

Prof. dr. sc. Dalibor Čepulo,
Poslijediplomski studij Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu
Izborni predmet Osnove pravne kulture

Prof. dr. sc. Dalibor Čepulo

PREDAVANJA IZ PREDMETA OSNOVE PRAVNE KULTURE

– tečaj 2011. –

Cjelokupni sadržaj i pojedini dijelovi ovog dokumenta namijenjeni su isključivo studentima predmeta Osnove pravne kulture Poslijediplomskog studija Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu za potrebe nastave odnosno pripremanja ispita te se dokument ni u cjelini niti u pojedinom dijelu ne može koristiti u druge svrhe, distribuirati ili učiniti na bilo koji način dostupnim drugima bez suglasnosti autora.

1. Pravna kultura – osnovne odrednice; pravna kultura i pravna tradicija

Moderno poimanje prava kao relativno autonomnog segmenta šireg kulturnog okruženja jasno je uobličeno na pr. već u radovima neo-hegelijanski usmjerenih njemačkih pravnih povjesničara druge polovice 19. st. i početka 20. st. (Josef Kohler, Eduard Gans, Albert Post) koji su, makar i s rudimentarnim istraživačkim tehnikama, primjenjivali poredbeni i etnološki pristup u istraživanju cijelog niza izumrlih i živućih svjetskih prava te razvili učenje o kulturnim skupinama (*Kulturkreischlehre*). No, potpuna prevlast pozitivističkog poimanja prava u europskoj pravnoj znanosti, obrazovanju i praksi tijekom 20. st. – smjer koji je također uobličen u 19. st. – biti će osnovni razlog stavljanja takvih nastojanja, koja nisu bila ni dovoljno metodološki razvijena, na margine znanstvenog interesa.

Međutim, postupni rast interesa za pravno-kulturni pristup pravu koji se bilježi od sedamdesetih godina dvadesetog stoljeća doživljava ekspanziju od devedesetih godina. Jezgra tog „procesa“ se lako može identificirati na američkim sveučilištima odnosno među američkim pravnim znanstvenicima i sociolozima (Allan Watson, Lawrence Friedman, Robert Post, „europski“ Australac David Nelken). No, odgovarajući je interes istovremeno postojao i među europskim znanstvenicima, a naročito su se pravni povjesničari vrlo dobro odazvali i na suvremenu reaktualizaciju tog interesa (na pr. Giovanni Tarrello, Antonio Padoa Schioppa, Kjell Modéer, aktivnosti Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte u Frankfurtu, Peter Häberle, sociolozi Pierre Legrand i Roger Cotterrel, itd.)

Ekspanzija suvremenog interesa za „pravnu kulturu“ zacijelo se može objasniti kao reakcija na i dalje prisutnu prevlast pozitivizma suočenog sa suvremenim izazovima na koje tradicionalno dogmatsko i pozitivističko usmjerenje ne daje zadovoljavajuće odgovore. Slabosti pozitivističkog usmjerenja naročito dolaze do izražaja s obzirom na suvremene procese globalizacije, europske integracije te sa sve razvijenijom interakcijom između pravnih sustava uključujući i prijenos (transfer) prava. Zasigurno je važan i poticaj u znanosti i obrazovanju koji, kao dio sve intenzivnije interakcije, dolazi iz krugova američkih znanstvenika koji su po prirodi pravnog sustava i po „tradiciji“ znatno otvoreniji kontekstualnom pristupu pravu. Taj znanstveni odnosno istraživački interes postupno se prelijeva i u obrazovni proces vidljiv u kolegijima koji se pod različitim nazivima („pravna kultura“, „europska/američka/kineska itd. pravna kultura“, „(zapadna/europska/američka) pravna tradicija“ itd.) pojavljuju na američkim i europskim pravnim studijima, poglavito na poslijediplomskim razinama.

Ipak, unatoč rastućem interesu za „pravnu kulturu“ za sada nije uobličen konzistentan i dorečen teorijski i istraživački okvir, a ne postoji ni šire prihvaćeno određenje pojma „pravna kultura“. Umjesto toga među pravnim su znanstvenicima prisutna istraživanja u najširem rasponu zasnovana na različitim teorijskim i istraživačkim pretpostavkama. Ta su istraživanja ponekad „instinktivno“ koncipirana ili su pak iz pomodnih razloga označena kao „pravno-kulturna“. Pravni teoretičari i sociolozi pak vode brojne doktrinarne rasprave o definiciji i metodološkim pretpostavkama „pravne kulture“ bez (vrlo često i po vlastitom priznanju) ozbiljnijih uspjeha. Očito se radi o svojevrsnom procesu fermentiranja postavljene osnove koji u budućnosti tek treba rezultirati jasnijim i rafiniranijim konceptualnim i metodološkim određenjima. No, iako jasne i šire prihvaćene odrednice „pravne kulture“ još nisu uobličene ipak postoji značajna količina spoznaja koja omogućuje da se utvrde neki karakteristični i šire prihvaćeni orijentacioni sadržaji pojma „pravna kultura“.

Zbog svega navedenoga kao i s obzirom na naše potrebe u izlaganju predmeta Osnove pravne kulture ovdje se nećemo opredijeliti za neki od postojećih koncepata pravne kulture niti ćemo ponuditi vlastitu alternativu već ćemo pojmu, koncipiranju sadržaja i sustava izlaganja „pravne kulture“ pristupiti u kombinaciji akademskog i pragmatičnog pristupa. Stoga ćemo

tek vrlo okvirno i primjericno utvrditi sadržaj pojma pravne kulture, a sustav izlaganja postaviti sa svrhom da studentima osigura uvid u karakteristične sadržaje koji će im omogućiti i potaći ih na dublje razumijevanje prava te istodobno poslužiti kao neposredno i posredno iskoristljiva osnova u budućem istraživanju odnosno radu na disertaciji.

Među brojnim sadržajima koji se vezuju uz pojam pravne kulture možda su tek dva beziznimno prihvaćena. Jedan je iznimni značaj koji se pridaje pravnoj tradiciji. Dugotrajna prihvaćenost određenih sadržaja u pojedinom društvu i pravnom sustavu (prevladavajuće vrijednosti, modeli ponašanja, tip i stil obrazovanja, tip i stil pravnog razmišljanja odnosno pravne argumentacije itd.) stabilizira te sadržaje u kolektivnoj pravnoj svijesti („mentalitetu“) pravnika, ali i svijesti šire populacije u vidu predvidljivih očekivanja koja utječu na razmišljanje, argumentaciju i ponašanje pravnika, pravnih institucija, drugih sudionika pravnih postupaka, ali i šire populacije kao „praktičara“ pravnog, praeter-pravnog ili protupravnog ponašanja u svakodnevnom životu. Na pravnu svijest i modele ponašanja vrlo značajan utjecaj mogu imati i neki izvanjski utjecaji, napose prevladavajuća vjerska osnova. Jednom stabilizirani takvi su tradicijski uvjetovani sadržaji vrlo inertni, otporni na izvanjske utjecaje i u pravilu izmjenljivi na sličan način to jest putem zasnivanja novog tradicijskog slijeda bilo da se on uspostavlja tiho i postupno ili nekom radikalnijom promjenom koja se onda postupno stabilizira u okolnostima oslabljenih prethodnih modela. Tradicija tako u bitnome konstituira osnovna obilježja pravne kulture što je praktički, bilo eksplicitno ili implicitno, polazište gotovo svakog razmatranja ili istraživanja o pravnoj kulturi. Iz tog i drugih razloga je praktički općeprihvaćeno još jedno određenje pravne kulture koje je razlikuje od poredbenog prava. Poredbenom pravu se uobičajeno prigovara normativistička usmjerenost vidljiva u grupiranju srodnih prava u „pravne obitelji“ prema normativnim srodnostima različitih prava ali - uz cijenu zanemariva stvarnih odrednica pravnog života u pojedinim zemljama zbog metodološke nemoći da se dostigne ta razina spoznaje (o tome na pr. Cotterrel i Damaška). Za razliku od toga temeljno bi obilježje pravokulturnog usmjerenja trebalo biti interes za stvarnu uvjetovanost pravnih sustava i stvarni pravni život to jest *law in action*, a ne tek *law in books*.

Glede ostalih sadržajnih i metodoloških obilježja pravne kulture ili značaja koji se pojedinima od njih pridaje postoje izraženije razlike između različitih autora. Ovdje ćemo predočiti neka obilježja koja su šire prihvaćena u svrhu bliže i primjericne ilustracije o tome što je to pravna kultura bez namjere da to posluži kao konzistentno i sustavno određenje tog pojma.

Jedno od okvirnih je pitanje „jedinice“ pravne kulture. Čini se da glavnina autora i dalje smatra državu odnosno nacionalnu pravnu kulturu kao glavnu i najznačajniju „jedinicu“ pravne kulture kako s obzirom na to da - i unatoč integracijskim procesima, posljedičnom ograničavanju državnog suvereniteta i trans-nacionalnim povezivanjima - država ipak ostaje zacijelo najznačajniji okvir i akter procesa u pravu s razmjerno rezistentnim identitetom i tradicijom. Istraživanja mogu ići i preko i ispod te razine. Tako se na „makro“ razini pr. govori o europskoj pravnoj kulturi, ili kulturi islamskih zemalja ili se pak mogu razmatrati pravokulturna obilježja vezana uz *common law* ili „kontinentalne“ pravne sustave. Na nižim odnosno na „mikro“ razinama, istraživanja se mogu ticati pojedinih dijelova državnog područja ili pojedinih institucija, na pr. sudova, tijela državne uprave ili samouprave bilo na sustavnoj ili pojedinačnoj razini (na pr. cjelokupno sudstvo ili kazneno sudovanje ili praksa pojedinog suda). Istraživati se može i sustav pravnog obrazovanja, na pr. tradicija i obilježja akademskog obrazovanja s konstitutivnim značenjem za „opću“ pravnu svijest, ali i na pr. „profilirano“ praćenje procesa obrazovanja sudaca, odvjetnika ili službenika državne uprave – od sveučilišnog obrazovanja preko praktičnog obrazovanja i ispita, obrazovanja unutar specijaliziranih tijela („pravosudna akademija“) i daljeg (ne)obveznog obrazovanja unutar sustava, a u cilju utvrđenja tipa pravne racionalnosti, otvorenosti za strukovnu komunikaciju i dalje izgrađivanje itd. pojedinih profila stručnjaka.

I teme istraživanja mogu biti najrazličitije. Karakteristična i omiljena tema je „vladavina prava“ odnosno „pravna država“ od najapstraktnijih kulturno uvjetovanih obilježja tih pojmova do „mikro“ razina na kojima se može istraživati tip i stupanj i korupcije i njena društvena uvjetovanost kao i uvjetovanost (ne)sklonosti traženju pravne zaštite i sklonosti „parničanju“; tako na pr. pitanje da li je suzdržavanje od sudske zaštite u Japanu uvjetovano utjecajem konfucijanstva i tradicije utvrđenog društvenog reda ili pak nedovoljno razvijenom mrežom sudskih institucija (ali se onda na pr. postavlja pitanje zašto je u Japanu ta mreža slabije razvijena). Moguće je na pr. istražiti i pravni položaj pojedinca i kulturnu uvjetovanost takvog položaja u različitim kulturama – na pr. naglasak na „dužnostima“ i izostanak koncepcije subjektivnih prava u „orijentalnim“ kulturama i obrnuti naglasak u „zapadnim“ pravnim kulturama. Ili pak razloži zabrane kamata i ograničenja trgovačkog ugovaranja u islamskom pravu i načini ponašanja aktera pravnog prometa u stvarnosti. Utjecaju pravnog obrazovanja pridaje se iznimni značaj u formiranju pravne svijesti pa je ono vrlo česta tema istraživanja, od tradicijskih korijena do suvremenih odrednica iako neki autori umanjuju važnost pravnog obrazovanja i općenito uloge pravne profesije za pravnu kulturu tvrdeći da je on prenaplašen kao odraz „egoizma“ pravne struke. L. Friedman je autor šire prihvaćenih pojmova „unutarnje pravne kulture“ (ideje i praksa pravnih profesionalaca), ali je sklon veći značaj pridati „vanjskoj (ili „laičkoj“) pravnoj kulturi“ (stavovi, interesi i drugi utjecaji na pravo koji dolaze od drugih društvenih skupina izvan pravnog sustava). No, toj se podjeli prigovara pre-pojednostavljivanje koje više skriva nego li otkriva kao i nejasnost veze između dviju „pod-kultura“. Čini se da je točna ocjena da je razmjerno neuspješan uobičajeni sociološki „eksplanatorni“ pristup koji nastoji utvrditi uzročni prioritet između više varijabli. I Izrazita složenost društvenih pojava i nerazvijenost metodološkog aparata uvelike relativizira rezultate takvih istraživanja koji počivaju na kvantifikaciji, mjerenjima, direktnim usporedbama pojedinih fragmenata itd. Čini se da je, kao što to ukazuje David Nelken, uspješniji više holistički usmjeren „interpretativni“ pristup koji nastoji razumjeti kako pojedini vidovi pravne kulture stvarno funkcioniraju i međusobno se usklađuju bilo unutar sustava bilo u slučaju interakcije (na pr. transfer prava). Vjerojatno je „najoperativniji“ Mirjan Damaška koji priznaje nemogućnost spoznaje složenog pravno-kulturnog kompleksa osim putem istraživanja povijesnog razvoja određenih kulturnih sklopova u pojedinim pravnim sustavima. Ti su sklopovi vidljivi na pr. u pojedinim idejama koje mogu utjecati na oblikovanje pravnih oblika u prepoznatljive pa i usporedljive matrice, na pr. ideja o organizaciji vlasti i njenih pojedinih grana ili legitimacijska osnova pravnog sustava. Taj weberijanski pristup usmjeren je na stvaranje idealtipova koji mogu pomoći u razumijevanju prirode pojedinih sustava, funkcioniranja institucija itd. kao i usporedbi između različitih sustava.

Kao što smo prethodno naveli, u našim ćemo predavanjima pravnoj kulturi pristupiti na „pragmatički“ način to jest zadovoljiti ćemo se okvirnim i primjericnim određenjem sadržaja i opsega pravne kulture, a nećemo se baviti raspravama o tome što je to pravna kultura i kako je uobličiti u sustav.

U našem izlaganju ćemo obuhvatiti naprijed navedene glavne odrednice, a predavanja će imati deduktivni slijed. Plan izlaganja obuhvaćati će najprije predavanja o glavnim pravnim tradicijama svijeta uz dopunska izlaganja izvornih poznavatelja pojedinih prava (već je uobičajeno da u posebnim predavanjima zagrebački rabin i imam zagrebačke džamije izlažu osnove židovskog odnosno islamskog prava), ali će u žarištu interesa biti zapadna/europska pravna kultura. Pri tome će najprije biti izloženo stvaranje zajedničke europske pravne tradicije i njena zajednička analitički utvrđena obilježja nakon čega će biti postavljeno pitanje da li suvremene europske integracije vode i stvaranju „nove“ i čvršće jedinstvene europske pravne kulture. U posebnom ekskursu ćemo ukazati na obilježja i razlike između pojmova „vladavina prava“ (*rule of law*) i „pravna država“ (*Rechtsstaat*) s obzirom na povijesne i kulturne odrednice njihova stvaranja u različitim pravno-kulturnim i političkim ambijentima. Zatim ćemo dati sažeti pregled najutjecajnijih postavki o prijenosima prava (Pierre Legrand, Allan Watson) i sustavno izložiti koncepciju Gunthera Teubnera o pravnim iritantima. Potom ćemo izložiti koncepciju „središta i periferije“ kao metodološko sredstvo koje može poslužiti u motrenju pravnih utjecaja u odgovarajućim situacijama. Taj je metodološki pristup i konkretno elaboriran s obzirom na politički i

kulturni položaj Hrvatske u širem i užem europskom okruženju te kao moguće sredstvo za analizu modernizacije hrvatskog prava kroz povijest uz otvorenost za primjenu na istraživanja odgovarajućih procesa u suvremenom razdoblju. Sažeto ćemo prikazati proces modernizacije prava i elemenata (ili njihove odsutnosti) „pravne države“ na hrvatskom području od polovice 19. stoljeća do početka 21. stoljeća.

Naše izlaganje ne treba shvatiti kao davanje definitivnih i jedino „istinitih“ odgovora koje treba reproducirati na ispitu već kao upoznavanje studenata s nekim značajnim sadržajima i pristupima koji su im (po pretpostavci) bili uglavnom nepoznati te kao otvaranje nekih značajnih pitanja koja mogu voditi i drugačijim odgovorima osim predloženih i, konačno, kao općenito upućivanje i poticanje na složeniji i drugačiji način razmišljanja. Svrha kolegija je da daje studentima potrebne spoznaje, da ih potakne na složenije, kritičko i holističko razmišljanje o pravu te da time posluži kao šira orijentacija, ali i kao neposredna pomoć u doktorskom studiju i izvan njega.

Šire (neobvezno) čitanje uz ovu jedinicu: David Nelken, Using the Concept of Legal Culture, Australian Journal of Legal Philosophy Vol. 29(2004), download: <http://www.law.berkeley.edu/institutes/csls/nelken%20paper.pdf>; Roger Cotterell, The Concept of Legal Culture, u David Nelken (ed), Comparing Legal Cultures, Dartmouth, 1997, 13-31, download:

2. Pravne tradicije svijeta: ktonijska, talmudska (židovska), islamska, hinduska pravna tradicija i pravne tradicije Dalekog Istoka (Kina i Japan); (Glenn, 2007)

- ktonijska („urođenička“) pravna tradicija: pred-državna tradicija, ljudska zajednica uklopljena u prirodni red („ekološko pravo“), „svakodnevnost“ i opća poznatost prava, načelna demokratičnost, oralnost i rudimentarnost institucija, amorfnost i otvorenost vanjskim utjecajima, nestajanje, suvremeni ostaci i državno pravo, različiti tipovi uređenja (Afrika, Azija, SAD, Australija i Kanada)
- talmudska (židovska) pravna tradicija: nastanak (objava) i dalji razvoj; „osnovna“ Tora i širi obuhvat pojma Tora, Talmud, škole i „responsa“; „nedovršenost“ i dinamizam talmudskog prava; sudske institucije; pojedine grane prava; teološka i kulturna uvjetovanost, tip racionaliteta i stil; položaj pojedinca, značaj dužnosti i odsutnost subjektivnih prava pojedinca; raširenost i razvoj u suvremenom razdoblju; talmud i državno pravo
- islamska pravna tradicija: objava, *Kuran*, *Sunna*, *ijma*, *quias*, *fikqh*; priroda sudskog postupka, fetve; pojedine grane prava; zatvaranje sustava, *taqlid*; pojedinac, dužnosti i odsutnost subjektivnog prava; pravne škole, šizma (Šiiti); razvoj islamskog prava u suvremenosti, islamsko pravo u svijetu; *jihad*
- hinduska pravna tradicija: Vede; šastre, dharma i dharmasastre; institucije; karma, kaste i pravo; tolerantnost u primjeni i priroda hinduskog prava; škole; hindusko pravo u Indiji i izvan nje,
- tradicije Dalekog Istoka: uvjerenje i obveza, Konfucijevo učenje i društvena harmonija, unutarnje uvjerenje i vanjski red, *li* i *fa*; konfucionizam i „legalisti“ u Kini, dalji društveni i pravni razvoj u Kini i azijskim zemljama; Japan i konfucionizam, moderno i suvremeno razdoblje.

Od pet izloženih za ispit je potrebno pripremiti dvije pravne tradicije po vlastitom izboru.

Obvezna literatura: H. Patrick Glenn, *Legal traditions of the world*, Oxford University Press, 2007, str. 58-121, 171-220, 273-340.

Preporučljivo (neobvezno) čitanje, naročito za Kinu i Japan, René David, Günther Grasmann, *Einführung in die grossen rechtssysteme der Gegenwart*, München 1988 (ili francuski ili slovenski prijevod).

3. Europska pravna tradicija, temelji pravne kulture u Europi i suvremene aporije

3.1. Europska pravna kultura – povijesne i pojmovne odrednice (Wieacker, 1990/1996)

- racionalizacija: kognitivizacija → u pravu: formalizacija, pozitivizacija, proceduralizacija....
→ europska pravna kultura: proces racionalizacije (“modernizacija” = racionalizacija)

- europski identitet u odnosu na druge kulture: Islam, Kina, Indija – sekularnost prava, autonomija prava u odnosu na moral i društvene norme

- obuhvat: euro-atlantska kultura; utjecaj: *Commonwealth*, Turska, Japan itd.

- jedinstvena kultura: zajednička tradicija: - kontinentalna Europa (*ius commune, utrumque ius*, humanizam, prosvjetiteljstvo, moderna filozofija); anglo-američko pravo; socijalističko pravo (?)

- zajednički povijesni korijeni: zajednička terminologija, zajednički pojmovi, načela i vrijednosti (Berman) – zajednički način života, dugotrajno zajedništvo u osn. vrijednostima
- određene specifičnosti *common law*: organizacija sudova, postupak, pravna vrela, argumentacija + jači odraz na način života; utjecaj: temeljna prava i slobode, *due process of law*

rani srednji vijek (5 - 11. st.)

- propast Rimskog Carstva – nove etničke strukture:
- zadaća: održanje i podizanje državnih i nad-regionalnih struktura

- novo stanovništvo napušta tradiciju rimskoga prava – umjesto toga: „vulgarno pravo“ tj. običaj – blisko percepciji običnog čovjeka (posjed vs. vlasništvo)
→ oživljavanje pravnog života - umjesto bizantske autokratske vlasti (vs. municipalnih i gradskih sloboda antike)

→ nove korporativne asocijacije

- neosobna služba → osobne veze vjernosti

- pravo: zapovijed udaljenog središta → živa zbilja

- objektivno i apstraktno pravo pogodno za manipuliranje → konkretne osnove

- sloboda građanina rimske države → korporativne slobode

- umjesto centraliziranog sudstva → lokalno, sudjelovanje laika

→ rekonstrukcija civilizacije i društvene organizacije na nad-regionalnoj razini:

rimsko nasljeđe i Katolička Crkva (sljednica organizacije vlasti i kulturni kontinuitet):

1) klasični sustav obrazovanja (pisanje, računanje, dokumentacija) → osnova upravne organizacije: → nad-regionalne veze razbijenih područja,

2) (Crkva): pojmovi vlasti i nadležnosti vs. germanska ideja o osobnoj vezi kralja i vazala bez prostora za fiksne nadležnosti i funkcionalnu organizaciju (← Bizant),

3) pojam zakona: emanacija vlasti i ljudske volje (legalizam → pozitivizam); (germanska i slavenska plemena: pravo = tradicionalni red vs. državna vlast)

4) ideja višeg prava (Crkva i kršćanstvo): opće (ekumensko) pravo zajednice iznad žive tradicije i zapovijedi lokalnih vladara; → kršćanstvo: sve sekularno pravo → stalno potvrđivanje u svjetlu viših vrijednosti; (zemaljska država – odraz *Civitas Dei* → potraga za prirodnim pravom, jedno od središnjih ideja zapadne pravne kulture) → *ius commune*

kasni srednji vijek (11 – 15 st.)

- stvaranje autonome pravne znanosti – sekularni pravni podsustav kojim se barata na intelektualni način; ← Crkva: “pravna” Crkva s razvijenim pravnim sustavom, kanonskim pravom, vlastitom organizacijom

- proces „učenja“ u ranom srednjem vijeku nije donio poseban „europski“ identitet:

- politički oblici pred-karolinškog razdoblja = provincije iščezlog društva i preživjele crkvene zajednice vs. novi oblici koji iz baštine uzimaju ono što im je potrebno

- od 11. st. – novi europski identitet u pravu – renesansa rimskog prava na novim temeljima

- studium civile u Bolonji: rimsko pravo u novom tumačenju (stari tekstovi, nova realnost): prijenos tehnike spoznaje, rasprave, argumentacije i konceptualizacije → najviša sublimacija pravnog mišljenja praktične discipline prava – stare tekstove pravници dopunjavaju njihovim rafiniranim razmišljanjem

→ prvi pravni profesionalci: odlučivanje u pravnim pitanjima bez poziva na silu, zapovijed, običaje, moralne ili regionalne zasade → znanstvena analiza: intelektualizacija prava - prvi i najznačajniji korak u procesu racionalizacije

- pravni fakulteti → širenje novih znanja i tehnika: studenti - tehnički monopol znanja: diplomacija, uprava, fiskalna djelatnost, Carstvo, nacionalne države, lokalne jedinice → postupno isključenje iracionalnih elemenata -

→ praktična posljedica: uz vlast i duhovni autoritet → treća neovisna institucija za presuđivanje sporova prema pravilima zasnovanima na razumu vs. razrješenje sporova putem sile

→ pravničko inzistiranje na zakonitosti - profesionalizirani režim prava

rani novi vijek (16. st. – 1789)

- na dostignutu razinu konceptualizacije i sistematizacije prava nadogradnja novih metodoloških sredstava (metafizika i prirodne znanosti) + prirodno-pravni pokret

- slabljenje univerzalne moći Carstva i Crkve, dezintegracija *corpus christianum* (šizme), izrastanje nacionalnih/teritorijalnih država, transatlantska kolonizacija

→ pitanje nove legitimacije međunarodnog, ustavnog i privatnog prava

← europska pravna misao: intelektualno i konceptualno uključanje pozitivnog (važećeg) prava u prirodni sustav „prava razuma“: *ius naturale* kao osnova sistematizacije stare tradicije

- pravo razuma i prosvjetiteljstvo → racionalnost u političkom i društvenom životu

- od Hobbesa: od tradicije i autoriteta → prema razumu (*deductio*) i iskustvenom promatranju (*observatio*): pravo razuma - novi zajednički temelj za pravo

- učinci te intelektualne revolucije do danas: nakon sloma vjerskog jedinstva nova svjetovna religija za nacije u nastajanju, teritorijalne države, gradove-republike – dva modela:

a) oligarhijske republike (Engleska nakon 1688, Poljska, povremeno Ugarska, obalni gradovi)

→ pravo razuma → novo opravdanje za nar. suverenitet: povijesne povlastice staleža kao individualne slobode građana i osnova moderne ustavne države

b) apsolutistička država – Zapadna i Srednja Europa (do Danske) – napuštene staleške povlastice → pravo razuma: centralizacija i racionalizacija, racionalni reformizam modernog

doba (prosvijećeni apsolutizam: sjeverna i srednja Italija, Pruska, Austrija, Napoleonova Francuska)

moderno doba (19 - 20. st.):

razvoj: slom zapadne metafizike, industrijska revolucija, razvoj i krize poduzetničkog društva, politička i društvena integracija puka → građanska “socijalna pravna država”

→ europska pravna kultura: nova legitimacija prava i pitanje odnosa između formalnog privatnog vlasništva i društvene pravde i sigurnosti u industrijskom društvu

počeci epohe:

francuska revolucionarna država (*volonte generale* ← *nation*) preuzela svu vlast nad pojedinačnim pravim građana

ali – nakon suzbijanja populizma i egalitarizma:

nacija = buržoazija (imovina&obrazovanje) → liberalna i ustavna država:

gospodarstvo i privatno pravo ostavljeno buržoaskom poduzetničkom društvu vs. državna jamstva društvene solidarnosti kroz redistribuciju dobara → moderno i jedinstveno privatno pravo

→ potreba za modernim i uniformnim privatnim i postupovnim pravom → demokratska država će u tom cilju preuzeti zakonodavni monopol apsolutističke države

→ novi zakonodavni pozitivizam: odvajanje prava razuma od njegovog sadržaja (sadržaj → forma) ali održan kao osnova za nove buržoaske ustavne države

- tek kasnije: novi pristupi kao okosnica suvremene pravne kulture: materijalno prirodno pravo, idealističke pravne filozofije (naročito u Njemačkoj), pitanje podjele dobara tj. društvena sigurnost, problem društvene solidarnosti – kako nadoknaditi manjak društvene jednakosti s obzirom na gospodarsku slobodu djelovanja (Francuska revolucija i liberalna ustavna država)

← razumijevanje tog razvoja: bespomoćnost moderne pravne znanosti i sudskog postupka vs. izazovi moderne ideologije i društvenih silnica

- pravo razuma kao supstancijalna legitimacija prava postalo žrtva *volonte generale* → ostao pravni formalizam lišen podrške supstancijalne ideje pravde

- u 19. st. konsenzus oko važenja pozitivnog prava sukobljen s dinamikom industrijske revolucije i socijalnim očekivanjima radničke klase → pitanje pravnom formalizmu: o izvanpravnim društvenim vrijednostima koje legitimiraju formalna pravna pravila i njihovu primjenu

→ široki raspon odgovora: utilitarizam (J. Bentham), “cilj u pravu” (Ihering), moderna škola kaznenog prava, slobodnopravni pokret, suvremena interesna jurisprudencija, američki i skandinavski realizam i socijalistička i marksistička kritika prava – ideologije merkantilizma, mehaničkog monizma i socijalnog darvinizma

→ supstancijalitet ↔: neočekivani uspjeh prirodnih znanosti koje otvaraju mogućnost kontrole društvenog ponašanja pa i psihičke sfere

- pozitivizam – dugo vremena naivno indiferentan prema praktičnim problemima pravde → otvoren prostor političkom utjecaju na zakonodavstvo i sudstvo (nesvjesna suglasnost - socijalna država)

→ posljedica: načelo društvene solidarnosti ustavno zajamčeno u vidu socijalnih prava – socijalna država: ustavi i međunarodne povelje, a kasnije socijalnih prava

– tiho širenje po svijetu: upozorenje pravicima i ideolozima da ne zaborave očekivanja pravičnosti od svih klasa i rasa

→ konstante u pravnom razvoju Europe: personalizam, legalizam, intelektualizam

personalizam – najteže odredljivo

prioritet pojedinca kao subjekta i intelektualne reference u ideji prava (od Homera do Descartesa i Kanta)

„čovjek“ a ne svi mi zajedno (ja: mi) – na pr. grupna osveta u ranijem razdoblju, kršćanska vjera u postojanje individualne duše → odbacivanje kolektivne odgovornosti (krvna osveta) od crkve i države u srednjem vijeku; → individualna odgovornost vs. kolektivna solidarnost gilde i cehova + pojam zaklade i sv. Petar (Weber)

- korijeni: slobodna država-grad antike (bogovi i ljudi) i udruženja barbarskih naroda u ranom srednjem vijeku + iskustvo osobnog božanstva (monoteističke religije) i odnos čovjeka pojedinca (a ne kao člana zajednice) prema Bogu kao višoj osobi tj. jedne osobe prema drugoj vs. mistika Istoka (pojedinač&nadnaravno)

– odnos pojedinca s pojedincem → sloboda odluke → osobna odgovornost: sloboda – dužnost → odraz na pojam prava: → pravo = mreža među-osobnih veza – interakcija s ostalim građanima (“treba”, “može”, “smije”)

→ sloboda i samo-određenje u određivanju pravnih veza (ugovor ili pravna norma vs. magijska i kolektivna određenja) u definiranju pravnih veza (bilo zakonom ili ugovorom) ± pojam krivnje (vs. sudbina) → uračunljivost = odgovornost za prijestup i naknadu štete → neovisno privatno pravo kao skup subjektivnih ovlaštenja u odnosu odgovornih osoba + evolucija kaznenog prava od objektivne do kulpozne odgovornosti

- samo-određenje (sloboda) i odgovornost – međuuovjetovani:

→ ambivalentnost: sebična usmjerenost na sebe vs. solidarna odgovornost za druge

- trajna napetost između teorija slobode i altruističkih učenje o dužnosti → trajna tema pravne teorije: teorije slobode i odgovornosti – ograničenje prvotne slobode putem “društvenih ugovora” → društvena odgovornost pojedinca – veliki značaj za europsko razumijevanje prava:

- odnos pojedinac – država:

- teorije slobode → sloboda staleža, sloboda savjesti (← vjerske borbe), sekularizirana ekonomska sloboda, polit. sloboda građanstva, temeljna i ustavna prava pojedinca

- teorije društvenih ugovora: suverenitet apsolutnog monarha (odgovornost za mir i sigurnost podanika), demokratski oblik narodnog suvereniteta, neograničena društvena kontrola komunističkih država nad podjelom dobara, omogućavanje rada, obrazovanje članova zajednice

→ danas, posljedična antinomija liberalne i socijalne pravne države pokazatelj koliko su slobode i društvene obveze dvije strane iste kovanice

legalizam („pravnost“ – to jest autonomija prava)

ne: monopol modernog zakonodavca da stvara i mijenja pravo (u Europi: tek 18. st.) ili načelo zakonitosti (ali i to)

- općenitije: potreba da se odluka o društvenim odnosima i sukobima zasnuje na općoj vladavini prava čiji prihvati i važenje nisu uvjetovani izvanjskim odrednicama (moralnim, društvenim, političkim)

- pretpostavke za isključivu snagu vladavine prava: odvajanje pravnog sustava od drugih društvenih sustava (vjera, moralni imperativi, običaji)

- još od profesionalnog administriranja pravde u Rimu, a prosljeđuje se u suvremenoj europskoj pravnoj znanosti (legitimacija kroz postupak): od konca 17. st. odvajanje prava i morala → pravoznanstveni formalizam + pravni pozitivizam moderne ustavne države = korijen legalizma kao sastavljenog od društvenih obveza, prava i povlastica kao objektivnih pravnih veza → uklanjanje arbitrarnosti i milosrđa

- legalizam najviše razdvaja europsku civilizaciju od ostalih kultura (pravo emanirano iz društvene etike (Kina) ili svetih tekstova (judaizam i Islam))

- opasnost odvajanja prava od živućeg svijeta (stalne kritike pravnika) društvenih vrijednosti i društvenih svrha

- ipak, dobitak glede u racionalnosti u vanjskoj okolini: legitimacija putem postupka
+ legalizam oslobađa društvene konflikte od sile, emocija, interesa, predrasuda – više emancipativno nego li represivno

legalizam – veći stupanj pravne sigurnosti pojedinca (vs. javne vlasti) → viši stupanj strategijske jednakosti u parnici i kaznenim postupcima

u privatnom pravu (status → ugovor): privatna autonomija u osobnoj i imovinskoj sferi oslobođena od povijesnih ograničenja

legalizam – prva i jedina ideologija koja je jamčila slobodu ljudi pred Bogom i prirodom – povijesna prava i privilegije → opća sloboda građana i ljudska prava

- moderna država blagostanja: odgovornost društva za pomoć članu → institucionalizirana u ustavnim jamstvima socijalnih prava + mreža javnih službi

- pravni sustav: trajna suprotnost opće i individualizirane pravde, pravne sigurnosti i materijalne pravde, pravne jednakosti i nejednakosti u polaznim okolnostima – stoga je trajno potrebna korekcija formalne vezanosti pravom: diskrecione ovlasti pretora, *aequitas canonica*, u doba modernog statutarnog pozitivizma opće klauzule i sudsko uravnoteženje interesa

intelektualizam

posebni način shvaćanja prava – specifične strukture i tradicija europskog načina mišljenja: shvaćanje svih fenomena putem općih spoznajnih metoda – to nije naprosto generalizacija ili apstrakcija itd. već *amor intellectualis* tj. stalna problematizacija, konceptualizacija i ispitivanje konzistentnosti pravne građe

- trajni doprinos grčke filozofije: nužna veza između mišljenja i objekta spoznaje (teorije istine: *adequatio intellectus et rei...*) tj. shvaćanje nepromjenljive biti iza empirijskog iskustva

na Zapadu: teologija, filozofija, matematika, prirodne znanosti + transformacija izvorno posve praktične i obične djelatnosti stvaranja i primjene prava kao sustavne znanosti – rimski pravници i europski pravници: stvaranje pojmova i općih koncepata za sistematizaciju i priprema terena za moderne kodifikacije kao konačni uspjeh

najvažnije je da intelektualizam nije ograničen na formalno određenje pravne znanosti: blagoslov i prokletstvo je da je pitanje pravde prebačeno iz područja korektnog javnog ponašanja u intelektualne spoznajne prosudbe o istini – ta ideologija pojavljuje se kao progresivna odnosno kao emancipatorni i egalitarni element europskog pravnog razvoja

3.2. Europske integracije i nova europska pravna kultura? (Hesselink, 2001)

Kultura kao kliše

- protivnici unifikacije europskog privatnog prava: pravo – važan dio nacionalne pravne kulture koju treba očuvati; vrlo formalni i apstraktni pogled na pravnu kulturu

Legrand: koncentrira se na formalne vidove razlike tradicija *common law* i kontinentalnog prava; + teorija o pravnim obiteljima (René David)

common law – koncentriran na činjenice, nema sustav, pravila itd. – te je temeljno različit od civilnog prava do mjere da se dva pravnik ne mogu razumjeti, a pravni su pojmovi nesumjerljivi

- međutim, da se strane u razgovoru koncentriraju na supstantivne vidove slika bi bila drugačija: da *common law* pravnik daje civilnom pravniku činjenice i pita ga o vjerojatnosti za dobivanje spora komunikacija bi bila ostvarena

Legrand (i R. David) ne uzima u obzir razlike nacionalnih pravnih kultura kontinentalnih zemalja već ih uzima kao dio jedinstvenog corpusa iako su stvarno različite (Italija se razlikuje od Danske vjerojatno više nego li Danska od Engleske), a ne uzima u obzir ni pluralizam u jednoj zemlji niti druge razlike (na pr. katolici – protestanti) – već se jedino koncentrira na razliku *common law* – civilno pravo

- čini se da se pravne kulture u europskim zemljama razvijaju na vrlo sličan način bez obzira na razlike u pravnim sustavim, napose potaknuti novim europskim privatnim pravom – realistički pristup: rezultati

A. Europski otpor formalizmu:

- u Europi su izraženije anti-formalistične nego li formalističke tendencije

→ prijelaz s formalističkog, dogmatskog i pozitivističkog obrasca na supstantivno-usmjeren i pragmatički pristup privatnom pravu

- pravna kultura u Europi – prolazi dramatične promjene vs. prošlo stoljeće:

- instrumentalna i impresionistička priroda direktiva, pragmatički stil tijela EU, subverzivna uloga poredbenog prava s funkcionalnom metodom, vanjske ekonomske, kulturne i političke perspektive koje nude pravni znanstvenici, depozitiviranje prava kao rezultat Bolonjskog procesa → doprinosi stvaranju nove europske pravne kulture koja je manje formalistička, dogmatska i pozitivistička nego li nacionalne kulture; izrastanje te nove europske pravne kulture posljedica je tih odvojenih, ali povezanih razvoja i europeizacije privatnog prava općenito

B. Vidovi nove europske pravne kulture:

- novo europsko privatno pravo i nova europska pravna kultura su manje formalistički – akteri europskog privatnog prava s puno manje uvjerenja prihvaćaju apstrakcije i pojmove, manje su okupirani sustavom, a njihov je pristup manje dogmatičan i deduktivan – privatno pravo se doživljava puno instrumentalnije u odnosu na političke, gospodarske, socijalne, kulturne i druge svrhe i sve više prevladava funkcionalno razumijevanje procesa odlučivanja
- općenito govoreći, sve više prevladava pragmatičniji pristup: više se pažnje posvećuje posljedicama pravila i pravnih odluka – slabi uvjerenje u „ispravne“ odgovore (donošenje pravne odluke je izbor između više opcija, pravno odlučivanje je „politika“) i u zatvorenost i racionalnost pravnog sustava koji se doživljava kao kontingentan i stoga neizvjestan (na pr. - ovisi i od odluka političara u Bruxellesu)
- manje pozitivizma i više pluralizma, svijest o relativnosti nacionalnih zakonodavstava; manje se pažnje poklanja tekstu (naročito zakonima), a više ostalim pravnim tvorevinama, pravnim institucijama, pravnim akterima (zakonodavcima, općenito pravnicima) i njihovim strategijama tj. law in action
- europsko pravo relativizira tradicionalne granice između disciplina, između javnog i privatnog prava, prava i društvenih znanosti te postaje više interdisciplinarno

C. Značaj anti-formalizma:

- najveći problem klasične europske pravne kulture: nedostatak transparentnosti
- u našim sadašnjim nacionalnim pravnim kulturama (u presudama, znanstvenim raspravama, obrazovanju) u središtu rasprave nisu vrijednosne prosudbe u pravnom razmišljanju, njihove alternative i izbori između njih,
- O. Wendel Holmes: opasnost doživljavanja pravnog sustava kao aksiomatski matematički model ponašanja; obrazovanje pravnika je obrazovanje u logici, proces analogije, diskriminacije i dedukcije – govor sudske odluke je govor logike

prednosti neformalne pravne kulture: potiče oblikovanje nove zajedničke opće kulture, prebrođivanje formalnih razlika → uviđanje da se sadržajne karakteristike ne poklapaju s nacionalnim granicama, koncentracija na bitno; nadalje, prednost je i u približavanje europske i američke pravne kulture i olakšavanje komunikacije i na području pravne prakse i u znanosti;

- odduše u Europi nema nezadovoljstva sa supstantivnim rezultatima nacionalnih pravnih sustava – ipak stoji da ideologija utječe na prosudbe strukturirajući pravni diskurs i kroz strategijsko tumačenje, a negiranje prisutnosti ideologije u presudama vodi drugačijim rješenjima nego li onima u okolnostima transparentnosti → transparentnost

D. Vrijednost formalizma:

- u formalnom pristupu pravu ima i dobrih stvari: učinkovitost, jednakost, demokracija i kultura su važne vrijednosti
- + možda je bolje da uravnoteženje interesa za cijeli skup slučajeva (← zakonodavac) nego li za svaki pojedini slučaj + pojmovi pomažu komunikaciji + ljudska težnja da se slični slučajevi tretiraju na sličan način potiče sustavnost + na pr. ZKP je vrlo formalan: ne želimo da sadržajne odrednice prevladaju u slučajevima bitnima za položaj građana u odnosu na državu (formalizam kao zaštita prava građana)
- ali, učinkovitost, jednakost, demokracija i kulturni identitet (ili različitost) nisu uvijek najvažniji, a formalizam i ne podržava uvijek najbolje te vrijednosti + formalizam u Europi je

obično mehanički i rutiniran – nadalje, jedno je reći da naše pravo treba biti koherentan sustav, a drugo je pretpostaviti da tako doista i jest

- zaključno, pravo treba i sadržaj i formu – svaki pravni sustav mora naći ravnotežu između sadržajnih i formalnih argumenata → dilema u europskom pravu

E. Nacionalno pravo nikada više isto: promjene će se odraziti i na nacionalno pravo

- alternative iz drugih zemalja će se odraziti na neki način, utjecaji iz drugih pravnih sustava: jedno pitanje i 27 odgovora?; nacionalno pravo biti će pod stalnim „napadom“ europskog prava

→ harmoniziranje i nacionalnih prava → odrazi utjecaja iz drugih zemalja i europskog prava (antiformalizam, europska pravna kultura) → prijenos elemenata europske pravne kulture i na nacionalnoj razini → promjena pravne kulture

kritika Hesselinka

- naglašava dramatični raskid – ali gotovo pola knjige se odnosi na povijesna određenja
- netočnost i površnost, prebrze i pretjerane generalizacije, „doktrinarstvo“, „eksperimentalna“ šablona
- problematičnost i rizik odricanja formalizma, naročito glede tranzicijskih zemalja sa slabije razvijenom pravnom kulturom
- test realiteta: stalne krize u organizaciji EU vs. Hesselinkove postavke
- ipak: naglašava neke suvremene procese u pravnoj stvarnosti

3.3. Europske integracije, pravna kultura i konvergencijske krize (Gessner, 1993/1996)

Europska integracija kao integracija pravnih kultura

- pravna kultura – ključni pojam za pravno-sociološku teoriju integracije (vrijednosti i stavovi o pravu, tumačenje prava, ponašanje glede društvenih normi općenito i posebice pravnih normi, poznavanje prava u stanovništvu, društvene strukture i položaj pravnika itd.

- pravna kultura – uzrok i posljedica prava (interakcija): oblikovanje bitne ideje nacionalnog pravnog poretka, a istovremeno je ona stalno izložena pravnim utjecajima; tradicija – bitno određuje engleski pravni sustav, ali su na njega utjecala i tri sukcesivna turnusa M. Thatcher na taj se način povećava utjecaj prava u društvu: s jedne strane, pravno kulturni poticaji i njihov prijenos u zakonodavnu politiku, s druge vladina kontrola koja utječe na oblikovanje ponašanja i stavove o pravu

- uzimanje u obzir pravne kulture – nužan uvjet za uspješno stvaranje i primjenu normi (zakonodavac, sudac, sklapanje ugovora) – ukoliko norma nije uspješna onda ne vrši funkciju integracije

- iz te perspektive – koncept EU kao pravne zajednice je a priori neizvjestan jer niti prijenos pravno-kulturnih vrijednosti u pravo niti uzimanje u obzir pravno-kulturnog konteksta prilikom stvaranja EU zakonodavstva se ne odvija prema obrascu karakterističnom za nacionalne države/kulture

- europsko pravo nije proizvod europske pravne kulture jer takva kultura ne postoji – osim možda u vrlo apstraktnom smislu

bliži pogled otkriva cijeli raspon vrijednosti i načina ponašanja u odnosu na pojedine pravne odrednice (pitanje spolne jednakosti, poreznih obveza, zaštite prava okoliša) i ulozi pravnik, zakonodavstva i sudskih stilova i pravno-političkog diskursa – različitost veća nego li u bilo kojoj zemlji Europe

također, europsko pravo prima tek slabije utjecaje iz različitih europskih kultura iz različitih razloga: demokratski deficit EU, slabiji prekogranični utjecaji iskazivanja stavova pojedinih društvenih pokreta, tajnost u pripremi pravnih akata

europsko pravo se stvara u relativnoj izolaciji, daleko od pravno-kulturnih stavova u pojedinim zemljama – za razliku od nacionalnog konteksta – za razliku od nacionalnog konteksta povezanost prava i kulture ne može se ustanoviti kroz „teoriju evolucije“

- ipak ta se povezanost može postići ako se tijela koja stvaraju europsko pravo (komisija i njeni odbori, Vijeće ministara, sudska tijela) uzmu u obzir pravno-kulturne stvarnosti država članica

→ ugradnja „senzora“: poredbene studije u pripremi zakonodavnih mjera, zasjedanja odbora s predstavnicima specijaliziranih nacionalnih tijela i država koje su izloženi promjenama, terenski seminari sa sudjelovanjem građana, organizacija i udruga, pitanja i rasprave u Parlamentu, peticije građana Parlamentu itd.

no, pitanje je koliko poduzimanje takvih akcija može nadoknaditi manjak obavijesti o praksi u državama članicama, o najprimjerenijim kontrolnim oblicima u različitim kulturnim kontekstima, o spremnosti na prihvrat određenih stavova u pojedinim sredinama itd.

- ovisnost primjene europskog prava od nacionalnih činilaca (pravni instrumenti provedbe i jamstva) → visoki stupanj značaja poznavanja europskog prava u nekoj zemlji, pitanje učinkovitosti i korumpiranosti uprave, pitanje trajanja sudskih postupaka, rezerviranosti stanovništva prema regulativi – u tom pogledu postoje vrlo različite situacije i u samim zemljama članicama (DK: uprava ima visok stupanj povjerenja, zaštita putem ombudsmana, a ne upravnih postupaka; D: pravni oblik uprave i njena široka nadležnost – čak i politički sporovi – koji se učinkovito razrješuju na upravnom sudu; Belgija – arbitražna tijela za sporove građana i uprave tj. ne-pravna orijentacija u razrješavanju sporova itd.).

- europsko pravo nastoji uzeti u obzir političku, pravnu i pravno-kulturnu realnost članica

no, ostaje regulatorni deficit zbog heterogenosti pravnih kultura koji je, za razliku od političkih i pravnih prepreka, uglavnom nevidljiv – to je kontradikcija u odnosu na ideal europske pravne zajednice kada društvene norme i vrijednosti onemogućuju na pr. ujednačavanje plaća za žene i muškarce, polučuju različite reakcije u slučaju zaštite okoliša, - kada se obveze uzimaju s različitim stupnjem ozbiljnosti i najbolji pravni uratci su bezvrijedni ako specifični regulatorni cilj nije relevantan u nekoj zemlji

kulturna i pravno-kulturna konvergencija Europe

postavka o edukativnoj ulozi prava, implicitno vezana uz stvaranje prava, pretpostavlja da postoji svijest aktera da se prilagode pravnim obvezama – prema toj teoriji je kontrola putem prava moguća i bez uvažavanja pravno-kulturnog konteksta

- s tim u vezi valja ukazati na raširenost europskih ureda (dokumentacijskih središta, pravnih zbirki priređenih za znanstvenike, tečajeva europskog prava...) – na dulji rok to može imati učinak ispiranja pravno-kulturnih tradicija, a to se može odviti možda i brže nego li recepcija rimskoga prava ili recepcija modernog zapadnog prava u nerazvijenim zemljama

- no, čak i ako netko – protivno svim empirijskim pokazateljima – prihvaća da je za prihvrat novog prava potrebno tek da se s njima upoznamo i da oni budu naučeni ipak još uvijek moramo računati s faktorom kulturnog kašnjenja koji otvara problem legitimacije - kriza

1992. (a i suvremena kriza oko europskog ustava) je kriza integracije i ujedno kriza konvergencijskih teorija – kako će se to pitanje razriješiti je otvoreno – problem može biti razriješen jedino obostranom konvergencijom pravnih kultura

Obvezna literatura uz glavu 3: 1) Franz Wieacker, Foundations of European Legal Culture, American Journal of Comparative Law, (1990), str. 1-29 ili nebitno skraćeni tekst u Volkmar Gessner, Hoeland Armin, Csaba Varga (eds.), European Legal Cultures (Tempus textbook series on European law and European legal cultures), Aldershot, 1996, 48-62, (ili drugo vrelo); 2) Martijn Hesselink, The new European legal culture, Deventer, 2001 str. 69-80 (download cjelokupne edicije: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1029573); 3) Volkmar Gessner; The transformation of European Legal Culture, u: V. Gessner, A. Holland and Cs. Varga (eds.), European legal cultures, Dartmouth, 1996, 513-516.

4. Pravna kultura i prijenos prava, pravni iritanti (Teubner, 1998)

pravni transplant: krivo usmjerena metafora

- izazov za razmišljanje: uvođenje načela *bona fide* putem EU direktive (1994) - iritacija britanskog ugovornog prava

- prethodna odbijanja engleskih sudova da prihvate to načelo kao infekt protivan načelu suprotstavljenosti stranaka te neprovediv u praksi – razilaženja o svrsishodnosti uvođenja tog načela u britansko pravo i njegovu sudbinu – odbijanje ili prihvaćanje?

- „pravni transplant“ – da li će prenijeti institut biti odbijen ili zaživjeti u organizmu – zapravo, lažna dilema – pojam „pravni transplant“ stvara dojam da se radi o prijenosu u mehaničkom ili organicističkom smislu, poput transplantacije srca kojeg organizam u koji se presađuje ili odbacuje ili prihvaća te ono nastavlja obavljati jednaku funkciju kao u organizmu iz kojeg je presađen

– ali, pravne institucije su nešto drugo, one se ne mogu tako lako prenositi iz jedne sredine u drugu i zapravo iritiraju sustav u koji se presađuju, a ta iritacija izaziva cijeli splet nepredvidljivih zbivanja

→ razriješenje je u koncepciji „pravnog iritanta“

- prenijeto pravilo iritira okruženje, društveni realitet pa i emocije i svijet pravnika, ali i dublje pravna i društvene strukture - izvanjska buka – divlje perturbacije u međugri diskursa koji sili da se rekonstituiraju vlastite unutarnje veze kao i sam preneseni element

- pravna pravila se ne „prenose“ već potiču evolutivnu dinamiku → izmjena unutarnjih obilježja i vanjskog smisla pravila

→ pravno pitanje: ne naprosto prihvati ili odbijanje pravila već pitanje kroz koje promjene prolazi prenijeti pravilo i koje posljedice izaziva u okruženju

- u tom je smislu relevantna suprotnost *common law*–*civil law*, ali i proizvodni režimi → u sve integriranijoj EU novi rasjedi i razlike

- glede toga postoje dvije šire prihvaćene postavke:

- konvergencijska teorija – konvergencija globalnih/europskih društava prema sve sličnijoj društveno-gospodarskoj strukturi → uniformiranje prava kao poželjni okvir

- teorija funkcionalne ekvivalencije – različitost nacionalnih poredaka i doktrinarnih tradicija, ali i sučeljavanje sa sličnim društveno-gospodarskim problemima → slični odgovori na slična pitanja u različitim doktrinarnim okvirima = funkcionalna ekvivalencija ≈ konvergencija

- međutim, u stvarnosti se uobličava nad-nacionalna sektorska fragmentacija kao posljedica globalizacije - različitosti u identičnim nacionalnim regulativama (uočljivije na globalnoj nego li na regionalnoj razini/EU)

kontekst vs. autonomija

-- sociolog Pierre Legrand: europski sustavi ne konvergiraju!

- konvergencija je uočljiva na razini pravnih pravila i institucija, ali dublje strukture prava, pravnih kultura, instituta, spoznajnih teorija, doktrina i pravne znanosti ostaju povijesno jedinstvene i ne mogu se premostiti (posebno je značajna suprotnost *common law* – *civil law*)

– pravni transplantanti nisu mogući

→ pravni transplantanti ne mogu premostiti kulturne barijere – smisao pravnog pravila ne može preživjeti prijenos iz jednog sustava u drugi (reformulacija Montesquieuove postavke iz „Duha zakona“)

-- kritika Legranda:

a) problematičnost postavke o vezi svakog pojedinačnog instituta i totaliteta pravne kulture društva, ispada da svaki pravni institut reflektira cjelokupnu socijalnu kulturu,

b) primjeri brojnih uspješnih transfera na Zapadu,

c) Legrandov antropološki pristup ne uzima u obzir fragmentaciju, diferencijaciju, izolaciju i zatvaranje diskursa tipičnih za moderno društvo

-- pravni povjesničar Allan Watson, autor pojma „pravni transplant“: predočava bogato povijesno gradivo o uspješnim transferima između strukturno različitih društava = značaj visoko razvijene autonomije pravne profesije

→ argumenti konvergencijske i funkcionalne teorije kao ni Legrandova kulturalna uvjetovanost nisu važni - pravna pravila prenose se između autonomnih pravnih sustava, a prenose ih pripadnici autonomne pravne profesije

→

1) zadaća poredbenog prava ubuduće: ne više studij stranih prava već studij međuuvjetovanosti različitih pravnih sustava,

- povijesni raskorak između „nacija“ i „nacionalnog prava“ – Montesquieu je možda još bio u pravu s prigovorom o nemogućnosti prijenosa prava i jedinstvenosti nacionalnih sustava – ali, danas osnovna pravna jedinica nije nacija s jedinstvenim duhom prava, a nacionalni pravni sustavi više nisu utemeljeni u nacionalnoj pravnoj kulturi

- globalizirana mreža pravne komunikacije umanjuje značaj nacionalnih pravnih država na regionalne dijelove velikih mreža

→ prijenos prava više nije pitanje prirode društva i pritiska nacionalne pravne kulture – već direktna veza pravnih poredaka globaliziranih društava → olakšan prijenos institucija

- ipak, ne smije se izgubiti iz vida posljedice odvajanje prava od nacionalnih korijena

2) preneseno pravo = glavno vrelo pravnih promjena – pravna profesija preuzima strana prava radije nego li da neposredno reagira na stimulanse iz vlastite društvene sfere – pravna pravila ne stvaraju se *ex nihilo* već pravnici traže uzore u postojećim i autoritativnim rješenjima -ali, prigovor: poticaj za nalaženje rješenja ipak dolazi iz unutarnje društvene i kulturne okoline, a ne iz vanjskog pravnog sustava – traženje vanjskog uzora ide unutarnjom logikom pravnog sustava odnosno traženju odgovora unutar vlastitih (širih) sistemskih (pravnih) okvira umjesto kompliciranog izmišljanja novih pravila,

3) Watson generalizira iz povijesnog gradiva: pravna evolucija odvojena od društvenih promjena – imitacija i posudbe bez referencije na društvene činioce – suglasno društvenim teorijama o kulturnoj evoluciji po pojedinim sektorima kulture/društva, bez međuuvjetovanosti s društvenim totalitetom – različitost evoluiranja pojedinih sektora – tako i pravo – stoga postaje i moguća posebna pravna povijest

- prigovor: pretjerana generalizacija i odvajanje veze pravo-društvo, izuzimajući priznanje uloge pravne profesije u transferu što je ipak još uvijek površno, umjesto da zahvati dublje i složenije
- zapravo su sve te koncepcije manjkave te traže cjelovitu rekonceptualizaciju

međuvjetujuće veze (matrice) u fragmentiranom društvu

- potreba premošćenja dualiteta društveni kontekst – autonomija prava
- Otto Kahn-Freund: razlikuje pravne institucije koje su duboko kulturno ukorijenjene i one koje su zapravo odvojene od kulture i društva – raspon: od „mehaničkih“ do „organskih“ institucija → različitost problema u prijenosu
- + transfer „organskih“ institucija danas (Kahn-Freund, 1970-e) ovisi od njihove sprege s institucijama moći – Montesquieova veza prava i društva više nije relevantna za formalizirano, tehnicizirano i profesionalizirano pravo operativno zatvoreno kroz proces pozitivizacije/proizvodnje pravnih pravila
- međutim, kada je nešto isključeno obično se vraća na zadnja vrata:
Gunther Teubner: četiri postavke koje će dalje elaborirati:
 - 1) veza pravo-društvo (u smislu društvenog totaliteta) više nije nužnost već je selektivna i u rasponu je od labave do čvrste,
 - 2) ta veza više nije spregnuta s totalitetom društva već s različitim fragmentima društva,
 - 3) veza prava s društvom sada je veza različitosti,
 - 4) pravo i društvo ne evoluiraju u zajedničkom povijesnom razvoju već u sukobljavanju međuvjetovanosti ili kroz više različitih smjerova≈ pravo je usko vezano uz kulturu, ali su te veze selektivne (vs. društveni totalitet) – naivno je gledanje na pravo kao na društveni odraz, ali veća pravna autonomija ne znači veću izdvojenost prava već izraženiju međuvjetovanost sa specifičnim diskursima u društvu

- čvrste i labave sveze

- nove veze pravo - društvo su vrlo selektivne

- suvremena proizvodnja pravnih pravila odvojena je od proizvodnje kulturnih normi mnoga velika područja prava su tek u vrlo labavoj svezi s društvenim procesima pravo se tek *ad hoc*

sučeljava s društvenim konfliktima koje (pravni sustav, pravници) rekonstruira kao slučajeve („case“) i o njima odlučuje temeljem postojećih pravila – no, drugačije je kod područja u kojima su pravni i društveni procesi čvrsto vezani – tu se pravila formuliraju u cikličkim procesima između prava i društvenih struktura koje ih istovremeno drže skupa i odvojene,

- područja prava labavo vezana uz društvene sektore → lakši prijenos prava

vs. područja prava čvrsto vezana uz društvene procese → veći otpor u prijenosu prava

- međutim, ni kod prijenosa labavo vezanih pravila se ne radi o mehaničkom prijenosu kao prebacivanje karburatora iz jednog motora u drugi

→ Ewald: svako prenijeto pravilo mora biti prihvaćeno od dubljih struktura prava koja su jedinstvena za svaku pravnu kulturu sa spoznajnom teorijom, stilom rezoniranja, načinom interpretacija – P. Legrand je ipak relevantan!

- nakon prijenosa pravo (pravno pravilo) može izgledati isto, ali je ono promijenjeno asimilacijom u novu mrežu pravnog diskursa – pravne kulture se međusobno naročito razlikuju po načinu interpretacije pravnih sukoba (klasično: *common law – civil law*)

- tako interpretaciju načela bona fides u Njemačkoj karakterizira dogmatizam, pozitivizam, doktrinarski pristup uz utjecaj sveučilišnih profesora i konceptualizaciju dok je u Engleskoj taj stil empirijski, a rješenja situacijska bez posredujućih razina prema doktrini, dogmatici i konceptualizaciji

vezivanje prava uz društvene fragmente

- pri svakom prijenosu prava → izlaganje dubljim strukturama pravne kulture → otpor nove pravne kulture prenijetom pravilu te otpor izvan samoga prava – fragmentirani pravni diskursi (pravo više nije izraz totaliteta društva kulture) već vezano uz pojedina područja

- društvo – nije više kao kod Savignyja mistično jedinstvo nacije, jezika, kulture i društva (*Volksgeist*) već razbijena skupina društvenih podsustava s diskretnim vezama - pri tome politička dimenzija više nije presudna kao u doba hladnog rata (Kahn-Freund, 1970-e) – danas bi to bilo pretjerano

- ipak neke interakcije prava i društvenih sektora mogu biti vrlo usko vezane uz politički sustav → tada prijenos prava implicira i promjenu političkog sustava

- u privatnom pravu – interakcije prava i društvenih sektora su slabije vezane uz politički sustav, ali vrlo usko vezane uz gospodarski sustav ili tehnologiju, znanost, kulturu (u užem smislu)

- društveni diskurs s kojim su ta pravila u vezi neće reagirati na signale pravne promjene (promjene u pravnom sustavu) – jer taj diskurs (to jest način razmišljanja i komunikacije u dotičnom društvenom fragmentu) ima drugačiju unutarnju logiku i reagira jedino na signale adekvatne (vlastite) prirode

tako će prijenos prava biti bez neposrednog utjecaja i promjena na ciljano društveno područje

različiti proizvodni režimi (NB: ne treba za ispit)

- iznenađujuće: poredbena politička ekonomija minimizira postavke konvergencijskih teorija – nasuprot očekivanja da globalizacija i konjunktura ekonomija vodi funkcionalnoj ekvivalenciji pravnih normi događa se drugačije
- očekivala bi se „regulatorna utakmica“ koja će ujednačiti uvjete proizvodnje – međutim gospodarski režimi u razvijenim kapitalističkim zemljama ne konvergiraju – stvaraju se nove razlike u proizvodnim režimima, čak i unatoč unificirajućim naporima EU
(proizvodni režim: institucionalni okvir gospodarskog djelovanja – organizirana proizvodnja kroz tvrtke i s tvrtkama vezane institucije te organizacija pravila igre...)

ko-evolutivni sljedovi

- Janus, bog s dva lica
- gospodarska pravila igre \neq pravna pravila interakcije
gospodarska promjena \neq ugovor, iako se mogu posve poklapati –
- razlika - gospodarske institucije: vezane, *cost-benefit* logika aktera \neq pravne strukture: vrijeđajuća pravna pravila (i odgovarajuća logika) koja strukturiraju rješenje konflikta - to su povezane, ali analitički i empirijski različite strukture

- te veze ne stvaraju novo jedinstvo prava i društva, jedinstvene socio-pravne operacije ili jedinstvene socio-pravne strukture → simultanost u zbivanjima, ali pripadnost različitim područjima s različitom prošlošću i budućnošću – jedini uvjet za njihovu sinhronizaciju je da moraju biti međusobno kompatibilni - te su matrice poput boga Janusa, imaju pravno i društveno lice

→ prijenos pravnog pravila → narušavanje kompatibilnosti tih različitih sfera → kompatibilnost se mora regenerirati u novom kontekstu – dugotrajni i složeni postupak

- dvostruka promjena: rekonstitucionalizacija pravne strane u novoj mreži \neq rekonstitucionalizacija društvene strane
- nema jednostrane determinacije smjera, nema institucionalnog identiteta ili para ovisno/neovisno
- vezivanje prava uz društveni diskurs se ne odvija po povijesnoj stazi već u dva odvojena i kvalitativno različita smjera povezana kroz ko-evoluciju:
- pravna strana – evolutivna logika prava \neq društvena promjena (inherentno)
- no, promjene su u interakciji jer zbog bliske strukturne uparenosti stalno provociraju promjene na drugoj strani

→ prenijeto pravo → iritant, a na transplant – prenijeto pravo iritira, a ne mijenja odnos pravnog i društvenog diskursa

- ta iritacija je ko-evolucioni proces
- na pravnoj strani: prenijeto pravilo će biti uklopljeno u novi kontekst u novoj mreži pravnih pojmova i može ostati prepoznatljivo kao izvorno pravilo unatoč izmjeni smisla i tumačenja \neq društvena strana: pravni impuls – ako je prepoznat – provocira promjene i perturbacije vođene unutarnjom logikom društvenog sustava te će biti interpretiran logikom i jezikom tog sustava, što pak potiče nove promjene

→ ta društvena promjena retroaktivno djeluje na iritaciju pravne strane

→ cirkularni dinamizam → uspostavljanje narušene ravnoteže pravnog i društvenog diskursa

- prijenos pravnog pravila u novu sredinu – mogući ishodi:
- prenijeto pravilo će biti odmah odbijeno
- ono će razoriti zatečenu matricu, sustav zatečenih veza
- ono će potaći dinamički međuuvjetovanu iritaciju u kojoj se zamjenjuje temeljni identitet prenijetog pravila

Obvezna literatura: Gunther Teubner, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, *The Modern Law Review*, 61, 1998, 11-32 - za ispit ne treba spremati sljedeće stranice (pasuse): na str. 18 od početka zadnjeg pasusa do kraja poglavlja na str.21, 2) od početka zadnjeg poglavlja na str. 22 do početka zadnjeg poglavlja na str. 23, 3) cjelokupno poglavlje „Divergent production regimes“ od str. 24 do str. str. 27, 4) od početka str. 29 do početka zadnjeg pasusa na str. 31. Download: <http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/teubner/dokumente/Irritants.pdf>, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=876950 ili <http://www3.interscience.wiley.com/journal/119111782/issue?CRETRY=1&SRETRY=0>.

Preporučljivo (neobvezno) čitanje: Dalibor Čepulo, Tradicija i modernizacija: "iritinatnost" Općeg građanskog zakonika u hrvatskom pravnom sustavu // *Liber amicorum Nikola Gavella* : građansko pravo u razvoju : zbornik radova u čast 70. rođendana profesora emeritusa Nikole Gavelle / Igor Gliha et al. (ur.), Zagreb 2007. Str. 1-50.

5. Središte i periferija u razvoju pravnih sustava; formiranje modernih javnopravnih institucija u Europi i glavni pravni sustavi (Čepulo, 2003)

- središte i periferija kao prizma za analizu pravnog prijenosa
- pojam središta i periferije i pravni razvoj
 - razvoj glavnih pravnih sustava u Europi, napose u hrvatskom okruženju
 - ekskurs: pravna država i vladavina prava

Obvezna literatura: Dalibor Čepulo, Prava građana i moderne institucije: europska i hrvatska pravna tradicija. Zagreb 2003; 1-15.

Šire (neobvezno) čitanje: Dalibor Čepulo, Prava građana i moderne institucije: europska i hrvatska pravna tradicija, Zagreb 2003; 1-35; G. Dietze. Two Concepts of the Rule of Law. Indianapolis 1973.

6. Prijenos prava, pravna kultura i hrvatski pravni razvoj (Čepulo, 2001)

- središte i periferija i formiranje modernog hrvatskog pravnog sustava
- pravna država i element modernizacije prava na hrvatskom području od 19. do 21. st.

Obvezna literatura: Dalibor Čepulo, Vladavina prava i pravna država – europska i hrvatska pravna tradicija i suvremena zbilja, u: Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 51, 2001, 6, 1337-1356;

Šire (neobvezno) čitanje: Dalibor Čepulo, Building of the modern legal system in Croatia 1848-1918 in the centre-periphery perspective, u: Modernisierung durch Transfer im 19. und frühen 20. Jahrhundert, hg. von Tomasz Giaro, Frankfurt a. M. 2006, 47-91; Dalibor Čepulo, Modernity in Search of Tradition: Formation of the Modern Croatian Judiciary 1848–1918 u: A. Uzelac, C. H. Van Rhee (eds.), Public and Private Justice. Dispute Resolution in Modern Societies, Intersentia, Antwerpen – Oxford 2007, 105-127.