

Dr. sc. Žaklina Harašić, docent  
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

## ZAKONITOST KAO PRAVNO NAČELO I PRAVNI ARGUMENT<sup>1</sup>

UDK: 340. 1

Primljeno: 1.02.2010.

Pregledni znanstveni rad

U ovom radu autor razmatra zakonitost s dva aspekta: kao pravno načelo i kao pravni argument. Zakonitost kao pravno načelo čine najviše pravne norme nekog sustava koje izražavaju temeljne vrijednosti s kojima moraju biti u skladu sve ostale pravne norme. Ono zahtijeva suglasnost nižih pravnih akata s višim pravnim aktima, pa tako i u situaciji kada su niži pravni akti sudske odluke. Ta suglasnost se ostvaruje kada sudovi višeg stupnja rješavaju o povredama procesnih i materijalnih odredaba počinjenim od strane nižih sudova na koje stranke ukazuju u pravnim lijekovima. Odlučujući o navedenim povredama sudovi argumentiraju, i to temeljem argumenta zakonitosti. Pri tome se zakonitost može shvatiti kao samostalan argument i kao jedan od argumenata općih načela prava (*analogia iuris*).

**Ključne riječi:** *načelo zakonitosti, argument zakonitosti, argument koji polazi od općih načela prava, povrede procesnog prava, povrede materijalnog prava*

### 1. UVOD

U najširem smislu načelo zakonitosti je zahtjev da pravni akti i sve radnje pravnih subjekata budu usklađeni sa zakonom. Ono je u središtu različitih shvaćanja načela „vladavine prava“ širom svijeta. U osnovi postoje dvije temeljne koncepcije: engleska ideja *Rule of Law*, odnosno američka ideja *Government Under Law*, s jedne strane, te kontinentalnoeuropska, zapravo njemačka ideja *Rechtstaat*, odnosno francuska ideja *État du droit*, s druge strane.<sup>2</sup> Opće je mjesto u pravnoj teoriji da pojam „zakonitosti“ ne znači samo zahtjev da pravni akti budu u skladu sa zakonom, već taj pojam uključuje i zahtjev da i sami zakoni budu usklađeni s aktom koji je po pravnoj snazi iznad njih, dakle s ustavom. Načelo zakonitosti ima dva aspekta – formalnu zakonitost, koja nalaže da niži pravni akt bude donesen od strane organa koji je višim pravnim aktom određen kao nadležan

<sup>1</sup> Ovo je djelomično izmijenjeni tekst izlaganja s međunarodnog znanstvenog skupa „The Central and East European Network of Jurisprudence. The Annual Conference Maribor 2009“, održanog u Mariboru, 14. – 16. svibnja 2009. god., pod naslovom „Principle of legality as an argument in court decisions“.

<sup>2</sup> Bačić, A., „Vladavina prava i institucije kontrole ustavnosti zakona“, u: Crnić, J./N. Filipović (ur.), *Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava. Interpretativna uloga Ustavnog suda*, Organizator, Zagreb, 2000., str. 29. i d.

za njegovo donošenje, te da bude donesen po postupku i u formi koji su također određeni višim aktom, i - materijalnu zakonitost, koja nalaže da niži pravni akt bude sadržajno usklađen s višim.<sup>3</sup> U slučaju da nije ispunjen koji od ovih uvjeta, niži pravni akt je nezakonit – formalno ili/i materijalno. Zakonitost općih pravnih akata ispituju i kontroliraju prije svega ustavni sudovi,<sup>4</sup> dok se zakonitost individualnih pravnih akata štiti putem pravnih lijekova koje stranke podnose u sudskim i upravnim postupcima. U ovom radu prvenstveno nas zanima kontrola zakonitosti sudskih odluka kao individualnih pravnih akata.<sup>5</sup> Tu kontrolu, a time i zaštitu prava stranaka, obavlja sud koji je hijerarhijski viši od onog koji je donio odluku u nižem stupnju, i to na način da viši sud odlučuje o povredama procesnog i materijalnog prava počinjenim od nižih sudova. U prvom slučaju (kod povreda procesnog prava) viši sudovi ispituju formalnu, a u drugom slučaju (kod povreda materijalnog prava) ispituju materijalnu zakonitost.

Donoseći odluke i rješavajući o navedenim povredama materijalnopravnih i procesnopravnih odredaba suci viših sudova argumentiraju. U ovom slučaju argumentiraju temeljem načela, odnosno argumenta zakonitosti. Međutim, na popisima pravnih argumenata (i/ili metoda tumačenja), ne nalazi se, ili nam barem nije poznato da se, kao samostalan argument, nalazi argument zakonitosti. Ne nalazimo ga na najutjecajnijem popisu pravnih argumenata Giovannija Tarella,<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Većina autora koja problematizira načelo zakonitosti razlikuje formalnu i materijalnu zakonitost. Tri zahtjeva formalne zakonitosti (nadležan organ, forma i postupak) ističu npr. Visković, N., *Teorija države i prava*, II. izm. i dop. izd., Birotehnik, CDO, Zagreb, 2006., str. 182., 183.; Vrban, D., *Država i pravo*, Golden marketing, Zagreb, 2003., str. 104.; Perić, B., *Struktura prava*, 12. dop. izd., Informator, Zagreb, 1994., str. 107. i d. Neki autori kod određivanja formalne zakonitosti ističu dva zahtjeva, pa npr. Kelsen smatra da se formalna zakonitost sastoji u tome da više norme određuju stvaranje organa i postupak koji taj organ treba primijeniti (Kelsen, H., *Opšta teorija prava i države*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1951., str. 133.). Ferrajoli pak naročito ističe zahtjev za formom (Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*, Editori Laterza, Roma – Bari, 2007., str. 517. i d.).

<sup>4</sup> Ova kontrola ovisi o tome radi li se o kontroli ustavnosti zakona ili kontroli ustavnosti i zakonitosti podzakonskih akata, te radi li se o zemljama angloameričke ili europske tradicije. Ako se radi o kontroli ustavnosti zakona u SAD-u i drugim američkim državama, obavlja je vrhovni sud unutar redovnog sistema, a u europskim zemljama ustavni sud (drugačije u Velikoj Britaniji, gdje nema krutog ustava i zakon se smatra najvišim pravnim aktom). Ako se pak radi o kontroli ustavnosti i zakonitosti podzakonskih akata, u američkim zemljama provode je redoviti sudovi u sklopu općeg sudskog nadzora nad primjenom zakona. Ali i u europskim zemljama, ako redoviti i drugi sudovi prilikom rješavanja spora ili suđenja za kaznena djela utvrde da su pojedini podzakonski akti ili pojedine odredbe nezakoniti, imaju ih pravo izuzeti od primjene i neposredno primijeniti zakonske odredbe (Smerdel, B./S. Sokol, *Ustavno pravo*, 2. neizm. izd., Zagreb, 2006., str. 169. 2006.: 169.). U ovom posljednjem slučaju radi se o tzv. ekscipiji ilegalnosti koju predviđa i čl. 37. hrvatskog Ustavnog zakona o Ustavnom sudu, „Narodne novine“, br. 99/99, 29/02 i 49/02. Dalje:UZUS.

<sup>5</sup> U individualne pravne akte još spadaju upravna rješenja, pravni poslovi i ukaz šefa države (npr. Visković, N., *Teorija...*, cit., str. 193. i d., Vrban, D., op. cit., str. 331. i d.), s time da je ovaj posljednji visoke pravne snage. U nekim pravnim sustavima moguća je i kontrola ustavnosti individualnih pravnih akata u povodu ustavne tužbe, ako se radi o zaštitu zajamčenih ljudskih prava i sloboda i ako su iscrpljena sva redovna i izvanredna pravna sredstva (Smerdel, B./S. Sokol, op.cit., str. 170). I čl. 62. hrvatskog UZUS predviđa mogućnost zaštite prava putem ustavne tužbe.

<sup>6</sup> Navodimo prema tekstu Tarello, G., „Argumentacija tumačenja i sheme obrazlaganja u pridavanju značenja normativnim tekstovima“, *Zbornik za teoriju prava IV*, Beograd, 1990., str. 239.-279. (prijevod N. Viskovića i S. Šućin, 8. poglavlja, str. 341.-396., toč. 56-75, knjige Tarello, G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè).

niti na isto tako poznatom popisu argumenata Chaima Perelmana.<sup>7</sup> Međutim, na Tarellovoj listi nalazimo argument koji polazi od općih načela (*analogia iuris*). Kako je načelo zakonitosti jedno od općih načela pravnog sistema, to bi slijedilo da i argument zakonitosti treba biti jedan od argumenata općih načela.<sup>8</sup> Zato se, po našem mišljenju, argument zakonitosti može promatrati i kao jedan od argumenata općih pravnih načela i kao samostalni argument putem kojeg suci viših sudova argumentiraju kada rješavaju o povredama prava počinjenim od sudaca nižih sudova.

## 2. ZAKONITOST KAO PRAVNO NAČELO

Nesumnjivo je da su pravna načela jedna vrsta općih pravnih normi. Većina radova koja tematizira odnos između načela i normi još uvijek se pozivaju na Dworkinova stajališta izražena prije svega u glasovitom djelu *Taking Rights Seriously*.<sup>9</sup> Dworkin pravna načela i pravne norme promatra kao vrste pravnih standarda na temelju kojih suci donose svoje odluke i između kojih je razlika samo formalna: norme se primjenjuju prema načelu sve ili ništa: ako postoje činjenice predviđene normom, tada norma važi, te se u tom slučaju rješenje koje nudi mora prihvatiti, ili ne važi, te tada uopće ne pridonosi odluci.<sup>10</sup> Osim toga, za razliku od pravnih načela, koja mogu biti u sukobu, pravne norme ne mogu. Ako je to ipak slučaj, onda jedna od njih ne važi.<sup>11</sup>

Ne svodeći razliku između pravnih načela i pravnih normi samo na formalni kriterij, za sada ćemo reći, da na načelima kao najvišim normama pravnog sustava, koje izražavaju temeljne vrijednosti, moraju biti usklađene i tumačene sve ostale pravne norme.<sup>12</sup>

U čemu se razlikuju pravna načela među sobom? Ako postoje opća načela prava, što su to posebna pravna načela?<sup>13</sup> Ne pojednostavljujući problem, smatramo da su načela uvijek opća, bez obzira koristimo li ili ne u njihovom nazivu pridjev

---

<sup>7</sup> Perelman, Ch./L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La Nouvelle Rhétorique*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1958. Navodimo prema eng. prijevodu *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation* (Wilkinson, J./P. Weaver, University of Notre Dame Press, London, 1969, str. 185-508). Ovdje se izlažu argumenti koji se primjenjuju u pravničkom diskursu i izvan njega.

<sup>8</sup> Na to ukazuje Visković i u tom smislu nadopunjuje Tarellovu listu argumenata (Visković, N., *Argumentacija i pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 1997., str. 59).

<sup>9</sup> Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Cambridge, 1977.

<sup>10</sup> Dworkin, R., op. cit., str. 24.

<sup>11</sup> U slučaju da su pravna načela u sukobu, tada je za razrješenje tog sukoba potrebno uzeti u obzir „relativnu težinu“ svakog načela (Dworkin, R., op. cit., str. 26).

<sup>12</sup> Visković, N., *Teorija...* cit., str. 252. I Van Hoecke kaže da su načela norme koje su izražene u općim terminima, imaju široko područje primjene i izražavaju vrijednosti koje su temeljne za pravni sistem ili njegove dijelove (Van Hoecke, M., *Law as Communication*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2002, str. 160). Više o vrijednostima, *infra*, toč.3., odlomak prvi.

<sup>13</sup> I u međunarodnom pravu se, kao o izvoru prava govori i općim načelima prava (Degen, V. Đ., *Međunarodno pravo*, 2. izd., Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2006., str. 63.).

„opći“. Naime, ona su opća bilo da se odnose na pravo u cjelini, bilo da se odnose na pravo konkretnog pravnog sistema. Složili bismo se s tvrdnjom da se sadržaj pravnih načela razlikuje od sistema do sistema.<sup>14</sup> Na jedan aspekt problema ukazuje nam i sam Tarello. On smatra da se rasprava o prirodi, vrijednosti i upotrebi pravnih načela naročito razvila od izlaženja spomenutog Dworkinovog djela, od kada se manje upotrebljava tradicionalni termin „opća načela prava“, a više se govori o „pravnim načelima“.<sup>15</sup> Spomenuti autori – Dworkin i Tarello – imaju različit stav o značenju pravnih načela u stvarnom odlučivanju. Dworkin drži da ukoliko je sudac dovoljno britak može i u slučajevima kada ne postoji pravna norma koja bi se primijenila na konkretan slučaj (u tzv. *hard cases*) uvijek iznaći pravno načelo i tako riješiti slučaj.<sup>16</sup> Značajnu ulogu pravnim načelima daju i La Torre, Pattaro i Taruffo, koji drže da posljednjih godina o argumentu koji polazi od općih pravnih načela pravni teoretičari vjerojatno najviše diskutiraju (u odnosu na druge argumente) zahvaljujući novom razvoju prava u industrijskim društvima. Smatraju da je pravo dobilo zadatke koje su prije preuzimale druge društvene institucije (poput obitelji), ili koji uopće nisu bili shvaćeni kao „zadaci“ (npr. zaštita prirodne okoline). Pravo se manje uzima kao formalni okvir za akciju koju bi poduzimali pojedinci, a više kao instrument da se postignu specifični ciljevi. Rasprava o pravu nije više o „formi“, nego o „ciljevima“, „politikama“ i „načelima“ i o tome koje od njih preferiramo više, a koje manje.<sup>17</sup>

Tarello pridaje manju ulogu pravnim načelima, i kaže da pravna načela imaju malu operativnu moć zbog neslaganja o njihovoj prirodi i o sadržaju.<sup>18</sup> Tako on ističe da je sve do prve polovine 20. stoljeća moderna doktrina u kontinentalnoj Evropi vodila rasprave o tome radi li se načelima „prirodnog prava“, ili o načelima „prava svojstvenog svim civiliziranim narodima“ ili o načelima izvedenim iz cjeline svih odredaba jednog pozitivnog prava.<sup>19</sup>

U nastavku dajemo nekoliko stajališta iz kojih je vidljivo koje kategorije pravnih načela poznaju autori i koje je mjesto načela zakonitosti među njima.

Aarnio, koji shvaća sudačku aktivnost kao kreaciju, među argumente na kojima sudac može temeljiti svoje odluke, ubraja i opća pravna načela, te spominje dvije vrste načela. Prva su načela koja izražavaju temeljne ideološke vrijednosti pravnog sistema, kao npr. načelo vladavine prava (*rule of law*), načelo privatnog vlasništva, moralna načela na kojima se temelji pojam obitelji, i pretpostavku

---

<sup>14</sup> Summers, R.S./M. Taruffo, “Interpretation and Comparative Analysis”, u: Neil D. MacCormick/Robert S. Summers (ur.), *Interpreting Statutes*, Aldershot (etc.), 1991, str. 468.

<sup>15</sup> Tarello, G., op. cit., str. 269. Isti navodi kako je prvobitnu upotrebu izraza *analogia iuris* otkrio Bobbio.

<sup>16</sup> Takvog suca, koji u svakom spornom slučaju može pronaći načelo Dworkin naziva Herculesom (Dworkin, R., op. cit., naročito str. 105.-130.).

<sup>17</sup> La Torre, M./E. Pattaro/M. Taruffo, “Statutory Interpretation in Italy”, u: N. D. MacCormick/R. S. Summers (ur.), *Interpreting Statutes*, Aldershot (etc.), 1991., str. 223.

<sup>18</sup> Tarello, G., op. cit., str. 270.

<sup>19</sup> Loc. cit.

razumnog zakonodavca.<sup>20</sup> Druga vrsta su opća pravna načela koja su integrirana u važeće pravo. Njih pak dijeli na: a) formalno valjana načela, kao što su temeljna prava sadržana u ustavu, načelo jednakih djelova u nasljednom pravu, načelo zaštite radnika u radnom pravu, načelo dobre vjere u ugovornom pravu; b) pravne generalizacije, pod kojima podrazumijeva opća pravna načela stvorena kroz pravnu indukciju i heuristiku, kao npr. načelo „*pacta sunt servanda*“ i načelo poštenja u ugovornom pravu. Ona nisu izričito inkorporirana u pravo, ali nalaze izvjesni temelj u drugim, formalno važećim pravnim odredbama, primjerice načelo „*audiatur et altera pars*“ i načelo zakonitosti u kaznenom pravu.<sup>21</sup>

Summers i Taruffo smatraju da se u većini pravnih sistema mogu naći pravna načela koja se razlikuju u najmanje tri vida: 1) materijalne moralne norme na koje se pozivaju suci kad interpretiraju zakon ili inače, npr. načelo da nijedna osoba ne može imati koristi iz vlastite pogreške; 2) opće propozicije materijalnog prava široko primjenjive unutar određene grane prava, npr. „*nulla poena sine lege*“ u kaznenom pravu, načelo da nema odgovornosti bez krivnje u deliktnom pravu, dobra vjera u ugovornom pravu; 3) opće pravne propozicije, materijalne i proceduralne, široko primjenjive u čitavom pravnom sistemu, npr. materijalna načela koja štite pravo na slobodu udruživanja i govora i slobodu od diskriminacije na rasnim ili vjerskim temeljima.<sup>22</sup>

Perić razlikuje tri kategorije pravnih načela. Prvu vrstu načela naziva općim načelima prava. Pod njima razumijeva ona načela što su se pojavila tijekom pravne povijesti i zadržala sve do danas, posebno kod onih naroda koji su imali uočljiv stupanj pravnog razvoja. „Takva su načela duboki sediment pravnog iskustva i umijeća, pravne filozofije i logike, ona su najvrednija riznica-bлаго pravnog razmišljanja i zaključivanja.“<sup>23</sup> Smatra da bi se moglo reći da su ona, jer su nataložena pravna mudrost kroz vijekove, čak iznad svih drugih pravnih načela. Često se nazivaju *Dicta et regulae iuris*. Druga načela naziva općim načelima konkretnog pravnog sustava i poretka jedne konkretne države. Pod njima podrazumijeva sva ona načela što su redovito navedena u temeljnoj pravnoj grani svakog pravnog sustava - ustavnom pravu. Nalazi da su to u hrvatskom pravnom sustavu: ravnopravnost građana, slobode i prava građana, pravo na rad i rezultate rada, načelo solidarnosti, zakonitosti, demokracije, itd. Treća vrsta načela su osnovna načela na kojima je utemeljena pojedina grana prava pojedinog pravnog sustava.<sup>24</sup>

Van Hoecke ističe jednu kategoriju načela koji su izričito postavljena u zakonicima od kojih neka imaju dugu doktrinalnu tradiciju i izraženi su u maksimuma, često na latinskom. Jedno takvo načelo koje je postavljeno u zakonskoj

---

<sup>20</sup> Aarnio, A., „Statutory Interpretation in Finland“, u: N. D. MacCormick/R. Summers (ur.), *Interpreting Statutes*, Aldershort (etc.), 1991, str. 142.

<sup>21</sup> Ibid., str. 143.

<sup>22</sup> Summers, R. S./M. Taruffo, op. cit., str. 468.

<sup>23</sup> Perić, B., *Država...*, cit., str. 181.

<sup>24</sup> Perić, B., *Država i pravni sustav*, 6. izd., Informator, Zagreb, 1994., str. 181.

odredbi, a poznaje ga većina pravnih sistema jest „*in dubio pro reo*“. Neka od njih se temelje na praktičnom iskustvu, i predstavljaju vodiče u interpretaciji i primjeni prava, kao npr. „*mater semper certa est*“ ili „*interpretatio cessat in claris*“.<sup>25</sup>

Nalazi da od druge polovice 20. stoljeća kontinentalno-europski sudovi primjenjuju i nepisana pravna načela, koje koriste za popunjavanje praznina u pravu ili za ispravljanje zakonskog prava, prihvaćajući ih kao izvor prava. To su opća pravna načela (*general principles of law*).<sup>26</sup>

Van Hoecke razlikuje dva tipa nepisanih pravnih načela koja upotrebljavaju sudovi. S jedne strane su ona koja bi se mogla nazvati „implicitna“ ili „strukturna“, a izvedena su, ili se barem zahtijeva da budu izvedena, iz pisanog prava. Tako npr. načelo „dobre vjere“, načelo „*pacta sunt servanda*“, zabrana ekonomske diskriminacije i načelo ekonomske slobode.<sup>27</sup> U izvjesnom smislu strukturna načela su skriveni aksiomi logičke strukture pravnog sistema ili nekih njegovih grana. Njihovo prihvaćanje je nužno ili barem poželjno za (optimalnu) koherentnost pravnog sistema. Ova načela su implicitno prisutna u pravnom sistemu, čak i kad ih zakonodavac nije svjestan.<sup>28</sup> S druge strane su ona načela koja bi se mogla nazvati „(čista) ideološka“ načela i nisu izvedena iz aktualnog pravnog sistema. Odnose se na tekuća dominantna vjerovanja u društvu kao što su moral, politika i druge nepravne ideologije. Ona predstavljaju primjenu nepravničkih vrijednosti ili normi od strane sudova. Među njih spadaju npr. načelo zabrane napuštanja prava ili pravna sigurnost.<sup>29</sup>

Što iz navedenih stajališta o pravnim načelima možemo zaključiti o mjestu načela zakonitosti među njima? Zamjećujemo da Aarnio koristi termin „vladavina prava“ (*rule of law*) i svrstava ga među temeljne ideološke vrijednosti pravnog sistema. Summers i Taruffo poznaju načelo kaznenog prava „*nulla poena sine lege*“ i stavljaju ga među opće propozicije materijalnog prava široko primjenjive unutar određene grane prava. Perić pak, načelo zakonitosti smatra općim načelom jedne konkretne države navedenim u ustavu. Iako Van Hoecke ne govori izričito o načelu zakonitosti, smatramo da ga svrstava među načela koja su izričito postavljena u zakonima, a ne među opća pravna načela, pod kojima podrazumijeva nepisana pravna načela kojima se popunjavaju pravne praznine.<sup>30</sup> Mislimo da se možemo složiti s Summersom i Taruffom da se precizan sadržaj

---

<sup>25</sup> Van Hoecke, M., op. cit., str. 161.

<sup>26</sup> Loc. cit. Takvu mogućnost predviđaju npr. čl. 12. Talijanskog građanskog zakonika, koji upućuje na „opća načela pravnog poretka države“, čl. 10. Portugalskog građanskog zakonika upućuje na „duh pravnog sistema“, čl. 38. Statuta međunarodnog suda pravde poziva se na „opća pravna načela priznata od civiliziranih naroda“ (Primjere daje Van Hoecke, M., op. cit. Str. 162.).

<sup>27</sup> Ibid., str. 164.

<sup>28</sup> Van Hoecke, M., op. cit., str. 163.

<sup>29</sup> Ibid., str. 164.

<sup>30</sup> Da se pravne praznine popunjavaju nenormiranim načelima proizlazi i iz Visković, N., *Argumentacija...*, cit., str. 82.

tipova općih pravnih načela razlikuje od sistema do sistema,<sup>31</sup> a onda naravno i mjesto načela zakonitosti među njima.

Dakle, kako vidimo, opća pravna načela imaju veoma različito područje primjene: ne postoji ništa zajedničko između primjene načela obogaćenja bez osnova, čija je učinkovitost veoma ograničena i načela prava na obranu, koje se svakodnevno primjenjuje na svim područjima. Ni njihova autoritarnost nije ista: dok postoje načela čija je vrijednost, kako bi se moglo reći samo pravne prirode, dotle se drugim načelima priznaje ustavna vrijednost, npr. pravo na obranu, načelo zabrane retroaktivne primjene zakona u kaznenim predmetima ili načelo neovisnosti sudova.<sup>32</sup>

Aubert postavlja interesantno pitanje, može li se suglasnost nekog propisa s općim pravnim načelima smatrati primjenom načela zakonitosti? Na takvu mogućnost upućuje u slučaju tzv. autonomnih dekreta u francuskom pravu koji trebaju biti u skladu s općim pravnim načelima. Pri tome misli na načela koja nisu izričito u ustavnim ili zakonskim tekstovima, ali više-manje izravno proizlaze iz istih. Npr, načelo jednakosti građana pri primanju u javnu službu, načelo stjecanja bez osnova, načelo prava na obranu, načelo zabrane retroaktivne primjene pripisa.<sup>33</sup> I ova specifičnost i primjeri iz francuskog prava ukazuje nam na različitost vrsta pravnih načela i raznolikost sadržaja (općih) pravnih načela od sistema do sistema.

### 3. NAČELO ZAKONITOSTI I OSTALE PRAVNE VRIJEDNOSTI

Zakonitost je pravna vrijednost. Ona je, zajedno s pravednošću, mirom, pravnom sigurnošću, potpunošću i koherentnošću sistema pravnih normi - specifična pravna vrijednost - za razliku od nespecifičnih pravnih vrijednosti, koje osim u pravu djeluju i u ostalim normativnim porecima (život, zdravlje, sloboda, osobna sigurnost, obitelj, istina, rad, obrazovanje itd).<sup>34</sup>

Zakonitost je u posebnom odnosu s pravednošću. Tako Radbruch drži da je primjena nekog zakona ili pokoravanje tom zakonu vrsta pravednosti koju bi bilo bolje nazvati zakonitost (*Rechtlichkeit*).<sup>35</sup> Kelsen, koji je očistio pojam prava od vrijednosti, drži da pojam pravednosti može ući u pravnu nauku jedino u smislu

---

<sup>31</sup> Summers, R. S./M. Taruffo, op. cit., str. 468.

<sup>32</sup> Aubert, J-L., Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 8. izd., Éditions Dalloz, Paris, 200, str. 78.

<sup>33</sup> Loc. cit.

<sup>34</sup> Podjelu pravnih vrijednosti na specifične i nespecifične daje Visković, N., *Pojam prava*, 2. izm. i dop. izd, Logos, Split, 1981., str. 134. I d. I Mitrović, u svojoj monografiji o načelu zakonitosti navodi da se „zakonitost posebno uvažava i primjenjuje shodno vrijednostima pravde, pravičnosti, slobode, jednakosti, reda i mira, pravne sigurnosti, jednakosti, djelotvornosti, itd.“ (Mitrović, D. Dragan, *Načelo zakonitosti – Pojam, sadržina oblici*, Beograd, 1996., str. 9. Među vrijednostima postoji određena hijerarhija. Više o tome - Samuel, G., *The Foundations of Legal Reasoning*, Antwerpen, Maklu, 1994., str. 95.

<sup>35</sup> Radbruch, G., *Filozofija prava*, Nolit, Beograd, 1980., str. 46.

zakonitosti.<sup>36</sup> Pravednost znači zakonitost u smislu da je pravedno opće pravilo stvarno primjenjivati na sve slučajeve na koje, prema svom sadržaju, treba biti primijenjeno. Nepravedno je primijeniti ga u jednom slučaju, a ne i u drugom.<sup>37</sup> Pravednost u smislu zakonitosti je svojstvo koje se odnosi na primjenu, a ne na sadržaj pozitivnog poretka. Pravednost se u tom smislu može dovesti u sklad s bilo kojim pozitivnopravnim poretkom.<sup>38</sup>

U bliskom odnosu su i zakonitost i pravna sigurnost. Smatra se da je zakonitost jedno od sredstava za postizanje pravne sigurnosti.<sup>39</sup> Van Hoecke, koji kaže da pravila, osim što pojednostavljaju život u smislu da smanjuju potrebu stalnog odlučivanja (ona odlučuju za nas), ukazuju nam i kakva ponašanja možemo očekivati, odnosno stabiliziraju očekivanja.<sup>40</sup> Kad govorimo o stabilizaciji očekivanja, po Van Hoeckovom mišljenju, govorimo o pravnoj sigurnosti. Apsolutna pravna sigurnost koja bi slijedila iz striktno primjene utvrđenih pravila je iluzija. Najviše što se može postići je relativna pravna sigurnost unutar „pravne kulture nesigurnosti“.<sup>41</sup> Ovisno o polju prava pravna sigurnost može biti jači ili slabiji pojam. Tako je jači zahtjev pravne sigurnosti u poreznom ili kaznenom pravu.<sup>42</sup> I po Mitrovićevu mišljenju pravna sigurnost predstavlja ideal. Svaki bi pravni poredak htio biti siguran, ali ni jedan ne može postići više od izvjesnosti.<sup>43</sup>

Uz pravnu sigurnost vezana je i pravednost. Kako smatra Radbruch, pravu se postavljaju tri zahtjeva – pravednost, svrsishodnost i pravna sigurnost.<sup>44</sup> „Sigurnost prava zahtijeva pozitivnost prava: ako se ne može utvrditi što je pravedno, mora se propisati što će biti po pravu (*rechters*).“<sup>45</sup> Pravednost i svrsishodnost dolaze u proturječnost s pravnom sigurnošću, i to zato što pravna sigurnost zahtijeva pozitivnost, dok pozitivno pravo ima tendenciju da važi bez obzira na njegovu pravednost i svrsishodnost.<sup>46</sup>

Recimo još nešto o odnosu pravne sigurnosti i pravednosti s aspekta instituta pravomoćnosti. Pravomoćnost je svojstvo presude ili rješenja da su postali pravno obvezujući i da se više ne mogu napadati redovnim pravnim lijekovima.<sup>47</sup>

---

<sup>36</sup> Kelsen, H., op. cit., str. 28.

<sup>37</sup> Kelsen, H., op. cit., str. 27.

<sup>38</sup> Kelsen, H., op. cit. Str. 26.

<sup>39</sup> Visković, N., *Teorija...*, cit., str. 149.; Miličić, V., *Opća teorija prava i države*, VII. izm. i dop. izd., Zagreb, 2008., str. 125.

<sup>40</sup> Van Hoecke, M., op. cit. str. 65.

<sup>41</sup> Ibid., str. 66.

<sup>42</sup> Loc. cit.

<sup>43</sup> Mitrović, D., op. cit., str. 46.

<sup>44</sup> Radbruch, G., op. cit., str. 95.

<sup>45</sup> Loc. cit.

<sup>46</sup> Radbruch, G., op. cit. 97.

<sup>47</sup> Visković, N., *Teorija...*, cit., str. 223.

Ako se ne mogu napadati izvanrednim pravnim lijekovima onda su apsolutno pravomoćni.<sup>48</sup>

Znači li to što su odluke pravomoćne da su ujedno i pravedne? Ne mora biti. Ali iz razloga pravne sigurnosti raspravljanje ne može ići unedogled, ono se mora jednom zaustaviti. Vrijedi: *res iudicata pro veritate accipitur*, odnosno: presuđena stvar smatra se istinom!<sup>49</sup> Tako posljednja instanca osigurava pravnu sigurnost.<sup>50</sup> Radi se o dogmatskoj, neospornoj istini, a ne stvarnoj istini, jer ju je izrekao subjekt vlasti. Tako nastupanjem pravomoćnosti načelo pravne sigurnosti dolazi u sukob s načelom pravednosti<sup>51</sup> i pobjeđuje ga. Bila bi utopija za pravni sistem kad bi se uvijek pravednost stavljala iznad sigurnosti.<sup>52</sup>

To što su odluke pravomoćne ne mora značiti ni da su zakonite. Polazeći od toga da se u postupku primjenjuju i procesnopravne i materijalnopravne norme (odredbe), Radbruch to objašnjava na sljedeći način: „Svrha procesnog prava treba biti pomoć materijalnom pravu da se ostvari. Ali procesno pravo važi bezuslovno, dakle čak i kada ne bi doprinosilo svrsi ostvarenja materijalnog prava, nego je možda čak i ometalo. Tako i sudska presuda, koja istovremeno treba da utvrdi i materijalni pravni položaj i ispravnost postupka, poseduje pravosnažnost bez obzira na to što je možda u protivrečnosti s materijalnim pravom, ili što se do nje došlo procesno neispravnim putem“.<sup>53</sup>

Pored pravednosti i pravne sigurnosti u specifična pravna načela ubrajamo i koherentnost, potpunost i određenost. U kakvom su odnosu s načelom zakonitost?

Polazimo od toga da je pravo, u cijelosti, ili barem djelomično, „sistematskog“ karaktera, tj. da je potpuno - nema pravnih praznina, koherentno – nema antinomija (proturječja između pravnih normi) i određeno – nema nejasnoća.

Koherentnost zahtijeva da u pravnom sistemu bude što manje antinomija.<sup>54</sup> Odnosno temelji se na ideji da ono što se nastoji postići jednom normom ne bi trebalo biti onemogućeno drugom. Nema smisla, putem pravnih normi, podupirati neku vrstu ponašanja ako se ovo ponašanje u isto vrijeme obeshrabruje drugim normama.<sup>55</sup>

---

<sup>48</sup> Loc. cit. Pravomoćnost je složen procesnopravni termin. U općeteorijske svrhe dovoljno je navedeno određenje pravomoćnosti.

<sup>49</sup> Romac, A., *Latinske pravne izreke*, Globus, Zagreb, 1982., str. 529.

<sup>50</sup> Braun, J., *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 3. izd., Mohr Siebeck, Tübingen, 2007., str. 191.

<sup>51</sup> Braun kaže da se može reći i da formalna pravednost stoji nasuprot materijalne pravednosti (Braun, J., op. cit., str. 68.).

<sup>52</sup> Cappelletti, M./J. H. Merryman/J. M. Perillo, *The Italian Legal System. An Introduction*, Stanford University Press, Stanford, California, 1967., str. 157. I prema Van Hoeckeu apsolutna pravna sigurnost je iluzija (Van Hoecke, M., op. cit., str. 66.)

<sup>53</sup> Radbruch, G., op. cit., str. 227., 228.

<sup>54</sup> Antinomije pak postoje kada dvije ili više normi isto činjenično stanje discipliniraju na različite i nekompatibilne načine, tako da se sve ove norme ne mogu istodobno primijeniti, jer primjena jedne krši drugu i obratno. (Guastini, R., „Interpretazione“, u: *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989., str. 6.)

<sup>55</sup> Van Hoecke, M., op. cit., str. 20.

Koherentost i zakonitost dijelom se preklapaju, budući da koherentnost u jednom svom aspektu zahtijeva, jednako kao i zakonitost, da niže pravne norme budu formalno i materijalno utemeljene na višim normama. Odnos između viših i nižih normi koje proturječe rješava se pomoću kriterija hijerarhije na način da se primjenjuje viša norma - *lex superior derogat inferiori*. Pravni poredak sadrži sredstva za uklanjanje antinomija i za slučaj da ranija norma proturječi kasnijoj normi iste snage (što se rješava po pravilu *lex posterior derogat legi priori* – kasnija norma ukida raniju) i za slučaj da specijalna norma koja uređuje samo jednu podvrstu nekog odnosa proturječi općoj normi koja uređuje čitav odnos (što se rješava po pravilu *lex specialis derogat legi generali* – specijalna norma isključuje primjenu opće norme).

Na vjerovanju da pravni sistem osigurava jedno neproturječno discipliniranje – lišeno antinomija - temelji se argument *a cohaerentia*. On sudskim organima dopušta da opravdavaju održavanje najvećeg mogućeg broja zakonodavnih akata i ujedno da odstranjuju najmanji mogući broj istih zbog razloga inkompatibilnosti.<sup>56</sup>

Mogu nastati i sukobi među samim kriterijima, kao npr. kad dođe do sukoba između vremenskog i hijerarhijskog kriterija - u tom slučaju se treba odlučiti između primjene jedne ranije-više norme i novije-niže norme. Po mišljenju jednog broja autora prevladava hijerarhijski kriterij.<sup>57</sup> Dakle, pobjeđuje načelo zakonitosti.

I na kraju, kakav je odnos između načela zakonitosti i dvije spomenute temeljne vrijednosti pravnog sistema - vrijednosti potpunosti i određenosti?

Zahtjev da ne bude pravnih praznina jest važno pravno načelo na kojem se temelji pravni poredak.<sup>58</sup> Općim pravnim načelima popunjavaju se pravne praznine, ali samo ako ta načela nisu normirana, dakle ako nisu ušla u sadržaj pravnih odredaba. Na takva načela često upućuju pravni akti, dajući im značenje dopunskog izvora prava za popunjavanje praznina.<sup>59</sup> Međutim, načelo zakonitosti je normirano načelo, i zato se njime ne mogu popunjavati pravne praznine.

---

<sup>56</sup> Tarello, G., op. cit., str. 254.

<sup>57</sup> Tako, npr. Bobbio, N., *Eseji iz teorije prava*, Logos, Split, 1988., str. 133. i d.; Perić, B., *Struktura...*, cit. str. 192., 193.; Miličić, V., *Opća...*, cit., str. 177.

Može nastati i sukob između hijerarhijskog kriterija i kriterija-specijalnosti - kada se treba odlučiti za primjenu između više-opće i niže- specijalne norme U takvim slučajevima rješenja nisu čvrsta i jednoznačna. Za Bobbija je kriterij nad kriterijima - kriterij pravednosti (Bobbio, N., *Eseji...*, cit., str. 135). Drži se da u tom slučaju nema više automatskih rješenja, te da primjenjivač prava u takvim slučajevima ima stvaralačku funkciju (ibid., Perić, B., *Država...*, str. 193.).

<sup>58</sup> Mislimo na pravne praznine u njihovom osnovnom značenju kao društvenih odnosa koji nisu, ali bi zbog svoje važnosti trebali biti normirani. Postoje razne podjele pravnih praznina. Guastini, primjerice razlikuje normativne, tehničke, vrijednosne i institucionalne praznine (Guastini, R., *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, G. Giappichelli editore, Torino, 2006., str. 28.-31.).

Više je stajališta o tome da li pravne praznine postoje. Nama se čini prihvatljivom koncepcija koja shvaća pravo kao jedinstvo općih i individualnih normi, i pri tome naročito ističe ulogu suca, i koje kaže da pravne praznine postoje s obzirom na zakon, ali ne i s obzirom na pravo u cjelini, budući da sudac također stvara pravo i mora riješiti svaki sporan pravni slučaj. Vidi: Visković, N., *Pojam...*, cit. str. 248.

<sup>59</sup> Visković, N., *Argumentacija...*, cit. Str. 82.

I načelo određenosti pravnog sistema zasniva se na načelu zakonitosti, i kao takvo zahtijeva da sve više pravne norme odrede što potpunije i preciznije sadržaj nižih normi, tako da niži subjekti normiranja u što manjoj mjeri budu slobodni tvorci normi.<sup>60</sup>

Međutim, zbog suodnosa između pravnih načela i njihovog često istodobnog djelovanja, postoje granice u njihovom ostvarivanju, pa tako i u ostvarivanju načela zakonitosti. Ovo osobito vrijedi s obzirom na zahtjeve koje postavljaju načela koja djeluju u postupku. Kako ističu Triva i Dika, radikalnom ostvarivanju načela zakonitosti suprotstavljaju se naročito načelo ekonomičnosti i pravne sigurnosti, a njegovo ostvarenje otežava i načelo traženja istine.<sup>61</sup> Naime, primjena načela zakonitosti ugrožena je ograničenim mogućnostima utvrđivanja istine u postupku. Ako bi primijenili zakon na pogrešno utvrđeno činjenično stanje, to bi dovelo i do nezakonite odluke.<sup>62</sup> Isto tako, ako bi ograničili vrijeme i sredstva što nalaže načelo ekonomičnosti, postavilo bi opet pitanje da li bi odluka donesena u takvim okolnostima bila zakonita.<sup>63</sup> I ulaganje pravnih lijekova, kao sredstava za ispravljanje nezakonitih odluka, u pravilu zavisi od dispozicije stranaka, a ograničeni su i vremenski i u pogledu razloga zbog kojih se mogu podnositi.<sup>64</sup> Iskustvo pokazuje da je sve te postulate – zakonitost, istinitost, ekonomičnost, pravna sigurnost - nemoguće ostvariti u punoj mjeri.<sup>65</sup> Nužan je kompromis među oprečnim postulatima svojstava pravne zaštite.<sup>66</sup>

#### 4. NAČELO/ARGUMENT ZAKONITOSTI I OSTALI TEORIJSKI POJMOVI

Da načelo, odnosno argument zakonitosti ima jednu od središnjih uloga u pravu (pravnom sistemu) pokazuje i to, što se ono može povezati s nizom drugih teorijskih pojmova. Iako nije na popisima argumenata zakonitost se djelomično ostvaruje kroz druge imenovane argumente - sistematski argument (tradicionalno još uvijek nazivan sistematskom metodom) i argument *a cohaerentia*. Naime, upotreba načela zakonitosti smatra se aspektom sistematskog tumačenja, dok se argumentom hijerarhije kao aspektom argumenta *a cohaerentia* razrješavaju proturječnosti između više i niže norme (po pravilu *lex superior derogat legi inferiori*).<sup>67</sup> Ova dva argumenta dovode pak načelo zakonitosti u svezu s drugim

---

<sup>60</sup> Visković, N., *Pojam...*, cit., str. 240.

<sup>61</sup> Triva, S./M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izm. i dop. izd., Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 127.

<sup>62</sup> Loc. cit.

<sup>63</sup> Triva, S./M. Dika, op. cit., str. 115.

<sup>64</sup> Ibid., str. 127.

<sup>65</sup> Triva, S./M. Dika, op. cit., str. 114.

<sup>66</sup> Ibid., str. 115.

<sup>67</sup> Vidi infra, toč. 3.

teorijskim pojmovima, prije svega s pravnim sistemom – hijerarhijskim i znanstvenim. Tako pojam sistematskog argumenta izvodi svoje značenje iz pojma pravnog sistema. A hijerarhijsko sređivanje pravnih normi temelji se na načelu zakonitosti.<sup>68</sup>

Govor o hijerarhijskom sistemu je i govor o formalnim izvorima prava.<sup>69</sup> Prema starijem shvaćanju, formalni izvori prava su samo opći pravni akti, odnosno opće pravne norme, a prema novijem shvaćanju to bi bili i individualni akti i norme koji bi naprosto “izvirali” iz općih akata.<sup>70</sup> Prema tome i sudske odluke su vrsta formalnih izvora prava. I Kelsen koji svaku višu pravnu normu smatra izvorom niže pravne norme, smatra zakon izvorom sudske presude koja je zasnovana na njemu, odnosno sudska presuda je „izvor“ obveze za stranke u sporu.<sup>71</sup>

Glavno mjerilo za razvrstavanje pravnih normi (akata) na hijerarhijskoj ljestvici jest pravna snaga. Ta snaga pravnih normi pak ovisi o moći subjekata koji ih stvaraju.<sup>72</sup> Ljestvica ima oblik „piramide“ pravnih normi (akata) na čijem vrhu se nalazi ustav, ispod njega zakoni, ispod zakona podzakonski akti i dr.<sup>73</sup> Gdje je hijerarhija, tu je i potreba da se hijerarhija održava, a najvažnije pravno sredstvo za ostvarenje tog cilja predstavlja upravo načelo zakonitosti.<sup>74</sup>

Međutim, načelo zakonitosti nije vezano samo za govor o hijerarhijskom, već i uz govor o znanstvenom pravnom sistemu. Svrstavanje prema kriteriju sadržaja (u znanstvenom sistemu) naročito služi sistematskom tumačenju. Štoviše, primjena načela, odnosno argumenta zakonitosti smatra se i jednim od vidova sistematskog tumačenja. U tom smislu se zahtijeva da se značenja nižih pravnih normi traže i u višim normama na kojima se niže norme moraju temeljiti.

To što se individualnim aktima prilikom primjene izvršavaju i dopunjuju viši akti znači da je sudačko tumačenje stvaralačka djelatnost.<sup>75</sup> Opća norma nije samo tvorevina normotvorca i nije jedna završena tvorevina: ona je tvorevina

---

<sup>68</sup> Ili obrnuto, zakonitost je posljedica hijerarhije pravnih normi i akata (Vrban, D., op. cit., str. 102).

<sup>69</sup> Osim formalnih izvora prava autori poznaju i druge vrste. Alexy i Dreier dijele pravne izvore na materijalne i formalne, vidi: Alexy, R./R. Dreier, „Precedent in the Federal Republic of Germany“, u: McCormick, N. D./R. S. Summers (ur.), *Interpreting Precedents*, Aldershot (etc.), 1997., str. 46. Istu podjelu poznaje i Pavčnik (*Teorija prava*, 3. proš. i dop. izdanje, GV Založba, Ljubljana, 2007., str. 282. i d.). Ferrajoli razlikuje formalne i neformalne izvore prava – prvi izričito izražavaju norme u određenoj formi, a drugi nisu dati u izričitoj formi (Ferrajoli, L., op. cit., str. 919. i d.). Ili se pak polazi od trojne podjele izvora na materijalne, formalne i vrijednosne (Visković, N., *Teorija...*, cit., str. 182.; Lukić, R./B. Košutić/D. Mitrović, *Uvod u pravo*, 18. izd., Službeni list SRJ, Beograd, 2002., str. 367. i d.). Vrban koji izričito razlikuje materijalne i formalne izvore prava ne navodi vrijednosne izvore prava, ali smatramo da misli na njih kad moral promatra kao izvor prava (Vrban, D., op. cit., str. 346.-348.). Međutim, sve se više stavlja naglasak na formalne izvore prava.

<sup>70</sup> Visković, N., *Pojam...*, cit., str. 225.

<sup>71</sup> Kelsen, H., op. cit., str. 135., 136.

<sup>72</sup> Visković, N., *Teorija...*, cit. str. 180.

<sup>73</sup> Mitrović, D., op. cit., str. 72.

<sup>74</sup> Ibid., str. 73..

<sup>75</sup> Guastini smatra da suci stvaraju pravo na četiri načina: 1) slučajno - rukujući normativnim tekstovima, 2) popunjavajući pravne praznine, 3) konkretizirajući opće norme, 4) utvrđujući značenje normativnog teksta (Guastini, R., *Lezioni...*, cit., str. 95., 96.).

koju dovršavaju tek njeni tumači prilikom njene primjene.<sup>76</sup> Wróblewski ističe da pitanje je li sudska odluka samo primjena ili i stvaranje prava rješavaju ideologije sudske primjene prava, razlikujući pri tome četiri ideologije: vezano, slobodno, pravno i racionalno stvaranje prava.<sup>77</sup>

U skladu sa svojom piramidalnom strukturom prava, Kelsen smatra da je samo relativna razlika između funkcije stvaranja i funkcije primjene prava: stvaranje prava uvijek je i primjena prava. Stvaranje pravne norme je primjena više norme, koja regulira njeno stvaranje, a primjena više norme je stvaranje niže norme koja je određena višom normom. Sudska presuda je npr. akt kojim se primjenjuje viša norma – zakon, ali je presudom u isto vrijeme stvorena pojedinačna norma koja obvezuje strane u sporu.<sup>78</sup>

Alexy ističe da u slučajevima kada odluka ne može biti u potpunosti pokrivena pravnim normama, pravilima pravne metode i doktrinama pravnog dogmatizma, donositelju odluke treba dati diskreciju.<sup>79</sup> Međutim, kako navode Cappelletti, Merryman i Perillo protiv širenja diskrecione ovlasti sudaca ide borba za načelo zakonitosti (i sigurnosti), jer se smatra da diskrecija vodi sudskoj arbitrarnosti.<sup>80</sup> Teorijske osnove za sudsku arbitrarnost ovi autori nalaze u školi slobodnog prava, i kasnije fanatičkom misticizmu koja se izražava kroz „*Fuhrerprinzip*“, prema kojem suci primjenjuju pravnu normu kao volju nacionalnog lidera.<sup>81</sup> Ističu kako se protiv diskrecija sudaca naročito zalagao dio talijanske teorije tijekom fašističkog perioda. Svrha je bila spriječiti sudsku arbitrarnost i zaštititi suce od političkih pritisa. Iako se u tom periodu nije toliko sumnjalo u suce kao u vrijeme Francuske revolucije, iskustvo je pokazalo da je sudska arbitrarnost mnogo opasnija od zakonodavne arbitrarnosti.<sup>82</sup>

Da je u zalaganju za zakonitost sadržana ideja protiv sudske arbitrarnosti pokazuje nam posebno načelo zakonitosti koje vrijedi u kaznenom pravu - „*nullum crimen nulla poena sine lege*“, tj. nikome se ne može izreći kazna za djelo koje nije prethodno u zakonu opisano kao kažnjivo i za koje nije propisana kazna. Ističe se da se tim načelom ostvaruje garantivna funkcija kaznenog zakona, tj. država jamči da kažnjavanje za kaznena djela neće ovisiti o samovolji sudova, te načelo trodiobe vlasti, jer o tom što će biti kažnjivo odlučuje zakonodavna, a ne sudbena

---

<sup>76</sup> Visković, N., *Teorija...*, cit., str. 242.

<sup>77</sup> Wróblewski, J., *The Judicial Application of Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1992., str. 321. i d..

<sup>78</sup> Kelsen, H., op. cit., str. 137.

<sup>79</sup> Alexy, R., *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Clarendon Press, Oxford, 1989, str. 5.

<sup>80</sup> Cappelletti, M./J. H. Merryman/J. M. Perillo, op. cit., str. 154.

<sup>81</sup> Loc. cit.

<sup>82</sup> Loc. cit.

vlast.<sup>83</sup> Time se građanima jamči i pravna sigurnost jer se svakome omogućuje da sazna što je zabranjeno i koja sankcija za takvo ponašanje slijedi.<sup>84</sup>

Navodimo i protivan stav da to što se sucu daju diskreciona ovlaštenja ne znači ujedno i arbitrarnost. Tako Triva i Dika smatraju da se u situacijama kada zakon ne određuje nikakva pravila postupanja i prepušta sudu slobodan izbor radnih metoda, 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.<sup>85</sup> Na kraju ovih stavova o diskreciji i arbitrarnosti donosima i Dworkinovo mišljenje da u tzv. teškim slučajevima (*hard cases*), u kojima sudac svoju odluku temelji na načelima, i baš zbog mogućnosti primjene načela, otpada potreba za diskreциjom suca.<sup>86</sup> Iz toga se može zaključiti da ako nema sudske diskrecije, onda nema ni sudske arbitrarnosti.

## 5. UPOTREBA ARGUMENTA ZAKONITOSTI OD STRANE SUDACA PRILIKOM ODLUČIVANJA O PROCESNIM I MATERIJALNIM POVREDAMA PRAVA

Temeljem argumenta zakonitosti suci argumentiraju kada po podnesenim pravnim lijekovima, odlučuju o povredama materijalnopravnih i procesnopravnih odredaba počinjenim od strane sudaca nižih sudova. Kako argumentacija suca ovisi i o zakonskom reguliranju pravnih lijekova, razloga pobijanja odluka, vrsta odluka koje suci viših sudova donose, argumentaciju nije moguće pokazati ostajući samo na općeteorijskoj razini, već je potrebno ući i u pozitivno pravo određenog pravnog sistema. Ovdje ćemo ovdje ukazati na neke aspekte argumentacije od strane hrvatskih sudova.

Dovoljno je pogledati nekoliko sudskih odluka različitih stupnjeva, pa da uočimo kako su odluke viših sudova kraće u odnose na prvostupajnske. To bi moglo ukazivati da je argumentacija pred višim sudovima „siromašnija“, nego pred nižim, odnosno „bogatija“ pred prvostupajnskim sudovima. Prije nego

---

<sup>83</sup> Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava*, 2. izm. izd., Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2007., str. 70.

<sup>84</sup> *Ibid.*, str. 73.-89. Isti navodi kako načelo zakonitosti sadrži i pojedinačne zahtjeve: kazneni zakon mora biti pisan, zabrana analogije, određenost kaznenog zakona i zabrana povratnog djelovanja kaznenog zakona.

<sup>85</sup> Triva, S./M. Dika, op. cit., str. 119.

<sup>86</sup> U slučajevima čak i kad 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 (Dworkin, R., op. cit., str. 81., 82.)

Međutim, ni sam Dworkin ne negira svaku potrebu diskrecije (Dworkin, R., op. cit., str. 31., 32).

što odgovorimo na pitanje zašto je argumentacija pred višim sudovima zaista oskudnija, odgovorit ćemo na pitanje što smatamo argumentacijom.

Mislimo da se mogu razlikovati dva vida argumentacije – argumentacija u užem, i argumentacija u širem smislu. Pod argumentacijom u užem smislu podrazumijevamo upotrebu određenog argumenta od strane suca na način da ga imenuje, ili ga pak ne imenuje, ali je izvan svake sumnje da se radi o upotrebi nekog argumenta koji se daje prepoznati po nekom popisu (npr. Tarellovom). Međutim, samim time što suci donose odluke i obrazlažu ih, oni argumentiraju, bez obzira može li se njihova argumentacija podvesti pod neki od teorijski popisanih argumenata. Takvu argumentaciju nazivamo argumentacijom u širem smislu. Držimo da bi argumentacija koja bi polazila od načela zakonitosti, barem u onom obliku u kojoj je nalazimo u odlukama hrvatskih sudova, bila bliža ovom tipu argumentacije. Iako, po našem mišljenju nema prepreke da se na postojeće popise argumenata stavi i argument zakonitosti.

Zašto tvrdimo da je argumentacija opsežnija (što ne znači i kvalitetnija) pred prvostupanjskim sudovima, odnosno oskudnija (što ne znači nekvalitetnija) pred višim sudovima? Držimo da je glavni razlog tome što se pred prvostupanjskim sudovima odvija kontradiktorna rasprava koja omogućuje iznošenje razloga za i protiv tvrdnji protivnih stranaka, čime i sam sudac dobija opsežniji „materijal“ za argumentaciju. Razlika u argumentaciji proizlazi i iz različite uloge prvostupanjskih i višestupanjskih sudova. Prvostupanjski sudovi odlučuju o osnovnom pitanju je li osnovan tužbeni zahtjev, odnosno je li počinitelj počinio kazneno djelo i je li za njega odgovoran. S druge strane, viši sudovi, odlučujući po pravnim lijekovima, argumentiraju ograničeno – samo o razlozima iznesenim u pravnom lijeku. Nadalje, pred prvostupanjskim sudovima se i prije argumentacije, odnosno interpretacije norme odvija još jedan, često složeni postupak, u kojem sudac iz pojedinih dokaza izvodi zaključke o postojanju činjenica koje tvore činjenično stanje – to je tzv. pravna kvalifikacija.<sup>87</sup> I prilikom utvrđivanja koje činjenice će ući u pravnorelevantno činjenično stanje, sudac već ima ili stvara predodžbu o kojem se pravnom odnosu radi, te koje pravne norme će na njega primijeniti. Možemo reći da je argumentacija viših sudova stereotipna, više sputana zakonskim ograničenjima, upravo radi toga da bi se osigurala zakonitost odluka.

Zašto odlučivanje po pravnim lijekovima znači ostvarenje načela zakonitosti, pokazat ćemo na primjeru argumentacije povodom uložene žalbe u građanskoj i kaznenoj oblasti sudovanja. Žalba je jedini redovni i najčešći pravni lijek koji se koristi u navedene dvije oblasti i podnosi se iz najvećeg broja razloga (u odnosu na druge redovne pravne lijekove), što bi ukazivalo na mogućnost šire argumentacije. S druge pak strane, građanski i kazneni postupak, obično se uzimaju kao paradigme sudskog postupka uopće.

Prije nego što prijeđemo na argumentaciju povodom žalbe, napomenit ćemo

---

<sup>87</sup> O pravnoj kvalifikaciji činjenica i razlikovanju kvalifikacije i tumačenja vidi: Hasanbegović, J., *Perelmanova pravna logika kao nova retorika*, Istraživačko-izdavački centar SSO Srbije, Beograd, 1988., str. 220. i d.

da se odluke općenito pobijaju pravnim lijekovima iz dva razloga - ili zato što činjenice nisu potpuno ili nisu pravilno utvrđene ili zato što pravne norme nisu uopće ili nisu pravilno primijenjene.<sup>88</sup> Međutim, rasprava o činjenicama ne potpada pod načelo zakonitosti. To proizlazi iz određenja načela zakonitosti kao zahtjeva da niži pravni akti (ovdje sudske odluke) budu formalno i materijalno usklađeni s višim pravnim aktima. Na činjenična pitanja se pak teško ne osvrutati, jer pogrešno utvrđivanje činjenica najčešće dovodi i do pogrešne primjene pravnih normi (materijalnih), pa se odluka ukida zbog nezakonitosti.

Žalbom se pobijaju prvostupanjske odluke – građanske (uključujući i trgovačke) i kaznene odluke. Žalba se svodi na tvrdnju da je sud u obavljanju svojih funkcija pogriješio, i na zahtjev da se greška otkloni ukidanjem postojeće i donošenjem nove odluke.<sup>89</sup> Moguće greške suda dijele se na dva tipa: 1) greške u provođenju postupka – *errores in procedendo*, i 2) na greške u suđenju o osnovanosti zahtjeva – *errores in iudicando*, a ove mogu biti uzrokovane: a) pogrešnim utvrđivanjem činjeničnog stanja - *errores facti*, ili b) pogrešnom primjenom materijalnog prava – *errores iuris*.<sup>90</sup> Greške u provođenju postupka Zakon o parničnom postupku (dalje: ZPP)<sup>91</sup> naziva bitnom povredom odredaba parničnog postupka, a Zakon o kaznenom postupku (dalje: ZKP)<sup>92</sup> bitnom povredom odredaba kaznenog postupka. Greške u utvrđivanju činjenica oba zakona nazivaju pogrešnim ili nepotpuno utvrđenim činjeničnim stanjem, greške u primjeni materijalnopравnih propisa nazivaju pogrešnom primjenom materijalnog prava, odnosno povredom kaznenog zakona. Redosljed žalbenih razloga određuje njihovu važnost, što znači da ako žalbeni sud ustanovi bitnu povredu odredaba postupka ne može ulaziti u ispitivanje drugih žalbenih osnova.<sup>93</sup>

Argumentacija sudaca drugostupanjskih sudova (a i stranaka u podnesenim pravnim lijekovima), trebala bi ovisiti o razlozima pobijanja - nepravilan postupak, nepravilno utvrđene činjenice ili nepravilno utvrđeno materijalno pravo i o vrsti odluke koja se donosi - kojom se potvrđuje, ukida ili preinačava odluka nižeg suda.<sup>94</sup>

---

<sup>88</sup> Pred sudovima najvišeg stupnja, u načelu, nije moguće raspravljati o činjeničnim pitanjima. Za njemačko pravo vidi Alexy, R./R. Dreier, „Precedent in the Federal Republic of Germany“, u: MacCormick, N. D./R. S. Summers (ur.), *Interpreting Precedents*, Aldershot (etc.), 1997, str. 17., a za francusko pravo vidi Troper, M./C. Grzegorzcyk, „Precedent in France“, u: MacCormick, N. D./R. S. Summers (ur.), *Interpreting Precedents*, Aldershot (etc.), 1997, str. 104. U hrvatskom građanskom pravu nije moguće podnijeti reviziju Vrhovnom sudu RH zbog pogrešno utvrđenih činjenica, jer se polazi od presumpcije da su činjenice od kojih zavisi meritorna odluka pravilno utvrđene tijekom dvokratnog ispitivanja pred prvostupanjskim i žalbenim sudom (Triva, S./M. Dika, op. cit., str. 723).

<sup>89</sup> Triva, S./M. Dika, op. cit., str. 677.

<sup>90</sup> Loc. cit. S time da u kaznenom postupku postoji i pogreška o odlučivanju glede odluke o kaznenim sankcijama (Pavišić, B., *Kazneno postupovno pravo. Autorizirana predavanja*, 2. izd., Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2008., str. 300.)

<sup>91</sup> Čl. 354. Zakona o parničnom postupku, „Narodne novine“, br. 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07 – Odluka USRH, 84/08, 96/08 – Odluka USRH i 123/08. Dalje: ZPP.

<sup>92</sup> Čl. 367. Zakona o kaznenom postupku, „Narodne novine“ br. 110/97, 27/98, 58/99, 112/99, 143/02, 115/06. Dalje: ZKP.

<sup>93</sup> Pavišić, B., Komentar Zakona o kaznenom postupku, 5. dop. izd. N, Zadar, 2007., str. 451., 452.

<sup>94</sup> Čl. 366. ZPP; čl. 384. ZKP.

Što se tiče razloga pobijanja mislimo da bi argumentacija trebala biti najoskudnija kad se raspravlja o povredama postupka, jer se tu ne ulazi u osnovno pitanje zbog kojeg je postupak pokrenut, a opsežnija kad se odluka pobija zbog pogrešaka u primjeni (materijalnog) prava. S obzirom na vrstu odluke, argumentacija bi trebala biti najopsežnija u slučaju kada viši sud preinačuje odluku nižeg suda. Ovo pod pretpostavkom da viši sud prilikom preinačenja odluke nižeg suda obavlja, kao što se to u procesnoj teoriji ističe, dvije operacije – prvu, kojom ukida odluku nižeg suda i drugu, kojom nadomješta ukinutu odluku svojom.<sup>95</sup> U ovom slučaju bilo bi za očekivati da viši sud, s aspekta dobre argumentacije, najprije iznese zbog čega se ne slaže s odlukom nižeg suda, te nakon toga navede razloge zbog kojih je donio drugačiju odluku.

Sada ćemo nešto reći o dva aspekta (načela) zakonitosti koja se ističu u općoj pravnoj teoriji – formalna i materijalna zakonitost - pokazavši kako se ta dva aspekta zakonitosti shvaćaju i javljaju i u pozitivnopravnoj teoriji, zakonodavstvu i sudskom odlučivanju (argumentaciji).

### 5.1. Formalna (ne)zakonitost

O formalnoj nezakonitosti radi se kad sud nižeg stupnja nije donio svoju odluku u suglasnosti s višim aktom u tri vida – niži sud nije bio nadležan za donošenje odluke od višeg organa, nije je donio u formi i/ili po postupku predviđenom višim aktom. Ili se pak može reći da niži sud nije poštovao odredbe postupovnog (procesnog) zakona. Rekli smo, da se ova povreda naziva bitnom povredom odredaba parničnog postupka (u građanskom sudskom postupku), odnosno bitnom povredom odredaba kaznenog postupka (u kaznenom postupku).

Procesna teorija razlikuje apsolutno i relativno bitne povrede postupka (dok ZPP i ZKP ne poznaju termine „apsolutno“ i „relativno“ bitne povrede postupka). Apsolutno bitne povrede postupka uvijek se smatraju bitnim, i uopće se ne ispituje da li su u konkretnom slučaju utjecale na donošenje zakonite i pravilne presude, za razliku od relativno bitnih povreda kod kojih se mora utvrditi da su u konkretnom slučaju utjecale na zakonitost i pravilnost presude.<sup>96</sup> Ustanovi li viši sud da postoje, bilo apsolutno bitne, bilo relativno bitne povrede, odluka je ništava, pa je sud ukida i vraća slučaj nižem sudu na ponovno raspravljanje.<sup>97</sup>

Mi ćemo ovdje nešto reći o jednoj vrsti apsolutno bitne povrede postupka, koja se i u građanskoj i kaznenoj procesnoj teoriji naziva povredom pravila o obliku i sadržaju presude, a ovoj povredi, u odnosu na druge apsolutno bitne povrede, najčešće se raspravlja.<sup>98</sup>

<sup>95</sup> Triva, S./M. Dika, op. cit., str. 711.

<sup>96</sup> Triva, S./M. Dika, op. cit., str. 679.; Pavišić, B., *Komentar...*, cit., str. 453.

<sup>97</sup> Tako proizlazi iz Triva, S./M. Dika, op. cit., str. 679; Pavišić, B., *Komentar...*, cit., str. 451.

<sup>98</sup> Istraživanje o učestalosti povrede pravila o obliku i sadržaju presude provela sam u svojoj doktorskoj disertaciji (na uzorku drugostupanskih odluka povodom uložene žalbe iz ukupno 8 godina – od 1990. do 1997.) i našla da se o ovoj povredi u odnosu na druge apsolutno bitne povrede raspravlja u sljedećem

Mogli bismo reći da se radi o nerazumljivosti, proturječnosti ili nejasnosti u izreci i/ili obrazloženju ili između njih. Držimo da se o ovoj povredi često raspravlja zbog elastične i opširne zakonske formulacije. I ZPP i ZKP imaju načelno sličnu formulaciju, pa navodimo onu iz ZPP-a. Prema ZPP-u ova povreda postoji“ ako presuda sadrži nedostatke zbog kojih se ne može ispitati, a osobito ako je izreka presude nerazumljiva, ako proturječi sama sebi ili razlozima presude, ili ako presuda nema uopće razloga, ili u njoj nisu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama, ili su ti razlozi nejasni ili proturječni, ili ako o odlučnim činjenicama postoji proturječnost između onoga što se u razlozima presude navodi o sadržaju isprava ili zapisnika ili o iskazima datima u postupku i samih tih isprava ili zapisnika.“<sup>99</sup> Formulacije u odredbama između ova dva razlikuju se utoliko što po ZPP-u razlozi o odlučnim činjenicama trebaju biti „nejasni ili proturječni“, a po ZKP-u „potpuno nejasni ili u znatnoj mjeri proturječni“, te da o odlučnim činjenicama postoji „proturječnost“ (ZPP), odnosno „znatna proturječnost“ (ZKP).<sup>100</sup>

Iz gornjih formulacija moglo bi se zaključiti da bi argumentacija povodom istaknute povrede mogla biti opširna, posebno zato što se koriste termini „nejasno“, „nerazumljivo“ ili „kontradiktorno“. Naprotiv - argumentacija je štura. Nešto je opširnija u kaznenim, nego u građanskim odlukama. Istom logikom bismo se mogli upitati je li to zbog toga što se u zakonskoj formulaciji ZKP-a navode vrijednosno jači izrazi poput „potpuno nejasni“ ili „znatno proturječni“. Je li moguće da će sudac u kaznenom postupku ispitati neki razlog samo ako je „potpuno“ nejasan, a ne u slučaju da je tek „nejasan“?

Što se tiče argumentacije suda povodom ove povrede, uočili smo dva tipa argumentacije, i to ovisno o tome utvrdi li viši sud da povreda postoji, ili pak utvrdi da ne postoji. U situaciji u kojoj viši sud potvrđuje odluku nižeg suda, jer nije našao da povreda koju su istakle stranke postoji, mogu se razlikovati dva tipa argumentacije – prva, nazovimo je „uopćena“ – mogla bi se upotrijebiti za potkrijepu stajališta i u nekoj drugoj odluci u kojoj je sud našao da povreda ne postoji, i druga, nazovimo je „konkretna“ – sud navodi neke okolnosti iz činjeničnog stanja tako da se argumentacija može vezati uz konkretan slučaj. U slučaju kad viši sud ustanovi da povreda postoji nalazimo samo „konkretnu“, a time i opsežniju argumentaciju. U kaznenim odlukama pak nalazimo samo „konkretnu“ argumentaciju.

---

postotku: u građanskim odlukama 72,2%, u trgovačkim odlukama 66,7%, u kaznenim odlukama 80%.  
Vidi.: Harašić, Ž. *Argumentacija u odlukama hrvatskih sudova*, Pravni fakultet u Splitu, Split 2003., str. 144.-152.

<sup>99</sup> Čl. 354. st. 2. toč. 11. ZPP

<sup>100</sup> Prema ZKP-u pak povreda postoji „ako je izreka presude nerazumljiva, proturječna sama sebi ili razlozima presude, ili ako presuda nema uopće razloga ili u njoj nisu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama ili su ti razlozi potpuno nejasni ili u znatnoj mjeri proturječni, ili ako o odlučnim činjenicama postoji znatna proturječnost između onoga što se navodi u razlozima presude o sadržaju tih isprava ili zapisnika o iskazima danim u postupku i samih tih isprava ili zapisnika“ (čl. 367. st. 1. toč. 11).

### **Primjer „uopćene“ argumentacije**

„Nije ostvaren žalbeni razlog bitne povrede odredaba parničnog postupka iz čl. 354. st. 1. toč. 11. noveliranog ZPP, a na koju tužitelj ukazuje u žalbi, jer prvostupanjska presuda sadrži jasne i neproturječne razloge o odlučnim činjenicama, a nema niti drugih nedostataka zbog kojih se ne bi mogla ispitati.“<sup>101</sup>

### **Primjeri „konkretne“ argumentacije**

„Osim što je pri donošenju pobijane presude počinio pogrešnu primjenu materijalnog prava, prvostupanjski sud je počinio i bitnu povredu odredaba parničnog postupka iz čl. 354. st. 2. toč. 11. Zakona o parničnom postupku. Naime, iz razloga pobijane presude, a niti iz činjeničnih navoda stranaka iznijetih tijekom postupka, nije jasno da li utuženi i dosuđeni iznos predstavlja cjelokupnu obvezu tuženika za određeno razdoblje po navedenom osnovu, ili je, pak, tuženik za utuženo razdoblje do sada platio dio doprinosa iznos kojega se dobije bez primjene spornog koeficijenta od 1,5, a utuženi i dosuđeni iznos predstavlja samo razliku dobivenu primjenom spornog koeficijenta.“<sup>102</sup>

„Po nalaženju drugostupanjskog suda prvostupanjski sud nije počinio bitne povrede odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 1. toč. 11. ZKP-a budući je jasno i određeno izložio temeljem čega nalazi utvrđenim da je I. optuženik G. M. znao da je novac kojeg je stavio u opticaj lažan, time što iz obrazloženja presude slijedi da je prvostupanjski sud ovu odlučnu činjenicu nalazi utvrđenu temeljem iskaza svjedoka I. T. iz istražne faze postupka te nalaza i mišljenja o vještačenju novca.“<sup>103</sup>

## **5.2. Materijalna (ne)zakonitost**

O materijalnoj nezakonitosti radi se onda kada se sadržaj nižeg pravnog akta – ovdje sudske odluke – ne slaže sa sadržajem višeg pravnog akta. Ili, se pak može reći da je viši sud utvrdio da je niži sud pogriješio u primjeni materijalnopравnih odredaba. Ovdje sudac (za razliku od argumentacije povodom povreda postupka), ulazi u bit stvari za očekivati je opširniju i podrobniju argumentaciju.

Procesni zakoni različito određuju ovu povredu. Prema ZPP-u „pogrešna primjena materijalnog prava postoji kad sud nije primijenio odredbu materijalnog prava koju je trebao primijeniti ili kad takvu odredbu nije pravilno primijenio.“<sup>104</sup> ZKP postupa drugačije, i to tako što taksativno nabroja šest slučajeva u kojima je sud pogriješio u primjeni materijalnopравnih odredaba, počevši od toga je li

---

<sup>101</sup> Županijski sud u Bjelovaru, Gž 1548/06-2 od 23. studenoga 2006.; <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra/SearchBrowsing.asp?Sud=16>. (25.02.2010.)

<sup>102</sup> Županijski sud u Virovitici, Gž 283/08-2 od 27. studenoga 2008.; <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra/SearchBrowsing.asp?Sud=45> (25.02.2010.)

<sup>103</sup> Županijski sud u Vukovaru, Kž 31/07 od 2. listopada 2007.; <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra/SearchBrowsing.asp?Sud=21> (25.02.2010.)

<sup>104</sup> čl. 356. ZPP

pogriješio u ocjeni je li djelo za koje je optuženik progoni kazneno djelo, ima li okolnosti koje isključuju krivnju, te do pitanja jesu li povrijeđene odredbe o uračunavanju pritvora i izdržane kazne.<sup>105</sup>

Osim toga, uvidom u sudske odluke može se uočiti da se argumentacija povodom ove povrede zna preklapati i nedovoljno razlikovati od argumentacije povodom greške u utvrđenju činjeničnog stanja. Time dolazimo do rasprave o odnosu činjeničnog i pravnog pitanja. U dijelu procesne teorije postoji stav da između činjeničnih i pravnih pitanja postoji jednostrana uvjetovanost: dok je činjenično stanje neovisno o primjeni prava, što znači da se na njega može primijeniti različito pravo, a da se ono ne mijenja, dotle obrnuto ne vrijedi: svaka promjena činjeničnog stanja uvjetuje odgovarajuću primjenu prava.<sup>106</sup>

Kako raspravljajući o povredi u primjeni materijalnopравnih odredaba, sud ulazi u bit spora, ovdje ne možemo razlikovati „uopćenu“ i „konkretnu“ argumentaciju, jer je ovdje argumentacija uvijek „konkretna“. Ovdje bismo pak mogli razlikovati argumentaciju ovisno o tome potvrđuje li ili preinačuje viši sud odluku nižeg suda. Kako bi argumentacija prilikom preinačavanja niže odluke trebala biti složenija, jer se u teoriji kaže da preinačavajući odluku nižeg suda viši sud obavlja dvije operacije: prvu, kojom ukida odluku nižeg suda i drugu, kojom ukinutu odluku nadomješta svojom, to ćemo prikazati argumentacijom u jednoj preinačavajućoj odluci.

Primjer argumentacije prilikom preinačenja odluke nižeg suda<sup>107</sup>

Iz obrazloženja drugostupanjske presude vidljivo je da je prvostupanjski sud dosudio tužitelju određeni iznos novca po osnovu pravične naknade za duševne boli zbog smrti majke. Iz činjeničnih utvrđenja prvostupanjskog suda, a koja prihvaća i drugostupanjski sud, proizlazi da je tužiteljeva majka stradala u prometnoj nesreći za koju je utvrđena odgovornost osiguranika tuženika. Zbog zadobivenih povreda kod majke tužitelja došlo je do teškog invaliditeta zbog povrede mozga. Došlo je i do niza drugih komplikacija uslijed kojih je majka tužitelja umrla. Nakon toga, tužitelj sklapa sudsku nagodbu s tuženikom, te mu ovaj na ime duševnih boli zbog teškog invaliditeta majke isplaćuje određeni iznos.

Na prvostupanjsku presudu žalbe ulažu i tužitelj i tuženik: tužitelj traži da mu se isplati daljnji iznos novca, sada zbog smrti majke, a tuženik to osporava. Drugostupanjski sud prihvaća argumentaciju tuženika da tužitelju ne pripada pravična novčana naknada s dva osnova – i zbog trajnog invaliditeta (kao što je isplaćeno temeljem nagodbe) i zbog smrti majke (kako je odlučio prvostupanjski

---

<sup>105</sup> „Povreda kaznenog zakona postoji ako je kazneni zakon povrijeđen u pitanju: 1) je li djelo za koje je optuženik progoni kazneno djelo, 2) ima li okolnosti koje isključuju krivnju, 3) ima li okolnosti koje isključuju kazneni progon ili je stvar već pravomoćno presuđena, 4) je li glede kaznenog djela primijenjen zakon koji se ne može primijeniti, 5) je li odlukom o sankciji prekoračena ovlast koja se ima po zakonu, te 6) jesu li povrijeđene odredbe o uračunavanju pritvora i izdržane kazne“ (čl. 368. ŽKP).

<sup>106</sup> Pavišić, B., *Komentar...*, cit., str. 451.

<sup>107</sup> Županijski sud u Osijeku, Gž 2521/09 od 3. rujna 2009.;

<http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra/SearchBrowsing.asp?Sud=43> (25.02.2010.)

sud). Nalazi da je prvostupanjski sud pogrešno primijenio materijalno pravo kada je tužitelju dosudio daljnji iznos novca na ime duševnih boli zbog smrti majke, te za taj daljnji iznos novca odbija zahtjev tužitelja i preinačuje presudu.

Drugostupanjski sud ovako argumentira:

„Ovo stoga što prema odredbi čl. 201. st. 1. i 3. ZOO /Zakon o obveznim odnosima/ u slučaju smrti neke osobe sud može članovima njene uže porodice dosuditi pravičnu novčanu naknadu za njihove duševne bolove, a takva pravična naknada može se dosuditi i u slučaju naročito teškog invaliditeta. Iz sadržaja navedene zakonske odredbe slijedi da članovima uže obitelji ne pripada pravo na naknadu nematerijalne štete s dva osnova, invaliditeta i smrti. Tužitelju pripada pravo na naknadu duševnih bolova nastalih konačnom posljedicom štetnog događaja, što može biti teški invaliditet ili smrt.“

„Zaključujući nagodbu s tuženikom prema mišljenju ovog suda i isplatom ugovorenog iznosa tužitelju je isplaćena satisfakcija na ime duševnih bolova zbog konačnog ishoda štetnog događaja (trajni invaliditet ili smrt majke)“.

„Temeljem čl. 201. st. 1. i 3. ZOO zakon predviđa pravičnu naknadu članovima uže porodice za duševnu bol zbog konačne posljedice, a to je smrt ili naročito teški invaliditet bliske osobe. Stoga se ne radi o dva vida štete s dva različita osnova, pa tužitelju i ne pripada pravo na dvostruku novčanu satisfakciju za istu štetnu posljedicu.“

Ovaj primjer pokazuje da je drugostupanjski sud, preinačavajući prvostupanjsku presudu, zbog pogrešne primjene materijalnog prava, donio, kako se u teoriji navodi, dvije operacije, prvu kojom ukida odluku nižeg suda i drugu, kojom tu odluku nadomješta svojom.

Prvo je ukinuo odluku nižeg suda koji je tužitelju, pored već dobivene naknade za duševne boli zbog teškog invaliditeta majke, dosudio naknadu i za duševne boli zbog smrti majke, a zatim je donio odluku prema kojoj tužitelj ima pravo samo na naknadu štete na ime duševnih boli zbog teškog invaliditeta (u kojem smislu je zaključena sudska nagodba).

## 6. ZAKLJUČAK

U dijelu ovog rada nastojali smo prikazati ostvarenje načela zakonitosti kao zahtjeva da niži pravni akti budu u skladu s višim pravnim aktima u situaciji kada su niži pravni akti sudske odluke. Smatramo da u općoj pravnoj teoriji nije (dovoljno) istaknuto da se ta suglasnost između sudske odluke i viših akata ostvaruje i štiti kada viši sudovi, odlučujući temeljem podnesenih pravnih lijekova, odlučuju o povredama procesnog i materijalnog prava počinjenim od strane sudova nižih stupnjeva. Odlučujući o primjeni procesnih odredaba sudovi ispituju formalnu zakonitost, a odlučujući o primjeni materijalnih odredaba, ispituju materijalnu zakonitost. Rješavajući o navedenim povredama pravnih odredaba, iako to izričito

ne navode, sudovi argumentiraju temeljem argumenta zakonitosti. Pri tome se argument zakonitosti može shvatiti i kao samostalan argument i kao jedan od argumenata koji polazi od općih pravnih načela (*analogia iuris*).

Inače, načelo zakonitosti čine najviše norme pravnog sustava kojima se izražavaju temeljne vrijednosti s kojima moraju biti u skladu i prema kojima se moraju tumačiti sve ostale pravne norme.<sup>108</sup> Zakonitost je specifična pravna vrijednost. U posebnom je odnosu s drugim pravnim vrijednostima, a prije svega s pravednošću i pravnom sigurnošću. Pravna sigurnost (i zakonitost kao sredstvo u postizanju pravne sigurnosti) i pravednost dolaze u sukob nastupanjem pravomoćnosti sudske odluke. Naime, pravna sigurnost zahtijeva da se sudski postupci ne odvijaju unedogled, da se nastupanjem apsolutne pravomoćnost okonča postupak i donese odluka, pa makar ona pri tome ne bila pravedna.

Pažnju zaslužuje i načelo koherentnosti pravnog sistema (izražava se i kao argument *a cohaerentia*). Ono se, u jednom svom aspektu, podudara s načelom zakonitosti, a to je kada zahtijeva da se antinomia između normi više i niže pravne snage riješi primjenom načela *lex superior derogat legi inferiori*.

Na središnju važnost načela zakonitosti za pravni sistem ukazuje i to što se ono može povezati s nizom drugih pravnih pojmova: s hijerarhijskim i znanstvenim pravnim sistemom, s formalnim izvorima prava, sa sistematskim tumačenjem, sa sudačkom kreativnošću.

Argumentaciju temeljenu na načelu zakonitosti nastojali smo prikazati na primjeru odlučivanja sudova viših stupnjeva povodom uložene žalbe u građanskoj i kaznenoj oblasti sudovanja. U oba postupka žalbom se mogu pobijati odluke iz dva razloga: ili zato što činjenice nisu potpuuno ili pravilno utvrđene ili zato što pravne norme nisu pravilno primijenjene. Kako raspravljanje o činjeničnim pogreškama ne potpada pod načelo zakonitosti, to smo ispitivali pravilnu primjenu pravnih odredaba, i to procesnih i materijalnih, čime se izražavaju dva aspekta zakonitosti - formalna i materijalna. Ostvarivanje formalne zakonitosti pokazali smo kroz argumentaciju sudova o jednoj od apsolutno bitnih povreda odredaba postupka – tzv. povredi pravila o obliku i sadržaju presude. Našli smo da povodom ove povrede postoje, u načelu, dva tipa argumentacije, i to ovisno o tome ustanovi li viši sud postojanje ili nepostojanje povrede. Prvi tip argumentacije nazvali smo “uopćenom“, a drugi tip „konkretnom“ argumentacijom. Rasprava o povredama u primjeni materijalnih odredaba je pak, rasprava o materijalnoj (ne)zakonitosti. Tu smo došli do zaključka da je argumentacija najopsežnija u slučaju kad viši sud prenačava odluku nižeg suda, jer tada, kao što se u procesnoj teoriji ističe, obavlja dvije operacije – prvu, kojom viši sud ukida odluku nižeg suda i drugu, kojom ukinutu odluku nadomješta svojom.

---

<sup>108</sup> Visković, N., *Teorija...*, cit., str. 252.

## LEGALITY AS LEGAL PRINCIPLE AND AS LEGAL ARGUMENT

In this paper author deals with the legality from two aspects: as legal principle and as legal argument. The legality as legal principle makes the most higher legal norms of the legal system which emphasis the basic values with all other legal norms must be in accordance. The lower legal acts must be in accordance with higher legal acts, so in the situation when lower legal acts make court decisions. That accordance realises when higher courts decide on violations of procedural and substantive law committed by lower courts, on which parties in legal remedies. Dealing with this violations judges argument on the basis of argument of legality. Legality can be understood as an independent argument or as one of the arguments which proceeds from general principles.

**Keywords:** *legality principle, legality argument, general principle of law argument, violation of procedure and material law*