

Postmodernizacija (i kriza) prava: pravni sistem i pravna država u „vrlom novom svijetu“

Postmodernization and the Crisis of Law: Legal System and Rule of Law in „Brave New World“

Doc. dr. Benjamin Flander

Univerzitet u Mariboru, Fakultet za kazneno pravosuđe i sigurnostne studije

E-mail: Benjamin.Flander@fvv.uni-mb.si

Abstract: *In the past few decades, due to far-reaching social changes caused by globalization and postmodernization, modern law and legal systems have changed significantly. Generally speaking, law has become less general, systematic, and hierarchical since the basic structural features of modern law changed.*

Keywords: *society, law, legal system, the rule of law, postmodernization, crisis.*

JEL Classification: K33, K39

New principles of the functioning of the legal system have taken advantage over the previous ones, i.e., instead of a public law model, a private law contracting model has established itself as the dominant way of regulating social relations. Moreover, the boundary between public and private law has become less clear, and new legal concepts, institutes, and disciplines have occurred while those which prevailed throughout the modern legal tradition have changed significantly. Postmodernization of law, among other things, brings a lot of negative “crisis” transformation, among which those worth mentioning are the spread of the neo-liberal law-and-order legal ideology and politics, the degradation of fundamental principles of the rule of law, changes in substantive and procedural criminal law for the sake of fast, efficient, and economic prosecution of criminal suspects, the breakdown of the (law of) welfare state (the latter being transformed into penal state), privatization of justice (e.g. judicial services), excessive juridization of social relations, and the transformation of legal subjectivity. In many important aspects, the postmodern transformations have taken contemporary law and legal systems back to the times of the early classical liberal legal system of the 18th and early 19th centuries.

DOI: 10.14706/DOI15218

Article History

Submitted: 06.11.2014.

Resubmitted: 16.12.2014.

Accepted: 07.01.2015.

The author argues that, in the process of their integration to European Union and the legal reform according to the European standards, the states should take into account the broader historical context of this process: the social and legal postmodernization which gave the law and legal system a new postmodern identity, on one hand, and the crisis of the concept of the rule of law, on the other.

Sažetak: *U posljednjih nekoliko decenija se zbog dalekosežnih društvenih promjena, kojim uzrokuju procesi globalizacije i postmodernizacije, značajno promjenjuje i moderno pravo odnosno pravni sistem. Pravo postaje sve manje općenito, sistematično i hierarhično (promjenjuju se temeljne strukturne značajke modernog prava), uvažavaju se novi principi djelovanja pravnog sistema (umjesto javno-pravnog modela ugovorni privatno-pravni model uspostavio se kao dominantan način regulisanja društvenih odnosa), granice između javnog i privatnog prava sve su manje jasne, ostvaruju se novi pravni koncepti, instituti i discipline, dok se oni, koji su nastali u modernoj pravnoj tradiciji, značajno promjenjuju. Postmodernizacija prava, između ostalog, donosi mnoge negativne ("krizne") transformacije, među kojima treba istaknuti širenje neoliberalne (law-and-order) pravne ideologije i politike, degradaciju temeljnih principa pravne države, promjene materialnog i procesnog kaznenog prava u ime brzog, efikasnog i ekonomičnog kaznenog progona osumljenika krivičnih djela (mjesto pravne države preuzima postmoderna penalna država), razgradnju socijalne države, privatizaciju pravosuđa, inflaciju pravnog normiranja (juridizaciju društvenih odnosa) i transformaciju pravnog subjektiviteta. Promjene, koje donosi postmodernizacija, moderno pravo i pravni sistem u mnogim bitnim aspektima vode natrag u vrijeme ranog klasičnog liberalnog modernog pravnog sistema 18. i početka 19. stoljeća. Autor u članku razvija stav, da države, koje ulaze u proces evropskih integracija i reforme pravnog sistema prema kriterijima Evropske unije, trebaju uzeti u obzir širi istorijski kontekst tog procesa: društvenu i pravnu postmodernizaciju (u kojoj pravo i pravni sistem dobijaju novi, postmoderni identitet) na jednoj, te krizu koncepta pravne države na drugoj strani.*

Ključne riječi: *društvo, pravo, pravni sistem, pravna država, postmodernizacija, kriza.*

JEL klasifikacija: K33, K39

DOI:

Historija članka

Dostavljen: 06.11.2014.

Recenziran: 16.12.2014.

Prihvaćen: 07.01.2015.

Uvod

Članak se temelji na pretpostavki, da su u zemljama, koje su u čakaonici Europske unije, »označitelji gospodari« pravnog diskursa već izvjesno vrijeme teme kao na primjer evropski pravni standardi, *aquis communitaire*, harmonizacija pravnog poretka, reforma i izgradnja stabilnog i modernog pravnog sistema, vladavina prava, pravna država itd. U ispravnost ove pretpostavke me ubjeđuje primjer Slovenije, koja je sporazum o pridruživanju Evropskoj uniji potpisala 1996. godine (slovenski parlament je ugovor ratificirao 1997. godine), dok je punopravna članica postala u maju 2004. godine u prvom krugu proširenja Evropske unije. Od sticanja nezavisnosti početkom devedesetih godina, u Sloveniji u pravnom diskursu prevladavale su teme vezane uz *acquis*, harmonizaciju pravnog poretka u skladu s evropskim standardima i tako dalje. Oko čega se u zemljama, koje žele pristupiti Evropskoj uniji, više ili manje vrti pravni diskurs, pored ostalog pokazuje i konferencija u Sarajevu, naime njezin naslov, teme pojedinih panela te većina glavnih tema i doprinosa pojedinaca ovoj konferenciji.

Takav diskurs je u zatečenom trenutku, u kojem se nalazi Bosna i Hercegovina, očekivan, razumljiv, čak i nužan, međutim čini se, da je u nekim važnim aspektima deficitaran. U aktualnom diskursu kategorije kao što su pravna država, evropski pravni standardi, *acquis* i drugi postaju – *sub specie aeterni* – »pravna metafizika«, to je bezvremenski koncepti, kod kojih čovjek dobija utisak, da egzistiraju izvan vremena, prostora i povjesti. Stojim na stajalištu, da bi države, koje se nalaze u procesu evropskih (i drugih međunarodnih) integracija i reforma pravnog sistema prema kriterijima Evropske unije (i drugih međunarodnih organizacija), te prije svega naučnici i intelektualci, koji reflektiraju ove procese, trebali uzeti u obzir širi društveno-istorijski kontekst tih procesa na jednoj, i opštu krizu koncepta pravne države (krizu prava), koja je simptom tog procesa, na drugoj strani.

Kritična socijologija i društvena teorija¹ već izvjesno vrijeme podsjećuju, da je zapadno društvo u poslednjih nekoliko desetljeća svjedok dalekosežnoj tranziciji u neku novu, postmodernu eru, koju različiti pisci u polju društvenih nauka nazivaju različito. Giddens, na primjer, novu eru, u kojoj se nalazi zapadno društvo, označava s izrazima »radikalizirana moderna« i »pobjegli svijet« (*runaway world*). Lash i Urry vjeruju, da je krajem sedamdesetih godina počela nova faza u razvoju zapadnog kapitalizma, koju avtor nazivaju »dezorganizovani kapitalizam«. Bauman je novu eru u istoriji zapadnog društva konceptualizirao kao »tekuću modernu« (*liquid modernity*), dok je Beck zapadno društvo druge polovice dvadesetog stoljeća definirao kao »drugomodernu« i »društvo rizika« (*risk society*). U socijološkoj literaturi »vrli novi svijet« (Huxley) pored ostalog naziva se i kao »neoliberalna« moderna, »postindustrijska« moderna, »visoka« moderna,

¹ Gledaj na primjer S. Lash i J. Urry, *The End Of Organized Capitalism*, Polity Press, Oxford 1988, A. Giddens, *Runaway World: How Globalisation Is Reshaping Our Lives*, Profile, London 2002, Z. Bauman, *Tekoča moderna*, Založba I*cf, Ljubljana 2002, U. Beck, *Družba Tveganja. Na poti v neko drugo moderno*, Krtina, Ljubljana 2001, I. M. Wallerstein, *Uvod v analizo svetovnih sistemov*, Založba I*cf, Ljubljana 2006 i isti, *Utopistik: historische Alternativen des 21. Jahrhunderts*, Promedia Verlag, Wien 2008.

»riskantna« moderna, »laka« moderna, »digitalizirana« moderna, »televizirana« moderna, »virtualna« moderna, »bježeća« moderna, »društvo simulakra« i tako dalje.

U svakom slučaju, ova tranzicija je mnogo dalekosežnija od evropskih (pa i drugih međunarodnih) integracija. Neomarksistički uvid u transformacije, koje zapadno društvo proživljava u poslednje vreme, polazi iz pretpostavke, da se kod tih procesa radi o globalnoj ekspanziji neoliberalnog (»divljeg«, »kasnog«, itd.) kapitalizma, i da su implikacije ove ekspanzije, u pogledu implementacije civilizacijskih i vrednosnih ideala moderne ere, pretežito negativne. Ovdje ne želimo i nećemo dati prijednost nijednoj od navedenih hipoteza. S obzirom na ciljeve, koje ima ovaj članak, važno je naglasiti, da se poslednjih nekoliko desetljeća zbog dalekosežnih društvenih promjena značajno promjenjuju i moderno pravo odnosno moderni pravni sistem.

Za ilustraciju: promjenjuju se temeljne strukturne karakteristike (pravo postaje sve manje općenito, sistematično i hierarhično) i temeljni principi djelovanja pravnog sistema. Formiraju se novi pravni koncepti, institucije i discipline, dok se oni, koji su bili formirani u modernoj pravnoj tradiciji, značajno promjenjuju. Čini se, da se promjenjuju i kriteriji, koji su u modernom pravu determinirali legitimitet prava i pravnog sistema. Prema Edgewothu, promjene su toliko dalekosežne, da se globalno društvo susreće s procesom, koji bismo mogli nazvati postmodernizacija prava. Po njegovom mišljenju s pravom se događa slično kao sa društvom – postupačno dobija neki novi, postmoderni identitet.² Ključno pitanje, koje se ovdje namjećuje, je sljedeće: kakav je kvalitet ovih promjena? Možemo reći, da uprkos tome, da pravna postmodernizacija donosi određene »pozitivne« transformacije, čini se, da u savremenom pravu i pravnom sistemu prevladavaju »negativne« odnosno krizne transformacije (prema uvidu kritičnih pravnih teoretičara, moderno pravo je u pogledu ideala, koje deklarira, u krizi već od svoga nastanka, to je od buržoaznih revolucija nadalje), koje uglavnom reflektiraju krizne transformacije u društvu.

Faktori postmodernizacije (i krize) prava i pravnog sistema

Efekte pravne postmodernizacije evidentni su u gotovo svim segmentima građanskog prava (u toj pravnoj sferi očigledne su strukturne promjene s važnim suštinskim implikacijama), kao i u svim tradicionalnim područjima javnog prava (njima ćemo u ovom članku namjeniti posebnu pažnju). Kada su u pitanju promjene, koje su se u posljednjih nekoliko desetljeća dogodile, na primjer, u oblasti ustavnog prava, neki govore o globalnom odnosno postmodernom konstitucionalizmu. Promijene su evidentne i u oblasti međunarodnog prava, koje je u kontekstu globalizacije i opadanje suvereniteta nacionalnih država vidno odstupilo od temeljnih karakteristika "klasičnog" modernog međunarodnog prava (tipičan primjer takvog međunarodnog prava je *lex mercatoria*). Posebno dalekosežne su promjene koje se dešavaju u krivičnom (materijalnom i procesnom) pravu. U tom segment javnog prava u procesu

² B. Edgeworth, *Law, Modernity, Postmodernity. Legal Change in the Contracting State*, Ashgate, London 2003, 1-4 i 133-203.

postmodernizacije u pitanju je transformacija jednog od temeljnih elemenata modernog prava, naime koncepta pravne države odnosno vladavine prava.

Neke od faktora i karakteristika postmodernizacije prava i pravnog sistema pogledat ćemo u nastavku ovog članka.

Ekspanzija neoliberalne pravne (i pravno-političke) ideologije

U procesu pravne postmodernizacije principi utilitarnosti kao što su efikasnost, funkcionalnost i ekonomičnost postaju glavni imperativi i temelj legitimiteta pravnog diskursa, pravne politike i djelovanja pravnog sistema. Ključnu ulogu, koju je nekad imala retorika ljudskih prava, polako (korak po koraku) preuzima utilitarna retorika, koja pravno uređivanje društvenih odnosa utemeljuje na principima ekonomske racionalnosti.

Čini se, da ekonomska racionalnost postaje oblik racionalnosti, kojem treba prilagoditi pravo, jer u suprotnom pravno uređivanje neće odražavati potrebe društva in interese pojedinaca te, shodno tome, neće biti (dovoljno) efikasno. S malo preterivanja možemo reći, da u »krasnom novom svijetu« ono, što treba biti cilj, ono što je ugroženo, nisu više integritet, autonomija i ustavna prava pojedinaca, nego efikasnost i ekonomičnost pravnog uređivanja društvenih odnosa u ime ultimativnih aksioma postmodernog društva – ekonomske rasti i stabilnosti.

Prema Edgeworthu, socijalni i socijološki kontekst, koji je u drugoj fazi razvoja modernog prava (u vrijeme prava socijalne države) pokazivao pravac pravnoj politici i pravnom uređivanju društvenih odnosa, u procesu pravne postmodernizacije zamjenio je utilitarni diskurs.³ Drugim riječima, dok je u modernoj pravnoj tradiciji primat u pravnoj refleksiji imala socijološka jurisprudencija, u postmodernom pravu njeno je mjesto preuzela ekonomska jurisprudencija.

Naime, u posljednje vrijeme u pravnoj refleksiji počela je prevladavati »ekonomska škola prava« (*law & economics*), to je *laissez-faire* paradigma, koja temelji na pretpostavki, da su ekonomski koncepti (»Paretova efikasnost«, »Kaldor-Hicksova efikasnost«, »Coasov teorem« itd.) najnaravniji i najbolji kriterijum djelovanja i razvoja pravnih normi, pravnih instituta i pravnog sistema.⁴ U posljednje vrijeme taj oblik analize prava ne primjenjuje se samo u korporacijskom i nekim drugim segmentima građanskog prava, nego se u izvesnoj mjeri proširila i u određene segmente javnog prava (tj. ustavnog, upravnog i krivičnog prava).

Dok ekonomska analiza prava uvažava kriterij ekonomske efikasnosti pravnih pravila i pravnih postupka, neki drugi indikatori kvalitete i legitimiteta pravnog poretka (pravda, jednakost, lična sloboda, integritet, dostojanstvo, privatnost, itd.) za tu paradigmu

³ *Ibid.*, 168.

⁴ Prošireno o tome B. Flander, Kriza prava. Odbliski kritične jurisprudencije, Fakulteta za varnostne vede, Ljubljana 2012, 113-116.

pravne refleksije su manje značajni. Iako ekonomska analiza prava po sebi nije problematična (ekonomski pogled na pravo i pravno uređivanje društvenih odnosa može donjeti zanimljive i koristne uvide), problem nastaje, ako ta analiza postane ekskluzivna u odnosu na druge vrste pravnog diskursa.

Erozija prava socijalne države

Zbog uspona neoliberalne pravne ideologije i politike suvremeno pravo i pravni sistem distanciraju se prije svega od određenih atributa i elemenata, koji su definirali pravo socijalne države. Važan faktor tog procesa su na pravu temeljeći procesi privatizacije i deregulacije, koje prema Kanduču možemo i moramo interpretirati u kontekstu društveno-razredne borbe u postmodernom kapitalizmu.⁵

Prema Edgeworthu, procesi privatizacije i deregulacije manifestiraju se na različite načine: direktnom prodajom državnog vlasništva privatnim vlasnicima; transferom javnih ovlasti i pooblaščenja na privatne pravne subjekte; uvođenjem privatne konkurencije na područjima, koja su bila za vrijeme socijalne države u izključivoj ovlasti javne sfere; uvođenjem menedžerskog upravljanja javnih institucija (za vrijeme socijalne države to je bio atribut privatnog sektora); usluge, koje su nekad bile dio »javnog servisa« (na primjer zdravstvenog, socijalnog itd.) i svima lako dostupne, u »vrlom novom svijetu« postaju plaćljive; dok se pravni mehanizmi kontrole u određenim sferama društvenih odnosa (prije svega u ekonomskoj sferi) ukinjaju, instrumenti formalne (policijske) kontrole pojedinaca se intenziviraju; mjesto koje je nekad imao koncept intervencijske socijalne države preuzima neoliberalna »ugovorna država« (*contracting state*), i tako dalje.⁶ »Smanjivanje« države« odnosno skidanje njenih ovlasti na područjima, koja su za vrijeme socijalne države bila predmet pravnog uređivanja sa strane države, postalo je glavni imperativ pravne i općenite politike. Edgeworth naglasuje, da se svi ti procesi (odn. sve te transformacije) oslanjaju se na pravo i pravne postupke.⁷

Među posljedicama privatizacije i deregulacije prije svega valja istaknuti a) smanjivanje društvene odgovornosti korporacija, zavoda i drugih subjekata, koji su iz javnih prešli u privatne ruke, i b) smanjenje socijalnih i ekonomskih prava državljana odnosno pojedinaca.

Dok su ekonomska efikasnost i stvaranje profita postali prvi i više ili manje jedini »modus operandi« privatiziranih subjekata (u pogledu uvažavanje javnog interesa, socijalne bezbednosti pojedinaca itd. njihov doprinos društvu značajno se smanjio), oni, koji su ostali u (so)upravljanju države, takođe uvode »privatnu« praksu korporativnog upravljanja.⁸

⁵ Z. Kanduč, *Anthony Giddens: Runaway World – How Globalisation is Reshaping our Lives*, Revija za kriminalistiku in kriminologiju, 54/2003, 324-326.

⁶ B. Edgeworth, 134-139.

⁷ *Ibid.*

⁸ Prošireno o tome *ibid.* Gledaj i B. Flander, 117-136.

U neoliberalnoj »ugovornoj« državi javna ovlaštenja s javnih zavoda i poduzeća na privatne prenose se s koncesijskim ugovorom, čime država i koncesionar postanu »partnari na trgu«. Dok ovlaštenja tih subjekata mogu imati direktan učinak na temeljna prava i slobode pojedinaca, oni nisu stranke u koncesijskom odnosu (na taj način njihov položaj je oslabio). Uprkos tome, da u nekim slučajevima države novoprivatizovanim entitetama nameću određene pravne obaveze i odgovornosti prema zajednici, te u praksi u većini slučajeva pokazale su se kao iluzorne.⁹ U vezi s tim Edgeworth naglasuje, da privatizaciju i deregulaciju u tom aspektu premalo uokviravaju principi odgovornosti, transparentnosti, pravednosti, participacije i drugi principi, koji su temeljni principi javnopravnog uređivanja društvenih odnosa.¹⁰

Jedna od važnih strukturnih promjena u postmodernom pravnom sistemu bila je u tome, da je privatno-pravni ugovorni model uređivanja društvenih odnosa postao dominantan (preuzeo je mjesto koje je u pravu socijalne države imao javno-pravni model abstraktnog pravnog uređivanja društvenih odnosa). Istovremeno pravne doktrine, koje su pravu socijalne države uvodile suštinsku (materialnu) pravednost, u pravu neoliberalne države postale su marginalne ili su čak bile odbačene (ovu transformaciju Edgeworth označio je izrazom »dematerijalizacija prava«).¹¹ Posljedica toga, da ugovorno pravo postaje glavni stub odnosno način pravnog uređivanja bila je u tome, da se u privatnoj te u nešto manjoj mjeri i u javnoj pravnoj regulaciji varstvo prava pojedinaca u znatnoj mjeri uklonilo »slobodnom« ugovornom uređivanju pravnih odnosa, što je snizilo nivo varstva prava (objektivno slabijih) pojedinaca.

Tipičan primjer tog trenda može se identificirati u oblasti radnog prava. Javno-pravne garancije i principi radnog prava u pravu neoliberalne »ugovorne« države uklonile su se klasičnim principima obligacionog prava. Implikacije tih transformacija su očigledne: radna snaga postaje »fleksibilnija«, prava i obveze zaposlenih radnika postaju manje kolektivne odnosno više individualne, ograničavanje sindikalne slobode i prava na stavku, jačanje pravnog položaja delodavaca i pogoršanje pravnog položaja radnika (tu treba istaknuti i obratan trend, to je, da su u nekim segmentima pravnog sistema – naprimjer u pravu zaštite potrošača – pravne garancije pojedinca pojačale). Uprkos činjenici da su određena individualna prava radnika postala jača (zabrana mobinga, proširenje prava potrošača itd.), pravni i činjenični položaj radnika općenito slabi.¹²

»Privatizacija« pravosuđa

Dinamika, koju smo prikazali, povezana je s pojavom, koji neki nazivaju »privatizacija« pravosuđa. S tim izrazom podrazumjeva se dramatičan porast alternativnih metoda rješavanja pravnih sporova.

⁹ Prošireno B. Flander *ibid.*

¹⁰ B. Edgeworth, 138.

¹¹ *Ibid.*, 145.

¹² *Ibid.*, 146.

U posljednjih nekoliko desetljeća mnoge zapadne zemlje suočavaju se s decentralizacijom i de-monopolizacijom sudstva, koja je dovela do dramatičnog povećanja neformalnih načina rješavanja privatno-pravnih sporova: pojavljuju se novi oblici alternativnog rješavanja pravnih sporova, formiraju se specijalizirani sudovi (*multi-door courtrooms*) i neformalni tribunali, uspostavljaju se vanparnični forumi i centri za rješavanje pravnih sporova u lokalnim zajednicama (tzv. *community-based justice centres*), različite oblike mediacije, rekondiliacije itd. Alternativni načini rješavanja pravnih sporova trebali bi donjeti povećanje konkurencije tradicionalnim sudovima i uvođenje pravnog pluralizma, kojeg su pretežito formalističko klasično moderno pravo i pravo socijalne države više ili manje ignorisali.

Međutim, treba naglasiti, da ove promjene u ime »rasterećenja i veće efikasnosti sudova« imaju i manje vedre strane. Klasičan način donošenja sudskih odluka zamjenjuje »sudsko menedžeriranje«, što znači, da Dworkinov »sudija Herkules« postaje »sudija birokrata« i – na kraju krajeva – »sudija manager", koji – umesto da sudi – upravlja odnosno menedžerira sudskim spisima, prati imperativne brzog i efikasnog suđenja i koji je takođe plaćen po učincima. U tom kontekstu Edgeworth naglasuje, da kod neformalnih načina rješavanja pravnih sporova glavni postaju interesi (posebno ekonomski), potrebe i želje, dok formalna procesna i materijalna prava i obaveze stranaka gube na važnosti. Prema australskom pravnom teoretičaru, u takvim procesnim uvjetima još izraženije nego inače prevladaju interesi jačih stranaka.¹³

U procesu postepene »privatizacije« pravosuđa pravni diskurs se od parničnih stranaka (i njihovih procesnih i materialnih prava) skreće prema »kupcima« i »potrošačima« pravnih usluga. To odražava trend »masovne proizvodnje pravodskih odluka« (*mass production of justice*), koji treba uzeti u obzir kao jednu od karakteristika pravne postmodernizacije.¹⁴

Transformacija pravnog subjektiviteta i »inflacija« prava

Umnožavanje neformalnih mehanizama za rješavanje pravnih sporova, u kontekstu drugih značajnih promjena u modernom pravnom sistemu, prema Edgeworthovom mišljenju, doprinijelo je transformaciji pravnog subjektiviteta.¹⁵ Pravni subjekt (*homo iuris*), koji je nekad bio prije svega nosilac formalnih prava i dolžnosti, u procesu postmodernizacije prava i pravnog sistema postao je prije svega imjetnik (ekonomskih) potreba i interesa. Pravni subjekt postao je *homo oeconomicus*, prema nekim kritičnim pravnim teoretičarima čak i *homo criminalis*.¹⁶

Uz navedeno valja naglasiti, da općenito povećavanje pravnog normiranja i umnožavanje pravnih institucija, koje je bilo tipično za pravo socijalne države, u procesu

¹³ *Ibid.*, 161-165.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*, 166-167.

¹⁶ Prošireno o postmodernoj transformaciji pravnog subjekta u *homo criminalis* A. Završnik, *Homo criminalis: upodobitve zločinkega subjekta v visokotehnološki družbi tveganja*, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, Ljubljana 2009.

postmodernizacije prava nije usporilo. Naprotiv, »juridizacija« odnosno »inflacija pravnog normiranja« s pravnom postmodernizacijom postala je još intenzivnija.¹⁷

Dva lica pravne internacionalizacije

U drugoj polovici 20. Stoljeća, uz stvaranje međunarodnih međuvladnih organizacija na globalnom (UN) i regionalnom (Vijeće Europe, OSCE, itd.) nivou, nastao je korpus međunarodnog javnog prava. Posebno intenzivan u ovom periodu bio je razvoj međunarodnog prava ljudskih prava, koji je dizajnirao univerzalne i regionalne stadarde minimalne pravne zaštite pojedinca u odnosu do države na međunarodnom nivou. Tu dinamiku svakako možemo označiti kao pozitivnu i vrlo važnu u razvoj modernog globalnog društva.

Međutim, u poslednjim desetljećima u kontekstu pravne postmodernizacije važno mjesto u globalnoj pravnoj regulaciji preuzelo je autonomno međunarodno trgovinsko pravo, tzv. *lex mercatoria*. Ovo »globalno pravo bez države«¹⁸ je pravni korpus *sui generis*, koji ne nastaje konvencijama Ujedinjenih naroda, Vijeća Evrope itd., nego aktima Svjetske trgovinske organizacije (WTO) i drugih sličnih međunarodnih autonomnih ekonomskih organizacija i tjela. Prema Edgeworthu *lex mercatoria* je deterritoralizovano pravo, koje se značajno odmiče od karakteristika klasičnog međunarodnog i nacionalnog prava. To pravo nije relativno transparentan, koherentan in hierarhijski sistem pravnih normi i principa. Taj pravni korpus kreiraju autonomne međunarodne ekonomske organizacije, kojih djelovanje ne temelji na demokratskim principima i principima pravne države (legitimitet tog prava ne izlazi iz ustave i temeljnih ljudskih prava). Edgeworth zaključuje, da ideal socijalno osjetljivog pravnog uređivanja trgovinskih poslova, za kojim je nekad stajala socijalna država, u postmodernom pravu je zamjenio *lex mercatoria*, to je korpus prava, koji temelji na ekonomističnim principima i neoliberalnoj ideologiji.¹⁹

Kriza (degradacija?) pravne države

U kontekstu stanja, u kojem se nalazi »vrla novi svijet«, degradacija pravne države i općenita kriza prava, prema Kandučevom mišljenju, trebala bi da bude sve samo ne neočekivana. Suvremeno društvo u mnogo čemu podsjeća na društvo stalnog vanrednog stanja, u kojem je funkcioniranje politične i ekonomske ovlasti (i s njom izprepletenih utjecajnih skupina i pojedinaca) povišeno iznad zakona. U tom društvu fenomeni kao što su neravnomjerna raspodjela imovine i prihoda (u vrijeme ekonomske krize i opterećenja), kriminalno/nezakonito djelovanje članova ekonomskih i političkih elit, pljačkanje javnog novca, uništavanje prirode, korupcija, itd. danas često nađu uporište u »vladavini zakona i reda«.²⁰

¹⁷ Prošireno o tome Flander, 143-144.

¹⁸ Teubner, cit. po Edgeworth, 192.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Z. Kanduč, *Družbena kriza, nacionalna država in varnostno vprašanje v kriminološki perspektivi*, Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 2/2011, 141-154.

Pravni sistem u većini demokratskih zemalja izložen je, kao što smo videli, stalnim reformama u svim njegovim oblastima. Pri tome možemo identificirati sljedeći paradoks: iako se reforme često sprovode u ime »jačanja i unapređenja vladavine prava«, njihov učinak je u mnogim slučajevima suprotan. Reforme često nanose degradaciju pravne države i produbljuju krize prava. U pogledu ostvarenja ideala »vladavine prava«, posebno problematične su promjene u sferi krivičnog prava i krivičnog pravosuđa.

U krivičnom pravu i krivičnom pravosuđu već dugo vremena je u naletu pravopolitična doktrina »zakona i reda« (*law & order*). Prema kritičnim pravnim teoretičarima radi se o neoliberalno-neokonzervativnom derivatu koncepta/ideala vladavine prava. Reforme u ime »zakona i reda« u mnogim demokratskim zemljama intenziviraju represiju: proširuju se policijske ovlasti (prije svega: ante delictum i tajno policijsko djelovanje), pooštruje se kaznena politika i zakonodavstvo, skoro svuda inkarceracija je u porastu i tako dalje.²¹ Punitivnost i drugi simptomi primenjivanja doktrine »zakona i reda« u posljednjih nekoliko godina intenzivirali su se svugde – u anglo-saksonskim i europskim kontinentalnim zemljama, uključujući postsocijalističke zemlje.²² Prema Žižku u krivičnom pravu i krivičnom pravosuđu demokratskih zemalja možemo uočiti zanimljiv paradoks: krivičnopravna »nova senzibilnost« (krivičnopravna osjetljivost za »ranljivog Drugoga« i za žrtve krivičnih djela, koje se manifestira proširenjem kriminalizacije i punitivnosti) rezultira u eskalaciji sistemskog/strukturnog nasilja. Prema njegovom mišljenju, današnja krivičnopravna politika je »postpolitična biopolitika straha«.²³

Klemenčič, na primjer, naglašava, da se u demokratskim zemljama poput Italije, Portugala, Belgije, Austrije, Škotske, Francuske, Velike Britanije, Južne Amerike, istočne i jugoistočne Evrope, Kine, itd, u krivičnom procesnom i policijskom pravu već više nego desetleće bez direktne veze s »borbom protiv terorizma« događaju strateške promjene. Dok na jednoj strani bagatelni kriminalitet i prekrškovno pravo idu svojim administrativnim i instrumentalnim putem, na drugoj strani gospodarski i organizirani kriminalitet, terorizam, droge itd. postaju predmet specializiranih krivičnih postupka. Ovdje po mišljenju Klemenčiča problem je u tome, da se slabija rješenja iz tih postupka prenose na klasične pravne postupke (*»hard cases make bad law«*).²⁴

Kod reformi krivičnog procesnog i policijskog prava, prema Klemenčiču, već iz daljine može se videti odstupanje od trenda uvođenja i proširivanja procesnih garancija i ljudskih prava, koji je u zapadnim zemljama bio prisutan u sedamdesetim godinama (isti trend u postsocijalističkim zemljama bio je prisutan u početku devedesetih godina). Umesto toga u demokratskim zemljama uvode se takvi i drugačiji oblici »sigurnosnog menadžmenta«, »upravljanja rizika«, »samozaštitnih strategija« itd. U pravni poredak

²¹ Prošireno o tome B. Flander, 153-164.

²² Prošireno o tome H. Kury i E. Shea (ur.), *Punitivity – International developments*. Universitätsverlag Brockmeyer, Bochum 2011.

²³ S. Žižek, *Nasilje*, Društvo za teoretsko psihoanalizo, Ljubljana 2007, 41-42.

²⁴ G. Klemenčič, *Temeljni postulati kazenskoga (procesnoga) prava – kolateralna žrtva tehnokracije in boja zoper kriminaliteto*, Podjetje in delo, 2008, 1410-1419.

uvode se mjere koje uključuju proaktivno delovanje sigurnosnih/represivnih državnih aparata, različite oblike tajnog djelovanja policije i obaveštavačkog djelovanja, obrnuti teret dokazivanja u financijskim istragama, korištenje anonimnih svjedoka, prikupljanje i prijenos ogromne količine osobnih informacija, glorificiranje »*community policing-a*«, itd.²⁵ U demokratskim zemljama u procesu pravne postmodernizacije na krilima vladavine »zakona i reda« dobri stari »Rechstaat«, u nekom smislu, postaje postmoderni derivat »Polizeistaat«.²⁶

Klemenčič zaključuje, da umjesto zahtjeva za poboljšanje stanja u kontekstu postojećih međunarodnih i ustavnih normi, skoro u svim demokratskim zemljama u prvom planu su nove kriminalizacije i nove policijske i istražne ovlasti. Ustavne i druge pravne postulate, koji su se u modernoj pravnoj tradiciji ostvarili za ograničavanje izvršne vlasti, teoretično in praktično je sve teže i teže aplicirati na nove strategije sigurnosne politike. Agentima državne represije više ne treba zloupotrebiti ili izbeći pravne norme, da bi se kršila ljudska prava (dovoljno je, da te norme i svoja ovlaštenja izvršavaju »po zakonu«).²⁷

Problematičnost reformnih procesa u pravnim sistemima demokratskih zemalja, koja je bila istaknuta u ovom članku, uglavnom ostaje marginalna tema pravnog diskursa. Iako za probleme, s kojim je okupiran današnji pravni diskurs, ne možemo reći, da so irelevantni, bez sumnje mnogo su manje važni i fatalni nego pitanja, koja otvara pravna posmodernizacija.

Zaključak

Čini se, da se demokratske zemlje u zadnja tri desetljeća u procesu dalekosežne transformacije društva i pravne regulacije društvenih odnosa suočavaju s novom fazom u razvoju prava i pravnog sistema.

Pravnu infrastrukturu socijalne i pravne države zamjenjuje neka nova »konstelacija legalnosti«, koju prije svega označuje »kriza legalnosti«. Ako žele izbeći razočarenje, koje su doživile mnoge tzv. »nove demokracije«, države, koje u procesu pridruživanja evropskim integracijama izvode reforme pravnog sistema prema kriterijima Evropske unije, trebaju uzeti u obzir širi historijski kontekst tog procesa: društvenu i pravnu postmodernizaciju (u kojoj pravo i pravni sistem dobijaju novi, postmoderni identitet) na jednoj, te krizu prava i koncepta pravne države na drugoj strani.

Literatura

Bauman, Z. (2002). *Teškoća moderna*. Ljubljana: Založba /^{*}cf.).

Beck, U. (2001). *Družba Tveganja*. Na poti v neko drugo moderno. Ljubljana: Krtina.

^{*} *Ibid.*

^{*} B. Flander, 155.

^{*} G. Klemenčič, *ibid.*

Doc. dr. Benjamin Flander

Edgeworth, B. (2003). *Law, Modernity, Postmodernity. Legal Change in the Contracting State*. London: Ashgate.

Flander, B. (2012). *Kriza prava. Odbliski kritične jurisprudence*. Ljubljana: Fakulteta za varnostne vede.

Giddens, A. (2002). *Runaway World: How Globalisation Is Reshaping Our Lives*. London: Profile.

Kanduč, Z. (2011). Družbena kriza, nacionalna država in varnostno vprašanje v kriminološki perspektivi. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, št. 2, str. 141-154.

Kanduč, Z.: *Anthony Giddens: Runaway World – How Globalisation is Reshaping our Lives*, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 54/2003, str. 324-326.

Klemenčič, G.: *Temeljni postulati kazenskega (procesnega) prava – kolateralna žrtev tehnokracije in boja zoper kriminaliteto*. Podjetje in delo, 2008, str. 1410-1419.

Kury, H. Shea, E. (2011). *Punitivity – International developments*. Bochum: Universitätsverlag Brockmeyer.

Lash, S., Urry, J. (1988). *The End Of Organized Capitalism*. Oxford: Polity Press.

Wallerstein, I. M. (2006). *Uvod v analizo svetovnih sistemov*. Ljubljana : Založba /^{*}cf.

Wallerstein, I. M. (2008). *Utopistik : historische Alternativen des 21. Jahrhunderts*. Wien : Promedia Verlag.

Završnik, A. (2009). *Homo criminalis: upodobitve zločinskega subjekta v visokotehnoški družbi tveganja*. Ljubljana : Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti.

Žižek, S. (2007). *Nasilje*. Ljubljana: Društvo za teoretsko psihoanalizo.