
Europska istraživanja

Izvorni znanstveni članak

342.7(4-67 EU)

Primljeno: 22. rujna 2005.

**Diskurs i autoritarnost u europskoj i
postkomunističkoj pravnoj kulturi**

SINIŠA RODIN*

Sažetak

Polazeći od Feyerabendova razlikovanja vođene i slobodne razmjene, autor iznosi tezu da je pristupanje postkomunističkih država Europskoj Uniji provedeno u obliku vođene razmjene, tj. u obliku komunikacije gdje svi sudionici dobrovoljno prihvaćaju značenje prava razvijeno kroz inter-institucionalni diskurs u Europskoj Uniji. Međutim, zbog naravi prava EU koje se ne primjenjuje na čisto unutrašnje prilike u državama članicama, potpuna vođena razmjena između EU i država kandidatkinja uopće nije moguća. Autor tvrdi da se jedinstvo europskoga ustavnog okvira i lojalnost prema njemu, u proširenoj Europskoj Uniji na najbolji način promiče putem diskurzivne interpretacije značenja ustavnih izbora, načela i pravila.

Ključne riječi: pravni diskurs, interpretacija, Europska Unija, pravna kultura, postkomunizam

Kako stoji u čl. 1 Ugovora o Europskoj uniji potpisanog u Nici, taj Ugovor "... označava novu fazu procesa stvaranja sve bliskije unije naroda Europe u kojoj se odluke donose što je moguće više javno i što je moguće bliže građanima".¹ Komentirajući tu odredbu, Joseph Weiler dodao je zrnce soli

* *Siniša Rodin*, predstojnik Katedre za europsko javno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

¹ "Ovaj Ugovor označava novu fazu u procesu stvaranja sve bliskije unije između naroda Europe, u kojoj se odluke donose što je više moguće javno i blisko građanima." U jednoj od prijašnjih verzija preambule nacrtu Ugovora o Ustavu za Europu (Ustavni ugovor) stajalo je: "Narodi Europe, stvarajući sve bliskiju uniju, odlučni su dijeliti miroljubivu budućnost utemeljenu na zajedničkim vrijednostima." Provisional consolidated version of the draft Treaty establishing a Constitution for Europe, Brussels, 25 June 2004 (OR. fr) CIG 86/04. Konačnom ver-

primjećujući da, bez obzira na to koliko bliska Unija bila, ona će uvijek ostati unijom različitih naroda, različitih političkih identiteta i različitih političkih zajednica (Weiler, 2000.).² Doista, kao u svakoj neunitarnoj organizaciji utemeljenoj na pluralizmu, oni koji interpretiraju pravo nužno se susreću s različitim definicijama temeljnih ustavnih koncepata kao što su koncepti *dobra, jednakosti ili pravednosti*.³ Narodi i političke zajednice Europe, različiti koliko već jesu, pridonose izgradnji zajedničkog značenja europskoga prava, europskoga pravnog poretka, te konačno, europskog Ustava. Njihova shvaćanja prenosi kvalificirana europska publika i pridaje im određeno značenje. Pravo, uključujući i ustav, živi kroz interpretaciju – određenje značenja pravnih normi. Stoga imati udjela u interpretaciji prava znači imati moć.⁴

Ishodišne pozicije aktera u starim i novim državama članicama Europske Unije koji sudjeluju u ustavnom diskursu dramatično se razlikuju s obzirom na pravnu i političku kulturu. Dok se u starim državama članicama⁵ pravna i politička kultura tradicionalno temelji na demokratskom pluralizmu, u novim, postkomunističkim, državama članicama ona je formirana u uvjetima dominacije komunističke ideologije. Problem vezan uz stvaranje sve bliskije unije ili jedinstva raznolikosti između ovih dviju skupina država uočavamo u tome što legitimnost svakoga demokratskog pravnog poretka zahtijeva široki konsenzus o njegovim temeljnim odrednicama, opredjeljenjima i vrijednostima, a takav je konsenzus nužno širi od pukog poštovanja pravnoga poretka.⁶ Isto vrijedi i za pravni poredak Europske Unije. Pritom se rečeni konsenzus mora postići kroz pripisivanje značenja temeljnim pojmovima koji određuju političku i pravnu kulturu, a to se odvija putem interakcije različitih sudionika političkog i pravnog diskursa.

U nastojanju da objasnim važnost uočavanja različitih kulturoloških temelja starih i novih država članica u procesu stvaranja i interpretacije ustava Europe, polazim s realističkoga gledišta i tvrdim da je stvarnost izgrađena i određena kroz društvenu interakciju, te da društvena interpretacija zbilje

zijom Ustavnog ugovora ta je odredba promijenjena i sada glasi: “Uvjereni da će “ujedinjena u raznolikosti” Europa ponuditi najbolju mogućnost za provođenje velikog poduhvata koji je čini posebnim područjem ljudske nade, vodeći računa o pravima svakog pojedinca i uz svijest o obvezama prema budućim generacijama i Zemlji.” O.J. C 310 od 16. prosinca 2004.

² Vidi i u Kalypso Nicolaidis and Robert Howse (2001.).

³ To je navelo Rosenfelda da zaključi kako je pravna interpretacija u pluralističkim društvima u krizi (Rosenfeld, 1997.: 97); Teubner uočava “... fragmentaciju univerzalne racionalnosti u uznemiravajuću mnogobrojnost diskursa” (Teubner, 1995.-1996.: 901).

⁴ “Imati riječ znači imati moć.” Paul Kirchof (2004.: 1167).

⁵ Misli se na države članice prije istočnog proširenja Unije od 1. svibnja 2004. godine.

⁶ Habermas govori o legitimnosti demokratskog poretka. Jürgen Habermas (2003.: 187). Smatram da isto vrijedi i za pravni poredak.

ovisi o intenzitetu moći koju svaki pojedini sudionik iskazuje u političkom i pravnom diskursu. Pritom mi se čini da će u Europi načinjenoj od 25 i više država članica temeljno semantičko gradivo ustava Europe nužno i dalje izražavati shvaćanja koja su se kristalizirala kroz djelovanje tradicionalnih aktera, ali da ono ne će biti nužno identično njihovim shvaćanjima. Naime, diskurzivna i pluralistička narav europskog konstitucionalizma dopušta elementima političkog i pravnog naslijeđa koji i dalje opstaju u pravnoj i političkoj kulturi novih država članica da pridonose određenju europskog ustava.⁷

U ovom članku najprije ću se osvrnuti na nekoliko važnih pluralističko-realističkih postavki (Habermas 2003.: 189)⁸ da bih objasnio kako politička i pravna realnost ovise o kvalificiranom sporazumu između sudionika diskursa.⁹ U drugom dijelu nastavit ću objašnjenjem nekih temeljnih razlika u razumijevanju konstitucionalizma i prava između postkomunističkih država članica Europske Unije i država članica koje su izgrađene na dugogodišnjoj praksi liberalne demokracije i pokušati objasniti pojam semantičke disonancije koja, tvrdim, ima ishodište u različitom razvoju i društvenoj funkciji moći i diskursa u komunističkim i liberalno demokratskim društvima. U trećem dijelu pokazat ću kako shvaćanje koncepta diobe vlasti u pravnoj i političkoj kulturi ograničavajuće djeluje na racionalni diskurs i iz njega isključuje sudbenu granu vlasti. Potom ću, u četvrtom dijelu, iznijeti neke karakteristike pravne kulture koje, po mojem sudu, predstavljaju prepreku prihvaćanju paradigme racionalnog diskursa. Konačno, argumentirat ću tvrdnju da jedinstvo europskoga ustavnog okvira i lojalnost prema njemu, u Europskoj Uniji 25 i više država članica može biti osigurana isključivo putem diskurzivne konstrukcije značenja ustavnih opredjeljenja, načela i pravila.

I.

Pravni pluralizam shvaća se kao jedan od temeljnih koncepata postmoderne pravne misli. Prema pluralističkim postavkama, u institucionalnim okvirima demokratskog poretka nitko ne može isticati privilegirani zahtjev za pristup istini u ustavnim i zakonodavnim poslovima. Pluralističko shvaćanje raskida s tradicionalnim Kelsenovim razumijevanjem pravnog sustava kao hijerarhije pravnih pravila, te uvodi "... koncepciju različitih pravnih prostora, pretpostavljenih, interpretiranih i izmiješanih u našoj svijesti." (Santos, 1987.: 279). U metodološkom smislu pravni pluralizam označava

⁷ Najčešće se misli da se Mjesec okreće oko Zemlje. Zapravo, činjenica je da se Mjesec i Zemlja okreću oko zajedničkoga gravitacijskog središta.

⁸ Realizam ističe da se zbilja (istina) interpretira društveno, pod utjecajem najmoćnijih aktera.

⁹ Kvalificirani sporazum je sporazum stranaka o tome da su suglasne o određenoj interpretaciji društvene zbilje.

otklon od shvaćanja pravnog poretka kao objektivne zbilje, koja u biti i ne postoji, budući da je i sama “objektivna zbilja” konstruirana na subjektivno (Feyerabend, 1979.), te uvodi subjektivni pristup prema kojemu je pravo rezultat “kognitivne fermentacije” koja se zbiva na individualnoj razini i kroz individualno djelovanje i pravni diskurs utječe na zakonodavstvo. Koliko pravni poredak određuje individualno djelovanje, toliko i individualno djelovanje, kroz komunikaciju određuje pravni poredak.¹⁰ U takvim okolnostima značenje prava ne ovisi o nekom konačnom i nepobitnom autoritetu, primjerice “naredbi suverena” kako je predlagao John Austin (1832.), nego o ishodu diskurzivnog procesa koji je podložan stalnoj reinterpretaciji.

Pravni realizam uči nas da zbilja (istina) postoji izvan individualnih uvjerenja i shvaćanja te da je društveno konstruirana pod utjecajem najmoćnijih aktera. Posljedično, zbilja ovisi o onome što sudionici unesu u diskurs, pri čemu svaki sudionik ima različitu društvenu moć. Suočen s realnošću, interes pojedinca najbolje se promiče tako da se individualno djelovanje prilagodi *predviđanjima*, što pravo u zbilji jest.¹¹ Ukratko, pluralističko-realistička postavka govori:

- da pravo nije određeno tekstem nego značenjem pravne norme;
- da je definicija prava (značenje prava) funkcija interakcije brojnih aktera;
- da diskurzivna definicija prava rezultira u “politizaciji” prava tako da se u pravnu analizu uvode regulatorni ciljevi i politike;
- da sudionici pravnog diskursa imaju različitu moć i različite sposobnosti da pridonese definiciji prava;
- da je, jednom definirano, pravo podložno stalnoj reinterpretaciji kroz pravni i politički diskurs.

Europsko pravo izraslo je iz racionalnog diskursa koji, kako je predložio Robert Alexy, pretpostavlja da uvjeti komunikacije sprečavaju iracionalan prekid argumentacije, osiguravaju slobodu izbora tema, jednake uvjete za sve sudionike, te isključuje prisilu (Alexy, 1989.).¹² U uvjetima takvoga

¹⁰ Kako je kazao Teubner, “... pravni pluralizam ne definira se više kao skup suprotstavljenih društvenih normi u određenom društvenom području, nego kao množina različitih komunikativnih procesa koji poštuju društveno djelovanje kroz binarni kod zakonito/nezakonito” (Teubner, 1992.: 1451).

¹¹ Kako ističe Holmes, pravo je “... predviđanje vjerojatnosti nametanja javne sile putem sudova ...” (Holmes 1997.: 991).

¹² Kako je sažeo Habermas, “U racionalnom diskursu pretpostavljamo da postoje uvjeti komunikacije koji (1) sprečavaju racionalno nemotiviran prekid argumentacije (2) osiguravaju slobodu izbora tema i uključivanje najboljih informacija i razloga kroz univerzalni i jednako dostupan pristup, te simetrično sudjelovanje u argumentaciji, te (3) isključuju svaku vrstu prisile –

racionalnog diskursa s vremena na vrijeme postiže se široki i kvalificirani konsenzus o značenju pravnih pravila, načela i koncepata. Zbog općeg sporazuma o njihovu značenju takva pravna pravila, načela i koncepte postaje sve teže redefinirati te se oni konstitucionaliziraju i postaju karakterističnim obilježjima određenoga pravnog sustava. Takva karakteristična obilježja katkad konstitucionalizira *pouvoir constituant*, a ponekad se njihova konstitucionalizacija realizira tako da ih internaliziraju sudionici diskursa, a katkad oboje.¹³ Tako je i Ugovor o Ustavu za Europu¹⁴ nastao iz složene mreže trajnih interakcija tijekom kojih su se stvarale i prihvaćale definicije i određivalo značenje prava. Na kraju su te definicije prihvaćene u svečanoj formi Završnog akta potpisivanja i očekivane ratifikacije od strane svih država članica.

Primjera prethodno opisanoga ustavnog razvitka ima mnogo, spomenut ću samo ustavna načela izravnog učinka i više pravne snage prava Zajednice, načela četiriju sloboda, temeljnih prava itd. Razvoj prava rodne jednakosti u Europskoj Uniji dobar je primjer pluralističko-realističkih postavki na djelu.

Izvorni tekst članka 119 Ugovora o osnivanju Europske ekonomske zajednice propisao je državama članicama obavezu da osiguraju poštovanje načela jednake plaće za jednaki rad muškaraca i žena. Ta jednostavna odredba razvila se u područje prava koje pokriva široki raspon individualnih prava, politika i društvenih opredjeljenja koja prihvaća i provodi Europska zajednica i njezine države članice. Prema riječima Europskog suda u predmetu *Defrenne II*,

“... nemoguće je ne priznati da potpuna provedba cilja za čijim ostvarenjem ide Članak 119, ukidanjem svake diskriminacije, izravne ili posredne, između radnika i radnica, ne samo u pogledu pojedinih poduzeća, nego i cijelih grana industrije, te cijeloga gospodarskog sustava, može u određenim slučajevima uključivati razradu kriterija čija provedba iziskuje poduzimanje prikladnih mjera i na razini Zajednice i na nacionalnoj razini.”¹⁵

Time što je odredbu o jednakoj plaći za jednaki rad muškaraca i žena učinio dijelom socijalne politike Europske zajednice, Europski je sud legitimirao veliki broj aktera i omogućio im da sudjeluju u postupku stvaranja prava.

bez obzira na to dolazi li izvan procesa dosezanja sporazuma, ili unutar njega ...” (Habermas, 1996.: 230).

¹³ Rosenfeld ističe “... sve dok postoji konsenzus, može biti da ne postoji svijest o vladajućim filozofskim nekonzistentnostima, i ne postoji potreba da se popunjavaju postojeće teorijske praznine” (Rosenfeld 1997.: 108).

¹⁴ Treaty Establishing a Constitution for Europe, O.J. C 310 od 16. prosinca 2004.

¹⁵ Predmet 43/75, *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, [1976] ECR 455

Nakon toga razvoju značenja pojma “jednaka plaća” znatno su pridonijeli pokušaji da se na razvoj prava utječe putem ciljane litigacije (“*test cases*”). Kad je 1976. godine prihvaćena Smjernica o jednakom postupanju¹⁶, već je bilo jasno da značenje pojma *jednakosti* seže mnogo dalje od koncepta jednake plaće za jednaki rad, te da uključuje načelo *jednakih mogućnosti* za muškarce i žene. Načelo jednakih mogućnosti koje je, kako smo upravo vidjeli, razvijeno kroz slobodnu interakciju brojnih aktera, konstitucionalizirano Ugovorom iz Amsterdama, te dodatno razvijeno od strane Europskog suda, osobito u predmetima *Kalanke*¹⁷ i *Marschall*.¹⁸ Oba su predmeta pred Europski donijeli njemački sudovi kao zahtjeve za davanje prethodnog mišljenja temeljem članka 234 Ugovora o Europskoj zajednici. Njemački sudovi vodili su aktivni dijalog, kako s nacionalnim zakonodavnim tijelima (parlamentima relevantnih Saveznih zemalja SR Njemačke), tako i s Europskim sudom. Značenje koncepta jednakih mogućnosti¹⁹ koje se razvilo kroz opisani diskurs bilo je rezultat dijaloga između nacionalnih zakonodavnih tijela, nacionalnih sudova, Europskoga suda, regulatornih institucija Europske zajednice, napose Europskoga parlamenta i Vijeća ministara, te konačno, ali ne i najmanje važno, pojedinaca i nevladinih organizacija. Svatko od njih djelovao je inijevši u diskurs svoj vlastiti udio društvene moći, te različita politička gledišta i pravna shvaćanja. Spomenuti dijalog uveo je u igru određeni broj drugih koncepata, od kojih su neki bili širi poput koncepta *rodno osviještene politike* (engl. *gender mainstreaming*), *ovlašćivanja* (engl. *empowerment*), *pozitivnih mjera*, a neki užu i tehničke naravi poput *poštedne klauzule* (engl. *saving clause*). Svaki od spomenutih koncepata obogatio je diskurs i konkretizirao značenje načela jednakih mogućnosti. Konačno, ti su se koncepti stabilizirali u vremenu i osigurali široku prihvaćenost. Njihova ustavna važnost osnažena je *očekivanjima* pojedinaca da će pravo stvoreno u pluralističkom diskursu biti primijenjeno u praksi.

Naglasit ću još jednom, snaga ustavnih načela, poput načela rodne jednakosti u Europskoj Uniji, stvorena je kroz diskurs²⁰ u kojemu je osigurano su-

¹⁶ Smjernica Vijeća 76/207/EEC od 9. veljače 1976. o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama glede pristupa zaposlenju, profesionalnom usavršavanju, unapređenju i uvjetima na radu. O.J. L 039 od 14/02/1976 na str. 40-42.

¹⁷ Predmet C-450/93, Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen [1995] ECR I-3051

¹⁸ Predmet C-409/95, *Hellmut Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen*, [1997] ECR I-6363

¹⁹ To shvaćanje govori, između ostaloga, da žene koje imaju jednake kvalifikacije kao muškarci mogu imati prednost pri zapošljavanju, ali ne automatski i mehanički, nego uz primjenu “poštedne klauzule” (engl. *saving clause*)

²⁰ Lako je suglasiti se s Habermasom da razboriti postupci jamče “... pravnu sigurnost na drugoj razini. Procesna prava jamče svakoj pravnoj osobi pravo na pravičan postupak, što zauzvrat ne jamči sigurnost ishoda nego diskurzivno razjašnjenje relevantnih činjenica i pravnih pitanja.” Habermas, *supra*, bilješka 15 na str. 220; Vidi i Hugh Baxter (2002.: 302).

djelovanje širokog kruga legitimiranih aktera. Takav kvalificirani diskurs izvor je legitimnosti spomenutih ustavnih i drugih pravnih načela.²¹ Konačno, stvoren je *jezik* kao metodološki alat koji olakšava diskurs i izražava našu ljudsku individualnost (Rorty, 1982.: xxxvii)²² u relevantnom području. Snaga navedenih ustavnih načela stvorena kroz diskurs, koju za potrebe ovoga članka možemo nazvati *diskurzivnom snagom*, počiva na očekivanjima da će se primjena temeljnog sporazuma temeljiti na vrijednostima i biti usmjerena prema ostvarivanju ciljeva koji su univerzalno prihvatljiviji²³ bez potrebe da se gubi vrijeme na rješavanje sukoba između formalističkih, znanstvenih ili logičkih tvorevina.

II.

Gore opisane pluralističke i realističke pretpostavke imaju duboko utemeljenje na zapadu Europe dok se s druge strane Atlantskog oceana opisuju čak i kao banalne (Rorty 1990.: 1812).²⁴ Istodobno, u postkomunističkom dijelu Europe one nisu prisutne ni praktično, ni teorijski, ni kulturološki. Politička realnost koja je određivala temeljne koncepte poput konstitucionalizma, vladavine prava, jednakosti, ili temeljnih prava, stvorila je posve drukčiji *jezik* pri čemu je značenje pravnih pravila bilo određivano uz pomoć gole moći, uz odsutnost racionalnog diskursa što ga je opisao Alexy. Umjesto racionalnog diskursa koji je oblikovao institucionalni okvir europskog zapada, diskurs koji je dominirao u srednjoj i istočnoj Europi bio je autoritaran.²⁵ Glavna karakteristika tog *autoritarnog diskursa* bila je proglašenje i nametanje jedne istine kao univerzalne i konačne. O njegovoj autoritarnosti svje-

²¹ Dok institucionalni diskurs ponajprije znači diskurs između institucija, zasebni diskursi odvijaju se unutar svake od njih. U tom smislu, nacionalni suci, stranke u postupcima pred nacionalnim sudovima i drugi subjekti također sudjeluju u institucionalnom diskursu.

²² Citirano prema Rosenfeld (1997.: 126).

²³ Za Habermasa su vrijednosti teleološke i odražavaju intersubjektivno zajedničke preferencije. Habermas (1996.: 255).

²⁴ “Među pravnim teoretičarima nije lako naći dobar primjer formalista, čak ni u okviru široke definicije formalizma.” (Grey, 1989.: 814).

²⁵ Fenomen autoritarnog diskursa proizlazi djelomično iz ideologije komunističke partije, a djelomično iz dugogodišnje izolacije. Autoritarni diskurs nadživio je, barem privremeno, komunističku ideologiju. Paradoksalno, obveza bezuvjetnog prihvaćanja pravne stečevine Europske zajednice koju države kandidatkinje tijekom pregovora o pristupanju prihvaćaju na osnovi “uzmi ili ostavi”, po definiciji isključuje svaki diskurs. Vidi: Sadurski (2004.: 382). Drugim riječima, značenje pravnih pravila koje se razvijalo postupno tijekom godina u EU, poslužuje se državama kandidatkinjama na srebrnom pladnju moći. Tamara Čapeta smatra da će to pomoći sucima u novim državama članicama da počnu primjenjivati pravo Zajednice. Vidi: Čapeta (2004.).

doći činjenica da se određene značenja pravnog i političkog rječnika odvijalo monopolistički na političkom vrhu, te se komuniciralo prema nižim razinama političke, društvene ili profesionalne hijerarhije. Riječ je ipak bila o diskursu, budući da je horizontalno prenošenje značenja, prethodno određenog na autoritaran način, bilo nužno kako bi se pokušalo osigurati njegovo univerzalno prihvaćanje kao uvjet opstojnosti i integriteta političkog sustava. O zloćudnosti autoritarnoga diskursa svjedoči Imre Lakatos navodeći ovaj drastičan primjer: “1949. godine Centralni komitet Komunističke partije Sovjetskog Saveza raspravljao je o vrijednosti Mendelove genetike nasuprot Lysenkovoj teoriji environmentalizma. Odlučili su da je Lysenkova teorija bolja, te je vodeći autoritet suparničke škole N. I. Vavilov ubijen u koncentracijskom logoru.” (Mottolini, 1999.: 21).

Dakako, dok je autoritet stvoren u racionalnom diskursu nužno induktivan i inkluzivan, te omogućuje stvaranje novih kategorija, model autoritarnog diskursa je deduktivan i utemeljen na preskriptivnom značenju koje može, ali i ne mora, izražavati društveni realitet.

U postkomunističkim državama istočne Europe deduktivna transmisija preskriptivnog značenja bila je, a u velikoj je mjeri još uvijek, prisutna u svim područjima života: zakonodavstvu, sudskim postupcima, pravnoj znanosti, obrazovanju. U okvirima autoritarne paradigme izvršna vlast razumije se kao puka transmisija volje zakonodavca,²⁶ a pravosudna se funkcija ne shvaća kao rješavanje sporova između stranaka nego kao “primjena zakona”, budući da društveni konflikti koji bi iziskivali intervenciju sudova mogu postojati samo u buržoaskom, ali ne i u besklasnom društvu. Tako se od pravne znanosti nije očekivalo da bude kritička, nego deskriptivna i apologetska, dok se funkcija obrazovanja shvaćala kao transmisija nesporne i konačne istine s učitelja na učenika: *magister dixit, discipulus scripsit*. Konačno, za vrijeme komunizma definirana “objektivnost” pravnog poretka vremenom se kristalizirala kao dominantna pravna kultura koje pripadnici pravne profesije nisu bili niti svjesni stoga što su je doživljavali kao univerzalnu (Young, 1990.). Tome je umnogome pripomoglo shvaćanje prava kao autonomne znanosti, te razumijevanje zadaće pravника, podjednako teoretičara i praktičara, kao pronalaženja “ispravnih” odgovora na sva pravna pitanja isključivo unutar pravnog sustava bez obaziranja na društveni realitet.

Jezik prava, pravni koncepti i dominantna pravna kultura koji su se razvili u uvjetima autoritarnog diskursa nisu čudom nestali u času rušenja Berlinskoga zida. Upravo suprotno, oni su nadživjeli komunističku ideologiju potvrđujući ono što je Max Planck napisao u svojoj Znanstvenoj autobiografiji, da nova znanstvena istina ne pobjeđuje uvjeravanjem protivnika kako bi

²⁶ U Socijalističkoj Federativnoj Republici Jugoslaviji vlada je službeno nosila naziv “Savezno izvršno vijeće” što je odražavalo realnost skupštinskog modela vlasti.

ih se prosvijetlilo, nego zbog toga što će njezini protivnici umrijeti, i statat će nova generacija kojoj će nova znanstvena istina biti sama po sebi razumljiva. I tako su s opisanim pravnim naslijeđem postkomunističke države Srednje i Istočne Europe započele proces približavanja Europskoj Uniji, koje su neke od njih i dovršile ulaskom u članstvo 1. svibnja 2004. godine. Kad je riječ o harmonizaciji prava, postkomunistički pravni sustavi susreli su se s dvama problemima.

Prvi se odnosi na razliku u naravi i složenosti društvenih odnosa između postkomunističkih i liberalno demokratskih društava koja je nastala zbog različite dinamike razvoja gospodarskih i socijalnih odnosa u prvoj polovini 20. stoljeća. Zbog toga stvarna i potpuna recepcija prava razvijenog kroz racionalni diskurs, koja bi išla dalje od pukog preuzimanja pravnih normi, u autoritarnim društvima nije bila moguća. Nije se teško suglasiti s Eugenom Ehrlichom kad kaže: "... ako se dva društva razlikuju tako znatno, kao na primjer, izvorne zajednice neciviliziranih i poluciviliziranih naroda, ili kao što se boljševička društva razlikuju od modernih civiliziranih naroda, tada sličan transfer pravnih normi uopće nije moguć" (Ehrlich, 1923.: 143).

Drugi problem harmonizacije prava pojavljuje se kao tema nakon što se zadovolji zahtjev za ujednačavanjem društvenih odnosa koje pravo uređuje, odnosno, nakon što recepcija prava postane smisljena. Kad se postkomunistički pravnici suoče s obvezom integracije i primjene pravnih pravila razvijenih u sustavu što ga određuje racionalni diskurs, kakav je pravni sustav Europske Unije, osim obveze preuzimanja pravnih pravila, nastaje potreba prilagodbe jezika prava i značenja pravnih koncepata pluralističko diskurzivnoj paradigmi. Navedeni proces harmonizacije *nipošto se ne smije razumjeti kao vježba prepisivanja pravnih pravila europskoga prava*, jer čak i slučajevima doslovnog prepisivanja, tim se pravilima pripisuje različito značenje te ih sudovi različito primjenjuju. Drugim riječima, budući da je znanje (uključujući i poznavanje prava) osjetljivo na društveni kontekst, pravna pravila nužno imaju drukčije značenje u različitim kontekstima standarda znanja.²⁷ Za opisanu različitost shvaćanja temeljnih pravnih i političkih koncepata koristit ću naziv *semantička disonancija*. To znači da ne treba očekivati da elementi normativnog jezika imaju standardno značenje u svakoj državi članici. Čak i između "starih" država članica postoje posve oprečna razumijevanja nekih temeljnih koncepata poput federalizma kojemu se u Ujedinjenom Kraljevstvu pripisuje negativno, a u SR Njemačkoj pozitivno značenje. No, problem semantičke disonancije još je izraženiji kad se u diskurs uključe postkomunistička društva u kojima se je značenje temeljnih pravnih pojmova i koncepata formiralo u uvjetima autoritarnog diskursa. Naime, s obzirom na to da je inherentno deduktivan, model autoritarnog diskursa ne drži pripisivanje novog znanja, pa tako ni novog značenja prava, legitimnim, nego ga tretira

²⁷ Vidi: Hofweber u K. Korta, E. Sosa i J. Arrozola (1999.).

kao iznimku, i ne dopušta da normativni jezik ima bilo koje drugo značenje osim standardnoga, a ono se, ponovimo još jednom, određuje na vrhu. Gотовo da je nepotrebno reći da se značenje temeljnih pravnih koncepata, poput prava na život, slobodu, vlasništvo na istoku i zapadu Europe dramatično razlikovalo. Štoviše, javni poredak, kako ga je shvaćala dominantna pravna kultura, prožimao je cijeli pravni sustav utječući na ostvarivanje subjektivnih prava građana koja su bila shvaćana kao sekundarna i podređena “općem” društvenom interesu.

III.

Primjeri semantičke disonancije katkad su zapanjujući i obuhvaćaju temeljne pravne i političke koncepte, poput vladavine prava i diobe vlasti. Primjerice, načelo vladavine prava (bilo u smislu *the rule of law* ili u smislu *Rechtsstaat*) u okvirima autoritarne paradigme ne shvaća se kao vlast ograničena pravom, nego kao gola državna prisila stavljena u funkciju primjene zakona bez obzira na njihov sadržaj, čak kad su suprotni temeljnim ljudskim pravima. Drastičan primjer takvog shvaćanja nalazimo kasnih osamdesetih u često ponavljanoj izjavi Slobodana Miloševića da javni prosvjedi albanskog stanovništva moraju biti savladani sredstvima pravne države, pri čemu je mislio na голу policijsku silu.

Spremnost sudbene grane vlasti da izravno primjenjuju ustav jedan je od pokazatelja položaja i uloge sudbene vlasti u okvirima ustavnog modela diobe vlasti. Pritom je u postkomunističkim društvima ključno pitanje shvaća li se ustav kao pravni instrument što ga primjenjuju sudovi ili kao politička deklaracija. Kako ističe Gabriel Andreescu, rumunjski suci nerado neposredno primjenjuju ustav i pozivaju se na zakone, čak i u situacijama kad je izravna primjena ustava moguća (Andreescu, 2003.: 56). Kritika takvog shvaćanja vladavine prava razvija se sporo, ponajprije od strane pravnih teoretičara,²⁸ a poricanje pravne naravi ustava još uvijek se može naći u udžbenicima pravnih fakulteta.²⁹ Posljedično, sudovi i državna uprava rijetko ili nikada ne primjenjuju Ustav izravno,³⁰ što ne može biti objašnjeno isključivo

²⁸ Kritiku prakse neprimjene ustava od strane sudova iznio je prof. Branko Smerdel na godišnjoj konferenciji Hrvatske udruge sudaca održane u Zagrebu u srpnju 2004. Vidi: i Čapeta (2004.).

²⁹ Na primjer, Ivo Borković (1997.: 59, 90-91). Borković kroz osam izdanja ovoga standardnog udžbenika upravnog prava uči da ustav predstavlja skup apstraktnih načela koja moraju biti konkretizirana upravnim pravom.

³⁰ Primjerice, u predmetu br. II Kž-888/03-3 od 7. siječnja 2004. Vrhovni sud Republike Hrvatske istaknuo je da hrvatski sudovi imaju obvezu primjenjivati zakon, bez obzira na to je li pravna osnova za pritvor usklađena s međunarodnim ugovorima ili Ustavom. Vrhovni sud nije primijenio ustavne i međunarodne standarde izravno. “Prigovori žalbe kojima se izražava kri-

samoreferentnom naravi zakona (Caruso 1997.: 3; Hesselink, 2001.: 11), nego dominacijom regulatorne države koja se oslanja na zakone i podzakonske akte koji su često arbitrarni i razvlašćuju građane u njihovoj zakonodavnoj ulozi. Isto tako, koncept subjektivnih javnih prava (*subjektive öffentliche Rechte*) kao obrambenih prava koja štite pojedinca od zadiranja državne vlasti nije prihvaćen od strane redovnih sudova. Postupak ustavne tužbe kao mehanizma zaštite subjektivnih javnih prava pred ustavnim sudom široko je prihvaćen u postkomunističkim državama, ali redovni sudovi čine to rijetko ili nikada. U Hrvatskoj prema odredbama čl. 37 Ustavnog zakona o Ustavnom sudu³¹ redovni sudovi imaju mogućnost zastati s postupkom i pred Ustavnim sudom pokrenuti postupak ocjene ustavnosti zakona, ako posumnjaju u njegovu ustavnost, ali od stupanja Ustavnoga zakona o Ustavnom sudu na snagu 1991. godine u objavljenoj praksi Ustavnoga suda nije zabilježen niti jedan takav slučaj. Na pravno-kulturološku uvjetovanost takve sudske politike upućuje nedavni primjer kad je zbog restrukturiranja zakonskog okvira nasilje u obitelji prestalo je biti inkriminirano člankom 362 Obiteljskog zakona³² te je uređeno Zakonom o zaštiti od nasilja u obitelji.³³ Zbog različito određenih datuma stupanja na snagu dvaju zakona nastalo je vremensko razdoblje u kojemu nasilje u obitelji nije uopće bilo inkriminirano. Pozivajući se na načelo zakonitosti – *nullum crimen sine lege* – sudovi su obustavili više od 2.000 sudskih postupaka, uključujući i one u kojima je već bila donesena prvostupanjska odluka. Niti jedan sud nije posumnjao u ustavnost opisane situacije i pokrenuo postupak pred Ustavnim sudom kako bi se ispitala ustavnost dekriminalizacije nasilja u obitelji.

Nesklonost sudova izravnoj primjeni ustava mogla bi se objasniti inercijom koncepta jedinstva vlasti, odnosno jedne od dominantnih dogmi komunističkog doba o narodnoj skupštini kao instrumentu *diktature proletarijata* i komunističke partije kao njegove avangarde. Prema tom shvaćanju, zakonodavno tijelo je skupština koja ima monopol državne prisile i zadnju riječ u

tički odnos prema odredbama Zakona o kaznenom postupku, poglavito izrečenoj pritvorskoj osnovi, a u odnosu na međunarodne konvencije i Ustav Republike Hrvatske, nisu utemeljeni, jer, treba reći, da su sudovi u Republici Hrvatskoj dužni poštovati pozitivne zakonske propise, time da nije upitna egzistentnost te pritvorske osnove u Zakonu o kaznenom postupku, ne ulazeći pritom u polemiku o utemeljenosti unošenja te pritvorske osnove u ovaj Zakon i njegovoj usklađenosti s međunarodnim propisima i Ustavom Republike Hrvatske. Posebno se ističe, a upravo zbog uvažavanja odredbe čl. 140. Ustava Republike Hrvatske, da ni Ustav niti Konvencija o ljudskim pravima izričito ne zabranjuju uvođenje novih pritvorskih osnova osim onih u njima taksativno navedenih, a koje je Zakon o kaznenom postupku, poštujući subordinaciju međunarodnih propisa implementirao u sadržaj svoje odredbe čl. 102.”

³¹ *Narodne novine* 49/2002

³² *Narodne novine* 162/1998 s izmjenama u *Narodne novine* 116/2003

³³ *Narodne novine* 116/2003

određivanju politike. Komunistička partija, kao avangarda radničke klase, kontrolira zakonodavni postupak i druga tijela jedinstvenog sustava državne vlasti. Sudovi su podčinjeni zakonodavcu i imaju vrlo malo sudske diskrecije. Pravo se čita tekstualno-pozitivistički, moguće zakonske praznine ne popunjavaju se sudskom interpretacijom, nego značenje pravnih normi određuje narodna skupština ili neko njezino radno tijelo, kao što je bio slučaj u Sovjetskom Savezu prema Ustavu iz 1936. godine, gdje je *ius interpretandi* pripadalo Prezidiju Vrhovnog sovjeta.³⁴

Shvaćanje zakonodavnog tijela, nekad skupštine danas parlamenta, kao dominantne grane vlasti koja kontrolira izvršnu i sudbenu vlast, još je uvijek prisutno u političkoj i pravnoj kulturi postkomunističkih država. Tako je parlamentu *ius interpretandi* priznato odredbama Poslovnika Hrvatskog sabora,³⁵ poznato je u ustavnom pravu Slovenije, a bilo je prisutno donedavno u pravnom poretku Češke Republike.³⁶ Hrvatski Sabor prihvatio je ukupno četrnaest vjerodostojnih tumačenja³⁷ s retroaktivnim djelovanjem, te pet od-

³⁴ Čl. 121 Ustava SSSR-a iz 1936. godine. Vjerodostojno (autentično) tumačenje vjerojatno potječe od Justinijana. Usp. IMPERATORIS IUSTINIANI INSTITUTIONUM, Introduction by J. B. Moyle, D.C.L. of Lincoln's Inn, Barrister-at-Law, Fellow and Late Tutor of New College, Oxford, Fifth Edition (1912.). Nalazimo ga i u drugim pravnim sustavima, primjerice u kanonskom pravu. U pravu suvremenih demokracija koje ga poznaju (Italija i Belgija) autentično tumačenje ograničeno je zabranom retroaktivnosti i zabranom zadiranja u pravosudnu funkciju i pendente postupke.

³⁵ Članci 176-178 Poslovnika Hrvatskog sabora, *Narodne novine* br. 9/2001 od 2. 2. 2001.

³⁶ Vjerodostojno tumačenje s učincima retroaktivnog zakonodavstva nepoznato je npr. u SR Njemačkoj i SAD-u. Usp. O. W. Holmes (1898.: 420) "In this country, at least, for constitutional reasons, if for no other, if the same legislature that passed it should declare at a later date a statute to have a meaning which in the opinion of the court the words did not bear, I suppose that the declaratory act would have no effect upon intervening transactions unless in a place and case where retrospective legislation was allowed."

³⁷ Vjerodostojno tumačenje članka 23. U vezi s člankom 1. Zakona o izmjenama Krivičnog zakona Republike Hrvatske (*Narodne novine*, br. 91/92.), N.N. br.: 175/2004 od 13. 12. 2004.; Vjerodostojno tumačenje članka 3. stavka 1. Zakona o zateznim kamatama (*Narodne novine*, broj 28/96) N.N. br.: 58/2004 od 7. 5. 2004.; Vjerodostojno tumačenje članka 50. stavka 3. Zakona o sudovima (*Narodne novine*, br. 3/94, 100/96, 131/97. i 129/00), N.N. br. 101/2003 od 18. 6. 2003.; Vjerodostojno tumačenje članka 130. Zakona o visokim učilištima, N.N. br. 78/2003 od 14. 5. 2003.; Vjerodostojno tumačenje članka 31. stavka 1., članka 46. stavka 1. i 2., članka 53. stavka 4. i članka 90. stavka 1. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi (*Narodne novine*, br. 33/01), N.N. br. 60/2001 od 4. 7. 2001. Vjerodostojno tumačenje članka 2. stavka 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o sustavu državne uprave (*Narodne novine*, br. 48/99.), N.N. br. 127/2000 od 20. 12. 2000.; Vjerodostojno tumačenje članka 5. Odluke o davanju ovlasti jedinicama lokalne samouprave i gradu Zagrebu za sklapanje ugovora o prodaji nacionaliziranih i konfisciranih stanova, N.N. br. 119/2000, od 29. 11. 2000.; Vjerodostojno tumačenje članka 12. stavka 3. Zakona o izborima zastupnika u Hrvatski Državni Sabor, N.N. br. 109/2000 od 7. 11. 2000. Vjerodostojno tumačenje članka 6. stavka 5. i članka 27. stavka 2. Zakona o izboru članova predstavničkih tijela jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne uprave i samouprave, N.N. br. 64/2000 od 5. 7. 2000.; Vjerodostojno tumačenje

luka o nedavanju vjerodostojnog tumačenja.³⁸ Broj autentičnih tumačenja (14) i odsutnost zahtjeva za ocjenu ustavnosti zakona koje podnose redovni sudovi upućuje na shvaćanje uloge sudbene vlasti kao instrumentalne u odnosu na zakonodavnu što nema utemeljenja u Ustavu, nego je obilježje dominantne pravne kulture.

Iako *ius interpretandi* zakonodavca nalazimo i u zemljama koje se ne bi mogle okarakterizirati kao postkomunističke, riječ je o autoritarnim pravnim sustavima ili preddemokratskim rješenjima, poput sustava kanonskog prava, ili § 8 austrijskoga Građanskog zakona iz doba Franje Josipa. U pravu suvremenih demokracija koje ga poznaju (npr. Italija i Belgija) pravo zakonodavca da interpretira zakone ograničeno je zabranom retroaktivnosti i zabranom zadiranja u pravosudnu funkciju i pendentne postupke.

Shvaćanje zakonodavne grane vlasti kao privilegirane, iznad koje je samo Bog, uočava se i u pokušaju Hrvatskog Sabora da ograniči vladu u pregovorima s Europskom Unijom i provedbi Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju zaključenog između Europske zajednice i njezinih država članica i Republike Hrvatske.³⁹ Tako je Sabor jednom prilikom donošenjem provedbenog zakonodavstva⁴⁰ uvjetovao primjenu sekundarnoga asocijacijskog

članka 2., 7. i 8. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima (*Narodne novine*, broj 34/99), N.N. br. 121/1999 od 19. 11. 1999.; Vjerodostojno tumačenje članka 14. Zakona o statusu prognanika i izbjeglica (*Narodne novine*, br. 96/93 i 39/95) N.N. br. 29/1999 od 26. 3. 1999.; Vjerodostojno tumačenje članka 1. Uredbe o potraživanjima prema poduzećima i drugim pravnim osobama s područja Republike Hrvatske oslobođenim akcijama “Bljesak” i “Oluja”, N.N. br. 23/1999 od 9. 3. 1999.; vidi i Ispravak Vjerodostojnog tumačenja članka 1. Uredbe o potraživanjima prema poduzećima i drugim pravnim osobama s područja Republike Hrvatske oslobođenim akcijama “Bljesak” i “Oluja” N.N. br. 25/1999 od 15. 3. 1999.; Vjerodostojno tumačenje članka 24. Zakona o privatizaciji (*Narodne novine*, br. 21/96.), N.N. br. 16/1998 od 10. 2. 1998.; Autentično tumačenje članka 48., stavka 4. Zakona o radnim odnosima (*Narodne novine*, br. 19/90. i 19/92.) *Narodne novine* br.: 34/1992 od 17. 6. 1992.

³⁸ Sabor katkad koristi i odluke o nedavanju vjerodostojnog tumačenja da bi interpretirao zakon. U takvim slučajevima najčešće stoji da zakon nije potrebno autentično interpretirati stoga što on ima određeno značenje koje mu pripisuje Sabor. Usp. Odluka o nedavanju vjerodostojnog tumačenja članka 4. u vezi sa člancima 15. i 16. Zakona o izborima zastupnika u Hrvatski sabor, N.N. br. 167/2003 od 22. 10. 2003.; Odluka o nedavanju vjerodostojnog tumačenja članka 84. stavka 1. točke 5. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi (*Narodne novine*, br. 33/01 i 60/01), N.N. br. 106/2003 od 2. 7. 2003.; Odluka o nedavanju vjerodostojnog tumačenja članka 3. stavka 1. točke 11. i stavka 12. Zakona o komunalnom gospodarstvu, N.N. br. 150/2002 od 17. 12. 2002.; Odluka o nedavanju vjerodostojnog tumačenja odredbe članka 30. stavka 1. točke 3. i stavka 2. i članka 41. stavka 1. Zakona o duhanu, N.N. br. 22/2002 od 8. 3. 2002.; Odluka o nedavanju vjerodostojnog tumačenja odredbe članka 50. stavka 5. i članka 67. stavka 1. točke 3. Zakona o šumama, N.N. br. 22/2002 od 8. 3. 2002.

³⁹ Stabilization and Association Agreement between European Community and its Member States and the Republic of Croatia, Međunarodni ugovori, *Narodne novine*, 15/2001

⁴⁰ Zakon o provedbi Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, Međunarodni ugovori, *Narodne novine*, 15/2001

prava parlamentarnom ratifikacijom, a drugom, pokrenuo pitanje povjerenja Vladi kojim se tražio parlamentarni mandat za pregovore o protokolu tom Sporazumu. Navedeni primjeri ilustriraju shvaćanje da, upravo suprotno ustavnim intencijama, vlada nema ustavni mandat djelovati samostalno u europskim poslovima, nego, poput izvršnog vijeća, mora izvršavati volju zakonodavca. Dok je u državama članicama Europske Unije i državama kandidatkinjama poremećaj nadležnosti u korist izvršne vlasti dobro poznata pojava, u Hrvatskoj zakonodavna vlast, Sabor, nastoji ograničiti vladu u europskim poslovima. Kako ističe Sadurski, u uvjetima permisivnoga političkog konsenzusa, pregovori o članstvu u Europskoj Uniji su ponajprije administrativna zadaća, a pretjerani nadzor zakonodavne vlasti usporava proces pregovaranja.⁴¹

Opisani odnos između zakonodavne i sudbene vlasti, i što je još važnije, kulturološki uvjetovan nedostatak očekivanja da ga je potrebno mijenjati, predstavlja prepreku razvoju samosvijesti sudbene vlasti, potiskuje diskurs, delegitimira suce i stranke u postupku kao sudionike diskursa, te ograničava sudstvo na ulogu *bouche de la lois* koju je danas napustila čak i francuska pravna znanost.⁴² Tako se odašilje jasan signal da suci ostaju instrumentalni dio državne vlasti te da moraju ograničiti svoju interpretativnu ulogu. Daka-ko, u takvim okolnostima nije moguć dijalog između institucija, kao ni diskurzivno određenje značenja pravnih pravila.

IV.

U prethodnom sam izlaganju upozorio na postojanje semantičke disonancije u razumijevanju nekih temeljnih pravnih i političkih pojmova u društvima u kojima pravnu i političku kulturu obilježava racionalni diskurs, i postkomunističkih društava Srednje i Istočne Europe. Također sam iznio tezu da proces harmonizacije prava s pravom Europske Unije ne podrazumijeva samo tekstualnu nego i semantičku harmonizaciju, tj. otklanjanje semantičke disonancije. U ovome ću dijelu obrazložiti zbog čega smatram da prepreku semantičkoj harmonizaciji predstavljaju (a.) pravni formalizam, (b.) odricanje legitimiteta političkoj argumentaciji u rješavanju pravnih pitanja, što do- vodi do (c.) cirkularne pravne argumentacije i ovisnosti o podzakonskoj regulaciji.

⁴¹ Usp. npr. Sadurski (2004.: 382)

⁴² Vidi npr. Mišljenje Nezavisnog odvjetnika Legera u predmetu C-224/01 *Gerhard Köbler v Republik Österreich*: "Stoga nacionalni sudac ne predstavlja više nužno, kako je prije govorio Montesquieu, "usta zakona".” Tč. 59 Mišljenja

(a.) *Pravni formalizam*. Većina država srednje i istočne Europe zbog povijesnih okolnosti⁴³ nije proživjela razgradnju ekstremnoga pravnog formalizma, u Njemačkoj poznatog kao *Begriffsjurisprudenz*, kao ni ograničeni uspjeh rekonstrukcije koji je u području njemačke pravne gravitacije ostvarila *Freie Rechtschule* krajem 19. stoljeća.⁴⁴ Upravo suprotno, utjecaj *Begriffsjurisprudenz* u Sovjetskom Savezu i drugdje u Istočnoj Europi ocjenjuje se značajnim (Ajani, 1995.: 93). Stoga je u Srednjoj i Istočnoj Europi proces deformalizacije pravne dogmatike incidentalne naravi i pojavljuje se kao rezultat recepcije stranog prava, ponajprije njemačkog i austrijskog, a ne kao rezultat autohtonog razvoja pravnoga sustava.⁴⁵ Recepcija prava uglavnom je ograničena na recepciju zakona, a samo iznimno uključuje recepciju sudske prakse koja se razvila u zemljama njihova podrijetla. Tijekom razdoblja komunističke vlasti mnoge su karakteristike izvornog formalizma 19. stoljeća, poput objektivnosti, koherencije i sustavne naravi prava, degenerirale u vulgarni tekstualni formalizam koji je nadživio komunističko doba. Rečeni vulgarni formalizam nije ograničen na sudove, nego se može reći da je utkan u pravnu kulturu istočnoeuropskih društava. O tome, na anegdotskoj razini, svjedoči primjer jednog odvjetnika koji je posve ozbiljno zagovarao primjenu načela *nullum crimen sine lege*, pozivajući se na činjenicu što je ime opojne supstancije “ecstasy” bilo krivo napisano u popisu zabranjenih supstancija.⁴⁶ Primjeri pravnog formalizma mnogobrojni su u hrvatskom pravnom poretku. Primjerice, vladajuće je shvaćanje da pojam nematerijalne štete obuhvaća samo one oblike štete koje taksativno propisuje Zakon o obveznim odnosima, što ima za posljedicu, primjerice nepriznavanje štete nastale povredom poslovnog ugleda pravnih osoba (Crnić, 2002.).⁴⁷

(b.) *Odricanje legitimiteta političkoj argumentaciji u rješavanju pravnih pitanja*. Kad govorim o političkim argumentima, koristim ih u smislu u kojemu ih je razumio Ronald Dworkin, tj. kao argumente koji “... opravdavaju političku odluku pokazujući da odluka promiče ili štiti neki kolektivni cilj

⁴³ Neke od tih okolnosti, poput Prvog svjetskog rata i komunističke diktature su zajedničke, a neke, poput diktature kralja Aleksandra Karađorđevića, Ante Pavelića i Josipa Broza specifične.

⁴⁴ Usp. Hesselink (2001.: 29-32)

⁴⁵ Na važnost razlikovanja recepcije prava od njegova autohtonog razvoja upozorava Eugen Ehrlich (1923.)

⁴⁶ Odvjetnik Borislav Kraljevski u *Večernjem listu* od 15. 2. 2004.

⁴⁷ Na ekstremni formalizam sudova upućuje i Crnićovo upozorenje: “Izjašnjavajući se o oblicima nematerijalnih šteta koji nisu pravno priznati suci moraju postupati s osobitim oprezom. Moguće je, naime, da oštećenik pogrešno nazove (ne držeći se zakonskih izraza odnosno osnova) neki zahtjev za naknadom štete, a on sadržajno predstavlja pravno priznatu štetu.” Time se implicira postojanje prakse da bi sudovi mogli odbijati zahtjeve za naknadu štete zbog formalnih razloga.

zajednice kao cjeline”.⁴⁸ Ideju da svaki propis počiva na nekoj politici i ide za ostvarivanjem njezinih ciljeva vjerojatno je prvi objavio Rudolph von Jhering izrekavši svoju čuvenu maksimu – *Keine Handlung ohne Zweck*.⁴⁹ Od kraja 19. stoljeća to je shvaćanje na američkoj strani Atlantika potaknulo razvoj američkoga pravnog realizma. U Europi je također postupno postajalo sve jasnije da uska i formalna interpretacija prava postaje sve manje korisna za rješavanje kompleksnih pravnih problema koje je otvorila intervencionistička država 20. stoljeća. Povezivanje pravnih problema s gospodarskom i socijalnom realnošću redefiniralo je zadaću pravničke profesije i odbacilo logiku kao produktivnu metodu rješavanja pravnih problema. Razvija se shvaćanje da je silogizam na kojem se temelji većina pravnih normi⁵⁰ sa znanstvenoga gledišta besplodan jer zaključak, da bi bio valjan, ne smije sadržavati ništa više od onoga što je već sadržano u premisama. Stoga nijedna zanimljiva znanstvena hipoteza nije silogistička, nego relacijska.⁵¹ Na besmislenost logike u rješavanju pravnih problema upozorava i John Dewey, uzimajući kao primjer poznati silogizam o Sokratu⁵² te zaključujući da na pravne probleme nije moguće naći odgovor unutar, nego isključivo izvan pravnog sustava. Dewey odgovore na pravna pitanja nalazi u društvenoj moći izraženoj kroz regulatornu politiku. Jer, “... problem nije u tome je li Sokrat smrtno, nego hoće li, odnosno, treba li njegova smrtnost nastupiti u određeno vrijeme i na određen način” (Dewey, 1914.-1925.: 22). Danas je nezamisliva pravna analiza koja ne bi uvažavala regulatornu politiku i koja ne bi vodila računa o metajuridičkim tj. političkim, gospodarskim, socijalnim i drugim posljedicama vlastitog djelovanja, kako u Sjedinjenim Državama tako i u Europskoj Uniji.

Shvaćanje da se propisi sastoje od pravne i političke komponente, te da je njihova politička komponenta važan izvor spoznaje koju je moguće koristiti u interpretaciji pravnih pravila u postkomunističkim državama nailazi na dvostruki otpor.⁵³ S jedne strane ustraje se na pravnoj tradiciji formalizma

⁴⁸ “Arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole. The argument in favor of a subsidy for aircraft manufacturers, that the subsidy will protect national defense, is an argument of policy. Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right. The argument in favor of anti-discrimination statutes, that a minority has a right to equal respect and concern, is an argument of principle” (Dworkin, 1975.: 1059).

⁴⁹ Nema djelovanja bez cilja. Rudolph von Jhering (1904.)

⁵⁰ Usp. Perić, (1968.).

⁵¹ Usp. Motterlini (1999.: 39).

⁵² Sokrat je čovjek, svi ljudi su smrtni, stoga, Sokrat je smrtno.

⁵³ O prisutnosti shvaćanja da postoji kaznena politika svjedoči nedavno objavljena studija o kaznenoj politici Zakonska i sudska politika kažnjavanja u Republici Hrvatskoj. Vidi: *Hrvatski*

19. stoljeća koja je, kako smo vidjeli, postala dijelom dominantne pravne kulture dok, s druge strane, negiranje političke komponente prava predstavlja reakciju na komunističku intervenciju u sudsko postupanje. Vjerojatno je kombinacija tih dviju tendencija stvorila situaciju u kojoj je među pripadnicima pravničke profesije u zemljama postkomunističke Europe uspostavljen široki konsenzus da suci svoje odluke moraju temeljiti na strogo čitanju pravnoga teksta i *znanstvenom* uvidu u zakonitosti pravnog sustava koje je moguće objektivno spoznati i primijeniti. Prema takvom shvaćanju, odgovori na sva pravna pitanja mogu se i moraju pronaći isključivo uvidom u pravna pravila i načela, te je zadaća sudova, napose Vrhovnoga suda, potpomognutih uvidima koje pruža pravna znanost, da *urbi et orbi* proglašava što pravo jest. Komentiranje nepravomoćnih sudskih odluka je kazneno djelo⁵⁴ čiju opravdanost podupire pravna profesija.⁵⁵

Osim što su politički argumenti delegitimirani i isključeni iz pravne analize, dominantna pravna kultura odbija prihvatiti nepobitnu istinu da sudske odluke imaju društvene posljedice,⁵⁶ te da sudovi, u najmanju ruku inciden-

ljetopis za kazneno pravo i praksu, Vol 11, br. 2/2004. Međutim, u uvodnom članku Željko Horvatić naglašava. “Sudbena vlast u suvremenim državama koje su organizirane po načelu diobe vlasti nema niti može imati bilo kakvu “politiku”, niti se tako može označavati njezino djelovanje kada primjenjuje zakon. To djelovanje kao pojam kojim se barata pa i kojim se kadikada manipulira, može se ograničeno odnositi samo na neke površne impresije inspirirane uglavnom zbirnim statističkim podacima koji mogu poslužiti jedino kao poticaj za daljnje strukturalne analize, ali nikako kao relevantni temelj za valjanu i vjerodostojnu prosudbu o djelovanju te sudbene vlasti. To zbog toga što se kao “djelovanje sudbene vlasti” može smatrati samo svaka, i to baš svaka, pravomoćna presuda za sebe, u nekom konkretnom i po prirodi stvari, neponovljivom slučaju. Svakom takvom pojedinačnom presudom primjenjuje se kazneni zakon, a ne ostvaruje se i ne oblikuje “politika kažnjavanja”...” (Horvatić, 2004.: 388-9).

⁵⁴ Kako primjećuje Čapeta, ne postoji tradicija redovnog objavljivanja sudskih odluka u punom tekstu, a komentiranje nepravomoćnih sudskih odluka je kazneno djelo. Čl. 309 Kaznenoga zakona (N.n. br. 110/1997), propisuje za to djelo kaznu od šest mjeseci zatvora. *Supra* bilješka 28. Ta odredba izmijenjena je 2003. godine tako što je propisana još stroža kazna (N.n. 111/2003). Iako o primjeni čl. 309 KZ-a ne postoji objavljena sudska praksa, to je kazneno djelo već postalo predmetom javnog diskursa. Usp. izjavu Vlade Madunića, predsjednika općinskog suda u Splitu koju prenosi *Slobodna Dalmacija* od 3. siječnja 2001. godine, te izjavu Aleksandre Kolarić, glasnogovornice hrvatske Vlade objavljenu u *Vjesniku* 23. siječnja 2001. kojom se implicitno prihvaća opravdanost postojanja takvog kaznenog djela. Jedini komentirani sudski predmet koji se vodio temeljem čl. 309 KZ-a odlučen je u Daruvaru gdje ga iznosi lokalni tisak. Okrivljenici, predstavnik lokalnog sindikata i novinar bili su oslobođeni, budući da su komentirali nepravomoćnu sudsku odluku nakon što je prvostupanjski sud (ali ne i županijski sud) već donio presudu.

⁵⁵ Udruga hrvatskih sudaca nedavno je pozvala državno odvjetništvo da pokrene kazneni postupak protiv novinara koji je komentirao nepravomoćnu odluku Općinskoga suda u Senju. Vidi: *Jutarnji list*, 14. i 15. kolovoza 2004.

⁵⁶ Npr. okvirna mjerila za naknadu štete koja donosi Vrhovni sud Republike Hrvatske. Mjerila propisuju smjernice za naknadu različitih vrsta štete, ali ne i za štetu nanесenu diskrimina-

talno, svojim odlukama formiraju sudsku politiku. Takvo stajalište čini sudski postupak netransparentnim, predviđanje rezultata teškim,⁵⁷ te otvara vrata provođenju nedeklariranih politika ili čak osobnih uvjerenja sudaca mogućim, što se s vremena na vrijeme doista i događa.⁵⁸

Ukratko, suci pri donošenju odluka ustraju na primjeni pravne logike, rijetko se ili gotovo nikad ne informiraju razlozima politike shvaćenim kao promicanje “kolektivnih ciljeva zajednice kao cjeline” (Dworkin), te opravdanje za svoje odluke uglavnom traže u tekstu umjesto u značenju pravne norme. Takvo stajalište čini primjenu mnogih koncepata razvijenih u pravu Europske zajednice, poput koncepta *jednakih mogućnosti* ili koncepta *posredne diskriminacije* teškim, ako ne i nemogućim u Hrvatskoj.⁵⁹ Značenje tih i drugih sličnih koncepata nužno ovisi ne samo o konačnom rezultatu sudskih odluka, nego i o sudskom razumijevanju politike na kojoj se oni temelje. Tekstualna interpretacija pravnih pravila, tako široko prihvaćena u hrvatskoj pravnoj kulturi, stvara semantičku zbrku i otežava diskurzivno određenje značenja pravnih normi. Na kraju, ali nipošto i najmanje važno, skrivanje iza pravnih koncepata i načela razvlašćuje građane kao sudionike u političkom procesu. Donoseći zakone, zakonodavac ide za ostvarivanjem posve određenih regulatornih ciljeva. Interpretacija prava koja takve ciljeve ne uvažava djeluje protudemokratski, bez obzira na to govorimo li o sudskom aktivizmu ili tekstualnom formalizmu.

(c.) *Cirkularno razmišljanje* može se tipično pronaći u sudskim odlukama koje se pozivaju na određene pravne standarde bez razjašnjenja njihove materijalnopravne uloge ili učinaka u konkretnom sudskom predmetu. Primjerice, Vrhovni sud objavio je odluku⁶⁰ u kojoj se pozvao na ustavno načelo

cijom s obzirom na spol. Takvo rješenje uglavnom se ne razumije kao politički motiviran izbor Vrhovnoga suda.

⁵⁷ O problemu netransparentnosti vidi: Hesselink (2001.: 74)

⁵⁸ Dobar primjer sudske kaznene politike nalazimo u postupku protiv Stanka Bubića, o čemu je izvijestila *Slobodna Dalmacija* od 26. ožujka 2004. Vrhovni sud Republike Hrvatske ukinuo je odluku Županijskog suda u Splitu kojom se oduzima protupravno stečena dobit koju je pravomoćno osuđeni ostvario prodajom heroina. Kako je pojasnio Vrhovni sud, Županijski sud nije uzeo u obzir iznos novca koji je osuđeni investirao u kupovinu heroina. Sukladno tome, oduzeti iznos trebalo je umanjiti za “kupovnu cijenu” heroina.

⁵⁹ Jedan od prigovora koje je Odbor za zakonodavstvo Sabora uputio Prijedlogu Zakona o ravnopravnosti spolova bio je da koncept posredne diskriminacije suci ne će znati primijeniti.

⁶⁰ Presuda Vrhovnog suda br. Rev-2471/00-2 od 07. 10. 2003: “Iako je načelo zabrane povratnog djelovanja zakona proklamirano Ustavom Republike Hrvatske (*Narodne novine* broj 41/01 – pročišćeni tekst), ipak Ustav dopušta mogućnost povratnog djelovanja pojedinih odredaba zakona odredbom članka 89. st. 5: “Iz posebno opravdanih razloga samo pojedine odredbe zakona mogu imati povratno djelovanje”, što je slučaj i s odredbom članka 10. st. 3. ZIDZPP-a, pa su prigovori tužiteljice o zabrani povratnog djelovanja zakona – neosnovani.”

zabrane retroaktivnosti zakona, da bi u istom dahu podržao retroaktivnost članka 10. st. 3. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, rekavši da je riječ o ustavom dopuštenoj iznimci. Ustav doista propisuje da su iznimke od načela zabrane retroaktivnosti moguće iz posebno opravdanih razloga, no Vrhovni sud nije naveo niti jedan razlog ili načelo kojime bi opravdao iznimku u konkretnom slučaju. Zaključujemo da je iznimka od zabrane retroaktivnosti opravdana stoga što je dopuštena zbog posebno opravdanih razloga, a da su posebno opravdani razlozi oni koji su dopušteni. Primjera cirkularnoga razmišljanja može se naći i u pravnoj znanosti, metodologiji i taksonomiji. Tako se, primjerice, *sedes materiae*, upravna prava definira nadležnošću upravnih sudova, a upravni sudovi imaju nadležnost u upravnim stvarima iz čega proizlazi tautologija da se upravno pravo bavi upravnim stvarima. Po navedenoj logici, veći dio prava Europske zajednice, od tržišne utakmice, preko azila i imigracije, do slobode pružanja usluga, predstavlja upravno pravo jer su za rješavanje upravnih sporova protiv akata državne vlasti nadležni upravni sudovi. Konačno, iz tekstualnog pozitivizma proizlazi ovisnost primjene prava o podzakonskoj regulaciji. Problem je dvostran. S jedne strane, sudovi su skloni oslanjati se na što je moguće konkretnija pravna pravila. S druge strane, Sabor i Vlada erodiraju autoritet zakona pretjeranom subregulacijom kojom se katkad derogiraju više pravne norme.⁶¹

V.

Iako brojni primjeri koje sam koristio u ovom članku potječu iz specifičnoga hrvatskog iskustva, opseg i proporcije semantičke disonancije u drugim postkomunističkim državama srednje i istočne Europe⁶² čini se da nisu bitno različiti.⁶³ Primjeri se mogu razlikovati od jednoga pravnog sustava do

⁶¹ Vidi: Uredbu o izmjeni zakona o priznanju inozemnih obrazovnih kvalifikacija od 18. prosinca 2003., N.N. 198/2003. Na temelju članka 88. Ustava koji omogućuje delegirano zakonodavstvo prihvaćeno je ukupno 36 uredbi. Zakoni kojima se ovlasti prenose na vladu tipično prenose ovlast da Vlada uređuje područje gospodarstva. Vlada takvu ovlast koristi i u druge regulatorne svrhe poput priznanja inozemnih diploma, regulaciju prekršaja, oporezivanje itd. Vlada nema ustavnu ovlast mijenjati zakone, ali je to postalo praksom.

⁶² Isto, čini se, vrijedi i za države europskoga zapada. Usp. Ajani (1995.: 116) "As it is known, even in countries sharing the same fundamental *legal culture*, identical laws, adopted as a result of legal transplant, generate in the long run different interpretations ..." Takve se interpretacije međusobno razlikuju jer im se pripisuje različito značenje.

⁶³ Vidi: Zdenek Kühn (2003.: 551) i Evtimov, *Integration of the International Agreements into Bulgarian Law*, u: Ott i Inglis (2002.); Emmert (2002.: 405); Andreescu, (2003.). Posebnost situacije u Hrvatskoj i drugim postjugoslavenskim državama jest u tome što neki politički i pravni koncepti nisu bili potpuno odsutni iz diskursa. U takvim slučajevima je rješavanje problema semantičke disonancije teže nego što bi bilo u potpunosti odsutnosti diskursa jer su ti koncepti poprimili značenje.

drugog, ali njihov zajednički nazivnik ostaje odsutnost bitnih sastavnica racionalnog diskursa, tj. odsutnost slobode dijaloga, nejednakost sudionika u diskursu, te državna ili partijska prisila.

Odsutnost racionalnog diskursa u državama socijalističkoga prava, da upotrijebim klasičnu klasifikaciju koju koriste David (David, 1978.) i Brierly, dovelo je ili do potpune ideologizacije prava, ili do apsolutizacije pravne logike i intenzivne uporabe pravnih načela i koncepata kao zaštitnog mehanizma sudačkog integriteta. Konzekvence takve obrambene reakcije za razvoj pravnog sustava iznimno su ozbiljne. S jedne strane, došlo je do zapostavljanja empirijske metode u rješavanju pravnih sporova i oslanjanja na pravna načela i sentencije odvojene od društvenog realiteta. S druge strane, silogistička struktura pravnih normi udružena s mehaničkim interpretativnim deduktivizmom onemogućila je pragmatični pristup rješavanju društvenih problema pravnom metodom (Mottlerini, 1999.: 106).

Imajući opisanu situaciju na umu, moramo se upitati kakve su posljedice istočnog proširenja Europske Unije za europski konstitucionalizam i kako će semantička disonancija utjecati na formiranje značenja ustava Europe? Kako sam prethodno objasnio, primjeri semantičke disonancije obuhvaćaju široki raspon koji seže od generalnih koncepata poput vladavine prava, temeljnih prava, diobe vlasti, konstitucionalizma, vlasništva, slobode, do konkretnijih poput jednake plaće, jednakog postupanja, zabrane retroaktivnosti zakona, proporcionalnosti, zakonodavne delegacije, diskrecije, državnih potpora, nematerijalne štete itd. Pritom upada u oči da se problem prilagodbe nacionalnoga pravnog sustava s pravnom stečevinom Europske zajednice, *acquis communautaire* prikazuje kao problem harmonizacije pravnih pravila, dok se prilagodba njihova značenja⁶⁴ ostavlja za budućnost.⁶⁵ Jednoga dana, kad i taj problem stigne na dnevni red, prvi korak k rješavanju problema semantičke disonancije, uvjeren sam, tražit će odgovor na pitanje “kako smo stigli do određenog značenja pravnih pravila i pravnih načela?”

Smatram da metoda “otkrivanja značenja” pravnih normi u europskim postkomunističkim državama mora proći kroz paradigmatički obrat od autoritarne do racionalno diskurzivne, a u pogledu pravne analize – od formalne

⁶⁴ Dakako, postoje slučajevi u kojima je značenje pojmova jasno i ne traži nikakvu dodatnu razradu. Vidi: Holmes (1898.: 420) “I do not suppose that you could prove, for purposes of construction as distinguished from avoidance, an oral declaration or even an agreement that words in a dispositive instrument making sense as they stand should have a different meaning from the common one; for instance, that the parties to a contract orally agreed that when they wrote five hundred feet it should mean one hundred inches, or that Bunker Hill Monument should signify Old South Church.”

⁶⁵ Jedna od funkcija Sporazuma o pridruživanju jest semantička harmonizacija. Isto se može reći za proces pregovora o pristupanju Europskoj Uniji. Prije nego što država pristupi EU, mora postojati sporazum o značenju temeljnih pojmova.

do materijalne. No, čak i nakon što se to dogodi, ostat će još jedno pitanje. Na temelju kojih vrijednosti ili kriterija će se riješiti problem semantičke disonancije, i kakva će interpretativna teorija biti potrebna u Europi sastavljenoj od 25 i više država, da pomiri pravnu tradiciju, koherenciju i politiku, a da se izbjegne sustav u kojemu će pravnu sigurnost zamijeniti *semantička lutrija*?⁶⁶

Na navedeno pitanje moguća su dva odgovora. Ponajprije, iskustvo pokazuje da su postkomunistička društva koja su se uspješno integrirala u Europsku Uniju u procesu približavanja Europskoj Uniji dobrovoljno prihvatila metodu komunikacije koju Paul Feyerabend naziva *vođenom razmjenom – guided exchange* (1978.: 29). U takvoj interakciji neki ili svi sudionici priznaju određenu tradiciju i prihvaćaju samo ono što odgovara njezinim standardima. Problem nastaje u situaciji kad jedna strana, eksplicitno ili implicitno, odbija prihvatiti standarde druge pravne tradicije i ustraje na *slobodnoj razmjeni (free exchange)*, odnosno na takvoj komunikaciji u kojoj se zbog međusobnog prihvaćanja partnera njihov način razmišljanja prožima. Također mi se čini važnim primijetiti da već i zbog karakteristike Europskoga prava da se ne primjenjuje na “čisto unutrašnje situacije” u državama članicama, potpuna vođena razmjena nije moguća, te da će se jedan dio interakcije između Unije i njezinih država članica uvijek odvijati u uvjetima slobodne razmjene.

Semantička harmonizacija u uvjetima slobodne razmjene vjerojatno ovisi o tome, da parafraziram Rortyjeve riječi, ima li europska ustavna zbilja intrinzičnu narav, koju moramo pokušati otkriti, ili su sve moguće deskripcije realnosti podjednako relativne i izvanjske? Ako se ovo drugo pokaže ispravnim, kao što pretpostavljam da jest, posve je moguće, čak i vjerojatno, da će značenje prava koje su razvili pravnici postkomunističkih država pridonijeti, barem donekle, oblikovanju razumijevanja ustava Europe. Usudio bih se predložiti da, kako bismo umanjili učinak značenja razvijenog kroz autoritarni diskurs, pokušamo postići široki sporazum o ciljevima koji bi, kako je sugerirao Rosenfeld, mogao učiniti nepotrebnom potrebu da ispitujemo ili opravdavamo zastarjele pravne koncepte, te bismo se mogli posvetiti stvaranju praktičnih pravnih rješenja. U tome smislu programatska odredba koja poziva na stvaranje “sve bliskije Unije”, mogla bi se shvatiti instrumentalno, kao interpretativno pravilo koje u praksi znači mnogo više od političke deklaracije ili neostvarene želje.

⁶⁶ Taj je izraz prvi upotrijebio Lord Nicholls u predmetu *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, *The Times*, 24 June 2004. “... a meaning which departs from the unambiguous meaning the legislation would otherwise bear ... would make ... something of a semantic lottery”.

Literatura

- Ajani, Gianmaira, 1995.: By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe, *American Journal of Comparative Law* (43) 93
- Alexy, Robert, 1989.: *A Theory of Legal Argumentation*, R. Adler i N. MacCormick (prijevod), Clarendon Press, Oxford
- Andrescu, Gabriel, 2003: *Right-Wing Extremism in Romania*, Cluj
- Austin, John, 1832.: *The Province of Jurisprudence Determined*, 1st edition, Cambridge
- Baxter, Hugh, 2002: Habermas's Discourse Theory of Law and Democracy, *Buffalo Law Review* (50) 205
- Borković, Ivo, 1997.: *Upravno pravo*, (8. izdanje) Informator, Zagreb
- Čapeta, Tamara, 2004.: *Preparing New European Judges: The case of Croatia*, referat na konferenciji University Association of Contemporary European Studies, Birmingham.
- Caruso, Daniela, 1997.: The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration, *European Law Journal* (3) 3
- Crnić, Ivica, 2002.: Naknada nematerijalne štete – neka pitanja, *Godišnjak 17. savjetovanja Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Opatija 6. – 8. 11. 2002.
- David, Peter, 1978.: *Major Legal Systems in the World Today*, Free Press, Macmillan Publishing Co., Inc., New York
- Dewey, John, 1925.: Logical Method and Law, *Cornell Law Quarterly* (10) 22
- Dworkin, Ronald, 1975.: Hard Cases, *Harvard Law Review* (88) 6: 1057
- Ehrlich, Eugen, 1923.: The Sociology of Law, *Harvard Law Review* (36) 129
- Emmert, Frank, 2002.: The Independence of Judges – A Concept Often Misunderstood in Central and Eastern Europe, *European Journal of Legal Reform* (3) 4: 405
- Feyerabend, Paul, 1978.: *Science in a Free Society*, NLB, London.
- Feyerabend, Paul, 1979.: *Erkenntnis für freie Menschen*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag
- Grey, Thomas 1989.: Holmes and Legal Pragmatism, *Stanford Law Review* (41) 787
- Habermas, Jürgen, 1996.: *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Polity Press, Cambridge
- Habermas, Jürgen, 2003.: On Law and Disagreement. Some comments on "Interpretative Pluralism", *Ratio Juris* (16) 2
- Hesselink, Martijn W., 2001.: *The New European Legal Culture*, Nijhoff, Amsterdam
- Holmes, Oliver Wendell, 1897.: The Path of Law, *Harvard Law Review* (10) 457
- Holmes, Oliver Wendell, 1898.: Theory of Interpretation, *Harvard Law Review* (12) 417, 420
- Horvatić, Željko, 2004.: *Problem odnosa u zakonu propisane i sudskim presudama primijenjene kaznenopravne represije prema počiniteljima kaznenih djela (Za-*

- konska i sudska kaznena politika*), Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Vol. 11, Br. 2, str. 381
- Jhering, Rudolph von, 1904.: *Der Zweck im Recht*, Vierte Auflage, Leipzig
- Kirchhof, Paul, 2004.: *Recht wirkt durch Sprache*, Festschrift für Erik Jayme, Band 2, Selier, München
- Korta, K., Sosa, E. i Arrozola, J. (ur.), 1999.: Contextualism and the Meaning-Intention Problem, u: *Cognition, Agency and Rationality*, Kluwer, Amsterdam
- Kühn, Zdenek, 2003.: Application of European law in Central European candidate countries, *European Law Review* (28) 4: 551
- Motterlini, Matteo (ur.) 1999.: *For and Against Method: Lakatos, Imre; and Feysabend, Paul.*, University of Chicago Press, Chicago
- Nicolaidis, Kalypso / Howse, Robert (ur.), 2001.: *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the US and the EU*, Oxford University Press, Oxford
- Ott, Andrea / Inglis, Kirstyn (ur.), 2002.: *Handbook in European Enlargement*, T.M. C. Asser press, The Hague.
- Perić, Berislav, 1968.: *Struktura prava*, 9. izdanje, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb
- Rorty, Richard, 1982.: *Consequences of Pragmatism*, University of Minnesota Press, Minneapolis
- Rorty, Richard, 1990.: The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice, *South California Law Review* (63) 1811
- Rosenfeld, Michel, 1997.: Pragmatism, Pluralism and Legal Interpretation: Posner's and Rorty's Justice without Methaphysics Meets Hate Speech, *Cardozo Law Review* (18)
- Sadurski, Wojciech, 2004.: Accession's Democracy Dividend: The Impact of the EU Enlargement upon Democracy in New Member States of Central and Eastern Europe, *European Law Journal* (10) 4: 371
- Santos, Bonaventura de Sousa, 1987.: Law: A Map of Misreading. Toward a Post-modern Conception of Law, *Jurisprudence, Law & Society* (14) 279,293
- Teubner, Günther, 1992.: The two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism, *Cardozo Law Review* (13) 1443
- Teubner, Günther, 1995-1996.: *De Collisione Discursum: Communicative Rationalities in Law, Morality and Politics*, *Cardozo Law Review* (17) 901
- Weiler, J. H. H., 2000.: *Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, Harvard Jean Monnet Working Paper No. 10
- Young, Iris Marion, 1990.: *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton

Siniša Rodin

*DISCOURSE AND AUTORITARIANISM IN EUROPEAN
AND POST-COMMUNIST LEGAL CULTURE*

Summary

Based on Paul Feyerabend's distinction between guided and free exchange, the author argues that the accession of the post-communist states to the European Union took the form of the former kind, i.e. the form of communication where all participants in the process voluntarily embrace the meaning of law developed through inter-institutional discourse within the European Union. However, due to the nature of European law which does not apply to the purely internal situations in the Member States, a completely guided exchange between the EU and candidate countries is not possible. The author holds that the unity of, and loyalty towards, the European constitutional framework in an enlarged European Union is best served by the discursive construction of the meaning of constitutional choices, principles and rules.

Key words: legal discourse, interpretation, European Union, legal culture, post-communism



Mailing address: Pravni fakultet, Ćirilometodska ulica 4,
HR 10 000 Zagreb. *E-mail:* srodin@inet.hr