

## NERACIONALNOST U SUDSKIM ODLUKAMA\*

**Sažetak:** Ovdje se bavimo racionalnošću u pravu, posebno u sudskim odlukama. Odluka je racionalna ako je obrazložena, ona je obrazložena ako su argumenti (razlozi) na kojima se temelji navedeni. Razlikujemo dvije vrste pravnih argumenata: obvezni argumenti, tj. pravna pravila i dopunski argumenti, kao npr. argument *a contrario*, a. *a fortiori*, a. *a simili ad simille*, itd. Međutim, što ako sudac u svojoj odluci nije naveo pravna pravila na kojima temelji odluku? Empirijska osnova ovog rada jest naše istraživanje odluka hrvatskih sudova, koje pokazuje da veliki broj hrvatskih sudova – svih stupnjeva, ne navodi pravna pravila na kojima temelji odluke. Štoviše, viši sudovi ne navode pravna pravila niti sankcioniraju nenavođenje pravnih odredaba od strane nižih sudova. Možemo li ovakve odluke smatrati racionalnim?

**Ključne riječi:** racionalnost, sudska odluka, pravne odredbe, logička valjanost odluke

### UVOD

Danas postoji čvrsto vjerovanje u racionalnost: biti racionalan jedna je od najvažnijih vrlina, odnosno razmišljanje i ponašanje na racionalan način gotovo je etička vrijednost.<sup>1</sup> "Racionalno" bi pak bilo nešto što je "u suglasnosti s razumom".<sup>2</sup> Ali što to znači biti u suglasnosti s razumom? Racionalna odluka nije ona koja je samo razumna, nego također i ona koja je optimalna za postizanje ciljeva ili rješavanje problema.<sup>3</sup> U poimanju racionalnosti možemo zapaziti dvije suprotne tendencije: s jedne strane, traganjem za nekim najopćenitijim principima racionalnosti dovelo je do toga da je teorija racionalnosti prerasla u samostalnu znanost, s druge strane, pojam racionalnosti koristi se u brojnim posebnim granama.<sup>4</sup> Tako se o racionalnosti raspravlja u ekonomiji, sociologiji, psihologiji, političkim znanostima, pravu, a nema samo jedno značenje u svakoj od tih oblasti, nego zapravo postoje razne vrste racionalnosti, koje bi bile u većoj ili manjoj mjeri primjerene pojedinoj oblasti.

Cilj ovog rada jest ukazati na jedan aspekt neracionalnosti u pravu koja po nama postoji kada suci u svojim odlukama ne navedu materijalno-pravne odredbe na kojima temelje svoje odluke. Smatramo da se ovdje radi o neracionalnosti, jer *ako nisu navedeni razlozi (argumenti) na kojima se*

\* Ovo je djelomično izmijenjeni tekst izlaganja s međunarodnog znanstvenog skupa "International Conference on Legal Theory and Legal Argumentation", održanog u Novoj Gorici, 11. - 12. studenoga 2011. god. pod naslovom *Rationality in Judicial Decisions*.

1 Malec, A, *The Is-ought Problem and Legal Rationality*, *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, 11 (24) 2007., str. 7.

2 Loc. cit.

3 <http://en.wikipedia.org/wiki/Rationality>

4 Spohn; W, *The Many Facets of the Theory of Rationality*, dostupno na: [http://www.uni-Konstanz.de/philosophie/Spohn/spohn\\_files/wspohn45.pdf](http://www.uni-Konstanz.de/philosophie/Spohn/spohn_files/wspohn45.pdf); datum zadnje posjete: 23. rujna 2011.

odluke temelji, ona nije obrazložena, a time niti racionalna. Pri tome polazimo od toga da su pravne odredbe (norme) obvezni argumenti. Pored njih postoje i neobvezni ili dopunski argumenti, primjerice argument *a contrario*, *a. a simili ad simile*, *a. a fortiori*, itd., kojima se tumače pravne odredbe (norme). Tumačenje pravnih odredaba (normi) koje nisu navedene zaista bi bilo apsurdno. Inače, empirijska osnova našeg rada jest nalaz da hrvatski sudovi u velikom broju svojih odluka ne navode pravne odredbe na kojima temelje svoje odluke.<sup>5</sup>

Kako je neracionalnost u pravu jedan aspekt neracionalnosti uopće, to ovdje dajemo kratak pregled oblika opće neracionalnosti. Tako npr. razlikujemo *logično-operativnu* i *filozofsku racionalnost*. Prva vidi u razumu isključivo sposobnost logično-analitičkog djelovanja; druga pripisuje razumu sposobnost samostalnog spoznavanja biti (*Sein*), ili spoznavanje onoga, što je praktično pravilno.<sup>6</sup> Nadalje imamo *spoznajnu (kognitivnu, deskriptivnu)* i *normativnu (preskriptivnu) racionalnost*. Spoznajna racionalnost proizlazi iz pitanja o učinku (djelovanju) i ograničava se na racionalno spoznavanje tih učinaka; normativna (preskriptivna) racionalnost usmjerena je na traženje kriterija za oblikovanje obveznih, što boljih općeprihvatljivih društvenih normi.<sup>7</sup> *Istrumentalna racionalnost* znači da određeno racionalno djelovanje vodi k određenom cilju. Subjekt koji djeluje racionalno zaslužuje takvim djelovanjem onaj cilj kojeg bi ga s takvim ponašanjem vjerojatno postigao.<sup>8</sup> Razlikujemo *refleksivnu* i *kolektivnu racionalnost*. Refleksivna racionalnost je instrumentalna racionalnost koja se temelji na određenim psihološkim postavkama pojedinca, pri čemu je cilj individualno racionalan; kolektivna racionalnost usmjerena je na opće dobro i ne zadovoljava se samo s idealizacijom pojedinčeva vlastitog interesa.<sup>9</sup> *Monološka racionalnost* znači da racionalni subjekt razmišlja odnosno djeluje izolirano, što znači, da posve samostalno određuje sredstva koja mu se čine najučinkovitija za doseg određenog cilja; *dijaloška racionalnost* se pak odnosi na razumsko djelovanje u međuljudskim odnosima i kao takvo najbolje bi odgovarala prije svega demokratskom mišljenju.<sup>10</sup> Nadalje, razlikuju se *strateška* i *kontekstualna racionalnost*. Strateška racionalnost temelji se na problematiziranju odnosa između sredstva i cilja; kontekstualna racionalnost odnosi se na suglasnost s normama.<sup>11</sup> Važna podjela je i na *komunikativnu* i *argumentativnu racionalnost*. Tvrdi se da argumentativna racionalnost proizlazi iz općeg opisa nekih temeljnih značajki komunikativne racionalnosti, a znači svojstvo stavova da se temelje na argumentima iznijetim u ravnopravnoj i slobodnoj raspravi, u kojoj su oni izloženi kritici, prema nekim proceduralnim pravilima. Racionalno je, dakle, ono što je *valjano* obrazloženo.<sup>12</sup> *Moralna* pak *racionalnost* proizlazi iz temeljnog instrumentalnoga modela te daje odgovor na pitanje zašto se pojedinac uopće treba ponašati moralno; ona želi na racionalan način uspostaviti razliku između dobra i zla.<sup>13</sup>

5 Vidi infra, pogl. 3.

6 Cerar, M, *(I)racionalnost modernega prava*, BONEX ZALOŽBA, Ljubljana, 2001., str. 114 i 115.

7 Cerar, M, op. cit. (bilj. 6), str. 115

8 Loc. cit. Inače, racionalnost, koja se često naziva i instrumentalnom racionalnošću veže se uz modernu državu i birokraciju. U tom smislu se instrumentalno racionalnim označava ono djelovanje koje se izabire ona sredstva kojima bi se zadati ciljevi postigli s najmanje utroška energije vremena, pri čemu ciljevi nisu upitni za onoga koji ih izvršava. Takva racionalnost, koja se odnosi samo na sredstva, karakteristična je za birokratsko djelovanje u modernim društvima gdje gospodarske ciljeve postavljaju privrednici, a političke ciljeve postavljaju političari (Visković, N, *Teorija države i prava*, Birotehnika CDO, Zagreb, 2006., str. 83).

9 Cerar, M, op. cit. (bilj. 6), str. 116.

10 Ibid., str. 117.

11 Ibid., str. 119.

12 Tako: Visković, N, *Teorija...*, op. cit. (bilj. 8), str. 84.

13 Cerar, M, op. cit. (bilj. 6), str. 121.

Neki pak smatraju, kako iznosi Malec, da "biti racionalan" ima dva nezavisna značenja: osobina mišljenja (*rational beliefs*) i osobina ponašanja (*rational behaviours*), te da ta dva značenja obuhvaćaju sva ostala značenja "biti racionalan".<sup>14</sup> Kada se govori o racionalnosti mišljena, misli se da se racionalnost uglavnom sastoji u tome da se očuvaju tri principa: prvo, jezik kojeg koristimo trebao bi biti što je moguće više jasan; drugo, logička pravila moraju biti očuvana u svim razmatranjima; treće, biti svjestan da se znanost stalno razvija, pa npr. stare teorije zamjenjivati novim.<sup>15</sup> Kada se pak misli na racionalno ponašanje često se povezuje s praksikologijom – teorijom koja se bavi efikasnošću aktivnosti svake vrste. Radnja se smatra djelotvornom ako je efikasna (uspješna je) i ekonomična (ciljevi su postignuti uz razumne troškove).<sup>16</sup>

## RACIONALNOST U PRAVU

Ideja racionalnosti jedna je od najvažnijih ideja koja je povezana s pravom.<sup>17</sup> Pravnici govore o racionalnosti kada istražuju teorijska pitanja, kao i kad rješavaju praktične probleme. O racionalnosti u pravničkoj, posebno sudačkoj djelatnosti najčešće se govori vezano uz interpretaciju.<sup>18</sup> Tako npr. isti tekst različiti sudovi interpretiraju na potpuno drugačije načine. Pri tome je svaki sudac uvjeren u vlastitu racionalnost. Mogu li oni svi biti racionalni ako daju različite interpretacije istog teksta? Smatra se da je ovo moguće jer da ne postoji općusvojeni kriteriji racionalnosti pravne interpretacije.<sup>19</sup> U pravu se osim o racionalnosti suca, može govoriti i o racionalnosti normotvorca. O normotvorčevoj racionalnosti može se govoriti s barem dva aspekta. Prvo, on je svjestan jezika koji upotrebljava: zna točno značenje svake riječi, razumije gramatiku, itd. Time što odlično poznaje jezik, on je sposoban komunicirati o svojim idejama jasno i potpuno u suglasnosti s njegovom voljom. To je tzv. "semiotička racionalnost".<sup>20</sup> Drugo, on je svjestan što je pravedno. On zna željene ciljeve koje bi trebalo postići čovječanstvo, pa npr. zna vrijednost svakog događaja ili situacije i sposoban je usporediti ove vrijednosti. To je tzv. "aksiološka racionalnost".<sup>21</sup> Kao što postoje semiotička i aksiološka racionalnost, smatra se da postoje dva modela interpretacije, koji polaze od jedne ili druge racionalnosti. Prvi model temelji se na ideji da je pravila koja je propisao normotvorac nekako "sakrio" u pravnim tekstovima, a mogla bi (trebala) biti izvedena iz pravnih tekstova semiotičkim procedurama ili barem – procedu-

14 Malec, A, op. cit. (bilj. 1), str. 7.

15 Ibid., str. 11.

16 Malec, A, op. cit. (bilj. 1), str. 8. Dakle, nastojimo odrediti što je racionalno u našim vjerovanjima, tvrdnjama, mišljenjima, željama, interesima, ciljevima, namjerama, itd. (tako Spohn, W, op. cit. (bilj. 4).

17 Racionalnost je posebno problematiziran u ustavnom pravu. U tom smislu inspirativni članci su npr.: Linde, Hans, A, *Due Process of Lawmaking*, 55 Nebraska Law Review, 2(1975-1976), str. 197-255.; Bice, Scott, H., *Rationality Analysis in Constitutional Law* 65 Minnesota Law Review, 1(1980-1981), str. 1-62; R. Delgado, R, *Active Rationality in Judicial Review*, 64 Minesota Law Review, 3(1979-1980), str. 467-521.

18 Naravno, interpretacija je vrlo bliska argumentaciji. Naime, argumenti su sredstva koja koristi interpretacija. Kako Novak navodi" jedno od središnjih pitanja teorije argumentacije jest kada se pravno obrazloženo smatra racionalnim." (Novak, M, *Pravna argumentacija v praksi*, Planet GV, Ljubljana, 2010, str. 12). I predstavnici standardne teorije argumentacije svoga vremena – Alexy, Aarnio, Peczenik – daju teorijski model za pravnu argumentaciju koji bi trebao omogućiti da se izvrši racionalna rekonstrukcija pravne argumentacije (Aarnio, A./R. Alexy/A. Peczenik, *The Foundation of Legal Reasoning*, 12 Rechtstheorie (1981)2, 133-158; 3, 257-279; 4, 423-448.). O racionalnosti u argumentaciji vidi i: Kauffeld, J. Fred: Two views of the Necessity to Manifest Rationality in Argumentation, : [http://jakemachine.com/OSSA/pdf/450\\_Kauffeld.pdf](http://jakemachine.com/OSSA/pdf/450_Kauffeld.pdf), datum zadnjeg posjeta: 10. veljače, 2012.

19 Malec, A, op. cit. (bilj. 1), str. 9.

20 Ibid., str. 10.

21 Loc. cit.

rama koje preferiraju semiotičke mjere.<sup>22</sup> Drugi model temelji se na ideji da bi pravila izvedena iz pravnih tekstova trebala biti pravedna. Stoga, ako pravni tekst podrazumijeva nešto nepravedno, pretpostavlja se da ćemo napustiti doslovno značenje teksta i interpretirati ga na taj način da pravila izvedena iz teksta budu pravedna.<sup>23</sup> Znači pravnici imaju dva različita modela interpretacije: ako brane stajalište da je ono što tumače u skladu s "jezikom zakona", koriste model koji se temelji na semiotičkoj racionalnosti, ako tvrde da je ono što se tumači u sukobu s "jezikom zakona", koriste model koji se temelji na aksiološkoj racionalnosti.<sup>24</sup> Mogu li biti jednako racionalni upotrebljavajući suprotne modele?

Naprijed navedeni oblici opće racionalnosti primjenjivi su i u pravu. Tu u prvom redu mislimo na dijalošku, komunikativnu argumentativnu racionalnost, koje naročito dolaze do izražaja u pravnim sporovima, a mogu se promatrati kroz načela postupaka – načelo kontradiktornosti, *audiatur et altera pars*, i sl., koja u raspravi omogućuju iznošenje razloga za i protiv tvrdnji protivnih stranaka.<sup>25</sup> Pravu su pak svojstveni još neki oblici racionalnosti. *Pravna racionalnost u užem smislu* predstavlja posebnu vrstu pravno-instrumentalne racionalnosti, koja postavlja zahtjev, da pravno odlučivanje i obrazloženje pravnih odluka mora odgovarati određenom interpretativnom standardu i mora se temeljiti na određenim pravnim izvorima. Može se nazvati i *pravno-pozitivističkom racionalnošću*, i odgovara tradicionalnoj (dogmatičnoj) paradigmi pravnog mišljenja (zaključivanja). Taj oblik racionalnosti određuje kriterije za razlikovanje pravnog zaključivanja od drugih vrsta zaključivanja, npr. moralnog ili sociološkog.<sup>26</sup> *Teleološka (ciljna) racionalnost* proizlazi iz različitih standarda, koje zasniva pravno-pozitivistička racionalnost. Njena specifična osobina je da teži k racionalnom opredjeljivanju s obzirom na cilj. Zbog svoje zavisnosti od pozitivnopravnog okvira ciljna racionalnost ima više manevarskog prostora u primjeru pojmovno rastezljivih pravnih pravila ili pravnih načela, nego kod striktnih i jasno formuliranih pravnih pravila i načela.<sup>27</sup> Pod *institucionalnom* racionalnošću misli se na racionalnost koja utemeljuje unutarnji smisao pravnog sustava kao takvog. Ona je društveni preduvjet cijelog pravnog mišljenja odnosno zaključivanja, stoga predstavlja temelj pravne dogmatike. Ona polazi od toga da svaki pravni poredak ima svoje generalne principe, sistematske odnose između normi itd., i tako ima interni smisao.<sup>28</sup> Iz institucionalne racionalnosti slijedi neminovna potreba za *sustavno-teoretskom racionalnošću* koja pojašnjava funkcije i funkcioniranje pravnog poretka i predstavlja jedan od važnih izvora podataka o pravnom sustavu.<sup>29</sup>

Za krajnji ishod pravnog obrazlaganja karakteristični su i neki daljnji oblici prave racionalnosti, prije svega logična, a zatim i potporna i diskurzivna, te materijalna i formalna racionalnost.

*Logička racionalnost* kaže da je zaključak valjan ako logično izlazi iz određenih premisa, koje su logično konzistentne i lingvistički pravilne. Ona postavlja minimalan logički zahtjev za pravilnošću pravnog zaključivanja.<sup>30</sup> Ova vrsta racionalnosti spada u područje formalne logike, po-

22 Loc. cit.

23 Loc. cit.

24 Malec, A, op. cit. (bilj. 1), str. 11.

25 O značenju komunikativne racionalnosti govori i to što se pravo sve više promatra kao komunikacijska djelatnost. Vidi npr. Van Hoecke, M, *Law as Communication*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2002; Visković, N., *Jezik prava*, Naprijed, Zagreb, 1989.

26 Aarnio A, *The Rational as Reasonable, A Treatise on Legal Justification*, D. Riedel Publishing Company, Dordrecht, 1987, str. 188; Cerar, M, op. cit. (bilj. 6), str. 123 i 124.

27 Aarnio, A, loc. cit.; Cerar, M, loc. cit..

28 Aarnio, A, op. cit. (bilj. 6), str. 189; Cerar, M, loc. cit.

29 Aarnio, A, loc. cit.; Cerar, M, loc. cit.

30 "Logička nužnost je važan uvjet racionalnosti." - Novak, M, op. cit. (bilj. 18), str. 39.

što se istinitost zaključivanja temelji samo na formalnim postavkama (premisama).<sup>31</sup> Bliska logičkoj racionalnosti je *potporna racionalnost*. Ona je nadgradnja logične racionalnosti u značenju da je zaključak valjan, ako je logično izveden iz optimalno koherentnoga sklopa premisa. Potporna racionalnost toliko je intenzivnija, koliko je veća navedena koherentnost.<sup>32</sup> Ovim oblicima racionalne prihvatljivosti pripada i *diskurzivna racionalnost*, koja pak znači da je zaključak valjan, ako ga nije moguće pobijati u perfektnom diskursu. Ona se bavi postupkom kojim su premise opravdane (obrazložene). Diskurzivna racionalnost u pravilu je povezana s eksternim obrazloženjem premisa. Razlikuje se od logične racionalnosti, koja je, po svojoj naravi interna.<sup>33</sup> Dva gore navedena oblika racionalnosti (tj. logičku i diskurzivnu) Aarnio naziva *L-rationality* i *D-rationality*. Prvu pak smatra racionalnošću u užem smislu (*sensu stricto*), a *L-rationality* i *D-rationality* zajedno naziva racionalnošću u širem smislu (*sensu largo*).<sup>34</sup>

Vežano uz logičku racionalnost još uvijek prevladava gledište da je silogizam pokazatelj logičke ispravnosti presude.<sup>35</sup> To se odnosi i na tzv. "lake slučajeve" (*clear cases*) i tzv. "teške slučajeve" (*hard cases*) – kako se slučajevi dijele s obzirom na svoju složenost.<sup>36</sup> "Lake" slučajeve možemo oodrediti kao one u kojima je pravna norma posve ili uglavnom jasna, pa je pod nju moguće podvesti činjenice slučaja bez ili s jednostavnijom interpretacijom, dok bi "teški slučajevi" bili oni u kojima pravna norma nije jasna, pa je zato potrebna složenija interpretacija. Po našem mišljenju granicu između ove dvije vrste slučajeve nekad je teško odrediti, jer slučaj koji izgleda jasan, pokaže se (najčešće u argumentaciji višeg suda) kao težak i obrnuto – slučaj kojeg smo držali "teškim" može postati "lagan".<sup>37</sup> Svako zaključivanje – bilo u slučaju jasnih ili teških slučajeva može se prikazati u uvriježenoj formi silogizma (tzv. jednostavno podvođenje).<sup>38</sup> Ako je slučaj složeniji, da bi se očuvala forma silogizma, gornju premisu koja sadrži zakonski tekst treba interpretirati i formulirati kao složeni sud. Ako pak slučaj ne želimo prikazati u formi silogizma, možemo zaključivanje prikazati i tako što ćemo uvesti dodatnu (ili dodatne) premisu (tzv. složeno /sofisticirano/ opravdanje).<sup>39</sup> Pokazat ćemo ova dva načina zaključivanja na jednom primjeru iz sudske prakse.<sup>40</sup> Iz činjeničnog stanja proizlazi da je tužiteljica jedan od nasljednika iza smrti pokojnog profesora. Spornim su se pokazala dva pitanja na koja zakonski propis ne daje (jasan) odgovor: 1. Ima li tužiteljica sama, ili pak svi nasljednici zajedno, imaju aktivnu legitimaciju za podnošenje

31 Cerar, M, op. cit. (bilj. 6), str. 125.

32 Loc. cit.

33 Loc. cit.

34 Aarnio, A, op. cit. (bilj. 26), str. 189 i 190.

35 Ovakvo (tradicionalno) gledište o svodenju sudske odluke na silogizam osobito je zastupljeno u procesnoj teoriji, npr. kod nas: Krapac, D., *Kazneno procesno pravo. Prva knjiga: Institucije*, III. izm. i dop. izd., Informator, Zagreb, 2007., str. 239; Triva, S./M. Dika, *Gradansko parnično procesno pravo*, VII. dop. i izm. izd., Narodne novine, d.d., Zagreb, 2004., str. 580, 581. A. Uzelac pak učenje o pravnom silogizmu smatra "zastarjelim i preživjelim". Uzelac, A., *Istina u sudskom postupku* (magistarski rad), Zagreb, 1992., str. 22.

36 Podjela na "lake slučajeve" i "teške slučajeve" vezuje se uz ime H. L. A. Harta, koji je za prve koristio termin *plain cases*, a za druge *penumbral cases*, a najoštriji kritičar Hartove podjele slučajeva – Ronald Dworkin osobito se bavio "teškim slučajevima", nazivajući ih *hard cases*. O Hartovim i Dworkinovim stajalištima, kao i drugim teoretičarima koji su se bavili i bave spomenutim slučajevima, vidi: Harašić, Ž. *Problem razgraničenja "lakih slučajeva" (easy cases) i "teških slučajeva" (hard cases)*, 56 Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu (2006.), 1, osobito str. 85-92.

37 Ibid., str. 93 i d.

38 Prema stajalištu nekih autora, svi načini opravdavanja sudske odluke mogu se svesti na tri modela: model jednostavnog podvođenja, složeno ili sofisticirano podvođenje, te diskurzivno alternativno podvođenje. V. Summers/R./M. Taruffo, *Interpretation and Comparative Analysis*, u: Neil D. McCormick/R. S. Summers (ur.), *Interpreting Statutes*, Aldershot (etc.), 1991, str. 492.

39 Loc. cit.

40 Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Pž 1977/96, 24. rujna 1988, u: *Vladavina prava*, 2000, 2, str. 248.

tužbe na utvrđenje da je pokojni profesor glavni urednik zbirke grupe autora, te 2. Ima li se pravo na tužbu u trenutku smrti (kada se otvara nasljedstvo) ili tek nakon pravomoćnosti rješenja o nasljeđivanju. U odgovoru na ova pitanja sud se poziva na odredbu čl. 135. Zakona o nasljeđivanju (dalje: ZN), koja glasi: "Ostavina umrle osobe prelazi po sili zakona na njezine nasljednike u času njezine smrti,"<sup>41</sup> te argumentira ovako: "Ako bi tražili aktivnu legitimaciju svih nasljednika, a pogotovu davati to pravo jednome ili svima nakon donošenja rješenja o nasljeđivanju, došlo bi u apsurdnu situaciju prema kojoj bi, primjera radi, problematične osobe mogle useljavati u stanove i kuće pokojnika i nesmetano ih koristiti, sve dok se rješenjem o nasljeđivanju ne bi utvrdili tko su nasljednici i u kojem dijelu. Ako jedan od suvlasnika može štiti cijelu imovinu, zašto to ne bi mogao i jedan od nasljednika, na kojega kao i na ostale nasljednike u času smrti prelazi ostavina po sili zakona (čl. 135. ZN-a)."

Prikazat ćemo argumentaciju u svezi s prvim pitanjem - ima li tužiteljica sama pravo na tužbu na utvrđenje - i to po modelu složenog (sophisticiranog) opravdanja (dakle, ne u formi silogizma):

*Premisa 1:* Ostavina umrle osobe prelazi po sili zakona na njezine nasljednike u času njene smrti (čl. 135. ZN-a).

*Premisa 2:* Tužiteljica je jedan od nasljednika ostavitelja.

*Premisa 3:* Položaj nasljednika sličan je položaju suvlasnika.

*Premisa 4:* Ako jedan od suvlasnika može štiti cijelu imovinu, to može i jedan od nasljednika.

*Zaključak:* Tužiteljica može sama štiti cijelu imovinu.

(Ili: Tužiteljica ima sama aktivnu legitimaciju za podnošenje tužbe.)

Kao što vidimo, zaključak da tužiteljica ima sama pravo na podnošenje tužbe ne slijedi deduktivno iz sadržaja premise 1 i 2, jer ZN ne kaže izričito ima li jedan nasljednik sam pravo na podnošenje tužbe za zaštitu nasljedstva, te smo stoga, kako zahtijeva model složenog opravdanja, uveli dodatne premise 3 i 4. Da nisu uvedene dodatne premise 3 i 4 zaključak bi bio tzv. "skok" (*jump*), te bi prikazivanje zaključivanja bilo neispravno.<sup>42</sup>

Argumentacija suda prikazana po modelu pravnog silogizma s interpretiranom višom premisom, izgledala bi ovako:

*Premisa 1:* Ostavina umrle osobe prelazi po sili zakona na njezine nasljednike u času njene smrti, a položaj nasljednika sličan je položaju suvlasnika, a ako jedan od suvlasnika može štiti cijelu imovinu, to može i jedan od nasljednika.

*Premisa 2:* Tužiteljica je jedan od nasljednika ostavitelja.

*Zaključak:* Tužiteljica može sama štiti cijelu imovinu.

(Ili: Tužiteljica ima sama aktivnu legitimaciju za podnošenje tužbe.)

Sud se, po našem mišljenju, u oba načina zaključivanja u svojoj argumentaciji za davanje aktivne legitimacije tužiteljici poslužio analogijom - polazeći pri tom od sličnosti odnosa suvlasnika i nasljednika u zaštiti imovine, s time da smo prvi način zaključivanja prikazali u formi silogizma, a drugi nismo.<sup>43</sup>

U svezi s analogijom i silogizmom kao metodološkim postupcima koji se primjenjuju u pravu, a naročito prilikom donošenja sudskih odluka, možemo razlikovati između *materijalne* i *formalne racionalnosti*, pri čemu prva znači pravno zaključivanje po analogiji, druga pravno zaključivanje

41 Zakon o nasljeđivanju, *Narodne novine* 52/71, 47/78.

42 Peczenik, A, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht (etc), 1989., str. 115 i Harašić, Ž, *Problem razgraničenja...*, op. cit. (bilj. 36), str. 99.

43 Inače, držimo da je ovdje primijenjen pravni princip, čija upotreba, po Dworkinu ukazuje da se radi o *hard case*, i to princip zaštite naslijedene imovine, kojeg bismo mogli formulirati: "Ako jedan od suvlasnika može štiti cijelu imovinu, zašto to ne bi mogao i jedan od nasljednika." (Harašić, Ž, *Problem razgraničenja...*, op. cit. (bilj. 36), str. 104)

na silogističan način. Moguće je stajalište da su analogija i silogizam izvanredno blizu, odnosno da među njima nema suštinske razlike, kao što pokazuju naši primjeri, jer čovjek u stvarnosti nikada ne "silogizira" nego uvijek samo logično zaključuje na podlozi analogije.<sup>44</sup>

Spomenimo da Max Weber razlikuje četiri tipa materijalne racionalnosti. Prvi, koji zove *ciljna racionalnost* ("Zweckrationalität") je racionalnost koja se odnosi na naša očekivanja s obzirom na ponašanja drugih ljudskih bića ili objekata u okolini. Pod drugim tipom, koji Weber zove *vrijednosna racionalnost* ("Wertrationalität"), podrazumijeva racionalnost na osnovi svjesne vjere u etičku, estetsku ili religioznu, ili kakvu drugu vrijednost određenog ponašanja bez obzira vodi li uspjehu. Treći tip je *afektivna racionalnost* - emocijama potaknuto i usmjereno ponašanje i ona je na granici onoga što smatramo smisljeno orijentiranim. Četvrti tip je *tradicionalna racionalnost*, koja kaže da je najveći dio svakodnevnog ponašanja određen navikom ukorijenjenog ponašanja.<sup>45</sup>

Na pravnu racionalnost može se primijeniti teorija "ograničene racionalnosti" (*bounded rationality*) koju je sedamdesetih godina prošlog stoljeća izložio Amerikanac Herbert A. Simon.<sup>46</sup> Njegov stav je da su spoznajni resursi ljudi (kao i resursi inače) ograničeni i s obzirom na to moraju biti racionalni. Svjesno ili nesvjesno svi moramo izvršiti teške izbore o tome kako rasporediti našu intelektualnu sposobnost.<sup>47</sup> Istraživanje o tome kako se ograničena racionalnost očituje u djelovanju suca i time samog prava nalazimo već ranije kod američkih realista. Tako je u "The Path of the Law" Holmes pričao o "vrlo eminentnom sucu" koji nikad nije pustio odluku prije nego što je bio potpuno siguran da je u pravu.<sup>48</sup> Nesumnjivo je da danas nešto takvo nije moguće.

Navedimo još nekoliko stajališta o sudačkoj racionalnosti koje nalazimo u modernoj literaturi. Dagan, koji polazi od toga da racionalnost znači maksimalizaciju osobnih interesa subjekta, u raspravu o racionalnosti uvodi i pojam benevolentnosti, pod kojim podrazumijeva ponašanje koje vodi ostvarenju nečijeg interesa uzimanjem u obzir interesa drugih pojedinaca ili zajednice u cjelini.<sup>49</sup> Ako se racionalnost shvati i primijeni na suce u navedenom smislu, onda su suci po Daganovom mišljenju suočeni s paradoksom, jer se od njih očekuje da nadvladaju njihove osobne i grupne interese u korist zajednice. To pak dovodi u sumnju može li ovaj ideal biti postignut. Tako bi po ovom shvaćanju suci bili benevolentni sluge javnom dobru.<sup>50</sup>

Isto tako Holmes u "The Path of the Law" govori o "lošem čovjeku" (*bad man*) koji, za razliku od "dobrog" čovjeka (*good man*) "brine samo o materijalnim posljedicama" svojih radnji i odbija druge razloge za akciju.<sup>51</sup> Možda je najbolji primjer suca koji nadilazi svoje interese i grupne afilacije Dworkinov Hercules koji je obdaren izuzetnom pameću.<sup>52</sup> Međutim, većina pravnih teore-

44 Cerar, M. op. cit. (bilj. 6), str. 126.

45 <http://en.wikipedia.org/wiki/Rationality>. Racionalnost i njene različite manifestacije u procesu povijesne racionalizacije vjerojatno su glavna tema u korpusu Maxa Webera. O osobinama njegovih tipova racionalnosti vidi više kod Kalberg, S, *Max Weber's Types of Rationality: Cornerstones for the Analysis of Rationalization Processes in History*, 85 *American Journal of Sociology* (1980) 5, str. 1145-1179.

46 Herbert Alexander Simon (1916 - 2001) - znanstvenik, ekonomist, sociolog, psiholog i profesor; Teoriju ograničene racionalnosti izložio posebno u *Administrative Behavior*, New York, The Free Press, 1976., izvor: [http://en.wikipedia.org/wiki/Herbert\\_Simon](http://en.wikipedia.org/wiki/Herbert_Simon)

47 Hirsch, Adam J, *Cognitive Jurisprudence*, 76 *Southern California Law Review* (2003), str. 599.

48 Holmes, Oliver, W, *The Path of Law*, 10 *Harvard Law Review*, (1897), dostupno na: [http://constitution.org/lrev/owh/path\\_law.htm](http://constitution.org/lrev/owh/path_law.htm), datum zadnje posjete: 17. travnja 2012.

49 Dagan, H, *Between Rationality and Benevolence: The Happy Ambivalence of Law and Legal Theory*, Tel Aviv University Law Faculty Papers, 2010, Paper 113, str.1.

50 Ibid., str. 2.

51 Holmes, Oliver, W., op. cit. (bilj. 48).

52 O Herculesu vidi u Dworkin, R., *Taking Right's Seriously*, Duckworth, Cambridge, 1977., naročito str. 105-130.

tičara ne podrazumijevaju da su suci superiorna bića u Dworkinovom smislu. Prije svega, oni misle na moralnost sudaca. Tako Owen Fiss naglašava da iako su suci različiti u njihovim osobnim karakteristikama, imaju "sposobnost da naprave poseban doprinos našem društvenom životu".<sup>53</sup> Također se uzima da suci djeluju u općem dobru i kad imaju političke sklonosti, jer je politika upravljena k općem dobru - Lawrence Baum.<sup>54</sup> Slično argumentira i Richard Posner kad kaže da je ono što najviše motivira suce volja da budu dobri suci. Po njemu suci žele iste temeljne stvari koje žele i drugi ljudi, kao npr. plaću, moć, reputaciju, poštovanje, samopoštovanje i slobodno vrijeme.<sup>55</sup>

## RACIONALNOST U ODLUKAMA HRVATSKIH SUDOVA

Empirijska osnova ovog rada jest istraživanje koje je pokazalo da u velikom broju odluka sudovi svih stupnjeva ne navode pravne odredbe na kojima temelje svoje odluke.<sup>56</sup> Treba reći da cilj istraživanja nije stvoren unaprijed, tj. nismo krenuli od toga da ustanovimo u kolikom broju odluka se ne navode pravne odredbe, jer je bilo teško zamisliti da postoje takve odluke, nego smo pri analiziranju nekih drugih osobina odluka hrvatskih sudova zamijetili da neki sudovi ne navode odredbe, što nas je motiviralo da istražimo problem nenavedenja pravnih odredaba. Istraživanje je obuhvatilo 388 odluka iz građanskog, trgovačkog, kaznenog i upravnog prava, koje su hrvatski sudovi donijeli devedesetih godina prošlog stoljeća. Odluke su svrstane u spise, a svaki spis obuhvaća odluke donesene od prvog do posljednjeg stupnja (u posljednjem stupnju je odlučivao Vrhovni sud Republike Hrvatske povodom pravnih lijekova). Najbrojnije odluke u kojima nisu navedena pravila na kojima se temelje su one koje su donijeli drugostupanjski trgovački sudovi, i čini čak 62, 5 % odluka tih sudova. Na drugom mjestu su odluke prvostupanjskih i trećestupanjskih trgovačkih sudova: oni ne navode pravila u 50 % svojih odluka, zatim slijede građanski drugostupanjski sudovi s 41,7 % takvih odluka, prvostupanjski građanski sudovi s 23,6 % odluka, te na posljednjem mjestu trećestupanjski građanski sudovi s 18,1 % odluka u kojima nisu navedene pravne odredbe na kojima se temelje. Zanimljivo je da u svim odlukama iz uzorka kazneni i upravni sudovi navode pravila na kojem temelje svoje odluke. Kako to objasniti? Temeljna zapovijed pravne države je da se navode pravne odredbe na kojima se temelje odluke, što naravno vrijedi za sve grane pravnog sustava. Osim toga procesni zakon koji se primjenjuje u građanskim i trgovačkim predmetima - Zakon o parničnom postupku (dalje: ZPP) navodi i pravne odredbe na kojima se temelje odluke kao sastavni dio obrazloženja.<sup>57</sup> Bilo bi vrlo zanimljivo odgovoriti na pitanje zašto se onda u upravnim i kaznenim odlukama bez izuzetka navode materijalno-pravne odredbe? Ne ulazeći dublje u ovo, nalazimo da su mogući sljedeći razlozi: propisi kaznenog i upravnog prava izričito propisuju dužnost pridržavanja načela zakonitosti,<sup>58</sup> s

53 Dagan, H, op. cit. (bilj. 49), str. 9.

54 Ibid., str.10.

55 Ibid., str. 11.

56 Istraživanje smo proveli u disertaciji: Harašić, Ž, *Argumentacija u odlukama hrvatskih sudova* (doktorska disertacija), Split, 2003.

57 Čl. 338. st. 4. Zakona o parničnom postupku, *Službeni list SFRJ*, 4/77, *Narodne novine*, 53/91.

58 Iako je pitanje (ne)zakonitosti prije svega pitanje navođenja pravnih odredbi u mnogobrojnim materijalnim propisima koji se primjenjuju u postupanju upravnih tijela navedimo i da je u Zakonu o općem upravnom postupku koji je važio u razdoblju u kojem su donesene presude iz istraživanog uzorka, načelo zakonitosti ovako glasilo: "(1) Organi, ustanove i druge pravne osobe, koje postupaju u upravnim stvarima, rješavaju na temelju zakona, drugih propisa državnih organa i na temelju općih akata ustanova

time da u kaznenom pravu djeluje specijalno načelo zakonitosti koje se izražava kao *Nullum crimen nulla poena sine lege*.<sup>59</sup> Za razliku od slobode uređivanja odnosa u građanskom (i trgovačkom) pravu, koje su grane privatnog prava, u upravnom i kaznenom pravu kao granama javnog prava položaj pojedinca je ipak inferioran.

*Tvrdimo da u slučajevima kada se donese pismena sudska odluka u kojoj se ne navode odredbe na kojima se temelji nema svojstva racionalnosti, jer ne sadrži niti minimalan logički zahtjev za pravilnošću pravnog zaključavanja.* Naime, logički je racionalna ona odluka kod koje je zaključak valjan ako logički proizlazi iz određenih premisa, koje su logički konzistentne i lingvistički pravilne. U spomenutom slučaju pak nemamo navedenu gornju premisu. Ovo ne isključuje mogućnost da je postupak koji je prethodio donošenju takve odluke koja ne sadrži materijalno-pravne odredbe bio racionalan. U fazi raspravljanja nesumnjivo su bili zastupljeni neki oblici racionalnosti – dijaloška, komunikativna i argumentativna racionalnost.

Međutim, čak i onda kad navode pravne odredbe, sudovi ne postupaju potpuno. Uočili smo da postupaju na tri načina. Prvo, sudovi citiraju pravnu odredbu, što znači da doslovno navode sadržaj odredbe i stavlja ga u znakove navoda. Drugo, prepričavaju odredbu, na način da ne navode sadržaj odredbe doslovno, iznose čitav sadržaj odredbe ili samo one dijelove odredbe za koje nalaze da su relevantni za primjenu u konkretnom slučaju. Treće, sudovi se samo pozivaju na odredbu, tj. određeni članak (stavak) bez navođenja njezina sadržaja. Prvi način – citiranje pravne odredbe u cijelosti – bio bi najpoželjniji, ali je u odlukama najrjeđi način.

Ilustriramo situaciju u kojoj sudac prepričava odredbu.

U prvom slučaju prepričavanja, sudac iznosi čitav sadržaj odredbe. Npr. odredba članka 117. st. 1. Zakona o obveznim odnosima (dalje: ZOO) glasi: "Pravo zahtijevati poništenje pobojnog ugovora prestaje istekom roka od jedne godine od saznanja za razlog pobojnosti odnosno od prestanka prinude."<sup>60</sup> Sudac je pak prepričava ovako: "Preuzeti ZOO u čl. 117.st. 1. određuje da pravo zahtijevati poništenje pobojnog ugovora prestaje istekom roka od jedne godine od saznanja za razlog pobojnosti odnosno od prestanka prinude."

U drugom slučaju, sudac prepričava odredbu na način da ispušta dijelove odredbe za koje nalazi da nisu relevantni za primjenu u konkretnom slučaju. Odredba članka 117. Zakona o obveznim odnosima glasi: "Pravo zahtijevati poništenje pobojnog ugovora prestaje istekom roka od jedne godine od dana saznanja za razlog pobojnosti odnosno od prestanka prinude (st. 1.). To pravo u svakom slučaju prestaje istekom roka od tri godine od dana sklapanja ugovora" (st. 2.).<sup>61</sup> Sudac odredbu prepričava na ovaj način: "S obzirom na prigovor istaknut u odgovoru, za konstatirati je da su doista ispunjene pretpostavke iz čl. 117 st. 2 ZOO-a, u kom slučaju pravo zahtijevati poništenje pobojnog ugovora, u svakom slučaju prestaje istekom roka od 3 godine, od dana sklapanja ugovora" (st. 2.).<sup>62</sup>

i drugih pravnih osoba koje one donose na temelju javnih ovlaštenja. (2) U upravnim stvarima u kojima je organ zakonom ili na zakonu utemeljenom propisu ovlašten da rješava po slobodnoj ocjeni, rješenje mora biti doneseno u granicama ovlaštenja i u skladu s ciljem u kojem je ovlaštenje dano. (3) Odredbe ovog zakona važe i za slučajeve u kojima je organ ovlašten da u upravnim stvarima rješava po slobodnoj ocjeni." (čl. 4. ZUP, *Narodne novine* 53/91, 103/96). I novi ZUP čijim je stupanjem na snagu prestao važiti citirani propis, također sadrži načelo zakonitosti (čl. 5. ZUP, *Narodne novine* 47/09).

59 I kazneni zakoni koji su se primijenjivali u devedesetim godinama prošlog stoljeća propisuju načelo zakonitosti. U Osnovnom krivičnom zakonu Republike Hrvatske to načelo je pak glasilo: "Nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivična sankcija za djelo koje je, prije nego što je počinjeno nije zakonom bilo određeno kao krivično djelo i za koje nije zakonom propisana kazna"(čl. 2. OKZRH, *Narodne novine* 31/93). I kasnije važeći Kazneni zakon sadržava načelo zakonitosti: (KZ, *Narodne novine* 110/97).

60 Zakon o obveznim odnosima, *Službeni list SFRJ* 29/78., *Narodne novine* 53/91.

61 Čl.1. st. 1 i 2. ZOO.

62 Općinski sud u Koprivnici, P 481/93 od 23. veljače 1994.

Dajemo i primjer u kojem se sudac samo poziva na odredbu (bez navođenja njenog sadržaja). Odredba čl. 125. st. 3. Zakona o nasljeđivanju (dalje: ZN) glasi: Svaka strana može tražiti raskid ugovora ako druga strana ne izvršava svoje obaveze.<sup>63</sup> Sudac se na odredbu poziva na sljedeći način: "Kako na temelju provedenih dokaza nije utvrđeno da postoje razlozi iz čl. 125. st. 3. Zakona o nasljeđivanju za raskid ugovora, valjalo je tužbeni zahtjev tužitelja kao neosnovan, odbiti u cijelosti".<sup>64</sup>

Inače odredba čl. 200. Zakona o obveznim odnosima jedna od najčešćih odredaba (u našem uzorku) koja se navodi u skraćenom obliku, bilo da sudac prepričava samo onaj dio odredbe koji smatra relevantnim za primjenu u konkretnom slučaju, bilo da se samo poziva na nju. Moguće je da je razlog tome njena dužina ili česta uporaba (u sporovima radi naknade nematerijalne štete), pa se pretpostavlja da je njezin sadržaj poznat.<sup>65</sup>

Istaknimo da sudovi ne navode pravne odredbe usprkos tome što važeći procesni zakon koji se primjenjuje kod donošenja građanskih i trgovačkih presuda – ZPP – kao obvezatni dio obrazloženja navodi i pravne odredbe.<sup>66</sup> Isto tako, zanimljivo je da nismo pronašli niti jedan slučaj u kojem bi viši sud sankcionirao ne navođenje pravnih odredaba od strane nižih sudova. Dapače, ni sami viši sudovi ne navode odredbe.

Razmotrimo prvu situaciju – nenavođenje odredaba od strane prvostupanijskih sudova.

Niti jedan od zakonskih razloga za ulaganje žalbe i pobijanje odluka nižih sudova među svojim razlozima ne sadrži nenavođenje materijalno-pravnih odredaba na kojima bi se trebale temeljiti odluke. Možda bi tome bio najbliži razlog kojeg ZPP naziva pogrešnom primjenom materijalnog prava. Međutim, ZPP pod tim nazivom podrazumijeva dvije situacije: prvu, u kojoj sud nije primijenio odredbu materijalnog prava koju je trebao primijeniti i drugu, u kojoj takvu odredbu nije pravilno primijenio.<sup>67</sup> Dakle, ZPP uopće ne predviđa mogućnost da sud uopće nije naveo odredbu. A što kaže procesna teorija o pogrešnoj primjeni materijalnog prava? Navode se slučajevi u kojima može doći do pogrešne primjene mjerodavnog prava – kad sud primijeni pravno pravilo koje ne postoji; kad primijeni pravno pravilo koje važi, ali koje nije trebalo primijeniti na konkretan slučaj; kad primijeni pravno pravilo koje je trebalo primijeniti, ali na način koji nije zakonit.<sup>68</sup> Vidi se da ni zakonska odredba, a ni teorija ništa ne govori o situaciji u kojoj sud ne navede materijalno-pravne odredbe. Međutim, zato u sudskoj praksi postoji stav o nenavođenju materijalno-pravnih odredaba, ali se taj nedostatak ne smatra pogrešnom primjenom materijalnog prava, već jednim drugim razlogom za pobijanje odluka – bitnom povredom odredaba parničnog postupka. Stav sudske prakse glasi: "Nije razumljiva presuda u kojoj sud nije naveo koje je materijalno-pravne propise primijenio, a to se ne može utvrditi ni iz teksta obrazloženja. Time sud čini bitnu povredu odredaba parničnog postupka iz čl. 354. st. 2. toč. 13. ZPP."<sup>69</sup> Upotrebom argumen-

ta *a contrario* možemo zaključiti da ukoliko se iz teksta obrazloženja može utvrditi o kojim se propisima radi, presuda nije nerazumljiva, te da u tom slučaju nenavođenjem propisa sud ne čini bitnu povredu odredaba postupka. Uostalom, o tome imamo stav sudske prakse: "Propust suda da u obrazloženju navede propise na temelju kojih je sudio ne smatra se apsolutno bitnom procesnom povredom, ako se iz obrazloženja presude može zaključiti o kojim se propisima radi."<sup>70</sup> Dakle, očito je da se sudovi drže stava sudske prakse, koja nenavođenje pravnih odredaba ne smatra nedostatkom (razlogom za pobijanje) ako se može zaključiti koje bi pravne odredbe, na kojima se temelji odluka, trebale biti navedene. Također nam se čini interesantnim, da iz odluka viših sudova, koji raspravljaju o odlukama nižih sudova, u kojima nisu navedene pravne odredbe, ne možemo uopće zaključiti da niži sudovi nisu naveli pravne odredbe.

Druga situacija – nenavođenje pravnih odredaba od strane viših sudova

Moguća je i situacija, da i viši sud, kad odlučuje o odlukama nižih sudova, niti sam ne navodi odredbe na kojima temelji svoju odluku. Daje li propis razloga da se, pored ovakve prakse sudova, postavlja pitanje o dužnosti navođenja pravnih odredaba od strane viših sudova? Ovo pitanje se postavlja zbog sistematizacije ZPP-a. Naime, ZPP nema odredbe o sadržaju obrazloženja viših sudova. O sadržaju obrazloženja presuda govori se u točki koja nosi naziv "Postupak pred prvostupanijskim sudom". Iz ovoga *a contrario* proizlazi da se u ovoj točki ne govori o sadržaju obrazloženja drugostupanijskih (i trećestupanijskih sudova). Međutim, mi ćemo pokazati kako drugačijim tumačenjem dolazimo do zaključka da su viši sudovi ipak dužni navoditi odredbe. Naime, postoji zakonska odredba po kojoj su drugostupanijski sudovi dužni po službenoj dužnosti voditi računa o pravilnoj primjeni materijalno-pravnih odredaba od strane nižih sudova.<sup>71</sup> Iz toga bismo *a fortiori* mogli zaključiti da su drugostupanijski sudovi tim prije dužni sami primjenjivati materijalno-pravne odredbe.

Sada ćemo prikazati argumentaciju viših sudova u odlukama u kojima odlučuju o odlukama nižih sudova, u kojima ovi nisu naveli pravne odredbe, a niti su sami viši sudovi naveli odredbe. Pri tome je važno da su da su podnositelji izvanrednog pravnog lijeka – revizije, u njoj istakli razlog pogrešne primjene materijalnog prava, pod koji bi se, kako smo rekli, moglo podvesti nenavođenje materijalno-pravnih odredaba.

"Naime, nijedan od razloga predviđenih zakonom koji bi predstavljao razlog za nevaljanost pismene oporuke ostavitelja nije dokazan u postupku nižestupanijskih sudova.

*Prvostupanijski sud je medicinskim vještačenjem dokazao da je ostavitelj bio sposoban za rasuđivanje, a tužitelji nisu ničim uspjeli dokazati tvrdnju da je ostavitelj oporuku sačinio pod psihičkom ili fizičkom prisilom, odnosno da oporuka nije izraz njegove prave volje.*

63 Zakon o nasljeđivanju "Narodne novine" 52/71, 47/78

64 Općinski sud u Županji, P 181/89 od 19. lipnja 1990.

65 Odredba čl. 200 ZOO glasi: "Za pretrpljene fizičke bolove, za pretrpljene duševne bolove zbog smanjenja životne aktivnosti, naruženosti, povreda ugleda časti, slobode ili prava ličnosti, smrti bliske osobe te za strah sud će, ako nađe da okolnosti slučaja a osobito jačina bolova i straha i njihovo trajanje to opravdavaju, dosuditi pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade materijalne štete, a i kad nje nema (st. 1.). Pri odlučivanju o zahtjevu za naknadu nematerijalne štete te o visini njezine naknade sud će voditi računa o značenju povrijeđenog dobra i cilju kome služi ta naknada, ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive s njezinom prirodom i društvenom svrhom" (st. 2.).

66 Formulacija ZPP-a o sastavu obrazloženja glasi: "U obrazloženju sud će izložiti zahtjeve stranaka i njihove navode o činjenicama na kojima se ti zahtjevi temelje, dokaze, a i propise na kojima je sud utemeljio presudu (čl. 338. st. 4.)

67 Čl. 356. ZPP.

68 Triva S./M. Dika, op. cit. (bilj. 31), str. 582.

69 VSRH, II Rev 93/94 od 16. 05. 1995. – Io 1/1996 – 168; OS u Zagrebu, Gž 4316/87 od 30. 06. 1987. i Gž 68/88 od 12. 1. 1988. – PSP

41/100. Citirano prema: Grbin, I, *Zakon o parničnom postupku sa sudskom praksom, bilješkama, napomenama, priložima i abecednim kazalom*, 2. izm. i dop. izd., Organizator, Zagreb, 2001, str. 262. Više je stavova sudske prakse koja dopušta da nenavođenje materijalno-pravnih propisa na kojima bi se trebala temeljiti sudska odluka prestavlja mogućnost postojanja bitnih povreda parničnog postupka. Npr. "Nenavođenje o obrazloženju presude propisa na kojima je presuda utemeljena nije bitna povreda odredaba parničnog postupka ako se iz obrazloženja presude može zaključiti o kojim se propisima radi". VSRH, Rev 872/89 od 16. 11. 1989. – PSP 47/142. Citirano prema: Grbin, I, 2001, str. 278. (Isto i u: Grbin, *Zakon o parničnom postupku sa sudskom praksom, bilješkama, napomenama, priložima i abecednim kazalom*, 4. dop. izd., Organizator, Zagreb, 2006., str. 318.). Ili: "Propust suda da u obrazloženju presude izloži propise na kojima je utemeljio presudu predstavlja bitnu povredu odredaba parničnog postupka samo ako se iz obrazloženja presude ne može zaključiti na kojim ju je propisima utemeljio". VSRH, Rev 3015/90 od 25. 4. 1991. – IO 1993/269. Citirano prema Grbin 2001, str. 278. (Isto i u Grbin 2006, str. 318.

70 VSRH, Rev 872/98 od 16. studenoga 1989.

71 Čl. 365. st. 2. Zakona o parničnom postupku, "Službeni list SFRJ", br. 4/77, "Narodne novine", br. 53/91.

Na tako utvrđeno činjenično stanje, po ocjeni ovog revizijskog suda, nižestupanjski sudovi su pravilno primijenili materijalno pravo i odbili tužbeni zahtjev tužitelja.<sup>72</sup>

"Pobijana je odluka zakonito donesena, dakle, nije osnovan ni revizijski razlog pogrešne primjene materijalnog prava. Zajednička imovina, koja nepodijeljeno pripada bračnim drugovima zajedno, samo je ona imovina koju su oni stekli radom za vrijeme trajanja bračne zajednice ili potječe iz te imovine. Ovdje takve pretpostavke, činjenično, ne postoje, pa su sudovi zakonito postupili odbivši tužbeni zahtjev."<sup>73</sup>

## ZAKLJUČAK

Ovim radom željeli smo ukazati na jedan aspekt pravne neracionalnosti u sudskim odlukama koja postoji kad sudac ne navede materijalno-pravne odredbe na kojima bi trebao temeljiti svoju odluku. Takva odluka u kojoj nisu navedeni pravni razlozi na kojima se temelji je neobrazložena, a to za posljedicu ima da je neracionalna. Kako je racionalnost u pravu aspekt racionalnosti uopće, bilo se nužno osvrnuti na pregled oblika racionalnosti koji su primjenjivi u raznim oblastima društvenog, pa tako (neki od njih), i u pravu. Potom smo se bavili onim oblicima racionalnosti koji su u većoj mjeri svojstveni pravu. Posebno smo ukazali na logičku racionalnost, koja postavlja minimalni logički zahtjev za ispravnost pravnog zaključivanja. Konstatirali smo da su u našoj teoriji još uvijek zastupljena stajališta da je silogizam pokazatelj logičke ispravnosti presude, i pokazali na primjerima da se svi pravni slučajevi, bez obzira na njihovu složenost, mogu prikazati u formi silogizma. Zatim smo naše ispitivanje racionalnosti primijenili na spomenuti aspekt pravne neracionalnosti koja postoji kada sudac ne navodi materijalno-pravne odredbe na kojima bi trebao temeljiti svoju odluku. Povod za ovo pitanje bio je empirijski nalaz da u velikom broju građanskih i trgovačkih predmeta sudovi ne navode pravne odredbe na kojima temelje svoje odluke. Sudovi ne navode odredbe unatoč tome što važeći procesni zakon – Zakon o parničnom postupku – kao obvezatni dio obrazloženja navodi i pravne odredbe, te tako postupaju usprkos zahtjevu pravne države da se navode pravne odredbe na kojima se temelje odluke. Razlog nenavodjenja pravnih odredaba dijelom može biti i u tome što bi ZPP, po našem mišljenju, pod tom situacijom trebao smatrati pogrešnu primjenu materijalnog prava, a isti tom povredom smatra samo situaciju u kojoj sud nije primijenio odredbu materijalnog prava koju je trebao primijeniti i situaciju u kojoj sud takvu odredbu nije primijenio, a ne predviđa mogućnost da sud nije uopće naveo materijalno-pravnu odredbu. Ovakvom postupanju sudova daje legitimitet stav sudske prakse, da se propust suda, da u obrazloženju navede propise na temelju kojih je sudio, ne smatra povredom ako se iz obrazloženja presude može zaključiti o kojim se propisima radi.

Koliko znamo, pravna teorija nije razmatrala nenavodjenje materijalno-pravnih odredaba kao oblik neracionalnosti u pravu. Postoje istraživanja koja istražuju uporabu dopunskih argumenata kojima bi se opravdavala sudska odluka (argument *a contrario*, *a. a fortiori*, *a. a simili ad simile*, itd.), ali ne (ne)uporabu pravnih pravila kao obveznih argumenata.<sup>74</sup>

72 VSRH, Rev 1182/90 od 9. listopada 1990.

73 VSRH, Rev 2024/94 od 15. rujna 1994.

74 Relevantna empirijska istraživanja argumentacije proveli su: Lazzaro, G, *Argomenti dei giudici*, Torino, 1970; Struck, G, *Topische Jurisprudenz*, Athenäum Verlag, 1971; Raisch, P, *Vom Nutzen der überkommenen Auslegungsregeln für die praktische Rechtsanwendung*, Müller, Jur. Verl., Heidelberg, 1988; Pokol, B, *Statutory Interpretation and Precedent in Hungary*, 46 *Osteuroparecht* (2000), 3-4, 262-277.

Kako smo naveli, ovakva odluka bez materijalno-pravnih odredaba na kojima bi se trebala temeljiti, ne sadrži niti minimalan logički zahtjev za pravilnošću pravnog zaključivanja. Logički bi bila racionalna ona odluka kod koje je zaključak valjan ako logično proizlazi iz određenih premisa. Ovdje pak nemamo niti navedenu gornju premisu. Možda je sudac pri zaključivanju imao u vidu pravilnu odredbu na temelju koje je donio svoju odluku, ali je nije naveo. Smatramo da nije moguće priznati racionalnost takve odluke unatoč stavovima sudske prakse koji održivost odluke u kojoj nisu navedene odredbe ne dovode u pitanje.

Treba istaći da se ovdje ne radi o tome da ne postoje pravne odredbe na kojima bi se temeljile odluke, već one nisu navedene. U protivnom bi se radilo o postojanju pravnih praznina, a to ovdje nije slučaj.

## LITERATURA

- Aarnio, A, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, D. Riedel Publishing Company, Dordrecht, 1987.
- Aarnio, A./R. Alexy/A. Peczenik, *The Foundation of Legal Reasoning*, 12 *Rechtstheorie* (1981)2, 133-158; 3, 257-279; 4, 423-448.
- Bice, Scott, H., *Rationality Analysis in Constitutional Law* 65 *Minnesota Law Review*, 1(1980-1981),1-62.
- Cerar, M, *(I)racionalnost modernoga prava*, BONEX ZALOŽBA, Ljubljana, 2001.
- Dagan, H, *Between Rationality and Benevolence: The Happy Ambivalence of Law and Legal Theory*, Tel Aviv University Law Faculty Papers, 2010, Paper 113,1-20.
- Delgado, R, *Active Rationality in Judicial Review*, 64 *Minesota Law Review*, 3(1979-1980),467-521.
- Dworkin, R., *Taking Right's Seriously*, Duckworth, Cambridge, 1977.
- Grbin, I, *Zakon o parničnom postupku sa sudskom praksom bilješkama, napomenama, priložima i abecednim kazalom*, 2. izm. i dop. izd., Organizator, Zagreb, 2001. (i 4. dop. izd. 2006.)
- Harašić, Ž, *Problem razgraničenja "lakih slučajeva" (easy cases) i "teških slučajeva" (hard cases)* 56, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* (2006.)1, 85-116.
- Harašić, Ž, *Argumentacija u odlukama hrvatskih sudova* (doktorska disertacija), Split, 2003.
- Hirsch, Adam J, *Cognitive Jurisprudence*, 76 *Southern California Review* (2003.), 599-638.
- Holmes, Oliver, W, *The Path of Law*, 10 *Harvard Law Review*, (1897.), dostupno na: [http://constitution.org/lrev/owh/path\\_law.htm](http://constitution.org/lrev/owh/path_law.htm), datum zadnje posjete: 17. travnja 2012.
- Kalberg, S, "Max Weber's Types of Rationality: Cornerstones for the Analysis of Rationalization Processes in History", 85 *American Journal of Sociology*, 5(1980),1145-1179.
- Kauffeld, J. Fred: *Two views of the Necessity to Manifest Rationality in Argumentation*, dostupno na: [http://jakemachine.com/OSSA/pdf/450\\_Kauffeld.pdf](http://jakemachine.com/OSSA/pdf/450_Kauffeld.pdf), datum zadnje posjete: 10. veljače, 2012.
- Krapac, D., *Kazneno procesno pravo. Prva knjiga: Institucije*, III izm. i dop. izd., Informator, Zagreb, 2007.
- Linde, Hans, A, *Due Process of Lawmaking*, 55 *Nebraska Law Review*,2(1975.-1976.),197-255.
- Malec; A, *The Is-ought Problem and Legal Rationality*, *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, 11 (24) 2007., str. 7.
- Novak, M, *Pravna argumentacija v praksi*, Planet GV, Ljubljana, 2010.
- Peczenik, A, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht (etc.), 1989.
- Pokol, B, *Statutory Interpretation and Precedent in Hungary*, 46 *Osteuroparecht* (2000.), 3-4, 262-277.

- Raisch, P, *Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanones für die praktische Rechtsanwendung*, Müller, Jur. Verl., Heidelberg, 1988.
- Simon, Herbert A, *Administrative Behavior*, New York, The Free Press, 1976.
- Spohn; W, *The Many Facets of the Theory of Rationality*, dostupno na: [http://www.uni-Konstanz.de/philosophie/Spohn/spohn\\_files/wspohn45.pdf](http://www.uni-Konstanz.de/philosophie/Spohn/spohn_files/wspohn45.pdf); zadnji put posjećeno: 23. rujna 2011.
- Struck, G, *Topische Jurisprudenz*, Athenäum Verlag, 1971.
- Summers/R./M. Taruffo, *Interpretation and Comparative Analysis*, u: Neil D. MacCormick/R. S. Summers (ur.), *Interpreting Statutes*, Aldershot (etc.), 1991. , 461-510.
- Triva, S./M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, VII. dop. i izm. izd., Narodne novine, d.d., Zagreb, 2004.
- Uzelac, A, *Istina u sudskom postupku* (magistarski rad), Zagreb, 1992.
- Van Hoecke, M, *Law as Communication*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2002.
- Visković, N., *Jezik prava*, Naprijed, Zagreb, 1989.
- Visković, N, *Teorija države i prava*, Birotehnika CDO, Zagreb, 2006.,
- <http://en.wikipedia.org/wiki/Rationality>
  - [http://en.wikipedia.org/wiki/Herbert\\_Simon](http://en.wikipedia.org/wiki/Herbert_Simon)
  - Zakon o nasljeđivanju, *Narodne novine* 52/71., 47/78.
  - Zakon o parničnom postupku, *Službeni list SFRJ* 4/77., *Narodne novine* 53/91.
  - Osnovni krivični zakon Republike Hrvatske, *Narodne novine* 31/93.
  - Kazneni zakon, *Narodne novine* 110/97.
  - Zakon o obveznim odnosima, *Službeni list SFRJ* 29/78., *Narodne novine* 53/91.
  - Zakon o općem upravnom postupku, *Narodne novine* 53/91., 103/96., 47/09.

Žaklina Harašić, Ph.D., Associate Professor, Faculty of Law in Split, University of Split

## IRATIONALITY IN JUDICIAL DECISIONS

### Summary

Here we are concerned with rationality in law, specifically in decisions made by judges. The decision is rational if it is explained; it is explained if the arguments (reasons) the decision is grounded on are noted. There are two forms of legal arguments: obligatory arguments, that is, legal rules, and additional arguments, that is argument *a contrario*, a. *a fortiori*, a. *a simili ad simille* etc. However, what if in his judicial decision judge didn't note legal rules on which he grounded his decision? This question is posed because a research of croatian judicial decisions shows that a great number of croatian courts - in all degrees - do not note legal rules on which their decisions are grounded. Therefore, higher courts neither note legal rules nor they sanction if courts in first degree do not note their decisions. Thus, do we consider these decisions to be rational?

*Key words:* rationality, judicial decision, legal provisions, logical validity of decision

*Prof. Dr. Žaklina Harašić, außerordentliche Professorin der Fakultät für Rechtswissenschaften der Universität in Split*

## IRRATIONALITÄT IN RICHTSENTSCHEIDUNGEN

### Zusammenfassung

In dieser Arbeit befassen wir uns mit der Rationalität, insbesondere in Gerichtsentscheidungen. Eine Entscheidung ist rationell wenn sie begründet ist, und sie ist begründet wenn die Argumente, auf denen sie beruht (Gründe), angeführt sind. Man unterscheidet zwei Arten der rechtlichen Argumente: verbindliche Argumente, d.h. die Rechtsregel und zusätzliche Argumente, wie z.B. Argumente *a contrario*, *a fortiori*, *a simili*, *ad simille*, u.s.w. Was passiert aber, wenn der Richter in seiner Entscheidung keine Rechtsregel anführt, auf denen er seine Entscheidung gründete? Empyrische Grundlage dieser Arbeit bildet unsere Forschung der Entscheidungen kroatischer Gerichte, die darauf hinweist, dass zahlreiche kroatische Gerichte aller Instanzen keine Rechtsregel anführen, auf denen sie ihre Entscheidungen gründen. Vielmehr: die Rechtsregel werden von den Gerichten oberer Instanzen weder angeführt noch wird die Nichtanführung der Rechtsregel seitens der Gerichte niedriger Instanzen sanktioniert. Können solche Urteile als rationell betrachtet werden?

*Schlüsselwörter:* Rationalität, Gerichtsentscheidung, Rechtsregel, logische Zuverlässigkeit (Rechtsgültigkeit) der Entscheidung