

Pouke pravnog monizma - povodom Marijan Pavčnik, Teorija prava: prispevek razumevanju prava, 5. pregledano i dopunjeno izdanje s novim poglavljem Aleša Novaka

Padjen, Ivan

Source / Izvornik: **Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2016, 66, 595 - 617**

Journal article, Published version

Rad u časopisu, Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:118:434077>

Rights / Prava: [In copyright](#) / [Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-07-12**

PRAVRI

Pravni fakultet Faculty of Law



Sveučilište u Rijeci
University of Rijeka

Repository / Repozitorij:

[Repository of the University of Rijeka, Faculty of Law](#)
[- Repository University of Rijeka, Faculty of Law](#)

uniri DIGITALNA
KNJIŽNICA


DIGITALNI AKADEMSKI ARHIVI I REPOZITORIJI

POUKE PRAVNOG MONIZMA

Povodom Marijan Pavčnik, *Teorija prava: prispjevek razumevanju prava*,
5. pregledano i dopunjeno izdanje s novim poglavljem
Aleša Novaka,
IUS Software, GV Založba, Ljubljana, 2015., 662 str.

*Prof. dr. sc. Ivan Padjen**

UDK: 340.115:141.111
340.06:340.5(497.4:497.5)
Izvorni znanstveni rad
Primljeno: travanj 2016.

Teorija prava Marijana Pavčnika može biti poticaj za uočavanje i ispravljanje jednostranosti hrvatske teorije prava jer je monistična po tome što je sinteza ranijih teorija, pretpostavlja normativnu metodu kao temeljnu metodu spoznaje prava i drži da sve pravo pripada jednome jedinome pravnom poretku.

Ključne riječi: Marijan Pavčnik, teorija prava (Slovenija: Hrvatska), analitička teorija prava, pravni monizam

Teorija prava Marijana Pavčnika, uz suradnju Aleša Novaka, važna je za hrvatske čitatelje po izvrsnosti autora i sadržaja te kao poticaj za uočavanje i ispravljanje jednostranosti hrvatske teorije prava. Funkcija historije kao teorije (t. 1. 1.) objašnjava zašto matica hrvatske teorije prava prihvaća integralno poimanje prava, no teži sociologizaciji i čak potpunoj naturalizaciji pravne znanosti (t. 1. 2.) s posljedicama za pravno obrazovanje (t. 1. 3.) i pravnu praksu (t. 1. 4.). Iz nasljeđa slovenske analitičke teorije prava, koja je zakupljena objektivnim značenjem pravnostvaralačkih akata (t. 2. 1.), proizlazi Pavčnikova Teorija prava (t. 2. 2.). Hrvatskoj teoriji prava poučna su sljedeća stajališta, od kojih je svako tipično za analitičku teoriju prava i – na neki način – monistično: razborita teorija prava je monistična utoliko što je historijska

* Dr. sc. Ivan Padjen, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka; ivan.padjen@zg.t-com.hr

sinteza ranijih teorija, a ne tvorba koja je toliko izvorna da ih većim dijelom niječe ili zaobilazi (t. 2. 2. 1.); pravo je moguće prepoznati samo normativnom metodom, koja je monistična utoliko što je ostale metode spoznaje prava mogu izmijeniti i dopuniti, ali ne i zamijeniti (t. 2. 2. 2.); pravo je značenje društvenog djelovanja te je monistično utoliko što nije spoznatljivo neovisno o spoznaji djelovanja čije je značenje (t. 2. 2. 3.); pravo je monistično po tom što sve pripada jednome jedinome pravnom poretku (t. 2. 2. 4.). Usprkos navedenom, hrvatska i slovenska teorija možda imaju mnogo više zajedničkoga nego što to izgleda (t. 3.).

1. PLURALIZAM U HRVATSKOJ TEORIJI PRAVA

Hrvatska pravna kultura razvija se unutar romansko-germanskoga pravnog nasljeđa, ponajprije austrijskoga, zatim jugoslavenskoga te unutar internacionalnog prava, univerzalnoga i posebnih (UN, NATO i dr.) i prava europskih integracija, tj. prava Vijeća Europe i prava Europske unije.

1.1. Historija kao teorija

Obilježje je austrijskog nasljeđa prepletenost studija prava i studija drugih društvenih i humanističkih disciplina. Najizraženija je na Pravnom fakultetu u Zagrebu.¹ U njemu su tri od prvih pet nastavnih predmeta, u 18. stoljeću, upravna politika, ekonomska politika i znanost o financijama.² Početkom 20. stoljeća obvezatni je predmet praktička filozofija, koja je 1919. – 1920. zamijenjena sociologijom³, čiji je nositelj 1906. prvi profesor sociologije u Austro-Ugarskoj.⁴

¹ Vidi Pavić, Ž. (ur.), *Pravni fakultet u Zagrebu 1776-1996*, knj. I., knj. II. (sv. 1. – 3.), knj. III. (sv. 1. – 2.), knj. IV (sv. 1. – 2.), Pravni fakultet, Zagreb, 1996. – 1999.; Čepulo, D., *Legal Education in Croatia from Medieval Times to 1918: Institutions, Courses of Study and Transfers*, u Pokrovac, Z. (Hrsg.), *Rechtskulturen des modernen Osteuropa*, vol. 3, *Juristenausbildung in Osteuropa bis zum ersten Weltkrieg*, Klostermann, Frankfurt a.M., 2007., str. 81 – 152.

² Bayer, V., *Političko-kameralni studij u Hrvatskoj u 18. stoljeću (1769-1776)*, u Androić, M.; Bayer, V.; Pusić, E.; Štampar, S., *Varaždin u XVIII. stoljeću i političko-kameralni studij*, Žrinski, Zagreb – Varaždin, 1972., str. 89 – 120, str. 97.

³ E. g. Tintić, N., *Pravni fakultet u Zagrebu*, reprint u Pavić, *op. cit.* u bilj. 1, knj. I., str. 391 – 432, str. 408.

⁴ Lovrić, E., *Dr. Ernest Miler (nekrolog)*, reprint u Pavić, *op. cit.* u bilj. 1, knj. III., sv. 2., str. 395 – 403, str. 396.

Fakultet je ustanovljen kao sveučilišni 1870-ih pod utjecajem austrijske reforme sveučilišta sredinom 19. stoljeća.⁵ U studiju prava povećala je važnost rimskog prava i germanske pravne povijesti, da opravdaju Sveto Rimsko Carstvo Njemačkog Naroda, na čijem su se čelu vidjeli Habsburzi. Umanjila je važnost filozofije prava, jer je potonja bila pretežno liberalna i time Carevini rušilačka.⁶ Kad se Pravni fakultet u Zagrebu ustanovljavao kao sveučilišni, svoj temelj nije smio postaviti u hrvatskoj pravnoj povijesti (koju mu je bilo dopušteno uvesti kao nastavni predmet tek 1911. godine)⁷, nije htio prihvatiti temelj u germanskoj, pripremao ga je postaviti u općoj povijesti prava s ishodištem u praslavenskoj, no potonja je prokazana kao krivotvorena pa ga je postavio u vlastitoj općoj historiji prava, koja je slijedila Hegelovu – upravo kao i Joseph Kohler⁸, koji je u to vrijeme utemeljio *Internationale Vereinigung fuer Rechts- und Sozialphilosophie* (IVR).⁹ Tako je u Zagrebu opća historija prava bila od 1870-ih do 1933. temeljna pravna disciplina.¹⁰ Nastavni predmet “Enciklopedija prava”, čijemu udžbeniku¹¹ je od kasnijih najbližnji Perićev¹², bila je pomoćni neobvezatni predmet prvog semestra.¹³

1.2. Analiza i legalizam

Kao što je historija prava uvedena u povijesnim okolnostima jedne autokracije, tako je ukinuta takvim okolnostima druge. Dosta očito, šestosiječanjskoj

⁵ Čepulo, *op. cit.* u bilj. 1, str. 114 – 141.

⁶ Simon, T., *Die Thun-Hohensteinsche Universitätsreform und die Neuordnung der juristischen Studien- und Prüfungsordnung in Österreich*, u Pokrovac, Z. (Hrsg.), *Juristenausbildung in Osteuropa bis zum Ersten Weltkrieg*, Klostermann, Frankfurt a.M., 2007., str. 1 – 36.

⁷ Kostrenčić, M., *Pravna povijest na Pravnom fakultetu u Zgrebu prije Oslobođenja*, reprint u Pavić, *op. cit.* u bilj. 1, knj. II., sv. 1., str. 263 – 268.

⁸ Kohler, J., *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Rothschild, Berlin, 1917.

⁹ Grossfeld, B., *Joseph Kohler, u Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, De Gruyter, Berlin, 2010., str. 375 – 404.

¹⁰ Čepulo, D., *Opća pravna povijest (1874-1933) i udžbenik “Opća povijest prava” (1890-1894): nastanak i metodološka i kulturna usmjerenja*, reprint u Pavić, *op. cit.* u bilj. 1, knj. II., sv. 1., str. 245 – 262.

¹¹ Mikulčić, M., *Encyclopaedija pravo- i državoslovnih znanosti*, I. dio, Tisak Dragutina Bokaua, Zagreb, 1869., 140 str.

¹² Perić, B., *Struktura prava*, I. dio, Narodne novine, Zagreb, 1964., 256 str.; 12. dop. izd., Informator, Zagreb, 2009.; pretisak 12. izd. Pravni fakultet, Zagreb, 2009., XII + 264 str.

¹³ Metelko, J., *Teorija i filozofija prava na Pravnom fakultetu u Zagrebu*, u Pavić, *op. cit.* u bilj. 1, knj. II., sv. 1., str. 89 – 110, str. 95.

diktaturi, koja je zatirala povijesne razlike unutar prve Jugoslavije i modernizirala je novim zakonima, nije bila prihvatljiva historija prava, čak ni ona univerzalna. Trebala joj je analitička teorija prava, koja je, ukratko, zaokupljena objektivnim značenjem pravnih izraza (zakona, običaja, ugovora itd.) čina volje. Idealtipski gledano¹⁴, analitička teorija drži da su i sadržaj prava i mjerilo pravnosti razumska mjerila izražena jezikom ili drugim znakovima, pa stoga takva teorija obavlja sljedeće zadaće: analizira i stvara pojmove u pravu i o pravu, racionalno opravdava i istražuje implikacije svrha za društveno uređenje.¹⁵ Šestosiječanjskoj diktaturi bila je potrebna i pozitivistička teorija prava, po kojoj je pravo različito od morala¹⁶, a unutar nje legalistička teorija, po kojoj je pravo to što suveren – sam izvan i iznad prava – proglasi zakonom.¹⁷

Nakon Drugoga svjetskog rata opća historija prava ponovno je uvedena u nastavu¹⁸ te je, po sadržaju i opsegu¹⁹, desetljećima bila barem toliko važna koliko i opća teorija prava. Čak je Natko Katičić (1901. – 1983.), koji je bio student Hansa Kelsena (1881. – 1973.), imao tipično zagrebačku, odnosno hrvatsku sklonost tijesnog povezivanja pravnih normi i društvenih činjenica.²⁰

¹⁴ U smislu: Weber, M., 'Objektivnost' spoznaje u društvenoj znanosti i društvenoj politici, u *Metodologija društvenih nauka*, prijevod, Globus, Zagreb, 1986., na str. 61 i dalje; Saegesser, B., *Der Idealtypus Max Webers und der Naturwissenschaftliche Modellbegriff: Ein begriffskritischer Versuch*, Birkhaeuser, Basel, 1975., str. 155 – 172.

¹⁵ Padjen, I., *Metodologija pravne znanosti: pravo i susjedne discipline*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2015., str. 182 – 183, oslanjajući se na Summers, R., *The New Analytical Jurists*, New York University Law Review, vol. 41, 1966., str. 861, 865 – 877.

¹⁶ Ott, W., *Der Rechtspositivismus: Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, Duncker und Humblot, Berlin, 1976., str. 102 – 103 i dalje.

¹⁷ Vidi Visković, N., *Pojam prava: prilog integralnoj teoriji prava*, Pravni fakultet, Split, 1976., 262 str.; 2. dopunjeno i izmijenjeno izdanje, Logos, Split, 1981., str. 26 – 27; Ott, *op. cit.* u bilj. 16, str. 42 – 48; slično, *ibid.*, str. 34 – 42, o *analytical jurisprudence* Johna Austina.

¹⁸ Tintić, *op. cit.* u bilj. 3, str. 401.

¹⁹ *Sp.* Kurtović, Š., *Opća povijest prava i države*, 2. knj., 3. izd., autor i Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1994., VIII + 293 + VIII + 356 str.; *idem*, *Hrestomatija opće povijesti prava i države*, 2. knj., autor, Zagreb, 1999., IV + 423 + IV + 286 str.

²⁰ *Sp.* Katičić, N., *Pravo i država: pokušaj jedne teorije prava uz kritiku normativne škole u pravu*, u Rad Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti. Razredi filološko-historički i filozofičko-juridički, knj. 203, (1928.), str. 146 – 200.; reprint kao *Pravo i država*, Nadbiskupska tiskara, Zagreb, 1928.; *Između kibernetike i filozofije prava*, u *idem*, *Novi ogleđi o međunarodnom privatnom pravu i o procesu prava*, Sveučilišna naklada Liber, Zagreb, 1977., str. 143 – 175; *O normativnosti i pravilima ponašanja*, Pravo i društvo 1979. – 1981., sv. 1., 1982., str. 61 – 87.

1.3. Integralizam i redukcionizam

Funkcija historije kao teorije objašnjava sklonost gotovo svih hrvatskih teoretičara prava koji su djelovali nakon što je teorija prava postala temeljnom disciplinom pravnih studija²¹ – Perića²², Viskovića²³, Miličića²⁴, Pokrovca²⁵, Vrbana²⁶, potpisnika ovog teksta²⁷ – da pravo pojme historijski, tj. kao uvjetovano društvenim okolnostima. Važnu stranu te sklonosti (iako ne i svu njezinu složenost) moguće je predočiti kao zamjenu klasičnog učenja, jasno oblikovanog od Akvinca, da je pravo djelo razuma, a ne volje²⁸, pretpostavka, uglavnom prešutnim, da je razum i volju nemoguće ili barem veoma teško razlučiti pa je stoga govor o volji još manje određen od onoga o razumu. Posljedično: značenje pravnih izraza nije moguće odvojiti od vladajuće volje čiji su izraz; jezično i logično tumačenje pravnog izraza nije moguće odvojiti od svrhovitoga, a potonje od subjektivnoga; objektivno tumačenje je samo jedno od subjektivnih tumačenja, i to ono koje je trenutačno najutjecajnije; to što se drži vladajućom voljom jedna je od mnoštva djelatnih volja (jednostavnije: djelovanje je skupine za pritisak) s relativno najvećim utjecajem; odnos između pravnih poredaka nije ni monistički, tj. takav da postoji samo jedan jedini pravni poredak, bilo s internacionalnim bilo nacionalnim iznad svih ostalih, ni dualistički, tj. takav da postoje odvojeni nacionalni pravni poreci i možebitno jedan internacionalni, nego pluralistički, tj. između mnoštva pravnih poreda-

²¹ Padjen, I., *Legal Philosophy and General Jurisprudence in Croatia in the XXth Century*, u Pattaro, E.; Roversi, C. (eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 12, t. 1, Springer, Dordrecht NL, 2016., ch. 20.2, str. 662 – 673, sp. ch. 20.2.1 “History qua Philosophy”, str. 662 – 666.

²² Perić, *op. cit.* u bilj. 12, u uvodnim napomenama, str. 1 – 2, određuje pravo kao jedinstvo sustava pravila i poretka, a u prikazu sastava pravnog objekta, pogl. II.II., str. 83 – 86, kao “pravni objekt II. reda” navodi i ukratko raščlanjuje vrijednosti, pa je po tome prethodnik suvremene integralne teorije prava u Hrvatskoj.

²³ Visković, *op. cit.* u bilj. 17; *idem*, *Pravo kao kultura: Egoistička teorija prava Carlosa Cossija*, Izdavački centar Rijeka, Rijeka, 1990.

²⁴ Miličić, V., *Opća teorija prava i države*, 1. sv., *Učenje o sadržajima prava*, Azur, Zagreb, 1994.

²⁵ Pokrovac, Z., *Hermann U. Kantorowicz i slobodnopravni pokret*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 1995.

²⁶ Vrbanić, D., *Država i pravo*, Golden Marketing, Zagreb, 2003., str. 227 – 229.

²⁷ Padjen, I., *(Ne)ćudorednost (međunarodnog) prava*, Izdavački centar Rijeka, Rijeka, 1988., str. 153 – 173.

²⁸ Akvinski, T., *Summa theologiae*, IaIIae, q. 90, art. 1, u *idem*, *Izbor iz djela*, 2. sv., prijevod, Naprijed, Zagreb, 1990., str. 605 – 607.

ka, nacionalnih, podnacionalnih i iznadnacionalnih, od kojih je svaki dijelom samostalan, a dijelom u dodiru s drugima, i to kako u suradnji tako i u sukobu s drugima²⁹; tako i najugledniji hrvatski udžbenik internacionalnog prava ne može u svojem prikazu čovjeka kao pravnog subjekta³⁰ prikriti, vjerojatno nenamjeravanu, pluralističku pretpostavku da je internacionalno pravo pravni sistem koji je koordiniran nacionalnima; možda najvažnije od svega, značenje pravnih izraza nije moguće odvojiti od međuljudskih djelovanja koja uređuju, zbog toga što značenje pravnih izraza može spoznati samo onaj koji ima predradzumijevanje djelovanja koja pravni izrazi uređuju, upravo kao što sama ta djelovanja može spoznati samo onaj čije predradzumijevanje uključuje njihovo značenje.

Navedene prešutne postavke tipične su za integralnu teoriju prava, koju u većoj ili manjoj, ali u značajnoj mjeri prihvaćaju navedeni hrvatski teoretičari prava. Nosivi je sastojak te teorije poimanje prava kao jedinstva ne samo pozitivopravnih i izvanpozitivopravnih mjerila djelovanja (pravila, vrijednosti, načela, ustanova, grana itd.) nego i društvenog međudjelovanja, tj. društvenih odnosa, koji su predmet, neposredni uvjet i/ili neposredna posljedica pravnih mjerila djelovanja.³¹ Iskustvo pokazuje nagnuće integralne teorije redukciji predmeta i metoda pravne znanosti, i to sociologizaciji pravne znanosti³² i njezinoj zamjeni naturalističkom, tj. po uzoru na prirodne znanosti obrazovanoj znanosti o društvenoj regulaciji.³³

1.4. Obrazovne posljedice

Skлонost hrvatskih teoretičara prava da zahvaćaju svoj predmet u njegovome širokom kontekstu može u velikoj mjeri objasniti činjenicu da u hrvatskoj pravnoteorijskoj literaturi ne postoji sistematski udžbenik teorije prava. Perićeva prva knjiga sistematskog udžbenika³⁴ jest sistematična, no druga to već po

²⁹ Padjen, I., *The Idea of Social Law in Croatian Legal Thought*, Pravni vjesnik, god. 31, br. 3 – 4, 2015., str. 11 – 21.

³⁰ Andrassy, J.; Bakotić, B.; Seršić, M.; Vukas, B., *Međunarodno pravo*, knj. 1., 2. izd., Školska knjiga, Zagreb, 2010., str. 70 – 74.

³¹ Padjen, *op. cit.* u bilj. 15, str. 220 – 223.

³² Tako Visković, N., *Znanost politike i prava u nas*, Pravo i društvo 1982. – 1983., sv. 2., 1984., str. 15 – 16. Kritika Padjen, *op. cit.* u bilj. 15, str. 117 – 128.

³³ Tako Pusić, E., *Društvena regulacija*, Globus, Zagreb, 1989., str. 21 – 22 i dalje. Kritika Padjen, *op. cit.* u bilj. 15, str. 16 – 17.

³⁴ Perić, *op. cit.* u bilj. 12.

naslovu³⁵ nije, a njegove ostale knjige koje bi možda mogle zaokružiti sistem više su teorijskofilozofijske³⁶ i filozofijskohistorijske³⁷, a manje teorijskopravne. Viskovićevo najvažnije teorijskopravno djelo³⁸, koje je godinama korišteno kao prvi od triju udžbenika teorije prava (preostala dva bile su Perićeve knjige) u studijima i prava³⁹ i politologije⁴⁰, da je bila odgovarajuće proširena postala bi najboljim udžbenikom te discipline u Hrvatskoj, a vjerojatno i drugdje gdje je hrvatski jezik lako razumljiv. Viskovićev sistematski udžbenik discipline⁴¹ po razini i složenosti je udžbenik za stručne, a ne sveučilišne studije. Miličićev udžbenik⁴² do te je mjere izvoran da ga je teško povezati s nasljeđem. Vrbanov udžbenik⁴³ u prvom je redu teorija države. Činjenica da u hrvatskoj pravnoj znanosti ne postoji sistematski udžbenik teorije prava dijelom objašnjava i činjenicu da već desetljećima ne postoji ni udžbenik općeg dijela građanskog prava.⁴⁴ Uzme li se u obzir da pravo putem sistema postaje znanošću⁴⁵, obje činjenice zajedno pokazuju da generacijama hrvatskih sveučilišno obrazovanih

³⁵ *Idem*, *Država i pravni sustav*, Pravni fakultet, Zagreb, 1981., 247 str.; 6. izd., Informator, Zagreb, 1994.; reprint 6. izd., Pravni fakultet, Zagreb, 2009., VIII + 231 str.

³⁶ *Idem*, *Pravna znanost i dijalektika: osnove za suvremenu filozofiju prava*, Narodne novine, Zagreb, 1962., 278 str.

³⁷ *Idem*, *Filozofija povijesti i pravna znanost*, autor, Zagreb, 1996., XIX + 654 str.

³⁸ Visković, *op. cit.* u bilj. 17.

³⁹ U nastavnom predmetu "Teorija države i prava" I. godine dodiplomskog studija prava Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 1978. – 1995.

⁴⁰ U uvodima u pravo ("Osnove prava", "Teorija prava", "Teorija prava s javnim pravom", "Uvod u teoriju prava") I. godine dodiplomskog, kasnije preddiplomskog studija politologije Fakulteta političkih znanosti Sveučilišta u Zagrebu 1990. – 2009.

⁴¹ Visković, N., *Teorija države i prava*, Birotehnika, Zagreb, 2001., 314 str.; 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje 2006., 310 str.

⁴² Miličić, V., *Opća teorija prava i države*, 3. sv., Sveučilišna tiskara i Pravni fakultet, Zagreb, 1994. – 1998., XX + 206 + 328 + 121.

⁴³ Vrban, D., *Država i pravo*, Golden Marketing, Zagreb, 2003., 631 str.

⁴⁴ Najopsežniji su današnji priručnici općeg dijela hrvatskoga građanskog prava: Klarić, P.; Vedriš, M., *Građansko pravo: opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, 14. izd., Narodne novine, Zagreb, 2014., I. dio, str. 1 – 185; Slakoper, Z.; Gorenc, V.; Bukovac Puvača, M., *Obvezno pravo: opći dio*, Informator, Zagreb, 2009., I. dio, str. 1 – 166. Oba djela manjeg su opsega od Vuković, M., *Opći dio građanskog prava*, 2 sv., Školska knjiga, Zagreb, 1960., X + 358 + XVI + 322 str.; Vodinić, V. V., *Građansko pravo: Uvod u građansko pravo i Opšti dio građanskog prava*, 2. izd., Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik, Beograd, 2014., 559 str.

⁴⁵ Schroeder, J., *Wissenschaftstheorie und Lehre der 'praktischen Jurisprudenz' auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Klostermann, Frankfurt a.M., 1979., str. 92 i dalje.

pravniku nedostaje temeljna pravnoznanstvena naobrazba i da taj nedostatak vjerojatno ima praktične posljedice.

1.5. Praktične posljedice

Sklonost povezivanju razuma i volje te teorije i historije potiče na zazor prema analitičkoj teoriji prava kao besplodnoj potrazi za objektivnim značenjem. Takav zazor pokazuje službeno proglašenje 30. svibnja Danom hrvatske državnosti⁴⁶, što je vrijedilo sve do 2001. godine.⁴⁷ Tumačenje da Republika Hrvatska kao samostalna država nije nastala ni osamostaljenjem 8. X. 1991., ni proglašenjem neovisnosti 25. VI. 1991., koje je odgođeno za tri mjeseca, ni donošenjem Ustava RH 22. XII. 1990., nego danom konstituiranja prvoga višestranačkog Sabora 30. V. 1990., pravno je neodrživo već zbog činjenice da je taj Sabor bio po Ustavu Socijalističke Republike Hrvatske najviši organ vlasti SRH, koja je po svojem ustavu bila država.⁴⁸ Da je internacionalnopravno neodrživo pokazuje I. Mišljenje Arbitražne (tzv. Badinterove) komisije Mirovne konferencije o Jugoslaviji 1991. godine, koje priznaje da su granice svake nekadašnje jugoslavenske republike unutar SFRJ njezine internacionalne granice zbog toga što po Ustavu SFRJ nisu mogle biti promijenjene bez njezine suglasnosti.⁴⁹ Upravo kao što bez suglasnosti svake od republika i pokrajina nije mogao biti ni donesen ni promijenjen Ustav SFRJ.⁵⁰ Sa stajališta analitičke prava sve to pokazuje da je SRH imala nosive značajke države.⁵¹

2. PRAVNI MONIZAM I SLOVENSKA TEORIJA

Slovenska pravna kultura dijeli s hrvatskom unutar romansko-germanskoga pravnog nasljeđa njegova četiri posebna dijela: austrijsko, jugoslavensko i ono

⁴⁶ Čl. 1. Zakona o blagdanima, spomendanu i neradnim danima u Republici Hrvatskoj, Narodne novine, br. 33/1996.

⁴⁷ Čl. 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o blagdanima, spomendanu i neradnim danima u Republici Hrvatskoj, Narodne novine, br. 96/2001.

⁴⁸ Čl. 349. i 1. Ustava Socijalističke Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 8/1974.

⁴⁹ Opinion No. 3 of the Arbitration Commission of the Peace Conference on Yugoslavia (Paris, 11 January 1992), u Trifunovska, S. (ed.), *Yugoslavia Through Documents*, Nijhoff, The Hague, 1994., str. 479 – 480.

⁵⁰ Dio V. Ustava Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, Službeni list SFRJ, br. 9/1974.

⁵¹ Vidi analitičkoteorijsko tumačenje i/ili izbor i/ili otkriće prvog ustava i temeljne norme Republike Hrvatske u aktima III. zasjedanja ZAVNOH-a u Padjen, *op. cit.* bilj. 15, str. 197 – 198, *sp. bilj.* 81.

europskih integracija, tj. Vijeća Europe i Europske unije, a uz njih i više internacionalnih (UN, NATO i dr. uz, dakako, univerzalno internacionalno pravo), no od hrvatske se razlikuje po značajkama – osobito teorijskopравnima⁵² – od kojih su neke za hrvatsku pravnu kulturu poučne.

2.1. Transdisciplinarnost i analiza

Bliskost Pravnog fakulteta u Ljubljani austrijskom nasljeđu transdisciplinarnog izučavanja i podučavanja prava pokazuje već činjenica da Pavčnik i Novak pripadaju katedri za teoriju i sociologiju prava svojeg Fakulteta.⁵³ Pri Fakultetu djeluju i Institut za kriminologiju⁵⁴ i Ekonomski institut.⁵⁵

Nastavnici Pravnog fakulteta u Ljubljani nisu mogli steći zagrebačka iskustva odnosa historije i teorije prava jer je njihov Fakultet osnovan 1919. godine⁵⁶, dakle, nakon nestanka Austro-Ugarske. No, vjerojatno baš zbog blizine Austriji među ljubljanskim nastavnicima prava utjecajnom je postala analitička teorija prava bliska čistoj teoriji prava. To je nesumnjivo zasluga Leonidasa Pitamica (1885. – 1971.), njihova prvog dekana. Stvarao je svoju inačicu analitičke teorije prava⁵⁷ te je kao jedan od prvih studenata i nakon toga kao kolega s kolegom raspravljao s Hansom Kelsenom.⁵⁸ Pavčnikova *Teorija prava* proizlazi iz nasljeđa slovenske analitičke teorije prava.

2.2. Pavčnikova *Teorija prava*

Marijan Pavčnik, rođen 1946. godine, internacionalno je priznati teoretičar prava čija bibliografija obuhvaća 600 naslova⁵⁹, uključujući više od stotinu

⁵² Cf. Pavčnik, M., *20th Century Philosophy of Law in Slovenia*, u Pattaro, *op. cit.* u bilj. 21, ch. 20.3, str. 674 – 681 i Padjen, *op. cit.* u bilj. 21.

⁵³ Vidi <http://www.pf.uni-lj.si/fakulteta/katedre/katedra-za-teorijo-in-sociologijo-prava/> (3. ožujka 2016.).

⁵⁴ Vidi <http://www.inst-krim.si> (10. travnja 2016.).

⁵⁵ Vidi <http://www.pf.uni-lj.si/fakulteta/katedre/katedra-za-pravnoekonomске-znanosti/> (3. ožujka 2016.).

⁵⁶ Vidi https://www.uni-lj.si/univerzitetni_arhiv/zgodovina_ul/univerza_v_ljubljani_ustanovitev_in_razvoj_do_konca_20%20stoletja/ (3. ožujka 2016.).

⁵⁷ Sp. Pitamic, L., *Na robovih čiste teorije prava / An den Grenzen der reinen Rechtslehre*, urednik i uvod Pavčnik, M., Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana, 2005.

⁵⁸ Pavčnik, M., *Na robovih čiste teorije prava (Pitamičevo pojmovanje prava)*, u Pitamic, *op. cit.* u bilj. 57, str. 15 – 32, str. 15 – 16.

⁵⁹ Vidi <http://izumbib.izum.si/bibliografije/Y201060303012431-03095.html> (3. ožujka 2016.).

izvornih znanstvenih radova te dvadesetak znanstvenih knjiga, među kojima su sljedeće: *Čista teorija prava kao izazov* (slovenski i njemački, 2015.)⁶⁰; *Na putu k mjeri prava* (njemački, 2011.)⁶¹; *Pravno razumijevanje i odlučivanje: od životnog odnosa do pravne odluke – prinos argumentaciji u pravu* (njemački i engleski, 1983.)⁶²; *Argumentacija u pravu: od životnog primjera do pravne odluke*, 3. izd. (slovenski, 2013.), sada u prijevodu na bosanski⁶³; *Zloupotreba subjektivnog prava* (slovenski, 1986.)⁶⁴; *Pravni izvori u jugoslavenskom pravu: glavne vrste formalnih izvora prava – značenje i međusobni odnosi* (slovenski, 1983.)⁶⁵ Pavčnik je redoviti profesor Katedre za teoriju i sociologiju prava Pravnog fakulteta Sveučilišta u Ljubljani. Redoviti je član Slovenske akademije znanosti i umjetnosti. Dugogodišnji je član Izvršnog odbora Internacionalne udruge za pravnu i društvenu filozofiju (IVR).

Aleš Novak, Pavčnikov nasljednik na Pravnom fakultetu u Ljubljani, doktorirao je disertacijom *Priroda i granice obvezujuće snage prava* (2003.)⁶⁶ te je autor dvadesetak znanstvenih članaka.⁶⁷

Sadržaj Pavčnikove *Teorije prava* ukratko je sljedeći: I. Uvod (str. 27 – 42); II. Vrste i metode pravnih znanosti (str. 43 – 72); III. Pravo i država (str. 73 – 89); IV. Pravno pravilo (str. 91 – 138); V. Pravni odnos (str. 139 – 186); VI. Normativni pravni akt (str. 187 – 225); VII. Pravni izvori (str. 227 – 302); VIII. Pravne praznine (str. 303 – 319); IX. Primjena (općih) pravnih akata (str. 321 – 372); X. Tumačenje (razumijevanje) normativnih pravnih akata (str. 373 – 442); XI. Sistematizacija prava (str. 443 – 500), s odjeljkom 5. Velike pravne kulture Aleša Novaka (str. 467 – 500); XII. Pravo i vrijednosti (str. 501 – 531); XIII. Pogledi na prirodu prava (str. 533 – 595). Svako od poglavlja

⁶⁰ *Čista teorija prava kot izziv = Reine Rechtslehre als Anregung*, IUS Software, GV Založba, Ljubljana, 2015., 181 str.

⁶¹ *Auf dem Weg zum Maß des Rechts: Ausgewählte Schriften zur Rechtstheorie*, Steiner Verlag, Stuttgart, 2011., 318 str.

⁶² *Juristisches Verstehen und Entscheidung: vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung: ein Beitrag zur Argumentation im Recht*, Springer, Wien & New York, 1993., X + 182 str.

⁶³ *Argumentacija v pravu: od življenjskega primera do pravne odločitve*, 3. izd., GV založba, Ljubljana, 2013., 540 str.

⁶⁴ *Zloraba pravice*, Uradni list SR Slovenije, Ljubljana, 1986., 72 str.

⁶⁵ *Pravni viri v jugoslovanskem pravu: poglavitne vrste formalnih virov prava: značilnosti in medsebojna razmerja*, Uradni list SRS, Ljubljana, 1983., 158 str.

⁶⁶ *Narava in meje zavezujoče moči prava*, doktorska disertacija, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Ljubljana, 2003., 427 str.

⁶⁷ Vidi <http://izumbib.izum.si/bibliografije/Y20160303021121-17028.html> (3. ožujka 2016.).

popraćeno je nizom bilježaka s uputama na književnost i popisom književnosti. Na kraju knjige su kratice (str. 597 – 598), popis opće književnosti (str. 598 – 605), sažetak na njemačkom jeziku, koji je uglavnom istovjetan uvodnom poglavlju (str. 607 – 620), imensko kazalo (str. 627 – 639) i posebno stvarno kazalo (str. 641 – 662).

Ostatak ovog prinosa prikazuje i ocjenjuje izabrane teze sistematskog dijela *Teorije prava*, osim tumačenja prava (str. 373 – 472), jer nije tipično za analitičke teorije prava, koje traže objektivna značenja pa tu omanju zadaću primjereno sažeto otpravljaju ili je zanemaruju.⁶⁸ Prinos ne prikazuje niti preglede pravnih nasljeđa (str. 467 – 500) i pogleda na pravo (str. 593 – 595).

2.2.1. *Teorija kao historijska sinteza*

Prva rečenica Uvoda Pavčnikove *Teorije prava* (str. 27 – 42) određuje da je pravo “sustav kao cjelina učinkovitih pravnih načela i pravnih pravila koja uređuju vanjsko ponašanje i postupanje pojedinaca i njihovih udruga u životno važnima društvenim odnosima” (str. 27). Te odredbe prava otkrivaju dvije strane Pavčnikove knjige. S jedne strane to je historijska sinteza provjerenih i utjecajnih pojmova i postavki o pravu, i to ne samo onih u užem smislu teorijskopravnih nego i pravnodogmatskih i pravnohistorijskih. S druge je to izvorna teorija, koja izvodi na temelju vlastitih pretpostavki te pravnoznanstvenih spoznaja i pravnog iskustva autora najvažnije pojmove i postavke o pravu. Štoviše, sastavljena je tako kako su sastavljene i druge takve knjige na rubovima srednje Europe, uključujući najbolje hrvatske: vodi mnogo više računa o zapadnima i čak širim intelektualnim uzorima nego o svojem nacionalnom nasljeđu (iako je ono, kako to pokazuje već spomenuto Pitamicovo djelo, sve prije nego zanemarivo).

Izvornost i historijska sinteza nužne su teoriji prava čija je neposredna funkcija olakšavanje povezivanja u cjelinu općih dijelova glavnih pravnodogmatskih disciplina kontinentalnoeuropskih prava, supstantivnih i procesnih,

⁶⁸ E. g. Kelsen, H., *Pure Theory of Law*, tr. of the 2nd ed., University of California Press, Berkeley CA, 1967., x + 356 str., obrađuje tumačenje prava u pogl. VIII. str. 348 – 356; *idem*, *General Theory of Law and State*, tr., Russell and Russell, New York, 1961., XXXIV + 516 str., niti ne sadrži poglavlje ili odsjek naslovljen tumačenje ili sl., ali sadrži u stvarnom kazalu izraz tumačenje (*interpretation*) i uputu na desetak stranica knjige na kojima se on pojavljuje; Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961., X + 262 str., ne sadrži niti poglavlje ili odsjek naslovljen tumačenje niti izraz tumačenje (*interpretation*) u stvarnom kazalu.

tj. građanskoga, kaznenoga, ustavnoga, internacionalnoga (međunarodnoga) itd. Zbog toga kontinentalnoeuropska teorija prava, a jednako tako i opći dijelovi pravne dogmatike, sazrijevaju prikupljanjem znanja, usporedivog s taloženjem, koje dugo traje i praktično nikada ne zastarijeva. Sastavljeni su s onom vrstom izvornosti s kojom je John Stuart Mill sastavio svoj *A System of Logic*, naime, da “utjelovi i sistematizira a ne da nadomjesti najbolje zamisli koje su bile objavljene o njezinom predmetu”.⁶⁹ Teorija prava koja nije i sinteza prihvatljiva je u angloameričkom pravu, u kojemu funkciju pravne znanosti imaju mišljenja sudaca visokih sudova⁷⁰ koja kao *common law* sadrže i to što je u kontinentalnoeuropskim pravima propisano općim dijelovima zakona i to što je protumačeno i resistematizirano u općim dijelovima pravnodogmatskih disciplina. Moguća je kao filozofija koja ne treba voditi računa o tome što pravnici drže pravom⁷¹, pogotovo kao angloamerička⁷², koja se, poput angloameričke filozofije inače, ne drži obvezatnom osvrtni ni na vlastitu povijest.

Činjenica da je Pavčnikova *Teorija prava* izvorna teorija prava koja je i historijska sinteza, a ne nova teorija koja odbacuje zatečene, prva je njezina značajka po kojoj je monistička i poučna za hrvatske udžbenike opće teorije prava, koji su u tom pogledu nešto manjih dometa.

2.2.2. Normativna metoda kao ishodište

Teorija prava započinje poglavlje o metodama znanosti o pravu (str. 43 – 72) sljedećim tvrdnjama: “Metodološki pristup je ovisan kako o predmetu koji istražujemo tako i cilju kojemu pojedina znanost teži. Cilj je tijesno povezan s općim filozofijskim ishodištem o pravu, njegovoj prirodi te mjestu koje pravo ima u društvu i svijetu.” (str. 45). *Teorija prava* navodi te manje ili više opsežno određuje pet metoda, kako slijedi.

⁶⁹ Mill, J. S., *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive*, 8th ed., Harper & Brothers, New York, 1882., “Preface to the First Edition”, str. 1.

⁷⁰ Stith, R., *Can Practice do Without Theory? Differing Answers in Western Legal Education*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol. 80, 1994., str. 426 – 435.

⁷¹ Cf. Visković, *op. cit.* u bilj. 17, str. 47 – 50, koji pokazuje da je primarni kriterij pravnosti, koji svaki smisleni pojam prava mora uzeti u obzir – ali ne i prihvatiti – to što profesionalni pravnici drže pravom.

⁷² Do uspona nacizma oslanjala se u velikoj mjeri i na kontinentalnoeuropsku – ponajprije germansku – pravnu misao (kako to rječito pokazuje desetljećima pisano djelo Pound, R., *Jurisprudence*, 5 vols., West, St. Paul, MI, 1959.), intelektualno je ojačana time što je niz kontinentalnoeuropskih mislilaca našao utočište od nacizma u angloameričkom svijetu i na njega utjecao sve do sredine 1970-ih.

“Dogmatska metoda omogućuje da se u njoj istražuje pravo kao normativna pojava. Ishodište je načelo normativnog pripisivanja: ako nastupi određeno činjenično stanje, treba slijediti određena pravna posljedica.” (str. 46) ... “Dogmatska metoda uključuje jezičnu, formalnologičnu i sistematsku analizu normativnih pravnih akata i njihov sadržaj. Usredotočuje se na normativni sastav prava, na pravna pravila kao njegov temeljni sastojak i na odnose među njima.” (*ibid.*). “U prirodi je dogmatske metode da treba poštovati autoritet kao tvorca prava: *Auctoritas non veritas facit legem*... Stvoreno pravo je *dogma*, koju treba prihvatiti kao stvarnost (čitaj: kao pravno pravilo) i u tom je pogledu ne treba provjeravati ili o njoj dvoumiti. Ishodište dogmatske analize je da nas zanima pravo koje jest (*de lege lata*) – sa stajališta pozitivnog, važećeg prava (*e. g.* zakona), a ne pravo koje treba biti (*de lege ferenda*).” “Dogmatsku metodu moguće je nazvati i *normativno-dogmatskom metodom*.” (str. 47).

“Aksiološka metoda oslanja se osobito na vezu (kopulu) *treba*: ako nastupi određeno činjenično stanje, treba slijediti određena pravna posljedica.” ... To je “*metoda vrednovanja u pravu*”. “...ima posebnu ulogu u svim stupnjevima nastanka, razumijevanja i upotrebe normativnih pravnih akata (*e. g.* zakona).” “...poznata je također kao deontološka metoda, to jest kao metoda *pravne politike* i *pravne kritike*. Deontološka metoda je zaokupljena pravom kakvo treba biti (*de lege ferenda*).” (str. 48).

Za razliku od odredaba dogmatske i aksiološke metode, odredba sociološke metode dana je navođenjem zadaća koje potonja metoda treba obaviti. “Središnji problemski sklop ... su pitanja kako to društvo i njegov sastav utječu na to što *treba pravno urediti*, nadalje, pitanja kako društvo, društveni uzroci i napose društveni interesi utječu na razumijevanje i upotrebu normativnih pravnih akata (*e. g.* zakona), i posljednje, ali ne najmanje važno, pitanja *kako pravna pravila* (*e. g.* zakoni) *povratno utječu na društvo*, odnose u njemu i njegov razvoj.” (str. 49 – 50). “Zakone nije moguće sadržajno raščlaniti i razumjeti ako se ne uzmu u obzir društveni uzroci koji su ih izazvali, i toga kako je zakon nastao...” “Povijesno i u značajnoj mjeri svrhovito (teleološko) tumačenje su tipična tumačenja koja imaju sociološki sadržaj.” (str. 50). “Sociološka metoda je prema tome dragocjena naročito tada kada moramo istražiti kako se postavljeno pravo (*law in the books*) provodi u pravnoj (*e. g.* sudskoj) praksi (*law in action*).” (str. 51).

Odredba historijske metode još je manje određena od sociološke. Ključne rečenice glase ovako: “Njezina (*sc.* historijske metode) središnja značajka je da pravo i pravne pojave istražuje razvojno i uzročno.” “Razumna *pravna politika*

mora poštovati to da pravne pojave imaju svoju genezu i da su svagda dio određene civilizacije i pravne kulture. Isto ishodište obvezuje *kritiku prava*.” (str. 52).

“Poredbeno pravo i pravna historija među sobom su na svoj način među najpovezanimim znanostima.” (str. 53). “Poredbenopravna znanost uspoređuje iste pravne sastojke (*e. g.* ustanove) dva pravna poretka ili više njih zato da utvrdi što im je zajedničko i po čemu se razlikuju. Smisao je poredbe da zahvati uzroke po kojima su pravni poreci slični, odnosno različiti.” (*ibid.*).

Pavčnik ne spominje neznanstvene načine spoznavanja prava. Tričavi je razlog taj što je naslov poglavlja *Vrste i metode pravnih znanosti*. Netričavi razlozi su sljedeći: razlika znanstvene i neznanstvene spoznaje prava je u stupnju, ne u vrsti⁷³; složene pravne probleme moguće je riješiti samo znanstvenom spoznajom prava; kad izgleda da se pravnik služi svakodnevnim iskustvom, a ne znanstvenom metodom, previđa se da su mu znanstvena znanja postala dijelom svakodnevnog iskustva i da mu među ostalim omogućuju izbor metoda (*e. g.* da prepusti ustanovljenje i čak kvalifikaciju činjeničnog stanja vještaku, a sam odlučuje o procesnim pitanjima i o primjeni mjerodavnoga materijalnog prava u kvalificiranju činjeničnog stanja); to pogotovo vrijedi u kontinental-neoeuropskim pravima, koja su učena (*gelehrtes Recht, learned law*).

Pod netom navedenim pretpostavkama pregled metoda pravne znanosti *Teorije prava* besprijekoran je i kao skup tvrdnji, tj. podjela i odredaba, nosivih za tu teoriju. Pritom je središnja, iako nedovoljno izražena, pretpostavka da je normativna metoda ta kojom se prepoznaje (identificira) pravo, a ostale metode dopunjuju i mijenjaju tu logički prvotnu spoznaju. Možebitno upitne strane Pavčnikova pregleda metoda pravne znanosti pretežno su terminološke, i utoliko pojmovne, a vjerojatno su posljedica nastojanja da se postigne historijska sinteza. Svedive su na sljedeće: upotreba izraza dogmatika i deontologija te odredbe poredbenopravne metode i odnosa među metodama.

Pavčnikova podjela i nazivi pravnih metoda slični su podjelama i nazivima pravnih metoda u pravnoteorijskoj literaturi autora iz nekadašnjih jugoslavenskih republika: Lukića, koji dijeli metode istraživanja prava u realne, koje uključuju psihološku metodu i sociološku metodu, idealne, koje uključuju dogmatsku metodu i normativnu metodu, te nesamostalne, koje uključuju historijskopravnu i poredbenopravnu metodu.⁷⁴ Nikole Viskovića, koji razlikuje

⁷³ Padjen, *op. cit.* u bilj. 15, str. 13.

⁷⁴ Lukić, R. D., *Metodologija prava*, Srpska akademija nauka i umetnosti, Beograd, 1977., str. 66 – 156. Vidi raščlambu Padjen, I., *Pravo i politika: prolegomena teoriji*

sociološku, aksiološku, lingvističku, dogmatsku i logičku metodu⁷⁵; Vjekoslava Miličića, koji razlikuje, čini se, dogmatsku, aksiološku i sociološku metodu⁷⁶; Duška Vrbana, koji dijeli metode pravne znanosti u dogmatsku, kao temeljnu, te formalnologičku, sistematizaciju, aksiološku, sociološku, povijesnopravnu i poredbenopravni pristup.⁷⁷

Pavčnik upotrebljava izraz dogma u smislu prava kao stvarnosti koja je neupitna jer je postavljena od vlasti (str. 47). Taj smisao izgleda tako kao da je izveden iz shvaćanja da je pravna dogmatika stvorena po uzoru na teologijsku dogmatiku⁷⁸, tj. na znanost o temeljnim vjerskim istinama.⁷⁹ Novije istraživanje pokazalo je da je stvorena po uzoru na medicinu te po njemu izraz pravna dogmatika označava iskustveno stjecanje spoznaja o pravu koje, upravo kao i iskustvene spoznaje o zdravlju/bolesti, vrijede u najvećem broju slučajeva, ali ne u svima.⁸⁰ Ako je tako, dogmatsko znanje o pravu nije samo normativno, tj. znanje o tom da određeno pravno pravilo postoji zbog toga što je utemeljeno na višem pravnom pravilu, nego je također činjenično, tj. znanje o tome da, s jedne strane, određeno pravno mjerilo (ponajprije pravno pravilo) postoji zbog toga što je djelatno, osobito kao sudska praksa, tj. niz sličnih presuda o sličnim predmetima; i, s druge, određeno društveno međudjelovanje je pravno važno kao predmet pravnih mjerila, a možda i kao njihov uvjet ili njihova posljedica. Iz čega slijedi da je Pavčnikov vlastiti izraz normativna metoda možda primjereniji naziv od dogmatske metode.

Naziv deontološka metoda za aksiološku nije najsretniji, jer se deontologija danas (za razliku od izvorne upotrebe u Benthama) upotrebljava kao naziv za normativnu etiku, po kojoj se obveznost i kakvoća moralnog djelovanja izvode

o pravnom (spoznajnom) interesu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 18, 1981., str. 57 – 72, sp. str. 64 – 69.

⁷⁵ Visković, N., *Osnove metodologije prava*, 2. izd., Split, 1986.

⁷⁶ Miličić, V., *Pravo i metodologija prava*, Alinea, Zagreb, 1992., sp. str. 117 – 120.

⁷⁷ Vrbanić, D., *Metodologija prava i pravna tehnika*, Pravni fakultet, Osijek, 2013., str. 33 – 55.

⁷⁸ Pokrovac, *op. cit.* u bilj. 25, pogl. 3.5., str. 74 – 77, pripisuje to shvaćanje Kantowiczu, sp. u *alias* Gnaeus Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Winter, Heidelberg, 1906., sp. str. 34 i dalje.

⁷⁹ Vidi e. g. *Dogma*, u *Die Religion in Geschichte und Gegenwart: Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft*, 2. Bd D-G, Mohr/Siebeck, Tübingen, 1958., str. 320 – 325; *Dogmatik*, u *ibid.*, str. 325 – 330.

⁸⁰ Herberger, M., *Dogmatik: zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Klostermann, Frankfurt a.M., 1981.

iz određenog načina djelovanja neovisno o njegovim ciljevima i posljedicama⁸¹, pa prema tome i neovisno o vrijednostima.

Odredba da je poredbeno pravo način istraživanja različitih pravnih porredaka nije dovoljno obuhvatna, jer predmet poredbenopravnog istraživanja nisu samo, primjerice, instituti talijanskog prava i hrvatskog prava, nego također današnjega i ranijega hrvatskog prava te, štoviše, takve pojave kao što su to ranija i kasnija sudska praksa istog suca na temelju istoga članka zakona.

Pavčnikov pregled metoda pravne znanosti bio bi više rasvjetljujući da je izriekom postavio problem odnosa bitka i trebanja, prikazao nekoliko njegovih utjecajnih rješenja i sam o tom problemu zauzeo stajalište koje omogućuje makar uvjetnu razliku propisa i opisa⁸² (koja se u pravu pojavljuje najočitiije kao razlika pravnih i činjeničnih pitanja) te pokazao da su normativna metoda i aksiološka metoda dvije vrste propisnih objašnjenja – uobičajenije: opravdanja – i to prva na temelju pravila (osobito pozitivnopravnih), a druga na temelju vrijednosti (osobito izvanpozitivnopravnih), dok su historijska metoda i sociološka metoda dvije vrste opisnih objašnjenja, i to prva usredotočena na jedinstvena svojstva pojava i pojedinačne uzročne veze, a druga na vrste pojava i opće zakonitosti. Takvo razlikovanje, povezano s poimanjem pravne dogmatike kao iskustvene discipline, olakšalo bi da se ona shvati kao jedinstvo spoznaja stečenih najprije normativnom, zatim historijskom i poredbenom metodom te naposljetku metodama društvenih znanosti.

Činjenica da je Pavčnikova središnja, iako nedovoljno izražena, pretpostavka da je normativna metoda ta kojom se prepoznaje (identificira) pravo, a ostale metode dopunjuju i mijenjaju tu logički prvotnu spoznaju, druga je njezina značajka po kojoj je ona monistička i po kojoj je poučna za hrvatsku opću teoriju prava, koja je sklona neodređenom metodologijskom pluralizmu koji teži razrješenju u sociologizmu i naturalizmu.

2.2.3. *Pravo kao komunikacijsko djelovanje*

Ključne su odredbe poglavlja o pravnom pravilu (str. 91 – 138) i pravnom odnosu (str. 139 – 186) sljedeće: “*Pravna pravila ili pravne norme* (lat. norma = mjera, pravilo) temeljni su normativni sastojak prava. ... naređuju kako se pravni subjekti trebaju ponašati i djelovati u društvenim odnosima.” (str.

⁸¹ Fahrenbach, H., *Deontologie*, u *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 2 D-F, Schwabe, Stuttgart, str. 114.

⁸² Vidi e. g. Visković, *op. cit.* u bilj. 17, str. 168 – 175.

92). “U opisu pravnog pravila posebno je naglašena veza (kopula) ‘treba’: ako nastupi činjenično stanje Č, *treba* (engl. *ought*, njem. *soll*) slijediti posljedica P. Spona ‘treba’ omogućuje da određenome činjeničnom stanju pripišemo (starija teorija je govorila o uračunavanju, njem. *Zurechnung*) određenu pravnu posljedicu. Pravna posljedica ne nastaje sama od sebe; ovisna je o čovjekovoj volji i njegovoj odluci. U tom se pogledu pravna pravila oštro razlikuju od tehničkih pravila, koja ustanovljuju ili pokušavaju ustanoviti uzročne (kauzalne) veze između pravnih pojava.” (str. 93 – 94). Odnos pravnog pravila i pravnog jezika je sljedeći: “...pravno pravilo je *značenje* koje jezični znakovi priopćuju.” (str. 99).

Sastojci su pravnog pravila “1. primarna hipoteza, 2. primarna dispozicija, 3. sekundarna hipoteza ili prekršaj i 4. sankcija.” (str. 97). Podroban prikaz primarne dispozicije (str. 102 – 112) spominje ukratko razliku aktivnog i pasivnog činjenja (str. 102). Podrobni prikaz sekundarne hipoteze u stvari je podroban prikaz prekršaja (str. 112 – 114), tj. onoga što bi po cjelovitoj integralnoj teoriji prava bio sastojak sekundarne situacije uvjeta pravnog odnosa shvaćene kao društvenog međudjelovanja uređenog pravom.

Poglavlje o pravnom pravilu određuje još tipsko (opće i apstraktno) pravno pravilo (str. 118 – 121) i njegovu konkretizaciju u pojedinačnome pravnom pravilu (str. 121 – 124), primarna i sekundarna pravila (str. 124 – 125), pravila o nadležnosti (str. 125 – 126), nepotpuna pravna pravila (str. 126 – 129) i pravna načela (str. 129 – 134).

Pravna načela, koja su po Pavčniku poseban sastojak prava (str. 27, vidi ovdje t. 2. 2. 1.), Pavčnik prikazuje kao kamen spoticanja teorije prava: po nekima između pravnih pravila i pravnih načela ne postoji razlika, po drugima postoji, a po trećima postoji, ali nije razlika u kakvoći. “Ključno je pitanje je li pravna načela moguće operacionalizirati i izraziti u obliku pravnih pravila... Pretpostavka da je takva operacionalizacija moguća znači da je normativni sistem u sebi sadržajno zatvorena cjelina, u kojoj je moguće unaprijed predvidjeti sva moguća činjenična stanja i pravne posljedice koje se na njih nadovezuju. U društvenoj (pravnoj) stvarnosti takav u *sebi zatvoren normativni sistem ne postoji.*” (str. 129). Na temelju tih napomena Pavčnik zaključuje: “Stvar je konvencije kako razgraničavamo pravna pravila i pravna načela. Treba početi s poštovanjem razlike između vrijednosnih mjerila i tipova ponašanja (djelovanja), koja su samo plod tumačenja te o njima odlučujemo i na temelju vrijednosnih mjerila. U skladu s tim razlikovanjem pravna načela su vrijednosna mjerila koja usmjeravaju sadržajno određivanje pravnih pravila, njihovo razumijevanje

i način njihova izvršavanja. Vrijednosna mjerila su ta koja su kao vodilje sadržana u samim općima pravnim aktima ili su načela (čitaj: vrijednosna mjerila) koja su postala važećima u pravnoj praksi...” (str. 130).

Teorija prava razlikuje društveni odnos, no ne određuje ga izrijeckom, i pravni odnos, koji određuje kao “pravno (normativno) uređen društveni odnos između dvaju ili više pravnih subjekata.” (str. 140) i također “prednormativni društveni odnos, koji ima takva svojstva da zbog njih treba biti pravno uređen.” (str. 141). Te odredbe sugeriraju da Pavčnikova teorija podrazumijeva ontologijski dualizam, s jedne strane, pravnih mjerila djelovanja, tj. pravila, načela i vrijednosti, kao idealnih i/ili psihičkih predmeta, i, s druge, društvenih odnosa, tj. društvenih međudjelovanja, odnosno ponašanja, kao fizičkih predmeta. Međutim, pomnije čitanje pokazuje da *Teorija prava* prikazuje pravna mjerila i društvena ponašanja uređena tim mjerilima kao – slikovito – dva pogleda na istu vrstu predmeta te da su među tim predmetima najvažnija osobita djelovanja, koja su nazvana – uobičajeno – pravnim aktima.

Teorija prava nema odsjek o pravnom djelovanju i/ili ponašanju (koje se u hrvatskoj općoj teoriji prava i u dogmatici građanskog prava naziva činidbom), barem ne pod uobičajenim nazivima koji se u knjizi koriste, a to su *dejanje* (e. g. u izrazu *kazneno dejanje* na str. 112), *vedenje* i *ravnanje*. Štoviše, posebno stvarno kazalo od ta tri izraza sadrži samo drugo i treće zajedno za to da njima uputi na *vedenje in ravnanje, sekundarno* (na str. 661) na samo jednoj stranici knjige, naime, str. 344. Knjiga ne sadrži odsjek o uzročnosti u pravu, a taj pojam raščlanjuje samo jednom (na str. 93.; cit. gore t. 2. 2. 3., odsjek 1). Međutim, opis druge hipoteze pravnog pravila, tj. opisa delikta, obrađuje podrobnije neka djelovanja i/ili ponašanja (str. 112 – 114). Time se pokazuje da su pravna mjerila i pravna djelovanja samo – slikovito rečeno – dva pogleda na iste predmete tako da “pogled” na mjerila uključuje i bez posebnog spomena “pogled” na djelovanje, i obratno.

Da su po Pavčniku, protivno njegovoj uvodnoj odredbi (na str. 27; cit. gore t. 2. 2. 1.) sastojak prava ne samo pravna mjerila nego i djelovanja, upućuje njegova napomena “Pravna znanost i pravnici čine si slabu uslugu ako se zatvore u bjelokosni normativni svijet.” (str. 94). Sasvim očito pokazuju već naslovi, a pogotovo sadržaj, poglavlja IX. i X. (gore t. 2. 2.). Ti naslovi pokazuju bitnu razliku prema Kelsenovoj teoriji, po kojoj je pravo idealni predmet različit od ponašanja kao fizičkoga, pa su pravne norme predmet primjene i tumačenja u pravu.⁸³ Po Pavčniku taj predmet su pravni akti kao osobita vrsta

⁸³ E. g. Kelsen, *Pure Theory*, op. cit. u bilj. 68, str. 129 i dalje, 348 i dalje.

komunikacijskog djelovanja čije su značenje pravna mjerila (str. 375 i dalje).⁸⁴ Stoga je komunikacijsko djelovanje bitan sastojak prava koji je neodvojiv od pravnih mjerila, ali različit od njih utoliko što je spoznatljiv u cijelosti samo sa stajališta različitog od onoga s kojega su u cijelosti spoznatljiva pravna mjerila.

Činjenica da su po Pavčniku mjerila i djelovanja dvije neodvojive, iako različite strane pravnoga komunikacijskog djelovanja, treća je značajka po kojoj je Pavčnikova teorija monistička i poučna za onaj dio hrvatske opće teorije prava koja drži da su pravna mjerila i pravni odnosi ontologijski različiti predmeti.

2.2.4. *Država kao izvor sveg prava*

Povijesna cjelina modernog prava, primjerice hrvatskog ili internacionalnog ili autonomnoga trgovačkog, u pravilu se poima kao pravni sistem. *Teorija prava* ne sadrži poglavlje ili makar odsjek naslovljen pravni sistem. U stvarnom kazalu iza izraza *pravni sistem* upute su na samo tri stranice knjige (str. 653), dok su iza izraza *sistem, pravni* upute na desetak stranica (str. 657), no ni na jednoj od njih ne spominje se pravni sistem u značenju koji je tipičan za analitičke teorije prava. Po potonjima, koje drže da se pravo sastoji od pravnih pravila, ona pripadaju istome pravnom sistemu po tome što proizlaze iz istih izvora prava ili je sadržaj nižih pravnih pravila izveden iz viših ili barem s njima sukladan. I jedna i druga vrsta analitičkih teorija različita je od socijalnih teorija, po kojima se pravo sastoji od radnji i uloga povezanih društvenim odnosima u ustanove određenih funkcija.⁸⁵ Međutim, *Teorija prava* sadrži stajališta o pravnom sistemu, i to u tri poglavlja.

Po III. poglavlju, *Pravo i država* (str. 73 – 90), te dvije pojave utječu jedna na drugu i egzistencijalno su povezane. “Da pravo odredimo kao sistem načela i pravila koji prethodi državi, prihvatili bismo tezu o postojanju samostalnoga prirodnog prava. Da, s druge strane, prihvatimo tezu da država prethodi pravu, teško bismo utemeljili da je država također pravna organizacija i da je prema tome ‘u svojemu pravnom postojanju proizvod državnog prava’.” (str. 74). Država utječe na pravo time što država stvara glavne formalne izvore prava (str. 75). Pravo utječe na državu time što je pravo vezivo njezinih bitnih sastojaka, tj. organa, stanovnika i područja, pa je time i samo nužni sastojak države (str. 76).

⁸⁴ Jednako Padjen, I., *Aporije teorije prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, br. 2, 1981., str. 79 – 92, str. 80 – 81.

⁸⁵ Vidi Padjen, *op. cit.* u bilj. 15, str. 148 – 149.

Poglavlje VII. *Pravni izvori* (str. 227 – 301) prikazuje izvore nacionalnog prava, tj. ustav, zakon itd. (str. 227 – 288), i Europske unije (str. 289 – 294), ali ne i internacionalnog prava.

Poglavlje XI. *Sistematizacija prava* (str. 443 – 499) prikazuje internacionalno pravo kao jednu od pravnih grana (str. 456 – 457), između postupovnog prava (str. 455) i internacionalnoga privatnog prava (str. 457 – 458), a taj prikaz uključuje i izvore internacionalnog prava. Internacionalno pravo prikazano je i kao pravno područje (*pravna skupnost*) koje je parić nacionalnome (str. 459). Poglavlje XI. uključuje i prikaze velikih pravnih kultura – kontinentalnoeuropske, *common law*, islamske itd. (str. 463 – 500).

Pavčnikovo poimanje odnosa države i prava bitno je slično onome Hansa Kelsena, po kojemu su pravo i država samo dva naziva za istu pojavu.⁸⁶ Razlikuje se od Kelsenova po tom što po Pavčniku ne samo država nego i samo pravo ne mogu biti svedeni na pravne norme i potpuno razlikovani od djelovanja kojima su pravne norme stvorene. Razlika je očita kad se uzme u obzir, kao što je to već navedeno u t. 2. 2. 3., da su po Kelsenu predmet pravnog tumačenja pravne norme, a po Pavčniku pravni akti kao osobita djelovanja stvaranja pravnih normi (str. 375 i dalje). Stoga se Pavčnikovo poimanje odnosa prava i države razlikuje i od Jellinekova, po kojemu je moguće odvojeno izučavati društvenu stranu države od njezine pravne strane.⁸⁷

Pavčnikovo je poimanje odnosa nacionalnog prava i internacionalnog prava, iako *Teorija prava* ne upotrebljava taj izraz, monističko, tj. pretpostavlja da su ta dva prava jedan te isti pravni sistem. No, za razliku od Kelsenova monizma, po kojemu je internacionalno pravo nadređeno nacionalnome⁸⁸, po Pavčnikovome je obratno. To očito pokazuje mjesto internacionalnog prava kao vanjskoga državnog prava u Pavčnikovoj sistematizaciji. Međutim, Pavčnikov monizam nije nespojiv s Kelsenovim jer po Kelsenu ne postoje zaključni razlozi za bilo nadređenost bilo podređenost nacionalnog prava internacionalnome⁸⁹, upravo kao što ne postoje zaključni razlozi za monizam, a ne za pluralizam, tj. priznanje postojanja internacionalnoga i nacionalnog prava kao dvaju koordiniranih pravnih sistema.⁹⁰

⁸⁶ E. g. Kelsen, *General Theory*, *op. cit.* u bilj. 68, str. 181 – 191.

⁸⁷ Jellinek, G., *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Häring, Berlin, 1914., *sp.* 2. Kap. “Die Methodik der Staatslehre”, str. 25 – 52. Vidi suvremeno značenje u Koch, H.-J. (Hrsg.), *Die juristische Methode im Staatsrecht*, Springer, Frankfurt a.M., 1977.

⁸⁸ E. g. Kelsen, *General Theory*, *op. cit.* u bilj. 68, str. 181 – 191.

⁸⁹ *Ibid.*, str. 386 – 388.

⁹⁰ *Ibid.*, str. 373 i dalje.

Pavčnikovo poimanje odnosa države i prava po kojemu je sve pravo državno, pa je stoga i internacionalno pravo samo vanjsko državno pravo, četvrta je značajka po kojoj je Pavčnikova teorija monistička i poučna onom dijelu hrvatske opće teorije prava koji drži da su internacionalno i nacionalno pravo dva odvojena, iako koordinirana pravna sistema. No uz ogradu da postoje jaki razlozi za monističko poimanje prava koje priznaje, s jedne strane, nadređenost internacionalnoga, i s druge nerazriješene i nerazriješive sukobe unutar univerzalnoga internacionalnoga prava (npr. između prava UN-a i prava NATO-a) koje je moguće razumjeti i objasniti samo ako se ozbiljno uzmu u obzir teorije o pravnom pluralizmu.⁹¹

3. ANALITIČKA ILI INTEGRALNA TEORIJA? SISTEMATSKA

Pokazavši razlike između Pavčnikove *Teorije prava*, na jednoj strani, i hrvatske integralne teorije, na drugoj, korisno je sada rekapitulirati njihove već uočene sličnosti i razlike, pogotovo radi onih koji drže da moraju moći napraviti izbor između njih. Upravo kao i Viskovićeva teorija, Pavčnikova *Teorija prava* drži da se pravo sastoji ne samo od pravila pozitivnog prava nego također od, s jedne strane, društvenih odnosa, uključujući prednormativne (str. 140 – 142; *comp.* 94, 232 – 235)⁹², i, s druge, pravno važnih vrijednosti (str. 501 – 531).⁹³ No razlikuju se u dva pogleda. Viskovićeva teorija povezuje predmete izučavane pravnom dogmatikom, filozofijom i sociologijom, no s nagnućem uvjerenju da potonja, tj. empirijska spoznaja društva može zamijeniti normativnu, tj. razumijevanje značenja, koja je tipična za pravničku spoznaju prava.⁹⁴ Pavčnikovo poimanje prava, iako je blisko Kelsenovu, drži da država i pravo ne mogu biti svedeni na pravne norme i potpuno razlikovani od djelovanja (pravnih akata) kojima su pravne norme stvorene (gore t. 2. 2. 3. – 2. 2. 4.), no razlikuje se od Viskovićeve po tome što ne pokušava povezati predmete izučavane raznim metodama, nego nastoji proširiti svoj predmet, tj. pravna pravila i pravna načela, određen normativnom metodom, tj. analitički, uočavanjem njihova društvenog podrijetla, sadržaja, konteksta i funkcija (gore t. 2. 2. 2.).

⁹¹ Vidi *sp.* pluralističku i socijalnu teoriju prava vodećeg internacionalista, Reisman, W. M., *Law in Brief Encounters*, Yale University Press, New Haven, CT, 1999.

⁹² Visković, *op. cit.* u bilj. 17, str. 71 – 104.

⁹³ *Ibid.*, str. 108 – 162.

⁹⁴ E. g. Visković, *op. cit.* u bilj. 17. To je i nosivo stajalište Pusić, E., *Društvena regulacija*, Globus, Zagreb, 1989., na str. 21 – 22 i dalje.

U ta dva pogleda, među hrvatskim integralnim pristupima pravu Pavčnikovoj teoriji prava vjerojatno su najbliža stajališta ovog autora.⁹⁵

Neka od Pavčnikovih stajališta, posebno ona da je internacionalno pravo samo vanjsko državno pravo (gore t. 2. 2. 4.), da je prirodno pravo nespojivo s državom (str. 74) i da je moral, za razliku od prava, iracionalan i emocionalan (str. 268), upućuju na to da Pavčnikova teorija prava, upravo kao i Pitamiceva, ima s maticom hrvatske teorije prava zajednički korijen, i to u Hegelovoj filozofiji prava, ali ne po tome što bi Pavčnikova i Pitamiceva teorija odustale od Kelsenove, nego upravo zahvaljujući njoj. Tu vezu može pokazati sljedeći odsjek novije studije o Kelsenovoj čistoj teoriji prava:

*Doista, po Kelsenovu stajalištu pravni sistem već je sam po sebi vrijednost, i logično je da to jest, na način koji nije previše dalek od Hegelova idealističkog poimanja (to približavanje može se činiti poprilično paradoksalnim, dakako, no već je bilo primijećeno od Pitamica u mjeri u kojoj se tiče, primjerice, Fichtea). Kao što je to bilo primijećeno, može doista biti da je iza tvrdnje o obvezatnosti normi kao normi, normi utoliko ukoliko tvore sistem shvaćen kao normativni primium, leži velika Hegelova sjena. Doista, zašto bismo prihvatili obvezatnost pravnog sistema sic et simpliciter, ... ako ne zbog toga što, upravo kao što je to Hegel mislio, sistem jest pravni oblik te običajne zbilje koju čini puk ustanovljen kao država?*⁹⁶

Neovisno o tome u kojoj je mjeri Pavčnikova *Teorija prava* bliska stajalištima hrvatskih teoretičara prava ili od njih različita, na jezicima susjednima hrvatskome najpotpuniji je noviji udžbenik teorije prava. Stoga bi je svaki hrvatski nastavnik i suradnik te doktorand prava trebao imati na svojoj polici kao nezaobilazan priručnik.

⁹⁵ Sp. Padjen, *op. cit.* u bilj. 84; *op. cit.* u bilj. 27, *sp. str.* 158 – 160; *op. cit.* u bilj. 15, *str.* 220 – 223.

⁹⁶ Carrino, A., *Logistic Positivism: Die Wiener rechtstheoretische Schule*, u Pattaro, *op. cit.* u bilj. 21, *str.* 110, *cit.* Cotta, S., *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milano, 1981., *str.* 44.

Summary

Ivan Padjen*

MORALS OF LEGAL MONISM

Prompted by Marijan Pavčnik's *Legal Theory*, 5th ed.,
Ljubljana, 2015.

Marijan Pavčnik's Legal Theory is an outstanding work on the foundations of law written by an internationally renowned author. It is of special relevance to Croatian readers as an incentive to recognize and rectify the one-sidedness of Croatian legal theory. The function of history as theory in Croatian legal thought (section 1.1) explains why the Croatian mainstream legal theory has adopted an integral conception of law but leaned towards sociologization and even fully fledged naturalization of legal science (section 1.2) with consequences for both legal education (section 1.3) and legal practice (section 1.4). Analytical legal theory, which is preoccupied with the objective meaning of law-creating acts is typical of the Slovenian tradition (section 2.1), within which Pavčnik has written his Legal Theory (section 2.2). The following tenets of Pavčnik's Legal Theory, which are typically analytical and – in one way or another – monistic, are instructive for Croatian legal theory: a sound legal theory is monistic in that it is a historical synthesis rather than an original creation that ignores or bypasses earlier theories (section 2.2.1); law is a meaning of social action that can be recognized by the normative method, which is monistic in so far as other methods can change and amend but not replace it (section 2.2.2); law is monistic in that there can be only one single legal order (section 2.2.4). Despite the differences, Croatian and Slovenian legal theory may have more in common by both being rooted, Croatian via general legal history and Slovenian via Kelsen's pure theory, in Hegel's philosophy.

Keywords: Marijan Pavčnik, legal theory (Slovenia: Croatia), analytical legal theory, legal monism

* Ivan Padjen, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Rijeka, Hahlić 6, Rijeka; ivan.padjen@zg.t-com.hr

