

Ivan Padjen*
USTAVNOST I ZAOSTALOST:
Nemogućnost društvene promjene u RH uslijed pravnih zapreka ustavnosti♦

(1) PRISTUP ISTRAŽIVANJU

(1.1) Problemi

(1.1.1) Praktični

(1.1.1.1) Okvirni praktični problem ovog priopćenja je nemogućnost društvene promjene u Republici Hrvatskoj uslijed pravnih zapreka ustavnosti, tj. ograničavanju državne vlasti pravom, poglavito ustavnim te drugime nad-zakonskim, kao što su to opća pravna načela i/ili strogo pravo (*ius strictum, jus cogens*). Očite su posljedice nemogućnosti društvene promjene zaostajanje hrvatskog društva u gotovo svim pogledima, a najvažnije u stanovništvu¹ i privredi.² Hrvatska je ušla u tranziciju 1990. s povećanjem BDP-a po stanovniku i 20. stoljeću (6,2 puta) koje je bilo veće od onoga Engleske (4 puta), Poljske (4,9 puta), Mađarske (5,3 puta), Češke (5,4 puta).³ U nešto ranijem razdoblju, od 1950.-1980., višu stopu rasta BDP imali su samo Japan (11 puta) i Slovenija (4,2 puta). „Hrvatski je BDP u navedenom razdoblju uvećan za 4 puta, a u prethodnih 450 godina za 3,2 puta“. ⁴ Uslijed stalnog zaostajanja posljednjih 30-40 godina, godina, Hrvatska je danas jedna od tri najnerazvijenije države EU (uz Bugarsku i, možda, Rumunjsku).⁵ Ako se smanjenje stanovništva i niska stopa rasta BDP⁶ nastavi, Hrvatska će vjerojatno ostati trajno zaostala država Europske Unije, a i čitave Europe, upravo kao što je

* redoviti profesor prava u t.z. (u.m.), Sveučilište u Zagrebu i Sveučilište u Rijeci, znanstveni savjetnik u polju politologije. E-adresa: ivan.l.padjen@gmail.com

♦ Prvi dio rada čija skraćena inačica je izložena kao pozvano priopćenje "Ograničenje državnih vlasti ustavom (konstitucionalizam)" na 11. Kongresu studenata prava (organizator: Udruga Pravnika; Zagreb: Hrvatska gospodarska komora, Vijećnica, utorak 9. listopada 2019..10.25 h).

¹ Npr. Mihaljević, J., "Demografi: Broj stanovnika Hrvatske je pao ispod četiri milijuna, ali to nije najgore..."; *Mirovina. Hr* (25.02.2019); <https://www.mirovina.hr/novosti/demografi-broj-stanovnika-hrvatske-je-pao-ispod-četiri-milijuna-ali-to-nije-najgore/> (pristup: 10.10.2019.).

² Npr. Podgornik, B., "Hrvatska na dnu: Sad je jasno, hrvatsko gospodarstvo upropastila je loša politika, a ne rat", *Novi list* (10.10.2019.); <http://novolist.hr/Vijesti/Hrvatska/HRVATSKA-NA-DNU-Sad-je-jasno-hrvatsko-gospodarstvo-upropastila-je-losa-politika-a-ne-rat> (pristup: 10.10.2019.).

³ Družić, Gordana, *Hrvatska obratnica: stanje i perspektive hrvatskoga gospodarstva* (Zagreb: Golden Marketing – Tehnička knjiga, 2004), na str. 27.

⁴ *Isto*, na str. 28.

⁵ Npr. *Sustainable Economic Development Assesment (SEDA): An Interactive Guide* (10 July 2019); <https://www.bcg.com/publications/interactives/seda-2019-guide.aspx> (pristup: 16.12.2019).

⁶ Projekcija rasta BDP srednje- i istočnoeuropskih zemalja, koje su članice EU, u 2020 i/ili 2021 je od 2,4% do 3,5% (za Poljsku, Mađarsku, Rumunjsku), a za Hrvatsku 2,5%. Central and Eastern Europe Economics Outlook (26.11. 2019); <https://www.focus-economics.com/regions/central-and-eastern-europe> (pristup: 19.12.2019).

stoljećima bila jedna od najzaostalijih evropskih zemalja⁷ - no sada, uslijed gubitka radno sposobnog i povećanja uzdržavanog stanovništva - s izgledima za nagli pad na još nižu razinu.

(1.1.1.2) Neposredni praktični problem su pravne zapreke onom nasljeđivanju državne vlasti koje omogućava društvenu promjenu. Nasljeđivanje je, kao - po definiciji - pravni čin (za razliku od nasilnog ili prijevarnog preuzimanja), samo po sebi ograničenje državne vlasti. Po tom što ograničava vlast u trenutku njezinog prijenosa s jednog imaoca na drugog, preduvjet je svakoga drugoga pravnog ograničavanja državne vlasti. Posebno onoga koje omogućava društvenu promjenu, jer je teže pravnim nego nepravnim činom prenijeti vlast s imaoca koji onemogućava društvenu promjenu na onoga koji je omogućuje. Niz je pravnih zapreka takvog nasljeđivanja državne vlasti u Republici Hrvatskoj. To su, kao što je opće poznato, pravno otežavanje poduzetništva te prenarasla državna poduzeća, izborno pravo i lokalna samouprava, čija je funkcija uhlebljivanje stranačkih dužnosnika. To je, također, notorna ali od svih prešućivana kao neki usputni i sitni nedostatak, posvemašnja korupcija pod deminutivnim nazivima veza, štela i sl. (ne samo stranačka i novčana, nego, podjednako, porodična, naturalnorazmjenska, susjedska, zemljačka, itd.), koja čitav hrvatski javni sektor, a to je 2/3 hrvatskog BDP-a, ovjekovječuje kao mrežu podzemnih zadruga za počinjenje kaznenih djela. Ovo je priopćenje zaokupljeno sljedećim zaprekama, pretpostavljajući da su još važnije od netom navedenih:

(A) Ustanovljenje Republike Hrvatske kao narodne zajednice, koje gotovo onemogućuje izbornu promjenu zakonodavne i izvršne a time i ustavnosudske vlasti.

(B) Protuustavno zakonsko uređenje političkih stranaka, koje onemogućuje članove da im upravljaju a birače da ih nadziru.

(C) Neprozirnost vanjske politike, uslijed isključenja autonomnih znanstvenika kao posrednika između birača i diplomacije.

(D) Neprozirna i stoga - za pretpostaviti – neograničena državnoodvjetnička, tj. javnotužilačka slobodna ocjena u kaznenom progonu, koja onemogućava zakonitu provedbu kaznenih zakona, pogotovo progon financijsko-ekonomskih kaznenih djela; a upravo ta su djela ne samo društveno nego i politički daleko najvažnija, jer propust da budu gonjena omogućava protuzakoniti ostanak počinitelaca kaznenih djela na vlasti.

(1.1.2) Teorijski

(1.1.2.1) Neposredni ili uži teorijski problem priopćenja, tj. stanje spoznaja praktičkog problema i njegovih mogućih rješenja, ograničena je sposobnost hrvatskih pravnikâ, a time i donosilaca političkih odluka koje savjetuju, za pripremanje, odnosno vođenje pravne politike, tj. za donošenje inteligentnih - u

⁷ Stipetić, V., "Stanovništvo i bruto domaći proizvod Hrvatske (1500-1913) u kontekstu najnovijeg rada Angusa Maddisona", *Anali Zavoda za povijesne znanosti HAZU u Dubrovniku*, sv.XLI (Zagreb-Dubrovnik, 2003), 19-154, na str. 152; preneseno u Družić (bilj. 3), tablica 4, "Bruto domaći proizvod po stanovniku, izabrane zemlje, 1500-1913"; na str. 19.

smislu ne samo pronicljivih i snalažljivih nego također obaviještenih⁸ i metodičkih - odluka pravnog značenja i pravnih posljedica u unutarnjoj i, pogotovo, vanjskoj politici.

(A) Sposobnost pravника ograničena je u velikoj mjeri, s jedne strane, razdvajanjem primjene prava i stvaranja prava te, s druge, naopakim odjeljivanjem svoje zadaće od one politologa. Iako svaka primjena prava (osim one na ne-simbolično ponašanje) uključuje njegovo stvaranje,⁹ hrvatski su pravnici usredotočeni na primjenu. Za stvaranje prava, tj. pravnu politiku, više nisu osposobljeni, i to ne samo u donošenju propisa nego i u njihovoj primjeni kad trebaju (a gotovo beziznimno trebaju) odlučiti po slobodnoj ocjeni, tj. u javnom interesu u granicama zakona (očito u odlučivanju o visini kazne ili naknade štete). Usprkos tome, hrvatski se pravnici upuštaju u to da iz *de lege lata*, tj. opisa, odnosno tumačenja prava koje postoji, izvode *de lege ferenda*, tj. propise, odnosno prijedloge prava, dakle, onoga koje po njima treba da postoji. Tako, bez ozbiljnog istraživanja ili makar poznavanja uvjeta i posljedica postojećeg prava, na način na koji mađioničar izvlači zeca iz šešira, predlažu pravnu politiku.¹⁰

(B) Hrvatski politolozi od tri grane svoje znanosti njeguju u prvom redu političku kulturu, političku ekonomiju mnogo manje nego prije dvadesetak i više godina, a još manje političke institucije¹¹. Za potonju granu, pogotovo za političko odlučivanje kao glavnu djelatnost političkih institucija, potrebno je i znanje prava, a školsku naobrazbu iz prava ima samo jedan.¹² Hrvatski politolozi koji se drže stručnjacima za politiku (*policy*) ali ne i za pravo traže granicu između njih za to da bi bili korisnima za prvu bez potonje.¹³ Stoga i vrijedne politologijske studije pravne politike¹⁴ svojim ignoriranjem prava i pravne znanosti olakšavaju pravnicima da ih, na vlastitu štetu i još više štetu prava i države, ignoriraju.

⁸ Lasswell, Harold / McDougal, Myres S., *Jurisprudence for a Free Society*, vol. 1 (New Haven CT: New Haven Press, 1992), na str. 93, n. 1, određuje inteligenciju u skladu s jednom od upotreba *intelligence*, kao "prikupljanje, prerađivanje i širenje obavijesti važnih za odluku".

⁹ Npr. Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, tr. (New York: Russell & Russell, 1961), na str. 133-134.

¹⁰ Vidi npr. ocjenu donošenja zakona o osobnom stečaju Padjen, Ivan, *Metodologija pravne znanosti: pravo i susjedne discipline* (Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2015), pogl. 2.5.3. "Istraživanja *de lege ferenda*: upotreba Lasswellove i McDougalove političkopravne analize", str. 165-178, na str. 165-166. Vidi i podrobnu kritiku prijedloga tog zakona, uz nastojanje da se unaprijedi sagledavanjem njegovih društvenih uvjeta i posljedica, Bodul, Dejan, *Potrošački stečaj u poredbenom pravu i njegove recepcije u Republici Hrvatskoj* (Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, doktorska disertacija, 2013).

¹¹ Padjen, I., "Politika kao kultura: doprinos politologije demokratskom sazrijevanju", *Analiza Hrvatskoga politološkog društva*, 11: 1 (2014), str. 95-110.

¹² Davor Boban. Vidi knjige: Isti, *Polupredsjednički sustavi Rusije i Poljske* (Zagreb: Fakultet političkih znanosti, 2011); Isti / Cipek, Tihomir, *Politički sustav Rusije* (Zagreb: Plejade, University Press, 2017). Neprimjereno je da ovaj autor samog sebe uključi u taj broj.

¹³ Usp.: "Problem nalaženja mjerila koje bi nam omogućilo da razlikujemo iskustvene znanosti, s jedne strane, te matematiku i logiku te 'meafizičke' sustave, s druge". Popper, Karl, *The Logic of Scientific Discovery*, tr. (London: Routledge, 2002), na str. 13; "...problem nalaženja mjerila koje bi nam omogućilo da razlikujemo upravljanje politikom (*the administration of policy*) i politike upravljanja (*the policy of administration*), posebice

Padjen Ustavnost i zaostalost 1. dio 2019.12.27..02.37ideje

(1.1.2.2) Posredni ili širi teorijski problem, koji ograničava sposobnost odlučilaca – i to daleko izvan kruga hrvatskih pravnika - da donose inteligentne odluke, izostanak je problemskog mišljenja.

(A) Izostanak problemskog mišljenja u pravu primjetan je kao zaokupljenost prvenstveno pravnim rješenjima (npr. ugovorima, tužbama, presudama), a manje pravnim problemima (npr. prekršajima), uz gotovo potpuno zanemarivanje društvenih problema koje je moguće i korisno pravno riješiti (nar. potrebama i/ili razlozima za zaključenje ugovora ili donošenje upravnog akta). Izostanak je očit u zaokupljenosti pravnim pitanjima i prepuštanju činjeničnih pitanja, koja su društveni problem, vještacima. Pritom suci vještačke odgovore krajnje sažeto bilježe.¹⁵ U građanskima prvostupanjskim odlukama opisi činjeničnog stanja nerijetko su nedovoljno detaljni i utemeljeni (nerijetko odluka kao razlog opisa činjeničnog stanja navodi, po prilici, "sud je dao povjerenje svjedočenju N.N.", bez navođenja razloga povjerenja). U glavnoj zbirci takvih odluka, koja nije dostupna javnosti, usprkos zahtjevima pravnik,¹⁶ opisi činjeničnog stanja skraćeni su do te mjere da je teško uočiti razloge zbog kojega su opisi činjenica pravno kvalificirani, tj. podvedeni pod određene zakonske ili sl. pravne odredbe.¹⁷ Prije desetak godina bili su opširniji. Izostanak je primjetan i u općemu pojmovnom okviru hrvatske pravne znanosti (dolje tč. 2.3.2.1).

(B) Slijedi li se Jeffreya Sacha, današnjoj ekonomskoj znanosti također nedostaje problemsko mišljenje, no ne u prepoznavanju problema nego u traženju rješenja. Po Sachs, ekonomska znanost je

kad se odgovornost za upravljanje politikom sukobljuje ili preklapa s odgovornošću za politiku upravljanja", Sir Humphrey Appleby u *Yes Minister*, season 2, episode 7, min. 15.00-15.11; <https://www.youtube.com/watch?v=zh6x1Mt-Owg> (cit. Padjen, I., "A Policy Oriented Search for Basic European Values", *Dignitas: The Slovenian Journal of Human Rights*, 71-72, 2016, str. 115-138, na str. 123, bilj. 40).

¹⁴ Nar. Petković, Krešimir, *Država i zločin: Politika i nasilje u Hrvatskoj 1990-2012* (Zagreb: Disput, 2013).

¹⁵ Krajnji je primjer Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske broj U-I-283/1997 od 12.05.1998., *Narodne novine*, 69/1998, koja je ukinula odredbe članaka 1., 2., 3., 4. i 6. Zakona o usklađivanju mirovina i drugih novčanih primanja iz mirovinskog i invalidskog osiguranja, te upravljanju fondovima mirovinskog i invalidskog osiguranja, *Narodne novine*, 20/97. Odluka među ostalim navodi sljedeće: "U tijeku ustavnosudskog postupka, nakon pokretanja postupka ocjene ustavnosti osporenih odredbi, prema zaključku sjednice Suda određen je stalni sudski vještak za financijsku struku mr. Ivan Tkalec.....Na održanoj javnoj raspravi o nalazu i mišljenju stalnog sudskog vještaka mr. Ivana Tkaleca nisu izneseni relevantni prigovori, dapače ocijenjen je kao korektan (pri čemu se ne mogu isključiti izvjesna odstupanja u brojčanom iskazu, ali ona nisu od bitnog značenja za donošenje ove odluke)." U javnoj tribini "Ustavno sudovanje: povodom odluke o prilagodbi Mirovinskog zakona" (organizator: Hrvatski pravni centar; Zagreb, 10.VI.1998.; panelisti B. Smerdel, M. Arlović, J. Omejec, S. Rodin, potpisani; voditelj S. Ivanišević) postavljeno je pitanje kako je moguće da Odluka, čije financijske posljedice su procijenjene na više milijardi kuna, ne navodi niti sažeto nalaz i mišljenje vještaka. Sudac Ustavnog suda koji je prisustvovao tribini šeretski je odgovorio "još smo mladi, učimo se poslu".

¹⁶ Npr. Barbić, J. (ur.), *Godišnjak Tribine Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika Grada Zagreba* (Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2006), na str. 9-10, 76, 82-83.

¹⁷ Ogladni primjer mogu biti odluke Općinskoga građanskog suda u Zagrebu na temelju Zakona o medijima, *Narodne novine*, 163/03, 59/04, 84/11, 81/13; <http://www.uhs.hr/forum/supra> (pristup: 05.-10.02.2019.; nedostupno: 22.12.2019.). Odluke Općinskog suda u Zagrebu iz građanskog prava bile su prije 10-20 godina manje kraćene računalnoj zbirci dostupnoj sucima tog suda.

Padjen Ustavnost i zaostalost 1. dio 2019.12.27..02.37ideje

svojom zaokupljenošću ekonomskim ponašanjem bez svrhe i cilja usporediva s medicinskom školom koja izučava bolest ali se ne brine za to da li se bolest liječi.¹⁸

(1.2) Cilj

Neposredni cilj priopćenja je spoznaja mogućih rješenja problema. Prvo, praktičnoga, tj. nemogućnosti društvene promjene u Republici Hrvatskoj uslijed pravne nemogućnosti ograničavanja državne vlasti pravom. Tome služi prvenstveno 2. dio priopćenja, a 1. (ovaj) dio pruža okvir za njegovo istraživanje. Drugo, teorijskog problema, i to prvenstveno traženjem rješenja praktičnog problema. Rješenje teorijskog problema treba vrijediti za pravnu znanost, uglavnom i za onaj dio politologije koji izučava političko odlučivanje, a dijelom i za ekonomsku politiku.

Posredni cilj priopćenja je priprema odluka da se riješe oba problema.

(1.3) Pravna znanost

(1.3.1) Problemska usmjerenost

Pravna znanost može biti smisljena disciplina samo ako je problemski usmjerena (dolje 1.3.2). Samo prepoznavanje društvenog problema kao pravnog pretpostavlja, iako uglavnom prešutno i neraščlanjeno, ukratko, sljedeće: društvene i pravne odnose te njima odgovarajuće probleme (dolje tč. 1.3.1.1); moguća i potrebna rješenja društvenih i pravnih problema te njima odgovarajuće metode (dolje tč. 1.3.1.2).

(1.3.1.1) Odnosi i problemi

(A) Društveni odnos koji je važan za pravo sastavljen je od društvenog problema i njegovog konteksta, kao stanja-uvjeta, i rješenja problema, kao stanja-posljedice. Prvo stanje uključuje prirodne i društvene uvjete, među kojima i sam društveni problem, te najmanje dva sudionika. Drugo stanje uključuje djelovanje jednog sudionika prema drugome i utjecaja djelovanja, uključujući povratno djelovanje drugoga prema prvome. Društveni odnos je određen očekivanjima (pojedinačnim i općim objašnjenjima itsl.) i propisima (vrijednostima, pravilima, načelima, itsl.) sudionika i društvene cjeline (obitelji, naselja, poduzeća, države, internacionalne zajednice, itsl.). Upravo ta očekivanja i propisi određuju neko stanje društvenih odnosa kao društveni problem, tj. kao nezadovoljavajuće, i to takvo za koje je moguće i potrebno naći rješenje, tj. stanje društvenih odnosa koje je manje nezadovoljavajuće, odnosno više zadovoljavajuće.

¹⁸ London School of Economics / Professor Jeffrey Sachs / Lecture 2. The Hard Problem of Inter-Group Morality, min. 4.00-4.10; <https://www.youtube.com/watch?v=b-FRLrQkqPM> (pristup: 12.12.2019.)

(B) Pravni odnos je društveni odnos koji je uređen pravom i/ili sam uređuje druge odnose. Pravni problem je društveni problem za koji je moguće i potrebno naći pravno rješenje.

(1.3.1.2) Rješenja i metode

(A) Prepoznavanje određenoga društvenog problema kao pravnoga (npr. da je po nalazu EU udio nafte u hrvatskoj potrošnji energenata mnogo viši nego u onoj prosjeka EU, tj. 41.3% : 34.4%) uključuje početne pretpostavke rješavanja da je rješenje problema pravno i moguće i potrebno. Podrobno, uključuje, s jedne strane: očekivanje da problem doista postoji, da je rješenje problema moguće određenim pravnim djelovanjem (zakonom, ugovorom, nadzorom, presudom, itsl.), da postoji djelatnik sposoban da ga izvede; i, s druge: propise da je problem zlo a njegovo rješenje dobro te da rješenje treba postići određeni djelatnik određenim djelovanjem.

(B) Početne pretpostavke (gore tč. A) određuju metode rješavanja problema: objašnjenja na temelju opisa, opravdanja na temelju propisa.

(C) Početne pretpostavke povezane s metodama (gore tč. A) tvore dodatne pretpostavke rješavanja u širem smislu koje su sadržane u nekoj mjeri i u svakome rješenju problema. Te su pretpostavke, uvjetno, (pretežno) opisne ili (pretežno) propisne, kako slijedi.

(ca) Prepoznavanje pravnog problema uključuje sljedeće pretežno opisne pretpostavke:

(caa) Pod dosadašnjim uvjetima, koji uključuju dosadašnje odluke o problemu (u primjeru gore tč. A: odluke o oporezivanju i ograničavanju potrošnje i trošila nafte i naftnih derivata, o odobravanju i odobravanju i poticanju obnovljivih izvora energije, itsl.) i njihove uvjete, kako unutar-sustavne (npr.: očekivanja donosilaca odluka) tako i izvan-sustavne (npr.: društvene ustanove / institucije u kojima odlučio djeluju; društveni sastav / struktura u kojima institucije djeluju), nastao je društveni problem. Ta je pretpostavka u značajnoj mjeri iskustveno dokaziva (provjeriva i/ili oboriva) te je 1. hipoteza istraživanja.

(cab) Ako pod vjerojatnima budućim uvjetima, unutar-sustavnima i izvan-sustavnima, budu donošene buduće odluke o problemu, društveni problem će ostati po prilici takav kakav je danas. Dio pretpostavke koji se odnosi na buduće uvjete ne može biti iskustveno dokazan. No ako uključuje iskustvo dosadašnjih uvjeta (gore tč. caa) nije proizvoljan. Može biti još uvjerljiviji ako se oslanja na druga slična predviđanja. Time dobivaju na uvjerljivosti i drugi dio pretpostavke, da će pod budućim uvjetima biti donošene određene odluke o problemu, te treći dio pretpostavke, da će te odluke imati mali utjecaj na rješavanje problema. Odustanak od ovog koraka, a time i čitavoga daljnjeg istraživanja, zbog

toga što je nedovoljno pouzdan, previđa da je taj korak najbolje znanje koje je uopće moguće stvoriti te da je odlučivanje bez njega proizvoljno. Druga je pretpostavka 2. hipoteza istraživanja.

(cac) Ako pod vjerojatnima budućim uvjetima, unutar-sustavnima i izvan-sustavnima, budu donošene alternativne odluke, uz ili umjesto odluka koje će pod tim budućim uvjetima biti vjerojatno donošene (gore tč. cab), društveni problem će postati manji, tj. stanje društvenih odnosa koje je nezadovoljavajuće će biti manje nezadovoljavajuće (u primjeru gore tč. A: potrošnja nafte i naftnih derivata u Hrvatskoj će biti smanjena). Ta pretpostavka je još manje dokaziva, jer uključuje da je pod budućim uvjetima moguće donositi i alternativne odluke onima koje će pod tim uvjetima vjerojatno biti donesene. Ta je pretpostavka 3. hipoteza istraživanja.

(cb) Prepoznavanje pravnog problema uključuje sljedeće pretežno propisne pretpostavke:

(cba) Pojedinačne propise da je pravni problem (primjer gore tč. A) loš, a njegovo rješenje (primjer gore tč. cac) dobro. Drugi se propis uobičajeno naziva vrijednošću (prikaziv je shemom „q = dobro“). Stoga je prvi primjereno nazvati bezvrijednošću („-q = loše“). Pretpostavka da se propisi razlikuju od opisa uobičajeno uključuje da je propis valjan/vrijedan/obvezatan ako se temelji na višem valjanom/vrijednom/obvezatnom propisu. To je moguće postići u sljedeća četiri koraka.

(cbaa) Pojedinačni propisi, tj. bezvrijednost i vrijednost, podvedu se pod više - i to opće – bezvrijednosti (npr. potrošnja nafte i naftnih derivata je loša, potrošnja neobnovljivih vrijednosti je loša), odnosno vrijednosti (npr.: potrošnja plina je dobra, potrošnja obnovljivih izvora je dobra).

(cbab) Najviša (opća) bezvrijednost rješavanja problema (npr. svaka energija osim sunčane je loša) podvodi se pod najvišu (opću) vrijednost rješavanja (npr. sunčana energija je najbolja). Taj korak je možda nerazlučiv od nekih objašnjenja, tj. opisa (iskustvenih nalaza o odnosima različitih vrsta energije ili sl.).

(cbac) Najviša vrijednost rješavanja problema usklađuje se s drugima povezanim općim vrijednostima (nar.: gospodarskima, npr. ukupni trošak, odnos troškova i dobiti; socijalnima, npr. zaposlenost, bolesti; političkima, npr. odnosi sa stranim državama i tvrtkama).

(cbad) Vrijednosti iz gore tč. cbac usklađuju se s temeljnim vrijednostima pravnog poretka (nar.: mir, pravednost, tj. jednakost, sigurnost, sukladnost, izvjesnost, itd.).

(cbb) Prepoznavanje pravnog problema uključuje također pretežno propisnu pretpostavku da je problem rješiv unutar jednoga ili više pravnih poredaka. Ta pretpostavka uključuje tri glavna koraka, kako slijedi.

(cbba) Izbor (pozitivnoga) pravnog poretka (u primjeru gore tč. A mjerodavni poreci mogu biti hrvatski, EU i internacionalni). Razlozi izbora su dvojaki: ako pravni problem nije rješiv unutar određenoga pozitivnoga pravnog poretka nije pravni nego politički, moralni ili sl.; iako jedan od pravnih poredaka (npr. nacionalni, internacionalni) može sam propisati da je on jedini mjerodavan ili da je uz njega mjerodavan još neki) načelno je moguće da pravni savjetnik, a po njegovom razboritom mišljenju i pravni odlučilac, ima mogućnost izbora ne nužno jednoga od konkurentnih poredaka nego više jednoga od drugoga ili drugih. Pretpostavka o izboru je 4. hipoteza istraživanja. Pri tom je za sam izbor odlučujuće važan idući korak.

(cbbb) Izbor ustavnih i/ili strogih mjerila pozitivnoga pravnog poretka koja su u najvećoj mjeri u skladu s vrijednostima u tč. cbac-cbad. Pretpostavka o izboru ustavnih i/ili strogh mjerila je 5. hipoteza istraživanja.

(cbbc) Na temelju mjerila ustavnih i/ili strogih mjerila pozitivnoga pravnog poretka (gore tč. cbbb) ocjena da li su očekivanja i odluke o problemu sukladne/a (*infra*), protivne/a (*contra*) ili izvanjske/a (*praeter*) tim mjerilima, a posredno i najvišoj vrijednosti rješavanja problema (gore tč. cbab) i temeljnim vrijednostima pravnog poretka (gore tč. cbad). Te odluke o problemu su sljedeće: (i) dosadašnje odluke (gore tč. caa); (ii) vjerojatne buduće odluke (gore tč. cab); (iii) alternativne buduće odluke (gore tč. cac). Pretpostavke o ocjenama odluka (i)-(iii) su 6.-8. hipoteza istraživanja.

(1.3.2) Teorijsko-metodologijski okvir

Iako prepoznavanje društvenog problema rješivog pravom neizbježno pretpostavlja, uglavnom prešutno i neraščlanjeno, društvene i pravne odnose te njima odgovarajuće probleme, a također moguća i potrebna rješenja društvenih i pravnih problema te njima odgovarajuće metode (gore tč. 1.3.1), prepoznavanje tih pretpostavki i njihova upotreba u znanstvenoj spoznaji i rješavanju pravnih problema mogući su samo unutar teorijskog i/ili metodologijskog okvira pravne znanosti. Okvir koji je do sada šutke pretpostavljan a ovdje je izrijekom zagovaran sastoji se od tri naslijeđa pravne misli i pravnog odlučivanja.

(A) Pravna dogmatika, tj. kontinentalno-evropska pravna znanost, takva kakva je nastala u antičkoj grčkoj po uzoru na tzv. zureću medicinu - za razliku od one spekulativne - i na tom se tragu stoljećima razvijala.¹⁹ Ta pravna dogmatika, je, dakako, problemski usmjerena. To sasvim očitim čini

¹⁹ Herberger, M.: *Dogmatik: Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz* (Frankfurt a. M.: Klostermann, 1981); "Rechtsdogmatik", in *Historisches Woerterbuch der Philosophie*, Bd. 8 (Basel: Schwabe, 1992), str. 266-71.

izraz „pravni lijek“, koji se, kao očita izvedenica iz medicine, upotrebljava u svim zapadnoevropskim jezicima, uključujući čak engleski.

(B) Integralna teorija prava²⁰ (dolje 1.3.4.1.A) proširena u kritičku teoriju.²¹

(C) Politička analiza Harolda Lasswella oblikovana s Myresom McDougalom u politički usmjerenu jurisprudenciju.²² U svojemu problemskom usmjerenju slijedi Deweyev pragmatizam.²³ Oslanja se i na Weberov historijski institucionalizam.²⁴ Nosivi su joj sastojci 4W, tj. *Who Gets What, When, How*.²⁵ Očiti su prijevod 4W, tj. *Wer, Wem, Was, Woraus*, njemačke raščlambe pravnih problema.²⁶ Ti su opet očiti prijevod 4Q, tj. *Quis, quid, coram quo, quo jure petatur*, rimskoga kondicijskog postupka. Prevedeno, "Tko što, pred kojim sucem, na temelju kojeg prava se traži i od koga".²⁷ Politički usmjerena jurisprudencija prilagođena je pravnoj dogmatici te integralnoj i kritičkoj pravnoj teoriji u načelu²⁸ te primijenjena i nadograđena radovima ovog autora²⁹ i Goranke Lalić-Novak³⁰. Ovdje je nazivana

²⁰ Visković, Nikola, *Pojam prava: prilog integralnoj teoriji prava*, 1. izd. (1976), 2. Izd. (Split: Pravni fakultet i Logos, 1981); Padjen, *Metodologija* (bilj. 10), pogl. 3 "Pravo na sjecištu politike, ekonomije i kulture", str. 215-256, nar. str. 220-223. Padjen, I., "Legal Philosophy and General Jurisprudence in Croatia in the XXth Century", in E. Pattaro, C. Roversi (eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 12, t. 1 (Dordrecht NL: Springer, 2015), ch. 20.2, str. 662-673. pokazuje da integralna teorija prava nastavlja hrvatsku pravnu znanosti od kraja 19. do kraja 20. stoljeća, koju odlikuje poimanje prava kao društvene pojave a ne kao skupa izvanpovijesnih normi.

²¹ Padjen, I. / Matulović, M., "Cleansing the Law of Legal Theory: a View from Croatia (Editorial)", *Croatian Critical Law Review*, 1: 1 (1996), str. 1-122; Padjen, *Metodologija* (bilj. 10).

²² Lasswell / McDougal, *Jurisprudence* (bilj. 8). Popis pravnositraživačkih radova McDougala i Lasswella te suradnika izrađenih u okviru političke jurisprudencije je u *Myres Smith McDougal: Appreciations of an Extraordinary Man* (New Haven CT: Yale Law School, 1999), str. 128-40. Popis uključuje Lasswell, H. D. / McDougal, Myres S. / Vlašić, Ivan A., *Law and Public Order in Space* (New Haven CT: Yale University Press, 1963). Treći autor bio je prije toga suradnik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu a kasnije nastavnik McGill Faculty of Law, Montreal, i ravnateljem njegovog Institute of Air and Space Law.

²³ Lasswell, Harold D. / Kaplan, Abraham, *Power and Society* (New Haven CT: Yale University Press, 1950), na str. XII; Lasswell, Harold D., *A Pre-View of Policy Sciences* (Amsterdam: Elsevier, 1971), na str. XIII-XIV. Vidi npr. Dewey John, *Reconstruction of Philosophy* (New York: Henry Holt and Co, 1920), na str. 13-18.

²⁴ Morrison, William, L., "Weber in Law, Science and Policy Terms (Unrevised Manuscript. Not to be regarded as published)" (1962), 48 str. Rukopis dan ovom autoru od Myres S. McDougala.

²⁵ Lasswell, Harold D., *Politics: Who Gets What, When, How* (New York: McGraw-Hill, 1936).

²⁶ Glaser, I., "Pristup obradi slučajeva u okviru studija prava u Njemačkoj: njegov kontekst i njegovo porijeklo", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 44: 3-4 (2007), str. 501-520, nar. na str. 505.

²⁷ Vidi isto, na str. 505, uputa na Radovčić, V., "Građanski process u režimu općeg (recipiranog rimskog) prava" *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 37: 5-6 (1987), pretisak u: Ista, *Pravni aspekti u učenjima antičke retorike* (Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2004), na str. 273.

²⁸ Padjen, *Metodologija* (bilj. 10), pogl. 2.5.3 "Istraživanja *de lege ferenda*: upotreba Lasswellove i McDougalove političkopravne analize", str. 165-178.

²⁹ Padjen, I.: "Law and Religion in Post-Modernity: Dilemmas Prompted by the Croatian Catholic University", in Polzer M. / Devetak, S. / Toplak, I. / Unger, F. / Eder, M. (eds.), *Religion and European Integration: Religion as a Factor of Stability and Development in South Eastern Europe* (Weimar: The European Academy of Sciences and Arts - Edition Weimar, 2007), str. 377-398; "Catholic Theology in Croatian Universities: Between the Constitution and the Treaty; A Policy Oriented Inquiry", in Vukas B. / Šošić, T. (eds.), *International Law: New Actors, New Concepts, Continuing Dilemmas: Liber Amicorum Božidar Bakotic* (Leiden NL: Nijhoff, 2009), str.

Padjen Ustavnost i zaostalost 1. dio 2019.12.27..02.37ideje

pravopolitičkom analizom (skraćeno: PPA). Cijeli okvir, koji je izveden iz sva tri navedena tri izvora, primjereno je nazvati integralnom pravnom znanošću (skraćeno: IPZ).

PPA se sastoji u izvedbi sljedećih zadataka:³¹

(i) Pristup istraživanju:

(i.i) Prepoznavanje problema (gore tč. 1.1).

(i.ii) Izbor cilja: spoznaja i/ili odluka (gore tč. 1.2).

(i.iii) Izbor teorijsko-metodologijskog okvira (ova tč., tj. tč. 1.3.2) i, unutar okvira, sljedeće: (i.iii.i) postulacija vrijednosti³² (gore tč. 1.3.1.2.cbac-cbad; dolje tč. 1.3.3) te (i.iii.ii) postavki, tj. pojmova i sudova, uključujući načine (metode) spoznaje (dolje tč. 1.3.4); (i.iii.i) odredba predmeta (dolje tč. 1.3.5) i dokazivih pretpostavki, tj. hipoteza (gore tč. 1.3.1.2.caa-cac, cbba-cbbc).

(ii) Izvedba istraživanja:³³

13-40; "Vjera u narod bez vlasti i vlasništva: Crkvena šutnja 1961.-1971. i glasnost 1990.-", *Politička misao / Croatian Political Science Review*, 49: 4 (2012), str. 175-211, pretisak u Lalović, D. (ur.), *Hrvatsko i jugoslavensko 'proljeće' 1962.-1972.* (Zagreb: Društvo "Povijest izvan mitova", 2014), str. 156-201; "Vjera u narod bez vlasti i vlasništva (II.): vlast naroda i bezvlast puka", *Anali Hrvatskoga politološkog društva*, 10: 1 (2013), str. 197-219; "Nezrela demokracija Hrvatska", u Podunavac, Milan / Đorđević, Biljana (ur.), *Ustavi u vremenu krize: postjugoslavenska perspektiva* (Beograd: Univerzitet u Beogradu Fakultet političkih nauka i Udruženje za političke nauke Srbije, 2014), str. 173-196; "Policy" (bilj. 13); "Religious Rights in Croatia: Legal Regulation of Culturalism", in Wojczechowski, B. / Bekrycht, T. / Cern, K. M. (eds.), *The Principle of Equality as a Fundamental Norm in Law and Political Philosophy* (Lodz: Wydawnictwo Uniwersytetu Lodzkiego, 2017), str. 119-154.

³⁰ Lalić Novak, G. / Padjen, I., "Europeanisation of Asylum: From Sovereignty via Harmony to Unity", *Politička misao / Croatian Political Science Review*, vol. 46, no. 5 (2009), str. 75-101; Lalić Novak, G., *Razvoj sustava azila u Hrvatskoj* (Zagreb: Društveno veleučilište u Zagrebu, 2010); *Azil: pravni i institucionalni aspekti* (Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2016).

³¹ Vidi Lasswell / McDougal, *Jurisprudence* (bilj. 8), pt. I., "Law as Fundamental Policy: Jurisprudence in Policy-Oriented Perspective", 1. "Criteria for a Theory About Law", str. 3-38. Prilagodba u Padjen, *Metodologija* (bilj. 28).

³² Postulacija vrijednosti nije proizvoljna nego ograničena drugim sastojcima PPA. Padjen, "Policy" (bilj. 13), tč. 2.4, str. 127-131.

³³ Izvedba može biti poredbenopravna, tj. uključivati sastojke BA-BE dva ili više pravnih poredaka i njihove međusobne odnose. Takva izvedba uključuje izbor pravnih poredaka (gore tč. 1.3.1.2.cbba). Primjer je Perkušić, Marko, "Pravna pitanja elektroničkog plaćanja: nacrt uvoda doktorske disertacije istog naziva kao poredbenopravnog i *de lege ferenda* istraživanja" (Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Poslijediplomski doktorski studij društvenih znanosti, polje pravo: seminarski rad pod vodstvom nastavnika predmeta "Metodologija pravne znanosti" Ivana Padjena, 4. inačica, 3. ožujka 2016.)<u pismohrani Studija>, čija izvedba istraživanja ima sljedeći sadržaj:

2.1. Odredba (izbor, nalaz, priznanje, prepoznavanje ili sl.) pozitivopravnih mjerila (vrijednosti, načela) s kojima treba biti u skladu hrvatsko pravo što se stvara (tj. *de lege ferenda*) o pravnim pitanjima elektroničkog plaćanja:

2.1.1. Temeljna i druga pozitivopravna mjerila Europske Unije;

2.1.2. Temeljna i druga pozitivopravna mjerila Savezne Republike Njemačke;

2.1.3. Temeljna pozitivopravna mjerila Republike Hrvatske;

2.2 Opis hrvatskih pravnih odluka (propisa, sudske prakse, doktrine itsl.) koje uređuju elektroničko plaćanje kao odluka koje su *infra*, *praeter* ili *contra* temeljnih pozitivopravnih mjerila hrvatskog i njemačkog pravnog sistema, ujedno kao podsistema prava EU, iz toč. 2.1.1.; i temeljnih izvanpozitivopravnih mjerila iz toč. 1.2.3;

2.3.1. Pripis i/ili objašnjenje odluka iz točke 2.2. uvjetima, i to prvenstveno institucionalnim uvjetima hrvatskog pravnog sistema kojemu pripadaju;

Padjen Ustavnost i zaostalost 1. dio 2019.12.27..02.37ideje

(ii.i) Izbor mjerodavnih ustavnih ili drugih strogih pravnih mjerila rješavanja problema u skladu s postuliranim vrijednostima (gore tč. 1.3.1.2.cbbb; dolje tč. 2.1).

(ii.ii) Opis toka očekivanja i odluka koje uvjetuju problem te njihova ocjena kao *infra, contra* ili *praeter* ustavnih ili drugih strogih mjerila iz tč. ii.i (gore tč. 1.3.1.2.cbcc-i; dolje tč. 2.2).

(ii.iii) Opis uvjeta odluka, tj. pripisivanje odluka iz tč. ii.i vjerojatnim uvjetima (gore tč. 1.3.1.2.caa; dolje tč. 2.3).

(ii.iv) Predviđanje budućih uvjeta³⁴ i odluka o problemu pod tim uvjetima (gore tč. 1.3.1.2.cab) te ocjena tih odluka kao *infra, contra* ili *praeter* ustavnih ili drugih strogih mjerila mjerila iz tč. ii.i i očekivanja sudionika (gore tč. ii.ii te tč. 1.3.1.2.cbcc; dolje tč. 2.4).

(ii.v) Ako se procijeni da predvidive odluke ne mogu u dovoljnoj mjeri riješiti problem, nalaz alternativnih odluka (gore tč. 1.3.1.2.cac) koje to mogu (gore tč. 1.3.1.2.cbcc-iii; dolje tč. 2.5).

(1.3.3) Vrijednosti

Temeljna vrijednost PPA, koja je apstraktna, tj. obvezatna u svakome PPA istraživanju, čovjekovo je dostojanstvo, koje je određeno kao "najveće stvaranje i najšire moguće dijeljenje svih važnih vrijednosti".³⁵ S temeljnom trebaju biti u skladu druge apstraktne / opće vrijednosti (nar. samo pravo, ustavnost, mir, itd.) i konkretne / pojedinačne vrijednosti, tj. one koje su postulirane kao obvezatne u konkretnome istraživanju, kakvo je i ovo. Prepoznavanje nemogućnosti društvene promjene u Hrvatskoj uslijed ustavne nemogućnosti ograničavanja državne vlasti uključuje prešutno priznanje više sličnih

2.3.2. Usporedba uvjeta, naročito institucionalnih (sistematizacija prava i mjesto koje u sistemu prava ima pravno uređenje elektroničkog plaćanja) hrvatskih odluka u toč. 2.3.1. i uvjeta stranih (njemačkih) odluka/mjerila u toč. 2.1.3.

2.4.1. Predviđanje budućih hrvatskih odluka pod uvjetima koji će se razviti iz onih u toč. 2.3.1., te ocjena tih odluka kao *infra, praeter* ili *contra* najboljih stranih (njemačkih) pozitivnopravnih odluka/mjerila iz toč. 2.1.2;

2.4.2. Usporedba uvjeta predvidivih hrvatskih odluka u toč. 2.4.1. s uvjetima stranih (njemačkog) pravnog sistema u toč. 2.1.3.

2.5. Pronalazak i predlaganje alternativnih hrvatskih odluka o elektroničkom plaćanju koje će pod uvjetima koji će se razviti iz onih pod toč. 2.3. u većoj mjeri od odluka iz toč. 2.4.1. biti u skladu s najboljim stranim pozitivnopravnim odlukama/mjerilima iz toč. 2.1.2.

³⁴ Predviđanje budućih uvjeta odluka (BD), o kojemu ovisi uspješnost zagovaranih odluka o problemu (BE) rezultat je promišljanja i nagađanja, a ne znanosti. No nije proizvoljno. Ima smisla samo pod dva uvjeta: prvo, odnosi se na uvjete koji pogoduju ili, naprotiv, ne pogoduju ili čak onemogućavaju postizanje postuliranih vrijednosti (ABA), a ti su uvjeti moguća posljedica uvjeta ranijih odluka o problemu (BC). Poblizje vidi: Lasswell, H. D., "The World Revolutionary Situation", in Friedrich, Carl J. (ed.), *Totalitarianism* (Cambridge MA: Harvard University Press, 1954), str. 360-372, na str. 260; Eulau, H., "H. D. Lasswell's Developmental Analysis", *Western Political Science Quarterly*, 11: 2 (1958), str. 229-242, na str. 237-238.

³⁵ Lasswell / McDougal, *Jurisprudence* (bilj. 8), na str. 35. To poimanje čovjekovog dostojanstva blisko je, s jedne strane, socijalnoj demokraciji u smislu Meyer, Thomas, *Theorie der Sozialen Demokratie* (Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, 2005), "English Summary", na str. 592; slično Neil McCormick, Neil, *Legal Right and Social Democracy* (Oxford: Clarendon Press, 1982), na str. 1 i d.; i, s druge, socijalnom nauku Katoličke crkve kako je promijenjen u vrijeme II. Vatikanskog sabora. Granfield, D. D., "Towards a Goal Oriented Consensus", *Journal of Legal Education*, 19: 4 (1967), str. 379-402, nar na str. 380-383 (nav. prema Padjen, "Catholic", bilj. 29, na str. 16, bilj. 17-18).

konkretnih vrijednosti, od kojih su ovdje postulirane dvije. To su, prvo, stvaralački politički sukob unutar ustavnih granica; i, drugo, ubrzani društveni razvoj ili barem rješavanje problema koji su već nastali, nar. gubitka stanovništva i privrednog zaostajanja, ili će nastati, nar. ekonomske recesije i globalno zagrijavanje. Prepoznavanje teorijskog problema uključuje priznanje potrebe povezivanja prava i politike te znanosti koje ih izučavaju, a posredno i drugih disciplina. I to radi rješavanja društvenih, a ne naprosto pravnih ili političkih ili znanstvenih problema.

(1.3.4) Postavke

Nedokaziva pretpostavka je da je svaka društvena pojava, po svom porijeklu i sastavu i/ili po našem spoznajnom interesu, pojedinačna i neponovljiva pa su postavke, tj. pojmovi (npr. pojam ustanove) i sudovi (npr. pretpostavljeni opći društveni zakoni, sastavljeni po uzoru na prirodne), o društvu idealtipovi, koji nisu niti istiniti niti neistiniti, nego više ili manje korisni za spoznavanje svojih predmeta, a korisnost im dobrim dijelom ovisi o tom da su obaviješteni spoznajom sličnih predmeta.³⁶

(1.3.4.1) Pravo

Pravo se ovdje poima kao institucija, i to takva čija je zadaća i služba (funkcija) rješavanje problema.

Institucija je sastavljena, s jedne strane, od očekivanja da problem, tj. određeno stanje za koje se tvrdi da postoji i ne zadovoljava doista postoji, da rješenje problema postoji ili je moguće, i to određenim djelovanjem, da je svrha tog djelovanja rješenje problema te da je određeni društveni djelatnik sposoban da ga svojim djelovanjem postigne; s druge strane, od propisa (pravila, vrijednosti, itd.) da je problem zlo a njegovo rješenje dobro, da rješenje problema treba postići određenim djelovanjem, da svrha djelovanja treba biti upravo rješenje problema te da određeni društveni djelatnik treba izvesti to djelovanje.

To poimanje prava kao institucije oslanja se u prvom redu na integralnu teoriju prava, koja pravo poima kao jedinstvo pozitivnih i izvanpozitivnih pravnih mjerila te društvenih djelovanja³⁷; u drugome na historijski institucionalizam, koji je ponovno priznao važnost institucija u društvu, no poima instituciju ili

³⁶ Weber, Max, *Die 'Objektivität' sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, u Isti, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3. Aufl. hrsg. v. Winckelmann, J. (Tuebingen: Mohr & Paul Siebeck, 1968), str. 146-214, nar. str. 190-211. Hrvatski Weber, Max, "'Objektivnost' spoznaje u društvenoj znanosti i društvenoj politici", u Isti, *Metodologija društvenih nauka*, prij. (Zagreb. Globus, 1986), na str. 61. i d. Burger, Thomas, *Max Weber's Theory of Concept Formation: History, Laws, and Ideal Types* (Durham NC: Duke University Press, 1976), nar. na str. 115. i d. Idealtip, koji je primjeren duhovnim (po prilici: humanističkim i društvenim) znanostima, razlikuje se od modela, koji je primjeren prirodnim znanostima te je oblikovan s nakanom da bude istinit opis predmeta. Podrobno Saegesser, B., *Der Idealtypus Max Webers und der naturwissenschaftliche Modellbegriff*, Druckerei Birkhaeuser, Basel, 1975, nar. str. 155-172.

³⁷ Visković, *Pojam* (bilj. 20), Padjen, "Legal" (bilj. 20).

Padjen Ustavnost i zaostalost 1. dio 2019.12.27..02.37ideje

preusko, kao pravila³⁸, ili je uopće ne određuje (definira)³⁹; u trećemu na uvid da očekivanja i propisi koji određuju društveni odnos mogu biti u jezičnom djelovanju izvan društvenog odnosa (npr. u raspravi o odnosima među bračnim drugovima) i u djelovanju koje čini društveni odnos, a koje može biti nejezično (npr. čuvanje djece, priprema obroka, čišćenje stana, razgledavanje stanova u koje bi se bračni drugovi mogli preseliti) i jezično (npr. svađa zbog izostanaka djeteta iz škole, razgovor o kupnji novog stana). Taj uvid sastavni je dio iskustva svakog pravnik a teorijski je uobličen Akvinčevim učenjem o zakonu⁴⁰ te novijim poimanjima prirode stvari.⁴¹ Ovo priopćenje se oslanja na to poimanje institucija ali ga drži otvorenim dopunama.⁴²

Izloženo poimanje prava je i formalističko / idealističko i finalističko / realističko. Prvonavedeno je utoliko što uključuje da je opravdano da se u primjeni prava, naročito sudovanju, nastoji predložiti i donijeti pravna odluka isključivo na temelju pravnih mjerila (nar. pravila, vrijednosti) sadržanih u formalnim izvorima prava, tj. pravnim aktima koji su doneseni (promulgirani) od nadležnih organa, po propisanom postupku te imaju propisani naziv i/ili oblik (npr. zakona, sudskih presedana i pravne doktrine kao pomoćnih izvora prava), s tim što se podrazumijeva da je sastavni dio oblika to da su napisani svakodnevnim ili nekim umjetnim jezikom, iznimno gestama (npr. prometnim znakovima od koji su neki simbolička zamjena za geste). To zbog što pravo ima smisla samo ako slijedi ideal da je pravedno, tj. jednako i zakonito, kako općima pravnim mjerilima – prvenstveno pravilima (normama) - tako i njihovom primjenom pojedinačnima. Realističko / finalističko je utoliko što uključuje da je i samo djelovanje kao priroda stvari izvor prava, ne samo kad nije propisano mjerilom formalnog izvora prava nego i kad jest propisano ali je mjerilo stvoreno djelovanjem pravednije, ponekad već samim tim što je

³⁸ Npr. Steinmo, S., "Historical Institutionalism", in Della Porta, Donatella / Keating, Michael (eds.), *Approaches and Methodologies in the Social Sciences* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2008), str. 118-138, na str. 123-124.

³⁹ Npr. Acemoglu, Daron / Robinson, James A., *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty* (London UK: Profile Books, 2012), hrvatski *Zašto nacije propadaju*, prij. (Zagreb: Mate, 2017) kritizira maticu ekonomske znanosti za neuočavanje institucija te objašnjava unutar historijskog institucionalizma (iako ga ne spominjući) gospodarsko blagostanje uključivim (inclusive) institucijama, a siromaštvo iscrpljujućim (extractive) institucijama, no instituciju izrijeком (analitički, genetski ili sl.) ne određuje.

⁴⁰ Vidi Akvinski, Toma, *Summa theologiae*, I-II, Q.90, Art.1, Resp. Hrvatski u Isti, *Izbor iz djela*, 2. sv., prij., ur. Bošnjak, B. (Zagreb: Naprijed, 1990), na str. 606.

⁴¹ Npr. Perenič, A., "'Narava stvari' v sodobni filozofiji prava", *Pravnik*, 27: 10-12 (1979), 375-387, prij. "Priroda stvari u savremenoj filozofiji prava", *Ideje*, 6-7 (1981).

⁴² Npr. na temelju: McCormick, Neil / Weinberger, Otta, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism* (Dordrecht: Reidel, 1986), nar. "Introduction", str. 1-30; Krešić, M., "Analiza europskog instituta privremene zaštite", priopćenje na međunarodnoj znanstvenoj konferenciji "Suradnja pravne znanosti u Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini: Aktualne teme" (organizatori: Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru i Akademija pravnih znanosti Hrvatske; Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, 24.-25. listopada 2019), u objavi u zborniku radova skupa.

ustaljeno. To zbog toga što je ideal u najboljim slučajevima samo približno slijeđen te je svrhovito priznati da je skup društvenih odnosa pravni poredak i kada oni samo dijelom slijede pravna mjerila, jer je i takav pravni poredak vjerojatno bolji od nikakvog.⁴³ Bolji, jer omogućava opstanak, koji je nedvojbeno temeljna moralna, politička i pravna vrijednost.⁴⁴

(1.3.4.2) Ustav

Poput samog prava, i ustav je institucija za rješavanje problema. Sastoji se ne samo od ustava u formalnom smislu, tj. pravnog akta koji je donesen od ustavotvornog organa, po ustavotvornom postupku i ima naziv ustav (ili istoznačni, npr. Temeljni zakon SR Njemačke), nego i od ustava u materijalnom smislu, tj. od pravnih mjerila (pravila, vrijednosti, načela, itd.) koja imaju funkciju ustava u formalnom smislu, kako onih koja su neposredni formalni izvor prava (npr. Ustavni zakon o Ustavnom sudu RH; organski zakoni) tako i onih koji su posredni formalni izvori prava (nar. odluke Ustavnog suda RH) te onih koja nisu formalni izvor prava (svaki primjer takvoga ustavnopravnog mjerila je sporan; pretpostavka je ovog priopćenja da su praktični problemi gore tč. 1.1.1, djelovanja u skladu s, među ostalim, ustavnim mjerilima koja nisu formalni izvor prava, a da su tog značaja u cijelosti ili dijelom i vrijednosti gore u tč. 1.3.3. i dolje u tč. 2.1. Iz toga slijedi da ustav ima dvije strane: statički je skup pravnih mjerila; dinamički je tok odluka kojima se ta mjerila stvaraju i primjenjuju.

Tako široko, tj. realističko / finalističko poimanje ustava u materijalnom smislu može biti nađeno i u judikaturi Ustavnog suda Republike Hrvatske. Da izbjegne posljedicu priznanja da je svaki zakon, ako zakonodavac u pojedinačnom slučaju ne dokaže suprotno, organski, takvim proglašava (po sudu ovog autora: protuustavno⁴⁵), samo one zakone koji razrađuju ustavno utvrđena politička i osobna prava.⁴⁶

⁴³ "Diskrecija, sudovanje i granice prava: Pouke Fullerovog 'Problema kivnog doušnika'", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 25: 2 (2004), str. 655-691, pretisak u Padjen, *Metodologija* (bilj. 10), pogl. 2.6, str. 147-164.

⁴⁴ Kako po Akvincu tako i po Hobbesu. Padjen, I., "Arhitektura i priroda: Akvinac, Hobbes ili pravnička prizemnost?", u Pađan, Zvonko, *Tajni suživot prirode i arhitekture: prilog razumijevanju korelacija prirode i oblika arhitekture* (Zagreb: Školska knjiga, 2015), str. 171-174.

⁴⁵ Priznanje da je svaki zakon, ako predlagač ne dokaže suprotno, organski zakon ne bi sputalo Hrvatski sabor u donošenju zakona, jer je vladajućoj većini po definiciji moguće naći dovoljno zastupnika da apsolutnom većinom glasova svih zastupnika izglasaju bilo koji zakon kao organski, no ograničilo bi sada neobuzdanu zakonodavnu delegaciju Sabora Vladi na temelju čl. 88. Ustava RH.

⁴⁶ U-I-2566/2003, U-I-2892/2003, *Obrazloženje*, tč. 7, al. 8.: "Organskim zakonom kojim se razrađuju Ustavom utvrđena ljudska prava i temeljne slobode u smislu prvog dijela rečenice članka 82. stavka 2. Ustava ima se smatrati samo onaj zakon kojemu su temeljni predmet uređenja pojedino ili pojedina Ustavom utvrđena osobna i politička prava i slobode čovjeka. Jesu li ispunjene pretpostavke za utvrđenje određenog zakona organskim u smislu prvog dijela rečenice članka 82. stavka 1. Ustava ispituje se - u slučaju sumnje - zasebno u svakome konkretnom slučaju". Citirano obrazloženje najvjerojatnije pretpostavlja riječi "najslavnij fusnote ustavnog prava", naime, bilješke 4 presude *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938), koja razlikuje zakone što uređuju ekonomiju i blagostanje od onih koji uređuju "samu bit uređene slobode". Vrhovni sud SAD razlikovao je te dvije vrste zakona zato da sam sebe ograniči u ocjenjivanju ustavnosti zakona

No priznaje (po sudu ovog autora: opravdano ili barem nužno, jer razborito ne može drugačije) da u svakome konkretnom slučaju treba ispitati da li su ispunjeni ustavni uvjeti za to da zakon bude organski. Time je Ustavni sud prešutno priznao da će onaj tko ocjenjuje da li je konkretni propis organski zakon (predlagač i donosilac a možda i promulgator zakona te sam Ustavni sud) tu ocjenu donijeti na temelju mjerila koje nije – jer po navedenoj odluci ne može biti – formalni izvor prava ali ima njegovu funkciju, u najmanju ruku kao pojedinačno pravno mjerilo koje uređuje konkretni slučaj, a izgledno i kao obrazac za rješavanje budućih sličnih slučajeva.

Glavna zadaća ustava, tj. problem koji ustav treba rješavati, ograničenje je državne vlasti pravom.⁴⁷ Ako se ustav drži ne samo ustavnim aktom ili aktima nego postupkom donošenja takvih akata (odluke ustavnog suda te određene odluke birača, zakonodavnih, izvršnih i pravosudnih organa), pogotovo onih neformalnih (nar. dogovori između središnje i područnih državnih vlasti, između političkih stranaka, između vlade, poslodavaca i sindikata) ustav i ustavnost (konstitucionalizam) mogu biti istoznačnice te u ovom priopćenju jesu držani istoznačnicama. Poput prava u cjelini, ustav tu zadaću može rješavati na dva načina. Prvi je taj da rješava pravne probleme, tj. da pravno ograničava državnu vlast zato i tako da ne ugrožava opstanak i samoodređenje podanika te da pojedina grana državne vlasti (npr. izvršna) ne ugrožava drugu (npr. sudsku). Drugi je taj da ustav rješava ne samo pravne nego i društvene probleme, tj. da pravno ograničava državnu vlast i zato da je ograničavanjem usmjeri na rješavanje društvenih problema: političkih, ekonomskih, socijalnih, kulturnih, tehnoloških, itd. Ustav svoju glavnu zadaću otpravlja prvenstveno uređivanjem nasljeđivanja nosilaca najviših organa državne vlasti, jer je ono preduvjet je svakoga drugoga pravnog ograničavanja državne vlasti. Posebno onoga koje omogućava društvenu promjenu, jer je teže pravnim nego nepravim činom prenijeti vlast s imaoaca koji onemogućava društvenu promjenu na onoga koji je omogućuje (gore tč. 1.1.1.2). S obzirom na netom navedeno, korisno je razlikovati dva tipa ustava.

(A) Pravna rješenja

Prvi tip rješava pravni problem, tj. onaj nasljeđivanja. Značajka je tog načina zaokupljenost postupovnim pravilima izbora organa i njihovih međusobnih odnosa te pravima pred-modernih

o ekonomskim i socijalnim predmetima, kojima je izvršna vlast Franklina D. Roosevelta uz odobrenje zakonodavnom vlasti ograničavala slobodu ugovaranja radi privrednog oporavka i socijalne zaštite (ukratko: Caplan, L., "Ruth Bader Ginsburg and Footnote Four", *The New Yorker*, 13.09.2013; <https://www.newyorker.com/news/news-desk/ruth-bader-ginsburg-and-footnote-four>; pristup: 25.12.2019; autor duguje netom navedene podatke Arsenu Bačiću). Upotreba razlikovanja te dvije vrste zakona zato da se omogući saborskoj manjini da delegira svoju vlast da donosi zakone o privrednim i socijalnim predmetima vladi protivno je odredbama Ustava RH da je RH demokratska i socijalna država u kojoj postoji trodioba vlasti.

⁴⁷ Npr. Smith, Gordon, *Controlling the State: Constitutionalism from Ancient Athens to Today* (Cambridge MA: Harvard University Press, 1999).

društvenih skupina (nar. vjerskih i teritorijalnih zajednica), građanskim pravima pojedinaca (npr. pravo kretanja i ugovaranja) te osnovnima političkim pravima (pravo na sudsku zaštitu i sl., pravo glasa na parlamentarnim izborima).

Najjednostavniji je monarhijski s prihvaćenim nasljednim redom. Prednost mu je jednostavnost. Zna se tko i kada nasljeđuje. Nedostatak je da sposobnost i spremnost nasljednika za društvenu promjenu ovisi o njegovom značaju i, vrlo vjerojatno, opada s njegovom dugovječnošću. Carevanje Franje Josipa od 1848. do 1916. godine uvelike je onesposobilo Austro-Ugarsku za promjenu, a time i za opstanak, iako je Franjo Josip pravno naslijeđen carem Karlom I. Austrijskim.

Složeni je primjer, koji slijedi antičko naslijeđe,⁴⁸ izbor mletačkog dužda ustanovljen u 13. stoljeću i primjenjivan do ukidanja Mletačke Republike od Napoleona. Veliko vijeće izždrijebalo je 30oricu koji su izždrijebali 9oricu, ti su izabrali 40oricu koji su izždrijebali 12oricu, oni su izabrali 25oricu koji su izždrijebali 9oricu, ti su izabrali 45oricu koji su izždrijebali 11oricu, a ti su izabrali 41oga, i tek to su bili oni koji su birali dužda. Taj način izbora je omogućavao je da se postigne široka suglasnost o tom koga treba izabrati, ali i to da se već načinom izbora ograniči vlast izabranoga. Njegova vlast je i nakon što je bio izabran ustavno znatno ograničavana. Primjerice, smio je razgovarati s posjetiocima, izdavati isprave i pisati pisma samo u prisutnosti najmanje dva člana Duždevog vijeća.⁴⁹ No, najveće ograničenje nasljeđivanja i djelovanja dužda bio je sastav Velikog vijeća. Od kraja 13. stoljeća njegovo članstvo bilo je ograničeno na oko 2.500 plemića, čiji se broj do kraja 18. stoljeća neznatno povećao.⁵⁰ U vrijeme kad je ukinuta Mletačke Republika bila je već dva stoljeća u zalasku, za pretpostaviti je i zbog političke nesposobnosti prilagodbe promijenjenim uvjetima (otkriće Amerike itd.).

Još neobičniji je način na koji je, sve u skladu s Ustavom SFRJ, Predsjednika SFRJ po smrti nosioca tog organa 1980. mirno naslijedilo Predsjedništvo SFRJ. Po Ustavu sastojalo se od osam članova, od kojih je svaki bio delegiran i odgovoran samo svojoj republici ili pokrajini, te od predsjednika Saveza komunista Jugoslavije kao devetog člana.⁵¹ Tako je Predsjedništvo SFRJ bilo izraz i jamac samostalnosti ali i jedinstva nacionalnih komunističkih elita. Desetak godina kasnije Predsjedništvo SFRJ se ponovno pokazalo sposobnim za svoje pravno nasljeđivanje time što je onemogućilo upotrebu

⁴⁸ *Aristotelov Ustav atenski*, prij. (Zagreb: JAZU, 1948), tč. 43 i d., str. 52 i d.

⁴⁹ Smith, *Controlling* (bilj. 47), na str. 140.

⁵⁰ *Isto*, na str. 137-138.

⁵¹ Čl. 321. Ustava Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, *Službeni list SFRJ*, 9/1974.

Padjen Ustavnost i zaostalost 1. dio 2019.12.27..02.37ideje

vojske radi preuzimanja državne vlasti u čitavoj SFRJ.⁵² No nije se, baš kao niti drugi vrhovni organi SFRJ, pokazalo sposobnim da riješi političke sukobe i druge društvene probleme.

(B) *Društvena rješenja*

Drugi tip ustavnog nasljeđivanja nosilaca najviših organa državne vlasti je onaj u kojemu je nasljeđivanje usmjereno na omogućavanje društvene promjene. Ne zbog dobrohotnosti ili prosvjećenosti vladara nego zbog društvenih – prvenstveno ekonomskih - promjena koje izazivaju osiromašenje, epidemije, zagađenost itsl. Taj tip ustava rješava i pravne probleme koje rješava prvi tip, no uz to i društvene probleme, počevši s ekonomskima koje tržište ne rješava samo. Stoga je drugi tip usmjeren na uređenje (regulaciju) ekonomije, tj. tržišta, javnih službi, proračuna i novca,⁵³ na suvremene društvene skupine (političke stranke, udruge poslodavaca, radničke sindikate), složena politička prava (npr. sudjelovanje u upravljanju medijima koji su javna služba) te ekonomska, socijalne i kulturna prava pojedinaca.

Ustavno nasljeđivanje nosilaca vlasti koje je usmjereno na društvenu promjenu moguće je, s jedne strane, u modernom društvu, koje ima razvijeno tržište, i, s druge, vjerojatno, u višestranačkoj i liberalnoj demokraciji. No potonja sama po sebi nije dovoljan uvjet za takvo nasljeđivanje. Najbliže su tom tipu ustavnog uređenja (bile) evropske korporativne države. Njihova središnja institucija s ustavnim funkcijama su trajni su pregovori i dogovori vlada, poslodavaca i sindikata o glavnim mjerama ekonomske politike.⁵⁴ Korporativna država je nastala radi rješavanja ekonomske krize 1930.-ih. Do kraja 1970.-ih bila je uspješnija od političke ekonomije SAD, ako već ne u upravljanju ekonomskim razvojem barem u raspodjeli društvenih dobara.⁵⁵ Razvoj tehnologije smanjio je radničku klasu a liberalizacija tržišta financija preselila je industrijsku proizvodnju izvan Evrope, čime je bitno oslabljen jedan od tri nosilaca korporativne države, a time i ona sama.

⁵² Predsjedništvo SFRJ 12. ožujka 1991. nije prihvatilo prijedlog svojih članova iz Srbije i Crne Gore te dvije pokrajine Srbije da se Jugoslavenska narodna armija ovlasti za poduzimanje izvanrednih mjera radi razrješavanja političke krize koja je u Hrvatskoj već bila prerasla u rat. Odlučujući je bio glas protiv Bogića Bogićevića, prvoga i jedinoga člana Predsjedništva SFRJ izabranog referendumom svih birača Bosne i Hercegovine. Vidi npr. <http://dogodilose.com/2019/03.12/pokusaj-uvodenja-izvanrednog-stanja-u-jugoslaviji-12-ozujka> (pristup: 25.12.2019).

⁵³ Vidi npr.: Morgan, Bronwen / Yeung, Karen, *An Introduction to Law and Regulation* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2007). Baldwin, Robert / Cave, Martin / Lodge, Martin (eds.), *Oxford Handbook of Regulation* (Oxford: Oxford University Press, 2010); Hudson, Alastair, *The Law of Finance* (London: Sweet & Maxwell, 2007), pt. III. "Financial Services Regulation", str. 137-288.

⁵⁴ Vidi npr. Farjat, Gérard, *Droit économique* (Paris: Presses Universitaires de France, 1971), nar. titre III., ch. 1^{er}, sect. I. "Le droit économique dans les pays capitalistes", str. 583-631.

⁵⁵ Vidi Wilensky, Harold L., *The Rich Democracies: Political Economy, Public Policy, and Performance* (Berkeley CA: California University Press, 2002).

Samo po sebi, nasljeđivanje nosilaca vlasti koje je usmjereno na društvenu promjenu moguće je i izvan demokracije. Primjer je NR Kina. Vjerojatno je moguće i bez ustava, odnosno ustavnosti u smislu ograničavanja državne vlasti pravom.

(1.3.5) Predmeti

Od niza strana praktičnog problema ovo priopćenje pokušava kao svoje predmete odrediti i objasniti samo četiri, i to zbog toga što su važne a nisu uobičajeni problemi hrvatske pravne znanosti. Ustanovljenje Republike Hrvatske kao narodne zajednice izgleda kao predmet teorije države, a ne prava, jer se država shvaća kao izvor a ne kao predmet prava. U hrvatskoj pravnoj znanosti političke stranke nisu jedna od središnjih ustavnih institucija. Taj propust je, bez namjere pravnih znanstvenika, u skladu sa samorazumijevanjem političke elite kao države koja samu sebe ne može ograničiti zakonom pa je stoga zakon o strankama važan toliko koliko i zakon o udrugama. S obzirom na to da je država iznad prava, niti vanjski poslovi ne mogu biti središnja ustavna institucija.⁵⁶ Ustavni (a čini se niti kraznenopostupovni⁵⁷) problem nije niti državnoodvjetnička, tj. javnotužiteljska diskrecija.⁵⁸ No jest takav problem, i to prvorazredni, ako se prihvati tvrdnja Carla Schmitta da je suveren onaj tko odlučuje o izvanrednom stanju,⁵⁹ jer je po njoj suveren svaki državni odvjetnik koji kazneno goni po svrsishodnosti a ne po zakonitosti.

⁵⁶ Padjen, Ivan / Bakotić, Božidar, *Vanjski poslovi Jugoslavije: s gledišta međunarodnog prava i u usporedbi sa stranim pravima uz osobiti osvrt na federativno uređenje* (Čakovec: Zrinski, 1972) još je uvijek jedina monografija te vrste u hrvatskoj pravnoj znanosti.

⁵⁷ Barem ako je suditi po naslovima članaka u vodećima hrvatskima pravnim časoposima, u kojima se ne pojavljuju izrazi kao što su javnotužiteljska diskrecija i javnotužiteljska neovisnost, po imenima autora, urednika i sl. nekih poznatijih internacionalnih publikacija, npr.: *Promoting Prosecutorial Accountability, and Effectiveness: Comparative Research* (Sofia: Open Society Institute, 2008); Council of Europe / Consultative Council of *European Prosecutors Independence, Accountability and Ethic of Prosecutors* (2018); <http://www.coe.int/en/web/ccpe/independence-accountability-and-ethic-of-prosecutors> (pristup: 2019.09.18). Izuzmu li se rijetki radovi kao što to je još uvijek poticajan prinos temi nekadašnjega dekana Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, danas zaslužnog professor Yale Law School, Damaška, M., "The Reality of a Prosecutorial Discretion: Comments on a German Monograph", *The American Journal of Comparative Law*, 29 (1981), str. 119-138.

⁵⁸ Nar. Goldstein, A. S. / Marcus, M., "The Myth of Judicial Supervision in Three 'Inquisitorial' Systems, France, Italy, and Germany", *Yale Law Journal*, 87: 3 (1981), str. 240-283.

⁵⁹ Schmitt, Carl, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 7. Aufl. (Berlin: Duncker & Humblot, 1996), na str. 13.