

PRIKAZ KONFERENCIJE „PRAVNO RASUĐIVANJE“

HRVATSKA UDRUGA ZA PRAVNU I SOCIJALNU FILOZOFIJU TE TEORIJU PRAVA I DRŽAVE, PRAVNI FAKULTET U ZAGREBU, 1. VELJAČE 2024.

Prikaz

UDK 340.114:159.95(047)

340.13.01(047)

340.111.5(047)

Primljeno: 8. ožujka 2024.

Juraj Rogić*

Konferencija pod nazivom „Pravno rasuđivanje“ u organizaciji Hrvatske udruge za pravnu i socijalnu filozofiju te teoriju prava i države i Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu održana je 1. veljače 2024. godine u prostorijama Društva sveučilišnih nastavnika i drugih nastavnika u Zagrebu. Konferencija se sastojala od sedam izlaganja stručnjaka s područja teorije prava i pravne filozofije, nakon kojih su sudionici imali priliku postavljati pitanja i diskutirati s izlagačima o temi i sadržaju izlaganja. Tako je nakon uvodnih riječi prof. dr. sc. Luke Burazina s Katedre za teoriju prava Pravnog fakulteta u Zagrebu konferencija nastavljena izlaganjima prof. dr. sc. Gorana Dajovića i izv. prof. dr. sc. Bojana Spaića s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Beogradu, prof. dr. sc. Ivane Tucak s Pravnog fakulteta Sveučilišta J. J. Strossmayer u Osijeku, prof. dr. sc. Marka Novaka s Europskog pravnog fakulteta Nove univerze u Sloveniji, prof. dr. sc. Žakline Harašić s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, izv. prof. dr. sc. Maše Marochini Zrinski s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci te dr. sc. Marina Keršića s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu.

Prvo izlaganje konferencije održao je prof. dr. sc. Goran Dajović s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Beogradu. U svojem izlaganju predstavio je ideje koje je iznio u svojoj knjizi *Osnovi pravnog rasuđivanja*. U njoj se, uz pomoć koncepta *Homo iuridicus* kao idealnotipskog instancijskog suca, nastoji prikazati proces pravnog rasuđivanja, i to konkretno rasuđivanja sudaca kao podskupa pravnika pri rješavanju pravnog pitanja u sudskim sporovima kao podskupa onoga o čemu suci rasuđuju. Kako profesor Dajović naglašava, svrha idealnih tipova jest da se iz realnih pojava isključe detalji ili slučajnosti, tj. da se pojednostavne i naglase određene značajke kako bi poslužile kao heurističko ili epistemološko oruđe. Stoga se uz pomoć koncepta *Homo iuridicus* pokušava prikazati po čemu je to rasuđivanje sudaca o spornim pravnim pitanjima specifično, odnosno u čemu se ono sastoji, te na koji se način razlikuje od rezoniranja laika o istim stvarima. Profesor

* Juraj Rogić, mag. iur., diplomiralo na Sveučilištu u Zagrebu Pravnom fakultetu s temom „Pravna načela“

Dajović navodi važnost razlikovanja između otkrića i opravdanja odluke jer upravo suci, za razliku od laika, svoje odluke trebaju utemeljiti na pravnim razlozima, tj. razlozima koji proizlaze iz formalnih i faktičnih izvora prava. Nastavno na to razlikovanje naglašena je i važnost distinkcije između pravnih i faktičnih pitanja u pravnim sporovima. Profesor Dajović smatra kako je faktično pitanje, za razliku od pravnog, pitanje istine. S druge strane, pravno pitanje ne tiče se istine, već značenja, koje utvrđujemo pomoću tumačenjskih argumenta, pa je velik dio knjige i posvećen razradi uobičajenih interpretacijskih argumenta pomoću kojih *Homo iuridicus* pridaje značenje pravnim odredbama. Naglašava se kako, iako je knjiga prikaz idealnog načina na koji suci opravdavaju svoje odluke, ona osim didaktičke ima i praktičnu vrijednost jer pomoću nje možemo spoznati na koje sve načine suci argumentiraju konkretne sudske odluke, odnosno određeno tumačenje pravnih odredbi, tj. što to znači „razmišljati kao pravnik“. Upravo zbog važnosti distinkcije između opravdanja odluke i samog odlučivanja te smještanja pravnog rasuđivanja isključivo u sferu opravdanja neke teme, poput analize razmjernosti i ustavnosudskog odlučivanja, ostale su izvan okvira razmatranja iako se uobičajeno smatra da su dio koncepta pravnog rasuđivanja.

Izv. prof. dr. sc. Bojan Spaić s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Beogradu održao je drugo izlaganje konferencije. Uvodno je naglašena razlika između konceptualne i deskriptivne teorije pravnog tumačenja. I dok se prva bavi pojmovnim određenjem koncepta pravnog tumačenja, druga daje odgovor na pitanje koje metode suci zaista koriste za pripisivanje značenja pravnim odredbama, odnosno koje argumente koriste za opravdanje pripisanih značenja. Navodi se kako je upravo utvrđivanje i analiza argumenata kojima suci opravdavaju pripisivanje određenog značenja pravnim odredbama glavni zadatak deskriptivne teorije tumačenja. Stoga je pojednostavnjenje, odnosno pojednostavnjeni i sažeti prikaz tumačenjskih argumenata kojima se suci u stvarnosti služe za opravdanje odluka, ključna funkcija tih teorija. Profesor Spaić smatra kako teorijski argumentativni okvir najčešće nije dovoljan za navedenu analizu. Tako je mapiranje, odnosno dijagramski prikaz tumačenjskih argumenta jedan od načina na koji se može unaprijediti njihovo razumijevanje. Pomoću mapiranja popisujemo sve argumente pravnog tumačenja i sve utjecaje na tu djelatnost. Deskriptivne mape primarno nam služe za pravno-analitičku argumentativnu analizu sudskih odluka, što znači da pomoću njih možemo testirati logičku koherentnost sudačke argumentacije. Profesor Spaić u svrhu pojednostavnjenja, odnosno davanja konkretnijih uputa glede tumačenja pravnih tekstova, umjesto mapiranja predlaže algoritamsko izlaganje postupka tumačenja, koje definira kao skupove instrukcija za utvrđivanje normativnog značenja izvora prava. Pomoću tih normativnih algoritama daju se upute tumaču glede ispravnog interpretiranja pravnog teksta. Osim normativnih postoje i deskriptivni te formalno-pravni algoritmi. Deskriptivni algoritmi skupovi su instrukcija koje konkretan sudac koristi za utvrđivanje značenja pravnih odredbi, dok su formalno-pravni algoritmi postupci tumačenja koji su normirani u okviru jednog pravnog sustava. Tako pomoću algoritama pravnog tumačenja možemo prikazati pravnu regulaciju postupka tumačenja, ali i doktrine, odnosno ideologije tumačenja te normativne prakse sudova, tj. standardne algoritme tumačenja u

određenom pravnom poretku. Stoga algoritmi pravnog tumačenja zbog svoje detaljnosti mogu biti korisni sucima za opravdanje određenog tumačenja te se pomoću njih osigurava dosljednost sudačke argumentacije jer se algoritmi mogu prilagoditi različitim doktrinama tumačenja. Također, algoritmi nam služe i za naknadnu kontrolu obrazloženja sudske odluke jer slijeđenje algoritamskih koraka od strane sudaca omogućuje i njezinu jednostavniju naknadnu provjeru. Profesor zaključuje kako su argumentativna shvaćanja pravnog tumačenja zbog svoje apstraktnosti i nekonkretnosti, u smislu nepružanja odgovora na pitanje kako treba riješiti konkretan interpretativni problem, neodgovarajuća, te ih stoga treba zamijeniti algoritmima pravnog tumačenja, koji predstavljaju relativno precizne instrukcije za tumačenje pravnih odredbi, odnosno argumentaciju u prilog pripisivanja određenog značenja pravnoj odredbi.

Treće izlaganje konferencije održala je prof. dr. sc. Ivana Tucak s Pravnog fakulteta Sveučilišta J. J. Strossmayer u Osijeku. U svjetlu nedavne odluke Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država u predmetu *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* profesorica Tucak govorila je o tekstualističkoj doktrini tumačenja ustava, koja je bila od ključnog utjecaja u navedenoj odluci, te o njezinu najpoznatijem predstavniku sucu Antoninu Scaliji. Prema navedenoj doktrini tumačenja, onako kako je shvaća Antonin Scalia, ustavne odredbe imaju značenje kakvo su imale u vrijeme svojeg donošenja. Pri tome se misli na „izvorno javno značenje“, a ne na značenje koje su ustavni tvorci imali na umu pri usvajanju ustava. Stoga je ključno razlikovati, profesorica naglašava, tekstualizam Antonina Scalije od originalizma, jer se on protivio utvrđivanju originalne namjere ustavnih tvoraca, tj. on je smatrao kako pravnim odredbama treba pripisati ono značenje koje bi mu pripisala „obična osoba“ u vrijeme kada su odredbe u pitanju donesene uzimajući u obzir jezično i gramatičko značenje riječi u to doba. Prema tome, značenje ustavnih odredbi ne mijenja se samo zato što nije primjereno vremenu u kojem živimo. Navodi se kako je tekstualistička doktrina bila reakcija na sudski aktivizam druge polovine dvadesetog stoljeća, koji je svoj vrhunac doživio u odlukama poput *Roe v. Wade* i *Planned Parenthood v. Casey*. Profesorica naglašava kako su te odluke bile sporne ne samo protivnicima pobačaja već i liberalnim sucima te kako su dale povoda okretu s intencionalističke na tekstualističku doktrinu tumačenja u američkoj jurisprudenciji. Tekstualisti smatraju kako duh zakona ne može nadvladati njegov tekst te da njihov pristup tumačenju ustava doprinosi ostvarenju načela vladavine prava i trodiobe vlasti jer suzbija sudačku diskreciju. Iz toga se zaključuje kako ustavna odredba jamči određena prava u slučaju kada se ona izričito ne spominju u tekstu ustava samo ako su ukorijenjena u povijesti i tradiciji nacije, odnosno ako su implicitna u pojmu određenog prava ili slobode. Protivnici te doktrine tumačenja naglašavaju njezinu pretjeranu krutost i rigidnost te smatraju kako ona ne uvažava način na koji zakonodavno tijelo funkcionira u stvarnosti. Također smatraju kako ona ima sve nedostatke koje imaju i oprečne doktrine tumačenja, tj. kako i tekstualizam omogućuje sucima da odluke i argumentaciju usuglase s vlastitim ideološkim stajalištima. Profesorica Tucak iznosi kako se unutar tekstualističke doktrine tumačenja u novije vrijeme mogu razlikovati različite struje, odnosno inačice tog pristupa tumačenju ustava. Tako možemo razlikovati između

formalističkog i fleksibilnog te novog i starog tekstualizma. Kao primjer navedene podjele navodi se nedavna odluka u predmetu *Bostock v. Clayton County*, u kojem je sudac Neil Gorsuch, koji se smatra pripadnikom tekstualističke struje, napisao mišljenje većine u kojem se diskriminacija na temelju seksualne orijentacije podvela pod doseg primjene pravila o zabrani diskriminacije na temelju spola. To tumačenje više odgovara intencionalističkoj doktrini.

Prof. dr. sc. Marko Novak s Europskog pravnog fakulteta Nove univerze u Sloveniji održao je četvrto izlaganje konferencije. Profesor Novak navodi kako je njegov pristup analizi opravdanja pravnih odluka deskriptivno-normativan te naglašava vrijednost pokušaja integracije dijalektičkog i retoričkog pristupa argumentaciji. Prvu razinu opravdanja sudačke odluke, odnosno prema Alexyju unutarnju razinu, naziva dijalektičkom. Ona se sastoji od osnovnih premisa na temelju kojih je donesena pravna odluka. Iako se često govori o logičkoj razini, ne radi se o formalnoj logici, koju karakterizira istinitost premisa, već o neformalnoj logici ili dijalektici, koju karakterizira vjerojatnost premisa. Naglašava se kako je ta razina, odnosno pravni silogizam koji je sačinjava, nužna za održanje načela pravne države. Profesor Novak prvu razinu opravdanja povezuje s lakim slučajevima, koje karakterizira relativna jasnoća relevantnog pravnog teksta i relativna jasnoća činjenica (uključujući i relativno jasne dokaze), tj. navodi kako je u takvim slučajevima ta razina dostatna za opravdanje sudske odluke. Ta se razina zbog prevladavajuće upotrebe logike naziva i kognitivnom razinom opravdanja. Druga razina opravdanja sudačke odluke ili vanjsko opravdanje (prema Alexyju) jest kognitivno-retorička. Profesor Novak smatra kako je ta razina argumentacije nužna u teškim slučajevima. Navodi kako teške slučajeve karakterizira nejasnoća zakonskog teksta, zbog koje su potrebne posebne tehnike opravdanja, poput, npr. uobičajenih tumačenjskih argumenata, pomoću kojih opravdavamo pripisivanje određenog značenja tekstu pravne odredbe, kao i nejasnost relevantnog činjeničnog stanja, zbog koje su potrebni i dodatni dokazi. Druga je razina opravdanja retorička jer koristi unutarnja sredstva uvjeravanja (*logos*), za razliku od prve, koja koristi vanjska sredstva uvjeravanja, npr. pravne tekstove. Na toj razini silogizam je neodređeniji, pa ga je nužno dodatno objasniti kako bi premise bile prihvatljive. Profesor Novak smatra kako je uz te dvije općeprihvaćene razine opravdanja potrebno dodati i treću, vrijednosnu razinu, koju on naziva retoričko-psihološkom. Ovdje nije riječ samo o *etosu* kao unutarnjem sredstvu uvjeravanja, nego o općenito aksiološkom pristupu. Opravdanje na ovoj razini utemeljeno je na vrijednostima bilo da su one izričito dio pravnog teksta bilo da su u njima implicirane. Treća razina tipična je za najteže slučajeve, u kojima se rješavaju ideološka pitanja, te na njoj nužno dolaze do izražaja i individualne vrijednosti sudaca. Kao primjer opravdanja odluke na toj razini profesor Novak navodi slučaj iz Slovenije u kojem je sud morao utvrditi je li određeni zakonski rok za podizanje optužnice u kaznenom postupku prekluzivne ili instruktivne naravi. Ukoliko se priklonimo zahtjevima sigurnosti i efektivnosti kaznenog postupka, rok ćemo smatrati instruktivnim. S druge strane, ukoliko važnijim držimo vrijednosti zaštite ljudskih prava, rok ćemo smatrati prekluzivnim. I na toj je razini deduktivistički silogizam nepotpun, pa ga je potrebno dodatno opravdati, što činimo pozivanjem na određene vrijednosti ili

ciljeve. Profesor Novak naglašava integralnost svih navedenih razina opravdanja, koje stoga možemo zamisliti u formi koncentričnih kružnica, kojih je to više što je slučaj teži, pri čemu treća razina opravdava drugu, a druga prvu.

Peto izlaganje konferencije održala je prof. dr. sc. Žaklina Harašić s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu. Profesorica Harašić govorila je o svojem istraživanju u kojem nastoji utvrditi koje vrste argumenata i u kolikom broju upotrebljavaju upravni sudovi/suci prilikom donošenja odluka. Navedeno istraživanje trebalo bi rezultirati knjigom. Jedino drugo slično i relevantno istraživanje provela je također profesorica Harašić i objavljeno je u knjizi *Sudska argumentacija*. U njemu se analizirala upotreba tumačenjskih argumenata u području građanskog, trgovačkog, kaznenog i upravnog sudovanja. Profesorica Harašić naglasila je kako je od provođenja tog istraživanja došlo do značajnog napretka u objavljivanju sudske prakse, što je i olakšalo novo istraživanje. Odluke su uzimane iz baze *SupraNovaIntranet*. Radi se o internoj sudačkoj elektroničkoj bazi, kojoj pristup imaju samo suci na sudskim računalima i u kojoj se objavljuju sve sudske odluke. Pristup toj bazi omogućio je istraživanje argumentacije u cjelovitim sudskim odlukama. Također, argumentacija se prikazuje stupnjevito kroz odluke svih sudova, odnosno stupnjeva, dakle odluke Upravnih sudova u prvom i Visokog upravnog suda u drugom stupnju. Profesorica Harašić navodi kako se u istraživanju velika pozornost posvećuje raspravljanju činjenica, pri čemu raspravi pridonosi to što upravnom sporu prethodi upravni postupak, u kojem se također raspravlja o činjenicama, kao i okolnost da i Visoki upravni sud može, povodom žalbe, odlučivati o pogrešnom i nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju. Za analizu odluka upravnih sudova korišten je Tarellov popis tumačenjskih argumenta kao najutjecajniji popis takve vrste, tj. utvrđivalo se koje od tih argumenata i u kolikom broju suci koriste prilikom odlučivanja. Profesorica Harašić zaključuje kako je prema dosadašnjim rezultatima istraživanja na prvom mjestu ili sustavni argument ili argument autoriteta. Brojnost sustavnog argumenta objašnjava pluralnošću izvora upravnog prava, koje obuhvaća brojne zakonske i poglavito podzakonske akte, što nije slučaj u građanskom i kaznenom pravu. Naglašava kako je sustavni argument zastupljen u gotovo svim odlukama upravnih sudova te kako se pojavljuje u dva oblika, izričitom i neizričitom. Kod izričitog sustavnog argumenta sud upotrebljava riječi i izraze koji direktno upućuju na primjenu sustavnog tumačenja, npr. „odredba x povezuje se s odrednom y“. U slučaju upotrebe neizričitog sustavnog argumenta sud nabraja više odredbi iz često različitih pravnih izvora, ali ih izričito ne dovodi u vezu, nego na temelju svih njih zajedno donosi odluku. Veliku zastupljenost argumenta autoriteta profesorica Harašić pripisuje javnom, odnosno kogentnom karakteru normi upravnog prava, koje onemogućuju pravnostvaralačku aktivnost stranaka. Upotreba tog argumenta pojavljuje se u dvije varijante; pozivanje na autoritet višeg suda ili pozivanje na autoritet pravne doktrine. U istraživanju je utvrđeno kako se hrvatski upravni sudovi u svojim odlukama pozivaju na odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske, Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Europskog suda za ljudska prava te Visokog upravnog suda. Profesorica Harašić navodi kako, iako se sudovi u svojim odlukama koriste shvaćanjima pravne doktrine, oni u njima ne navode djela i autore od

kojih ta shvaćanja preuzimaju. Treće mjesto po učestalosti uporabe, iza sustavnog i argumenta autoriteta, zauzeo je ciljni argument, koji se koristi iz razloga što svaka norma ima cilj te se navodi kako je taj argument odlučujući u slučaju kada se može upotrijebiti više tumačenjskih metoda. Kod uporabe ciljnog argumenta u upravnom pravu u pravilu se radi o utvrđivanju toga koji interes prevladava u konkretnom slučaju, javni ili privatni. Profesorica Harašić zaključuje kako su za sada daleko ispod broja prva tri argumenta redom: argument *a contrario*, argument općih načela, argument *a simili ad simile* i argument *a cohaerentia*, pri čemu su od argumenta općih načela najzastupljeniji načelo (argumenti) efikasnosti, načelo pomoći neukoj stranci i načelo ustavnosti, te da su općenito sva načela na koja se sudovi pozivaju izražena u nekom pravnom aktu.

Izv. prof. dr. sc. Maša Marochini Zrinski održala je šesto izlaganje konferencije. U uvodnom je dijelu izlaganja profesorica Marochini Zrinski naglasila važnost proučavanja i preispitivanja tumačenja Konvencije od strane Europskog suda za ljudskog prava (dalje u tekstu: ELJSP) te navodi kako je Konvencija jedan od dokumenata koji je najpodložniji tumačenju. Razlog je to što su odredbe Konvencije široko i neprecizno formulirane, tj. karakterizira ih visok stupanj neodređenosti, što znači da ostavljaju široku diskreciju sucima pri utvrđivanju njihova značenja, budući da moraju tumačiti i definirati pojedinačna prava u konkretnim situacijama. Profesorica Marochini Zrinski razlikuje metode (argumente) i načela tumačenja. Metodom smatra tehniku koja se koristi za opravdavanje određenog smjera razmišljanja ili određenog ishoda. Njome se pojašnjava koji je bitni argument (metoda) korišten da bi se podržala određena odluka te pomoću nje sudac objektivizira obrazloženje na kojem temelji odluku. S druge strane, načelo tumačenja ima različitu funkciju u procesu tumačenja s obzirom na to da ne pruža argument koji pomaže da se odredi značenje odredbe, već se odnosi na cilj koji se traži pri tumačenju odredaba određenog ugovora uz pomoć, odnosno korištenjem metode tumačenja. Navodi se kako Konvencija u svojem tekstu ne sadrži smjernice o tome kako bi ESLJP trebao tumačiti njezine odredbe, ali kako je, iz perspektive međunarodnog javnog prava, tumačenje Konvencije uređeno prvenstveno Bečkom konvencijom o pravu međunarodnih ugovora iz 1969. godine, koja je stupila na snagu 1980. godine te koja čini dio međunarodnog običajnog prava. Bečka konvencija kao metode tumačenja međunarodnih ugovora spominje (bez uspostavljanja hijerarhije njihove primjene) jezičnu, sustavnu, ciljnu te namjeru stranaka, dok kao dopunsku metodu tumačenja navodi povijesnu (subjektivnu). Profesorica Marochini Zrinski naglašava kako se ESLJP u svojim odlukama znatno više pozivao na odredbe Bečke konvencije prije njezina stupanja na snagu 1980., dok je nakon toga ta praksa prestala. ESLJP se koristi metodama nabrojenim u Bečkoj konvenciji pri utvrđivanju značenja odredaba Konvencije. Tako profesorica Marochini Zrinski navodi kako jezično tumačenje uvijek zauzima značajno mjesto u tumačenju jer ESLJP tekst uvijek uzima kao polazište pri interpretaciji konvencijskih odredbi. Kao primjer navodi slučaj *Johnston i drugi protiv Irske*, u kojem je ESLJP utvrdio kako se iz konvencijskog prava na sklapanje braka ne može izvesti pravo na razvod te naglašava kako je ESLJP u svojoj praksi utvrdio kako se u svrhu evolutivnog tumačenja općenito ne mogu iz teksta konvencije izvoditi prava koja u njemu nisu

sadržana, odnosno koja su iz njega namjerno izostavljena. ESLJP u velikoj mjeri koristi i sustavno i teleološko, tj. ciljano tumačenje. Profesorica Marochini Zrinski naglašava važnost teleološke metode tumačenja u praksi ESLJP-a navodeći njezinu sveprisutnost u njegovim odlukama. Taj argument ESLJP koristi bilo izravno, pozivajući se na stvarnu ili navodnu namjeru tvoraca Konvencije, bilo neizravno, pozivajući se na njezinu svrhu, razlog ili *ratio*. Navodi se kako se taj argument puno češće upotrebljava u objektivnoj inačici, dok se rijetko poseže za utvrđivanjem stvarne namjere autora Konvencije kroz proučavanje „pripremljenih materijala“. Štoviše, profesorica naglašava kako je ESLJP u brojnim odlukama zanemario namjeru autora pozivajući se na „europski konsenzus“, koji je doveo do izmjene izvornog shvaćanja značenja odredbi. ESLJP je kroz praksu razvio i vlastite metode/načela tumačenja, koje se naslanjaju na uobičajene interpretativne metode, npr. načelo živućeg instrumenta, učinkovitosti i autonomnog tumačenja pojmova. Profesorica Marochini Zrinski u svojem izlaganju posebnu pozornost posvećuje komparativnoj metodi tumačenja, koja se također ne spominje u Bečkoj konvenciji. Ona se pojavljuje u dvije inačice, unutarnjoj i vanjskoj. Pri korištenju unutarnje komparativne metode ESLJP se oslanja na „europski konsenzus“, tj. provjerom zakonodavstava država članica utvrđuje postojanje, odnosno nepostojanje konsenzusa glede određenog pitanja te na taj način povezuje nacionalne pravne sustave različitih država članica. Ovdje se problematičnim smatra nedostatak definicije razine usuglašenosti, koja se mora postići kako bi se smatralo da o određenom pitanju postoji konsenzus. Vanjsku komparativnu metodu tumačenja Konvencije profesorica Marochini Zrinski smatra posebno problematičnom. Ovdje se Sud poziva na „vanjske materijale“ za potporu vlastitih argumenata, tj. pravne akte koje državu ni na koji način ne vežu, npr. međunarodne ugovore koje država nije ratificirala ili odluke raznih međunarodnih sudova čijoj se nadležnosti država stranka nije podvrgnula. Kao primjer se navodi slučaj *Hirst protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, u kojem se odlučivalo o pravu glasa zatvorenika i u kojem se ESLJP pozvao na zakonodavstva Kanade i Južnoafričke Republike kako bi utvrdio da je univerzalno oduzimanje prava glasa svim zatvorenicima protivno odredbama Konvencije. Upotreba te metode danas je posebno izražena u predmetima koji se tiču prava na zdrav okoliš. Stoga se zaključuje kako je navedena metoda otvorena za manipuliranje, čime se šteti vjerodostojnosti presuda.

Sedmo izlaganje konferencije održao je dr. sc. Marin Keršić s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu. U uvodu izlaganja profesor Keršić naglasio je kako je za analizu Guastinijeva shvaćanja sukoba ustavnih prava i tehnike odvagivanja nužno razumjeti njegovo shvaćanje pojma pravnih načela jer se odredbe kojima se u ustavima štite slobode i prava u pravilu ne shvaćaju kao precizna pravna pravila, već kao načela koja, po Guastinijevu mišljenju, karakterizira specifičan oblik neodređenosti koji poprima tri različita oblika: otvorenost antecedenta, otklonjivost i općenitost. Antecedent načela otvoren je jer u njemu, za razliku od antecedenta pravila, nisu iscrpno nabrojene činjenice u nazočnosti kojih nastupa odgovarajuća pravna posljedica. Načela su otklonjiva jer dopuštaju i implicitne, tj. neizražene iznimke, pa stoga nisu prikladna za primjenu putem jednostavnog deduktivnog rasuđivanja, budući da iz činjenice ispunjenja uvjeta primjene

načela ne slijedi nužno njime propisana pravna posljedica. Općenitost načela uvjetuje njihovu specifikaciju, odnosno konkretizaciju, jer u suprotnom ona ne bi bila prikladna za rješavanje konkretnih slučajeva, pri čemu mogu biti konkretizirana na različite i alternativne načine. Profesor Keršić navodi kako se suština tehnike odvagivanja, prema Guastinijevu mišljenju, sastoji u uspostavljanju vrijednosne i pomične hijerarhije između sukobljenih načela. Navedeno znači da se jednom načelu pripisuje veća vrijednost u konkretnim okolnostima slučaja, pri čemu sudac uspostavljenju vrijednosnu hijerarhiju u idućem slučaju sukoba istih načela može izmijeniti. Nakon odvagivanja, odnosno odabira primjenjivog načela, slijedi njegova konkretizacija pomoću neizraženog pravnog pravila, koje je prikladno za rješavanje konkretnog slučaja. Guastini sukob načela shvaća kao slučaj dvostrano-djelomične antinomije *in concreto*. Navedeno znači kako se antecedent jednog načela ne poklapa, već se samo presijeca s antecedentom drugog načela, koji za isto činjenično stanje predviđa nespojivu pravnu posljedicu, pri čemu antinomija nije nužna, već kontigentna, tj. ovisi o činjeničnim okolnostima. Profesor Keršić naglašava kako se takva karakterizacija antinomija između načela može dovesti u pitanje. Kao primjer navodi shvaćanje prof. dr. sc. Luke Burazina, koji antinomije između načela shvaća kao slučaj potpune antinomije *in abstracto*. Takvo shvaćanje proizlazi iz činjenice da je svako načelo, zbog njegove neodređenosti, prije primjene potrebno konkretizirati. Tako je, navodi profesor Keršić, pri ocjeni ustavnosti zakonskog pravila radi njegove usporedbe s ustavnim načelom s kojim se našlo u sukobu nužno iz tog načela izvući neizraženo pravilo koje je neotklonjivo i ima zatvoren antecedent te se odnosi na isti razred činjeničnih stanja, kao i izraženo zakonsko pravilo. Navedeni proces rezultira s dva pravila identičnih antecedenata i suprotnih konsekvencata, tj. radi se o potpunoj i stoga nužno *in abstracto* antinomiji. Također, Gustini razmatra upotrebu inačice kriterija *lex specialis* za rješavanje antinomija dvostrano djelomičnog tipa, iako se navedeni kriterij uobičajeno koristi za rješavanje jednostrano djelomičnih antinomija. Prema Guastinijevu mišljenju, u slučaju sukoba načela ono načelo koje je u sukobu prevagnulo smatrat će se iznimkom u odnosu na „porażeno“ načelo, koje će se smatrati općim pravilom. Postavlja se pitanje koja je razlika između uporabe kriterija *lex specialis* i tehnike odvagivanja za rješavanje sukoba između načela? Profesor Keršić navodi kako je, prema Guastinijevu mišljenju, i kod odvagivanja i kod uporabe kriterija *lex specialis* uspostava vrijednosne hijerarhije između sukobljenih načela neizbježna, no da ona u slučaju primjene kriterija *lex specialis* nije nužno pomična jer sudac može u slučaju sukoba između dva načela prednost uvijek dati jednom te istom načelu. Profesor Keršić smatra kako je navedeno Guastinijevo shvaćanje problematično. Tako navodi kako i u slučaju primjene tehnike odvagivanja nema razloga da se sudac ne odluči uvijek za jedno te isto načelo, pa bi se i u tom slučaju radilo o fiksnoj, a ne pomičnoj hijerarhiji. Smatra kako je uporaba kriterija specijalnosti neprikladna za rješavanje sukoba između ustavnih prava jer se ne radi o antinomijama jednostranog djelomičnog tipa, pa je stoga neprimjereno govoriti o odnosu općeg pravila i iznimke. Nadalje, navodi se kako, prema Guastinijevu mišljenju, odvagivanje pripada vanjskom opravdanju ili vanjskoj dimenziji opravdanja sudske oduke, u kojem sudac odlučuje koje će načelo primijeniti, a koje „staviti na stranu“. Na kraju izlaganja profesor Keršić naglašava razliku između sinkronijskog i dijakronijskog

učinka odvagivanja. Naime, prema Guastinijevu mišljenju, sinkronijski učinak ogleda se u konkretnoj sudskoj odluci i sastoji se u tome što je jedno načelo primijenjeno, a drugo žrtvovano. Dijakronijski se učinak očituje „na dulje staze“ kroz razvoj sudske prakse u smislu da će između dva sukobljena načela u određenom broju slučajeva prevagnuti jedno, a u ostalima drugo načelo.

Izlaganjem dr. sc. Marina Keršića zaključena je konferencija o pravnom rasuđivanju. Nakon svakog od prethodno opisanih izlaganja ostali sudionici i publika dobili su priliku postaviti pitanja izlagačima, što je rezultiralo dinamičnom i bogatom diskusijom, naročito u slučajevima kada su se mišljenja razilazila. Među sudionicima konferencije našli su se i pravni praktičari, tj. suci, pa je posebno zanimljivo bilo čuti njihove uvide glede teorijskopравnih koncepta o kojima se na konferenciji raspravljalo.