

Ivan Glučina, mag. iuris
Master recherche, École des hautes études en sciences sociales
(Université Paris Ouest Nanterrei)

MICHEL TROPER I FRANCUSKI PRAVNI REALIZAM*

UDK: 340. 15

Pregledni rad

Primljeno: 1. 07. 2016.

Ime Michela Tropera nezaobilazna je referenca francuskih udžbenika ustavnog prava i teorije prava. Svoju akademsku karijeru započeo je tezom o teoriji diobe vlasti i na taj se način upisao u tradiciju pravnih znanstvenika koji su se posvetili izučavanju klasičnih ustavnih doktrina francuske provenijencije. Presudni utjecaj inovativnih Eisenmannovih teza o pomaku interesa znanstvene analize sa samih teorija na uvjete nastanka, pojavne oblike i funkcije istih, Tropera odvodi prema nanterrovskoj fazi u kojoj u središte njegova zanimanja dolazi opća teorija prava. U maniri svojega mentora, polazi od kelsenovske teorijske paradigme, u bitnom joj oponirajući odlukom o dovođenju do logičkog ekstrema postavki o tumačenju u pravu kojima bečki teoretičar ne stiže (ili ne želi) sagledati moguće implikacije. Prepoznavši svoj teorijski pothvat kao srodnika skandinavskog, američkog i, ponajviše, talijanskog pravnog realizma, Troper stvara vlastitu teoriju tumačenja u pravu (TRI) koja dolazi na glas kao radikalna. U drugoj, apologetskoj te nikad dovršenoj fazi konstruiranja cjelovite teorije tumačenja u pravu, Troper iznalazi teoriju pravnih prinuda (TCJ), kojom ima ambiciju ostati vjeran epistemološkim postulatima pozitivizma, ali istodobno ublažiti radikalnost svojih teza oslanjanjem na specifičnu vrstu kauzalnosti inherentnu pravnom sustavu i njegovim akterima.

Ključne riječi: *ustavnopravna povijest, realistička teorija tumačenja u pravu (TRI), teorija pravnih prinuda (TCJ), Kelsenova teorija tumačenja u pravu, francuski pravni realizam*

I. TROPER I USTAVNOPRAVNA ZNANOST - PONOVRNO OTKRIĆE USTAVNOPRAVNE POVLJESTI

Michel Troper rođen je u Parizu 1938. godine. U svojem je rodnom gradu stekao stupanj doktora prava 1963. godine, obranivši disertaciju o teoriji i praksi ideje diobe

vlasti u francuskoj ustavnoj povijesti,¹ pod mentorstvom Charlesa Eisenmanna.² Svoju nastavničku karijeru započeo je kao profesor prava na Sveučilištu u Rouenu, a 1978. godine prelazi na Sveučilište Paris X – Nanterre, gdje rukovodi Centrom za teoriju prava. Primarno područja njegova znanstvenoga interesa jesu javno pravo, filozofija prava i ustavna povijest, o čemu svjedoče bogati i na brojne svjetske jezike prevedeni naslovi.³

Temu diobe vlasti predložio mu je Eisenmann, koji je i sam napisao nekoliko zapaženih članaka o šestom poglavlju jedanaeste knjige Montesquieuova djela *O duhu zakona*, s izraženom ambicijom da dovede u pitanje rašireno vjerovanje prema kojem je klasik političke misli 18. stoljeća bio ujedno i rodonačelnik one ideje diobe vlasti koju su preuzeli i pronosili autori udžbenika ustavnog prava 19. stoljeća. Naime, suprotno od predodžbe o specijaliziranim i međusobno neovisnim vlastima koje (zahvaljujući činjenici posjedovanja navedenih dviju kvaliteta) formiraju uzajamnu protutežu i tako onemogućuju eksces moći, čini se da je Montesquieu u vidu imao negativno formuliranu zamisao prema kojoj bi bilo zabranjeno povjeriti čitavu moć jednom jedinom tijelu vlasti. Ni u kojem slučaju nije govorio o nekakvoj specijalizaciji tijela koja obnašaju vlast. Troper, pristajući uz Eisenmannove ideje, ipak smatra da je devetnaestostoljetno shvaćanje ideje diobe vlasti iznjedrilo mogućnost klasifikacije ustava, najprije prema onima koje su se (ili nisu) inspirirale Montesquieuovim idejama, a potom, unutar prve skupine, prema načinu na koje su te ideje tumačile i ostvarivale. Klasifikacija unutar montesquieuovske paradigme temeljila se prvenstveno na odredbama ustavnih tekstova koje su proglašavale potrebu uspostavljanja vlasti po uzoru na ideju o diobi vlasti. Troperova namjera, naslijeđena od elaborirane Eisenmannove intuicije i provedenog istraživanja, bila je

*Ovaj rad nastao je na temelju autorova završnog rada (*mémoire*) u sklopu mastera 2 *Théorie et analyse du droit*, izvedenog u suradnji Université Paris X Nanterre – La Défense, École des hautes études en sciences sociales i École normale supérieure, u akademskoj godini 2014./2015. Sam završni rad naslovljen je *Théoriser à coup de marteau. La pensée juridique de Michel Troper: une contextualisation* i, pod mentorstvom profesora Rainera Marije Kiesowa, obranjen 8. listopada 2015. godine na École des hautes études en sciences sociales u Parizu.

¹ Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 2^e édit. 1978.

² Charles Eisenmann (1903.-1980.) francuski je pravnik, poznat ponajprije po svojim doprinosima u području ustavnog i upravnog prava. Također, prevoditelj je značajnog dijela Kelsenova opusa na francuski jezik, autor koji uvodi čistu teoriju prava u francusku znanstvenu i stručnu zbilju, pokazujući se pritom sukcesivno kao njezin teorijski zagovornik, odnosno praktični oponent.

³ Za iscrpan i pregledan popis Troperove bibliografije upućujemo na intervju s autorom Joaquínom VARELOM SUANZES-CARPEGNOM, objavljen pod naslovom „La dimensión histórica del constitucionalismo. Entrevista a Michel Troper“, *Historia Constitucional*, núm. 7, septiembre, 2006., pp. 339-358, Universidad de Oviedo, Oviedo, España, a dostupan na web adresi <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/78/64> (16. svibnja 2016.).

ispitati umjesnost i korisnost postojećih klasifikacija na način da se istraži različiti smisao koji se pridaje izrazu „dioba vlasti“.⁴

Troper nastoji dokazati da se navedeni izraz u 18. stoljeću odnosio samo na Montesquieuovu negativno formuliranu ideju i kao takav jest sinonim za izraz „ustav“. Njegov je zaključak da tako shvaćen princip ne može služiti kao klasifikacijski kriterij jer ga, po definiciji, svi ustavi poštuju. S druge strane, u istom stoljeću svjedočimo dvama načinima raspodjele nadležnosti između različitih tijela vlasti. Prvi način bio bi ravnoteža vlasti u kojem vrhovnu vlast (zakonodavnu) obnaša više tijela od kojih jedno obnaša također i izvršnu funkciju (primjer su Velika Britanija, SAD, Francuska iz 1791.). Drugi je način onaj koji podrazumijeva pojavu specijalizacije organa, a time dovodi i do hijerarhizacije strukture vlasti (primjer su francuski ustavi iz 1793. i 1795. godine). Pozicija ovoga autora prema pitanjima iz njegove „ustavnopravne faze“ nije se u mnogočemu promijenila ni u njegovoj poznoj životnoj i profesionalnoj dobi. Ipak, ističe da bi nastavak istraživanja u ovome području mogao ići u smjeru bavljenja pitanjem uzroka pojave teorije o diobi vlasti u njezinom obliku iz 19. stoljeća, kao i načina na koji se danas promišlja dioba vlasti, a posebice u svjetlu suvremenih fenomena kao što su političke stranke i nove koncepcije uloge sudaca, pogotovo onih ustavnih sudova.⁵

Ono što nam može i treba poslužiti kao ključ za razumijevanje Troperovog uspješnog i plodonosnog kombiniranja dostignuća naizgled nekompatibilnih disciplina (ili, preciznije rečeno, teško usporedivih opsega i sadržaja predmeta proučavanja) kao što su ustavno pravo, ustavnopravna povijest i terija prava, jest svakako i način na koji sam autor vidi nužnost interdisciplinarnog dijaloga između navedenih metodologija i spoznajnih ambicija.⁶

Dva razloga nalažu suradnju pravne znanosti (koja se ograničava na analizu pozitivnog prava) i povijesne znanosti:

- (1) Ustavnopravna znanost za svoj predmet ima samo različite diskurse, ne može utvrditi je li država *doista* suverena ili je li suverenost *doista* nedjeljiva. Ograničena je na spoznaju treba li, ili ne treba, pravni sistem, da bi funkcionirao na željeni način, *pretpostaviti* da država uistinu jest suverena ili da je suverenost nedjeljiva. Drugim riječima, Troper nastoji identificirati i objasniti uvjete pod kojima se diskursi (koji su, podsjetimo se, jedini predmet ustavnopravne znanosti) pojavljuju, oblike pod kojima egzistiraju i funkcije koje obavljaju. Kontingentnost povijesnih

⁴ Ibid. pp. 344-345.

⁵ Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA, op. cit., p. 345.

⁶ Ibid., p. 346.

konfiguracija navodi na zaključak da se spomenuti uvjeti, oblici i funkcije mogu rekonstruirati isključivo uz pomoć povijesne (pravne) znanosti. Na pitanje o metodologiji povijesnopravne znanosti troperovskog tipa, možemo odgovoriti da bi se, sasvim sigurno, radilo o pozitivizmu vjernoj epistemologiji koja se ograničava na opisivanje i nastoji izbjeći izricanje bilo kakvih vrijednosnih sudova, interpolaciju anakronizama i pribjegavanje metodološkim sinkretizmima.

- (2) Ako se promotri način na koji su koncipirani klasični udžbenici ustavnog prava, stječe se dojam da je ustav rezultat racionalnog izbora ustavotvorca. Naprotiv takvom stavu, Troper smatra da se u znanosti ustavnog prava ne može razmišljati na način da uzmemo za polazište stvarno prisustvo mehanizama formiranih od prethodno postojećih elemenata (primjerice, diobe vlasti, nacionalne suverenosti, monarhističkog oblika vlasti itd.). Upravo suprotno, treba uzeti da elementi ne prethode sustavu, već da je sustav taj koji im pridaje značenje. Ne možemo u potpunosti shvatiti ni opisati ustavnopravne fenomene poput predstavništva ili diobe vlasti *izvan* sustava u okviru kojega se ove teorije konstituiraju. Troper se postavio sučelice tadašnjim tendencijama u francuskoj pravnoj i politološkoj znanosti koje su ustavnopravnu znanost smatrale prilično *straightforward* disciplinom, prakticiranje koje više priliči novinarima i političkim analitičarima nego znanstvenicima. Ustavno pravo je bilo percipirano više kao dio politike, a manje kao pravnoznanstvena disciplina. Sedamdesetih godina 20. stoljeća, Troper svjedoči obnovi zanimanja za ustavnopravna pitanja u francuskoj doktrini.⁷ Osnovna je ideja bila da se studentima najprije izlaže određena opća teorija države (deskripcija pojedinih dijelova mehanizma), a tek potom se prezentiraju i „režimi“, odnosno različite kombinacije koje mogu proizaći iz sastavljanja prethodno opisanih dijelova. Sve to izvedeno je na normativan način, uspoređujući prednosti i nedostatke pojedinih režima. Elementi o kojima ovakav pristup govori nisu ni u kojem slučaju standardizirani, već se razlikuju u vremenu (različite epohe) i prostoru (različite zemlje). Optika se obrće i prioritet standardiziranih elemenata prepušta mjesto prvobitnosti ustavnog sustava – u njemu i po njemu elementi zadobivaju prirodu i značenje.

⁷ Stručnjaci iz područja javnoga prava kao najvažniju granu percipirali su upravno pravo. Vanjski događaj koji je privukao njihovu pozornost bili su aktivnost i porast važnosti Ustavnog vijeća (Conseil constitutionnel). Posredovanje upravnoga prava pokazalo se kao veoma pozitivan doprinos, ne samo jer je Ustavno vijeće preuzelo rješenja, tehnike i inovativnost Državnog vijeća (Conseil d'État), već i zato što su profesori ustavnog prava transponirali upravno-pravne koncepte u kategorijalni aparat probudene ustavnopravne znanosti.

Što se, pak, tiče opravdanosti i korisnosti izučavanja filozofije prava, Troper polazi od uvjerenja u nužnost definiranja predmeta proučavanja i sukladnog izbora instrumenata analize. Pritom prvenstveno cilja na pitanje ispravnog epistemološkog odabira i elementarnog upoznavanja filozofije jezika. Vjeran strasti svoje zrele profesionalne dobi, općoj teriji prava, ističe važnost podučavanja ove discipline na onoj razini koja omogućuje usvajanje konceptualnih instrumenata za analizu prava i povijesti. Kao primjer uzajamne upućenosti ustavnopravne znanosti i teorije prava navodi očiglednu nemogućnost ispravnog i potpunog razumijevanja pojma ustava bez upoznavanja teorija kao što su one organa ili pravnog akta ili, pak, rizik nerazlikovanja pravnih odredbi i pravnih normi u slučaju izostanka prethodne prezentacije osnova teorije jezika. Podučavanje teorije prava za osnovni zadatak ima pružiti pravicima usvajanje intelektualnog oruđa za interpretaciju pravnog fenomena. Michel Troper skromno zaključuje da se inovativnost njegova pristupa sastojala u tome što je ozbiljno shvatio ustavno pravo i povezo ga s proučavanjem povijesti i s teorijom prava.⁸

II. TROPEROVA TEORIJA TUMAČENJA U PRAVU (TRI)

Što je tumačenje? Svjesni postojanja rizika pretjerano redukcionističkog pristupa prilikom pokušaja davanja konciznog i jednoznačnog odgovora na ovo pitanje, zadovoljimo se razlikovanjem dviju mogućih definicija spomenutog pojma: prema prvoj, tumačenje je aktivnost, operacija pripisivanja određenog značenja onome što predstavlja objekt tumačenja; prema drugoj, tumačenje bi bilo (i) rezultat prethodno opisane aktivnosti.

Teorija tumačenja može biti bilo preskriptivnog, bilo deskriptivnog karaktera. Predlagati rješenja, izlistavati pripisiva značenja pojedinih odredbi, stvaranje i klasifikacija metoda tumačenja – ništa od navedenoga ne pripada znanstvenom diskursu pravne znanosti kakvom je zamišlja i izgrađuje Michel Troper. TRI, vjerna empirističkim epistemološkim postulatima, odlučna u želji da utjelovi ideal *Wertfreiheit*, vidi sebe kao deskriptivnu teoriju. Razvijana i zagovarana od strane nevelikog broja pravnih teoretičara koje se običava svrstavati pod egidu „nanterreske škole teorije prava“, TRI svoju inkarnaciju pronalazi upravo u liku i djelu Michela Tropera. Budući da se od začetka nalazila pod udarom žestokih kritika i osporavanja, čini se da svoju znanstvenu opstojnost TRI duguje upravo imperativu trajnog reformuliranja svojih teza. Naravno, činjenica da Troperova teorija, unatoč periodičnim napadima zavidne argumentativne jačine i raznolikosti pozicija s kojih

⁸ Dénys de BÉCHILLON, Pierre BRUNET, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Eric MILLARD, „Entretien avec Michel Troper“ in: *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006., p. XLV.

kritika dolazi, nije izgubila na aktualnosti, svjedoči o fleksibilnosti pozicija koje zastupa i didaktičkoj vrijednosti koju TRI predstavlja kao nezaobilazna referentna točka prilikom svakog iole ozbiljnijeg pokušaja prezentacije i/li sistematizacije suvremenih teorija tumačenja u pravu.

Vremenski period kroz koji je nastajala (i još uvijek nastaje) TRI, iznosi nekoliko desetljeća, a Troperova sklonost da svoje životno djelo ne objavi u obliku jednog monumentalnog i iscrpnog sveska, uzrokuje određene probleme onima koji se požele upustiti u dubinsko upoznavanje autorova djela. Upravo zato, nalazimo korisnim poslužiti se prikazom konstitutivnih teza TRI, što ga je, povodom jedne od najslavnijih diskusija suvremene francuske teorije prava,⁹ priredio i iznio sam Michel Troper:

- a) Tumačenje u pravu jest pridavanje značenja tekstu.
- c) Pravni poredak pojedinim tumačenjima priznaje svojstvo tzv. autentičnog tumačenja.
- e) Iz prethodnoga proizlazi da je tumačenje u pravu produkt volje onoga koji tumači, a ne rezultat spoznavanja. Budući da su iskazi kojima se tumači preskriptivne, a ne deskriptivne prirode, oni ne mogu biti ni istiniti, ni neistiniti.
- h) Kako norme nisu ništa drugo nego značenja određenih iskaza, norme ne postavljaju tvorci iskaza koje se tumači, već autentični tumači. Prije tumačenja, iskazi su lišeni bilo kakvog značenja.
- j) Među norme koje na način opisan u prethodnoj točki stvaraju autentični tumači, spadaju i norme koje ustanovljavaju nadležnost tih istih tumača. Dakle, tumači su tvorci svoje vlastite nadležnosti.
- l) Pravna znanost različita od svojega objekta ne može za cilj imati spoznaju normi ili značenja, već samo spoznaju akata kojima su ta značenja pridavana, odnosno norme stvorene.
- n) Spomenuti akti su iskustvene pojave. Dakle, pravna znanost je empirička, iskustvena znanost.
- p) Tako određena pravna znanost razlikuje se od pravne dogmatike koja, pak, predstavlja pokušaj različitih pravnih aktera da nametnu i opravdaju vlastita preskriptivna značenja.

⁹ Michel TROPER, „ Réplique à Otto Pfersmann“, Revue Française de Droit Constitutionnel, 2002./2, n°50, p. 337.

- r) Zadaća pravne znanosti jest opisivanje i objašnjenje akata kojima se proizvode iskazi.
- t) Pravna znanost je specifična znanost jer, za razliku od drugih društvenih ili humanističkih znanosti koje akte iz prethodne točke objašnjavaju uzrocima koji su *izvan* pravnog sustava, ona ih objašnjava pozivajući se na prisile koje proizlaze *iz samoga* pravnoga sustava.

Ovaj svojevrsni manifest Troperove relističke teorije tumačenja u pravu nastao je kao rezultat stalnih i više ili manje uspješnih kritika na račun ideja izloženih u člancima kojima je postupno i sukcesivno TRI bila formirana. Bez ambicije da iscrno pristupimo svakoj od navedenih točaka, ovdje iznosimo primjedbe o nekima od zanimljivih teza.

O Troperovoj koncepciji teorije prava. Misija koju na sebe preuzima Michel Troper jest analizirati i pokazati na koji način doktrina, pravna znanost i pravnici uopće koriste „velike“ koncepte opće teorije prava. Kako bi osigurao „znanstvenost“ svojega pristupa, poseže za klasičnom pozitivističkom epistemologijom kad inzistira na konstrukciji pravne znanosti jasno odvojene od predmeta proučavanja. Vjeran postulatima analitičke filozofije (i pod odlučujućim utjecajem talijanskih teoretičara prava 50-ih, 60-ih i 70-ih godina 20. stoljeća), Troper uvodi još jednu razinu govora u pravu koju naziva *metateorijom* – po njegovu viđenju, radi se o deskriptivnom diskursu koji proučava povezanost teorija države i prava te (državnog) pravnog sustava. Opći zaključak koji iznosi zahvaljujući ovoj *metaperspektivi* mogli bismo nazvati raskidom sa shvaćanjem u kojem teorija služi jednostavnom opisivanju izvanjskog predmeta kakvo bi navodno trebalo biti pozitivno pravo: s jedne strane, pravni sustav funkcionira na način da se referira na teorije o sebi, po tim teorijama sebe „doživljava“ kao objektivnu datost, reproducira se i legitimira; s druge strane, teorije nastaju sukladno formama pravnog sustava koji opisuju. Troper smatra da ono što nazivamo pravom nije nekakav predmet odvojen od predodžbi koje o njemu imaju oni koji unutar tog prava djeluju. Pružiti vjeran opis prava ne znači ništa drugo nego opisati teorije koje upotrebljavaju pravni akteri i sustav prinuda koji uzrokuje nastanak tih teorija.¹⁰ Ako su velike pravne teorije (koje su iznjedrile jednako velike, ili možda čak i veće pravne koncepte poput suverenosti, diobe vlasti itd.) zapravo samo diskursi koje iznalaze pravnici kako bi opravdali strukturu pojedinog pravnog sustava, onda je jedina prava teorija prava zapravo metateorija koja za zadatak ima otkriti mehanizme koji pretvaraju izvršenje vlasti u pravne koncepte, odnosno razložiti pravnu argumentaciju koja je jedini vidljivi trag tih

¹⁰ Jean-Christophe LE COUSTOMER, „Michel Troper“ in Olivier CAYLA; Jean-Louis HALPERIN (Sous la direction), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2010., p. 580

neizmjenno heterogenih, suptilnih i za objašnjenje funkcioniranja pravnih sustava moderne države presudnih silnica moći.

O slobodi tumača i pokušaju izlaska iz paradigme kelsenovske teorije važenja. Ideja koju se često želi pripisati Troperovoj teoriji jest ona o potpunoj slobodi tumača koji u pridavanju značenja određenoj činjenici (npr. Iskazu) nije vezan ničim objektivnim, već postupa po vlastitoj volji. TRI se doista prezentira kao antiesencijalistička teorija par excellence kada tvrdi da je svaki tekst, prije tumačenja, nositelj više mogućih značenja. Za Tropera je tumačenje voljna aktivnost: kada pravnici koriste formule kao što su „Iz zakona proizlazi da...“ ili „Ustav obvezuje na...“, oni zapravo izražavaju (najčešće vrlo iskreno) svoju uvjerenost da je njihova aktivnost prevenstveno spoznajne, a ne voljne prirode, svoju odluku sebi i drugima prezentiraju kao rezultat primjene logičkih pravila i postupaka kojima dolaze do unaprijed postojećeg (ali dotada samo potencijalnog) ispravnog rješenja. Troper pravnu normu definira ne više kao supstrat koji se tumači, već kao rezultat tumačenja. Samo izbor određenog značenja, između ostalih prilikom primjene prava, može dovesti do toga da govorimo o pravnoj normi. Ono što Tropera privlači kod ovakvog načina definiranja tumačenja pravne norme jest i činjenica da se na ovaj način rješava potreba za Kelsenovom temeljnom normom. Naime, vrijednost (la validité) neke norme ne temelji se na višoj normi, već na procesu nastajanja nižih normi – validacijski proces ne kreće „od vrha prema dnu“ (kao u Kelsena), već „od dna prema vrhu“.¹¹

Očito je koliko je Troperu stalo da napusti kelsenovsku paradigmu iz koje potječe – oslanjanje na voljno naspram spoznajnog, suca naspram zakonodavca, *Sein* naspram *Sollen* treba prije svega promatrati kao metodološki pothvat kojim ovaj teoretičar radikalizira svoju tezu (TRI) kako bi je naknadno podvrgnuo rezervama, amandmanima i korekcijama (TCJ). Jedno je sigurno: teza o slobodi tumača je, bez obzira na svoju provokativnost i radikalnost, jedna od onih kojima je Troper privukao najviše pozornosti kritičara i stručne javnosti.

O razlikovanju pravne dogmatike i pravne znanosti. Troper ne prihvaća shvaćanje konstitutivnih teza svoje teorije prema kojemu iskazi koji se odnose na ustav, zakone ili druge kategorije općih i apstraktnih normi ne bi mogli ni u kojem slučaju imati određenu znanstvenu vrijednost, već bi mogli biti isključivo predmetom pravne dogmatike (koja sama po sebi predstavlja ideološki, a ne znanstveni diskurs), dok bi objekt pravne znanosti mogle biti samo odluke kojima se odlučuje u konkretnim slučajevima. Troper zagovara razlikovanja dvaju tipova iskaza koji se odnose na ustav, zakone itd.:

¹¹ Alexandre VIALA, Philosophie du droit, Paris, Ellipses Marketing, 2010., pp. 210-211.

1. Oni iskazi koji potječu od tijela primjene doista nemaju nikakve znanstvene vrijednosti. Razlog tome leži u činjenici što funkcija navedenih iskaza nije indikativne prirode, već preskriptivne, a to ih, pak, čini nepodesnima da budu istiniti ili neistiniti. Kada tijelo primjene iskazuje da ustav zahtijeva određeno ponašanje, to tijelo izražava odluku i na taj način postavlja normu. Takav iskaz nema znanstvene vrijednosti, ali ipak može biti predmetom znanosti koja za svrhu ima opisivanje normi. Kao što možemo iščitati iz Troperovih teza, ta i takva znanost jest ona koju on naziva „pravna znanost“, a ne „pravna dogmatika“ koja nije deskriptivna. Na istoj razini kao i ovako zamišljena pravna dogmatika nalaze se iskazi koje produciraju praktičari poput odvjetnika, branitelja ili pravnih savjetnika, a kojima ovi pravni akteri nastoje predložiti, nametnuti, sugerirati određeno značenje predmetnog iskaza ili izboriti rješavanje konkretne pravne situacije pozivanjem na određenu pravnu normu. Zajednička pravnodogmatskim i tzv. praktičarskim iskazima jest prisutnost vrednovanja, namjere izazivanja učinka kod adresata (da tijelo primjene određenom iskazu prida željeno, a ne neko drugo značenje). S druge strane, ovi iskazi ne mogu biti predmetom deskriptivne pravne znanosti iz jednostavnog razloga jer oni ne postavljaju normu.
2. Drugi tip iskaza jesu oni koji potječu od profesora prava te imaju indikativnu funkciju jer opisuju iskaze iz prve točke i mogu biti istiniti, odnosno neistiniti.

Jedna od osnovnih ambicija Troperove teorije jest, dakle, uspostaviti distinkciju između pravne dogmatike i pravne znanosti. Pravna dogmatika pretpostavlja usvajanje nekih polaznih predodžbi: da je zakonodavac racionalan, da iskazi sadrže nekakav smisao koji može biti otkriven, da je pravni sustav potpun (što bi značilo ili da pravni sustav nema praznina, odnosno antinomija ili da su takve anomalije otklonive uz pomoć određenih metoda, da se uz pomoć logike uvijek može naći norma primjenjiva na konkretni slučaj). Troper negira znanstvenost dogmatskog diskursa, ističući da on uvijek podrazumijeva unošenje vrijednosnih sudova i osobnih preferencija. Ipak, iako nije znanstven, ovakav diskurs nije nepoželjan, već neophodan za funkcioniranje pravnog sustava. Upravo djelatnost odvjetnika i profesora prava ospkrbljuje tijela primjene mogućim značenjima, obrazloženjima, moralnim i političkim legitimizacijama određenih odluka. Troper uvodi par: norma na snazi (*norme en vigueur*) i primjenjiva norma (*norme applicable*) upravo kako bi ilustrirao istodobnu strukturalnu jednakost (i jedni i drugi su iskazi) i ontološku nejednakost (jedni su postali supstrat norme time što je tijelo primjene

pridalo određeno značenje određenom iskazu, drugi su ostali na razini primjenjive, potencijalne norme) iskaza u pravu. Razlika je između pravne dogmatike i pravne znanosti i u predmetu i u metodi. Pravna znanost opisuje (metoda) normu na snazi (predmet), dočim pravna dogmatika preporučuje, zagovara, nameće (metoda) primjenjivu normu.¹² Dogmatika se ne zadovoljava pukim opisivanjem normi na snazi, već sebi za zadatak daje sistematiziranje pozitivnog prava. Teoremi kao što su jednakost, načelo jednakosti činidaba, načelo slobodne ocjene dokaza ili oficioznost kaznenog progona, konstrukti su pravne dogmatike koja je do njih došla sintetiziranjem i generalizacijom većeg broja normi na snazi ili opisom ideologije zakonodavca.

Kao što smo mogli vidjeti, norma se shvaća kao značenje iskaza. Pritom, opisati normu na snazi ne znači opisati akt stvaranja te norme, ni samoga iskaza čije je norma značenje, **već opisivanje akta kojim ovlašteno tijelo primjene pridaje tom iskazu određeno značenje**. Upravo se takav akt, koji stvara obvezu pridavanja određenog značenja određenom iskazu, naziva tumačenjem u pravu. Pravna znanost ostaje empirička znanost koja se ograničava na opisivanje iskustveno opazivih i provjerljivih činjenica kao što su akt pridavanja značenja određenom iskazu. U troperovskoj optici, ako što ćemo vidjeti u posljednjem poglavlju ovoga članka, pravna znanost ne opisuje samo rezultat tumačenja, već i proces koji je do toga rezultata doveo, tj. prinude koje su dovele do donošenja odluke.

III. TEORIJA PRAVNIH PRINUDA¹³ (TCJ)¹⁴

Nemoguće je raspravu o teoriji pravnih prinuda započeti bez isticanja njezine uloge u konstrukciji i potpori jedne šire, opće teorije prava koju se često, postupajući po načelu *pars pro toto*, naziva TRI.¹⁵ Često se govori i o aposteriornoj, ublažujućoj, svojevršnom teoretskom amandmanu nalik prirodi ove teorije koja za

¹² Michel TROPER, *La philosophie du droit* (troisième édition), Paris, PUF, 2013., pp. 61-63.

¹³ Nedoumica koja se može pojaviti prilikom prevođenja riječi „la contrainte“ na hrvatski jezik jest treba li prednost dati izrazu prisila ili prinuda. Budući da je prisila jedan od pojmova koji u teoriji prava, teoriji države i pravnoj dogmatici kaznenog i građanskog prava ima prilično ustaljeno značenje, odlučili smo se za izraz „prinuda“. Izbor nam se čini još opravdanijim kada ukažemo na dojam eksteriornosti izvora „prisile“, dočim je za TCJ karakteristična upravo konotacija ontološke „sive zone“ autonomnosti (prinude koje su plod stečenog pravničkog znanja, iskustva i mentaliteta), odnosno heteronomnosti (prinude koje proizlaze iz specifične konfiguracije pravnog sustava kao okoliša u kojem djeluje pravni akter) prinuda koje djeluju na pravnog aktera u procesu primjene prava.

¹⁴ Zadržavamo izvornu kraticu teorije (*la Théorie des Contraintes Juridiques*) jer se pod tom odrednicom javlja u francuskoj literaturi.

¹⁵ Naime, iako Troperova teorija tumačenja u pravu i njoj komplementarna teorija pravnih prinuda, uz teoriju pravne znanosti, čine jednakovrijedne dijelove jedne opće teorije prava, u doktrini se uobičajilo svrstati cjelokupnu Troperovu pravnu misao pod denominaciju relističke teorije tumačenja. Tako je TRI i simbolički postala najprominentiji dio troperovske teorijske konstrukcije.

glavni cilj ima deradikalizirati teze koje je Troper (presmiono?) iznio kroz TRI. Kako bismo na zadovoljavajući način smjestili TCJ u suvremeni teorijski kontekst, upotrijebit ćemo na ovom mjestu podjelu između teorija ispravnog rješenja i teorija koje se temelje na logici kauzalnosti.¹⁶ Dok je prva grupa teorija obilježena pristupom koji bismo mogli nazvati preskriptivnim, apriorističkim i orijentiranim prema percepciji argumentacije u pravu kao, u prvom redu, logičkom rasuđivanju, pristup koji preuzima i TCJ pokazuje se kao deskriptivan, točnije eksplikativan. Teorijska je ambicija lokalizirati i prokazati moguće (ne i nužne!) uzroke izvršenih izbora u pravu, ne nastojeći pritom donositi zaključke o učestalosti ili ispravnosti korištenih argumenata, već prvenstveno pokušavajući doznati zašto je u konkretnim situacijama nekom argumentu dana prednost pred drugima.

Argumentacija je aktivnost zajednička svim pravnicima. Nužnost argumentiranja proizlazi iz potrebe opravdanja određene odluke ili postojanja pojedinog instituta. Pravna znanost kakvom je zamišlja Michel Troper želi nadići ograničenja kelsenovske paradigme i steći sposobnost deskripcije argumentacije u pravu uz pomoć i posredstvom kauzalnog objašnjenja. U čemu se sastoji navodni uzmak što ga Troper poduzima kroz TCJ u odnosu na TRI? Autori koji razvijaju ovu teoriju¹⁷ govore o paradoksu kojim je obilježen njihov naum: unatoč zaključcima o potpunoj slobodi tumača/tijela primjene, a koji zaključci proizlaze iz iščitavanja teza b) i c) „Troperovog manifesta“, svjedoci smo da suci (uzeti kao personifikacija ovlaštenog tumača) definitivno ne postupaju arbitrarno i itekako se osjećaju „vezanima pravom“. Prihvaćaju svoju ulogu „plesu u lancima“ i zadovoljavaju se ostati u granicama razumnoga. Na taj način, radikalnost teza koje nam je predstavila TRI ublažena je do te mjere da se umjesnim čini postavljanje pitanja njezine svrsishodnosti, čak i stupnja ozbiljnosti.

I opet, ispostavlja se da je najdostojniji način odavanja priznanja svojem učitelju posumnjati u njegove riječi. Čini se da Hans Kelsen ipak nije vjerovao u mogućnost pravne znanosti na temelju kauzalnosti. S jedne se strane nalaze prirodne znanosti koje se temelje na kauzalnosti, a svijet opisuju stavljajući u vezu uzroke i posljedice. Ako je predmet jedne takve znanosti ljudsko ponašanje, onda govorimo o društvenoj znanosti. S druge strane nalaze se normative znanosti koje svojem predmetu prilaze na jedan drugačiji način koji Kelsen naziva imputacija ili uračunavanje (shematski prikaz uračunavanja glasi: ako A jest, onda treba B), dočim se relacija kauzalnosti ne nalazi u prirodi samoj, već je datost našeg načina

¹⁶ Éric, MILLARD, „Les contraintes entre ressources stratégiques et théorie de la régularité“, *Droits, L'argumentation des juristes et ses contraintes*/2, n° 55, p. 23.

¹⁷ Uz samoga Tropera, tu su i njegovi suradnici Christophe Grzegorzcyk i Véronique Champeil-Desplats. Temeljno djelo za upoznavanje ove teorije jest zbirka apologetskih i kritičkih tekstova o potrebnosti, osnovanosti i doradenosti iste. Cf. Michel TROPER; Véronique CHAMPEIL-DESPLATS; Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théories des contraintes juridiques*, Paris-Bruxelles, LGDJ, Bruylant.

razmišljanja koji nam omogućuje da pridamo značenje svijetu koji nas okružuje, imputacija je inherentna predmetu normativne znanosti (u našem slučaju, normativna znanost je pravna znanost, a njezin predmet je pozitivno pravo). Troper smatra da je moguće ustrojiti pravnu znanost po načelu kauzalnosti čiji bi temeljni zadatak bio lociranje i objašnjenje specifično pravnih uzroka koji proizlaze iz konfiguracije pravnog sustava u trenutku donošenja odluke.

Pitanje kauzalnosti postaje od središnje važnosti za opstojnost TCJ-a. Inovacija koju unosi Troper u diskusiju o epistemološkom statusu pravne znanosti iznenađuje svojom transdisciplinarnom inspiracijom. Posuđujući od povijesne znanosti (društvene znanosti čija je borba za priznavanjem znanstvenosti duža i mukotrpnija od borbe pravne znanosti), Troper začinje dijalog koji daje nadu da je zamisliv jedan drugi oblik „znanstvenosti“ za pravnu znanost. Uzima ideju **retrodikcije** čuvenoga francuskoga povjesničara Paula Veynea, iznesenu u djelu o epistemologiji povijesne znanosti,¹⁸ i implementira je na polju prava. Veyne razlikuje jaku kauzalnost, koja se sastoji od pripisivanja određene činjenice točno određenom uzroku, od one koju naziva slabom, a za koju smatra da počiva na nekoj vrsti pseudokauzalnosti i, više od istinitosti, teži idealu uvjerljivosti. Na primjer, određene pojave iz prošlosti, uslijed pomanjkanja svih potrebnih činjenica o kvantiteti i kvaliteti sudjelujućih faktora, nikad ne mogu biti objašnjene s potpunom izvjesnošću – o njima možemo jedni drugima *ex post facto* samo ispriповjediti više ili manje uvjerljivu priču koja će zadovoljiti našu potrebu za shvaćanjem određenog slijeda događaja kojemu izravno ne svjedočimo. Upravo je produkcija takvih „predviđanja u prošlosti“ ono što Veyne naziva retrodikcijom i što čini jednu od najvažnijih zadaća povjesničara.

Troper vidi zadaću pravnog znanstvenika kao srodnu onoj Veynovog povjesničara: smatra da to što je pravni akter izložen pravnim prinudama ne znači i da je obvezan postupiti kako proizlazi iz prinude, već samo da se, vodeći računa o vlastitoj pravnoj situaciji, određena odluka čini racionalnijom, uvjerljivijom od drugih.¹⁹ Primarni učinak postojanja pravnih prinuda jest redukcija mogućih izbora na raspolaganju akterima koji ne samo pasivno koegzistiraju, već se po prirodi stvari nalaze u interakciji. Svaki od tih aktera posjeduje određenu kvalitetu i kvantitetu moći i svaki se „uzima za ozbiljno“, želi zadržati svoj status i biti u situaciji moći opravdati svoj izbor pred drugim akterima i izvanjskim sudionicima. Troper poseže za izradom model-mentaliteta kojemu daje ime *homo juridicus*, želeći na taj način stvoriti standard ponašanja razumnog pravnog aktera na kojeg

¹⁸ Paul VEYNE, *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, 1979.

¹⁹ Na ovom mjestu možemo primijetiti da je ambicija troperovskog realizma u pogledu cilja pravne znanosti kudikamo skromnija od zagovarane hiperinterdisciplinarnosti američkog realizma (koji u svojoj sveobuhvatnosti ide do ispitivanja gastronomskih sklonosti konkretnog suca kako bi predvidio odluku koju će ovaj donijeti) te od imperativa prediktivnosti skandinavskog realizma (u varijanti koju predstavlja Alf Ross).

djeluju pravne prinude. Homo juridicus ne utjelovljuje samo jednu specifičnu racionalnost (onu pravnu), već je u prvom redu opskrbljen određenom „voljom za život“,²⁰ nastojanjem za svojim institucionalnim održanjem koje se nalazi u pozadini njegovih akcija i reakcija. Formula njegova opstanka jest *izabрати adekvatna sredstva za postizanje željenog cilja*. Nemoguće je odoljeti usporedbi Troperovog homo juridicusa s drugom čuvenom personifikacijom teorije prava – Dworkinovima sućem Herculesom²¹ koji raspolaže savršenim poznavanjem pravnog sustava i na taj način „uvijek iznova dopisuje priču prava“. Ipak, ideja o homo juridicusu Troperu i suradnicima je došla iz ekonomskih znanosti. Jedna od primjedbi koju im zbog toga upućuju kritičari jest da za razliku od ekonomije koja legitimno rasuđuje apstrahirajući od velikih brojeva i veličina, TCJ (koji je, po prirodi stvari, upućen na velik, ali ipak ograničen broj pravnih varijabli) ne smije sebi priuštiti luksuz ignoriranja osobnosti konkretnoga aktera. Ali, priznati utemeljenost ovoga prigovora, značilo bi povratak na teorije američkih realista i priznavanje zanemarive metodološke vrijednosti troperovske kauzalne znanosti *in spe*.

Za kraj izlaganja o TCJ-u, recimo još nešto o samoj prirodi pravnih prinuda. Pobornici ove teorije priznaju postojanje i važnost *nepravni*h prinuda. Ipak, prepuštajući tu problematiku drugim znanostima (poput psihologije, sociologije, politologije itd.), ni sami ne znaju što je zapravo ono što im preostaje kao predmet njihove znanosti. Sama činjenica da su pravne prinude najlakše definirane negativnim putem govori o problemu koji se postavlja pred Tropera i suradnike. Njihov pokušaj davanja pozitivne, opipljive definicije glasi otprilike ovako: pravne prinude su situacijske činjenice²² koje proizlaze iz specifične strukture određenog pravnog sustava u određenom vremenskom trenutku, a koje upućuju aktera da, iako ontološki slobodan, djeluje po nužnosti na koju ga upućuju prinude. Politički vjerojatno najintragantnije, ali istodobno i argumentacijski „najnategnutije“ stranice Troperovog opusa odnose se na pokušaj ilustracije teorije pravnih prinuda u kojima uzima konkretne primjere iz francuske ustavnosudske prakse povodom prijepornih političkih i pravnih datuma Pete Republike i nastoji objasniti kako su rješenja bila

²⁰ Povucimo ovu filozofsku paralelu do kraja: gdje nalazimo volju za život, nalazimo i volju za moć (i uvećanje te moći).

²¹ Teško je sjetiti se pravnog teoretičara u odnosu na kojeg bi se Troper nalazio na „suprotnijoj“ strani od Ronalda Dworkina. Ilustracija te dijametralnosti najbolje je vidljiva u Troperovom članku u kojem oštro kritizira i Dworkinovu opću teoriju prava i njegovu koncepciju pravne znanosti. Cf. Michel TROPER, „Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin“, *Droit et Société*, 2-1986.

²² Uvijek se inzistira na tome da su prinude činjenice, a ne obveze, što bi upućivalo da proizlaze iz normi. Brojni su kritičari inzistirali na ovoj točki kao nedorečenoj ili suprotnoj koncepciji pravne norme koju usvaja TRI.

uvjetovana određenim prinudama, razotkrivanje kojih retrospektivno omogućava rekonstrukciju mehanizma odlučivanja u pravu.²³

IV. TROPER VS KELSEN – IZMEĐU VJEČNE INSPIRACIJE I INTELEKTUALNOG PATRICIDA

Odnos Michela Tropera prema intelektualnoj ostavštini Hansa Kelsena jest ambivaletan. Kelsen, u posljednjoj fazi svoje karijere (poslije 1960. godine i objavljivanja drugoga izdanja *Čiste teorije prava*) koketira sa stajalištima pravnoga realizma, a sve u nastojanju da stvori teoriju tumačenja u pravu. Posvetivši svega desetak stranica spomenutoga djela pitanju tumačenja, Kelsen je stvorio pretpostavke da teoretski okvir koji je postavio postane preuzak za različite razvojne pravce koji od njega polaze, a rijetko unutar njega i ostaju.

Središnji pojam Kelsenove teorije tumačenja u pravu je zasigurno „okvir mogućih značenja“. Ono što bečki teoretičar naziva „znanstvenim tumačenjem“ sastojalo bi se u utvrđivanju mogućih značenja određenog teksta, preciznije rečeno iskaza. Nakon ove „pripreme“ faze, uslijedilo bi „autentično tumačenje“ koje, u Kelsenovoj terminologiji,²⁴ predstavlja *izbor* (koji obavlja za to ovlašteni organ) između prethodno utvrđenih mogućih značenja. Okvir se pokazuje prvenstveno kao polazišna točka, zatim prepreka samovolji ovlaštenoga tumača te, naposljetku, kao moment objektivnosti do kojega dolazimo spoznajom, anticipiranjem njegova postojanja i otkrivanjem dragocjenoga sadržaja.²⁵

Troper preuzima Kelsenovu definiciju pravne norme, ali odlučujući naglasak stavlja na moment *volje tumača*. Ono što nazivamo tekstom (ili iskazom) jasno se razlikuje od pravne norme. Tekst nije norma, već činjenica. Normativnost proizlazi iz tumačenja tih činjenica, a ta tumačenja daju autentični tumači. Epitomizacija takvih ovlaštenih, autentičnih tumača su, naravno, suci. Troper ne pristaje na Kelsenovu ideju da tekstovi koje „postavlja“ ljudska volja mogu ikad postati pravne norme. Na

²³ Michel TROPER, „Argumentation et explication“, *Droits: L'argumentation des juristes et ses contraintes*/1, n°54, 2013.

²⁴ U terminologiji klasične pravne znanosti i pravne dogmatike autentično tumačenje predstavljalo bi tumačenje koje daje sam autor teksta. Logika ovog instituta je dvojaka: najprije, autor bi trebao sam najbolje poznavati „pravi“ smisao svojega teksta; također, ovlaštenje za tumačenje ujedno je i jamstvo da neki drugi organ neće oteći vlast dodijeljenu autoru (npr. ovlastiti neki drugi organ, a ne zakonodavca, da autentično tumači zakon značilo bi, suprotno načelu trodiobe vlasti, prepustiti tom organu zakonodavnu vlast).

²⁵ Zastanemo li na trenutak s ovim kratkim prikazom Kelsenove teorije tumačenja, primijetit ćemo da pozicija oca čiste teorije prava predstavlja savršen ekvilibrij između Scile i Haribde teorije prava ili, rečeno ovaj put hartovskom metaforom, „noćne more“ radikalnog pravnog realizma prema kojem je gospodar značenja onaj koji tekst autoritativno primjenjuje u konkretnom slučaju, a ne autor toga istoga teksta koji ostaje vječito odsutan, uljuljan u uvjerenju da se prije ili poslije neće probuditi iz svojega „plemenitog sna“.

taj način, Troper iznalazi vlastiti koncept pravne valjanosti prema kojem norma ne stječe ovu kvalitetu temeljeći se na višoj normi, već iz procesa formiranja odluke autentičnog tumača. Čest prigovor ovakvom stavu je da, odbacujući objektivnost Kelsenovog pristupa, Troper čini suvišnim sam pojam pravne norme i svodi pravo na međusobno nepovezan skup činjenica, autentičnih tumača i njihovih odluka.

Kelsenovo „autentično tumačenje“ je, na kraju krajeva, odluka koja dovršava daljnju diskusiju (upravo je ta odluka ono što razlikuje tumačenje u pravu od književne ili glazbene interpretacije). Troper iz navedenoga zaključuje da do tumačenja u pravu dolazi ne samo onda kada je tekst nejasan, nego *prilikom svake primjene prava*. Za ovu tezu nudi dva argumenta: prvo, kako bismo zaključili da je neki tekst jasan, prethodno mu treba utvrditi značenje, što znači protumačiti ga. Ideja prema kojoj nema potrebe za tumačenjem naočigled jasnog teksta služila bi samo za prikrivanje moći tumača. Drugo, čak i kad je tekst nejasan, tumač raspolaže moći pridati tekstu značenje koje postaje jedino značenje koje pravo zanima.

Što se tiče pravnih praznina i antinomija, Troper smatra da je slučaj jednak onome s nejasnim tesktom: kako bi tumač mogao ustvrditi da tekst sadrži praznine ili antinomije, potrebno je najprije taj isti tekst protumačiti. To prethodno tumačenje koje bi ustanovilo da tekst sadrži praznine ili antinomije bilo bi također odluka da se tekst smatra lakunoznim ili antinomičnim, a to bi vodilo do daljnje odluke o njegovu „autentičnom“, pravnom značenju.

Troper zaključuje da ne postoji drugo značenje osim onoga što ga pridaje ovlašteni tumač, *bez obzira na sadržaj toga značenja*. Znači li ovakav stav da je tumač, u Troperovoj koncepciji tumačenja u pravu, potpuno slobodan? Istina je da se većina teorijskog rada ovoga autora svodi na pobijanje ideje prema kojemu akteri procesa primjene prava djeluju po nužnosti nekakvog impersonalnog, objektivnog sustava. TRI je prvenstveno reakcija protiv uvjerenja o prethodnom postojanju norme koju jednostavno treba pronaći i mehanički primijeniti na utvrđeno činjenično stanje. Antiesencijalistički stav Troperove teorije tumačenja u pravu vidljiv je iz njegova uvjerenja da je svaki tekst neodređen i, kao takav, nositelj više (a zašto ne reći i neograničenog broja) značenja.

Iako čini tumača apsolutnim gospodarom sadržaja koji će pripisati određenom iskazu, Troper zadržava Merkl-Kelsenovu ideju o dinamičnosti ustroja pravnoga poretka, ustvrdivši da i sama vrijednost pripisana tekstu unutar hijerarhije normi ovisi isključivo o volji tumača. Ideja o hijerarhiziranom ustroju pravnog sustava gubi svoj prvotni smisao i postaje inherentna diskursku tumača koji je koristi kao argument nametanja jednoga značenja drugome. Primjerice, ustav ili zakon nisu *per se* sadržajno superiorni unutar pravnoga porteka, već se njihova „superiornost“ uvijek nanovo utvrđuje ili se utvrđuje svaki put kada tako učini autentični tumač.

Ovime Troper zalazi u granično područje teorije prava, ustavnog prava i teorije demokracije, postavljajući tezu prema kojoj tumač (sudac) postaje kolegislator koji ne samo da stvara pravnu normu, nego joj određuje i rang.

Pierre Brunet smatra da Kelsen griješi kada uvodi homonimiju između dviju aktivnosti koje treba jasno razlikovati.²⁶ Radi se, naime, o (ne)razlikovanju pojmova znanstvenog i autentičnog tumačenja. Između njih ne postoji nikakva veza jer ne postoji nikakva norma koja organe primjene sprečava svojstvo norme pridati značenju do kojega ne možemo doći onom metodom koju nazivamo znanstvenim tumačenjem. Problem koji Kelsen anticipira, ali za koji ne nudi nikakvo rješenje, jest upravo onaj koji čini zaglavni kamen Troperove TRI: *što ako organ primjene „izade“ izvan okvira koji mu sugerira znanstveno tumačenje?*

Utječe li spomenuti „izlazak“ iz okvira mogućih značenja na valjanost tako nastale norme? Došli smo do točke u kojoj možemo ustvrditi da Troperova teorijska inspiracija počiva u dovođenju do radikalnih posljedica jedne Kelsenove intuicije.

V. FRANCUSKI PRAVNI REALIZAM – POKUŠAJ KONTEKSTUALIZACIJE

Summa divisio teorije prava dobro je poznata: teorije dijelimo prema njihovoj pripadnosti jednom od vječnih tabora, prirodnopravnom ili pozitivističkom. Ipak, 20. stoljeće svjedočilo je pojavi prilično heterogene skupine pokreta koje, naočigled, ne povezuje mnogo više od samoga imena. Zagovornici novih ideja suprotstavili su se kako metafizici pristupa jusnaturalista, tako i pseudoznanstvenom diskursu onih koji su sebe nazivali pozitivistima. Nova snaga koja se pojavila u prvoj polovici prošloga stoljeća na europskom i sjevernoameričkom kontinentu dobila je generičko ime pravni realizam. Mauro Barberis predlaže tri kriterija za identifikaciju određenog pravnoteorijskoga *mindseta*.²⁷ Pogledajmo kako se ti kriteriji primjenjuju u slučaju realizma Troperovog tipa:²⁸

- a) *Odvojenost prava i morala*: prema realistima, pravo i moral nisu samo odvojivi – oni su jednostavno odvojeni. Pravo se odnosi na objektivne činjenice, dok je moral produkt subjektivnih vrijednosti. Svako je vrednovanje izraz emotivnih težnji, sklonosti, potreba onoga koji vrednuje.

²⁶ Pierre BRUNET, „Interprétation normative et structure du système juridique“, pp. 29-30.

²⁷ Mauro BARBERIS, „Diritto e morale: la discussione odierna“, *Revus* n°16, 2011., p. 63.

²⁸ *Ibidem*, pp. 76-79.

- c) *Etički subjektivizam*: dok su za pozitiviste vrijednosni sudovi samo subjektivni, za realiste, kako bismo se uopće mogli usuditi govoriti o znanstvenosti pristupa, nužno je eliminirati bilo kakav oblik vrijednosnog suda iz diskursa.
- f) *Interpretativni skepticizam*: svaki slučaj ima više rješenja, a svaka pravna odredba više značenja. Kao što možemo zaključiti, upravo nam ovaj posljednji, treći kriterij omogućuje jasno razlikovanje između pravnog realizma i pozitivizma. U okviru ove distinkcije dalje razlikujemo umjerenu inačicu (nju prihvaća većina teoretičara; tu prepoznamo i tzv. mješovitu teoriju koju zagovara i H.L.A. Hart) te radikalnu inačicu (tumačenje je praktički izjednačeno sa stvaranjem prava; upravo na ovu poziciju se smješta TRI).

Kako bismo dodatno ilustrirali prethodnu točku i bolje odredili položaj realista naspram njihovih konkurenata, oslonimo se na još jedan pokušaj klasifikacije koji nam vjerno predočava ambiciju realista da artikuliraju svestranu kritiku postojećih teorija. U tu svrhu iznosimo najprije skup negativno, a zatim i skup pozitivno formuliranih teza koje bi nam trebale približiti prirodu pravnog realizma. U prvoj skupini, tako, pronalazimo:

- 1) odlučno odbacivanje interpretativnog formalizma (kao proklamirano dominantnog oblika pravnog rasuđivanja, prvenstveno u inačici poznatoj pod, pomalo pejorativnom, denominacijom *mechanical jurisprudence*)
- 2) prokazivanje prirodnopravnim reliktima i borbu protiv svakog oblika „metafizike“
- 3) kritiku normativizma u ime jedne nove epistemologije.

Reaktivna priroda realizma vidljiva je iz iščitavanja njegovih pozitivno formuliranih konstitutivnih teza:

- 4) efikasnost kao kriterij pravnosti
- 5) pravo kao proizvod aktivnosti pravnih aktera (pritom realisti uzimaju suca kao središnju figuru pravnog fenomena uopće)
- 6) zastupanje ideje nužnosti postojanja empiričkog predmeta kao predmeta pravne znanosti dostojne tog imena.

Jedan od čestih prigovora upućenih na račun TRI jest i opravdanost nazivanja ove teorije realističkom. Troper koristi ovaj pridjev u onom smislu riječi koji poznajemo iz izraza kao što su književnost realizma, realističko slikarstvo ili kinematografija.²⁹ Upravo je realizam generički naziv za pravce koji proklamiraju ovakvu ambiciju.

VI. POZITIVIZAM, NORMATIVIZAM, REALIZAM – TROPEROVA RAŠČLAMBA³⁰

Usvajajući slavnu Bobbijevu trojaku distinkciju pojma „pravni pozitivizam“ (pozitivizam najprije kao *konceptija pravne znanosti*, zatim kao *teorija prava*, konačno kao *ideologija*), Troper preuzima kategorijalni aparat talijanske analitičke škole, ali pronalazi i mjesto svoje teorije u okrilju realističkog korpusa pravnih teorija. Kao što je poznato, Bobbio razlikuje ova tri aspekta pozitivizma, ali ne zagovara postojanje nužne veze između njih. Drugim riječima, autor koji usvoji pozitivističku koncepciju pravne znanosti, može, ali ne mora usvojiti i pozitivističku ideologiju ili konstruirati svoju teoriju prava kao pozitivističku.

Pozitivistička koncepcija pravne znanosti podrazumijeva uvjerenje o mogućnosti i poželjnosti stvaranja istinske pravne znanosti, po uzoru na prirodne znanosti. Ova ambicija nalagala bi razlikovanje između znanosti i njezina predmeta (u našem slučaju, između pravne znanosti i prava). Nadalje, pravna znanost trebala bi se ograničiti na *opisivanje* tog njoj izvanjskog predmeta koji je pravo, ne donoseći pritom vrijednosne sudove (aksiološka neutralnost) o svojem predmetu. Konačno, pozitivisti zaključuju da predmet tako koncipirane pravne znanosti može biti samo pozitivno pravo, odnosno ono pravo koje je „postavila“ politička vlast, a ne i prirodno pravo i/li moral.

Upravo zahvaljujući ovom aspektu pravnog pozitivizma, Troper razlikuje njegove dvije varijante: normativizam i realizam. Dok s jedne strane normativizam nastoji stvoriti pravnu znanost po uzoru na empiričke znanosti, ali za predmet te znanosti uzima predmet koji nije empirički, odnosno, *pravne norme*, realizam, s druge strane, uzima za zadatak svesti pravo na skup činjenica (ponašanje sudaca) i tako otvoriti mogućnost stvaranja empiričke pravne znanosti.

Interpretativni formalizam i Troper. Interpretativni je formalizam bio crvena krpa za većinu teoretičara 20. stoljeća. Radi se, sasvim sigurno, o jednom od

²⁹ Dakle, radi se o tome da se istakne namjera neuljepšanog, ako hoćemo, naturalističkog prikaza oblika pod kojim se pravno iskustvo prikazuje svojim akterima. Pravo se ne želi opisivati kao fenomen očitovanja vrijednosti pravednosti ili puku logičku primjenu objektivno postojećih i prethodno otkrivenih pravila.

³⁰ Michel TROPER, *La philosophie du droit* (troisième édition), op. cit., pp. 19-21.

najkorištenijih pojmova u teoriji prava uopće. Ta, terminološki često neopravdana, prekomjerna upotreba ovoga pojma uzrok je današnje situacije u kojoj je pojam gotovo izgubio vezu sa stvarnosti, ali zadržao je izrazito negativnu konotaciju. Véronique Champeil-Desplats navodi čak sedam različitih značenja ovoga pojma, pridonoseći tako discipliniranju zbrke nastale uslijed teorijske zloupotrebe.³¹ Bobbijeovski rečeno, klasične teze (prema kojima bi tumačenje u pravu predstavljalo logičko-mehaničku aktivnost čiji je zadatak otkrivanje unaprijed postojećeg rješenja koje je sadržano u okviru potpunog i koherentnog pravnog sustava) nisu preživjele ni praktična ni teorijska osporavanja s najrazličitijih pozicija. TRI je epitomizirani antiformalizam.

Slijedeći analizu Maura Barberisa, proizlazi da je Michel Troper jedan od rijetkih teoretičara koji je ostao vjeran skepticističkim pozicijama unutar diskusije o prirodi tumačenja u pravu. Odolijevajući sirenskom zovu tzv. mješovitih teorija tumačenja, Troper se našao na udaru kritičara koji ne propuštaju ukazati na radikalnost i pretjeranost njegovih teza. Bilo kako bilo, teorije koje su proizašle iz kompromisa između skepticizma i mješovitih teorija često rezultiraju umrtvljivanjem potencijala diskusije. Umjereni realizam može osigurati određeni polemički spokoj, ali upravo radikalnost, štoviše, marginalnost Troperove teorije podsjeća na metodološku potrebu da se prihvatljivost jedne teorije najbolje testira dovođenjem njoj inherentne logike do ekstrema. Kelsenovska definicija norme iz ovoga razdoblja postala je općim mjestom teorije prava: norma je objektivno značenje određenog voljnog akta. Kroz troperovsku optiku, norma je svedena na akt volje onoga koji je postavlja.

ZAKLJUČAK

Kada sebi damo za zadatak predstaviti autora kao što je Michel Troper, osuđeni smo da puno toga započnemo, a malo dovršimo. Ipak, nadamo se da smo iznošenjem nekih od njegovih najintrigantnijih teza kao i evociranjem različitih tema kojih se dotakao i u kojima je značajno pridonio, barem pobudili zanimanje za djelo ovoga „zaživotnoga“ klasika francuske teorije prava. Radikalnošću, ponekad i provokativnošću svojih teza, TRI se pokazuje kao didaktički izuzetno plodna teorija: ako kritike na njezin račun dolaze sa gotovo svih relevantnih teorijskih pozicija, onda je zasigurno taknula barem u neke neuralgične točke teorije prava. Kontekstualno iščitavanje francuske ustavne povijesti, polemika s Kelsenovom³²

³¹ Cf. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014., pp. 47-49.

³² U svim njegovim životnim i teorijskim fazama, a navlastito njegova kasna faza u vidu teorije tumačenja u pravu koja će se neznatnim obujmom i nesagledivim implikacijama pokazati, svojevrsna je

pravnom ostavštinom i poimanje tumačenja kao gotovo isključivog voljnog akta bile bi tri najznačajnije odrednice Troperovog znanstvenog habitusa.

Zaključimo priču o Michelu Troperu evociranjem jedne zanimljive paralele koju dugujemo Philippeu Raynaudau i njegovoj ideji o velikoj dihotomiji u engleskoj (ali i svjetskoj) filozofiji prava.³³ S jedne strane imamo subjektivističku, voluntarističku tradiciju što je začinje Thomas Hobbes koji smatra da *istinu u pravu* određuje onaj koji ima vlast određivanja značenja tog prava *auctoritas non veritas facit legem*). Na suprotnom, objektivističkom stajalište nalazio bi se sir Edward Coke, klasični teoretičar Common La-a i uvjerenje u postojanje *jednog ispravnog rješenja* koue sudac, raspolažući pravnim znanjem i obdaren specifičnim pravničkim, *artificijelnim* razumom, otkriva u konkretnom slučaju. Vječna diskusija filozofije prava, bez obzira na to nalazi li se na suprotstavljenim stranama Hobbes i Coke ili Troper i Dworkin.

MICHEL TROPER AND THE FRENCH LEGAL REALISM

The name of Michel Troper has become an inevitable reference in constitutional law and legal theory textbooks. This author kick-started his academic career with a thesis on a subject of separation of powers, thus prolonging the tradition of numerous French legal scholars, namely, that of providing contemporary discernment of French classical constitutional doctrines. Charles Eisenmann innovative views on the necessity of displacing attention from the theories and to the process of emergence, forms and functioning of those theories have had a decisive influence on Troper's scientific development. His Nanterre period is when general legal theory becomes of his primary interest. In the same manner as his mentor before him, Troper perceives Kelsen's theoretical paradigm as a starting point and engages in a polemical dialogue with the ideas of the Viennese jurist, deciding to push his somewhat rudimentary theory of interpretation of law to its extreme consequences. Affiliating his theoretical enterprise to movements and schools of thought such as American, Scandinavian and, primarily, Italian legal realism, Troper elaborates his own theory of interpretation of law (TRI) which will promptly become notorious for its alleged radicality. In the subsequent period of his career, Troper introduces the theory of legal constraints (TCJ), destined to enable him to preserve his loyalty to positivist epistemology while striving to amend the radicality of the TRI by mobilising the concept of a specific causality supposedly inherent both to the legal system and the legal agents' mindset.

Key words: *constitutional history, realist theory of interpretation of law (TRI), theory of legal constraints (TCJ), Kelsen's theory of interpretation of law, French legal realism*

znanstvena oporuka u kojoj je Michel Troper zaslužio biti prepozat kao jedan od imenovanih nasljednika. Uostalom, održavajući neprestan kritički dijalog s idejama bečkog teoretičara, Troper je pridonio očuvanju aktualnosti njegova mita i u Francuskoj.

³³ Philippe RAYNAUD, „Philosophie de Michel Troper“, Droits: Michel Troper, n° 37, Paris, Presses universitaires de France, 2003., pp. 7-11.