zaustavljao samo na određenju drugičije, interdisciplinarne pristupne matrice u području pravnih znanosti, već je apsolutno ambiciozan u nametanju načela u sasvim praktičnim pitanjima razumijevanja ponašanja sudaca i prava kao instrumenta vladajućeg sloja američkog društva za provedbu osobnih ciljeva i interesa.<sup>6</sup>

S obzirom na činjenicu kako je ustavna država u stalnom procesu promjene (*res publica semper reformanda*) djelotvornost prava postavlja pitanje ostvaruje li se vladavina prava i kako? Ukoliko u navedenom kontekstu promatramo suvremeno hrvatsko društvo, prema posljednjem u nizu očitovanja Europske komisije upućuje se na potrebu ulaganja dodatnih napora u području jačanja vladavine prava kao jedne od najviših vrednota ustavnih ponredaka današnjih demokratskih društava, na koje u Republici Hrvatskoj i dalje negativno

2 pogled na stvarnost. Haralambos, M.; Holborn, M., Sociologija: teme i perspektive, Golden marketing, Zagreb, 2002., str. 1032.

3 Integrativna teorija prava nastaje, prema N. Viskoviću, u novijoj filozofiji i znanosti kao teorijska struja koja okuplja sve dosadašnje spoznaje teorija o pravu. „Potrebna nam je takva teorija prava koja integrira tradicionalne škole prava, te teži ka njihovom nadilaženju. Takva integrativna teorija prava naglašava kako u pravo kao znanost moramo vjerovati, jer ono neće ispunjavati svoju funkciju; ona uključuje ne samo opravdanje nego emocije, intuiciju i vjeru. Ukratko – uključuje potpunu društvenu predanost”. Berman, H. J., Law and Revolution. The Transformation of the Western Legal Tradition, HUP, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1983., str. 78.

4 Kritička pravna teorija, nastala u SAD-u krajem 70-tih godina prošlog stoljeća, temelji se na postavkama marksističke teorije prava, metodološki se vezuje uz rad teoretičara Frankfurtske škole, a nastavlja se na ideje američkog pravnog realizma. Nadograđujući kritiku pozitivizma i formalizma, započetu od strane pravnog realizma u američkoj pravnoj znanosti predstavnici kritičke pravne teorije (prije svega D. Kennedy, R. M. Unger i M. Horowitz) donose kontroverzne teze o neodređenosti prava, pravi kao dijelu politike, te postojanju pravne ideologije vladavine prava (prema kojoj je pravo ideološki i pristrano, prije no neutralno i neovisno). Teorijska usmjerenja kritičke pravne teorije danas približavaju se u europskoj pak pravnoj znanosti G. Taubnerovim idejama u nastojanju ka refleksivnom pravu. S obzirom na činjenicu da točno pravno rješenje nikada ne postoji samostalno i nevezano uz točno etičko i političko rješenje određene pravne pitanja, pravo preuzima ulogu u organizacijskoj strukturi autonomnih društvenih procesa pri čemu se ostvaruje kroz participativne oblike neposredne demokracije. Piškarić, B., Kritička pravna teorija: tradicija i nova sinteza, doktorski rad, Sveučilište u Zagrebu, Filozofski fakultet, 2011., str. 256 – 257.

4 Premda se osnivačem pozitivizma smatra Auguste Comte (1798.-1857.), francuski filozof i sociolog (koji je prvi rabio termin „sociologija”), korijeni pozitivističkoga shvaćanja znanosti nalaze se u engleskom empirizmu (Bacon, Locke). Nakon J. S. Milla utjecajna je i škola „logičkog pozitivizma” koju zasniavaju filozof bečkog kruga (Schlick i Carnap)

5 Vidi kod D. Vrbanca: Mi ćemo razlikovati ove glavne pravce unutar pravnog pozitivizma: a) Legalistički pozitivizam, b) Povijesni pravni pozitivizam, c) Sociološki pravni pozitivizam, d) Pravni realizam, e) Normativistički ili logičko-analitički pravni pozitivizam, D. Vrban: Država i pravo, 2003. str. 436.

6 Kregar, J., Šimonović, I., Teorijski temelji ekonomske analize prava, Zbornik PFZ, 46 (6), 1996., str. 564-568.

utječu nedostaci u zaštiti temeljnih prava općenito, uz neke specifične nedostatke: „Zaštita temeljnih prava je ojačana, ali potrebno ju je poboljšati u praksi...potrebno je poboljšati kapacitet Sabora za nadzor u zakonodavnom postupku...Pravna osnova za izgradnju moderne i stručne državne službe i dalje je nepotpuna...Nastavljena je provedba reforme pravosuđa, iako se glavni očekivani rezultati reforme tek trebaju vidjeti...novi ustav tek treba provjeriti u praksi...I dalje je potrebno učiniti napore za osiguranje neovisnosti i održivosti organizacija građanskog društva...“<sup>7</sup> Stoga je upoznavanje s teorijskom osnovom pravnog realizma nužan polazni korak u postavljanju platforme za dalja empirijska istraživanja suvremene pravne stvarno-sti hrvatskog društva.<sup>8</sup>

## 2. PRAVNI REALIZAM

Valja istaći da se često pravni realizam, kako američki, tako i skandinavski, svrstava uz tzv. kulturalističke koncepcije prava, koje ističu društvene i pravne vrijednosti (ideja pravde), oslobođenje od formalizma itd.<sup>9</sup> U većini djela koja se bave pravnim teorijom spominju se dvije inačice pravnog realizma: Skandinavski i Američki pravni realizam.<sup>10</sup> Premda postoje značajne razlike u vremenu postanka, razvoja i dominacije pojedine teorijske perspektive značajno je spomenuti kako većina teoretičara nalazi međusobne poveznice između ovih dvaju teorijskih pravaca, a koje se prije svega odnose na: empirijsko istraživanje prava; pravo kao tehnologiju, a ne filozofiju; pravo u stvarnosti (*empirical legal research; law as a technology, not a philosophy; law in action*).<sup>11</sup> Nužno je istaknuti kako se umjesto rasprave o prirodi prava raspravlja o njegovoj svrsi: postavlja se pitanje funkcija prava u društvenom sustavu.<sup>12</sup> Umjesto metafizičke prava (telički zadatka, smisao prava, bit prava) predmet je njegova društvena funkcija. Ono ima sasvim konkretan zadatak uređenja pravila društvene utakmice u borbi za interese, dok se društva razumijevaju kao polje ego-

7 Izvješće Europske komisije o napretku Republike Hrvatske za 2010. godinu od 09. studenog 2010., str. 6-15., 56., dostupno na: [http://www.eu-privogovori.hr/files/izvjesce/izvjesce\\_EK\\_0\\_napretku\\_RH\\_2010.pdf](http://www.eu-privogovori.hr/files/izvjesce/izvjesce_EK_0_napretku_RH_2010.pdf), 17.01.2011.

8 Prema A. Radloviću sociološko studiranje i proučavanje stvarnog stanja u svijetu prava (napose sudskog prava) u sociologiji prava kao zasebnoj pravnoj disciplini u Republici Hrvatskoj praktički ne postoji. V. Radlović, A., Zaštita prava na sudjenje u razumnom roku – realna mogućnost, (pre)skupa avantura ili utopija, Hrvatska pravna revija, br. 04/2008. – godina VIII., str. 6. Osim toga ekonomska analiza prava (ekonomija prava) u Hrvatskoj je također „zakašnjela novost”. Prema dostupnim podacima u Republici Hrvatskoj postoje samo tri rada koja obraduju ekonomiju prava (ili ekonomsku analizu prava): D. Mikotinić-Tomić, Pravo i ekonomija u funkciji institucionalizacije suvremenih tržišta u Susreti na dragom kamenu, Fakulteta ekonomije, Pula, 1992. i D. Mikotinić-Tomić i A. Šega, Ekonomska analiza prava: razvoj i aktualnosti u Zborniku Ekonomskog fakulteta u Zagrebu, 2006. Osim njih postoji i opširniji rad Kregar, Josip; Šimonović, Ivan, Teorijski temelji ekonomske analize prava, u Zborniku Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1996.

9 Vidi detaljnije u G. Vukadinović i R. Stepanov: Teorija prava I, Petrovaradin, 2001., str.217.

10 Spominje se kod nekih teoretičara i značajnost tzv. Njemačkog pravnog realizma koji bi se oslanjao na radove Iheringa, Hecka, Kantorowitza, Webera, Geigera, Scheleška u području teorije prava, a ovdje je značajna i teza o njemačkom pravnom realizmu kao teorijskoj prethodnici skandinavskog i američkog pravnog realizma (s obzirom na činjenicu o radu navedenih teoretičara koji datira u kraj 19. stoljeća). O ovome V. Wintgens, L. J., The Law in Philosophical Perspectives: My Philosophical Law, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1999., str. 113.; isto: Riles, A., Rethinking The Masters of Comparative Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001., str. 66-68. Neki teoretičari navode još E. Durkheima kao preteču ovog pristupa u Francuskoj, te angletinsku „ecological theory” Carlosa Cossioa. V. Fuller, L.L. & Bechtler, T.W., Law in a Social Context, str. 5., dostupno na: [http://books.google.hr/books?id=4A9pxxxxSwC8pg&pg=PA5&dq=american+legal+realism&hl=hr&ei=tjpiTJWubZSSIAe\\_7rmlDg&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=6&ved=0CEA06AEwF1gU&v=onepage&q=american%20legal%20realism&f=false](http://books.google.hr/books?id=4A9pxxxxSwC8pg&pg=PA5&dq=american+legal+realism&hl=hr&ei=tjpiTJWubZSSIAe_7rmlDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=6&ved=0CEA06AEwF1gU&v=onepage&q=american%20legal%20realism&f=false), 22.07.2010.

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

12 Grossman, W.L., The Legal Philosophy of Roscoe Pound, Yale Law Journal, 44-1, 1935., str. 608. Navedeno prema: Kregar, J., Šimonović, I., op.ct. (bij.)-4., str. 567.

ističnog nadmetanja za oskudnim resursima.<sup>13</sup> Pravo je prema tomu samo instrument kojim se motivi i namjere društvenih aktera pokušavaju učiniti predvidljivim ili iskoristiti, pri čemu ono daje sve potpuniju zaštitu interesa.

### 2.1. SKANDINAVSKI PRAVNI REALIZAM

Odbacivanje svake metafizike, pod kojom podrazumijevamo svaki oblik mišljenja koji je suprotan znanosti kao jednom ispravnom obliku saznavanja, nalazimo kao ideju vodilju ovog *norđijskog mišljenja*. On se pak razvija neovisno o razvoju Američkog pravnog realizma. U Švedskoj, početkom 20. stoljeća počinje se razvijati poseban smjer u pravnoj znanosti koji se uobičajeno naziva „skandinavski pravni realizam“ ili još i „upsalska škola“ (prema sveučilištu u Upsali kao mjestu utemeljenja). Utemeljiteljem ove teorijske orijentacije smatra se švedski filozof A. Hägerström (1868. – 1939.)<sup>14</sup> čiji su sljedbenici bili V. Lundstedt, K. Olivecrona<sup>15</sup> i Danac A. Ross.

Skandinavski je pravni realizam je vrlo originalan, donekle neobičan smjer u pravnoj znanosti koji raskida s dotadašnjom tradicijom i uobičajenim pristupima u proučavanju unutar pravnih znanosti. Njegova dominacija u teorijskoj orijentaciji norđijskih zemalja bila je izrazita u periodu 1945 – 1980.<sup>16</sup> Unutar ovoga smjera, bez obzira na neovisnost o utemeljenju, možemo prepoznati neke zajedničke karakteristike s američkim pravnim realizmom: upiranjem na društvene i institucionalne mehanizme primjene prava, osobito isticanjem uloge sudova, proučavanje primjene prava, približavanje sociološkom pristupu proučavanja pravne znanosti. Značenje riječi realizam u ovom kontekstu možemo protumačiti kao „faktičizam“, „empirizam“ i „dokumentarizam“ – u smislu usredotočenja razumijevanja prava kroz ljudsko ponašanje, odnosno primjenu prava (*law in action*). Temeljna premisa u zaključcima teoretičara ove škole je: „nema prava izvan njegove primjene, kao ni pravne norme izvan prostora i vremena“, pravo i politika isprepluću se u tzv.

13 Primarno začetke takvog razmišljanja o pravu nalazimo kod R. von Iheringa (1818. – 1892.) koji ustaje protiv kako ga je nazvao „apstraktno – formalističkog“ zastranjivanja: „Kako bi se pravo u potpunosti ispravno razumjelo potrebno je usmjeriti pozornost na ciljeva, odnosno svrhu prava u smislu društvenih potreba i interesa. O tome piše u svom djelu u dva sveska Der Zweck im Recht 1877 – 1883, dok u svojoj ranijoj knjizi Der Kampf ums Recht 1872. Zalaze za dinamičko razumijevanje prava čiju pokretaku snagu čini borba protiv nepravde. Unosi također u pravo pojam funkcije – kao osiguranje životnih uvjeta društva, tj. usmjeravanje za društvo najznačajnijih međuljudskih odnosa. Time je pravo i dalje vezano za državu, no ono postaje jedna posebna „tehnik“ kojom se razrješavaju interesni sukobi i usmjerava „razuman egoizam“ pojedinaca tako da od njega najveću korist imaju i ostali pripadnici zajednice. Primjenjujući J. Benthamov koncept utilitarizma proširuje ga na društvo tvrdeći kako „dobro za pojedinca nije cilj po sebi, već sredstvo za postizanje šire društvene svrhe...pravo je društvena sila stvorena od strane društva, te ga treba koristiti za individualno dobro samo ukoliko se interes pojedinca poklapa u potpunosti s interesom društva u cjelini“ Pravo se može u potpunosti razumjeti ukoliko se ispita njegova svrhovitost, interesa i konfliktna narav. Ihering, R., Law as a means to an end, The Lawbook Exchange, LTD, Union, New Jersey, 1999., str. 18-19.

14 Mindus, P., A Real Mind: The Life and Work of Axel Hägerström, Springer Science + Business Media, N.Y., 2009., dostupno na: [http://books.google.hr/books?id=COKaJc72UgC8Pg-PA1378dq-scandinavian-legal-realism&hl=hr&ei=8gXITK3aPIHNIjAeN67TDDg8sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=7&ved=0CEUQ6AEwBw#v=onepage&q=s:candinavian%20legal%20realism&f=false](http://books.google.hr/books?id=COKaJc72UgC8Pg-PA1378dq-scandinavian-legal-realism&hl=hr&ei=8gXITK3aPIHNIjAeN67TDDg8sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=7&ved=0CEUQ6AEwBw#v=onepage&q=s:candinavian%20legal%20realism&f=false), 22.07.2010.

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

16 Peteresen, H., Kjael, L.A., Krunke, H., Paradoxes of European Legal Integration, Ashgate Publishing Limited, Hampshire, Burlington, 2008., str. 289.

*intersecting modelu*,<sup>17</sup> a poseban osvrt pridaju pitanjima svijesti subjekta koji primjenjuju pravo.<sup>18</sup> U svojim nastojanjima u dokazivanju postavljenih hipoteza kreću se u okviru fenomenološkog pristupa kroz upozoravanje na osjećaj prisile u pravu kao naročito oblika iskustva, te na normu kao interpretativnu shemu koja omogućuje razumijevanje i predviđanje ljudskih ponašanja s obzirom na pravo.<sup>19</sup> Aprioran pristup fenomenu svijesti kao specifičnome mehanizmu za orijentaciju stvarnih ponašanja osobito je razvio A. Ross, dok se kod V. Lundstedta sreće negativistički odnos prema turisprudenciji koju on odbacuje kao ideologiju, odnosno praznovjerje ili iluziju.

Profesor javnog prava i teorije prava, ali i praktičar<sup>20</sup> na Sveučilištu u Kopenhagenu, A. Ross (1899. – 1979.) ustaje protiv metafizičke pravne znanosti odbacujući pojam prirodnog prava, u čijoj klasičnoj, ali i novo uobičajenim teorijskim orijentacijama vidi „prikriveni“ usnaturalizam, pozlažeći pri tome od strogo znanstvenih kriterija istine prema kojima ne može postojati vječan i nepromjenjiv sustav prirodnog prava. Time i pravni pojmovi, posebice definicija pravne norme prima drugačiji značaj. Pravna norma govori neposredno o fizičkoj prisili (isto K. Olivecrona i H. Kelsen), te se tehnika prava, kao i samo pravo po sebi svodi na primjenu prisile kao manifestacije političke moći države.<sup>21</sup> Pravo nije osigurano prisilom nego se sastoji iz pravila o primjeni prisile, što je nakon H. Kelsena utvrdio K. Olivecrona (1897. – 1980.). Slijedeća značajna konstatacija oko razumijevanja norme činjenica je da je ona upućena sucima kao subjektima koji imaju ulogu utvrditi uvjete primjene prisile.<sup>22</sup> Rossovo isticanje uloge suca i predviđanja kao same srži prava približava ga koncepciji američkih pravnih realista, dok ga naglasak na ulozi pravnih normi ipak od njih odvaja. No možemo zaključiti kako je njegovo shvaćanje prava svakako jedna povezana teorijska konstrukcija u kojoj uspješno spaja gotovo nespojive teorijske orijentacije: sociološki, jezično – fenomenološki i normativni aspekt prava.<sup>23</sup>

### 2.2. AMERIČKI PRAVNI REALIZAM

Moglo bi se reći da je Američki pravni realizam, koji je bio više, misaono opredjeljenje nego ja-san sustav teorijskih načela (konceptija), razvio se u pravi intelektualni pokret tridesetih godina

17 Zamboni, M., Law and Politics: a Dilemma for Contemporary Legal Theory, Springer - Verlag, Heidelberg, 2008., str. 83.

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

19 Prema fenomenolozima nije moguće objektivno mjeriti bilo koji aspekt ljudskog ponašanja. Ljudi daju smisao svijetu kategorizirajući ga, a sam proces kategorizacije je subjektivan: on ovisi o mišljenju promatrača. Vjeruju kako nije moguće dati činjenične podatke, te je analogno tomu, nemoguće dati i provjeriti kauzalna objašnjenja. Najviše čemu se možemo nadati je razumijevanje značenja koja pojedinci daju posebnim fenomenima. Pozitivistički pristup daje iskričvenu sliku društvenog života. Peter Berger tvrdi da se na društvo gledalo kao na kazalište lutaka, s članovima društva portretiranim poput malih marioneta koje stakuću na kraju nevidljivih konaca i radosno igraju uloge koje su im dodijeljene (Berger, 1966.). Fenomenolozi vjeruju suprotno tomu kako ljudi aktivno kreiraju svoja osobna značenja i društvo u interakciji jedni s drugima. Opsirnije V.: Haralambos, M., Holborn, M., op.cit. (bilj. 1), str. 17-18.

20 radio je na Ustavu Danske 1953. godine, bio je sudac na Europskom sudu za ljudska prava u Strassburgu, vidi detaljnije u G. Vukadinović i R. Stepanov: Teorija prava I., Petrovaradin, 2001, str. 232.

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

22 „Kao i igra šaha, tako je i pravo sustav pravila koja se mogu razumjeti kao smjernice (directives) pri tome je bitno stvarno ponašanje subjekata (odnosno igrača u šahu), dok je norma samo shema za tumačenje stvarnih zbivanja. Ona omogućuje razumijevanje, a donekle i predviđanje ponašanja (u pravu sudaca, a u šahu igrača)“. Cit. prema: Vrban, D., Država i pravo, Golden marketing, Zagreb, 2003., str. 572.

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

### 3. RAZVOJ PRAVNE MISLI U AMERICI

#### 3.1. DRUŠTVENE OKOLNOSTI POJAVE I USPONA AMERIČKOG PRAVNOG REALIZMA

Poslužiti ćemo se ključem, u pokušaju odgonetanja i razumijevanja zamršenih i proturječnih tokova američke kulture 19. i 20. stoljeća; opaskom sažetom u riječi W. Susmana: „Nijedna analiza američke kulture nema nikakvog smisla ako se ne shvati da je ova nacija od početka bila i ostala protestantska, i da u njoj uloga vjerske ideologije predstavlja ključni moment u formiranju drugih ideoloških pozicija.“<sup>28</sup> Slijedeći, osim navedenih religijskih ishodišta, načela Deklaracije o neovisnosti (1776.) i pisanog Ustava (1787) bivših su 13 engleskih kolonija u Sjevernoj Americi nastavile svoj strelovit uspon ka učvršćivanju ideja o jednakosti prava i šansi za uspjeh u „potrazi za srećom“, jednaka političkih prava za sve stanovnike, općeg duha optimizma i egalitarizma.

Od utjecaja europskih ideja kojima su se na američkom kontinentu često inspirirali u vrijeme naglog uspona američkog društva krajem 19. i početkom 20. stoljeća na najveći odjek naišle su ideje H. Spencera: vjera u napredak, afirmacija znanosti i industrije, individualizam i osobnost, predstavnička vladavina – apsolutno su odgovarali američkom duhu individualizma, natjecateljske konkurencije, ambicioznom i trgovačko – profitnom karakteru američkog društva.<sup>29</sup> Iako duh optimizma i egalitarizma nije pogodio društvenu kritiku ona se ipak pojavljuje u zapadnim zemljama i u manjoj mjeri na jugu u populizmu i agrarnom socijalizmu koji su našli publicistički izraz u romanima H. Georja (*Progress and power*, 1879.)<sup>30</sup>, E. Bellamy (*Looking backward*, 1988.)<sup>31</sup> i H.D. Loyda (*Wealth against Commonwealth*, 1894.)<sup>32</sup>

Zalaganje za društvene reforme i distanciranje od nekih obilježja američkog načina života karakteristika je onih duhovnih strujanja s početka dvadesetog stoljeća koja se obilježavaju kao pragmatizam, instrumentalizam, institucionalizam, ekonomski determinizam i pravni realizam. Istaknuti predstavnici tih strujanja – J. Dewey, C.A. Beard, J.H. Robinson, T. Veblen i sudac O.W. Holmes – zalažu se za sagledavanje društvene stvarnosti nasuprot formalizmu i elitizmu prevladavajućeg kulturnog stila.<sup>33</sup> Upravo u tome krugu dolazi do dodira i s europskom kritičkom misli koja je za razliku od Amerike, bila čvrsto ukorijenjena ne samo u otporu tiranskoj vlasti nego i imućnim, privilegiranim slojevima. Tako na američki kontinent prodiru ideje marksizma, ali i socijalno – reformističke struje u kojima tada prednjači njemački katedarski socijalizam. Ijevičarski kritičizam osobito se ukorijenio na Srednjem Zapadu. Nastaje i kritički intonirano novinar-

<sup>28</sup> Susman, W., *Culture as History: the Transformation of American Society, in the Twentieth Century*, Pantheon Books, 1984., str. 115.; Slično je, u kontekstu pojave i recepcije kapitalizma na europskom kontinentu, razmišljao i Max Weber u svom glasovitom djelu „Protestantska etika i duh kapitalizma“ (Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, 1904–1905.).

<sup>29</sup> Elliot, H.S.R., Herbert Spencer, str. 92–128, dostupno na: [http://books.google.hr/books?id=Jgita-gC5TWC&printsec=frontcover&dq=herbert-spencer&hl=hr&ei=IOdKTNWHE9q1sQbWlp1G8sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CcyQ6AEWA#v=onepage&q&q&f=false](http://books.google.hr/books?id=Jgita-gC5TWC&printsec=frontcover&dq=herbert-spencer&hl=hr&ei=IOdKTNWHE9q1sQbWlp1G8sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CcyQ6AEWA#v=onepage&q&q&f=false), 24.07.2010.

<sup>30</sup> George, H., *Progress and Poverty*, Cosimo, New York, 2005.

<sup>31</sup> Bellamy, E., *Looking Backward 2000 to 1887*, Cosimo, New York, 2007.

<sup>32</sup> Jernigan, E.J., Henry Demarest Lloyd, *Wayne* Publisher, New York, 1976., str. 63-77.

<sup>33</sup> V. Holmes, O.W., *The Common Law*, American Bar Association, Boston, 2009; *The Path of the Law*, NuVision, 2007., Veblen, T., *The Theory of Business Enterprise*, Cosimo, N.Y., 2005; *The Theory of Leisure Class*, O.U.P., Oxford, N.Y., 2007., Robinson, H.J., *Civilization*, dostupno na: [http://books.google.hr/books?id=9aFTKUoD8k4C&printsec=frontcover&dq=Harvey-Robinson&hl=hr&ei=jWfFITJZHFsfkAJexbChDg8sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=3&ved=0CDAQ6AEWA#v=onepage&q&q&f=false](http://books.google.hr/books?id=9aFTKUoD8k4C&printsec=frontcover&dq=Harvey-Robinson&hl=hr&ei=jWfFITJZHFsfkAJexbChDg8sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CDAQ6AEWA#v=onepage&q&q&f=false), 22.07.2010., Beard, C.A., *The Republic: Conversations on Fundamentals*, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, 2004., Dewey, J., *The Political Writings*, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1993.

20. stoljeća, nastavljaajući se na ideje teoretičara koji se pripadali krugu „sociološke iurisprudencije“ (prije svega O.W. Holmesa i R. Pounda), a formalnim datumom utemeljenja pravca smatra se 08. siječnja 1897. kada je O.W. Holmes održao svoj glasoviti govor „Put prava“ (*The path of law*) na svečanom otvorenju nove zgrade pravnog fakulteta u Bostonu.<sup>24</sup>

Najjače uporište pravnog realizma bilo je sjeveroistočni dio SAD-a, pravni fakulteti sveučilišta Columbia i Yale. Teorijska perspektiva koja karakterizira ovu struju razmišljanja o pravu inspirirana je filozofijom pragmatizma, a antiformalizam kao temeljnu premisu u svojim radovima ističu svi predstavnici ovog pravca od kojih su najistaknutiji K. N. Llewellyn, U. Moore, W. W. Cook, H. Olifant i L. Green. Među mnogima svakako moramo posebno istaknuti J. Franka, odvjetnika sa značajnim iskustvom u sudskim procesima, koji je nedvojbeno zaslužan za dugotrajnost utjecaja i recepcije realizma. Pošto američki pravni realizam nije škola mišljenja u potpunom smislu riječi, već ju prije možemo okarakterizirati kao skup, odnosno sustav teorija, kao pokret u pravu navest ćemo (pored već spomenutih) i ostale predstavnike koje svrstavamo u taj sustav razumijevanja i tumačenja prava: T. Arnold, W.O. Douglas.<sup>25</sup>

Naglasak je u ovoj teorijskoj orijentaciji široko postavljen na proučavanje prava u primjeni te utvrđivanje uzroka (okolnosti) koje utječu na odluku suca u predmetnom slučaju. Pravo samim time ima instrumentalnu ulogu – ono služi postizanju društvenih ciljeva (koji su izvedeni iz društvenih vrijednosti), te predstavlja instrument društvene promjene. Ono je svjesna društvena (a ne prirodna) tvorevina. Realizam smisao prava vidi u provođenju praktičkih političkih ciljeva, pri čemu nije dovoljno zakon ili pravilo samo proglasiti, već se prate i ocjenjuju njegovi učinci i instrumentalna efikasnost. Time se reljefno iskazuje nastojanje realista da pravo shvate samo jednim, uskim dijelom društvene političke akcije, instrumentom za legitimizaciju, ograničavanje političke moći. Takav instrument treba podvrgavati stalnoj provjeri efikasnosti, što uključuje traganje za indikatorima koji će pokazati kakvo je stvarno stanje u postizanju proklamiranih ciljeva.<sup>26</sup>

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

*The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuition of public policy, awed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellowmen, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.*<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Horwitz, M.J., *The Transformation of American Law, 1870 – 1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press Inc., New York, 1992., str. 143.

<sup>25</sup> Leiter, B., *American Legal Realism*, The University of Texas School of Law, W. Edmondson & M. Goldings, eds., Oxford: Blackwell, 2003, dostupno na: [http://ssrn.com/abstract\\_id=339562](http://ssrn.com/abstract_id=339562), 11.06.2008.

<sup>26</sup> Kregar, J., Šimonović, I., op. cit. (bilj. 4), str. 570-571.

<sup>27</sup> Holmes, O.W., *The Common Law*, American Bar Association, Boston, 2009., str. 1.

stvo inspirirano temama o razotkrivanju korupcije i analizi javnih skandala. Jedan od novinara koji se bavio kritičkim novinarstvom bio je kasnije utemeljitelj Čikaške sociološke škole R.E. Park (1864. – 1944.). Jedna od dužnosti birača bila je i dužnost porotnika koja je često iskazivala svoju važnost: u sporu tiskara J.E. Zengera 1735. porota New Yorka odbacila je dotada ustaljeni engleski praksu te proglasila „kako kuditi javne službe nije kleveta ako se pokuša temelji na istinitim činjenicama“.<sup>34</sup> To je dalo silnog maha slobodi tiska što se odrazilo i na sućeljavanje različitih dokaza i obrazloženja, upućujući građane na razmišljanje i stav kako je za istinu potrebno ne samo puno osvjetljenje, nego i promatranje činjenica u različitim obzoru. Istina o činjenici je u mnogostranosti njenih odnosa.

Iako, u odnosu na europsko društvo toga vremena, nema tako oštrih socijalnih, ideoloških i političkih sukoba i podjela na ljevicu i desnicu razlike i sukobi postoje no ograničeni su više na pitanja ropstva, regija i etničkih skupina. Ideja „potrage za srećom“ ugrađena u Deklaraciji o neovisnosti iz 1776. godine kao jednakost prava i šansi manifestira se (za razliku od europskih političkih poredaka) u postojanju jednakih političkih prava za sve stanovnike, odsutnosti staleža i odvojenosti društvenih klasa čine temelj mobilnosti i mogućnosti uspjeha u američkom društvu.<sup>35</sup>

Doprinos razvoju kritičke misli u Americi stvorili su specifični aspekti društvenog i kulturnog razvoja američkog društva tog vremena: dok je u Europi atmosfera društvene kritike intenzivno proširena sredinom 19. stoljeća u Americi se tek javljaju prvi kritički pomaci. R.W. Emerson (1803. – 1822),<sup>36</sup> i H.D. Thoreau (1817. – 1862.)<sup>37</sup> zalažu se za moralnu obnovu društva. Transcedentalizam<sup>38</sup> se javlja kao nova filozofija koja je trebala omogućiti revitalizaciju puritanske etike i povratak prirodnijem načinu života. Osim nagle industrijalizacije (nastanka velikih poduzeća – trustova, proizvodnje čelika, rasta automobilske industrije) i rasta velikih gradova došlo je i do rasta utjecaja središnjih financijskih tržišta, intenzivne izgradnje željezničkih pruga nakon građanskog rata između sjevera i juga (1861. – 1865.). Nagle i velike društvene promjene pratio je dramatičan porast broja siromaha, beskućnika i prosjaka kao jedna od posljedica nagle urbanizacije velikih gradova. Ostali društveni problemi – radnički nemiri, štrajkovi, zaoštavanje etničkih i rasnih sukoba, borba između rada i kapitala također traže hitnu intervenciju društvene regulacije, stabilizacije i legitimacije poretka kroz pravni sustav.

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

34 Kurtović, Š., Opra povijest prava i države, II. knjiga, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2002., str. 82.

35 Armitage, D., The Declaration of Independence: A Global History, str. 165 – 171., dostupno na: [http://books.google.hr/books?id=olY1yCO98gC&printsec=frontcover&dq=declaration+of+independence&hl=hr&ei=RO9KTYm6AsA0sAa0hNF&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=3&ved=0C5Q6EwAQw=onepage&sq&f=false](http://books.google.hr/books?id=olY1yCO98gC&printsec=frontcover&dq=declaration+of+independence&hl=hr&ei=RO9KTYm6AsA0sAa0hNF&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0C5Q6EwAQw=onepage&sq&f=false), 24.07.2010.

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

37 Thoreau, H.D., Civil Disobedience, dostupno na: [http://books.google.hr/books?id=qR7CNlJlTAC&printsec=frontcover&dq=Henry+David+Thoreau&hl=hr&ei=zCRIT0\\_QAtvPjAeK7YTDg&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=3&ved=0CDAQ6EwAgw=onepage&sq&f=false](http://books.google.hr/books?id=qR7CNlJlTAC&printsec=frontcover&dq=Henry+David+Thoreau&hl=hr&ei=zCRIT0_QAtvPjAeK7YTDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CDAQ6EwAgw=onepage&sq&f=false), 22.07.2010.

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

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

- Središnja uloga pravosuđa u pravnom sustavu (u Americi sudske ovlasti uključuju pravo ustavnog nadzora nad zakonodavstvom i nad odlukama izvršne vlasti);
- Američki Ustav jedan je od starijih u modernom smislu i čini jedinstven dokument, za razliku od engleskih ustavnih dokumenata;
- Podložnost pravne misli konzervativnoj (klasično – liberalnoj) ideologiji, koja teži očuvanju vrijednosti individualne i ekonomske slobode te formalne jednakosti građana;
- Afirmacija usporednog strujanja koje se odupire konzervativizmu i koje naglašava pragmatički instrumentalizam (vjera u društveni napredak putem socijalnog inženjeringa). Taj pravac nastoji supstituirati formalnu jednakost zahtjevom za substancijalnom pravednošću. U tom pogledu bile su utjecajne doktrine *New Deal*,<sup>39</sup> intelektualni reformizam J. Deweya, R. Pounda i kasnije J. Rawlsa te općenito smjer tzv. novog liberalizma i pokreta za manjinska prava;
- Kao odraz sukoba između tih struja – konzervativizma i liberalizma, u kasnijem se razvoju američkog prava pojavljuje i napetost između pravosuđne i zakonodavne odnosno izvršne vlasti (napose s obzirom na ulogu Vrhovnog suda u prihvatanju reformi).<sup>40</sup>

### 3.2. PRETEČE AMERIČKOG PRAVNOG REALIZMA

Kao i u drugim zemljama *Common law*<sup>41</sup> gdje nije došlo do recepcije rimskog prava, ni u Americi nije bilo važnijih pojmovnih analiza i teorijskih pristupa sve do kraja 19. stoljeća. Stručno obrazovanje pravnika bilo je neformalno, tako da se za sudačka i odvjetnička zanimanja čak nije tražilo nikakvo formalno obrazovanje. Upravo je nepreglednost angloameričkog prava, temeljenog na nizu sudske odluke o potpuno različitim predmetima potaknula potrebu sustavnog izučavanja prava. Tako je sudac J. Kent (1763. – 1847.), po uzoru na Blackstoneove *Commentaries*, objavio i prvi sustavni prikaz američkog prava (*Commentaries on American Law*, 1826. – 1830.)<sup>42</sup>, a C.C. Landgell uveo je raščlambu sudske presuda (*case method of study*) kao originalan pristup u izvođenju nastave prava na Harvardu.<sup>43</sup> No činjenica je da je upravo model proučavanja prava za koji se zalagao Landgell potakao kritička razmišljanja. Njegova razmišljanja o pravnoj znanosti kao egzaktnoj znanosti sličnoj fizičkim, zoologiji, botanici i kemiji u kojoj je pravna knjižnica tzv. pravni laboratorij, a ne praktično iskustvo. Dakle znanje stečeno kroz čisto, apstraktno pravo, posebice

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

40 Vriban, D., Sociologija prava – uvodi i izvorišne osnove, Golden marketing – Tehnička knjiga, Zagreb, 2006., str. 33 – 34.

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

42 Kent, J., *Commentaries on American Law*, Little, Brown & Co., Boston, 1858.

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

proučavanje sudskih presuda osigurat će znanstveno proučavanje prava.<sup>44</sup> Kroz dešifriranje sudskih presuda, upotrebom Sokratovskih metoda recitiranja i ispitivanja principi pravne znanosti bit će u pravom svjetlu prezentirani studentima.<sup>45</sup>

Američki pravni realisti i njihovi prethodnici, pripadnici kruga sociološke jurisprudencije<sup>46</sup> nisu se slagali sa ovim idealom. Smatrali su kako pravna znanost pripada području društvenih znanosti, stoga je ona sličnija, odnosno bliža sociologiji, psihologiji, ekonomiji i filozofiji, te ona trebaju biti vodič u njenim novijim teoretiziranjima. Osim toga, pravi laboratorij pravne znanosti stvarni je svijet, a filozofija pragmatizma njen je postulat. Metoda kojom su se služili bila je društveno – pravna kritika.

Društvene okolnosti na prijelazu, te samom početku 20. stoljeća uvelike su izmijenjene. Amerika je suočena sa dramatičnim ekonomskim rastom usporedno s kojim se razvijala koncentracija moći i centralizacija države preko birokratski upravljenih političkih organizacija. Postojeća pravna ideologija, čija je idejna misao vodilja bila naglasak na minimalnoj involviranosti u ekonomske procese, poznata kao *laissez – faire*, doživljavala je uplitanje sudova u ekonomsku i društvenu sferu kao nepoželjno. Osim toga, čvrsta privrženost pravnim principima i slovu zakona smatrala se idealom, putem maksimalnog ispunjenja društvenih vrijednosti. No, ubrzane gospodarske i društvene promjene koje su sobom donosile mnoštvo kontradiktornih zahtjeva prisilila je sudove na preispitivanje svoje interne metodologije u donošenju presuda. Napad na formalizam predvođen je iz najprestižnijih sveučilišnih centara: Harvarda, Yalea i Columbia sveučilišta.<sup>47</sup>

Krajem 19. stoljeća upravo sveučilišta i visoke škole postaju središta proučavanja pozitivnog prava i pravne teorije. U to je vrijeme u intelektualnim krugovima teorijski dominantan pravac pragmatizma (grč. *pragmata* – djelovanje) čiji su najistaknutiji predstavnici W. James, C.S. Pierce i J. Dewey. Njegovu instrumentalnu inačicu zastupa najgorljivije Dewey (1859. – 1952.)<sup>48</sup> koji se bavi i logičkom analizom prava. Pravo je smatra Dewey potrebno promatrati u kontekstu dinamičkog procesa njegove primjene, kao proizvod društvenih procesa i okolnosti. Time možemo utvrditi, počinje u pravničkim krugovima kritički obrat od formalizma i legalizma prevladavajuće pravne doktrine u američkoj pravnoj znanosti. Njegovci se istaknuti pristaše zalažu za društvenu reformu i pravednost odbacujući Spencerove i Darwinove ideje evolucionizma i socijalnog darvinizma, kao i ideju neograničene slobode ugovaranja, pokušavajući pronaći načine poboljša-

44 Često se u literaturi navodi kako je Langdellovom imenovanjem na Harvardu počela evolucija u američkom pravnom obrazovanju. Langdellova ideja o „pravu kao znanosti“ razvijena je u skladu s njegovom tvrdnjom kako je pravo „ogledalo prirode“. Pravo kao znanost progresivan je i rastući proces koji je moguće otkriti kao iskustvenu činjenicu. Opširnije V: Minda, G., One Hundred Years of Modern Legal Thought: From Langdell and Holmes to Posner and Schlag, Indiana Law Review, Vol. 28., 1994-1995, str. 358 – 361., dostupno na: [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/indlr28&collection=journals&id=369&en\\_hide=false&men\\_tab=ctnav. \(28.10.2008.\)](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/indlr28&collection=journals&id=369&en_hide=false&men_tab=ctnav.)

45 Milovanović, D., An Introduction to the Sociology of Law, Criminal Justice Press, 2003., str. 110., dostupno na: [46 Omnivačem interesa je jurisprudencija smatra se Philipp Heck \(1858. – 1943.\) prema čijem mišljenju upravo interesa jurisprudencija zauzima primat u izučavanju života kao realnih društvenih odnosa nasuprot prijašnjem, primatnu geometrijske logike“. Cilj je pravne znanosti prije svega služiti životu, a ne biti svrha samoj sebi. V. Vrban, op.cit. \(bilj. 18\), str. 546 i Heck, P., Das Problem der Rechtsgewinnung, Tübingen, 1912.; Schock, M., Rummeln, M., The Jurisprudence of Interests, H.U.P., London, 1948, str. 21., 298.](http://books.google.com/books?id=W_UbvjHhRUC8pg&PA1zo&pg=PA1zo&dq=1977+crits+first+conference+wisconsin+madison&source=web&ots=TOrq0H-Leo&sig=v8FDG12-f61jev_VrM-3WN99fQ&hl=en&sa=X&oi=book_result&resnum=1&ct=result#PPA35_M1 (09.10.2008.)</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

47 Cf. ibid., str. 111.

48 John Dewey američki filozof, psiholog i reformator. Pionir funkcionalne psihologije i vodeći predstavnik progresivnog pokreta u obrazovanju Sjedinjenih Američkih Država u prvoj polovici 20. stoljeća. V. Boisvert, R.D., John Dewey: Rethinking our time, State University of New York Press, New York, 1996.

nja radnog i socijalnog zakonodavstva. Kasnije su, posebice u fazi New Deal, angažirani u brojnim vladinim tijelima.

Odbacivanjem formalizma i kritikom konzervativizma stvara se nova osebujna teorijska jurisprudencija koja je sociološki i povijesno orijentirana. Nije sklona teoretiziranju već pravo shvaća kao praktičnu pravnu djelatnost kroz konkretni pravni život koji se zbiva u sudnicama i odvjetničkim uredima.<sup>49</sup> Pored „sociološke jurisprudencije“ koju je kojoj su istaknuti predstavnici O.W. Holmes Jr., L.D. Brandeis<sup>50</sup> i R. Pound, koji se smatra i utemeljiteljem „američkog pravnog realizma“ sa K.N. Llewellynom, J. Frankom i H. Olifantom kao istaknutim predstavnicima, te „sociološki pokret u pravu“ koji prati razvoj iste struje utjecaja u europskom krugu. Sociološka jurisprudencija svojim optimizmom i ekspanzivnošću osvaja nove pristaše oslanjajući se na postavke Benthamove utilitarističke filozofije i novog juridičkog instrumentalizma.<sup>51</sup>

## 4. KLJUČNI NOSIOCI TEMELJNIH IDEJA AMERIČKOG PRAVNOG REALIZMA

### 4.1. OLIVER WENDELL HOLMES

Antiformalističko shvaćanje prava prožima misao istaknutog suca i pravnog filozofa Olivera Wendella Holmesa (1841. – 1935.) za kojeg možemo reći da se smatra začetnikom pravnog realizma u Americi. Kao dugovječna osoba proživio je velike povijesne mijene američkog društva – rođen je u vrijeme aristokratskog starog Massachusettsa, bio je u prilici upoznati ljude poput John Quincy Adamsa koji je bio blizak s utemeljiteljima Republike, borio se u Američkom građanskom ratu, a kao sudac Vrhovnog suda od 1902. – 1932. svjedočio je rađanju nove društvene, ekonomske i pravne ere čiji se „moderni“ utjecaj još tako snažno osjeća i danas.<sup>52</sup> Činjenica je kako je bio generaciju ispred svog doba što dokazuju njegova nastojanja okarakterizirana kao pionirski pokušaji koji su približili sociologiju i pravo u tzv. „sociološkom pokretu u pravu“. U svojim je radovima „*The Spirit of the Common Law*“ (Boston, 1881.) i „*The Path of the Law*“ (1897.) te „*Natural Law*“ (1918.) inzistirao na ispitivanju društvene stvarnosti u pravu po uzoru na ekonomiju, sociologiju i psihologiju utemeljujući tako tzv. novu iurisprudenciju (*new jurisprudence*) koja je otvorila put napuštanju utemeljenosti unutar pravnih znanosti koje je intenzivno uslijedilo tijekom 20. stoljeća.<sup>53</sup> Njegove premise „skepticizam prema pravilima“ i „život prava nije logika nego iskustvo“ kasnije usvajaju pravni realisti gradeći na njima svoje teorije o pravu. Pravo definira kao „predviđanje što će učiniti suci.“<sup>54</sup>

49 Vrban, op.cit. (bilj. 18), str. 568.

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

51 Defflem, M., Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition, str. 97, dostupno na: [52 Coquillette, D.R.: The Twentieth Century, Boston College Law School, dostupno na: \[http://lsr.nelco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=bc/bclsfip. 10.06.2008.\]\(http://lsr.nelco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=bc/bclsfip.\)](http://books.google.hr/books?id=g4pG6Aq4Bc8Cpg&pg=PA97&dq=sociological+jurisprudence&hl=hr&ei=MfAKT13JL-Of6Qz4hMGd8&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CQYQ6AEwAA#v=onepage&q=sociological%20jurisprudence&f=false, 24.07.2010.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

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

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

Holmes je bio blizak vodećim američkim filozofima tog vremena koji pripadaju školi pragmatizma W. Jamesa, Ch.S. Piercea i J. Dewey, te se njegova misao o pravu suprotstavljaju pristupu koji pravo sagledava kroz pravila bez oslonca na ljude i potrebe zajednice. Bit je prava, prema Holmesu, u neposrednom iskustvu. U svojim djelima ograđuje se od logičkog formalizma i moralističkog pristupa pravu te se priklanja tradicijsko – povijesnom proučavanju pravnih institucija koje upućuje na prvobitnu svrhu pojedinih pravnih normi te omogućuje kritički pogled na pravu. S obzirom na navedene postavke Holmes je svjestan kako je nezaobilazna sociološka dimenzija u proučavanju prava upravo zbog činjenice da je pravo u stalnom procesu promjene, te je sukladno tomu dio društvenih promjena: „Život prava nije samo logika, nego iskustvo. Nužnost vremena u kojem živimo, prevladavajuće moralne i političke teorije, institucije i javni, opći interes, priznat ili nesvjestan, čak i predrasude koje dijele međusobno suci sa svojim kolegama, moraju još mnogo toga više učiniti od silogizma u determinaciji pravila pomoću kojih bi upravljali narodom. Tako pravo zauvijek usvaja nove principe iz života s jedne strane, a zadržava stare iz povijesnih izvora, s druge strane. Činjenica je kako se pravo stalno približava, ali nikad ne dostiže potpuno stanje. Koliko god kodificirali pravo (*Common Law*) u serijama naličjed samodostatnih pozicija one će biti samo faze u konstantnom rastu. Postat će pravo nepromjenjivo tek kad prestane rasti.“<sup>55</sup> Ovakvim novim načinom razmišljanja o pravu i njegovoj primjeni učinio je Holmes iskorak od apsolutnog ka relativnom, od doktrine ka praksi, od pasivnog – i u vezi s tim pesimističkog determinizma – ka optimističnoj slobodi.<sup>56</sup>

Holmes je priznao velik utjecaj ekonomije na pravo, čime se posebice bavio T.B. Veblen (1857. – 1929.) kao sociološki i institucionalno orijentiran ekonomist.<sup>57</sup> Unatoč navedenom ostaje konzervativac i praktičar, nesklon velikim teorijama. Njegova slava, odnosno veličina „nove i u-rispruđenice“ bila u pokušaju „otvaranja pravnih znanosti“ kroz inkorporaciju ostalih društvene znanosti u ciljeve juridičkog instrumentalizma.

Kasniji utjecaj Holmesove tradicije u radu Američkog Vrhovnog suda bio je narušen posebiće kroz djelovanje L.D. Brandeisa, H. Stonea, B. Cardoza i F. Frankfurtera, ponajviše u vremenu nakon Rooseveltove *court packing* krize iz 1937. godine.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> Coquillette, op.cit. (bilj. 48), str. 3-4.

<sup>56</sup> White, G. E., Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self, Oxford University Press, New York, 1993., str. 196 – 225.

<sup>57</sup> Rabio je pojmove napadna potrošnja i napadna dokolica koji su ubrzo bili široko prihvaćeni u društvenim istraživanjima. Naglasak je u ekonomskim istraživanjima stavio na primjenu tehničke učinkovitosti kao temeljnog principa povijesnog, društvenog i kritičkog razvoja društva. Takvo razumijevanje ekonomskih odnosa podrazumijeva: teoriju društvene promjene, kritiku teorijske analize poslovnih institucija, osobitnu koncepciju u pristupu proučavanja u području društvenih znanosti, posebice ekonomiji, te razjašnjenje odnosa između društvenih institucija ili navika i organizacije znanja u društvu. Jedan od njegovih temeljnih postulata je teza kako pojedinci zaposleni u institucijama podliježu procesu društvenih navikavanja pod utjecajem discipline koju provodi određena institucija. Institucije su rezultat interakcije između ljudske prirode i materijalne okoline. Veblenova teorija društvene promjene donosi dakle slijedeće zaključke: kultura društva uvjetovana je materijalnim uvjetima, a društvene promjene napreduju kroz navike i običaje koje se kristaliziraju u institucije kao grupni odgovor na okolinu; institucionalni rast i promjena odvijaju se prema neodarvinističkim principima selekcije i preživljavanja. U borbi za opstanak čovjek materijalnu okolinu sistematizira i tzv. Assessments, Routledge, London, 1993., str. 148, 32-33.

<sup>58</sup> Poznata „Court packing crisis“ iz 1937. odnosi se na pokušaj tadašnjeg američkog predsjednika Franklina Delanooa Roosevelta (u daljem tekstu: FDR) u namjeri da reformira rad Vrhovnog suda SAD-a u skladu s potrebama koje je nalagao njegov razvojni plan New Deal-a. Kao i američki Kongres, Vrhovni sud ne bi trebao, niti smio, biti „politička“ institucija. Mora zadržati nepristranost u namjeri rješavanja pravnih sporova, interpretacije zakona, te donošenju odluka oko tumačenja Ustava. Suci Vrhovnog suda SAD, kao najvišeg sudbenog tijela države, ne bi smjeli dopustiti da na njihove odluke utječe predsjednik države, ostali političari ili javno mnijenje. Kako bi se osigurala njihova nepristranost i pravotnost Ustavom je utvrđeno da obavljaju funkciju doživotno, osim ako odstupe samovoljno, povuku se u mirovinu ili budu uklonjeni zbog nedoličnog postupanja. „Devet staraca“ kako ih se često kolokvijalno naziva u tri presude oko New Deal-a (poznatog razvojnog plana FDR za borbu protiv velike američke gospodarske krize) odlučili su kao neustavne i stoga neprovedive. Zbog takvih presuda Vrhovnog suda FDR tražio je potporu za umirovljenje

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

## 4.2. ROSCOE POUND

Roscoe Pound (1870. – 1964.) rođen je u kvekerskoj obitelji,<sup>59</sup> roditelji su mu bili visoko obrazovani; otac je bio odvjetnik i senator, tvorac ustava Nebrasko. Pound je bio neobično darovit te je već u 14 godini upisao studij botanike, no istovremeno se usavršavao u području prava (prije svega kako bi pomogao ocu u odvjetničkom uredu) na Harvardu gdje je odslušao jednu godinu studija. Tamo je upoznao eminentne pravnike toga doba: Langdella, Amesa, Graya i Thayera. Kasnije je preuzima očevo odvjetnički ured te predaje rimsko i međunarodno pravo na Nebraska College of Law, te istovremeno postaje najmlađi član državnog povjerenstva za pomoć državnim Vrhovnom sudu u rješavanju zaostalih sudskih sporova.<sup>60</sup>

U svojem inauguralnom govoru nakon izbora za dekana pravnog fakulteta ističe kako pravo nije cilj za sebe već društveni mehanizam u službi pravednosti i općeg dobra.<sup>61</sup> Tijekom te faze svoga rada, do 1907. objavio je nekoliko radova u kojima ističe potrebu za reformiranjem individualizma *Common Law-a*, zalaže se za modernizaciju u obrazovanju pravnika s ciljem prevladavanja anarhnih postupaka i formalizma sudstva. Govorom koji je održao na godišnjoj skupštini Američke udruge odvjetnika 29. kolovoza 1906. ostvario je prekretnicu u svojoj karijeri te postaje poznat na nacionalnom nivou i prepoznatljiv po originalnosti svojih vizija o pravu.<sup>62</sup>

Prihvaćajući poziv Northwestern University te odlazi kao predavač u Evanston kod Chicaga gdje uređuje i pravni časopis *Illinois Law Review*. U Chicagu se susreće sa vodećim misliateljima toga doba iz područja društvenih znanosti (A.S. Small, sociolog, C.E. Merriam, politolog i R.T. Ely, ekonomist).<sup>63</sup> Osim toga na njegov rad uvelike je utjecala filozofija pragmatizma W. Jamesa, te razmišljanja E. Rossa, sociologa uključeno u aktualne rasprave oko pojma društvene kontrole.

sudaca Vrhovnog suda koji su bili stariji od 70 godina, a sve u namjeri kako bi na taj način utjecao na rad Vrhovnog suda. Američka javnost je bila nesklona tim pokušajima što je rezultiralo povlačenjem FDR-a i njegovog prijedloga. Kasniji razvoj događaja pokazao je kako je sud podržao gotovo sve reformске prijedloge FDR-ovog New Deal-a. Do kraja svoja ukupna tri mandata uspio je imenovati ukupno 8 novih sudaca Vrhovnog suda te time, možemo zaključiti, uspio „opremiti“ Vrhovni sud sucima svoga izbora koji je zauzeo puno liberalniji stav u odnosu prema Ustavu. No, do dan danas u ovom slučaju ostaje pitanje, može li Vrhovni sud uistinu biti neovisno tijelo u potpunosti odvojeno od političkih utjecaja? V: Leuchtenburg, W.E., The Supreme Court Reborn: the Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt, OUP, New York, 1995.; McKenna, M.C., Franklin Roosevelt and the Great Constitutional War: the Court-packing Crisis of 1937, Fordham University Press, 2002.

<sup>59</sup> Kvekeri su još poznati i kao Društvo prijatelja: radikalan su kršćanski vjerski pokret bez svećenstva i obreda koji se pojavio u Engleskoj u 17. stoljeću, te se brzo proširio u Americi iz Pennsylvanije koju je osnovao kveker William Penn, dobivši 1681. kraljevskom poveljom zemljište. Danas zajednica broji oko 200.000 pripadnika, a stoji u službi Boga i čovjeka, potpomažući bez misionarskih pretenzija. Za svoj dobrotvorni rad 1947. godine primili su Nobelovu nagradu za mir.

<sup>60</sup> Sayre, P.L., The Life of Roscoe Pound, College of Law Committee, State University of Iowa, 1948., str. 12.

<sup>61</sup> Tamañana, B.Z., Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law, str. 65., dostupno na: [http://books.google.hr/books?id=dzblLOUMQx-8C8pg-PA658dq-roscoe+pound-means-to-an-end&hl=hr&ei=ev9jKTjBF6B-sQ&ASPG&sa=X&oi=book\\_result&resnum=1&ved=0CCKQ6AEwAA#v=onepage&sq=roscoe%20pound%20means%20to%20an%20end&f=false](http://books.google.hr/books?id=dzblLOUMQx-8C8pg-PA658dq-roscoe+pound-means-to-an-end&hl=hr&ei=ev9jKTjBF6B-sQ&ASPG&sa=X&oi=book_result&resnum=1&ved=0CCKQ6AEwAA#v=onepage&sq=roscoe%20pound%20means%20to%20an%20end&f=false), 09.10.2008.

<sup>62</sup> Bell, R. R., The Philadelphia Lawyer: a History 1735- 1945., Associated University Presses, Inc., 1992., str. 201.

<sup>63</sup> Urban, op.cit. (bilj. 36), str. 36.

Pod utjecajem razmatranja navedenih autora Pound u svojim raspravama smatra kako "Društvena kontrola zahtjeva moć – moć koja će utjecati na ponašanje pojedinaca kroz pritisak koji se nad njima obnaša."<sup>64</sup> Iz toga slijedi i njegovo definiranje prava kao specijaliziranog oblika društvene kontrole. Upijajući njihova razmišljanja o odnosu između prava i ostalih društvenih znanosti nastavlja svoj rad na reformi prava. Nakon godine dana, 1908. prelazi na Harvardsko sveučilište gdje nastaju njegovi najznačajniji radovi: *The scope and purpose of sociological jurisprudence* (1912.), *Introduction to the Philosophy of Law* (1922.), *Law of Morals* (1926.), *The history and system of the Common Law* (1939.), *Social control through Law* (1942.), te sumarno djelo u pet svezaka *Jurisprudence* (1959.).<sup>65</sup>

"Sociološka jurisprudencija" je kako navodi Pound „proces, aktivnost, ne samo tijelo znanja ili stabilan poredak konstrukcija. Odnosi se na akciju, a ne služenje pasivnog instrumentarija pomoću kojih se matematičke formule i mehanički zakoni realiziraju u zauvijek zacrtanom putu... razmišljamo o interesima, tvrdnjama, zahtjevima, ne o pravima, koja moramo osigurati ili zadovoljiti; ne o institucijama prema kojima smo tražili sigurnost ili ih zadovoljili kao da su institucije ultimativne, te postoje isključivo radi sebe samih."<sup>66</sup> U samoj svojoj srži „nova jurisprudencija“ je pokret za pragmatizam kao filozofiju prava; za adaptaciju principa i doktrina ljudskim zahtjevima koji trebaju usmjeravati, prije no osiguravati prve principe; stavljajući ljudski faktor u centralnu poziciju i smještajući logiku na njenu istinsku poziciju instrumenta.<sup>67</sup> Ovakav pristup prava bio je istovremeno trenutnog, ali i dalekosežnog učinka – formuliran u predavanjima i djelima svojih utemeljitelja koji su svojim djelovanjem pokrenuli „kopernikanski obrat“ u pristupu proučavanja prava, ali u isto vrijeme stvorili dalekosežne i poticajne teze za raspravu sve do današnjih dana.<sup>68</sup>

U svom pristupu proučavanja društva Pound polazi od individualnih aktera kao pokretača društvenog djelovanja. Za njega su na prvom mjestu „interesi“ koje definira kao „zahtjeve i želje“, a u svojim kasnijim radovima „potraživanja, zahtjeve i želje“, te konačno kao „očekivanja“. Postoje tri vrste interesa: pojedinačni, društveni i javni (od kojih se potonji artikuliraju u političkom životu). Interesi su primarne društvene činjenice, a uz pojam društvene kontrole čine ključni element Poundova instrumentarija sociološke analize prava. Interesi bivaju putem pravnoga oblikovanja prevedeni u zakonska prava. Pound ne radi daljnju diferencijaciju interesa na objektivne i subjektivne uzimajući u obzir samo manifestno (eksplicitno) ponašanje, no činjenica je kako nisu baš svi interesi eksternalizirani, odnosno prisutni na javnoj sceni.<sup>69</sup> Pravo definiira, prema temeljnim odrednicama koja mu pridaje, kao visokospecijaliziran oblik društvene kontrole: „Pravo je vrlo specijaliziran oblik društvenog nadzora, koji se provodi u skladu s autoritativnim propisima, primijenjen u sudbenom i upravnom procesu.“<sup>70</sup> Osebanjan je i njegov pogled na evoluciju prava u kojemu kombinira različite elemente filozofske tradicije koju donosi-mo u sljedećoj tablici.

64 Milovanovic, op.cit. (bilj. 41), str. 111.

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

66 Coquillette, op.cit. (bilj. 48), str. 5.

67 Ibid., str. 5-6.

68 Hessel E. Yntema takav je razvrtak u području pravnih znanosti nazvao „kopernikanskim obratom i otkrićem da je pravo praktička znanost“. V. Bechtler, T.H., *Law in a Social Context*, Deventer, Kluwer, 1978., str. 9.

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

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

Tablica 1. Evolucija prava prema R. Poundu

	Primitivno pravo	Strogo pravo	Pravno pravo	Zrelo pravo	Socijalizacija prava
Ciljevi	Mir	Sigurnost	Pravičnost	Jednake šanse (osiguranje sličarnija)	<b>Optimalno zadovoljavanje potreba</b>
Sredstva	Nagodba	Pravni liječkovi	Intenziviranje dužnosti	Zaštita prava	<b>Uvažavanje interesa</b>
Doprinos (funkcije)	<b>Mitrovljubivo stanje</b>	<b>Sigurnosti jednoobraznost</b>	<b>Dobravjveri i podupiranje razumnosti i moralnosti</b>	<b>Afirmacija osobnih prava</b>	<b>Priznavanje i zaštita interesa društva</b>

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

Poundova najpoznatija tvrdnja, koja čini glavnu okosnicu misli američkog pravnog realizma, kako se pravo sastoji iz stvarnog ponašanja (*law in action*) i prava koje se nalazi u knjigama (*law in books*) između kojih dvaju sustava postoji veliki rascjep, diskrepancija koja je uvelike odredila pitanja kojima će se baviti glavni protagonisti ovoga pravca.<sup>71</sup>

#### 4.3. KARL NICKELSON LLEWELLYN

Karl Nickelson Llewellyn (1893. – 1962.) tijekom svog obrazovanja na Yaleu studirao je kod W.G. Sumnera (autora „*Folkways*“, iz 1906.) čije ideje i teorije o utjecaju kulture na pravni sustav su uvelike utjecale na Llewellynovo razumijevanje prava kao društvenog poretka pod snažnim utjecajem kulture u čijem se okruženju nalazi. Osim toga rad S. Freuda također me je bio poticao u stvaranju svojeg osebnog stava o mjestu i ulozi prava u tadašnjem svijetu.<sup>72</sup> U svojim djelima: *The Case Law System in America* (1989.), *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice* (1962.), *The Common Law tradition - Deciding Appeals* (1960.), *The Cheyenne Way* (1941.) i *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study* (1930.) naglasak pomiče sa općeg pravnog pravila na činjenice zasebnog slučaja. Pravo, prema njegovim stajalištima, nije deduktivna znanost već se otkriva u postupanju službenika (sudaca, odvjetnika) u različitim sporovima. Llewellyn navodi devet među poveznica između prava i društva, označujući karakteristike američkog pravnog sustava:

- Pravo se mijenja,
- Društvo se također mijenja,
- Pravo nije cilj po sebi, već sredstvo za postizanje ciljeva,

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

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



- Ono što realno postoji i ono što bi trebalo biti moramo razdvojiti ukoliko želimo realno istražiti stvarnost,
- Tradicionalna pravna pravila potrebno je odbaciti kao opis društvene stvarnosti,
- Pravna pravila treba odbaciti kao temeljni faktor u sudskom presuđivanju,
- Široka pravna pravila potrebno je razlomiti na uže kategorije,
- Potrebno je istražiti posebne slučajeve,
- Potrebno je, s obzirom na navedene kategorije, provesti program istraživanja<sup>73</sup>

Odluka o pravu ne može se pretkazati samo na temelju poznavanja prava, iako će formalno ona biti dio koherentnog pravnog sustava. Što sve utječe na ponašanje suca predmet je kauzalne analize, a pravo i njegova primjena, barem ono koje je napisano na papiru (*paper law*) samo je jedan od čimbenika. Pravo je dio sustava društvenih znanosti koje se bave ljudskim ponašanjem, a ekonomske metode koje predstavljaju probabilističke zakone i simplificiraju modele ponašanja metodološki su uzor koji treba slijediti.<sup>74</sup> Sumarno, prema Llewellynu pravo je samo sredstvo ostvarenja društvenih ciljeva, potrebno je skeptički pristupiti proučavanju vladavine prava kao načelu opoga što sudovi uistinu čine, a pravo mora nužno biti proučavano u terminima svojih posljedica.<sup>75</sup>

#### 4.4. JEROME FRANK

Jerome Frank (1889. – 1957.) bio je više lijevo orijentiran u svojim nazorima od Llewellyna za kojeg možemo reći kako je zastupao politički centar Američkog pravnog realizma. Frank smatra kako suci nisu u položaju „geometrijske primjene“ zakona. Zastupa mišljenje kako predviđanje u pravu nije moguće, a suci se u donošenju odluka služe intuicijom, a ne isključivo izvođenjem zaključaka iz normi. Sudska odluka temelji se, između ostalog, tzv. „biasu“ (osobnom iskustvu, vrijednostima, osjećajima i navikama), te distrećijskom pravu prosuđivanja činjenica – a ne na pukoj primjeni zakona. Sudska odluka nije jednostavno izvođenje pravnih silogazama kod kojih postoje unutarnja pravila transformacije; ona sama i samo ona je pravo.<sup>76</sup> Sukladno navedenom, predmet proučavanja pravnih znanosti trebao bi biti ponašanje sudaca i drugih pripadnika pravnih profesija.<sup>77</sup> Ukazujući na probleme pravnog sustava predložio je poboljšanje sudovanja kroz slijedeće:

- Razvoj i institucionalizaciju „konstruktivnog skepticizma“ koji bi se bavio problemima stvarnog rada sudova,
- Uvođenje više prakse i primjera iz prakse u edukaciju pravника,
- Poboljšanje sudske procesa (kroz uvođenje neovisnog stručnjaka u pronalaznju činjenica vezanih uz predmet sudovanja),
- Napuštanje ritualne odjeće u kojoj se pojavljuje sudac,
- Dopuštanje sucu u slučaju prisustvo na žalbenom postupku,
- Uvođenje samoanalize sudaca,
- Poboljšanje sudovanja preko porote.<sup>78</sup>

<sup>73</sup> Cf. ibid., str. 89.

<sup>74</sup> Kregar, J., Šimonović, I., op.cit. (bilj. 4), str. 569.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> V. Frank, J., Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice, Princeton University Press, 1973.

<sup>78</sup> Mliovanić, op.cit. (bilj. 4), str. 118.

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

## 5. DVIJE STRUJE AMERIČKOG PRAVNOG REALIZMA: PRAVNA NEODREĐENOST, PROBLEM SUĐENJA I PRESUĐIVANJA

### 5.1. POLOŽAJ SUCA U STVARANJU I PRIMJENI PRAVA

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

Prvo kako je pravo racionalno neodređeno, u smislu da dostupna grupa pravnih opravdanja nije u stanju opravdati jedinstvenu odluku (barem u onim slučajevima koji su dostigli fazu žalbenog postupka);

Drugo kako je pravo također u svom uzroku ili objašnjenju neodređeno, u smislu kako pravni razlozi nisu dovoljni u objašnjenju sudske odluke. Time je najbolje objašnjenje za potragu uzroka sudske odluke iza prava samog po sebi.

Svi su najznačajniji predstavnici prigrlili su srž, zahtjev realizma: u odlučivanju u slučajevima, suci reagiraju primarno prema stimulansu činjenice slučaja prije nego prema pravnim pravilima i razlozima. Moguće je pronaći ovaj ključni zahtjev u radovima svih značajnijih realista. Oliphant nam na primjer potvrđuje slaganje s ovom tezom u izjavi „sudovi reagiraju na stimulans činjenice u konkretnom slučaju pred sobom prije nego prema stimulansu poopćenog iznurenog apstraktnog mišljenja i ugovora.“<sup>79</sup> Njegova kritika upućena je „pravnim pravilima“ koja su postavljena od strane sudova i znanstvenika postala preopćenita i apstraktna, ignorirajući poseban, stvaran kontekst slučaja u kojemu su se dogodili stvarni sporovi. Rezultat ovoga je prihvatanje stimulansa činjenica u svakom konkretnom slučaju.

Premda su se svi navedeni predstavnici ovog pokreta slagali u svojoj polazišnoj točki tzv. *Core claim* realizma kako suci primarno reagiraju u donošenju presude prema stimulansu činjenica slučaja, prije no prema racionalnim zahtjevima sustava pravnih pravila, razišli su se u dvije struje po pitanju objašnjenja uzroka sudačkog odlučivanja u donošenju presuda. Tako postoje dvije struje pravnog realizma s obzirom na rješenje problema suđenja i presuđivanja: sociološka i idiosinkrazijska.<sup>80</sup>

### 5.1. SOCIOLOŠKA STRUJA AMERIČKOG PRAVNOG REALIZMA

„Sociološka struja realizma“ koju su predstavljali H. Oliphant, W.U. Moore, K. Llewellyn<sup>81</sup> i F.Cohen, a za koju možemo reći kako je predstavljala većinu pokreta, smatrala je kako sudske od-

<sup>79</sup> Leiter, B.: American Legal Realism, loc.cit.

<sup>80</sup> Baber, W.E., Bartlett, R.V., Global Democracy and Sustainable Jurisprudence: Deliberative Environmental Law, MIT, 2009., str. 29.

<sup>81</sup> K. Llewellyn čak poriče postojanje zajedničke škole pravnog realizma tvrdi: „Ne postoji škola realista. Vjerojatno nikada neće

luke možemo svrstati u predvidljive obrasce (premda ne obrasce koji se mogu predvidjeti u jedinstvenom pregledavanju postojećih pravnih pravila). Prema stavovima pripadnika ove struje različite „društvene“ snage moraju djelovati na suce kako bi ih prisilili da odgovore prema djelovanju činjenica na sličan i predvidljiv način. Suci primjenjuju norme komercijalne kulture ili jedinstvenije, pokušavaju učiniti najbolji društveno – ekonomski ishod na temelju činjenica u slučaju, upravo jer mora postojati karakteristika sociološkog profila suca koja objašnjava predvidljivu uniformnost u njihovom odlučivanju.

U skladu s ovim tezama F. Cohen dodaje kako u današnje doba jednostavno ne postoji niti jedna publikacija koja bi pokazala političku, ekonomsku i profesionalnu pozadinu u aktivnostima naših sudaca. Vjerojatno je da bi takva publikacija identificirala važne društvene faktore u determinaciji odluke. „Istinski realistična teorija sudskog odlučivanja mora shvatiti svaku odluku kao nešto više nego puki izražaj individualne ekspresije, kao ...umnogome od veće važnosti...produkt društvenih determinanti.“<sup>82</sup>

K. Llewellyn razmišlja u istom smjeru kada tvrdi kako primjena pravila za suca zahtjeva, odnosno uzima u obzir „dobru volju“ kako bi primijenila norme komercijalne kulture. „Po Llewellynu, koji je glavni prorok pravnog realizma, pravo je dio sustava društvenih znanosti koje se bave ljudskim ponašanjem, a ekonomske metode koje pretpostavljaju probabilističke zakone i simplificiraju modele ponašanja metodološki su uzor koji treba slijediti. Normativno i preskriptivno, to ne znači slobodu odlučivanja i ponašanja sudaca, već realističko shvaćanje da se na njih može utjecati idejnim apelom, jednakiim sustavom obrazovanja, zahtjevom da se brane osnovne društvene vrijednosti. Činjenica da suci u osnovi na sličan ili isti način postupaju u istim slučajevima nije posljedica (samo) toga što primjenjuju istu pravnu normu (zakon ili presedan), već je posljedica i njihove homogenosti u stavovima koje su usvojili školovanjem, društvenim mehanizmima selekcije koji su ih doveli u položaj suca i opće društvene „klime“ u kojoj odlučuju.“<sup>83</sup> Prema Llewellynu ne postoji slijed dedukcije od norme, načela ili posebnog pravila na činjenice i okolnosti slučaja. Pravo je u stalnoj promjeni, i kao instrument političkih promjenjivih društvenih ciljeva ono se mora prilagođavati, inače postaje svrha samome sebi. Konkretni slučaj ima više okolnosti i razina od onih koje predviđa pravilo, te primjena prava u krajnjoj liniji ovisi o onima koji ga stvarno primjenjuju – sudaca (koristi se često širim pojmom *officials of law*). Kreativnost i sloboda onih koji primjenjuju pravo zapravo određuje autoritarni izričaj prava. Priznaje se kako postoje pravila i načela prava, ali transformirana u volju suca koji ih tumači i daje im oblik zapovijedi: uvijek drugačijih, uvijek promjenjivih, tumačenih od suda. „Pitanje je kako, i u kojoj mjeri, u kojem će se smjeru pravila i praksa razlikovati. Više: kako i koliko u pojedinom slučaju. To ne možemo generalizirati bez istraživanja.“<sup>84</sup> Umjesto proučavanja prava kao zatvorenog sustava materijalnog prava predmet analize treba biti primjena prava i utvrđivanje okolnosti (uzroka) koje utječu na odluku suca. „Tvrdim ...da pravila materijalnog prava znače mnogo manje od onog što pretstavljaju teoretičari u većini njihovih knjiga i teorija, i da ona nisu stožerna točka rasprave o

<sup>82</sup> Ni postojati. Nema neke grupe s nekim službenim priznanjem ili zajedničkim uvjerenjem... Nove priloške dobivaju sredstvo i poticaj, a ne vladara ili vladajuću ideju. Stave pristaje razlikuju se u interesu i idejama. Povezani su, kako kaže Frank, samo zajedničkim negiranjem, njihovim skepticizmom i znatiželjom.“ K. Llewellyn, *Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound*, Harvard Law Review, 44., 1931., str. 1233.

<sup>83</sup> Letter, op.cit. (bilj. 265), str. 12.

<sup>84</sup> Kregar, J., Šimonović, I., op.cit. (bilj. 4), str. 568-569.

<sup>85</sup> Llewellyn, K., *A Realistic Jurisprudence – the Next Step*, Columbia Law Review, 30-2, 1930-435. u: Kregar, J., Šimonović, I., op.cit. (bilj. 4), str. 570.

pravu...materijalna prava treba ukloniti s njihovog trenutnog položaja središnje točke rasprave o pravu, u korist analize međudjelovanja ponašanja sudaca i ponašanja laika.<sup>85</sup>

U Moore pokušao je sistematizirati sociološki pristup realizma u svojoj „institucionalnoj metodi“. Njegova je polazišna ideja bila identifikacija „normalnog“, uobičajenog ponašanja u bilo kojoj instituciji. Nakon toga kvantitativna identifikacija i demarkacija devijacija od norme, a zatim pokušaj identifikacije točke na kojoj devijacija norme izaziva sudsku odluku koja ispravlja devijaciju vraćajući ju ka normi. Izrazio je svoje razmišljanje u slijedećoj formuli: devijacija stupnja X od „institucionalnog ponašanja“ izazvat će djelovanje sudova. Privid uzročnih relacija između budućih i prošlih odluka rezultat je relacije obaju, ali i treće varijable, važnosti institucije u naložu suda. Dakle, ono na što suci reagiraju je granica do koje činjenice pokazuju devijaciju od predviđajućih normi u komercijalnoj kulturi.<sup>86</sup>

Sumarno, ukoliko je sociološka struja realizma sa Lewellynom, Mooreom, Oliphantom, Cochranom, Radinom između ostalih, u pravu, time su sudske odluke uzročno determinirane (relevantnim psiho-socijalnim činjenicama o sucima) i u isto vrijeme pripadaju u predviđljive obrasce jer psiho-socijalne činjenice o sucima (npr. profesionalno iskustvo, podrijetlo i sl.) nisu idiosinkratske, već karakteristične za značajnu većinu sudstva. Time, skldajući misterij sa uzroka sudske odluke, realisti tvrde da odvjetnici mogu predviđjeti što će u konačnici biti sudska odluka.

S obzirom na činjenicu kako realisti tvrde da je pravo racionalno neodređeno, te pravna pravila i razlozi ne mogu racionalizirati odluke, analogijom ih ne mogu niti objasniti: sukladno tomu nužno je potražiti druge faktore u objašnjenju sudskih presuda. Ovdje realisti posežu za naturaliziranim i deskriptivnom teorijom donošenja presude, ali i traganjem za latentnim funkcijama (R.K. Merton). Vjerujući kako je potpuna i sveobuhvatna analiza sudske odluke deskriptivna i empirijska, ne normativna i konceptualna, potreban im je koncept prava koji sam po sebi nema obilježja empirizma i naturalizma. Važno je ovdje napomenuti kako ova je teorija primjenjiva isključivo na proces donošenja sudske odluke u kojoj ne-pravni razlozi (prosuda pravednosti – pravičnosti) objašnjava odluku. U objašnjavanju odluke i njenom opravdanju ukoliko su ne-pravni razlozi nedostatni – ukoliko ne opravdavaju u potpunosti ishod – time slijedi da će svako uzročno objašnjenje odluke morati tražiti iza razloga opravdanja socio-psiholoških činjenica (osobno-isti, klase, spola, socijalizacije, itd.) koji uzrokuju odluku.<sup>87</sup>

## 5.2. IDIOSINKRAZIJSKA STRUJA AMERIČKOG PRAVNOG REALIZMA

„Idiosinkrazijska“ struja realizma, čiji najgorljiviji predstavnici su Frank i sudac Hutcheson, ima okosnicu u tvrdnji kako ono što utječe na sudski odgovor s obzirom na okolnosti pojedinačnog slučaja su ekscentrične činjenice o psihološkoj osobitosti suca kao individue. Odnosno u Frankovoj formuli: „Stimulansi koji utječu na suca + sučeva osobnost = odluka“ navodeći kako je sučeva osobnost primarni faktor utjecaja u zakonskoj administraciji, za razliku od konvencionalne teorije u kojoj vrijedi formula: „Pravilo + činjenice = odluka“<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> Llewellyn, op.cit. (bilj. 80), str. 44.; U: Kregar, J., Šimonović, I., op.cit. (bilj. 4), str. 570.

<sup>86</sup> Letter, op.cit. (bilj. 21), str. 12.

<sup>87</sup> Ibid.

<sup>88</sup> Ovdje svakako moramo istaknuti kako niti jedan od pripadnika realizma nikada nije nigdje u literaturi ustvrdio; prema često spominjanoj legendi kojom se pokušava objasniti razmišljanje realista, kako „ono što sudac pojedje za doručak utječe na njegovu odluku“, detaljnije V: Cf.Ibid., str. 9.

„Frankifikacija“ realizma odnosi se na skepticizam koji Frank pokazuje u našim mogućnostima da uopće predvidimo kako će suci odlučiti u pojedinačnim slučajevima, što svakako nije obilježje čitavog pokreta koji u većini ima suprotan stav: jer se u većem dijelu predviđanja oslanjaju na determinirajuće faktore koji se mogu identificirati unutar društvenih snaga. Sudac nije u položaju „geometrijske primjene“ zakona. Njegova odluka temelji se na njihovom osobnom iskustvu u vrijednostima, osjećajima, navikama (*bias*) te diskrecijskom pravu prosuđivanja činjenica – a ne pukoj primjeni zakona. Sudska odluka nije jednostavno izvođenje pravnih silogizama kod kojih postoje unutarnja pravila transformacije; ona sama i samo ona je pravo.<sup>89</sup> Llewellyn utječe na osobnosti (koje sudskim odlukama pretpostavlja ekscentrična struja realizma) naziva „povremenim dionicama“ i ne smatra ih relevantnima u donošenju sudske odluke, za razliku od socijalno-ekonomskih faktora prevladavajućih u kulturi specifičnog društva.

#### 4-3. KAKO BI SUCI TREBALI ODLUČIVATI U SLUČAJEVIMA?

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

O. W. Holmes, F. Cohen i J. Frank najistaknutiji su predstavnici „Proto – posnerianske“<sup>90</sup> struje, je koji smatraju kako bi suci jednostavno trebali usvojiti otvorenu, legislativnu ulogu, priznajajući, s obzirom na činjenicu da je pravo neodređeno, kako sudovi jednostavno moraju nužno donositi odluke na temelju društvenih i ekonomskih utjecaja.<sup>91</sup>

Druga prominentna struja u realizmu, posebno vezana uz rad Llewellyna i Franka prigrila je tzv. „normativnu mirnoću“ sukladno kojoj je bespotrebno dijeliti normativne savjete sucima s obzirom na činjenicu kako su njihove odluke u slučajevima nepopravljiv odraz onoga što čine: ideal bi bio dostignut ukoliko bi se sucima moglo sugerirati kako moraju činiti drugačije. Najjača ekspresija ovog stava zamjetna je u djelu J. Franka.<sup>92</sup> Umjereniju verziju pronalazimo u Llewellynovom radu. U svojim djelima on jednostavno daje eksplicitne savjete kako bi suci trebali raditi samo ono što rade i inače. Na primjer, ukoliko suci primjenjuju norme komercijalne kulture, to je upravo ono što im i realisti sugeriraju da čine.

U konačnici priznae se postojanje pravila i načela prava kao ono što pravo treba biti (*oughts*), ali transformirana u volju suca koji ih tumači i daje im oblik zapovijedi: uvijek drugačijih, uvijek

promjenjivih, tumačenih od suda. „Pitanje je kako, i u kojoj mjeri, u kojem će se smjeru pravila i praksa razlikovati. Više: kako i koliko u pojedinom slučaju. To ne možemo generalizirati bez istraživanja.“ Istraživanja se tiču ponašanja i odlučivanja, a ne prava i pravila samih. Umjesto proučavanja prava kao zatvorenog sustava materijalnog prava predmet analize treba biti primjena pravila i utvrđivanje okolnosti (uzroka) koje utječu na odluku suca.<sup>93</sup>

## 5. ZAKLJUČAK

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

Teorijske pretpostavke realista imale su svoju osnovu u pragmatizmu koji je bio otvoreno neprijateljski nastrojen prema formalizmu, apstrahiranju, oslanjanju na deduktivne principe zaključivanja. Njihova pažnja bila je najvećim dijelom usmjerena ka formalnom sudovanju u donošenju odluka. Klasično razumijevanje donošenja presude podrazumijevalo je postupanje suca i odlučivanje u slučajevima isključivo prema mehaničkom odnošenju prema činjenicama i postupanju prema utvrđenim pravilima koja strukturiraju odluku. Suci imaju malo utjecaja u interpretaciji pravila. Ustav, statuti i presedani vode proces odlučivanja. Sukladno tomu način na koji se odluka, odnosno presuda donosi je formalan, mehanički i strogo predvidljiv. Uniformnost, vrijednosna neutralnost i impersonalnost predstavljaju ideal formalne racionalnosti, no nakon objavljene sociološke jurisprudencije i pravnog realizma „nedodirljiva svetost“ pozitivizma i formalizma u pravnim znanostima zauvijek je narušena.<sup>94</sup>

93 Kregar, J., Šimonović, I., op.cit. (bilj. 4), str. 570.

94 Dok se u američkoj pravnoj teoriji pojavljuju tzv. New Legal Formalism i New Legal Realism (V.; Miles, T.J., Sunstein, C.R. The New Legal Realism, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1070283>, 24.07.2010.) djelo Britana Z. Tannaha: Beyond the Formalist-Realist Divide: the Role of Politics in Judging donosi zanimljivu tezu kako je čitava povijest sukoba između pravnog formalizma i realizma u pravnoj teoriji SAD-a uistinu nepotrebna, krivo interpretirana i nepostojeća. Uvodeći pojam Balanced Realism naglašava kako je proces sudjenja presuđivanja u SAD-u nejasan upravo zbog dihotomije formalizam – realizam koja traje već više od stotljeća. Njegov pojam Balanced Realism spaja dva temeljne aspekta formalizma i realizma: vladavinu pravnih pravila i skepticizam. Svjesan je postojanja pukotina, ograda, nedostataka i otvorenosti prava, činjenice kako suci ponekad donose izbor sami, manipuliraju pravnim pravilima i presedanima, te su ponekad pod utjecajem političara i moralnih nazora kojima podliježu s obzirom na pripadnost kulturi iz koje potječu (skepticiizam). No, s druge strane, činjenica je kako se pravna pravila primjenjuju i ostvaruju, kako suci u procesu presuđivanja primjenjuju i slijede pravna pravila, kako postoje praktična, društvena i institucionalna ograničenja i faktori koji ograničavaju suce koji uglavnom donose uglavnom predvidljive odluke temeljene na pravu (aspekt vladavine pravnih pravila). V.; Tamaha, B. Z., Beyond the Formalist-Realist Divide: the Role of Politics in Judging, Princeton University Press, New Jersey, 2010., str. 10.

89 Frank, J., Law and the Modern Mind, Gloucester, Smith Co., 197 (1930), str. 53-61, u: Kregar, J., Šimonović, I., op.cit. (bilj. 4), str. 569.

90 „Proto – Posnerijanci“ prema anticipaciji stava koji danas iznosi Posner, R. (U.; Posner, R.A.): The problematics of Moral and Legal Theory, Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1999., str. 240-242.) prema kojoj bi sudovi donosili presude otvoreno i iskreno, cit. u: Leiter, op.cit. (bilj. 21), str. 36.

91 Richard A. Posner iznosi svoju teoriju sudjenja i presuđivanja u djelu: How Judges Think. To je prije svega analiza i sinteza postojećih teorija sudskog ponašanja (legalističke, fenomenološke, pragmatičke, sociološke, psihološke, ekonomske, organizacijske, strateške, osobne) koje služe kao podloga stvaranju osobujne Posnerove teorije koja se oslanja kako sam autor navodi na labor economics and the psychology of cognition and emotion. Posnerova analiza navodi na zaključak kako su suci all-to-human workers koji kao i ostali radnici reagiraju na uvjete zahtjeva tržišta rada u čijem se okruženju nalaze. Pravo je u sudskom okruženju jednostavno materijal, u najširem smislu riječi, iz kojega suci izrežuju, oblikuju svoju odluku. Kako materijal pravnog presuđivanja ne uspijeva proizvesti prihvatljive odgovore na sva pravna pitanja o kojima američki suci nužno moraju odlučiti njihove odluke često imaju rakers u ostalim izvorima presuđivanja, uključujući osobne političke nazore. Kao rezultat takvog postupanja law is shot through with politics and with much else besides that does not fit a legalist model of decision making. V.; Posner, R.A., How Judges Think, Caravan Book, 2008., str. 7-8., dostupno na: [http://books.google.com/books?id=ZVUC8tEVPOQ&printsec=fronto-ver&dq=richard+posner&hl=en&ei=qCLM7ND-HOSH4gpbM-dmZDA&sa=X&oi=book\\_result&resnum=9&ved=0CEsQ6ABwC&v=onepage&q&f=false](http://books.google.com/books?id=ZVUC8tEVPOQ&printsec=fronto-ver&dq=richard+posner&hl=en&ei=qCLM7ND-HOSH4gpbM-dmZDA&sa=X&oi=book_result&resnum=9&ved=0CEsQ6ABwC&v=onepage&q&f=false), 25.07.2010.

92 Opsirniji V.; Frank, J.: Law in the Modern Mind, Brentano's, NY, 1931., str. 108-109, cit. u: Leiter, op.cit. (bilj. 21), str. 34.

Ukoliko prihvatimo interesno-instrumentalnu osnovu i ulogu prava u postizanju društvenih ciljeva, a s obzirom na stalne procese društvenih promjena složit ćemo se s tezom kako nije dovoljno samo donositi zakone, nego je neophodno upravo razmotriti interese, posljedice i mogućnosti njihove primjene radi postizanja društveno proklamiranih ciljeva koji su izvedeni iz temeljnih društvenih vrijednosti. U ovakvom postuliranju ciljeva, uloge i zadaće prava i pravnih znanosti nalazimo se u interdisciplinarnom području u kojemu socio-ekonomske metode istraživanja, etičko-filozofske vrijednosne orijentacije, te političko-pragmatične smjernice u nastojanju ka ostvarenju društveno proklamiranih ciljeva neosporno doprinose stvaranju integralne i kritičke pravne znanosti čije temelje postavljaju upravo predstavnici američkog pravnog realizma.<sup>95</sup>

Iz perspektive pravnog realizma dijagnostika stanja u Republici Hrvatskoj donosi potrebu za teorijskim (posljedno i empirijskim) ukazivanjem na problem diskrepancije između društvene stvarnosti i teorijske podloge opisane u zakonima. Činjenica je kako postoje velike zakonske aktivnosti, velik je broj novih propisa koji su formalno usklađeni sa zapadnim standardima, dolažu s druge strane ograničena pravna kultura, materijalna ograničenja, zakoni se ne primjenjuju i institucije ne daju učinka. Izostaje implementacija, a manjak normi popravljiva se viškom zakona. Trenutkom donošenja zakona prestaje interes, a i odgovornost političkih vrhova za njegovu sudbinu, a ljudi postaju indiferentni prema izbjegavanju zakona. Provedba zakona i efikasnost institucija prikazuje se kao objektivna, od ljudi nezavisan problem. Zakoni i institucije za djelovanje ne trebaju samo ciljeve i namjere, već i ljude, materijalna sredstva i druge pretpostavke. To pitanje nije samo problem spoznaje, metodologije i pristupa analizi – da se bavimo normama, a ne njihovim ostvarenjem – već i obilježje svakodnevnog života. Neka zakon ne bude mrtvo slovo na papiru nego *law in action* kako bi omogućio sustavu da ispuni svoje objavljene ideale.

<sup>95</sup> Zadaci su suvremene društvene teorije prava prema H.J. Bermannu slijedeći: integracija, odnosno integralna teorija prava; usvajanje prikladne povijesne kategorije pravnog sustava; potreba za novim oblicima univerzalizacije na globalnoj razini; susret s drugim pravnim sustavima; te oslanjanje na suvremene teorije prirodnog prava koje su danas sadržane u ljudskim pravima. Berman, H. J., op.cit. (ibijl. 2), str. 44-45.

## LITERATURA

### Knjige i članci

- Baber, W.F., Bartlett, R.V., Global Democracy and Sustainable Jurisprudence: Deliberative Environmental Law, MIT, 2009.
- Beard, C.A., The Republic: Conversations on Fundamentals, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, 2004.
- Bechtler, T.H., Law in a Social Context, Deventer, Kluwer, 1978.
- Bell, R. R., The Philadelphia Lawyer: a History 1735- - 1945., Associated University Presses, Inc., 1992.
- Berman, H. J., Law and Revolution, The Transformation of the Western Legal Tradition, HUP, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1983.
- Burton, S.J., The Path of the Law and its Influence: the Legacy of Oliver Wendell Holmes, C.U.P., Cambridge, 2000.
- Dewey, J., The Political Writings, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1993.
- Field, S.P., The Making of a Democratic Intellectual, Rowman & Littlefield Publishers, INC., Lanham, 2002.
- Frank, J., Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice, Princeton University Press, 1973.
- Gura, P.F., American tanscendentalism: A history, New York, 2007.
- Haralambos, M.; Holborn, M., Sociologija: teme i perspektive, Golden marketing, Zagreb, 2002.
- Hoberman, S., Professional Education in the United States, Praeger Publishers, New York, 1994.
- Holmes, O.W., The Common Law, American Bar Association, Boston, 2009
- Holmes, O.W., The Path of the Law, NuVision, 2007.
- Horwitz, M.J., The Transformation of American Law, 1870 – 1960.: The Crisis of Legal Orthodoxy, Oxford University Press Inc., New York, 1992.
- Hunt, A.: The Sociological Movement in Law, Palgrave Macmillan, London, 1978.
- Ihering, R., Law as a means to an end, The Lawbook Exchange, LTD, Union, New Jersey, 1999.
- K. Llewellyn, Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound, Harvard Law Review, 44., 1931.
- Kent, J., Commentaries on American Law, Little, Brown & co., Boston, 1858.
- Kregar, J., Šimonović, I., Teorijski temelji ekonomske analize prava, Zbornik PFZ, 46 (6), 1996.
- Kurtović, Š., Opća povijest prava i države, II. knjiga, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2002.
- Leuchtenburg, W.E., The Supreme Court Reborn: the Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt, O.U.P., New York, 1995.
- Levy, B.H., Anglo-American Philosophy of Law: an Introduction to its Development and Outcome, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, 1991
- McKenna, M.C., Franklin Roosevelt and the Great Constitutional War: the Court-packing Crisis of 1937, Fordham University Press, 2002.
- Peteresen, H., Kjael, L.A., Krunke, H., Paradoxes of European Legal Integration, Ashgate Publishing Limited, Hampshire; Burlington, 2008.
- Pisker, B., Kritička pravna teorija: tradicija i nova sinteza, doktorski rad, Sveučilište u Zagrebu, Filozofski fakultet, 2011.
- Posner, R.A., The Essential Holmes, The University of Chicago Press, Chicago, 1992.
- Pound, R., Jurisprudence, Vol. 1., The Lawbook Exchange, LTD, Union, New Jersey, 2000.

Pound, R.: *Social Control Through Law*, New Haven, Yale U.P., 1942.

Radolović, A., *Zaštita prava na suđenje u razumnom roku – realna mogućnost, (pre)skupa avatūra ili utopija*, Hrvatska pravna revija, br. 04/2008. – godina VIII.

Riles, A., *Rethinking The Masters of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001.

Ross, A., *On Law and Justice*, The Lawbook Exchange, LTD, Clark, New Jersey, 2004.

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

Schlegel, J.H., *American Legal Realism and Empirical Social Science*, The University of North Carolina Press, 1995.

Setaro, F.C., *A Biography of the Writings of Roscoe Pound*, Gaunt Inc, Holmes Beach, 1998.

Sussman, W., *Culture as History: the Transformation of American Society, in the Twentieth Century*, Pantheon Books, 1984.

Tamaha, B. Z., *Beyond the Formalist-Realist Divide: the Role of Politics in Judging*, Princeton University Press, New Jersey, 2010.

V. Boisvert, R.D., *John Dewey: Rethinking our time*, State University of New York Press, New York, 1998.

Veblen, T., *The Theory of Business Enterprise*, Cosimo, N.Y., 2005; *The Theory of Leisure Class*, O.U.P., Oxford, N.Y., 2007.

Vrban, D., *Država i pravo*, Golden marketing, Zagreb, 2003.

Vrban, D., *Sociologija prava – uvodi izvoršne osnove*, Golden marketing – Tehnička knjiga, Zagreb, 2006.

Vukadinović, G. i Stepanov, R.: *Teorija prava I*, Futura, Petrovaradin, 2001.

Wesley Pue, W. & Sugarman, D., *Lawyers and Vampires: Cultural Histories of Legal Professions*, Hart Publishing, Oxford and Oregon, 2003.

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

Wintgens, L. J., *The Law in Philsophical Perspectives: My Philosophy of Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1999.

Wood, J.C., *Thorstein Veblen: The Life of Thorstein Veblen and Perspectives on His Thought*, Critical Assessments, Routledge, London, 1993.

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

#### Internet izvori

Armitage, D., *The Declaration of Independence: a Global History*, dostupno na: [http://books.google.hr/books?id=0Y1yG0j38gC&printsec=frontcover&dq=declaration+of+independence&hl=hr&ei=RO9KTJm6AsaOsAhoN1F&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=2&ved=0CCsQ6AEwAQ#v=onepage&q&f=false](http://books.google.hr/books?id=0Y1yG0j38gC&printsec=frontcover&dq=declaration+of+independence&hl=hr&ei=RO9KTJm6AsaOsAhoN1F&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CCsQ6AEwAQ#v=onepage&q&f=false), 24.07.2010.

Coquillette, D.R.: *The Twentieth Century*, Boston College Law School, dostupno na: <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=bc/bclsfp>, 10.06.2008.

Deflem, M., *Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition*, str. 97., dostupno na: [http://books.google.hr/books?id=g4pG6AqaBc8C&pg=PA97&dq=sociological+jurisprudence&hl=hr&ei=NfdKTjLB-OfsQazhMGdDg&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCYQ6AEwAA#v=onepage&q=sociological%20jurisprudence&f=false](http://books.google.hr/books?id=g4pG6AqaBc8C&pg=PA97&dq=sociological+jurisprudence&hl=hr&ei=NfdKTjLB-OfsQazhMGdDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCYQ6AEwAA#v=onepage&q=sociological%20jurisprudence&f=false), 24.07.2010.

Fuller, L.L. & Bechtler, T.W., *Law in a Social Context*, dostupno na: [http://books.google.hr/books?id=4Ad9xx-uu5wC&pg=PA5&dq=american+legal+realism&hl=hr&ei=fpjTJWuDUZSSjAe\\_7cmLDg&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=6&ved=0CEAQ6AEwBTgU#v=onepage&q=american%20legal%20realism&f=false](http://books.google.hr/books?id=4Ad9xx-uu5wC&pg=PA5&dq=american+legal+realism&hl=hr&ei=fpjTJWuDUZSSjAe_7cmLDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=6&ved=0CEAQ6AEwBTgU#v=onepage&q=american%20legal%20realism&f=false), 22.07.2010.

Izviješće Europske komisije o napretku Republike Hrvatske za 2010. godinu od 09. studenog 2010., dostupno na: [http://www.eu-pregovori.hr/files/Izvijesce/Izvijesce\\_EK\\_o\\_napretku\\_RH\\_2010.pdf](http://www.eu-pregovori.hr/files/Izvijesce/Izvijesce_EK_o_napretku_RH_2010.pdf), 17.01.2011.

Leiter, B.: *American Legal Realism*, The University of Texas School of Law, W. Edmundson & M. Goldings, eds., Oxford: Blackwell, 2003. dostupno na: [http://ssrn.com/abstract\\_id=339562](http://ssrn.com/abstract_id=339562), 11.06.2008.

Miles, T.J., Sunstein, C.R. *The New Legal Realism*, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1070283>, 24.07.2010.

Milovanovic, D., *An Introduction to the Sociology of Law*, Criminal Justice Press, 2003., dostupno na: [http://books.google.com/books?id=W\\_UbvjHhRIIC&pg=PA120&dq=1977+critis+first+conference+wisconsin+madison+source+web&ots=TOrqoH-Leo&sig=v5FDG-r2-fc6ljev\\_VvM-3WN9fQ&hl=en&sa=X&oi=book\\_result&resnum=1&ct=result#PPA135\\_M1](http://books.google.com/books?id=W_UbvjHhRIIC&pg=PA120&dq=1977+critis+first+conference+wisconsin+madison+source+web&ots=TOrqoH-Leo&sig=v5FDG-r2-fc6ljev_VvM-3WN9fQ&hl=en&sa=X&oi=book_result&resnum=1&ct=result#PPA135_M1), 09.10.2008.

Minda, G., *One Hundred Years of Modern Legal Thought: From Langdell and Holmes to Posner and Schlag*, *Indiana Law Review*, Vol. 28., 1994-1995., dostupno na: [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/indilr28&collection=journals&id=363&men\\_hide=false&men\\_tab=citnav](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/indilr28&collection=journals&id=363&men_hide=false&men_tab=citnav), 28.10.2008.

Mindus, P., *A Real Mind: The Life and Work of Axel Hägelstörn*, Springer Science + Business Media, N.Y., 2009., dostupno na: [http://books.google.hr/books?id=GOkUca72UgC&pg=PA137&dq=scandinavian+legal+realism&hl=hr&ei=8gxiTK3aPIHNjAeN67TDDg&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=7&ved=0CEUQ6AEwBg#v=onepage&q=scandinavian%20legal%20realism&f=false](http://books.google.hr/books?id=GOkUca72UgC&pg=PA137&dq=scandinavian+legal+realism&hl=hr&ei=8gxiTK3aPIHNjAeN67TDDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=7&ved=0CEUQ6AEwBg#v=onepage&q=scandinavian%20legal%20realism&f=false), 22.07.2010.

Posner, R.A., *How Judges Think*, Caravan Book, 2008., dostupno na: [http://books.google.com/books?id=ZVUC8rEVPQC&printsec=frontcover&dq=richard+posner&hl=en&ei=qClMTND-HOSH4gbM-dmZDA&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=9&ved=0CEsQ6AEwCA#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com/books?id=ZVUC8rEVPQC&printsec=frontcover&dq=richard+posner&hl=en&ei=qClMTND-HOSH4gbM-dmZDA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=9&ved=0CEsQ6AEwCA#v=onepage&q&f=false), 25.07.2010.

Robinson, H.J., *Civilization*, dostupno na: [http://books.google.hr/books?id=9aFTKUoD8k4C&printsec=frontcover&dq=Harvey+Robinson&hl=hr&ei=jWFITJCHsfKjAe3xbChDg&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=3&ved=0CDAQ6AEwAg#v=onepage&q&f=false](http://books.google.hr/books?id=9aFTKUoD8k4C&printsec=frontcover&dq=Harvey+Robinson&hl=hr&ei=jWFITJCHsfKjAe3xbChDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CDAQ6AEwAg#v=onepage&q&f=false), 22.07.2010., Tamanaha, B.Z., *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, dostupno na: [http://books.google.hr/books?id=dzblOUUMQx-8C&pg=PA65&dq=roscoe+pound+means+to+an+end&hl=hr&ei=ev99KTJrBfKb-sQaA3PVG&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=4&ved=0CCkQ6AEwAA#v=onepage&q=roscoe%20pound%20to%20an%20end&f=false](http://books.google.hr/books?id=dzblOUUMQx-8C&pg=PA65&dq=roscoe+pound+means+to+an+end&hl=hr&ei=ev99KTJrBfKb-sQaA3PVG&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CCkQ6AEwAA#v=onepage&q=roscoe%20pound%20to%20an%20end&f=false), 09.10.2008.

Thoreau, H.D., *Civil Disobedience*, dostupno na: [http://books.google.hr/books?id=9rTCN-luLTAC&printsec=frontcover&dq=Henry+David+Thoreau&hl=hr&ei=zGRITQ\\_QAtvPjAek7ITQDg&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=3&ved=0CDAQ6AEwAg#v=onepage&q&f=false](http://books.google.hr/books?id=9rTCN-luLTAC&printsec=frontcover&dq=Henry+David+Thoreau&hl=hr&ei=zGRITQ_QAtvPjAek7ITQDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CDAQ6AEwAg#v=onepage&q&f=false), 22.07.2010.

Barbara Pisker, Ph.D., Polytechnic of Požega  
 Zrinka Mustapić, M.Sc., Zagreb School of Economics and Management  
 Predrag Zima, Ph.D., Assistant Professor, Faculty of Law in Osijek

## LEGAL REALISM: THEORETICAL FOUNDATION OF INTERDISCIPLINARY OPENING OF LEGAL SCIENCES

### Abstract

The choice of research topic resulted from necessity of theoretical indication to problem of discrepancy between social reality and theoretical basis described in laws. As for the authors' starting point according to which the function of legal standards does not only imply social relationships prescribing but first of all legalization, systematization and sanctioning of existing state to which social relationships have autonomously developed; there arises the question that is not only a problem of cognition, methodology and approach to analysis but also a feature of everyday life and that is: Why are we dealing with norms and not with their implementation?

It is theoretical orientation of legal realism that stands for the maxim according to which a law should not be a dead letter (*paper law*) but the law in practice (*law in action*) enabling the system to fulfill its proclaimed ideals. Thus the goal of this paper is to present an interdisciplinary orientation of legal realism whose theoretical ideas about inclusion of various research tools, primarily deriving from other social sciences (first of all sociology and economy), can contribute to answering the questions about real state of implementation as well as those aiming at an interest basis of the proclaimed goals of social normative frame.

*Key words:* Legal realism, American legal realism, integral and critical theory of law, law in implementation, interest-instrumental role of law

Dr. Barbara Pisker, Polytechnische Hochschule in Požega  
 Zrinka Mustapić, Mag. oec., Zagreber Hochschule für Ökonomie und Management  
 Doz. Dr. Predrag Zima, Fakultät für Rechtswissenschaften in Osijek

## RECHTSREALISMUS: THEORETISCHE GRUNDLAGE DER INTERDISZIPLINÄREN ERÖFFNUNG DER RECHTSWISSENSCHAFTEN

### Zusammenfassung

Die Auswahl des Gegenstandes dieser Forschung ergab sich aus dem Bedarf am theoretischen Hinweisen auf das Problem der Diskrepanz zwischen der gesellschaftlichen Realität und der durch die Gesetze beschriebenen theoretischen Grundlage. Mit Rücksicht auf die Ausgangsidee, nach welcher die Funktion der Rechtsnormen nicht nur Vorschreiben der Gesellschaftsnormen sondern auch Legalisierung, Systematisierung und Sanktionierung des vorhandenen Zustands der autonom entwickelten gesellschaftlichen Verhältnisse umfasst, wird in dieser Arbeit die Frage gestellt, die nicht nur ein Problem der Erkenntnisse, der Methodologie und des Ansatzes zur Analyse, sondern mehr ein Merkmal des Alltagslebens ist: Warum befassen wir uns mit den Normen, und nicht mit deren Durchführung?

Theoretische Orientierung des Rechtsrealismus befürwortet gerade die Maxime, nach welcher das Gesetz nicht bloße geschriebene Formeln, «papierene Vorschriften» (*paper law*) darstellen sollte, sondern die Rechtsanwendung in der Praxis, das aktive Recht (*law in action*), um dem System zu ermöglichen, seine proklamierten Ideale zu erfüllen. Auf Grund dessen ist die Aufgabe dieser Arbeit, interdisziplinäre Orientierung des Rechtsrealismus darzustellen, dessen theoretische Ideen über Einschließung von verschiedenen, ursprünglich aus anderen Sozialwissenschaftlichen (vor allem Soziologie und Ökonomie) stammenden Forschungswerkzeugen, zur Antwort auf die Frage über tatsächliche Realisierung sowie über die Interessengrundlage der proklamierten Ziele des normativen Rahmens der Gesellschaft führen können.

*Schlüsselwörter:* Rechtsrealismus, amerikanischer Rechtsrealismus, integrale und kritische Rechtstheorie, Recht in Anwendung, interessen-instrumentale Funktion des Rechts