

Prof. dr. sc. Žaklina Harašić, izvanredna profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

AUTORITET I SUD¹

UDK: 340

Pregledni rad

Primljeno: 1. 12. 2014.

U ovom radu prvenstveno se bavimo autoritetom sudova, i to s dvaju aspekata: bavimo se autoritetom što ga sudovi imaju sami po sebi, budući da svojim odlukama meritorno odlučuju o pravima i obvezama stranaka u sporu (ne ulazeći u kvalitetu njihovih odluka), te autoritetom koji proizlazi iz vrsnoće njihovih odluka i koji razmatramo kroz njihovo korištenje argumenta autoriteta. Gotovo je nemoguće govoriti o argumentu autoriteta ako ne krenemo od uloge presude u dvama velikim pravnim sistemima – europskokontinentalnom (u kojem tradicionalno autoritet predstavlja sudska praksa) i anglo-američkom (autoritet predstavljaju sudski precedenti). U europskokontinentalnom sistemu niži sudovi pozivaju se na odluke viših sudova zbog njihove vrsnoće, dok su precedenti u anglo-američkom sistemu obvezujući za niže sudove i imaju značenje formalnih izvora prava. Može li se argument autoriteta jedinstveno definirati, tako da njegovo određenje vrijedi za oba sistema? Autor ovog teksta zalaže se za takvu definiciju argumenta autoriteta prema kojoj bi bilo dovoljno reći da isti znači pozivanje na sudske prakse i precedente, ali ne, kao što neki tvrde, i pozivanje na zakone (i druge propise). Ovo iz razloga što pozivanje na zakon znači ostvarenje načela zakonitosti. Razlika je između pozivanja na zakon i pozivanja na precedent, pa makar ovo posljednje i imalo učinak načela zakonitosti.

Između ostaloga, ukazuje se kako neka rješenja hrvatskog procesnog zakonodavstva znače izuzetak od načela europskokontinentalnog prava, po kojem načelu presuda viših sudova obvezuje niže sudove zbog njezine vrsnoće, tako da neki oblici vezanosti za odluke viših sudova imaju u hrvatskom pravu “de facto” učinak precedenata.

Ključne riječi: *autoritet, sud, sudska praksa, precedent, europskokontinentalni pravni sistem, anglo-američki pravni sistem*

1. UVOD

Kad bismo laike u svakodnevnom životu upitali o autoritetu, teško bi odredili taj pojam, ali bi vjerojatno govorili o slučajevima u kojima ne postoji autoritet, pa bi npr. kazali da država više nema autoritet, da sudovi nemaju autoritet, da roditelji prema djeci nemaju autoritet, da učitelji više nemaju autoritet, da Crkva nema autoritet i sl.² Pojam autoriteta jedan je od najkontroverznijih pojmova u

¹ * Ovo je djelomično izmijenjeni tekst izlaganja s međunarodnog znanstvenog skupa „Central and Eastern European Network of Jurisprudence. The Challenges of the Contemporary Jurisprudence“, održanog u Sarajevu, 13.-16. rujna 2012. god. pod naslovom „Authority in Law“.

² Pored onih koji predstavljaju autoritet, interesantni su i oni koji se podčinjavaju autoritetu, pa tako Fromm kaže: “Za mnoge je ljude njihov odnos prema autoritetu najistaknutija odlika njihova karaktera:

pravnoj i političkoj filozofiji.³ Definira se kao svojstvo osobe, uloge, službe ili države da čini legitimnim, prividno ili stvarno, radnje i naredbe učinjene u svoje ime.⁴ Često razlikujemo legitimni autoriteta od onoga koji je *de facto*. Oni koji imaju legitimni autoritet, imaju pravo djelovati kao autoriteti. Autoriteti *de facto* nemaju, ali zahtijevaju to pravo.⁵

S državom i pravom vezan je politički autoritet. Država, po shvaćanju mnogih, ima autoritet jer održava javni poredak. Najraširenija teorija političkog autoriteta je tzv. demokratska koncepcija legitimnog političkog autoriteta, koja se zasniva na ideji: kada među ljudima postoji neslaganje kako organizirati svijet, tj. sustav prava, vlasništva, javnog obrazovanja i korištenja javnih dobara, a postoji svijest o važnosti njegovog strukturiranja, način izbora traži se u procesu odlučivanja koji je pravičan prema interesima i mišljenjima svakog pojedinačnog člana društva. Jedino je razumno da se to učini demokratskim odlučivanjem.⁶

Varijantu teorije političkog autoriteta zastupa i Joseph Raz, za čiju se teoriju autoriteta kaže da je možda najznačajniji doprinos pravnoj filozofiji, a odnos između prava i autoriteta ovako se objašnjava: tamo gdje postoji pravo, ono nužno zahtijeva autoritet da bi reguliralo živote subjekata, i to: obuhvatno, vrhovno i otvoreno; da bi pravo bilo obuhvatno ono mora regulirati sve aspekte društvenog života, bilo zabranom, zahtjevom ili dopuštanjem; pravo je vrhovno kada su zahtjevi pravnog sistema na vrhu hijerarhije svih normativnih sistema i normi unutar određenog društva; pravo zahtijeva da bude otvoreno, što znači da nudi potporu ili ovlaštenje različitim oblicima dobrovoljnih udruženja i privatnih sporazuma.⁷

Autoritet se shvaća i kao svojstvo osobe da čini legitimnim radnje učinjene u svoje ime. Tako Max Weber, jedan od najvećih društvenih teoretičara 20. stoljeća, razlikuje tri vrste autoriteta: racionalno-legalni (u kojem se legitimitet osigurava pravnim pravilima), tradicionalni (legitimitet osigurava duga tradicija) i karizmatički⁸ koji se razlikuje od drugih po visokom stupnju vezanosti uz određenu osobu. Weberovo zalaganje za karizmatički autoritet vezano je s političkim prilikama u Njemačkoj nakon Prvog svjetskog rata, u kojima Weber traži temeljitu

bilo što su jedni samo tada doista sretni kada se mogu podati i podčiniti nekom autoritetu, i to utoliko više ukoliko je to podavanje i podčinjavanje strože i bezobzirnije, bilo što se drugi ponašaju odbojno i prkosno, i to čim treba da se podčine nekim naredbama pa bile one i najumnije i za njih same najsvrsishodnije (Fromm, E., *Autoritet i porodica*, Naprijed, Zagreb, 1980., str. 75).

³ Raz, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, 2. izd., University Press, Oxford, New York, 2009., str. 1.

⁴ *Pravni leksikon*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007., str. 57.

⁵ Raz, J. (ur.), *Authority*, New York, New York University Press, 1990., str. 3.

⁶ <http://plato.stanford.edu/entries/authority> (na dan 09. 10. 2012.).

⁷ http://ivr-enc.info/index.php?title=Joseph_Raz's_Legal_Philosophy (na dan 10. 11. 2012.). Najznačajniji Razovi radovi o autoritetu su: Raz, J., *Authority*, op. cit. (bilj. 4); Raz, J., *Authority of Law...* op. cit. (bilj. 2); Raz, J., *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

⁸ *Pravni...*, op. cit. (bilj. 3), str. 56. Razlikovanje tih triju vrsta autoriteta široko je prihvaćeno u društvenim znanostima.

demokratizaciju Njemačke i zamišlja demokraciju u kojoj samo jaki karizmatički vođe mogu pobijediti na izborima i kontrolirati svemoguću birokraciju.⁹

Autoritet, u pravu ili uopće, posebno je obrađen u literaturi. Pored Raza, ističemo još neke relevantne autore, čiji su radovi objavljeni od 90-ih godina prošlog stoljeća: J. Derrida, A. Marmor, B. Russell, A. Aarnio, A. Buchanan, T. Lovell, T. Christiano, G. Agamben, S. Sassen, P. McKinley Brennan, D. M. Estlund, S. Hershovitz, D. Smith.¹⁰

U ovom radu prvenstveno se bavimo autoritetom sudova,¹¹ i to s dvaju aspekata: bavimo se autoritetom što ga sudovi imaju sami po sebi, budući da svojim odlukama meritorno odlučuju o pravima i obvezama stranaka u sporu (ne ulazeći u kvalitetu njihovih odluka),¹² te autoritetom koji proizlazi iz vrsnoće njihovih odluka i koji razmatramo kroz njihovo korištenje argumenta autoriteta.¹³ Istaknimo da pod ovim drugim aspektom autoriteta zapravo podrazumijevamo pozivanje na odluke drugih sudova, jer je upravo taj drugi sud autoritet. Ukazat ćemo na značenje tog argumenta u hrvatskom pravu, koje pripada europskokontinentalnom pravnom sistemu, i nosi bitne značajke tog sistema. U hrvatskom pravu ovaj se argument relativno često koristi (u odnosu na druge argumente) – i upotrebljavaju ga sudovi

⁹ <http://plato.stanford.edu/entries/weber> (na dan 12. 11. 2012.).

¹⁰ Derrida, J., "Force de loi: Le Fondement mystique de l'Autorite", *Cardozo Law Review*, vol. 11, br. 5-6, 1990., str. 920-1045; Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992., posebno str. 103-123 i 155-184; Russell, B., *Authority and the Individual*, Routledge, New York, 1995.; Aarnio, A., *Reason and Authority: A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Ashgate, Dartmouth (etc.), 1997.; Buchanan, A., *Justice, Legitimacy and Self-Determination*, Oxford, Oxford University Press, 2003.; Lovell, T., "Resisting with Authority: Historical Specificity, Agency and the Performative Self", *Theory, Culture & Society*, vol. 20, br. 1, 2003., str. 1-17; Christiano, T., "The Authority of Democracy", *Journal of Political Philosophy*, vol. 12, br. 3, 2004., str. 245-270; Agamben, G., *State of Exception*, University of Chicago Press, Chicago, 2005.; Sassen, S., *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages*, Princeton University Press, Princeton, 2006.; Brennan, P., McKinley, "Locating Authority in Law, and Avoiding the Authoritarianism of 'Textualism'", *Notre Dame Law Review*, vol. 83, br. 2, 2008., str. 761-799; Estlund, D. M., *Democratic Authority: A Philosophical Framework*, Princeton University Press, Princeton, 2008.; Hershovitz, S., "The Role of Authority", *Philosophers' Imprint*, vol. 11, br. 7, 2011., str. 1-18, dostupno na: <http://quod.lib.umich.edu/cgi/p/pod/dod-idx?c=phimp;idno=3521354.0011.007> (na dan 10. 08. 2012.); Smith, D., "Must the Law be Capable of Possessing Authority", *Legal Theory*, vol. 18, br. 1, 2012., str. 63-108.

¹¹ U tom smislu, sudski autoritet jedna je od podvrsta autoriteta unutar države; postoje još zakonodavni autoritet, izvršni autoritet i upravni autoritet; dostupno na: <http://plato.stanford.edu/entries/authority> (na dan 09. 10. 2012.).

¹² Naravno, sudovi ne donose samo meritorne odluke, već isto tako i čitav niz procesnih odluka koje se tiču procesnih pretpostavaka prije nego što ulaze u sam meritum spora, odnosno postupka. Procesne odluke mogu onemogućiti ulaženje u meritum i ostvarenje materijalnog prava, npr. kada se zbog nedostatka pozitivnih procesnih pretpostavaka ili postojanja negativnih procesnih pretpostavaka tužba u parničnom postupku odbacuje (vidi Dika, M./S. Triva, *Građansko parnično procesno pravo*, VII. izm. i dop. izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 30) ili kada se zbog pomanjkanja procesnih pretpostavaka obustavlja kazneni postupak u slučaju da tužitelj odustane od progona (vidi Krapac, D., *Kazneno procesno pravo. Knjiga prva: Institucije*, Informator, Zagreb, 2012., str. 285).

¹³ Naravno, vrsna sudska argumenatacija znači i upotrebu drugih argumenata kao što su *argumentum a contrario*, *argumentum a simile*, *argumentum a fortiori*, ciljni argument, sistematski argument, argument prirode stvari, argument razumnog zakonodavca itd.

svih stupnjeva.¹⁴ Jedan od aspekata argumenta autoriteta, na koji ćemo ukazati bez šireg elaboriranja, jest i pozivanje na odluke Europskog suda za ljudska prava (dalje: Europski sud). Naime, hrvatski suci dužni su nacionalno pravo tumačiti u skladu s pravom Europske unije (dalje: EU). Posebno je bitno pravo sadržano u odlukama Europskog suda, budući da je taj sud mjerodavan za tumačenje odredaba Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: Europska konvencija).¹⁵ Zbog članstva u EU, počevši od 2003. godine izvršeni su važni i brojni zahvati u naše nacionalno pravo s ciljem da pravna rješenja budu usklađena s onima EU.¹⁶ Ustavni sud Republike Hrvatske (dalje: Ustavni sud RH) ima značajnu ulogu u primjeni prava EU, dok se za redovne sudove ne može reći da u dovoljnoj mjeri primjenjuju to pravo.¹⁷ Ipak, kako pravni teoretičari nalaze, ostvaruju se određeni pomaci nabolje u dodatnom obrazovanju sudaca putem Pravosudne akademije. Tome pridonose odredbe Zakona o sudovima (dalje: ZS),¹⁸ prema kojima je sudac dužan stalno se stručno usavršavati i sudjelovati u programima obrazovanja i usavršavanja Pravosudne akademije.¹⁹ Smatramo da je nedovoljna primjena prava EU od strane hrvatskih sudova jedan problem, a drugi je donošenje odluka koje se zasnivaju na lošoj argumentaciji, što je jedan od glavnih razloga smanjenja autoriteta sudova.

¹⁴ Da se argument autoriteta relativno često koristi, tvrdimo na temelju našeg istraživanja o upotrebi argumenata koje su hrvatski sudovi koristili u svojim odlukama devedesetih godina 20. stoljeća, ali i kasnije. To istraživanje pokazuje da je argument autoriteta po svojoj učestalosti, zajedno s ciljnim argumentom i argumentom općih načela, na drugom mjestu sa 3,8 %. Određivanje "argumenta autoriteta" jedna je od središnjih tema ovog rada, te o tome vidi infra, pogl. 3, str. 10 i d. i pogl. 5, str. 24 i d. Ovdje ćemo pak početno odrediti ovaj argument kao argument prema kojemu se nekoj pravnoj odredbi pridaje ono značenje koje su joj pridali takvi ugledni subjekti kao što su to pravni znanstvenici i sudovi (u sudskoj praksi, odnosno precedentnom sistemu). „Ciljnim argumentom“ dolazi se do zaključka o najboljem značenju pravnih normi, a najbolje značenje jest ono koje najpotpunije ostvaruje cilj norme. Kod „argumenta općih načela“ radi se o zaključivanju o primjeni nekog pravnog načela na subjekt koji se nalazi u bitno sličnom odnosu prema onom subjektu čija su prava ili obveze postavljene pravnom odredbom. Istraživanje je provedeno u knjizi: Ž. Harašić, *Sudska argumentacija*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 2010.

¹⁵ Europska konvencija objavljena je u „Narodnim novinama – Međunarodni ugovori“, br. 18/97 od 28. 10. 1997. (s odgovarajućim protokolima), a pročišćeni tekst objavljen je u „Narodnim novinama – Međunarodni ugovori“, br. 6/99 od 18. 05. 1999. (s integriranim Protokolom 11). Europska konvencija stupila je na snagu u odnosu na Republiku Hrvatsku 05. 11. 1997.

¹⁶ Nove države članice moraju u cijelosti prihvatiti pravnu stečevinu EU (*acquis communautaire*), pod kojom podrazumijevamo cjelokupno zakonodavstvo i praksu EU, a obuhvaća sva prava i obveze država članica i institucija EU, <http://www.ijf.hr/pojmovnik/stecevina.htm> (na dan 15. 02. 2013.).

¹⁷ U tome smislu predsjednica Ustavnog suda Republike Hrvatske – Jasna Omejec – ukazuje na značenje Ustavnog suda RH u primjeni prava EU i kritizira rad redovnih sudova zbog nedovoljne primjene istog, te kaže: "Ustavni sud ne donosi nijednu odluku, a da prethodno ne prouči mjerodavnu praksu Europskog suda. On je dosljedno primjenjuje već godinama. Nažalost, domaći sudovi to još uvijek ne čine. Time izravno krše međunarodne obveze koje smo preuzeli ratifikacijom Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava... Ustavni sud pokušava "spašavati" stvari koliko god je to moguće, vraćajući predmete na ponovni postupak sudovima, objašnjava im europske pravne standarde koji se moraju primijeniti, ali stalno nailazi na nerazumijevanje, otpore i kritike, i pravosuđa, i politike, i medija, i javnosti." (Omejec u tjeđniku "Aktual", br. 28 od 13. 12. 2011., str. 20. Citirano prema Ljubanović, B., "Pošteno suđenje kao temelj sudačke etike", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 49, br. 3, 2012., str. 453, 454).

¹⁸ Zakon o sudovima, *Narodne novine*, br. 28/13.

¹⁹ Tako npr. Ljubanović, B., op. cit. (bilj. 16), str. 454.

2. SUD KAO AUTORITET

Koja je uloga sudova? Danas se od sudova, kao i od drugih institucija, traži da budu funkcionalni i da služe javnom dobru. Prema tome, i od suca se traži da prevlada svoj osobni interes. Navedimo neka mišljenja o sudačkoj funkciji iznesena u modernoj literaturi. Tako Owen Fiss naglašava da, iako su suci različiti u svojim osobnim karakteristikama, imaju “sposobnost da naprave poseban doprinos našem društvenom životu”²⁰ Lawrence Baum uzima da suci djeluju u općem dobru i onda kad imaju političke sklonosti, jer je politika upravljena općem dobru.²¹ Slično argumentira i Richard Posner kad kaže da je ono što najviše motivira suce volja da budu dobri suci.²² Već je i Holmes u 19. stoljeću u “The Path of the Law”, govorio o “dobrom čovjeku” (*good man*) i “lošem čovjeku” (*bad man*), od kojih posljednji “brine samo o posljedicama” svojih radnji i odbija druge razloge za svoje djelovanje.²³

Na instituciju suđenja utjecala su shvaćanja o odnosima suca i zakonodavca, koja su se bitno promijenila početkom 20. stoljeća. Naime, u 19. stoljeću dominantna ideologija bila je Montesquieuova doktrina o podjeli vlasti, prema kojoj je zadatak zakonodavca bio da formulira jasne i nedvosmislene norme, dok je zadatak sudbene vlasti bio da ih primijeni na konkretne slučajeve. Iz dogme da samo zakonodavac može stvarati pravo proizlazila je pretpostavka da je zakon potpun (dakle da nema pravnih praznina) i da zakonodavac može donositi zakone koji su jednostavni, jasni i laki za primjenu. Kako bi značenje zakona bilo razvidno, ne bi bilo potrebe ni za interpretacijom, već bi sudac samo trebao podvesti relevantne činjenice konkretnog slučaja pod opće pravne norme. Međutim, na samom prijelazu stoljeća, polazi se od toga da zakonodavac ne može predvidjeti sve moguće slučajeve izazvane dinamikom društvenog života, nego se mora ograničiti na generalno formuliranje pravnih normi, koje onda moraju biti interpretirane da bi se mogle primijeniti, a to znači i stvaralački dopunjavane od njihovih adresata – sudaca, stranaka, upravnih službenika, odvjetnika itd. Treba još reći da, iako je od sredine 19. st. sudska funkcija emancipirana od ceremonije i sekularizirana,²⁴ suđenje još zadržava simboličku funkciju – npr. izgled sudaca s togama i perikama u anglo-američkom pravu (u Americi samo s togama).²⁵ Tu

²⁰ Citirano prema Dagan, H., „Between Rationality and Benevolence: The Happy Ambivalence of Law and Legal Theory“, *Tel Aviv University Law Faculty Papers*, 2010., Paper 113, str. 9.

²¹ *Ibid.*, str. 10.

²² *Ibid.*, str. 11.

²³ Holmes, Oliver, W., “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897., dostupno na: http://constitution.org/lrev/owh/path_law.htm (na dan 17. 04. 2012).

²⁴ Lucien, A., „Staging and Imaginary Institution of the Judge“, *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. 23, br. 2, 2010., str. 185-206. Vidi kod istog i o klasičnoj paradigmi sudskog akta prema kojoj je sud hram, a suđenje ceremonija, te o mističnim, kosmogonijskim i religijskim korijenima suđenja.

²⁵ U Engleskoj i Americi sudac ima veći autoritet nego bilo koja druga profesija. U Engleskoj suci vrhovnih sudova imaju titulu *Ministar of Justice* (Stanojević, O., *Osnovi precedentnog prava (Common Law)*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 1980.).

je i polaganje ruke na Bibliju, tvrdeći da će se govoriti samo istina, ili barem upozoravanje svjedoka da su dužni govoriti istinu, pod prijjetnjom sankcije ako tako ne postupe.

Može se reći da je danas sudska institucija u krizi i da je njezin autoritet upitan.²⁶ Postoji više razloga za to, a mi kao jedan od mogućih razloga nalazimo donošenje “loših odluka” – tj. odluka koje se temelje na lošoj interpretaciji/argumentaciji.²⁷ Jedan od najvećih teoretičara sudskog odlučivanja, Ronald Dworkin, kritizira suca zbog donošenja loših odluka, i to kroz lik Herculesa. Njegov Hercules je sudac koji je pametan, inteligentan i britak i kao takav donosi odluke u najtežim slučajevima, u kojima ne postoji pravna norma koja bi se odgovarajuće primijenila na utvrđeno činjenično stanje (*hard cases*), i stoga on, u takvim slučajevima, iznalazi pravno načelo koje se primjenjuje na konkretan slučaj.²⁸

Međutim, većina slučajeva koji dolaze pred sudove jesu “laki slučajevi” (*clear cases*), pa im barem iz tog razloga (iako nisu teorijski previše zanimljivi), treba posvetiti dužnu pažnju.²⁹ Ne ulazeći dublje u pitanje razgraničenja između “lakih” i “teških slučajeva”, možemo kao kriterij razgraničenja uzeti jednostavnost/složenost interpretacije.³⁰ Tako bismo rekli da su “laki slučajevi” oni u kojima je pravna norma posve ili uglavnom jasna, pa je pod nju moguće podvesti činjenice slučaja bez interpretacije ili s jednostavnijom interpretacijom. Naprotiv, “teški slučajevi” bi bili oni u kojima pravna norma nije jasna, pa je zato potrebija složenija interpretacija. Za potkrepu tvrdnje da “laki slučajevi” prevladavaju u hrvatskom pravu možemo se pozvati na naše istraživanje upotrebe argumenata (koji su sredstva interpretacije) u odlukama hrvatskih sudova iz kojega se vidi

²⁶ O tome vidi: Lucien, A., op. cit. (bilj. 23); Brennan P. McKinley, „Introduction to Civilizing Authority, Society, State and Church“, Villanova University School of Law, 2007.; dostupno na: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1057&context=patrick_brennan&sei-redir=1&r (na dan 18. 04. 2012.).

²⁷ Navedimo dva takva primjera. Jedna od najsrmatnijih presuda, koja je izazvala i podsmijeh javnosti, jest ona što ju je donio sudac u Gospiću 2005. godine, kojom je lokalnog moćnika oslobodio optužbe za silovanje američke košarkašice s obrazloženjem da se guranje prsta u anus može poistovjetiti s rukovanjem; dostupno na: www.index.hr/vijesti/clanak/sudac-kojem-je-prst-u-anus-ist-sto-i-rukovanje-vise-nece-suditi/451997.aspx. (na dan 09.10. 2012.). Žgžranje javnosti izazvao je i slučaj u kojem je vijeće Županijskog suda u Splitu 2006. godine umanjilo kaznu Općinskog suda u Splitu koji je osudio na 2,5 godine zatvora sina tajkuna koji je vozilom jake snage i bez vozačke dozvole, koje mu je darovao otac, 2002. godine usmrtio dvije maloljetne djevojke. Obrazloženje je bilo da osuđenik “dolazi iz obitelji društveno prihvatljivog ponašanja”, dostupno na: <http://www.forum.hr/archive/index.php/t-133426.html> (na dan 09. 10. 2012.). Ne samo da je interpretacija u ovim slučajevima loša, nego se, po našem mišljenju, postavlja pitanje njezine razumnosti.

²⁸ Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Cambridge, 1977. O Herculesu naročito str. 105-130.

²⁹ To je vrlo zgodno izrazio Wróblewski: “Ignoriranje jednostavnih slučajeva uzrokuje veliku nesigurnost... Neposredna prikladnost norme da se odluči standardni slučaj nužan je temelj za normalno funkcioniranje svakog pravnog sustava, pa je povećanje broja faktičnih situacija koje uzrokuju sumnju i stoga potrebu za pravnom argumentacijom jedan od znakova da je nešto loše krenulo u pravnom sistemu.” (Wróblewski J., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, A-TIETO Oy, Helsinki, 1983., str. 34).

³⁰ Naravno, moguće je da slučaj koji je bio „lagan“ u jednoj fazi postupka kasnije postane „težak“ – obično pred sudovima višeg stupnja (povodom pravnih lijekova). Osim toga, može postojati i više varijanti jednostavne ili složene interpretacije.

da su argumenti zastupljeni u malom postotku odluka.³¹ Najčešće zastupljeni argument jest *argumentum a contrario* sa svega 5,3 %, a na drugom mjestu su argument autoriteta i argument općih načela sa 3,8 %.³²

Napominjemo da se argument u procesnopravnoj teoriji nikako ne svodi samo na sredstvo interpretacije pravne norme. Ništa manje nisu važni činjenični sudovi, te zaključivanje i argumentacija pri utvrđivanju činjenica. I nad činjenicama se, da bismo došli do onih koje tvore činjenično stanje, obavlja kvalifikacija koju je nekad zaista teško odvojiti od interpretacije. I činjenični problemi mogu utjecati na karakteriziranje nekog slučaja “lakim” ili “teškim”.³³

Kao još jedan primjer loših odluka možemo navesti one u kojima hrvatski suci ne navode propise na kojima bi trebali temeljiti svoje odluke, a ne radi se o pravnim prazninama. Osim što su ovakve odluke neracionalne, jer nisu obrazložene,³⁴ to u očima stranke koja je dobila takvu odluku, stvara pitanje o stručnosti tog suca, a time i umanjuje njegov autoritet. U tom smislu ide i mišljenje da “kad bi znali da više nemaju doživotno zaposlenje i da im vrijedi reizbor, suci bi možda više vodili računa o rezultatima svojega rada, a manje o interesima svojih “poslodavaca”.³⁵

Ustavni sud RH trebao bi, uz Vrhovni sud Republike Hrvatske (dalje: Vrhovni sud RH), biti najveći autoritet među sudovima. Njegov autoritet proizlazi već iz njegovih funkcija – da, povodom ustavne tužbe, odlučuje o pravima stranaka, i iz funkcije ocjenjivanja ustavnosti i/ili zakonitosti propisa, ali naravno, i iz vrsnoće njegovih odluka. Međutim, ni Ustavni sud RH nije lišen kritika.³⁶ Kako pak tvrde suvremene legitimacijske teorije, građani prihvaćaju sudbene odluke pa makar im se i protivili – i to zato što u ustavnom sudu vide legitimnog aktera odlučivanja. Ovo pak stoga što u određenim okolnostima institucije ustavnosudbenog karaktera osvajaju poziciju moralnog autoriteta pa ih netom osvojena legitimnost pozicionira iznad konkretne politike što im otvara slobodu donošenja nepopularnih odluka.³⁷

³¹ Vidi o istraživanju: Harašić, Ž., *Sudska...*, op. cit. (bilj. 13).

³² Inače, *argumentum a contrario* definiramo kao zaključivanje kojim se iz izričito navedenog suda izvodi drugi ne izričito imenovani suprotan sud. Za određenje „argumenta autoriteta“ i argumenta općih načela“ vidi supra, str. 4, bilj. 13. Ibid., str. 116.

³³ Čini se da je na važnost kvalifikacije ukazao primjerice Pavčnik kad kaže da „slučajevi mogu biti teški“ jer se odnose na složene životne slučajeve gdje je teško ustanoviti koja je grupa pravno relevantnih činjenica (Pavčnik, M., „Legal Decisionmaking as a Responsible Intellectual Activity: A Continental Point of View“, *Washington Law Review*, vol. 72, br. 2, 1997., str. 501). O odnosu interpretacije i kvalifikacije vidi npr. Grubiša, M., *Činjenično stanje u krivičnom postupku*, 2. dop. i izm. izd., Ingormator, Zagreb, 1980., str. 132 i d.

³⁴ Harašić, Ž., „Neracionalnost u sudskim odlukama“, *Pravni vjesnik*, vol. 28, br. 2, 2012., str. 7-20.

³⁵ <http://liderpress.hr/blogovi/pravda-za-sve/87844/> (na dan 25. 06. 2012.).

³⁶ U članku pod nazivom “Pravosuđe – Sramota je biti ustavni sudac?!” navode se riječi profesora ustavnog prava Branka Smerdela: “Poznajem mnogo vrlo sposobnih i uglednih kolega, vrhunskih pravnika, kojima je ispod časti prijaviti se za ustavne suce. U prvom redu jer je vrlo ponižavajuće da sami sebe prijavljuju, a drugo, pokazalo se da se već unaprijed zna tko prolazi pa se nema smisla kandidirati”, dostupno na: <http://www.croatia.ch/tjedan/110903.php> (na dan 25. 06. 2012.).

³⁷ Bačić, A., “Sudac i ustavna demokracija: Dr. sc. Jadranko Crnić kao čuvar ustava”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 46, br. 2, 2009., str. 285. U istom djelu vidi više o prirodni autoritetu ustavne pravde, odnosno o odnosima između demokracije i sudbene vlasti, odnosno ustavnosti.

I Europski sud je, poput Ustavnog suda, specifična izvansudbena institucija. Dok Ustavni sud presuđuje u sporovima u kojima je iscrpljen pravni put pred redovnim sudovima u nekoj zemlji, Europski sud sudi u predmetima u kojima je iscrpljen put i pred Ustavnim sudom. Zanimljivo je kako Europski sud u svojoj odluci shvaća autoritet sudova, odnosno kako on kaže “autoritet sudbene vlasti”.

Iz činjeničnog stanja u presudi proizlazi sljedeće. Sutkinja Općinskog suda u Zagrebu (što je potvrdio i Županijski sud u Zagrebu) kaznila je novčanom kaznom zbog vrijeđanja suda sadašnjeg podnositelja zahtjeva pred Europskim sudom. I Općinski i Županijski sud smatraju da je sadašnji podnositelj zahtjeva u žalbi, koju je uložio protiv prvostupanjske presude zbog izricanja novčane kazne, uvrijedio sud kada je naveo da je presuda u biti donesena bez rasprave, da dijalog između sutkinje i stranke (pri čemu je sutkinja pokazala ljutnju) nije unesen u zapisnik, doveo je u pitanje profesionalnost sutkinje, te rekao da iz presude nije vidljivo je li sud proveo ikakve dokaze. Podnositelj zahtjeva uložio je ustavnu tužbu Ustavnom sudu RH, ali je utvrđeno da je tužba nedopuštena. Podnositelj zahtjeva pokreće postupak pred Europskim sudom, tvrdeći da je izricanje kazne povrijedilo njegovu slobodu izražavanja reguliranu člankom 10. Europske konvencije.³⁸ Europski sud je utvrdio da nije došlo do povrede čl. 10. Europske konvencije, te da “novčana kazna izrečena podnositelju zahtjeva nije nerazmjerna legitimnom cilju koji se teži ostvariti, i to, *održavanju autoriteta sudbene vlasti*” <istakla Ž. H.>. Sam sud tumači navedeni termin na sljedeći način. “Izraz “autoritet sudbene vlasti” osobito sadrži i pojam da sudovi jesu, i da ih šira javnost prihvaća kao primjerene forume za utvrđivanje zakonitih prava i obveza i rješavanje sporova koji se na njih odnose. I nadalje, da šira javnost poštuje i ima povjerenje u sposobnost sudova da ispune tu funkciju – vidi predmet *Sunday Times protiv Ujedinjene Kraljevine* (br. 1), 26. travnja 1979., stavak 55., Serija A br. 30). Rad sudova, koji su jamci pravde i koji imaju temeljnu ulogu u državi vladavine prava, treba uživati povjerenje javnosti. Stoga ga treba štiti od neutemeljenih napada. Međutim, sudovi, kao i sve ostale javne institucije, nisu imuni na kritiku i kontrolu (vidi predmet *Skalka*, naprijed citirano, stavak 34.). Stoga, iako stranke svakako imaju pravo davati primjedbe na pravosuđe kako bi zaštitile svoja prava, njihova kritika nikada ne smije prijeći određene granice (vidi predmet *Saday protiv Turske*, br. 32458/96, stavak 43., 30. ožujka 2006.). Osobito treba jasno razlikovati kritiku i uvredu. Ako je jedina namjera bilo kojeg oblika izražavanja uvrijediti sud, ili članove

³⁸ Prema čl. 10. Europske konvencije, svatko ima pravo na slobodu izražavanja, što obuhvaća slobodu mišljenja i slobodu primanja i širenja informacija i ideja bez miješanja javne vlasti i bez obzira na granice. Ovaj članak ne sprečava Države da podvrgnu režimu dozvole ustanove koje obavljaju djelatnosti radija ili televizije te kinematografsku djelatnost (st. 1.). Kako ostvarivanje tih sloboda obuhvaća dužnosti i odgovornosti, ono može biti podvrgnuto formalnostima, uvjetima, ograničenjima ili kaznama propisanim zakonom, koji su u demokratskom društvu nužni radi očuvanja autoriteta i nepristranosti sudske vlasti (st. 2.).

suda, odgovarajuća sankcija neće, u načelu, predstavljati povredu članka 10. Konvencije (vidi predmet *Kalka*, loc. cit.).”³⁹

Dakle, vidimo da i Europski sud shvaća autoritet sudova ne samo *de iure* – što sudovi imaju kao državni organi po sebi, nego i *de facto* – kada polazi od njihovog utjecaja, te govori o tome da ih šira javnost prihvaća kao primjerene forume za utvrđivanje zakonitih prava, poštuje ih i ima povjerenje u njihovu sposobnost.

3. ARGUMENT AUTORITETA

Dakle, sud je autoritet po sebi, jer odlučuje o pravima i obvezama subjekata u sporu i kvalificira njihova ponašanja kao dozvoljena ili nedozvoljena, te izriče sankcije. Ali sud je autoritet i zbog kvalitete svojih odluka. Pri donošenju odluka sud argumentira – bilo da se poziva ne neke imenovane argumente, ili ih pak ne imenuje,⁴⁰ a jedan od tih imenovanih argumenata je, zbog izričitog pozivanja na odluke koje čine sudsku praksu (kao autoritet) – i argument autoriteta.⁴¹ Kako definirati ovaj argument? Perelman određuje argument autoriteta kao najznačajniju vrstu argumenta ugleda koji koristi postupke ili mišljenja neke osobe ili grupe ljudi kao sredstvo za dokazivanje neke teze.⁴² Takvo određenje argumenta autoriteta može se primijeniti u raznim područjima života. Međutim, nas zanima definicija ovog argumenta u pravu. Prije svega mislimo da treba praviti razliku između načina pojavljivanja tog argumenta u europskokontinentalnom pravnom sistemu (*civil law*) i anglo-američkom sistemu (*common law*) i da se ne može dati jedinstveno određenje ovog argumenta koje bi važilo za oba pravna sistema. Čini nam se da je to pitanje još uvijek prijeporno u literaturi, a osim toga, razlika s obzirom na značenje sudskih odluka jedna je od najvažnijih razlika između ovih sistema. Naime, u europskokontinentalnom pravnom sistemu niži sudovi pozivaju se na odluke viših sudova, koje čine sudsku praksu, ali ne zato što su dužni poštovati te odluke, već zbog kvalitete njihovih stajališta. U anglo-američkom pravnom području niži sudovi pozivaju se na odluke vrhovnih sudova, ali ne zbog vrsnoće u njima izraženih stajališta, već zato što ove odluke – precedenti – imaju značenje formalnih izvora prava, i kaže se da njihovo poštovanje znači ostvarenje načela zakonitosti. Dakle, u anglo-američkom sistemu usvojena je doktrina *stare decisis* prema kojoj su suci obvezni poštovati precedent ustanovljen prijašnjim odlukama.⁴³ Ova doktrina nije uobičajena u europskokontinentalnom sistemu jer krši načelo

³⁹ Europski sud za ljudska prava, *Žugić protiv Hrvatske*, presuda od 31. 05. 2011., zahtjev br. 3699/08.

⁴⁰ Kad kažemo da se sud poziva na “imenovani argument” time mislimo da sud izričito naziva argument njegovim nazivom (npr. ciljni argument), a kad kažemo da sud ne imenuje argument, time mislimo da sud ne naziva argument izričito njegovim nazivom, ali se iz argumentacije suda može zaključiti koji je argument sud upotrijebio.

⁴¹ Smatramo argumentom autoriteta ne samo pozivanje na sudske odluke, već i pozivanje na mišljenja pravnih znanstvenika, koji su također autoriteti, ali u ovom se tekstu ograničavamo na pozivanje na sudske odluke.

⁴² Perelman Ch./L. Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation*, Notre Dame, London, 1969., str 305.

⁴³ <http://en.wikipedia.org/wiki/Precedent> (na dan 16. 01. 2013.).

da samo zakonodavac može stvarati pravo.⁴⁴ Međutim, značenje ovog argumenta se, u odnosu na navedena uobičajena određenja u europskokontinentalnom ili anglo-američkom sistemu – mijenja, a jedan od razloga jest i taj što se mijenja značenje termina “precedent”. Naime, isti termin sve se više upotrebljava i u sistemima kontinentalnoeuropskog prava.⁴⁵ Napominjemo, da ćemo pozivanje na sudsku praksu i pozivanje na precedente smatrati argumentom autoriteta u širem smislu. Međutim, pozivanje na pravne propise kao formalne izvore prava nećemo smatrati argumentom autoriteta. Naime, kako smo naveli, kaže se da pozivanje na precedente znači ostvarenje načela zakonitosti. Međutim, u anglo-američkom sistemu suci se ne pozivaju na zakon, već na precedente (iako je i precedent zbog obveznosti njegova poštovanja od strane nižeg suda formalni izvor prava). Razlika je između pozivanja na zakon i pozivanja na precedente, pa makar ovo posljednje i imalo učinak ostvarenja načela zakonitosti. Da bismo istim terminom obuhvatili i odluke u anglo-američkom sistemu i europskokontinentalnom sistemu, kazat ćemo da odluke vrhovnih sudova funkcioniraju kao model za kasniju odluku,⁴⁶ samo što su u jednom slučaju formalno obvezujući, odnosno obvezuju *de iure* (u slučaju precedentata), a u drugom slučaju nisu strogo obvezujući, odnosno obvezujući su *de facto* (u slučaju sudske prakse).⁴⁷ Na tom tragu je i mišljenje da institut ustaljene sudske prakse predstavlja jedan od pojava oblika precedentnog učinka sudskih odluka.⁴⁸ U literaturi koja razlikuje precedente (u izvornom značenju koje imaju u anglo-američkom sistemu) i sudsku praksu (u izvornom značenju koje ima u europskokontinentalnom pravnom sistemu) daleko je više pozornosti posvećeno precedentima nego sudskoj praksi, iako je kontinentalnoeuropski sistem rasprostranjeniji.⁴⁹

⁴⁴ <http://en.wikipedia.org/wiki/Precedent> (na dan 16. 01. 2013.).

⁴⁵ U prilog toj tvrdnji da je “precedent” termin za presude najviših sudova u sistemima europskokontinentalnog prava, navodimo istraživanje upotrebe argumenata u praksi mađarskih sudova, koje je izvršio Pokol, a u kojem razlikuje pozivanje na sudsku praksu i pozivanje na precedente (Pokol, B., “Statutory Interpretation and Precedent in Hungary”, *Osteuroparecht*, vol. 46, br. 3-4, 2000., str. 262-277, zatim upotrebu termina “precedent” (“Prjudiz”) za presude vrhovnih sudova u Njemačkoj (Raisch P., *Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanones für die praktische Rechtsanwendung*, Müller, Jur. Verl., Heildeberg, 1988., str. 84), te za odluke Vrhovnog suda Nizozemske (*Hoge Road*) – Hazen, O. A., “Precedents in the Netherlands”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11, br. 1, 2007.; dostupno na: www.ejcl.org/111/art111-12.pdf (na dan 10. 11. 2012.). O značenju precedentata u sistemima kontinentalnog prava upućujemo i na komparativnu studiju MacCormick/R. S. Summers (ur.), *Interpreting Precedents*, Ashgate, Dartmouth (etc.), 1997.

⁴⁶ MacCormick, D. N./R. S. Summers, “Introduction”, u: N. D. MacCormick/R. S. Summers (ur.), *Interpreting Precedents*, Ashgate, Dartmouth (etc.), 1997., str. 1.

⁴⁷ I u nekim zemljama koje pripadaju europskokontinentalnom pravnom području ima slučajeva u kojima su precedenti obvezujući *de iure*. Vidi: Peczenik, A., “The Binding Force of Precedent”, u: N. D. MacCormick/R. S. Summers (ur.), *Interpreting Precedents*, Ashgate, Dartmouth (etc.), str. 461. S druge strane, u anglo-američkom pravnom sistemu, s obzirom na snagu obveznosti (u SAD-u s obzirom na odnose sudova u federalnom uređenju), pojam precedentata nije jedinstven. Tako razlikujemo vertikalne, horizontalne, obvezujuće i uvjeravajuće precedente, <http://en.wikipedia.org/wiki/precedent> (na dan 16. 01. 2013.).

⁴⁸ Štajnpihler, T., *Precedenčni učinak sodnih odločb pri pravnom utemeljevanju*, GV založba, Ljubljana, 2012., str. 19.

⁴⁹ Europskokontinentalno pravo (*civil law*) danas je dominantna pravna tradicija u većem dijelu

Kako smo rekli, razlika u shvaćanju značenja sudske odluke i uloge suca jedna je od najvažnijih razlika između europskokontinentalnog sistema i anglo-američkog sistema. Istaknimo da su, prema nekim mišljenjima (prije svega anglo-američkih teoretičara), u zemljama europskokontinentalnog prava, barem do najnovijih vremena, uloga i značenje sudskih precedenata i način pravnog rasuđivanja bili neznatni u stvaranju prava. Prema tim stajalištima, proces rasuđivanja u kontinentalnom pravu je deduktivan – najprije se postavljaju opća pravila, a zatim se ta pravila primjenjuju na konkretne slučajeve. U angloameričkom pravu suci primjenjuju induktivnu metodu – slučaj prethodi pravilu, te se iz rješavanja slučajeva stvara pravilo za takve buduće slučajeve. U kontinentalnom pravu suđenje ima oblik inkvizitorskog procesa: uloga suca je naglašena – on ima odluku glavnog ispitivača svjedoka i drugih subjekata i derogira ulogu odvjetnika za vrijeme suđenja. Suprotno, u anglo-američkom sistemu sudac samo upravlja postupkom, a odvjetnici su glavni igrači u postupku, uključujući ispitivanje svjedoka i dokazivanje općenito. Nadalje, prema tim mišljenjima, suci europskokontinentalne pravne tradicije imaju manju ulogu u stvaranju, a više u primjenjivanju prava – primjenjuju odredbe kodeksa, dok u zemljama anglo-američkog prava traže među brojnim potencijalno primjenjivim sudskim precedentima, što daje veću mogućnost za kreativnost.⁵⁰

Neki autori razlikuju između argumenta autoriteta i argumenta primjera.⁵¹ Tako Štajnpihler, koji inače smatra da su argument primjera, argument autoriteta i formalna pravičnost oni argumentativni elementi koji zajedno tvore interpretativno načelo koje poznajemo pod oznakom argumenta precedenta, ističe da je bit argumentativne tehnike *ad exemplum* zaključivanje iz konkretnog primjera. Primarno je traženje relevantnih sličnosti u činjeničnom i normativnom kontekstu stvari koje imamo.⁵² U tome se lako prepoznaju tipična pitanja zaključivanja po analogiji. Međutim, razlika između precedenta i analogije jest u tome što precedent uključuje raniju odluku koja se slijedi u kasnijem slučaju, jer su oba slučaja jednaka. Analogija pak uključuje raniju odluku koja se slijedi u kasnijem slučaju, jer je kasniji slučaj sličan ranijem.⁵³ Naravno, pitanje je kada su slučajevi “jednaki”, a kada “slični”.⁵⁴ Za pojam autoriteta i njegovu moć, bitno je da je nositelj precedentnog primjera *sudska odluka*.⁵⁵

Europe, u Srednjoj i Južnoj Americi, dijelovima Azije i Afrike, i nekim područjima anglo-američkog prava svijeta (*common law*), npr. Louisiana, Quebec, Puerto Rico. Vidi: Apple, J. G./R. S. Deyling, *A Primer on the Civil-Law System*, str. 1;

dostupno na: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/CivilLaw.pdf/\\$file/CivilLaw.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/CivilLaw.pdf/$file/CivilLaw.pdf) (na dan 06. 05. 2013.).

⁵⁰ Ibid., str. 36, 37.

⁵¹ Tako Ch. Perelman/L.Olbrechts-Tyteca razlikuju argument autoriteta i argumentaciju pomoću primjera, op. cit. (bilj. 41), str. 305 i 350.

⁵² Štajnpihler, T., op. cit. (bilj. 47), str. 215.

⁵³ <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/> (na dan 10. 11. 2012.).

⁵⁴ <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/> (na dan 10. 11. 2012.).

⁵⁵ Štajnpihler, T., op. cit. (bilj. 47), str. 218.

Tarello podvrstom argumenta autoriteta smatra komparativni argument koji, po njemu, služi da se jednom zakonskom iskazu pridaje ono normativno značenje za koje se drži da je značenje normativnih iskaza nekog drugog pravnog poretka. Taj drugi pravni poredak prihvaća se kao "autoritet".⁵⁶ Čini se da Tarello podrazumijeva pod "drugim pravnim poretkom" skup stranih propisa. Ističemo da ne bismo pozivanje suca na zakon smatrali argumentom autoriteta.⁵⁷ Naime, iako je zakon autoritet, pozivanje na njega ne znači upotrebu argumenta autoriteta, već pridržavanje načela zakonitosti. Mislimo da je u slučajevima pozivanja na zakon ispravnije, kao što to Aarnio čini, govoriti o vrsti argumentacije koja se poziva na autoritet, a ne o argumentu autoriteta.⁵⁸ Smatramo pak da adekvatnije od Tarella govore neki kaznenopravni teoretičari koji poznaju komparativno tumačenje, a najvažnijim aspektom komparativne metode drže korištenje strane sudske prakse ili dostignuća strane kaznenopravne znanosti.⁵⁹

Kakvo mjesto ili ulogu argument autoriteta ima među drugim pravnim argumentima? Tako argumentu autoriteta nalikuju argument kontinuiteta. Sličnost proizlazi iz toga što argument autoriteta u pravilu (ali ne nužno), teži konzerviranju značenja iz prošlosti – ali s važnom razlikom što se argumentom kontinuiteta značenje važeće odredbe ili pojma usklađuje s nekom općom tradicijom pravnog mišljenja, dok se argumentom autoriteta značenje odredbe ili pojma preuzima iz stava nekog uglednog prethodnika.⁶⁰ Ovdje je ugledni prethodnik sud koji je donio uvjerljivu odluku na koju se poziva niži sud.⁶¹ Ako pak argument autoriteta shvatimo kao izraz argumenta dogme, odnosno kao poziv na poštovanje načela zakonitosti, bilo kao pozivanje suca na zakon ili drugi akt, onda argument autoriteta možemo povezati i s još nekim argumentima. Naime, slaganje nižeg pravnog akta s višim jest poštovanje aspekta argumenta *a cohaerentia* – *lex superior derogat legi inferiori*.⁶² Možemo ga povezati i sa subjektivnim ciljnim argumentom

⁵⁶ Tarello, G., "Argumentacija tumačenja i sheme obrazlaganja u pridavanju značenja normativnim tekstovima", *Zbornik za teoriju prava IV.*, Beograd, 1990., str. 239-279 (prijevod dijela knjige *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.), str. 263.

⁵⁷ Slično i Novak koji navodi: "Argument autoriteta znači da viši pravni akt ukida niži (*lex superior derogat legi inferiori*).", Novak, M., *Pravna argumentacija v praksi*, Planet GV, Ljubljana, 2010., str. 99.

⁵⁸ Prema Aarniju, možda najpoznatiji tip argumentacije koja se poziva na autoritet jest onaj koji se poziva na teologijski autoritet. Takav način razmišljanja, po njemu, nije stran ni pravnoj argumentaciji, a odvija se prema sljedećoj shemi: A: "Prema zakonu, ti moraš djelovati ovako."; B: "Nije istina. Možeš li dati argumente za svoje mišljenje?" A: "To tako zakon kaže." Aarnio, A., *Reason and...*, op. cit. (bilj. 9), str. 88.

⁵⁹ Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava*, 3. izm. izd., Zagreb, 2009., str. 97. Prema istom, komparativna metoda u užem smislu sastojala bi se u pronalaženju smisla zakona uspoređivanjem tekstova zakona na raznim jezicima, što je, u stvari, inačica gramatičke metode, koja je kod nas bez većeg značaja (str. 96 i 97).

⁶⁰ Visković, N., *Argumentacija i pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 1997., str. 77.

⁶¹ Ugledni prethodnik kod argumenta autoriteta jest i neki ugledni pravni znanstvenik (ali mi u ovom tekstu, kako smo ranije naveli, prvenstveno promatramo ulogu sudske odluke kao autoriteta).

⁶² Dakle, argument *a cohaerentia* ima tri aspekta: *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali* i *lex superior derogat legi inferiori*, a ovaj posljednji aspekt, zahtijevajući da viši

(argumentom volje tvorca, psihološkim argumentom), po kojem pravnim odredbama i pravnim aktima treba dati ono značenje koje su im davali njihovi tvorcima (podrazumijevajući pod tvorcima zakonodavce, a ne i sudove). Nadalje, povezujemo ga i s historijskim argumentom kao vrstom, odnosno pomoćnim sredstvom subjektivnog ciljnog argumenta. Historijski argument, pod kojim podrazumijevamo istraživanje autorovih motiva za donošenje nekog pravnog akta i svih materijala iz kojih bi se mogli zaključiti motivi njihovih tvorca – uključuje argument pripremljenih radova, argument zapisnika itd.⁶³ Od volje tvorca polazi i autentično tumačenje – izjašnjavanje samih tvorca o značenju vlastitih pravnih akata.

I u hrvatskom pravnom sustavu, koji pripada europskokontinentalnim sistemima, usvojeno je opće pravilo da odluka suda u konkretnom predmetu ne vezuje izraženim pravnim shvaćanjem ni sud koji je odluku donio, ni ostale sudove.⁶⁴ To opće pravilo, po stajalištu procesne teorije, osigurava slobodu i nezavisnost sudaca.⁶⁵

Međutim, od općeg pravila o nevezanosti nižih sudova postoje izuzeci. Prvo, sud kojemu je u povodu revizije predmet vraćen na ponovno suđenje vezan je u tom predmetu pravnim shvaćanjem na kojemu se temelji rješenje revizijskog suda kojim je ukinuta presuda nižih sudova.⁶⁶ Drugo, kada Ustavni sud RH, povodom ustavne tužbe, prihvati tužbu i osporeni akt ukine, pri donošenju novog akta nadležna tijela obvezna su poštovati pravna stajališta Ustavnog suda izražena u odluci kojom se ukida akt kojim je povrijeđeno ustavno pravo podnositelja ustavne tužbe.⁶⁷ Treće, isto tako su i sudovi za koje je Europski sud našao da su povrijedili koje ljudsko pravo ili slobodu, dužni u ponovljenom postupku poštovati pravna stajališta izražena u konačnoj presudi Europskog suda.⁶⁸ Mišljenje je, iako se stajališta revizijskog vijeća Vrhovnog suda RH ne bi mogla kvalificirati kao klasični precedent anglo-američkog prava, da će njihova primjena tražiti rješenja koja u mnogim elementima slična na one koji se javljaju u primjeni klasičnih precedenata,⁶⁹ a ima i stajališta da su odluke Ustavnog suda RH i Europskog suda *de facto* presedani.⁷⁰ Kako smo spomenuli, Štajnpihler smatra da čitav institut sudske prakse, dakle, čak i kad se ne radi samo o propisanoj obvezatnoj vezanosti nižih sudova za stajališta viših, ima precedentni učinak.⁷¹

propis ukida niži, predstavlja načelo zakonitosti.

⁶³ Visković, N., op.cit. (bilj. 59), str. 71, 72.

⁶⁴ Triva, S./M. Dika, op. cit. (bilj. 11), str. 42.

⁶⁵ Loc. cit.

⁶⁶ Odredba čl. 394a ZPP-a.

⁶⁷ Triva, S./M. Dika, op. cit. (bilj. 11), str. 43.

⁶⁸ Loc. cit.

⁶⁹ Triva, S./M. Dika op. cit. (bilj. 11), str. 121.

⁷⁰ Nakić, J., „Presedani i pravni sustav Republike Hrvatske“, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i prakse, Godišnjak 17*, Zagreb, 2010., str. 391.

⁷¹ Štajnpihler, T., op. cit. (bilj. 47), str. 19.

Slažemo se sa stavom da se u drugoj i trećoj situaciji za vezanost sudova za stajališta specifičnih izvansudbenih institucija mogu naći opravdanja koja se odnose na prevagu nad postulatom sudačke nezavisnosti, što nije slučaj u prvoj situaciji.⁷² Međutim, hrvatski ZS, kao izuzetak od općeg pravila o nevezanosti nižih sudova stajalištima viših sudova, predviđa još dvije situacije vezanosti pojedinih sudova. Naime, “pravno shvaćanje prihvaćeno na sjednici svih sudaca odnosno sudskog odjela Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske i sjednici odjela županijskog suda obvezno je za sva drugostupanjnska vijeća ili suce pojedince tog odjela, odnosno suda.”⁷³ Opće pravno shvaćanje prihvaćeno na općoj sjednici Vrhovnog suda Republike Hrvatske obvezatno je za sva vijeća toga suda.⁷⁴ Čini nam se da spomenuti slučajevi vezanosti nižih sudova za odluke viših – njih pet – dosta ograničavaju djelovanje općeg pravila o nevezanosti nižih sudova za stajališta viših.⁷⁵

Dakle, sudovi kroz sudsku praksu stvaraju nova rješenja. Kreativnost sudske prakse naročito je dolazila do izražaja u bivšem jugoslavenskom pravu kada su sudovi bili upućeni na pravna pravila iz zakona koji su bili na snazi do 6. travnja 1941. ako se ne protive novom pravnom poretku.⁷⁶ Procesna teorija smatra da je danas u hrvatskom pravnom sustavu značenje kreativnosti sudske prakse neadekvatno izraženo, jer postoji obveza Vrhovnog suda RH da objavljuje sudske odluke – ali ne sve nego samo važnije. Ističe se da to ne pridonosi poznavanju prava takvog kakvo zaista živi, što je istinsko i jedino postojeće pravo. Osim toga, to ne pridonosi niti efikasnom osiguravanju jedinstvene primjene zakona na jedinstvenom pravnom području. Tek potpuno, beziznimno i iscrpno objavljivanje svih odluka vrhovnog suda i drugih najviših sudbenih instancija, kao što već u pravilu nastoji raditi Ustavni sud, moglo bi pridonositi ostvarenju tog zadatka, odlučnog za ostvarivanje pravnog poretka.⁷⁷

Treba li sudovima, u slučajevima kada odluka ne može biti u potpunosti pokrivena pravnim normama, dati diskreciju i vodi li ona u arbitrarnost?⁷⁸ Postoji stajalište da diskrecija vodi k arbitrarnosti i da zato sucima ne treba dati diskreciju. Po istima protiv širenja diskrecijske ovlasti sudaca ide i borba za

⁷² Triva, S./M. Dika, op. cit. (bilj. 11), str. 43.

⁷³ Čl. 40., st. 2. ZS-a, Narodne novine, br. 28/13.

⁷⁴ Ovakvo rješenje kad sam sebe obvezuje nalikuje tzv. horizontalnim precedentima anglo-američkog prava; <http://en.wikipedia.org/wiki/Precedent> (na dan 16. 01. 2013.).

⁷⁵ I u drugim pravnim sistemima europsko-kontinentalnog prava postoje slučajevi u kojima su presude viših sudova formalno obvezujuće za niže sudove, tj. obvezujući su *de iure*. O tome više vidi: Peczenik, A., “The Binding Force...”, op. cit. (bilj. 46), str. 461 i d.

⁷⁶ Triva, S./M. Dika, op. cit. (bilj. 11), str. 42.

⁷⁷ Triva, S./M. Dika, op. cit. (bilj. 11), str. 44. Web-stranica na kojoj Ustavni sud RH objavljuje svoje odluke jest www.usud.hr (na dan 22. 02. 2013.).

⁷⁸ Po Alexyju, to se pitanje postavlja ne samo u slučajevima kada odluka ne može biti pokrivena pravnim normama nego i kada ne može biti pokrivena i pravilima pravne metode i doktrinama pravnog dogmatizma. Alexy, R., *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Clarendon Press, Oxford, 1989., str. 5.

načelo zakonitosti (i sigurnosti).⁷⁹ Teorijske osnove za sudsku arbitrarnost ovi autori nalaze u školi slobodnog prava, i kasnije fanatičkom misticizmu koji se izražava kroz „*Fuhrerprinzip*“, prema kojemu suci primjenjuju pravnu normu kao volju nacionalnog lidera.⁸⁰ Iskustvo je pak pokazalo da je sudska arbitrarnost mnogo opasnija od zakonodavne arbitrarnosti.⁸¹

Navodimo i protivan stav da to što se sucu daju diskrecijska ovlaštenja ne znači ujedno i arbitrarnost. Tako se u hrvatskoj procesnoj teoriji smatra da se u situacijama kada zakon ne određuje nikakva pravila postupanja, ne može govoriti o sistemu arbitrarnog postupanja. Naime, sudac svoj izbor mora opravdati u obrazloženju svoje odluke; stranke mogu kritizirati njegov izbor; viši sud ima pravo ukinuti odluku kad nađe da je niži sud pri odabiru procesnih metoda upotrijebio one koje nisu u skladu s duhom procesnog sistema.⁸² Dworkinovo je mišljenje da u „teškim slučajevima“ (*hard cases*), u kojima sudac svoju odluku temelji na načelima, i baš zbog mogućnosti primjene načela, otpada potreba za diskrecijom suca.⁸³ Polazi se i od toga da sudska diskrecija nije nužna, naročito u europskokontinentalnom sistemu, jer su suci, barem u teoriji „operatori“ sistema osmišljenog od strane pravnih znanstvenika i sagrađenog od strane zakonodavca i postoji samo jedno ispravno rješenje pravnog problema.⁸⁴

U presudama hrvatskih sudova mogu se naći situacije u kojima se sud poziva i na termin “sudska praksa” i na propis.⁸⁵ Pozivanje na “sudska praksu” bez navođenja o kojoj se odluci radi ili gdje je ona objavljena, za adresate laike predstavlja problem ako žele doći do odluka od kojih se sastoji sudska praksa. Naprotiv, situacije u kojima se sud poziva i na propis i na sudsku praksu, navodeći u kojoj je odluci objavljena, na neki način osnažuje odluku i znak je da sudac prati (sve opsežniju) sudsku praksu, te da se trudi što uvjerljivije obrazložiti svoju odluku.

Osim toga, u novijim presudama hrvatskih sudova upotreba argumenta autoriteta pokazuje se u stanovitom smislu specifičnom u odnosu na upotrebu drugih argumenata. Naime, dok se ostali argumenti u najvećem broju slučajeva ne imenuju, suci upotrebljavaju termin “sudska praksa” ili razne varijante tog termina, kao npr. “ustaljena sudska praksa” ili “važeći pravni stav”, što se može

⁷⁹ Cappelletti, M./J. H. Merryman/J. M. Perillo, *The Italian Legal System. An Introduction*, Stanford University Press, Stanford, California, 1967., str. 154.

⁸⁰ Loc. cit.

⁸¹ Loc. cit.

⁸² Triva, S./M. Dika, op. cit. (bilj. 11), str. 119.

⁸³ U slučajevima u kojima ne postoji pravna norma na temelju koje bi sudac mogao riješiti slučaj, jedna od stranaka ima pravo da slučaj bude riješen u njezinu korist. Dužnost je suca da i u takvim „teškim slučajevima“ otkrije koja su prava stranaka (tzv. *right thesis*), a ne da, kao što drže Hart i pravni pozitivisti, retrospektivno stvara nova prava. Vidi: Dworkin, R., op. cit. (bilj. 27), str. 81, 82. Međutim, ni sam Dworkin ne negira svaku potrebu diskrecije (ibid., str. 31, 32).

⁸⁴ Apple, J. G./R. S. Deyling, op. cit. (bilj. 50), str. 30.

⁸⁵ U spomenutom istraživanju u: Harašić, Ž., *Sudska...*, op. cit. (bilj. 13), str. 99 i d.

smatrati izričitom upotrebom argumenta autoriteta.⁸⁶ Iako se ovdje ne bavimo pozivanjem na mišljenja pravnih znanstvenika, koja također predstavljaju aspekt argumenta autoriteta, istaknimo da je u hrvatskom pravu pozivanje na mišljenja pravnih učenjaka, relativno rijetko.⁸⁷ To je blisko situaciji mađarskih viših sudova, kojoj je, kako kaže Pokol, potpuno strano pozivanje na specijalne monografije ili studije, a vrlo malo je i pozivanja na komentare zakona.⁸⁸ Zato pak pozivanje na sudsku praksu raste.⁸⁹ Dotle je u odlukama njemačkog Vrhovnog suda za građanske parnice pozivanje na literaturu vrlo često – 89,1 % slučajeva, a na precedente još češće – 96,7 %.⁹⁰

Kako smo vidjeli, u hrvatskom građanskom procesnom pravu postoji više oblika (ne)vezanosti nižih sudova za odluke (pravna shvaćanja) viših sudova? Sve oblike vezanosti podijelit ćemo u dvije kategorije: a) prvo ističemo opće načelo prema kojem niži sud prihvaća stajalište višeg suda, iako ga nije dužan prihvatiti, ali ga prihvaća zbog njegove uvjerljivosti i b) niži sud prihvaća stajalište višeg suda jer je to propisom obvezan (postupanje sudova povodom ukidne revizijske odluke, odluke Ustavnog suda RH, odluke Europskog suda, te vezanost za stajališta sudskih odjela i opće sjednice Vrhovnog suda RH, te vezanost za precedente. Situacije pod a) i pod b) zajedno smatramo argumentom autoriteta u širem smislu.

Argumentom autoriteta koriste se sudovi svih razina. Ako pregledamo primjere objavljene sudske prakse iz hrvatskoga prava, vidjet ćemo da su najbrojnije odluke županijskih sudova, čije odluke objavljuju sudovi svih razina, i to, bilo da općinski sudovi objavljuju odluke njima nadređenih županijskih sudova, te u manjoj mjeri odluke Vrhovnog suda RH, bilo da županijski sudovi objavljuju svoje odluke i odluke Vrhovnog suda RH,⁹¹ bilo da Vrhovni sud RH objavljuje svoje odluke i odluke županijskih sudova.⁹²

Ovdje ćemo pokazati upotrebu argumenta u tri slučaja – u odluci Županijskog suda u Splitu, u odluci Ustavnog suda RH, te u pravnom shvaćanju kaznenog odjela VSRH-a.

Primjer 1.

Evo jedne presude Županijskog suda u Splitu, koju koristimo jer u njoj nalazimo četiri oblika vezanosti – tj. pozivanja na druge odluke, i to: a) na odluke

⁸⁶ Varijante upotrebe termina „sudska praksa“ pronašli smo u objavljenim odlukama Županijskog suda u Varaždinu (<http://sudovi.pravosudje.hr/ZSVZ/index.php?linkID=15>, na dan 22. 02. 2013.) i Županijskog suda u Splitu, u: *Zbirka (odabir) parničnih odluka i sentenci*, izdao Općinski sud u Splitu, Parnični odjel, Split, svibanj 2010. Što znači i zašto sudska praksa mora biti „ustaljena“ vidi u: Pavčnik, M., *Teorija prava. Prispevek pri razumevanju prava*, GV Založba, Ljubljana, 2011., str. 272.

⁸⁷ Vidi: Harašić, Ž., op. cit., *Sudska...*, (bilj 13), str. 104.

⁸⁸ Pokol, B., op. cit. (bilj. 44), str. 270.

⁸⁹ Loc. cit.

⁹⁰ Raisch, P., op. cit. (bilj. 44), str. 88, 90.

⁹¹ Ovdje ističemo objavljivanje sudske prakse od strane Županijskog suda u Varaždinu, koji po našem mišljenju to najbolje čini (<http://sudovi.pravosudje.hr/ZSVZ/index.php?linkID=15>, na dan 22. 02. 2013.).

⁹² Sudsku praksu Vrhovni sud RH objavljuje na stranici: <http://sudskapraksa.vsrh/supra/> (na dan 22. 02. 2013.).

županijskog suda, b) na odluku Vrhovnog suda RH c) na odluku Ustavnog suda RH i d) iznošenje stajališta na sjednici Građanskog odjela Županijskog suda u Splitu.⁹³

Ukratko iznosimo činjenično stanje slučaja. Tuženik je tužitelju dao izvanredni otkaz ugovora o radu. Prvostupanjski sud utvrđuje da tužitelj nije počinio teške povrede obveze iz ugovora o radu zbog kojih nastavak radnog odnosa s tuženikom ne bi bio moguć, te poništava tu odluku tuženika i nalaže tuženiku da tužitelja vrati na rad na poslove koje je obavljao prije donošenja odluke o otkazu. Tuženik se žali, ali drugostupanjski sud potvrđuje odluku prvostupanjskog suda.

U postupku je utvrđeno da je tužitelj protiv odluke o otkazu pravovremeno podnio tuženiku zahtjev za zaštitu povrijeđenog prava, tj. uputio je sindikalnom povjereniku tuženika dopis kojim ga je obavijestio o namjeravanoj odluci izvanrednog otkazivanja ugovora o radu. Tuženik je tri dana od primitka te obavijesti donio odluku o otkazu o radu, sindikalni povjerenik se pak nakon još tri dana očitovao da nije suglasan s namjerom otkazivanja ugovora o radu.

Suci su našli da se u ovom slučaju primjenjuju odredbe Zakona o radu (dalje: ZR)⁹⁴ koje propisuju da se poslodavac prije donošenja odluke važne za položaj radnika mora s radničkim vijećem savjetovati o namjeravanoj odluci, te mu mora priopćiti podatke važne za donošenje odluke o sagledavanju njezina utjecaja na položaj radnika;⁹⁵ podaci o namjeravanoj odluci moraju se dostaviti radničkom vijeću potpuno i pravodobno, tako da mu se omogući da daje primjedbe i prijedloge kako bi rezultati rasprave stvarno mogli utjecati na donošenje odluke;⁹⁶ ako sporazum poslodavca s radničkim vijećem nije drugačije odredio, određeno radničko vijeće dužno je u roku od 8 dana, a u slučaju izvanrednog otkaza, u roku od 5 dana, dostaviti svoje očitovanje o namjeravanoj odluci poslodavcu;⁹⁷ ako kod poslodavca nije utemeljeno radničko vijeće, sindikalni povjerenik ima sva prava i obveze radničkog vijeća propisane zakonom;⁹⁸ odluka poslodavca donesena protivno odredbama zakona o obvezi savjetovanja poslodavca s radničkim vijećem jest ništava.⁹⁹

Na temelju utvrđenog činjeničnog stanja i primjene pravnih odredbi, sud je zaključio da tuženik nije postupio u skladu s odredbama zakona, jer je odluku o izvanrednom otkazu ugovora o radu donio ne čekajući da protekne rok od 5 dana u kojem se sindikalni povjerenik trebao izjasniti o namjeravanoj odluci, te je takvu odluku proglasio ništavom.

⁹³ Gžp-166/2012, Županijski sud u Splitu, 28. veljače 2012.

⁹⁴ Zakon o radu, „Narodne novine“, br. 39/95, 54/95, 65/95, 17/01, 82/81, 114/03 i 137/04.

⁹⁵ Čl. 145., st. 1. ZR-a.

⁹⁶ Čl. 145., st. 3. ZR-a.

⁹⁷ Čl. 145., st. 4. ZR-a.

⁹⁸ Čl. 148., st. 3. ZR-a.

⁹⁹ Čl. 145., st. 11. ZR-a.

Na koje se sve odluke sud poziva i o kojim se slučajevima vezanosti radi? Evo navođenja suda. “U nizu odluka ovog *Županijskog suda* (Gž-5284/04, Gž-2325/06, Gž-5463/08), te odluka *Vrhovnog suda RH* (Rev-500/10, Rev-14/07 i Rev 655/05), izraženo je upravo navedeno pravno stajalište po kojem su odluke o izvanrednom otkazu ugovora o radu donesene prije isteka roka u kojem je sindikalni povjerenik bio ovlašten očitovati se sukladno odredbama članka 145., stavka 11. ZR-a, nezakonite odnosno ništave.

U odluci broj U-III/350/07 od 9. ožujka 2011. godine (“Narodne novine” broj 36/11) *Ustavni sud RH* izjasnio se da zauzimanje drugog pravnog stajališta u presudi istog županijskog suda od onog stajališta koje je zauzeto u ranijoj presudi istog suda donesenoj u predmetu istovjetne činjenične i pravne naravi, predstavlja povredu prava stranke na pravično suđenje zajamčeno odredbama članka 29., točke 1. Ustava RH, osim ako je odstupanje od prethodno iskazanog pravnog stajališta prouzročeno naknadno prihvaćenim *pravnim stajalištem odjela ili sudaca tog suda.*”

Još jedanput sud sumira: “Imajući u vidu pravno stajalište iskazano u nizu odluka ovog suda u predmetima istovjetnog činjeničnog i pravnog supstrata vezano uz primjenu odredaba članka 145. ZR-a (koje je podudarno s pravnim stajalištem izraženim u odlukama *Vrhovnog suda RH* i ustaljenoj *sudskoj praksi*), s obzirom na to da suprotno stajalište nije prihvaćeno na *sjednici Građanskog odjela Županijskog suda u Splitu*, ovaj sud cijeni da je odluka tuženika o otkazu ugovora o radu tužitelju nezakonita i nedopuštena jer je ista donesena suprotno odredbama članka 145., stavka 11. ZR-a.”

Ovakve presude su rijetkost – služe nam za prikazivanje različitih oblika i učinaka vezanosti, a mogu poslužiti i kao ogledni primjerak drugim sudovima, jer pokazuju dobro praćenje sudske prakse (iako, naravno, nije u svakoj presudi moguće navesti više oblika vezanosti).

Primjer 2.

Navodimo dio odluke *Ustavnog suda RH* u kojem se poziva na sudske prakse *Europskog suda*.¹⁰⁰ Kako smo rekli, iako je dužnost redovnih sudova (općinskih, županijskih te *Vrhovnog suda RH*), primjenjivati europsko pravo, oni to, za razliku od *Ustavnog suda*, još uvijek čine nedovoljno.¹⁰¹

U konkretnom predmetu, *Ustavni sud RH* ukinuo je rješenje *Upravnog suda RH* jer je ocijenio da je podnositelj ustavne tužbe, u svojstvu tužitelja u upravnom sporu, bio nerazmjerno onemogućen u svom ustavnom pravu na pristup sudu. Stoga da je došlo do povrede podnositeljeva “prava na sud”, a time i do povrede njegova prava na pravično suđenje zajamčeno *Ustavom*.

Ustavni sud RH, pozivajući se na praksu *Europskog suda*, ovako navodi: “8. Polazeći od okolnosti konkretnog slučaja, *Ustavni sud* ocjenjuje relevantnima načelna pravna stajališta *Europskog suda* za ljudska prava u *Strasbourg* (u

¹⁰⁰ U-III-3937/2011, *Ustavni sud Republike Hrvatske*, 14. prosinca 2011.

¹⁰¹ Vidi supra, str. 5, bilj. 16.

daljnjem tekstu: Europski sud), sadržana u predmetu *Sotiris i Nikos Koutras ATTEE protiv Grčke* (presuda, 16. studenoga 2000., zahtjev br. 39442/98, §§ 12-23.; u daljnjem tekstu: *presuda Sotiris*), u kojem je Europski sud utvrdio povredu prava na pravično suđenje podnositelja zbog toga što je Vrhovni upravni sud odbacio njegovu tužbu kao nedopuštenu. Također ocjenjuje relevantnim načelna pravna stajališta Europskog suda sadržana u predmetu *Beleš i drugi protiv Češke Republike* (presuda, 12. studenoga 2002., zahtjev br. 47273/99, §§ 48-52; u daljnjem tekstu *Presuda Beleš*), u kojem je Europski sud utvrdio povredu prava podnositelja na pravično suđenje zbog toga što su postupovna pravila, vezana uz dopustivost tužbe, bila “konstruirana na takav način da spriječe da podnositeljeva tužba bude ispitana u meritumu” (§ 50. presude).”

Primjer 3.

Kako smo spomenuli, još jedan slučaj obveznosti prihvatanja stavova predstavljaju sjednice sudskih odjela. Propisi predviđaju da pravno shvaćanje prihvaćeno na sjednici svih sudaca odnosno sudskog odjela Vrhovnog suda RH, Visokog trgovačkog suda RH, Visokog upravnog suda RH, Visokog prekršajnog suda RH i na sjednici odjela županijskog suda, obvezuje sva drugostupanjnska vijeća ili suce pojedince tog odjela.¹⁰² Prema ukinutom ZS-u, obveznost prihvaćanja pravnih shvaćanja bila je umanjena time što je obvezatnost prihvaćanja stajališta vrijedila dok odjel Vrhovnog suda RH ne bi zauzeo drukčiji stav.¹⁰³ U važećem ZS-u ne postoji usporediva odredba.

Evo pravnog shvaćanja Kaznenog odjela Vrhovnog suda RH od 3. veljače i 9. ožujka 2009., kojim daje autoritativno tumačenje pojedinih izraza iz općeg dijela Kaznenog zakona.¹⁰⁴

“Radi jedinstvene primjene neodređenih vrijednosti obilježja na pojedina kaznena djela od strane svih sudova, nakon donošenja Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona od 1. siječnja 2009., Kazneni odjel Vrhovnog suda, na sjednici održanoj 3. veljače i 9. ožujka 2009., donio je pravno shvaćanje (broj Su-I k-25/09-5) da zakonsko obilježje imovinska šteta velikih razmjera – kod kaznenog djela zlouporaba nuklearnog ili radioaktivnog materijala – čl. 172., st. 7. KZ-a postoji kad vrijednost prouzročene imovinske štete prelazi 300.000,00 kn.

Ovo pravno shvaćanje primjenjivat će se od 1. siječnja 2009.”¹⁰⁵

U nekim slučajevima Kazneni odjel Vrhovnog suda RH daje i obrazloženje pravnog shvaćanja, pa tako i ovdje.

¹⁰² Čl. 40., st. 2. ZS-a, Narodne novine, br. 28/13.

¹⁰³ Čl. 10., st. 3. Zakona o izmjenama i dopunama ZS-a, Narodne novine, br. 17/04.

¹⁰⁴ Garačić, A./G. Šprajc (priređile), *Državna škola za pravosudne dužnosnike, Sudska praksa*, 27. 09. 2012., 18.10. 2012., 15. 11. 2012.

¹⁰⁵ Napomenimo da je u svezi s kaznenim djelima s neodređenim vrijednostima Kazneni odjel VSRH-a donio pravno shvaćanje dana 27. prosinca 2012. (Su-IV k-4/2012-50) prema kojem zakonsko obilježje „znatna imovinska korist“ ili „znatna šteta“ postoji kada vrijednost štete prelazi 60.000,00 kuna (Zapisnik sa sjednice Kaznenog odjela VSRH-a od 27. prosinca 2012.), što je izazvalo rasprave u stručnoj peridici, tako npr. P. Novoselac, „Sudska praksa“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 20, br. 1, 2013., str. 267 i d.).

“U obrazloženju pravnog shvaćanja navodi se da je, nakon donošenja Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona od 15. prosinca 2008., Kazneni odjel Vrhovnog suda Republike Hrvatske, na sjednici održanoj 3. veljače i 9. ožujka 2009., donio pravno shvaćanje (broj Su-IV k-25/09-5) da zakonsko obilježje – znatna gospodarska šteta – kod kaznenog djela terorizma – čl. 169., st. 1.c. KZ-a postoji kada vrijednost prouzročene štete prelazi 30.000,00 kn, zakonsko obilježje velika razaranja – kod kaznenog djela terorizma – čl. 169., st. 4. KZ-a postoji kada vrijednost prouzročениh razaranja prelazi 300.000,00 kn, zakonsko obilježje imovina većeg opsega – kod kaznenog djela zlouporaba nuklearnog ili radioaktivnog materijala – čl. 172., st. 2. KZ-a postoji kada vrijednost imovine prelazi 100.000,00 kn i zakonsko obilježje imovinska šteta velikih razmjera – kod kaznenog djela zlouporaba nuklearnog ili radioaktivnog materijala – čl. 172., st. 7. KZ-a postoji kad vrijednost prouzročene štete prelazi 300.000,00 kn.”

4. NEGIRANJE AUTORITETA

Autoritet uopće, pa tako i autoritet sudova najviše negira teorija anarhizma, koja zamišlja društvo bez vlasti. Istaknimo stajalište Petera Kropotkina¹⁰⁶ koji, iako se smatra najznačajnijim teoretičarem anarhokomunizma, iznosi stavove koji su zajednički svim varijantama anarhizma. Kropotkin smatra da je pravo beskorisno i štetno. Ljudi gledaju zakon kao sredstvo (lijek) za svako zlo. Zalažu se za ”pravo svugdje i za sve” i izgleda da društvo ne može razumjeti da je moguće postojati bez vladavine prava. Međutim, po njemu, pravo je produkt modernih vremena. Godinama je čovječanstvo živjelo bez pisanog prava. Ljudski odnosi su se ravnali prema običajima i navikama. Sva društva su prošla kroz ovu primitivnu fazu, ali i do današnjeg dana veliki dio čovječanstva živi bez pisanog prava. Čak i među “civiliziranim” narodima vidimo da se uzajamni odnosi stanovnika na selu još uređuju prema starim i općenito prihvaćenim običajima, a ne prema pisanom pravu zakonodavaca.¹⁰⁷

5. ZAKLJUČAK

Pojam autoriteta jedan je od najspornih pojmova u pravnoj i političkoj filozofiji.¹⁰⁸ Ovdje se prvenstveno bavimo autoritetom sudova, i to s dvaju aspekata: prvo, bavimo se autoritetom što ga sudovi imaju sami po sebi, time što svojim odlukama meritorno odlučuju o pravima i obvezama subjekata koji se spore;¹⁰⁹ drugo, bavimo se autoritetom što ga sudovi imaju zbog kvalitete

¹⁰⁶ Pyotr Alexeyevich Kropotkin (1842.-1921.) – ruski znanstvenik, pisac, revolucionar, izvor: <http://biography.yourdictionary.com/peter-alekseevich-kropotkin> (na dan 25. 06. 2012.).

¹⁰⁷ Peter Kropotkin, *Kropotkin's Revolutionari Pamphlets*, Roger N. Baldwin (ed.), Vanguard Press, Inc, 1927., dostupno na: http://dwardmac.pitzer.edu/anarchist_archives/kropotkin/revpamphlets/lawandauthority.htm (na dan 25. 06. 2012.).

¹⁰⁸ Vidi supra, str. 2, bilj. 2.

¹⁰⁹ U tome smislu i Europski sud koristi izraz “autoritet sudbene vlasti”, držeći da sudovi jesu, i da ih

svojih odluka i koji razmatramo kroz njihovu upotrebu argumenta autoriteta, podrazumijevajući pod time pozivanje na odluke viših sudova. Ističemo, iako se time ne bavimo u ovom radu, da je i pozivanje na mišljenja pravnih znanstvenika također vid argumenta autoriteta. Između ovih dvaju aspekata razmatranja sudskog autoriteta postoji i djelomično preklapanje, ali možemo reći da naglasak ipak stavljamo na drugi aspekt – na argument autoriteta. Govoreći o argumentu autoriteta, nužno je poći od uloge presude u dvama velikim pravnim sistemima – kontinentalnoeuropskom i anglo-američkom. O razlici između tih dvaju sistema postoji brojna literatura i cilj ovoga rada nije pridružiti se toj literaturi. Središnje pitanje rada jest može li se dati jedinstveno određenje argumenta autoriteta, tako da njegovo određenje vrijedi za oba sistema. Razmatrajući način pozivanja na odluke viših sudova, koji predstavljaju autoritete, smatramo da se ne može dati jedinstvena definicija argumenta autoriteta. Naime, uobičajeno se smatra da sudovi u europskokontinentalnom pravnom sistemu prihvaćaju stajališta viših sudova, iako to nisu dužni, ali ih prihvaćaju zbog njihove uvjerljivosti. U anglo-američkom sistemu pak vrijedi doktrina *stare decisis* – niži sudovi prihvaćaju odluke viših sudova (sudske precedente) zbog njihove obvezatnosti koje tako poprimaju značenje formalnog izvora prava. Zalažemo se za takvu definiciju argumenta autoriteta prema kojoj bi isti značio pozivanje na sudsku praksu i precedente, ali ne i na pozivanje na zakone (i druge propise). Ovo iz razloga što pozivanje na zakon znači ostvarenje načela zakonitosti. Razlika je između pozivanja na zakon i pozivanja na precedent, neovisno o tome što ovo posljednje ima učinak načela zakonitosti.

Ukazuje se na to da je i u hrvatskom pravnom sustavu, koji pripada europskokontinentalnim sistemima, usvojeno opće pravilo da odluka suda u konkretnom predmetu ne vezuje izraženim pravnim shvaćanjem ni sud koji je odluku donio ni ostale sudove. To opće pravilo, po stajalištu procesne teorije, osigurava slobodu i neovisnost sudaca. Protivno pak tom općem načelu, niži sudovi su u nekim slučajevima obvezni, jer ih propisi na to obvezuju, poštovati pravna stajališta viših sudova.¹¹⁰ Tako neki oblici vezanosti za odluke viših sudova imaju u hrvatskom pravu *de facto* učinak precedenata.

Nadalje, nalazimo da je danas autoritet sudske institucije upitan. Između ostaloga, to vežemo i uz pitanje kvalitete sudskih odluka i kao jedan od mogućih razloga nalazimo donošenje “loših odluka”, čime mislimo na odluke koje se temelje na lošoj interpretaciji/argumentaciji. Još jedan primjer loših odluka, barem hrvatskih sudova, jest nenavođenje propisa na kojima bi se trebale temeljiti njihove odluke. Takve odluke zapravo nisu ni obrazložene, pa onda možemo reći da nisu ni racionalne.

šira javnost prihvaća kao primjerene forume za utvrđivanje zakonitih prava i obveza i rješavanje sporova (u predmetu *Sunday Times protiv Ujedinjene Kraljevine* – vidi supra, str. 9).

¹¹⁰ O slučajevima vezanosti za odluke viših sudova vidi supra, str. 15 i d.

Navodimo još neke osobine upotrebe argumenta autoriteta u praksi hrvatskih sudova. Korištenje ovog argumenta (kao i drugih) pridonosi kreativnosti sudske prakse. Slažemo se sa stavom procesne teorije da je danas u hrvatskom pravnom sistemu značenje kreativnosti sudske prakse neadekvatno izraženo, zbog obveze Vrhovnog suda RH da objavljuje samo važnije, a ne i sve donesene odluke. To ne pridonosi poznavanju prava takvog kako zaista živi, a ne pridonosi ni efikasnom osiguravanju jedinstvene primjene zakona. Možemo konstatirati da ovo ipak ne važi u potpunosti za upotrebu argumenta autoriteta. Naime, odluke u kojima viši sud objavljuje svoja pravna stajališta svakako spadaju u važnije odluke, kao što i odluke nižih sudova koje se pozivaju na odluke viših sudova (kao autoritete) također predstavljaju važnije odluke (koje se zato objavljuju).

Nadalje, u nekim presudama sudovi se prilikom pozivanja na odluke drugih sudova (kao autoriteta) koriste samo terminom “sudska praksa”, bez navođenja o kojoj se odluci radi i gdje je ona objavljena, što laicima adresatima odluka predstavlja problem ako žele doći do takvih odluka.

Istaknimo još da se u presudama hrvatskih sudova upotreba argumenta autoriteta pokazuje u stanovitom smislu specifičnom u odnosu na upotrebu drugih argumenata. Naime, dok se ostali argumenti ne imenuju, tj. ne nazivaju se izričito svojim nazivom (npr. ciljni argument), kod upotrebe argumenta autoriteta suci upotrebljavaju termin “sudska praksa” ili razne varijante tog termina, kao npr. “ustaljena sudska praksa” ili “važeci pravni stav”, što se može smatrati izričitom upotrebom argumenta autoriteta. Isto tako, pitamo treba li sucu, u slučajevima kada odluka ne može u potpunosti biti pokrivena pravnim normama (“teški slučajevi”) dati diskrecijska ovlaštenja i vodi li to u arbitrarnost. Među oprečnim stajalištima, slažemo se sa stavom hrvatske procesne teorije da ne možemo govoriti o arbitrarnom postupanju – zbog dužnosti suca da svoj stav opravda u obrazloženju odluke, te mogućnosti kritiziranja od strane stranaka i ukidanja iste od strane viših sudova. Dodajemo i Dworkinovo mišljenje da u “teškim slučajevima” u kojima sudac temelji svoju odluku na pravnim načelima, i baš zbog mogućnosti primjene načela, otpada potreba za diskrecijom suca.¹¹¹

¹¹¹ Vidi supra, str. 17, bilj. 82.

SOME CONSIDERATIONS OF AUTHORITY OF THE COURTS

In this paper we mostly deals with authority of the courts from two points of view. Firstly, we deals with authority which courts have in itself, because in their decisions principlaly decides about rights and duties of people in dispute (we don't go in the quality of their decisions). Secondly, we deals with the quality of their decisions, primarily through their use of argument of authority. It is difficult to talk about argument of authority without saying what is the role of judgements in two great legal systems – European-continental system (civil law) /traditionally authority is court practice/ and Anglo-American system (common law) /traditionally authority is precedent/. In European-continental system, lower courts invokes to the decisions of higher courts because of their quality. In Anglo-American system, precedents bind lower courts and they are are formal sources of law. Can we define argument of authority uniuqaly for both systems? We are pleading for definition of argument of authority in which argument of authority means invoking to court practice and invoking to precedents, but it doesn't mean invoking to laws. We think that invoking to law means realisation of the principle of legality. There is difference between invoking to law and invoking to precedents, although this last has the effect of legality.

We are showing that some solutions of Croatian lawmaker means exception from the principle of European-continental law in which decisions of higher courts binds lower courts because of their quality, so there are some types of binding decisions of higher courts which have “de facto” effect of precedents.

Key words: *authority, court, court practice, precedent, European-continental legal system, Anglo-american legal system*