

Izlaganje sa znanstvenog skupa

UDK 316.334.4 + 32:34 + 340.1

## Nestanak makroetike

Ivan Pađen

Pravni fakultet u Rijeci

### Sažetak

Moderno poimanje da je čudorednost (moral) skup normi ili vrijednosti koje reguliraju strogo međusobne odnose rezultat je naoko nepovezanih promjena koje su se zbile u filozofiji, sociologiji i pravnoj misli. Prva je potiskivanje klasične etičke paradigme modernom. Prema klasičnoj paradigmi, svatko od nas ima moralne dužnosti ne samo spram drugih nego i dužnost samousavršavanja, koja je, u krajnjoj liniji, obveza da se razvije u svrhu moguće dobrobiti najšire moguće zajednice. Nova paradigma povlači čudorednost iz područja *self-regarding acts*, isključujući na taj način odnose između nespecificiranih pojedinaca i, *a fortiori*, između društvenih grupa iz njezinog dosega. Druga promjena uvedena je Kantovom idejom da su pravo i čudorednost dva različita načina obvezivanja, naime, »izvana« i »iznutra«. Pretpostavka na kojoj se temelji to razlikovanje jest da činjenje može biti identificirano nezavisno od pobuda za činjenjem, koja mogu biti eksterne i interne, te da je moguće istraživati jednu vrstu pobuda — napose pravnih/eksternih — nezavisno od druge vrste pobuda (čudorednih i internih). Treća je promjena devetnaestostoljetno razlikovanje zajednice i društva. Društvo je shvaćeno kao grupa koja je konstituirana modernim seksualnim pravom, a zajednica kao grupa koja je konstituirana konvencionalnim moralom. Četvrta promjena sastoji se u pozitivizaciji prirodnopravnih doktrina u modernim ustavima i građanskim zakonima. Uslijed toga prirodno pravo više nije bilo potrebno kao kritička instanca izvan pozitivnog prava, pa je bez mnogo rasprave nastalo iz političke i pravne doktrine. Neposrednije rezultat tih promjena, kako je to na početku navedeno, shvaćanje da je čudorednost zaokupljena strogo interpersonalnim odnosima. Daljnja je posljedica temeljna zasada pravnog pozitivizma da pravo može biti definirano nezavisno od čudorednosti, tj. da može biti od nje odvojeno. Konačna je, međutim posljedica nastanku makroetike nestanak jedinog mogućeg temelja pravne misli.

a) Suvremeni pisci drže da o pravnim, podjednako kao i o drugim društvenim problemima, možemo imati znanje i, štoviše, formulirati teorijske

znanosti<sup>1</sup>. Nadalje, drže da pravo, moral i politika mogu biti, te da često i jesu, odvojeni i suprotstavljeni načini reguliranja ljudskog djelovanja<sup>2</sup>, napose u međunarodnim odnosima (v. dalje dc).

aa) Ta bi stajališta bila strana klasičnim misliocima. Shodno Aristotelu, čija je analiza reprezentativna za veći dio grčke i, s određenim modifikacijama, srednjovjekovne filozofije<sup>3</sup>, društveni su problemi praktički, tj. takvi koji imaju svoje počelo u odlukama ljudi, a ne teorijski, koji imaju počela u božanskom<sup>4</sup>. Štoviše, praktička znanja ili znanosti nisu dovoljan temelj praktičkih odluka (npr. sudskih), koje (barem neke<sup>5</sup>) ne mogu biti stvorene na temelju općih načela (karakterističnih za znanstveno zaključivanje), nego zahtijevaju razboritost, tj. čudoredni uvid u osobitosti svakog slučaja u kojemu se donosi odluka<sup>6</sup>. Prema Aristotelu, nadalje, ne postoji mogućnost postojanja korijenite razlike samo između morala i politike<sup>7</sup>, nego i između njih i prava. Zbog toga u Aristotela ne postoji niti mogućnost postojanja pravne znanosti nezavisno od etike i političke znanosti. S obzirom na to, moguće je pretpostaviti da Aristotel i drugi mislioci klasične epohe, da su živjeli u moderno vrijeme, ne bi vidjeli niti nepremostivi jaz između morala, međunarodnog prava i međunarodne politike, koji današnji autori neupitno pretpostavljaju.

ab) Karakteristično moderna ideja da je pravna znanost teorijska aktivnost koja je zaokupljena isključivo pravom rezultat je tri promjene, odstupanja od gore izloženog klasičnog uvjerenja<sup>8</sup>. S jedne strane, to je potiskivanje praktičnog rasuđivanja modernom teorijom. Ono se zbilo ne samo uslijed razvoja modernih prirodnih znanosti i s tim povezanog uvjerenja da je prirodoznanstveno stanje obrazac svakog znanja, nego i uslijed nadomještanja — u najmanju ruku implicitnog — teizma, ili barem finalizma, klasične teorije novim viđenjem svijeta: naturalizmom analitičkih filozofija, humanizmom hermeneutičkih<sup>9</sup>. S druge strane, nestala je mikroetika i, štoviše, mogućnost zasnivanja bilo kakvog sustavnog znanja o moralu. Prema

<sup>1</sup> V. umjesto ostalih, H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen* (Wien: Marz, 1979).

<sup>2</sup> O odvajanju prava i morala v. umjesto ostalih pregled u W. Ott, *Der Rechtspositivismus* (Berlin W.: Duncker und Humblot, 1976), 17—109, nar. 102—03. O odvajanju politike i morala v. prikaz ključnog pomaka u D. Basta, »Kako je politika postala tehnika: Usputne beleške o Makijavelijevom Vladaru«, u D. Rodin (u r.), *Praksa i politika* (Zagreb: FPN, 1983), 179.

<sup>3</sup> V. N. Lobkowitz, *Theory and Practice* (Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1967), nar. 80—84.

<sup>4</sup> V. Aristotel, *Metafizika*, prij. (Zagreb: Liber, 1983), 1025 b 25.

<sup>5</sup> V. Aristotel, *Nikomahova etika*, prij. (Zagreb: FPN, 1982), 1137 b 20.

<sup>6</sup> V. isto, 1140 a 25 — 1141 a 6. V. komentar u S. Posavec, »Mjesto i značenje razboritosti u Aristotelovom djelu«, *1 Godišnjak za povijest filozofije* (1983), 136.

<sup>7</sup> V. Aristotelovo stajalište o jedinstvu etike i politike u *Politika*, prev. (Beograd: Kultura, 1970), 1253 a. V. i komentar u F. Zenko, »Dobro pojedinaca i dobro države u Nikomahovoj etici«, *1 Godišnjak za povijest filozofije* (1983), 155.

<sup>8</sup> V. I. Padjen, »The Root of Legal Theory«, *Synthesis Philosophica* (1988), u tisku.

<sup>9</sup> Zajednički korijen tih promjena vidim u naturalizaciji Boga, analiziranoj u C. Becker, *The Heavenly City of the Eighteenth Century Philosophers*, 28th print (New Haven: Yale U.P., 1968), nar. 56 i 140.

»Humeovoj giljotini«, objektivno znanje je samo ono o činjenicama, a norme (moralne, pravne i sl.) ne možemo izvesti iz činjenica, pa je stoga nemoguće utemeljiti normativnu etiku, tj. znanost ili filozofiju o moralu u apsolutnom smislu, takvim koji je obvezatan za sva racionalna bića kao racionalna bića<sup>10</sup>. Implikacija modernog solipsizma manje je primjetna no dalekosežnija: s obzirom na to moralne norme pripadaju neobvezatnoj subjektivnosti i djeluju »unutar« čovjeka, vanjski ih promatrač može spoznati samo putem introspekcije<sup>11</sup>, koja nije pouzdan postupak. Stoga nije moguća niti sociologija (konvencionalnog) morala<sup>12</sup>. Postoji, međutim, i treća promjena, koja povezu posvjetovljivanje zbilje, karakteristično za modernu teoriju, i subjektiviranje morala, koje pretpostavlja moderni etički nihilizam. Ta treća promjena, koja (koliko mi je poznato) još nije sagledana u cijelosti (premda su njezini elementi dobro poznati autorima unutar posebnih disciplina), sastoji se u nestanku makroetike. Njezini su elementi promjena etičke paradigme, odvajanje prava i morala, odvajanje zajednice i društva, te odvajanje pozitivnog prava i prirodnog prava. Te ću elemente ukratko prikazati te pokazati njihovu rezultantnu. Pritom ću se posebno osvrnuti na problem međunarodnog prava, odnosno međunarodne zajednice, zbog toga što vjerujem da je u naše vrijeme — sve veće međuzavisnosti u (doslovno) globalnim okvirima — taj problem (a ne, kako to još danas drži većina političkih mislilaca, onaj države, odnosno nacionalnih društava) središnji problem filozofije prava, politike, društva pa i morala.

b) Prva promjena je nedavno opisana kao istiskivanje klasične etičke paradigme modernom<sup>13</sup>. Prema klasičnoj, kojoj pripadaju Platonova, Aristotelova (a i kršćanska) etika, svrha etičkog djelovanja jest dobar život<sup>14</sup>. Jedna očita implikacija tog poimanja jest da su naše moralne dužnosti istovremeno dužnosti i spram drugih i spram samih sebe. Druga, manje očita, jest da su moralne dužnosti koje, na prvi pogled, svatko ima samo spram samog sebe (npr. da čuva svoje zdravlje), u stvari i dužnosti očuvanja vlastitih mogućnosti za neodređeni krug drugih, koji možda još niti ne postoje, dakle, da su to i dužnosti spram najšire moguće zajednice<sup>15</sup>. Nova etička paradigma sastoji se, naprotiv, od slijedeća dva načela. Prvo, čitavo područje naših života u kojima slijedimo naše interese i želje stoji potpuno izvan dosega morala, osim negativno i osim u mjeri u kojoj je u sukobu s altruističkim ponašanjem što ga zahtijeva drugo načelo. Drugo, naše ponašanje mora imati obzira spram drugih, bez iznimke i bez kvalifikacije<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> V. K. — O. Apel, »Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft and die Grundlagen der Ethik«, u isti, *Transformation der Philosophie*, Bd. 2 (Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1976), 361—62.

<sup>11</sup> To priznaje i R. Lukić, *Sociologija morala* (Beograd: Naučna knjiga, 1976), 110—11.

<sup>12</sup> V. Wittgensteinovu kritiku introspekcije u *Philosophische Untersuchungen* (Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1977), par. 265.

<sup>13</sup> H. B. Veatch, »Is Kant the Grey Eminence of Contemporary Ethical Theory?«, *90 Ethics* (1980), 218.

<sup>14</sup> Isto, 219, no bez spominjanja kršćanske etike.

<sup>15</sup> No one nisu dužnosti samo spram te još neodređene zajednice, barem ne prema kršćanskoj etici, koja polazi od načela »Ljubi bližnjega svoga kao samoga sebe« (a ne »više nego samoga sebe«).

<sup>16</sup> Veatch (*bilj.* 13), 219—20.

Rečeno kolokvijalno, paradigma nam kaže da je činiti svoju vlastitu stvar posve u redu, što god ta stvar bila (proždrljivost ili pederastija ili utrkivanje konja ili znanost ili samoubojstvo ili sibiritsko odavanje ili po-traga za mudročću ili udvaranje ili lov na krupnu divljač) pod uvjetom da nečija »stvar« nije nesrazmjerno škodljiva ili ograničavajuća za druga ljud-ska bića od kojih svako čini svoju stvar.<sup>17</sup>

Nova etička paradigma čiju je prvu jasnu artikulaciju moguće čini se naći kod Kanta<sup>18</sup> povlači, dakle, moral iz područja u kojemu netko čini radnje što se tiču samo njega, a ne i drugih, tj. iz područja za koje engleska liberalna teorija ima i kratak, teško prevediv izraz *self-regarding acts*<sup>19</sup>. No samom pretpostavkom da *self-regarding acts* uopće postoje, moderna pa-radigma ne samo da sužava područje u kojemu moralno rasuđivanje ima što da traži na što uži krug očitih interpersonalnih odnosa, tj. na *other-regarding acts*, nego moralnom rasuđivanju uskraćuje primjenu u našim odnosima s još neodređenim krugom drugih. Dakle, isključuje ga iz najšire moguće zajednice, koja tako ostaje s onu stranu čudorednosti, baš kao što to ostaju proždrljivost ili znanost ili samoubojstvo ili koja druga od gore citiranih djelatnosti, s time što se u toj najširoj zajednici radi o *macro self-regarding acts*, na primjer, o energetske rastrošnosti jedne nacije koja, navodno, ne tangira druge nacije itsl.

c) Tijesno vezana s Kantom je i druga promjena, koja je artikulirana od Thomasiusa. Prema Thomasiusu, razlika između morala i prava jest u tome što moral ima unutrašnju obveznost (*foro interno*), a pravo vanjsku, pred državnim sudovima (*foro externo*)<sup>20</sup>. Oslanjajući se na tu razliku, Kant postavlja svoju, koja je postala presudnom za moderna poimanja.

<sup>17</sup> Isto, 218—19.

<sup>18</sup> Isto, 225, oprezno napominje da se ne radi nužno o Kantu, ali da se svakako radi o oxfordskom Kantu ili pseudo-Kantu. Veatch nalazi da nova etička paradigma proizlazi iz slijedećih Kantovih stajališta. Prvo je da »sva praktička načela, koja pretpostavljaju objekt (materiju) sposobnosti želje kao određujući temelj htijenja, bez iznimke su empirijska i ne mogu dati nikakve praktičke zakone« »Kritik der praktischen Vernunft, hg. v. Weischedel, 5. Aufl., Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1980, 127). To stajalište, prema Veatchu (*bilj.* 13), 225—27, implicira da čudoredna radnja ne može nikada biti upravljena na neki cilj, jer bilo koji cilj koji želimo ili kojemu smo skloni ili spram kojega smo pokrenuti može biti samo nešto čemu težimo zato što smo tako uzročno determinirani; a ta je impli-kacija istovjetna s prvim načelom moderne etičke paradigme da čitavo područje naših života u kojemu slijedimo naše interese i želje stoji izvan dosega morala, osim negativno (v. b; protivno tom Veatchevom izvodu, ovdje valja voditi računa da Kant spominje i dužnosti koje svatko ima spram sebe; v. npr. *Die Metaphysik der Sitten*, hg. v. Cassirer, Berlin) Cassirer, 1916:220). Drugo je Kantovo stajalište da jedna radnja ne može biti umno utemeljena ako razlozi za nju nisu univer-zalibilni (*Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, hg. v. Wuchterl, 5. Aufl., Frank-furt a. M.: Suhrkamp, 1980:26). (*bilj.* 1), Prema Veatchu 229, to je stajalište isto-vjetno drugom načelu moderne etičke paradigme da naše ponašanje mora imati obzira spram svih drugih, bez iznimke i bez kvalifikacije (v. b).

<sup>19</sup> V. nar. Mill, *On Liberty* (London, 1859), ch. IV.

<sup>20</sup> Thomasius, *Fundamenta juris naturae ac gentium... (1705)*, lib. I, cap. IV, par. 60., prema F. Kaulbach, »Recht und Moral in der rechtsphilosophischen Situa-tion der Gegenwart«, *10 Rechtstheorie (1979)*, 409—10. Podlogu za to razlikovanje moguće je, međutim, naći već kod stoika, zatim kod Augustina, Abelarda i Tome Akvinskoga (Samson, »Moralitaet/Legalitaet«, u *HIST.W.B. PHILOS.*, Bd. 6, 1984:179)

Prema Kantu, svo zakonodavstvo, odnosno postavljanje zakona djelovanja (kako unutrašnjeg tako i vanjskog, bez obzira na to radi li se o zakonodavstvu *a priori* iz uma, ili o onome što ga postavlja volja drugoga) sastoji se od dva elementa. Prvo, od zakona koji objektivno predstavlja radnju koju treba učiniti kao nužnu i koji je čisto teorijsko znanje mogućeg određenja volje. Drugo, od pobude koja subjektivno povezuje temelj određenja volje za tu radnju s predstavom zakona. Shodno tome, svo zakonodavstvo se razlikuje s obzirom na pobude u dvije vrste. Zakonodavstvo koje neku radnju čini dužnošću i istovremeno tu dužnost čini pobudom za djelovanje jest moralno. Zakonodavstvo koje ne uključuje drugi uvjet, i prema tome dopušta pobudu različitu od same dužnosti, jest pravno. Shodno tome legalnost neke radnje sastoji se u njezinom golom slaganju ili neslaganju sa zakonom, bez obzira na to s kojom je pobudom radnja izvršena. Naprotiv, moralnost neke radnje sastoji se u tome da je pobuda s kojom je izvršena ideja dužnosti nastala iz zakona<sup>21</sup>.

Kantova etika, kao što je to vidljivo i iz gornjih redaka, ne razlikuje pravo i moral po predmetu (npr. tako da bi prvi regulirao »vanjske«, a drugi »unutrašnje« radnje), nego isključivo po pobudi s kojom se vrši neka društvena norma, dakle po odnosu onoga koji vrši neku dužnost spram te dužnosti. No upravo zahvaljujući tome što je Kant našao formalnu razliku između pravnog i moralnog djelovanja, i to takvu prema kojoj postoji načelno neizbrisiv jaz između unutrašnjeg uvjerenja djelatelja i njegovog vanjskog ponašanja, otvorio je prostor za postavljanje daljnjih formalnih razlika između prava i morala, koje su konstitutivne za modernu teoriju prava<sup>22</sup>. Štoviše, sagleda li se taj utjecaj šire, vjerojatno je opravdano zaključiti da je razlikovanje prava i morala, koje je jedno od bitnih obilježja suvremenog pravno-filozofijskog pozitivizma, proizvod ne neke izvorno pozitivističke doktrine (osim u Engleskoj<sup>23</sup>), nego osamnaestostoljenog jusnaturalizma (napose Thomasiusovog i Kantovog), koji je nalazio da savršeno moralno stanje postoji kad je pojedinac ne samo svjestan svojih dužnosti, nego i potpuno slobodan da te dužnosti ispuni, te koji je, konzekventno, morao

<sup>21</sup> *Die Metaphysik* (bilj. 18), 219—20.

<sup>22</sup> V. nar.: Samson (bilj. 20), 180—83; P. Roubier, *Theorie générale du droit*, Ze ed. (Paris: Sirey, 1954), 40—51; K. Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit* München: Pieper, 1971), 84—95. U jugoslavenskoj teoriji prava najizraženije je to razlikovanje u R. Lukića, *Uvod u pravo* (3. izd. (Beograd: Naučna knjiga, 1977) 26—30, čije je stajalište da se moral razlikuje od prava, a i običaja, po tome što je sankcija za prvi grižnja savjesti, a za druga dva društvena, očito pretpostavlja razliku između *forum internum* i *forum externum*.

<sup>23</sup> Hobbes, začetnik engleskog pravnog pozitivizma, ne razlikuje, nego naprotiv izjednačuje, moral i pravo. Prema *Leviathan*, ed. by Macpherson, (Harmondsworth: Penguin, 1968), 315, prirodno pravo i državno pravo imaju jednak opseg i sadrže jedno drugo. Naime, prirodni zakoni u prirodnom stanju uopće nisu zakoni, nego to postaju tek kad se osnuje država (*commonwealth*), a time istodobno postaju i državnim pravom. Zbog toga za Hobbesa ne može postojati raskorak između državnog prava i morala utemeljenog na prirodnom pravu. Tek od J. Austina, *The Province of Jurisprudence Determined* (1861), engleska filozofija prava sustavno razlikuje pravo, kao zapovijed suverena, od morala, kako onog postavljenog od Boga, tako i onog konvencionalnog. V. kratku usporedbu Hobbesa i Austina u tom pogledu u Mac Guigan, »Law, Morals and Positivism«, *14 University of Toronto Law Journal* (1961), 14.

povući oštru granicu između takvog savršenog stanja, mogućeg samo u »u-nutrašnjem svijetu« izoliranog individua, i društvenog svijeta, tj. odnosa među pojedincima i grupama, gdje se »trebati« i »moći« (u tom apsolutnom smislu) nužno razilaze<sup>24</sup>.

d) Treća i četvrta promjena nezavisne su po izvoru no gotovo istovjetne po rezultatu. To su Hegelovo poimanje države i devetnaestostoljetno sociologijsko poimanje zajednice.

da) Hegel je prihvatio Kantovo razlikovanje moralnosti (*Moralität*) i pravnosti (*Legalität*) kao razliku moralnosti i apstraktnog prava (*abstraktes Recht*)<sup>25</sup>, pokušavši pokazati da je ta razlika prevladana u tri momenta običajnosti (*Sittlichkeit*), naime, u obitelji, građanskom društvu i državi<sup>26</sup>. Ostavljajući po strani osnov za to prevladavanje<sup>27</sup>, ovdje valja uočiti da, prema Hegelu, običajnost ne valja u odnosima među državama. Ti odnosi se ravnaju prema međunarodnom pravu, koje se temelji na načelu da ugovore treba poštivati, a ono opet na suverenosti. Države su »utoliko u prirodnom stanju jedna spram druge, a njihova prava nemaju svoju zbiljnost u jednoj općoj volji koja se konstituira u moć nad njima, nego u njihovoj posebnoj volji«<sup>28</sup>.

db) Devetnaestostoljetna, tada nastajuća sociologija odredila se spram prosvjetiteljstva u cjelini. Dok je potonje i odnose među pojedincima i odnose unutar država i odnose među državama prikazivalo kao, barem na-

<sup>24</sup> Tako N. N. Alexeiev, »Le Droit naturel«, 4 *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, No 1—2 (1934), 146—47

<sup>25</sup> J. Ritter, »Moralitet und Sittlichkeit«, u isti, *Metaphysik und Politik* (Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1977), 282—83.

<sup>26</sup> Hegel, *Osnovne crte filozofije prava*, prij. (Sarajevo: Masleša, 1964), par. 146 i d.

<sup>27</sup> V. npr. L. Step, »Što znači: 'prevladavanje moralnosti u običajnosti' prema Hegelovoj filozofiji prava«, u A. Pažanin (ur.), *Praksa i politika* (Zagreb: FPN, 1983), 28—46, koji, protivno nerijetkim prigovorima da Hegelovo podređivanje moralnosti običajnosti ne dopušta mogućnost samoodgovornoga, kritičnoga odnosa spram zajednice, napose države«, nalazi da se prema Hegelu »puno samoozbiljenje nalazi samo u autonomnoj pravnoj i kulturnoj državi, za koju se mogu izvršavati pojmivi zadaci« i da se »time ne prestaje biti privatni, moralni religiozni pojedinac sa svojim posebnim odgovornostima« (ali i da je »s tog gledišta još mnogo toga problematično u Hegelovu prevladavanju moralnosti u običajnosti«).

<sup>28</sup> Hegel (*bilj.* 26), par. 333. Ta i druga slična Hegelova stajališta u literaturi međunarodnog prava uobičajeno se drže jednim od bitnih izvora voluntarizma, koji onemogućava objašnjavanje međunarodnog prava kao prava (tako npr.: R. Ago, »Positivism«, u *Encyclopedia of Public International Law*, *Inst.* 7, 1984:386; A. Truylol, »Doctrines contemporaines du droit des gens«, 54 *Revue générale du droit international public* 1950:401). A. Verdross, »Die Wertungsgrundlagen des Rechts«, u *Die Wiener Rechtstheoretische Schule* (Wien: Europa Verlag, 1968), 2195, naprotiv, drži da Hegelova stajališta u *Osnovnim crtama filozofije prava*, nar. u par 331 (»Kao što pojedinac nije zbiljska osoba bez relacije prema drugim osobama . . . isto tako ni država nije zbiljska individua bez odnosa prema drugim državama«) u stvari sadrže priznanje svih temeljnih prava država prema međunarodnom pravu, naime, prava svake države: na poštivanje njezinog teritorijalnog vrhovništva i unutrašnjeg poretka; na jednakost s drugim državama; te na poštivanje njezine časti. Verdrossova interpretacija izgleda ipak usamljenom, a ako je i točna, ne pokazuje da bi prema Hegelu međunarodno pravo imalo karakter običajnosti koji ima država.

čelno, slijed ugovora<sup>29</sup>, dakle, kao skupove odnosa zasnovanih na jednak način, devetnaesto stoljeće je našlo da postoje dva bitno različita načina zasnivanja međuljudskih odnosa i, shodno tome, dvije bitno različite vrste društvenih grupa, naime, zajednice i društva. Zajednica je pojmljena kao »stanpanje misli i osjećaja, tradicije i predanosti, članstva i htijenja«, te je, kao takva, suprotstavljena društvu, koje je shvaćeno kao područje »natjecanja ili sukoba, korisnosti ili ugovornog pristanka«<sup>30</sup>. Ukratko, dok je zajednica pojmljena kao skup strogo osobnih veza među ljudima, društvo je shvaćeno kao skup impersonalnih. A gotovo je nepotrebno dodavati da je unutar te dihotomije, koja je jedna od kategorija sociologije kao znanosti konvencionalni moral gotovo *definiens* zajednice<sup>31</sup>. Iz čega *a contrario* slijedi da je društvo formacija koja je vladana ne-moralnim pravilima, napose pravnima.

dc) Bez obzira na to što između sociologijskog poimanja zajednice i društva, te morala i prava kao njihovih kontinuiteta, te Hegelovog poimanja države i običajnosti, kao njezinog konstituenta, postoje posve očite razlike (do te mjere da bi se moglo tvrditi kako su na osnovi gore iznesenih podataka posve neusporediva), ona su u jednom negativnom pogledu bitno slična<sup>32</sup>. Naime, i sociologijska tradicija i Hegel, te tradicija koja se na njega oslanja, ostavljaju međunarodne odnose s onu stranu morala u bilo kojem smislu, kao područje bilo anomalije, bilo hegemonije velikih sila, bilo aranžmana toliko dugoročnih koliko su dugoročni interesi država kojima neposredno služe. Pristom i jedna i druga tradicija u stvari nastavljaju Machiavellijevo suprotstavljanje »državnog razloga« prirodnom pravu, koje je ostavilo najveći trag baš u poimanju i praksi odnosa među državama.

*U međunarodnim odnosima Machiavelli je imao naajveći utjecaj. S vladajućim teritorijalizmom, te jedinstvom, ma kako nejasnim, namaknutim jednim nadnacionalnim religioznom sistemom i priznatim pravnim kodeksom, na izmaku, odnosi među državama postali su još određenije oni »prirodnog stanja« nego što su bili od ranih dana Rimske republike. Borba za opstanak ili moć postala je oštrijom i još manje podvrgnutom bilo kakvim pravilima nego što je ikada ranije bila među civiliziranim narodima»<sup>33</sup>.*

Uzme li se u obzir to nasljeđe, ne iznenaduje da su danas, pol milenija nakon Machiavellija, te stoljeće i pol nakon Hegela i nakon početka moderne sociologije, rasprave o međunarodnom moralu rijetke. Jer svaka tak-

<sup>29</sup> R. A. Nisbet, *The Sociological Tradition* (New York: Basic Books, 1968), 47

<sup>30</sup> Isto, 48.

<sup>31</sup> Naročito kod Toenniesea (v. npr. odlomak iz njegovog *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1935/8, repr. u T. Parsons, ur., *Teorije u društvu*, prij. (Beograd: Karadžić, 1969), 184.

<sup>32</sup> Vjerojatno i u jednom pozitivnom. Stoji li, naime, moj izvod da devetnaestostoljetna sociologija pretpostavlja postojanje pravno konstruirane vlasti, vlasništva, društva itsl. (v. I. Padén »Sociologija i moderno pravo, 18 *Revija za sociologiju* 1987: 95-105), te da je pravo koje ih konstituira pozitivirano prirodno pravo (v. eac), sociologijska tradicija, slično Hegelovoj filozofiji, pretpostavlja da je moderna država moralno, a ne samo pozitivnopravno utemeljena.

<sup>33</sup> Figgis, »From Gerson to Grotius« (1923), 74, cit. prema J.D.B. Miller, »Morality, Interests and Rationalisation«, u R. Pettman (ed.), *Moral Claims in World Affairs* (London: Croom Helm, 1979), 38.

va rasprava treba da odgovori na prejudicijelno pitanje kako je takav moral uopće moguć?<sup>34</sup>

e) Peta promjena pozitivizacija učenja o prirodnom pravu u modernim građanskim državama i, povezano s tim, nestanak temelja pravne znanosti.

ea) Aristotel, kao što je to na početku rečeno, nije vidio mogućnost postojanja nepremostive razlike između prava, morala i politike, jer je pravo shvaćao kao svjesno sređivanje običaja zajednice, koja može biti povratno kontrolirano pozivom na te iste običaje kao na »objektivno pravo«. Slično tom shvaćanju, za koje se može pretpostaviti da je izražavalo stvarno stanje regulacije u polisu (premda u razdoblju koje je već za Aristotela bilo prošlost), u srednjovjekovnoj i modernoj Evropi »objektivno pravo« je sve do, po prilici, devetnaestog stoljeća traženo u načelima koja su bila nadpozitivna, ali na neki način već i dijelom povijesne i političke zbilje, te koja su na tu zbilju, baš zbog pretpostavke o njihovom važenju, bitno utjecala i napokon u nju, bez vidljivog ostatka, ugrađena kao pozitivno pravo.

caa) Otkriće Justinijanove kodifikacije u jedanaestom stoljeću početak je tog procesa. S obzirom na to da je Kodifikacija bila djelo kršćanskog cara, rani talijanski komentatori, koji su se držali pripadnicima još uvijek postojećeg Svetog Rimskog Carstva, interpretirali su ju ne kao naprosto *jus scriptum*, nego kao *ratio scripta*, te kao važeću ne *ratione imperiae*, nego *imperio rationis*<sup>35</sup>. Pravo je na taj način dobilo temelj u strogo omeđenom pisanom aktu, za koji se vjerovalo da sadrži Bogom nadahnuta i, zahvaljujući tome, univerzalno važeća i nepromijenjiva načela. Justinijanova kodifikacija je, prema tome, držana utjelovljenjem objektivnog prava. Istovremeno, interpretacija tog teksta mogla je biti shvaćenom, prema sam izraz još nije upotrebljavan u to doba, kao osobena znanost u Aristotelovom smislu<sup>36</sup>. A s obzirom na to da je u kontinentalnoj Evropi rimsko pravo otkriveno i interpretirano od univerzitetskih pravnikâ te je putem poduke u univerzitetima recipirano u praksi<sup>37</sup>, ne samo akademska razrada Kodifikacije, nego i primjena novog prava mogli su biti viđeni kao znanstvena djelatnost.

eab) U šesnaestom stoljeću u Francuskoj oživljavanje klasičnog obrazovanja i podučavanja rimskog prava doveli su do stvaranja, posve nove,

<sup>34</sup> Primjer je rasprave koja to pitanje uočava, no, kako se čini, ne uspijeva na njega dati pozitivan, a uvjerljiv odgovor (jer se iscrpljuje u kritici vladajućeg stajališta da su međunarodni politički odnosi »prirodno stanje« u Hobbesovom smislu), Beitz, *Political Theory and International Relations* (1979) (v. nepotpisanu reencenziju u *78 Michigan law Review*, 1980 : 34). U današnjoj literaturi o međunarodnim odnosima bolju prođu imaju, čini se, tekstovi koji to pitanje niti ne postavljaju, ali nalaze da su u međunarodnoj politici moralni razlozi racionalizacije nacionalnih interesa država, kakav je široko cirkulirani Levijev članak »The Relative Irrelevance of Moral Norms in International Politics«, repr. u J.N. Rosenau (ed.), *International Politics and Foreign Policy*, zad. ed. (New York : Free Press, 1969), 191.

<sup>35</sup> P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 2. Aufl. (München : Beck, 1953), 109.

<sup>36</sup> Naročito kako je prakticirana od Baldusa, koji je pod utjecajem aristotelijanizma na sveučilištu u Padovi nastojao deducirati pravo iz načela V. M. Herberger, *Dogmatik* (Frankfurt a. M. : Klostermann, 1981), 203 i d.

<sup>37</sup> Koschaker (*bilj.* 35), 69, navodi da je sredinom 12. stoljeća u Bologni, koja je bila poznata kao pravni univerzitet, već bilo 10.000 studenata.



svijesti da je sve ljudsko promjenjivo. Vodeća ideja tog perioda, koja je inspirirala preokret u metodologiji izučavanja prava i povijesti, bila je — kako to iskazuje *locus classicus* — da »zakoni trebaju biti prilagođeni oblicima i uvjetima države, a ne država zakonima«<sup>38</sup>. Posljedica te ideje bila je ta da je običajima priznat autoritet koji je ranije pridavan Justinijanovoj kodifikaciji, te da su njezine odredbe koje više nisu zadovoljavale potrebe vremena izgubile pravnu snagu<sup>39</sup>. U po prilici istom periodu zbila se još jedna, manje primjetna, no jednako dalekosežna promjena. Umjesto da tumače Kodifikaciju kao skup nezavisno važećih odredaba, kao što su to činili njihovi učitelji, pravnici novog doba počeli su ju prikazivati kao sistematsku cjelinu koja počiva na nekoliko temeljnih načela<sup>40</sup>. Te dvije promjene dovele su do karakteristično modernog poimanja prava i pravne znanosti. Prema tom poimanju, pravo je (kako su to držali srednjovjekovni juristi) sadržano u strogo omeđenom materijalu te ima svoja načela koja omogućavaju da bude interpretirana znanstveno; no vjera u nepromjenjivi sadržaj i univerzalno važenje tih načela je napuštena.

eac) Na početku novog doba, od šesnaestog do osamnaestog stoljeća, radikalni prekid s vjerom u nepromjenjiva pravna načela nije bio moguć, jer je novi vijek još uvijek bio u potrazi za svojim ustavom. Načela tog ustava bila su formulirana kao novo prirodno — točnije umno — pravo<sup>41</sup>. No ta načela nisu više poimana kao kontrolna instanca iznad pravnog poretka, nego, donekle slično Aristotelovom shvaćanju, kao načela koja mogu biti djelatna samo u mjeri u kojoj su ozbiljena u pozitivnom pravu, pa su stoga njemu podređena<sup>42</sup>. U velikim kodifikacijama kasnog osamnaestog i početka devetnaestog stoljeća većina temeljnih načela tog racionalističkog naučavanja o prirodnom pravu bila je, napokon, pozitivirana u novim ustavima<sup>43</sup> i građanskim zakonima<sup>44</sup>. I zbog toga što više nije bilo potrebno kao kritički standard za procjenu pozitivnog prava u kojemu je bilo integrirano (a

<sup>38</sup> Hotman, *Antitribonianus (1567)*, prema J. Franklin, *Jean Bodin and the Sixteenth — Century Revolution in the Methodology of Law and History* (New York : Columbia V. P., 1963), 46.

<sup>39</sup> Franklin, *isto*, 37 i d.

<sup>40</sup> Isto, 27—35. Vrhunac tog razvoja je Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel (1668—92)*, koji je pokušao svesti svo pozitivno pravo na posljednja načela, a za rimsko pravo držao da je »I unique depot du droit naturel« (prema W Fikentscher, *Methoden des Rechts*, Bd. 1, T. 2, (Tübingen : Mohr, 1975), 399.

<sup>41</sup> Umjesto ostalih izvora o racionalističkim učenjima o prirodnom pravu v. Huegll, »Naturrecht (VI)«, u *HIST. WB. PHILOS.*, Bd. 6 (1984), 582, a u jugoslavenskoj literaturi Lj. Tadić, *Filozofija prava* (Zagreb : Naprijed, 1983), 75 i d.

<sup>42</sup> V. Euchner, *Naturrecht und Politik bei John Locke* (Frankfurt a. M. d. Suhrkamp 1979), 34, 38 i d.

<sup>43</sup> V. npr. J. Habermas, »Natural Law and Revolution«, u isti, *Theory and Practice*, tr. (Boston : Beacon, 1973), 82, o inkorporiranju načela prirodnog prava u francusku Deklaraciju o pravima građanina i čovjeka i u američku Povelju o pravima.

<sup>44</sup> Prema H. Thiemeu, *Das Naturrecht und die eropäische Privatrechtsgeschichte* 2. Aufl. (Basel : Helbing und Lichtenhahr, 1954), rani građanski zakoni učenjima o prirodnom pravu duguju: ideju privatnopravne zaštite ljudskih prava; sistematiku i metodu »općeg dijela« građanskog prava, napose pojam pravnog posla, ugovora, očitovanja volje, interpretacije, pogreške itsl; veći broj važnih pravnih pojmova, kao što su to *justa causa* i *culpa in contrahendo*.

ne zbog svojih možebitnih teorijskih nedostataka) racionalističko prirodno pravo — točnije: učenje o njemu — neprimjetno je nestalo iz akademskih i političkih rasprava<sup>45</sup>.

ead) Historijska škola, koja je prevladala u Njemačkoj u devetnaestom stoljeću, još je uvijek priznavala dualizam društvenih pravila, ali kao dualizam, s jedne strane, običaja (*mores, Sitten und Gebräuch des Volkes*) ili, kako bi se to danas moglo izraziti, konvencionalnog morala prakticiranog od neorganiziranog društva, a s druge zakonskog prava razrađenog od prava doktrine i postavljenog od države<sup>46</sup>. I to dvojstvo podsjeća na Aristotelovo razlikovanje običaja i zakona. No historijska je škola, premda je pridavala povijesno prvenstvo običaju, priznala aktualno veću pravnu snagu zakonu<sup>47</sup>.

Pravni pozitivizam je na taj način oslobođen posljednjih ograničenja koje mu je postavljala nekadašnja vjera u objektivno nadpozitivno pravo, i to s posljedicom da je dugo vremena nakon toga svaki pokušaj da se u pravni i politički horizont ponovno uvede prirodno pravo kao kontrolna instanca za pozitivno pravo izgledao — neprirodnim. Istovremeno, u okviru modernog pravnog pozitivizma glavnim su pravnim disciplinama, po prvi put u povijesti pravne misli, dani nazivi pravna znanost<sup>48</sup> i filozofija prava (u stvari: filozofija pozitivnog prava)<sup>49</sup>, čime je zaključena povijesna ironija osiguravanja jurisprudenciji, tj. pravnoj razboritosti, statusa znanja, uz odbacivanje načela po kojima bi pravo uopće moglo biti znanstveno izučavano, tj. načela prirodnog prava.

eb) Uzme li se u obzir konstrukcija tog poznanstvljenja izučavanja prava, ne iznenađuje da je pravna znanost, odnosno filozofija (pozitivnog) prava, u trenutku kad si je prisvojila taj naziv ušla u znanstvenu krizu, koja traje i danas. Bit će korisno uputiti na temelj znanstvenosti izučavanja prava te na njegovu promjenu i na posljedice koje je ta promjena imala za istraživanja međunarodnog prava.

eba) Na prijelazu iz 16. u 17. stoljeće (a najkasnije u 18.), a to je upravo period nastanka i modernog međunarodnog prava i prvih sistematskih traktata o njemu, rađa se ideja da *jurisprudentia*, tj. pravna razboritost, u sistemu postaje znanošću, a sistemom može postati samo ako je moguća kao znanost<sup>50</sup>. Da bi prema tada vladajućem (aristotelovskom) poimanju pravo

<sup>45</sup> Tako H. Welzel, *Naturrecht und die materielle Gerechtigkeit* (Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1951), 160.

<sup>46</sup> V. C.F.V. Savigny, *System des heutigen Roemischen Rechts, Bd. 1* (Berlin, 1840), 50 i d.

<sup>47</sup> Tako H. Rommen, *The Natural Law*, tr. (St. Louis : Herder, 1949), 118.

<sup>48</sup> *Rechtswissenschaft*, koji je, čini se, uveo u upotrebu Savigny.

<sup>49</sup> G. Hugo, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus; 2. Band welcher das Naturrecht, als eine Philosophie des positiven Rechts enthaelt (1799/2)*.

<sup>50</sup> H. E. Troje, »Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts«, in T. Blühdorn und J. Ritter (Hg.), *Philosophie und Rechtswissenschaft* (Frankfurt a. M.: Klostermann, 1969), 63 i d. Diemer u diskusiji uz isto, 93, navodi da tek u 18. stoljeću sistem dolazi u uski kontakt sa znanosti kao izvor jedinstva njihovog utemeljenja. Taj navod može potkrijepiti i J. Schröder, *Wissenschaft und Lehre der »praktischen Jurisprudenz« auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert* (Frankfurt a. M.: Klostermann, 1979), nar. 98—99.

moglo postati znanošću trebalo je imati nepromjenjiva načela<sup>51</sup>. Njih su šesnaestostoljetni pravnici još nalazili u Justinijanovoj kodifikaciji, koju su držali obvezatnom kao *ratio scripta*<sup>52</sup> i u kojoj su nalazili i osnovne kriterije sistematizacije prava<sup>53</sup>. Dakle, u 16. stoljeću temelj obveznosti, temelj znanstvenosti i temelj sistemnosti prava bio je jedan te isti.

ebb) Od 17. do 19. stoljeća, poimanje temelja obveznosti prava se mijenja: Grotius ga, početkom 17., nalazi u prirodnom pravu koje je dokučivo ljudskom umu, no čiji je izvor u Bogu<sup>54</sup>, kao i prema skolasticima<sup>55</sup>; Pufendorf ga, krajem 17., nalazi u prirodnom pravu koje je povijesno nastalo te koje je, nasuprot Grotiusu, formalno obvezatno samo u mjeri u kojoj je ozbiljeno u državi<sup>56</sup>; Savigny ga, početkom 19., ne nalazi više niti indirektno u prirodnom pravu, nego u narodnoj svijesti<sup>57</sup>; Ihering, sredinom 19. (u srednjoj fazi svog teorijskog razvoja<sup>58</sup>), ponovno ga traži u općevažećim načelima prava »uopće«, no nastalima iz konkretnih povijesnih pravnih poređaka<sup>59</sup>. Naporedo s tim razvojem mijenja se i znanstvena metoda obrade prava: Grotius u početku svog rada pokušava načela međunarodnog prava deducirati *more geometrico* iz prirodnog prava<sup>60</sup>; Pufendorf se zalaže za dopunu tako deduciranih načela sadržajima dobivenim promatranjem povijesno postojećih pravila<sup>61</sup>; Savigny, za povijesno istraživanje sadržaja zakonodavstva, za što je, međutim, potrebna »forma« tj. logični uvjet spoznaje svih sadržaja<sup>62</sup>; Ihering, za »prirodnopovijesnu metodu«, pomoću koje se induk-

<sup>51</sup> Troje (*bilj.* 50), 69.

<sup>52</sup> Isto, 65.

<sup>53</sup> Isto, 76—77, navodi da su pravni znanstvenici 16. i 17. stoljeća, usprkos svojim zamjerkama justinianovskoj sistematici, nastojali ostati unutar njezinih okvira, napose unutar trodiobe svog prava u pravo koje se tiče osoba, ono koje se tiče stvari i ono koje se tiče sudskog postupka.

<sup>54</sup> *De jure belli ac pacis libri tres*, eng. tr. (1925), Bk I, Ch I.

<sup>55</sup> Rommen, (*bilj.* 47), 70 i d.

<sup>56</sup> S. Pufendorf, *Elementorum jurisprudentiae universalis libri duo* 1660, 1669/2, 1680/3, I def. 13. par. 3.

<sup>57</sup> Savigny (*bilj.* 46), 8.

<sup>58</sup> O periodima Iheringovog teorijskog razvoja, ranom i srednjem, u kojima razvija *Begriffsjurisprudenz*, i kasnom, u kojemu utemeljuje *Interessenjurisprudenz*, v. E. Wolf, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. Aufl. (Tübingen: Mohr, 1963), 532—46.

<sup>59</sup> V. nar.: *Geist des roemischen Rechts auf der verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, T. 2, Abt. 2 (1858), repr. u W. Krawietz (Hg.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz* (Darmstadt = Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976), nar. 34—66, o analizi prava, čiji je zadatak redukcija pravnog materijala na temeljne elemente (koje Ihering uspoređuje sa slovima abecede), koncentraciji, čiji je zadatak svodenje pojedinih pravnih odredbi na šire važeća načela, te konstrukciji, čiji je zadatak izvođenje pravnih instituta (Iheringov *terminus technicus* jest *Rechtskörper*), koji nisu puki konglomerat pojedinih odredbi pozitivnog prava.

<sup>60</sup> *De jurae praede* (1604/06). V. poblize B. P. Vermeulen, »Grotius Methodology and System of International Law«, 30. *Netherlands International Law Review* (1983), 375—78.

<sup>61</sup> Pufendorf (*bilj.* 56), II, obs. 3—4:

<sup>62</sup> *Juristische Methodenlehre* (1951), 37, 71, prema W. Wilhelm, »Savignys überpositive Systematik«, u T. Bluehdorn und J. Ritter (Hg.), *Philosophie und Rechtswissenschaft* (Frankfurt a. M.: Klostermann, 1969), 120.

tivno dolazi do pravnih instituta (npr. kuproprodaje)<sup>63</sup>. Ne samo Grotiusov i Pufendorfov, nego u krajnjoj liniji i Savignyjev, pa čak i Iheringov sistem prava imaju svoj korijen u novovjekovnoj doktrini prirodnog prava<sup>64</sup>. Savignyjev po tome što polazi od Kantovog, *par excellence* jurnaturalističkog poimanja objektivnog prava<sup>65</sup>. Iheringov već po svojoj nakani da nađe opće-važeca načela prava »uopće«, te po nerazjašnjenom karakteru pravnih instituta kao rezultata te potrage. Nejasno je, naime, da li su oni dio nekog nadpozitivnog, prirodnog pravnog sistema ili su vezani za neko određeno (rimsko ili njemačko) pozitivno pravo<sup>66</sup>.

abc) Tu interpretativnu dilemu eliminira, doduše, sam Ihering svojom kasnijom kritikom i »prirodnopovijesne« metode<sup>67</sup> (koja je, u stvari, filološkijsko — logička uz isključnjc bilo kakvih materijalnih, teleološkijskih i etičkih stajališta) i tom metodom izvedenog sistema prava, koji se sastoji od čisto logičkih pojmova<sup>68</sup>. No odbacivanjem *Begriffsjurisprudenz*, i ostataka prirodnog prava koje je ona pretpostavljala, te novim poimanjem prava kao sredstva za postizavanje interesa, koje je kao *Interessenjurisprudenz* postalo dominantnom teorijom i metodologijm prava u Njemačkoj<sup>69</sup>, a ekstremno razvijeno, kao pravni realizam, u Sjevernoj Americi<sup>70</sup>, nestala je svaka mogućnost izgradnje znanstvenog sistema prava koji bi, kao što je to pokušala historijska pravna znanost, prikazivao danosti socijalnog života, ili bi, kao što je to pokušala pojmovna jurisprudencija, sadržavao logičku klasifikaciju temeljnih pravnih pojmova s ciljem obrađivanja pozitivnih pravnih odredbi kao iskustvenih podataka<sup>71</sup>. Naime, poimanje prava kao sredstva

<sup>63</sup> Ihering, (bilj. 59), 68—78, navodi tri zakona te metode: zakon pokrivanja pozitivnog materijala, zakon isključivanja protuslovlja i zakon pravne ljepote.

<sup>64</sup> Tako npr. M. Coing, »Der juristische Systembegriff bei Rudolf von Ihering«, u T. Bluehdorn und J. Ritter (Hg.), *Philosophie und Rechtswissenschaft* (Frankfurt a. M.: Klostemann, 1969) *diskusija na 179. Suprotno, barem u pogledu historijske škole, Schröder (bilj. 50), 128—29.*

<sup>65</sup> Savigny (bilj. 46), 331—32, definira, ukratko, pravo kao pravilo koje osigurava granicu postojanja i djelovanja svakog pojedinca. *Usp. Kant, Metaphysische Anfangsgrunde der Rechtslehre. Einleitung in die Rechtslehre*, hg. v Cassirer (Berlin : Cassirer, 1916), 231. V. također Wilhelm (bilj. 62), 129—30.

<sup>66</sup> Tako Coing (bilj. 64), 168.

<sup>67</sup> V. pobjliže Wolf (bilj. 58), 642 i d.

<sup>68</sup> O *Begriffsjurisprudenz* v. pobjliže izvorne tekstove njezinih pobornika i komentare u Krawietz (Hg.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz* (Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976).

<sup>69</sup> Tako W. Krawietz, *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis* (Berlin : Springer, 1976), 160

<sup>70</sup> V. općenito W. E. Rumble, *American Legal Realism* (Ithaca : Cornell U. P. 1967). G. Casper, *Juristischer Realismus und politische Theorie im amerikanischen Rechtsdenken* (Berlin W. : Duncker und Humblot, 1968), 46—47, upućuje na utjecaj Benthamovog utilitarizma (koji je inače u podlozi i Iheringove interesne jurisprudencije) na američki pravni realizam. Th. Bechtler, »American Legal Realism Reevaluted«, u isti (ed.), *Law in a Social Context* (Deventer : Kluwer, 1978), 33—35, upućuje na vezu između američkog pravnog realizma i *Freierechtslehre* (koja je bila još oštija kritika pojmovne jurisprudencije od Iheringove teorije). V. i R. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory* (Ithaca : Cornell U.P., 1982), 28 i dr.

<sup>71</sup> Coing (bilj. 64), 179.

za promicanje interesa suočava pravnike, upravo kao i sociologe, s hobbesovskim problemom: kako je u stanju u kojemu svaki član društva slijedi vlastite interese zajednički poredak uopće moguć?<sup>72</sup>

ebca) Odgovori li se na to pitanje hobbesovski, tj. tako da se postulira dogovorno podvrgavanje svih članova društva nekoj vrhovnoj instanci<sup>73</sup>, još je uvijek moguće konstruirati znanstveni pravni sistem, ali samo kao piramidu izvora prava koje sankcionira, u krajnjoj liniji, suveren<sup>74</sup>. Ta konstrukcija ne može, dakle, objasniti konstante u razvoju ili razvojne tendencije pravnih instituta (npr. vlasništva). Uz to, ne može objasniti niti sistemnost skupa normi koje ne garantira jedan suvereni organ, kao što je to slučaj s normama međunarodnog prava<sup>75</sup>.

ebcb) Pokušaju li se otkloniti ti nedostaci zamjenom hobbessovskog društvenog ugovora i suverena pretpostavljenom temeljnom normom, kao što je to učinio Kelsen<sup>76</sup>, ta će konstrukcija u pogledu nekog povijesnog skupa normi biti u toj mjeri plauzibilna u kojoj i iza tog skupa normi stoji skup organa koji *prima facie* koordinirano i efikasno djeluju (što je slučaj u državama s podjelom vlasti, ali nije u suvremenoj međunarodnoj zajednici) ili iza te pretpostavljene temeljne norme prikriveno (kao kod Kelsena<sup>77</sup>) ili otvoreno (kao kod Verdrossa<sup>78</sup>) stoji od suprotstavljenih interesa članova

<sup>72</sup> Hobbes (*bilj.* 23), 13, 14, 17 i 28. S obzirom na to da se danas izraz interes upotrebljava na mnoge veoma različite načine, v. pregled u E. Pusić, *Povezanost i razvedenost* Zagreb : Encyclopedija moderna, 1974), 22—54, nije na odmet podsjetiti da je hobbesovski problem dobrim dijelom problem po tome što ga sam Hobbes postavlja uz barem tri, u gornjoj formulaciji neizrečene, pretpostavke: prva je da je ljudsko društvo opaziv predmet koji treba biti objašnjen kao složeni učinak nekih neopazivih čimbenika (v. *De Cive, Praefatio i Epistula dedicataria*); drugo je da su takvi opazivi učinci ljudski »apetiti«, shvaćeni kao fiziološki podražaji (v. *Leviathan*, ch. 6); treća je da su ljudi, općenito uzevši, skloni akumuliranju moći (*isto*, ch. 11).

<sup>73</sup> Hobbes (*bilj.* 23), chs. 14, 17.

<sup>74</sup> Kao što to čini J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1851) V. analizu u J. Raz, *The Concept of a Legal System* (Oxford Clarendon, 1970), 5—43.

<sup>75</sup> Zbog toga za Austina (*bilj.* 74), međunarodno pravo i nije drugo nego pozitivni moral.

<sup>76</sup> Prema H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, tr. (New York : Russel and Russel, 1961), 120, »Temeljna norma nacionalnog pravnog poretka nije arbitrarni proizvod pravničke mašte. Njezin sadržaj je određen činjenicama. Funkcija je temeljne norme ta da omogućiti normativnu interpretaciju određenih činjenica, a to znači, interpretaciju činjenica kao stvaranja i primjene važećih normi«. Prema Razu (*bilj.* 74), 100, funkcija Kelsenove temeljne norme je dvostruka, po tome što ona daje odgovore na dva pitanja: Što je to što od mnoštva normi čini sistem? Kada neka norma pripada sistemu normi? U stvari, funkcija Kelsenove temeljne norme je i šira, jer Kelsen, *isto*, 30, 48, 155, 170, drži da je važenje neke norme uvjet njezinog postojanja.

<sup>77</sup> C. S. Nino, »Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity«, 64 *A.R.S.P.* (1978), 357—61, izvodi da Kelsenova teorija, upravo kao i tradicionalne — uglavnom jusnaturalističke — filozofije prava, izjednačuje važenje prava s njegovom obveznom snagom i njegovim postojanjem te shvaća pripisivanje važenja, koje počinje temeljnom normom (v. *bilj.* 76), normativnim sudom. Slično u J. Raz, »Kelsen's Theory of the Basic Norm«, 19 *American Journal of Jurisprudence* (1974), 104—5 i 110—11, izvodi da Kelsen operira s pojmom opravdane normativnosti, karakterističnim za jusnaturalističke teorije.

<sup>78</sup> V. A. Verdross, »Zum Problem der voelkerrechtlichen Grundnorm«, u *Die Wiener rechtstheoretische Schule* (Wien : Europa Verlag, 1968), 2211—22.

sistema nezavisno prirodno pravo, koje toj temeljnoj normi i normama pozitivnog prava daje i određeni materijalni, a ne samo proceduralni sadržaj.

ebcc) Postoji načelna mogućnost da se hobbesovski problem razriješi i na razini međunarodne zajednice na način na koji je u to u općoj sociologiji učinio Parsons. On je, nasuprot utilitarističkom (Hobbesovom) i normativističkom (kakvo je Kelsenovo), dao »voluntarističko« objašnjenje postojanja društvenog poretka<sup>79</sup>. Prema Parsonu, naime, društveni je poredak moguć samo pod uvjetom da se njegovi članovi dobrovoljno podvrgavaju određenom normativnom poretku i unutar njega usuglašavaju svoje interese<sup>80</sup>. Drugačije rečeno, prema njemu je poredak moguć jedino ako se članovi društva ponašaju ne samo prema hipotetičkim, nego i prema kategoričkim imperativima<sup>81</sup>. Valja, međutim, uočiti da, premda Parsonsova voluntaristička teorija djelovanja implicitno sadrži sociologijsku teoriju prava<sup>82</sup>, nije učinjen pokušaj da se u njezinom okviru objasne historijski pravni sistemi, a pogotovo ne pokušaj da se objasni sistem međunarodnog prava. No i da jest učinjen, takav bi se pokušaj vjerojatno suočio s problemom pronalazanja nadpozitivnog temelja prava. Jer, Parsonova je, teorija sociologijski ekvivalent Kantove teorije morala, pa je već zbog tog razloga moguće očekivati da pretpostavlja i Kantovo prirodno pravo<sup>83</sup>.

ebcd) Daljnje mogućnosti da se hobbesovski problem razriješi u pogledu bilo nacionalnih bilo međunarodnog prava vjerojatno niti ne postoje. Atraktivnom, doduše, može izgledati ideja da se neko pozitivno pravo pojmi, polazeći od pretpostavki vrijednosne jurisprudencije<sup>84</sup>, kao aksiomatski<sup>85</sup> ili pak kao teleologijski pravni sistem<sup>86</sup> tj. kao pojednostavnjeno re-

<sup>79</sup> Tako R. Münch, *Theorie des Handelns* (Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1966), 37—39.

<sup>80</sup> V. nar. T. Parsons, *The Structure of Social Action* (New York : Free Press, 1968), 77—78.

<sup>81</sup> Prema Kantu, *Grundlegung (bilj. 18)*, 43, hipotetički imperativ je onaj koji predstavlja praktičnu nužnost neke moguće radnje kao sredstva da se postigne nešto što se hoće (ili je moguće da bi se htjelo), dočim kategorički imperativ predstavlja neku radnju kao objektivnu nužnu samu po sebi, bez obzira na neki drugi cilj. Interpretaciju Parsonsovog rješenja hobbesovskog problema u okviru Kantove filozofije daje Münch (*bilj. 79*), 39—44.

<sup>82</sup> V. eksplikaciju u R. Damm, *Systemtheorie und Recht. Zur Normentheorie Talcott Parsons* (Berlin W. : Duncker und Humblot, 1976).

<sup>83</sup> Tako Münch (*bilj. 79*), 32.

<sup>84</sup> F.—J. Peine, *Das Recht als System* (Berlin W. : Duncker und Humblot, 1983), 114, kao pobornike vrijednosne jurisprudencije, koja polazi od pretpostavke da pravne vrijednosti sačinjavaju sistem, navodi Westermanna, Larenza, Essera, Wiaeckera i Zippeliusa.

<sup>85</sup> Prema Peinovoj definiciji, isto, 113, aksiomatski pravni sistem je sistem čiji su ciljevi tako poredani da svi ciljevi, koji su formulirani kao iskazi, stoje u logičkom odnosu takve vrste da je svaki cilj izvediv kao teorem iz nekog višeg, osim najviših, koji kao aksiomi tvore vrh piramide, i najnižih, koji tvore dno piramide.

<sup>86</sup> Prema Peineovoj definiciji, isto, 113, teleologijski pravni sistem je sistem čiji su ciljevi tako poredani da svi ciljevi stoje u teleologijskom odnosu takve vrste da svaki član sačinjava cilj u odnosu na podređeni član, koji se pojavljuje kao njegovo sredstvo, a u odnosu na nadređeni član, koji se pojavljuje kao njegov cilj, sačinjava sredstvo, osim najviših ciljeva, koji su samo ciljevi, i najnižih članova, koji su samo sredstva.

čeno, sistem međusobno zavisnih ciljeva. Peine, koji je izveo pojmove takvih sistema, pokazao je, međutim, da pravo SR Njemačke nije moguće prikazati kao sistem niti jedne od te dvije vrste<sup>87</sup>. A ako tako nije moguće shvatiti jedno sređeno nacionalno pravo (čiji ustav sadrži odredbe inspirirane prirodopravnim učenjem<sup>88</sup>), ne valja očekivati da bi analiza pozitivnih odredaba manje sređenih prava ili pak međunarodnog prava pokazala da one sadrže sistem hijerarhijski poredanih ciljeva.

ebd) Nevoljkost ili pak propust da se, polazeći od danas vladajućeg interesnog poimanja prava, odgovori na pitanje kako je pravni poredak, napose onaj međunarodni, moguć, doveo je tako do stanja u kojemu znanstveni sistem prava može biti konstruiran još samo na temelju estetskih kriterija, pa prema tome i imati jedino funkciju kataloga, upotrebivog u bibliotečne i edukativne svrhe<sup>89</sup>. Negativno rečeno, bez pretpostavljanja ili nalaženja zajedničkih interesa stabiliziranih u kategoričkim imperativima ili temeljnim vrijednostima, nije moguće naći niti pravni sadržaj i posljedice strukture prava niti umne razloge valjanosti prava i obveza. A to u krajnjoj liniji znači da bez takvih interesa postoji samo mogućnost fragmentarnih disciplina o pojedinim (funkcionalnim ili regionalnim) dijelovima prava, ali ne i mogućnost ponovnog uspostavljanja jedinstvene pravne znanosti.

f) Promjena etičke paradigme, razdvajanje prava i morala, formiranje ideje zajednice, te pozitivizacija učenja o prirodnom pravu elementi su konteksta unutar kojega je pojam morala, odnosno čudorenosti, izoliran od pojmova prava i politike i podijeljen u pojam morala koji je stvarno prakticiran (deskriptivni moral) i pojam morala koji treba biti poštovan (preskriptivni moral).

fa) Prema danas vladajućoj upotrebi tog izraza, stvarno prakticirani moral je »skup pravila djelovanja, preferiranih kvaliteta karaktera, tipičnih ciljeva koji se odobravaju unutar neke zajednice«<sup>90</sup>, koji uključuje, među ostalim, da je moguće dati razloge za sudove kojima se za određene radnje neke osobe crte karaktera, pravila djelovanja i tipične ciljeve kaže da imaju ili nemaju kvalitetu da su »dobri« ili »ispravni«<sup>91</sup>. Tri dobro poznate ideje povezane su s tim, kako se uobičajeno drži deskriptivnim pojmom morala. Prva, koja je ranije već bila istaknuta, jest da su područje morala međusobni odnosi unutar relativno tijesno vezane grupe ili »zajednice« (v. a i c). Druga je da moral mora na neki način djelovati »unutar« osobe<sup>92</sup> (v. b). Treća je da »vrsta regulacije koja je konstitutivna za moralnu razinu mora uključivati neki element rasprave«<sup>93</sup>. Te ideje sugeriraju da je moralna

<sup>87</sup> Isto, 114—24.

<sup>88</sup> V. Grundgesetz, Art. 1, koji započinje odredbom da je ljudsko dostojanstvo nepovredivo, te odluku Saveznog ustavnog suda SRNJ iz 1953 (B. Verf. GE 2, 381), koja određuje da se ustavno pravo SRNJ sastoji, osim od odredbi pisanog ustava, od određenih načela i vodećih ideja koje ga povezuju.

<sup>89</sup> Tako, po prilici, Sohm, *Institutionen* (1923), prema Coing (*bilj.* 64.), 170—71.

<sup>90</sup> A. Edel, *Method in Ethical Theory* (Indianapolis : Bobbs-Meril, 1963), 50

<sup>91</sup> W. K. Frankena, *Ethics* (Engelwood Cliffs : Prentice Hall, 1963), 5, 8, 52 i d.

<sup>92</sup> Edel (*bilj.* 90), 206.

<sup>93</sup> Isto, 207.

rasprava (diskurs) osobito usredotočena na moralne radnje pojedinca koje nisu u redu te da se normalno odvija kao argumentativno sudovanje u kojemu su sudionici u neposrednom kontaktu<sup>94</sup>.

fb) Drugi tip morala, tj. moral koji treba biti poštovan, nedavno je definiran kao »sistem zakona ili pravila obvezatnih za racionalna bića kao takva, čiji sadržaj je ustanovljiv ljudskim umom«<sup>95</sup>.

fc) Pođe li se od tih definicija, očito je zašto pitanje o odnosu prava i morala, napose pitanje »Da li je međunarodno pravo (ne)moralno?«, ako se izraz moral shvati u prvom gore navedenom smislu, tj. kao oznaka za deskriptivni moral (*v. fa*), mora izgledati veoma čudnim (možda točnije: nesmislenim<sup>96</sup>) istraživaču obrazovanom unutar izvorno evropske intelektualne tradicije. Jer u njoj se uzima rješenim da je moral u tom smislu međuosobna praksa ne-univerzalnog karaktera. Stoga je u toj tradiciji pitanje »da li je (međunarodno) pravo (ne)čudoredno« nesmisleno poput pitanja »Da li je broj 5 zelen?«. No ta pretpostavka nije, ipak, glavni izvor čuđenja nad tim pitanjem. Glavni su izvor raširena sumnja u spoznatljivost univerzalnog morala koji treba da bude prakticiran, te — barem latentna — sumnja u spoznatljivost pozitivnog morala kao međuosobne prakse čiji su pokretači unutar individue.

Na taj naš problem pokušat ću se osvrnuti u posebnom tekstu. No nadam se da je već i ova rasprava bila dovoljna za uočavanje novovjekovnih obrata u zapadnoj misli koji su doveli do formiranja moderne pravne znanosti i istovremeno tu disciplinu lišili njezinog jedinog mogućeg temelja.

<sup>94</sup> H. F. Pitkin, *Wittgenstein and Justice* (Berkeley : University of California Press, 1972), 149—51.

<sup>95</sup> A. Donagan, *The Theory of Morality* (Chicago : University of Chicago Press, 1977), 7.

<sup>96</sup> Nesmislena pitanja (*unsinnige Fragen*) jesu ona koja nastaju zbog nepoštivanja određenih jezičnih pravila, uslijed čega nastaju tzv. kategorijalne pogreške i sl. (prema Geddert, *Recht und Moral*, Berlin W. : Duncker und Humblot, 1984 : 29).



Ivan Pađen

## THE DISAPPEARANCE OF MACROETHICS

*The Formation of Modern Legal Science and the Disappearance of the Foundation of Legal Thought**Summary*

The modern notion that morality is a set of norms or values addressed to strictly interpersonal relations is a result of seemingly unrelated changes which have taken place in philosophy, sociology and legal thought. The first is the displacement of the classical ethical paradigm by the modern one. According to the classical paradigm, one has not only duties to others but also the duty of self-perfection, which is, in the final analysis, the obligation to develop oneself to the potential benefit of the widest possible community. The new paradigm withdraws morality from the area of self-regarding acts, thus excluding relations between unspecified individuals and, *a fortiori*, between social groups from the scope of morality. The second change was introduced by Kant's idea that law and morality are two distinct ways of being bound to do one's duty, namely, from outside and from within. The underlying assumption of this distinction is that an action can be dissociated from its incentives, which can be external and/or internal, and that one can study one kind of incentives — notably law — independently of the other. The third change is the nineteenth century distinction between society and community. Society was conceived of as being constituted by modern secular law, whereas community was seen as being constituted by conventional morality. The fourth change was the positivisation of jusnaturalist doctrines in modern constitutions and civil codes. Since doctrines of natural law were no longer needed as a critical instance outside positive law, they faded away. The immediate result of these changes is, as noted above, the notion that morality is concerned with strictly interpersonal relations. A further consequence is the tenet of legal positivism that law can be defined independently of, i.e. separated from, morality. The ultimate consequence is the disappearance of the foundation of legal thought.