

## Rok Svetlič

Univerza na Primorskem, Fakulteta za humanistične študije, Glagoljaška 8, SI- 6000 Koper  
rok.svetlic@guest.arnes.si

# Ontološki uvjeti nastanka pravnog pozitivizma

### Sažetak

*U ovom članku predstavlja se vrlo raširena škola filozofije prava: pravni pozitivizam. Najpopularnije tumačenje pravnog pozitivizma temelji se na razdvajanju prava i morala. U vrijeme velike skrbi za ljudska prava, ovo razdvajanje razumljiv je uzrok averzije spram pravnog pozitivizma. Pravo, koje je u svojoj posljednjoj instanci uvijek poduprto prisilom, toliko je osjetljiv instrument za posezanje u međuljudske odnose, da ne može biti u potpunosti odvojen od diskursa legitimacije i limitacije državne vlasti.*

*S druge strane, pravni je pozitivizam učenje koje unatoč brojnim usponima u povijesti mu antagonističkog jusnaturalizma, uvijek iznova osigurava svoju vrijednost i valjanost, tako da neki govore čak i o »vječnom vraćanju pozitivizma«. Činjenica je da su razlozi izdvajanja morala od pravnog diskursa vrlo složeni i da nadilaze predodžbu o a-moralnosti ili čak bezbrižnosti pravnika. Razlozi tog izdvajanja kriju se u ontološkoj utemeljenosti novovjekovnog mišljenja. Ovdje se ukazuje na međusobno prožimanje i svojevrsnu upregnutost pozitivizma u ontološke strukture.*

### Ključne riječi

filozofija prava, pravni pozitivizam, jusnaturalizam, legitimacija, ontologija

Povijest filozofije prava u velikoj je mjeri povijest (konfliktnog) su-bivanja pisanih i nepisanih zakona, pozitivnog i naravnog prava. Prvi obvezuju na temelju čovjekove postavljenosti (*thesei*), a drugi poradi okruženja iz kojega proizlaze (*phisei*). Modernim jezikom govoreći, rekli bismo da usklađenost s prvima jamči legalnost, a usklađenost s drugima legitimnost. Sve do 19. stoljeća, filozofiju prava karakteriziraju dvije glavne značajke. Prva je pojmovno razdvajanje pozitivnog i naravnog prava. Unatoč koegzistiranju obje vrste zakona, međuljudski odnosi regulirani su pisanim zakonima, jer zbog kontraverznosti i apstraktnosti nepisanih zakona, iz njih nije moguće izvesti konkretne dužnosti. Samo pozitivni zakoni, tj. oni što ih je napisao i zapisao čovjek, imaju nomotehničnu kvalitetu, tj. omogućuju jednostavnu i predvidljivu uporabu. Druga značajka filozofije prava do 19. stoljeća jest zahtjev za podređenošću pisanih zakona nepisanim. Sofoklova *Antigona* tako je, ako ne najstarije, a onda najpoznatije djelo koje otvara tu problematiku. Antigona, pozivajući se na nepisane zakone, krši zabranu pokopa što ju izdaje vladar Kreont, za njezina brata.

I Platonovu *Državu* u cijelosti možemo čitati kao argument povezanosti čovjekovih odluka s višom ontološkom instancom. Znamenita je i Augustinova napomena koja upozorava na to da se država bez pravednosti uopće ne razlikuje od razbojničkih bandi. Ovo tisućuljetno staro uvjerenje o ireduktibilnom – premda antagonističnom su-bivanju naravnog i pozitivnog prava, radikalno se mijenja u 19. stoljeću, s usponom škole pravnog pozitivizma. Kroz po-

vijest postoje brojna gledišta da vladar ne treba brinuti, niti voditi računa o naravnim zakonima. U *Državi*, Platon stavlja Trasimahu u usta tezu da je pravednost – korist jačega. I Machiavellijevi nautci za vladanje ne obaziru se na prirodne zakone. Ali kod svih argumenata za prepuštanje apsolutističnom zakonodavstvu, ostaje sljedeća značajka: pravo se još uvijek razmatra kao instrument i izraz ne- pravnih prosudbi. Bez obzira na to razmatra li se voluntarizam kao svjesno kršenje pisanih zakona, ili ga se označuje novom koncepcijom pravednosti – u oba primjera razmatranje pisanih zakona, tj. prava, ostaje unutar upućenosti na transcendentnu instancu, bilo da se radi o pravičnosti ili o korisnosti. Pravo se kao takvo – ne uočava.

Najpoznatija odrednica suvremenog pravnog pozitivizma jest odvajanje prava od morala: pravni um ne može nikako doprinijeti istini moralnog uma i ništa od njega primiti. Ali kod ovog odvajanja, što ga donosi suvremeni pravni pozitivizam, radi se o radikalno drukčijim razlozima neuvažavanja morala, u usporedbi s tradicionalnim primjerima. Pravni pozitivizam razinu morala izlučuje poradi strogo teorijskih razloga, a ne zbog nekog gledišta o povezanosti ljudske volje i nepisanih zakona. Prvi put u povijesti pravo se pokušava razumjeti kao samostalan sistem mišljenja, koji nije podređen instrumentalnom izvršavanju, njemu stranih promišljanja. Pravo postaje samostalna znanost.

Kako bi do tog pomaka došlo, moraju biti ispunjeni odgovarajući povijesni uvjeti. U ovom članku pokazat ćemo da je nastajanje pravnog pozitivizma puno kompleksnija pojava od, primjerice, puke pravničke nebrige za moral. S druge strane, ne smijemo previdjeti da je pitanje o odnosu prava i pravednosti, danas, obvezna tema svih diskusija. U vremenu poštivanja ljudskih prava, skrb za pravednost pravnog komuniciranja općeprihvaćena je, te nije više samo akademski kapric već pravno kulturna nužnost, posebno ako se osvrnemo na posljedice totalitarnih režima 20. stoljeća, koji su u velikoj mjeri zlorabili pravo za najrazličitija zlodjela. To je dodatni razlog zbog kojega moramo odvajanje morala od prava, što ga izvodi pravni pozitivizam, pravilno razumjeti. U tom kontekstu, pokušat ćemo pokazati da je paušalna osuda pravnog pozitivizma neutemeljena i pogrešna.

## Glavni nacrti pravnog pozitivizma

Glavna figura koja pridonosi razumijevanju suvremenog pozitivizma jest – Hobbes. Dok Locke u praktično-filozofskom području još ostavlja prostor za Boga i naravno pravo, Hobbes radikalno raskida s tradicijom – vrši sekularizaciju europske političke svijesti. U osnovi, radi se o konzekvencama kartezijanstva, koje mišljenje izručuje samome sebi: nema više harmonije između kozmosa i uma – samodostatnost mišljenja iskazuje se kao posljednji jamac znanja. Taj pomak razmatra se, s jedne strane, kao oslobođenje, ali ne smijemo zaboraviti da je, s druge strane, sloboda (mišljenja i djelovanja) čovjeku nametnuta:

»Čovjek može biti suveren samo stoga jer njegova ljudskost nema kozmički oslonac. Suveren je samo stoga jer je potpuni stranac u univerzumu. Suveren može biti samo zato jer je prisiljen biti suveren.«<sup>1</sup>

Polazište socijalne filozofije sada je pojedinac sa svojim interesima, koji čini društvo na isti način na koji dijelovi čine fizičku prirodu. Iz strukture interesa pojedinca i činjenice su-bivanja, nužno proizlazi konflikt pri zadovoljenju tih interesa, koji opet vodi u stanje rata svih protiv sviju. Pojedinac, kao isključivi

upravljači svojih života, rješenje ovako nepodnošljivog stanja vide u dogovoru, tj. u ugovoru. Hobbes je utemeljitelj ugovorne teorije, što način društvenosti čovjeka, koji živi po pravu i u državi, određuje kao autonomnu odluku. To je, naravno, samo model političke filozofije, jer takav ugovor o udruživanju, osnivanju i podređivanju nikad nije ni postojao, već je samo instrument za opis i legitimaciju (apsolutne) vlasti, koja svoju uvjerljivost crpi iz pozivanja na čovjeku svojstvene mogućnosti uviđanja i odlučivanja.

Kada je takva odluka jednom donešena i ugovor prihvaćen, sva se vlast prenosi na suverena, kome su podanici podređeni u svakom pogledu, osim u slučaju kada se radi o zaštiti prava na život. Oni nemaju nikakvih izvornih prava, jer su sva njihova prava, koja im dodjeljuju socijalna pravila, samo koncesije. Podanici tako ne smiju imati nikakve vlastite prosudbe o pravilnosti, odnosno nepravilnosti socijalnih pravila. Mogli bismo reći da Hobbes izvrće riječi apostola Pavla:

»Ukratko, umjesto nauka apostola Pavla, 'nema vlasti do Božje', dolazi skoro obratna tvrdnja: 'nema Boga doli vlasti'.«<sup>2</sup>

Premda Hobbesa smatraju osnivačem i zagovornikom apsolutizma, treba naglasiti i da je njegova ugovorna teorija, uvođenjem nauka o suverenosti naroda, pobudila zahtjeve za ustavodavnim skupštinama, što dovodi do engleskog ustava iz 1688. Hobbes još nije pozitivist u smislu pokretača pravne znanosti kao samostalne discipline, već je ključna figura koja je pripremila put za pozitivizam. S tim u svezi, najpoznatija je rečenica *Non veritas set auctoritas facit legem*, koja je često bila pogrešno interpretirana. Prema Höffeovu mišljenju, iz te formulacije još ne proizlazi pravni pozitivizam, nego samo teorija ukaza, koju je zastupao J. Bentham, a posebno J. Austin. U Hobbesovoj formulaciji radi se, prije svega, o upozoravanju na činjenicu da je pravo »napravljeno«/načinjeno, a ne proisteklo iz prirode:

»U pooštrenoj Hobbesovoj tvrdnji, ne istina, nego autoritet tvori pravo, ne radi se o direktno iskazanoj antitezi, nego o drugoj vrsti alternative: da su pravna određenja 'napravljena' to, ustvari, znači da su unaprijed dana (*vorgegeben*), da nisu ništa već postojeće (*nichts Vorhandenes*), što bi samo čekalo da bude otkriveno.«<sup>3</sup>

Höffe u rečenici *Non veritas set auctoritas facit legem*, vidi tri elementa koji se tiču pravnih vrijednosti: *moć, priznanje, punomoć*.<sup>4</sup> Upravo zbog te kompleksnosti, Hobbesova je izreka bila više puta krivo razumljena. Vrijednost prava počiva na moći koja je priznata i time opunomoćena: punomoć ne proizlazi iz božje volje ili milosti, već iz suglasja. Osnivanje i utemeljenje države obilježeno je slobodnom odlukom onih koji ju osnivaju, a koji su motivirani praktično-filozofskim uvidom. Upravo je zbog toga Hobbesova koncepcija prava u mnogočemu »neapsolutistička«, premda jednom opunomoćen suveren, potom može donijeti (skoro) bilo kakvu odluku. Odgovoran je samo Bogu. Ipak, njegova *potestas* nije puka *violentia*.

Navedena trodimenzionalnost (moć, priznanje, punomoć) utemeljivanja pravne važnosti, skrivena u Hobbesovoj *Non veritas facit legem*, može poslužiti za

1  
Leo Strauss, *Naravno pravo in zgodovina*, ŠOU, Ljubljana 1999., str. 183.

2  
Evgenij Vasil'evič Spektorskij, *Zgodovina socialne filozofije*, sv. I, Slovenska matica, Ljubljana 1932., str. 191.

3  
Otfried Höffe, *Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1987., str. 133.

4  
Vidi O. Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, str. 134.

klasifikaciju različitih nacrtu pravnog pozitivizma. Ukoliko se pravna teorija usredotočuje na pojam ‘moći’, onda se radi samo o prvoj, naivnoj fazi pozitivizma: Bentamova ili Austinova.

*Jeremy Bentham* (1748.–1832.) se na tragu obrata u filozofiranju pita što možemo prihvatiti kao jasno i razgovijetno polazište osnivanja pravne znanosti. Poradi znanstvenog objašnjenja prava i morala, moramo ponajprije objasniti i samu ljudsku narav. Ovdje se on rukovodi istom logikom kao i Hobbes: kao što je fizička priroda pojašnjena fizikalnim zakonima, tako se i ljudsko ponašanje mora objasniti empirijski evidentnim zakonitostima. Pritom treba imati na umu dva glavna motiva djelovanja: ugodu i bol. Na metodološkom situ i rešetku zaustavlja se tako velik dio tradicionalne pravne teorije, prije svega, naravno pravo. Ono je za njega samo »fikcija« (kao i mnoge druge institucije tradicionalne pravne znanosti), jer ga nije moguće utemeljiti u skladu s njegovim metodološkim zahtjevima.

Psihološki hedonizam jedino je jasno mjesto na kojem može započeti znanstveno objašnjenje prava. Zrcalna strana toga učenja jest negativni hedonizam, izbjegavanje boli, kojom prijeti sankcija, a koja podupire propis. Za Benthama je ovo objašnjenje puno uvjerljivije od onoga koje se oslanja na »fikcije« prirodnog prava. Za njega je fikcija i Hobbesovo osnivanje zajednice u prirodnom stanju i ugovoru, te zajednica kao takva. Sve te kategorije utemeljene su na ne-evidentnim pretpostavkama. Zbog toga Bentham zahtijeva reformu institucija pravne odgovornosti, kažnjavanja, slobode sklapanja ugovora, itd.

Kao objašnjenje toga, zašto se u pravu ipak koristi izraz »pravednost«, Bentham navodi »perverziju jezika«, tj. jezični naturalizam. Unatoč teorijskoj bliskosti Hobbesa i Benthama, između njih još uvijek postoje velike razlike – gorespomenuto otklanjanje ugovorne teorije, što ju se odbija radikaliziranjem obojici zajedničkog empirizma. I to u »paketu« s drugim »fikcijama«, među kojima je najvažniji pojam naravnog prava, koji je za Benthama ujedno i glavni izvor filozofske smutnje. I dok je za Benthama naravna pravednost potpuno besmislen pojam (*nonsens upon stilts*), kod Hobbesa je (naravno) pravo na preživljavanje ipak polazište utemeljenja teorije prava i države.

*John Austin* (1790.–1850.) kreće se u sličnom misaonom ozračju i gradi svoju teoriju ukaza, koje definira kao želju, poduprte prijetnjom:

»Ako netko izrazi želju da nešto učinim ili izostavim, te ukoliko mi u slučaju neispunjenja želje nanese određeno zlo, onda je izražavanje te želje ukaz.«<sup>5</sup>

Za ukaz nije niti važno da je dan u jezičnom obliku imperativa, jer naredba ostaje naredba i ako je izdaje nositelj moći u uljudnom obliku. S druge strane, ukaz želje ne možemo smatrati konstituirajućim kada je izrečen u obliku imperativa, ako njegov autor nema realnu moć. Premda je teorija ukaza utemeljena na evidentnim empirijskim komponentama, njezino je pravno poimanje nedostatno i kao takvo podložno brojnim kritikama.

Kod Austinova poimanja prava radi se o »sociološkom redukcionizmu«.<sup>6</sup> Pravo se definira nepravnim komponentama, pomoću moći. Iz tog zornog kuta, govor o pravnoj prisili jest pleonazam, jer iz te teorije konzekventno slijedi da svaka prisila ima automatski značaj prava. Poteškoća do kojih dovodi ova redukcija ima previše. Ponajprije, teorija ukaza promašuje svoj osnovni cilj: utemeljenje samog pojma ‘prava’. Ako pravo reduciramo na mogućnost konkretnog izvršenja prisile, time još ne možemo pojasniti običajno pravo: pravila ponašanja koja su spontano postala važeća kroz tradiciju. Običajno pravo ne slaže se s tezom o apsolutnoj ovisnosti pravnog važenja o prisili, jer ju nositelj moći može ukinuti, ali ne i utemeljiti. Drugim riječima, teorija

ukaza utemeljena je na način koji ne objašnjava neke nezanemarive razine postanka i života prava.

Kao slijedeća poteškoća teorije ukaza navodi se okolnost po kojoj nije moguće pojmovno razdvajanje države i zločinca. U skladu s teorijom ukaza, svatko tko posjeduje moć ukazuje – piše pravo. I otimač. Ova je poteškoća zapravo samo obrat prethodne, u kojoj imamo dio prava (običajno pravo) koje važi, premda nikad nije bilo ukazano; ovdje imamo važeći ukaz, što ga teško možemo ubrojiti u pravo. Ronald Dworkin kazao bi da se takvo određenje prava suprotstavlja našoj »intuitivnoj« predodžbi prava. Ukratko, Austinov model teorije prava mogli bismo prihvatiti samo ako smo spremni običajno pravo pojmovno odvojiti od pravnog korpusa, te ako smo spremni djelovanje zločinca smatrati prav(n)im djelovanjem. Naravno da su ovi prigovori izvanjski i teoriji ukaza transcendentni – utemeljeni su na »osjećaju« za narav stvari. Imanentna kritika nije moguća, jer je teorija ukaza banalan, ali konzistentan sistem.

Slijedeći korak prema pozitivizmu, koji se želi još više približiti našem »intuitivnom« shvaćanju pojma prava, čista je teorija prava *Hansa Kelsena* (1881. – 1973.). Njegov je pozitivizam usredotočen na pojam punomoći, koji je jedan od triju elemenata gore navedene Hobbesove koncepcije pravno važećeg. Njegova je polazna točka u nezahvalnoj situaciji, koju mu je ostavio Austin s teorijskim izjednačavanjem zločina i prava. Kelsen će ustrajati na razlici, koju pojednostavljeno govoreći vidi u tome da bi pravila države bila objektivni »sollen«, a pravila zločinca subjektivni »sollen«:

»Naredba gangstera da mu se izruči određena svota novca, ima isto subjektivno značenje kao i ukaz službenika porezne uprave. Naime, značenje da pojedinac na kog se ukaz odnosi izruči određeni iznos novca. Međutim, samo ukaz službenika, a ne i gangstera, ima značenje važeće, za adresata obvezujuće norme... jer je akt službenika porezne uprave opunomoćen poreznim zakonom, dok akt gangstera ne počiva ni na kakvoj sličnoj normi. To da zakonodavni akt, koji ima subjektivno značenje važeće norme ujedno i objektivno ima to značenje... jest stoga što ustav dodjeljuje zakonodavnom aktu taj objektivni smisao.«<sup>7</sup>

Kelsen odbacuje teoriju ukaza zbog teorijskih razloga: za to da je neka norma važeća nije presudan »Sein«, tj. akt ukaza, nego »Sollen«, tj. opunomoćenje. Kelsen je svjestan nevaljanosti zaključivanja od *biti* na *trebati*, kao i obratno. *Trebalo bi* može implicirati samo još jedno *trebalo bi*. Ili, u pravnom primjeru: jedna pravna norma može biti utemeljena samo na drugoj normi. Ove norme inače imaju svoj sadržaj, ali za pravno važeću razinu prava nije bitan sadržaj, već postanak određene norme, dakle, činjenica oslanja li se neka norma na drugu normu, koja joj daje ovlasti za nastanak prve. Drugim riječima, za Kelsena, pravo je hijerarhijski sistem opunomoćenja..

Definiranjem prava kao stupnjevitog sistema opunomoćenja, postaje razvidnim i prvi problem koji se time pojavljuje: problem izvora opunomoćenja kao takvog. Ili, prema Höffeu, Kelsen nudi samo tri moguća rješenja, a sva su tri logično pogrešna. Punomoći mogu ići u: 1) *ad infinitum*, 2) *circularno*, ili 3) lanac punomoći slama se na određenoj točki. U prvom primjeru lanac prijeno-

5  
John Austin, »Rechtsnormen als Befehle des politischen Machthabers«, u: Norbert Hoerster (ur.), *Recht und Moral*, Philipp Reclam jun., Stuttgart 1987., str. 15.

6  
O. Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, str. 139.

7  
Hans Kelsen, »Die Rechtsordnung als hierarchisches System von Zwangsnormen«, u: Norbert Hoerster (ur.), *Recht und Moral*, str. 23.

sa punomoći nastavljao bi se u beskonačnost, kod drugog lanac prijenosa na nekom mjestu bi se zaključio sam u sebi, dok se kod trećega radi o tome da bi se lanac prijenosa prekinuo u nekom drugom, sasvim različitom članu. Kelsen izabire slijedeće rješenje: osnova sistema jest *temeljna norma* (Grundnorm). To je ona pravna norma do koje dolazimo sinkronijskim uspinjanjem unutar hijerarhije pravnih normi, nastavljajući napredovanjem do najudaljenije točke dijakronijski. Sinkronijski vrh piramide jest ustav, dijakronijski najudaljenija točka jest najstariji ustav. On se kvalitativno razlikuje od (pre)ostalih dijelova sistema:

»Ako počnemo s proučavanjem državno-pravnog poredka, ne i narodnog prava, te se upitamo o temelju važenja povijesno prvog ustava, tj. ustav, koji nije nastao na način ustavno skladne izmjene prijašnjeg ustava, onda odgovor može glasiti samo da... važenje tog ustava... mora biti *pretpostavljeno*...«<sup>8</sup>

Temeljna norma samo je način s kojim Kelsen krpa rupu u definiciji pojma prava. Znamo da Kelsena ne zanima fakticitet temeljne norme, nego mu samo služi kao, kantovski rečeno, regulativna ideja, oko koje se skuplja važenje hijerarhija punomoći. Temeljna je norma samo »pretpostavljena«, ona je »problematičan« pojam, koji funkcionira i bez dokazivanja konkretne realnosti. Ukratko, temeljna norma kao povijesno najstariji ustav nije ništa »materijalno« i, na kraju krajeva, svejedno je može li se uopće takav ustav locirati kao konkretan tekst, to je samo transcendentni element Kelsonove teorije, kojim rješavamo problem što proizlazi iz transferičnosti punomoći.

Ovdje nećemo detaljnije provjeravati do koje je mjere Kelsenov model uspješan. Kao prvi prigovor javlja se zamjerka da Kelsen još uvijek ne uspijeva na zadovoljavajući način razlučiti pravo od mafijaških pravila, jer kod posljednjospomenutih također možemo otkriti hijerarhiju pravila, kao i pravilo koje može imati značaj ustava. Höffe pokušava naći razliku u okolnosti po kojoj pravna pravila važe/vrijede za sve, dok su pravila mafije različita za izvođače i adresate. Ova primjedba, po našoj prosudbi, ne stoji, jer pozitivistički koncept prava ne mari za sadržaj, tà »*pravo može biti bilo koji, proizvoljan sadržaj*«. <sup>9</sup> Unutar tog koncepta ne postoji nikakva prepreka za prihvaćanje prava, koje bi nalagalo dužnosti elitistički (npr. pravilo ne važi za zakonodavca), ili čak apsurdno (npr. pravilo važi samo za one koji su rođeni u parnoj godini). Moguć je i prigovor da temeljna norma, kao jedina norma bez punomoći, ponovno u srce sistema uvodi izjednačavanje sile i prava, a što smo zamjerali Austinu. Ali ako na temeljnu normu gledamo kao na model pojašnjavanja prava, a ne kao na stvarni mačem »legitimirani« ustav, onda držimo da ne postoji takva opasnost.

Pogledajmo još jedan nacrt pozitivizma, koji se gradi na pojmu 'priznanje'. Unatoč tomu što su *Herbert Lionel Adolphus Hart* (1907.–1992.) i H. Kelsen (1881.–1973.) skoro suvremenici, pri osnivanju svog projekta pozitivizma, Hart se u svojim kritikama ne vraća Kelsenu, nego Austinu (1790.–1859.). Hartov je cilj iznijeti tumačenje prava koje bi nadilazilo iznimno zbudjujuća izjednačavanja prava i sile. Za razliku od Austinova objašnjenja prava, koje nema nikakvih imanentnih, tj. logičkih poteškoća (jedini je prigovor da ne odgovara našem »osjećaju« pojma prava), Kelsen se muči s težim logičkim problemima. Gradi teoriju na transferu punomoći, koji implicira problem izvora punomoći kao takve. To je pitanje teorijska rupa, koju Kelsen može zakrpati samo izvanjskim elementom: heterogenom komponentom sistema.

U sličnu situaciju zapada i Hart. Kao i Kelsen, i on uviđa da ukoliko želi izgraditi koherentan pravni nauk, onda mora – paradoksalno – uključiti transcendentan element u sistem. Jedino Austin ne treba »strani« element, njegova je

pravna teorija, ustvari, potpuno transcendentna: izjednačava imanentnu ravan (pravnu teoriju) s transcendentnom okolnošću (mogućnošću izvršavanja sile). Pravo = moć.

Izvor pravne obvezatnosti prolazi tako kroz različite faze. Kod Austina je obvezatnost jednostavno »moranje«. Kod Kelsena je obvezatnost utemeljena u autoriziranom trebanju, a otvoren ostaje odnos adresata/naslovnika dužnosti spram norme: za teoriju je nevažno radi li se samo o »moranju« ili slobodnom podređivanju. Kod Harta takva dilema više ne postoji. Temelj važenja, koji je umetnut u ustav, nije više »moranje«, nego prihvaćanje prakse:

»Ako za te fundamentalne norme, koje tvore i opisuju kompetentnost zakonodavstva, kažemo da egzistiraju, onda to ima drukčije značenje. 'Egzistiraju' ovdje ne može, kao kod podređenih normi sistema, značiti: ispunjavati važeće kriterije. U tom slučaju, mora prirok 'egzistirati' uzeti u obzir stvarnu praksu one socijalne grupe, čiji pravni red razmatramo.«<sup>10</sup>

Ako je za Kelsena izvor obvezatnosti prava osnovna norma kao »mitološki« heterogena instanca, onda je za Harta činjenica autonomnog prihvaćanja prava. Naravno da se ne radi o banalnom pitanju, prihvaća li adresat ili ne ono što mu pravo nalaže, nego o činjenici prihvaća li većina adresata pravo. Priznanje je način pomoću kojeg Hart popunjava teorijsku prazninu, koja zjapi kod Kelsena. Za Harta je pravno važeće povezano s hijerarhijom punomoći. Ali Hart razlikuje dvije vrste pravila. Ona koja određuju dužnosti, te ona koja određuju načine za određivanje dužnosti. Prva su takozvana »primarna pravila«, a druga »sekundarna«. Kod sekundarnih je glavno pravilo *Rule of recognition*. Ono kaže: što se uopće može smatrati pravom i može biti jednostavno (primjerice ono »što kralj kaže jest pravo«), ili puno kompleksnije (kao što je slučaj u suvremenoj državi).

Ako svaki dio prava osim *Rule of recognition* može biti priznat kao izveden iz punomoći sekundarnih pravila – onda *Rule of recognition*, kao krajnja instanca koja jamči važenje prava, može biti samo priznata ili može biti samo stvar prihvaćanja većine uporabnika prava. Tako se pri popunjavanju teorijske praznine, koja nastaje na vrhu piramide, Kelsen i Hart nalaze na posve različitim pozicijama. Prvi se okreće u stranu od adresata i hipostazira čisto trebanje, mitološki prvi ustav, čija važnost ne ovisi o, niti mari za mišljenje adresata. Hart postupa puno pragmatičnije i pitanje o važenju stavlja u sferu u kojoj je to važenje stvarno učinkovito: u autonoman akt adresata, koji je izvanpravna kategorija.

Hartovo povezivanje važenja pravnog sistema i kontigentne okolnosti po kojoj većina prihvaća pravo, djelomično uspješnije odgovara na problem izjednačenja prava i puke moći, u koji je zaglibio Austin. Činjenica da je uporaba sile uvjetovana autonomnim aktom (većine) adresata, značajna je za inačicu pozitivizma s najvećom političko-moralnom prihvatljivošću. Ipak, ne smijemo zaboraviti da je to još uvijek pozitivizam, dakle teorija važenja prava, koja ne mari za to kakvo bi pravo trebalo biti, tako da je iz sistema isključena legitimacijska referenca. Stoga činjenica priznanja nije nikakva garancija moralnosti prava, jer razlozi za većinsko prihvaćanje prava mogu biti i krajnje nemoralni (npr. izrabljivanje manjina).

8  
H. Kelsen, »Die Rechtsordnung als hierarchisches System von Zwangsnormen«, str. 29.

9  
Isto, str. 30.

10  
Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1999., str. 45.

Prikazali smo grub pregled glavnih inačica pozitivizma, kao što ih skiciraju Bentham, Austin, Kelsen i Hart. U uvodu smo kao cilj odredili pokušaj pravnog razumijevanja popularne predodžbe o tom da je pozitivizam teorijska pozicija koja ne mari za moral. Ako se osvrnemo na brojne povijesne primjere – u kojima je pravo bilo ne samo ignorirano u nemoralnim djelima vlasti već je bilo i vodeći instrument takva djelovanja – onda ovu pomisao možemo bez poteškoća razumjeti. Izdvajanje morala iz pravne presude proizlazi iz osnovne pozitivističke maksime, koja važenje prava povezuje s podrijetlom norme, a ne s njezinim sadržajem (u kojem može biti skrivena teška moralna dvojbenost). Sve su to razlozi teorijske averzije spram pozitivizma, što ju zaoštava Austinovo eksplicitno izjednačavanje prava i moći. U obzorju zlorabe prava, što su ju izveli totalitarizmi 20. stoljeća, Kelsonova opaska da svaki sadržaj može biti pravo, dodaje točku na »i« teorijskoj upitnosti pozitivizma:

»Neka norma ne vrijedi stoga, što ima određeni sadržaj... nego zato što je bila na određen način... stvorena. Stoga i upravo zbog toga jest dio pravnog poretka, čije su norme bile stvorene u skladu s tom temeljnom normom. I upravo zato pravo može biti bilo koji proizvoljni sadržaj.«<sup>11</sup>

Pokazat ćemo da je opisano odvajanje morala od pravnog diskursa konzekventna posljedica razvoja zapadnog mišljenja, a ne izraz nemara ili lakomislivosti znanstvenika.

### Geneza pozitivizma

U uvodu smo upozorili da pravni pozitivizam, po prvi put u povijesti prava, ne smatra pravo izrazom i instrumentom inorodnih promišljanja. U usporedbi s tradicionalnom jurisprudencijom, to je novost, jer je »europska pravna misao stoljećima živjela u subivanju i opreci između naravnog i pozitivnog prava«.<sup>12</sup> Tako je bilo sve do prve trećine 19. stoljeća, kada se prekida tradicija kulturne diskusije, što svoje korijene ima još u antici i bavi se pitanjem legitimacije i limitacije prava/države. Naime, činjenica da je nezaobilazna odrednica prava njegova obvezatnost, tj. prisila, još od davnina otvara pitanje utemeljenja i ograničenja državne prisile, kao sastavnog dijela pravnog diskursa.

U prvoj trećini 19. stoljeća, ta razina pravnog diskursa nestaje. Diskusije o pravu postaju »konkretnije«,<sup>13</sup> nestaje kritika moći, koju zamjenjuju znanstvenije metode. Uzrok te promjene nije pomodnost neke discipline, još manje bezbrižnost znanstvenika. Pravna znanost nužno je povezana s mišljenjem koje je obvezatno određenom vremenu. Promjene u razumijevanju biti bivajućeg određuju horizont u kom mišljenje može tražiti svoj smisao.

Važan korak u povijesnom razvoju bio je kartezijanski obrat: pomicanje težišta s izgleda na pogled. Unatoč tomu što Descartes još uvijek ne promišlja sistem vrijednosti bez Boga, kojeg egzistencijalističkom gestom uvodi u sistem, ipak je posljednji jamac, kako znanja tako i bivanja – mišljenje. Čovjek, ne stvari i njihov izgled, već mišljenje sa svojim načinima gledanja na svijet. Posljedice tog obrata zrcale se i u praktičkoj filozofiji. Ako je čovjek posljednji garant samome sebi, onda i praktično-filozofsko prosuđivanje mora proizlaziti iz čovjeka kao središta. U empirijskom kartezijanstvu to se očituje u usredotočavanju na one za praktičnu filozofiju relevantne elemente koji su empirijski evidentni: osjećaj ugone ili boli. To smo već spomenuli kod Hobbesa i Benthama: za Benthama je fikcija sve ono što se ne može potkrijepiti empirijskim dokazom. Pritom, on sa stajališta metode postupa posve kartezi-



janski, jer zahtijeva jasnost i razgovijetnost onoga što smatramo znanstveno istinitim.<sup>14</sup>

Positivizam je način traženja autonomne pravne znanosti: pokušava dati jasan i čvrst pojam prava. I sami naslovi djela H. L. A. Harta: *The Concept of Law* (Konceptija prava), Bentham: *Of Laws in General* (O pravu općenito) – ukazuju na to da se ne radi samo o pitanju pravednosti nego i o potrazi za autonomnom znanošću. Smislenost ili potrebitost moralnih akcenata kod prihvaćanja prava, time nije a priori isključena, premda je odnos spram normativne ravni pravnoga diskursa kod različitih pozitivista, potpuno različit. Austin i Betham još vjeruju da se o pravilnosti/pravičnosti govori s određenim stupnjem znanstvene strogosti. Stoga, u širem pravnom diskursu ipak zadržavaju i normativnu komponentu:

»Austin je potvrdio temeljnu metodološku razliku između onoga što je nazvao *science of jurisprudence*, koja se bavila opisivanjem pozitivnog prava, kakvo ono jest, te *science of legislation*, koje se bavilo aplikacijom određenih modela i standarda, kao što je, primjerice, načelo korisnosti, za određivanje onoga kakvo bi pozitivno pravo moralo biti.«<sup>15</sup>

Slično, kod Bentham možemo kao sastavni dio pravne znanosti pronaći i upit o tome kakvo bi pravo trebalo biti. On kao normativno uvodi načelo utilitarizma, utemeljeno na isključivo empirijsko opažljivoj činjenici praktične filozofije, tj. na osjećaju ugone ili boli. Kod Kelsena, u području normativnosti, nije više moguća nikakva znanost.

»Pravni pozitivizam, utemeljen na općim znanstveno-teorijskim uvjerenjima, slijedi znanstveni ideal logičkog pozitivizma, odnosno empirizma, te ga stoga možemo nazvati i logičko-pravni pozitivizam ili pravni empirizam. Po njemu, isključivo empirijske i analitičke pravne tvrdnje imaju znanstveni karakter, dok su normativne pravne tvrdnje, naime tvrdnje o pravednosti, neznanstvene.«<sup>16</sup>

U pogledu morala, Kelsen već zastupa etički relativizam. Oslanja se na Maxa Webera i drži da raspravljanje o naravnom pravu ne može nadići ravan pukog mnijenja. Pritom ne negira moral, ali njegova priroda ne podliježe znanstvenom tematiziranju.

Značajka pozitivizma jest da je pravednost (u usporedbi s deskripcijom činjenice prihvaćanja norme) kategorija, koja se ne može empirijski razraditi motrenjem nazočnog. Diskurs o normativnosti udaljuje se od samog sebe i značenjski je rastresen. Suprotno, deskripcija je utemeljena na svršenosti nazočnoga, koje nikamo ne upućuje, nego naprosto jest i njezino značenje ponuđeno je na pladnju, tj. evidentno je. Tematiziranje pitanja pravednosti, npr., nije niti izdaleka tako evidentno: liberalno gospodarstvo temelji na takvoj koncepciji koja pravednom smatra distribuciju dobara ukoliko ona doprinose blagostanju; u pravnoj državi radi se o pojmu pravednosti koje za mjerilo uzima pozitivno pravo, aristokracija kao obvezujuće mjerilo uzima zasluge iz prošlosti, socijalizam potrebe pojedinca, itd...

11

H. Kelsen, »Die Rechtsordnung als hierarchisches System von Zwangsnormen«, str. 30.

12

O. Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, str. 89.

13

Isto, str. 14.

14

To ne vodi uvijek u dosljedni scijentizam pri orijentaciji u svijetu. Za Humea imaju ne-

znanstvena uvjerenja još uvijek važnu ulogu u životu, premda su samo stvar vjerovanja, a ne i znanosti.

15

Charles Covell, *Defence of Natural Law*, St. Martin's Press, New York 1977., str. 14.

16

O. Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, str. 118.

Uvidamo da pozivanje na pravednost implicira vrlo različitu, međusobno isključujuću raspodjelu blagostanja i dužnosti. Stoga temeljna poruka pozitivizma kaže da »na ta pitanja ne postoji objektivan odgovor, ni u znanstvenom niti u izvanznanstvenom smislu«. <sup>17</sup>

Kako bi zahtjev za objektivnošću postao mjerilo znanstvenosti, moraju se dogoditi određene promjene u povijesti koje omogućuju da se bit bivajućeg prikaže kao objekt. Pozitivizam kao način spoznavanja bivajućeg povezan je s načinom danosti toga bivajućeg. To što u srednjem vijeku prirodu nisu tumačili i objašnjavali uz pomoć matematičke fizike, nije znak njihove »zaostalosti«, kao što ni današnji vrhunci znanosti nisu put izboren kroz mrak neznanja. Znanost samo odgovara na nagovor *dogaćanja* (Ereignis), <sup>18</sup> stoga je posebno važno naglasiti da tehnika »nikako nije samo čovjekovo djelo«, <sup>19</sup> tehnika dakle nije samo sredstvo. »Tehnika je svojevrstan način razotkrivanja... bivajućeg«. <sup>20</sup>

Specifičnost znanstvene spoznaje mijenja se u skladu s promjenama koje Heidegger naziva epohom povijesti biti. Razvoj epoha uzrokuje događaj u biti samoj. Taj događaj ne ocjenjuje »pozitivno«, kao prema (općoj predodžbi) put emancipacije mišljenja od mita i religije prema racionalnoj znanosti, već »negativno«, kao razdoblje lutanja.

Zato znanost i nije uzvišen korak prema samoispunjenju čovjeka, nego znak njegove krizne pozicioniranosti u svijetu. Ne proizlazi iz viška umnog potencijala, nego je zajedno s umom samim način ublažavanja poteškoća, prozročenihi slomom vitalnosti onoga što je igru događanja svijeta održavalo u ravnoteži. Po Heideggeru je to bila izvorno (tj. predplatonistički) razumljena priroda – *physis*. Ravnoteža je uključivala kako prisutno tako i odsutno, vidljivo i nevidljivo. Apsencija nije ugrožavajuća suprotnost znanja o prezen-tnom, već samo njegova uravnotežena protuteža.

Sudbonosni preokret događa se kod Platona, koji *physis* preinačuje u ideju. *Physis*, koji je ranije bio ravnoteža razotkrivanja i skrivanja (povezan pojmom *aletheia*, tj. izvorna istina), doživljava redukciju na ideju. Značenje istine tako se sužava na stalnost onoga što se ranije bilo samoizvjesno. Uzrok za to nije svjestan čin filozofiranja, već događanje biti:

»Neskriivenost, za prikazivanje bivajućeg, stvoreni se prostor rasuo, a u ruševinama spašene su *ousia* i *kategoria*.«<sup>21</sup>

Tek kad *aletheia* nema više snage biti nositelj istine, sviće čas za znanost, za spašavanje barem nekog područja bivajućeg. Platon to izvodi tako što iz ruševina selektivno izabire samo ono što se kasnije jasno pokazuje kao bivstvajuće: ideje. Iz komponenata koje su jednom bile upregnute u vitalitet događanja *physis*a, on uzima ono s čime se daje »rukovati«, što ima oblik »nefizičkog« izgleda (stvari). Sve ostalo (mnijenje, prolaženje, promjena) još uvijek opstoji, premda nije jasno i umno, već je samo predmet mnijenja, a ne znanja. Dakle, način na koji se iskazuje bit bivajućega jest promjenjiv. Vrijeme u kom živimo naziva Heidegger *postav* (Gestell). U njemu su nagovor događanja i čovjekovo odgovaranje na nagovor, usklađeni kroz tehniku, odnosno tehničku znanost. Ona bivajuće vidi kroz specifičnu optiku – kao raspoloživ opstoj, koji se pojavljuje kao predmet znanosti. Većina znanstvenih promišljanja ostaje na vrlo površnoj razini promišljanja o tome da je njome moguće dobro ili loše upravljati, ne uviđajući metafizičke korijene, koji su bit povijesno utemeljujućeg mišljenja.

Kod razvoja znanosti radi se o konzekventnom nastavljanju početka zaborava bitka, čiji je krajnji stupanj upravo *postav*. U njemu se bivajuće iskazuje kao

opstoj, kao raspoloživa građa, bilo da je riječ o fizičkoj prirodi ili samom čovjeku. Možda i nije slučajnost što se kadrovska služba u engleskom kaže *human resources*. Čovjek je samo još radna životinja, koja nastupa na tržištu zajedno sa željezom, ugljenom, naftom, itd.

Ali ove težnje za ovladavanjem ne smijemo razumjeti samo kroz praktično-moralnu optiku, kao način uporabe ili zlorabe vodećega položaja pojedinca ili neke vlasti. Krećemo se na ontološkoj razini, stoga se radi o ovladavanju u samom odnosu spram bivajućeg, radi se o ovladavanju na ravni načina na koji bivajuće uopće može egzistirati. Ti načini određuju uvjete znanstvenosti znanosti, a time i kriterije znanstvene istine – istinito će biti samo ono što odgovara tim uvjetima. Istinito će biti samo ono što je u suglasju s temeljnim načinom danosti bivajućeg u postavu: samo ono što može nastupiti kao ono čime se može ovladati. Stoga je za prirodoslovnu znanost priroda samo opstoj spoznatljivih zakonitosti, čije poznavanje omogućuje (teorijski) neograničene posege u događanja u njoj. Priroda je samo to.

Znanost je u biti nasilje nad stvari, jer

»... svaku novu pojavu, koja iznikne unutar nekog znanstvenog područja, ispituju onoliko vremena koliko to odgovara kriteriju predmetnosne navlastitosti teorije.«<sup>22</sup>

Moderna znanost, bilo prirodoslovna ili društvena – ne pušta stvarima biti. Na njih spušta mehanizam redukcije (drugim riječima: znanstvene kriterije), a rezultat toga jest okrnjena slika stvari (drugim riječima: znanstvena spoznaja). To je jedini način da je predmet upotrebljiv kao ovladljiva komponenta znanosti.

Po istom ustroju djeluje i (pravni) pozitivizam. Kao što prirodoslovna znanost iz pojma prirode isključuje sve one dimenzije koje su antici i srednjem vijeku bile samorazumljive, te se usredotočuje samo na razmatranje relevantne ravni, isto tako postupa pozitivizam na području prava. Iz prava izdvaja one komponente koje su za pregledno rukovanje neupotrebljive, a to je uvijek kontraverzan diskurs o moralu.

Vidjeli smo da su uzroci raširenosti pozitivizma puno kompleksniji od onih uvjerenja koja drže da su to obrazovni sistem ili amoralizam pravnika. Ne smijemo zaboraviti da (pozitivistička) znanost nije »čovjekovo djelo«, nego je »način raskrivanja bivajućeg«. Način raskrivanja bivajućeg određuje predmet znanosti; a ne znanost vrstu raskrivenog/spoznatog. Platon tako predstavlja samo početak velikog događanja, koje obilježuje zapadni svijet, tj. metafiziku. Slijede faze koje odgovaraju daljnjem »slabljenju« vitalnosti događanja *aletheiae*. U skladu s tim slabljenjem, znanost mora svaki put sve više izoštriti

17  
O. Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, str. 41.

18  
Heidegger je veliku pozornost posvetio tehnici, propitujući njezinu bit. Bit tehnike razumljiva je samo iz čovjekova odnosa spram biti, koja je u pozadini »doba tehnike«. U djelu *Identitet i razlika* Heidegger bit čovjeka određuje kao odgovaranje na nagovor biti: čovjek je otvoren za bit i odgovara biti. Taj odnos odgovaranja jest »samo to«.

19  
Martin Heidegger, »Tehnika in preobrat«, u: *Izbrane razprave*, Cankarjeva založba, Ljubljana 1967., str. 340.

20  
M. Heidegger, »Tehnika in preobrat«, str. 330.

21  
Martin Heidegger, *Uvod v metafiziko*, Slovenska matica, Ljubljana 1995., str. 90.

22  
Martin Heidegger, »Znanost in osmislitev«, u: *Phainomena* 13/14, Ljubljana 1995., str. 22.

kriterije i izvesti još strože redukcije, poradi očuvanja svoje znanstvenosti. Pravni se pozitivizam tako pozicionira u to područje slabljenja biti: pozitivizam je samo jedan od načina spašavanja znanstvenosti. Stoga nije bit pozitivizma izdvajanje pitanja, kakvo pravo jest i kakvo bi trebalo biti, nego slijeđenje znanstveno operabilnih okolnosti, što naknadno i slučajno dovodi do odvajanja tih dvaju pitanja. *Odvajanje morala* tako je samo popratna posljedica, a ne rezultat načelno nihilističkog stava, po kom vlast ne treba mariti za moralnost svojih odluka. To je bitna razlika i ako hoćemo biti poštenu spram pozitivizma, moramo toga uvijek biti svjesni – pozitivizam nije teorija prihvaćanja pravilnog, pravednog učinkovitog prava, nego nauk o pojmu važećeg prava, koje je kao takvo na snazi.

Sa slovenskoga prevela  
**Mojca Rapo**

### Literatura:

Austin, John: »Rechtsnormen als Befehle des politischen Machthabers«, u: Norbert Hoerster (ur.), *Recht und Moral*, Philipp Reclam jun., Stuttgart 1987., str. 15–19.

Covell, Charles: *Defence of Natural Law*, St. Martin's Press, New York 1977.

Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1999

Heidegger, Martin: *Uvod v metafiziko*, Slovenska matica, Ljubljana 1995.

Heidegger, Martin: »Znanost in osmislitev«, u: *Phainomena*, 13/14, Ljubljana 1995., str. 12–13.

Heidegger, Martin: »Tehnika in preobrat«, u: *Izbrane razprave*, Cankarjeva založba, Ljubljana 1967., str. 319–382.

Höffe, Otfried: *Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1987.

Kelsen, Hans: »Die Rechtsordnung als hierarchisches System von Zwangsnormen«, u: Norbert Hoerster (ur.), *Recht und Moral*, Philipp Reclam jun., Stuttgart 1987., str. 20–41.

Spektorskiĳ, Evgenij Vasil'evič: *Zgodovina socialne filozofije*, zvezek I, Slovenska matica, Ljubljana 1932.

Strauss, Leo: *Naravno pravo in zgodovina*, ŠOU, Ljubljana 1999.

**Rok Svetlič**

**Ontologische Voraussetzungen zur Entstehung des Rechtspositivismus**

**Zusammenfassung**

*In diesem Aufsatz wird die weit verbreitete Schule der Rechtsphilosophie, nämlich das Rechtspositivismus dargestellt. In der populärsten Auslegung des Rechtspositivismus wird die Auseinandersetzung des Rechts und der Moral unterstrichen. Diese Auseinandersetzung fungiert in der Epoche der großen Besorgtheit für die Menschenrechte verständlicherweise als die Quelle der Abneigung gegen das Rechtspositivismus. Das Recht, das in letzter Instanz immer mit dem Zwang unterstützt ist, ist ein derartig delikates Instrument für die Eingriffe in den menschlichen Beziehungen, das es nicht von dem Diskurs über die Legitimation und Limitation der Staatsgewalt absolut abgesondert sein kann.*

*Andererseits ist aber der Rechtspositivismus die Lehre, die auch angesichts vieler Aufstiege ihren historischen Antagonisten, des Jusnaturalismus, immer wieder zur Geltung kam. Einige sprechen deswegen bereits über den »ewigen Wiederkehr des Positivismus«. Die Gründe für die Ausschließung der Moral aus dem rechtlichen Diskurs sind sehr komplex in reichen weit jenseits der Vorstellung über das A-moralismus oder Ignoranz der*

*Juristen. Die Gründe liegen im ontologischen Grund des neuzeitlichen Denkens. In diesem Aufsatz wird die Eingeflochtenheit des Positivismus in die ontologische Strukturen dargestellt.*

**Schlüsselwörter**

Rechtsphilosophie, Rechtspositivismus, Jusnaturalismus, Legitimation, Ontologie