

Zagrebačka pravna revija



Elektronički časopis poslijediplomskih studija
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

Vol. 8 | Br. 1 | 2019

ČLANCI

Naknada štete za povredu ugovora o nadležnosti u
sporovima s međunarodnim obilježjem

Dora Zgrabljic Rotar, Ivona Vidović

Razvoj, značaj i uloga nepromjenljivih dijelova Ustava

Vedran Zlatić

Treba li u metodu odlučivanja na Europskom sudu
uvesti izdvojena mišljenja?

Srdan Kalebota, Branimir Pađen

Zagreb Law Review
*e-Journal of Postgraduate Studies of
Faculty of Law, University of Zagreb*

ISSN: 1848-6118

ZAGREBAČKA PRAVNA REVIJA

**Elektronički časopis poslijediplomskih studija
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu**



revija.pravo.unizg.hr

Nakladnik / Publisher

Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu / Faculty of Law of the University in Zagreb

Glavni urednik / Editor-in-chief

izv. prof. dr. sc. Đorđe Gardašević

Izvršni urednik / Executive editor

doc. dr. sc. Zoran Burić

Tehnički urednik / Technical editor

Krunoslav Fučkor

Uredništvo / Editorial board

prof. dr. sc. Zlata Đurđević, izv. prof. dr. sc. Hano Ernst, izv. prof. dr. sc. Viktor Gotovac, izv. prof. dr. sc. Lana Ofak, doc. dr. sc. Henrik Riko Held, doc. dr. sc. Tomislav Jakšić, doc. dr. sc. Ivan Kosnica, doc. dr. sc. Goranka Lalić Novak, doc. dr. sc. Hrvoje Lisičar, doc. dr. sc. Sunčana Roksandić Vidlička, doc. dr. sc. Iva Savić, doc. dr. sc. Ružica Šimić Banović, doc. dr. sc. Tena Hoško, dr. sc. Rutvica Rusan Novokmet

Međunarodno uredništvo / International editorial board

prof. dr. sc. Gordan Kalajdžiev, Pravni fakultet Justinijan Prvi, Sveučilište Sveti Kiril i Metodij u Skopju, Makedonija; prof. dr. sc. Barbara Kresal, Fakultet za socijalni rad, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; prof. dr. sc. Nele Matz-Luck, direktorica na Walther Schücking Institutu za međunarodno pravo, Sveučilište u Kielu, Njemačka; prof. dr. sc. Meliha Povolakić, Pravni fakultet, Sveučilište u Sarajevu, Bosna i Hercegovina; prof. dr. sc. Charles Szymanski, Pravni fakultet, Vytautas Magnus Sveučilište, Kaunas, Litva; prof. dr. sc. Katja Šugman Stubbs, Pravni fakultet, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; izv. prof. dr. sc. Polonca Kovač, Fakultet za javnu upravu, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; izv. prof. dr. sc. Vasilka Sancin, Pravni fakultet, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; doc. dr. sc. Miloš Živković, Pravni fakultet Sveučilišta u Beogradu, Srbija; prof. dr. sc. Paul Cardwell, profesor prava, Sveučilište Strathclyde, Glasgow, Škotska; dr. sc. Mitja Grbec, Fakultet za pomorstvo i promet, Portorož, Slovenija; prof. dr. sc. Jurij Toplak, Sveučilište u Mariboru, Slovenija; dr. iur. Nataša Hadžimanović, Max Planck Institut, Hamburg, Njemačka.

Tajnik / Secretary

Kristian Relković

Lektor / Copyeditor

prof. dr. sc. Petar Vuković

Lektor za engleski jezik / Copyeditor for English language

Mark Davies

Adresa uredništva / Editorial board contact address

Zagrebačka pravna revija
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu
Trg Republike Hrvatske 14, 10 000 Zagreb

Tel: +385 1 4564 351
Fax: +385 1 4564 381
E-mail: dgardase@pravo.hr

Izdavanje časopisa dijelom je financirano sredstvima Ministarstva znanosti, obrazovanja i sporta Republike Hrvatske

SADRŽAJ

ČLANCI

Dora Zgrabljic Rotar, Ivona Vidović

Naknada štete za povredu ugovora o nadležnosti u sporovima s međunarodnim obilježjem 7

Vedran Zlatić

Razvoj, značaj i uloga nepromjenljivih dijelova Ustava 24

Srđan Kalebota, Branimir Pađen

Treba li u metodu odlučivanja na Europskom sudu uvesti izdvojena mišljenja? 45

CONTENTS

ARTICLES

Dora Zgrabljic Rotar, Ivona Vidovic

Damages related to infringements of jurisdiction agreements in disputes with an international element 7

Vedran Zlatic

Development, significance and role of unamendable constitutional clauses 24

Srdan Kalebota, Branimir Paden

Should a separate opinion be introduced in the decision-making method of the Court of Justice of the European Union? 45

ČLANCI

NAKNADA ŠTETE ZA POVREDU UGOVORA O NADLEŽNOSTI U SPOROVIMA S MEĐUNARODNIM OBILJEŽJEM

Izvorni znanstveni rad

UDK 347.918.2

347.921

347.426.6

347.953

Primljeno: 22. ožujka 2019.

Dora Zgrabljic Rotar*

Ivona Vidovic**

*U radu se istražuje može li sud dodijeliti naknadu štete oštećenoj ugovornoj strani u slučaju kada je druga ugovorna strana prekršila ugovor o arbitraži ili sporazum o isključivoj međunarodnoj nadležnosti. U prvom dijelu rada analizira se pravna priroda sporazuma o nadležnosti. Zaključak je da bi sud sporazum o nadležnosti trebao okarakterizirati kao ugovor pretežno materijalnopravne prirode, ili barem dvojne ili mješovite prirode, kako bi ispunio pozitivnu pretpostavku za dodjelu naknade štete u slučaju kršenja takva sporazuma. U drugom dijelu rada autorice istražuju mogu li načelo *res iudicata facit ius inter partes* i načelo međunarodne učtivosti biti prepreka dodjeli naknade štete za povredu ugovora o arbitraži. Zaključak je da zbog razlike u osnovi tužbenih zahtjeva ne bi trebale biti.*

Ključne riječi: sporazum o nadležnosti, naknada štete, pravna priroda sporazuma o nadležnosti, *res iudicata*

1. UVOD

U ovom radu istražujemo postoji li mogućnost da oštećena ugovorna strana dobije naknadu štete za povredu ugovora o nadležnosti u sporovima s međunarodnim obilježjem. Pod pojmom 'ugovor o nadležnosti', u kontekstu spora koji je međunarodno obilježen, razumijevamo ugovor o arbitraži, kao i sporazum o međunarodnoj nadležnosti.

Ugovor o arbitraži ugovor je kojim stranke podvrgavaju arbitraži sve ili određene sporove koji su među njima nastali ili bi mogli nastati iz određenog pravnog odnosa, ugovornog ili izvanugovornog.¹ Sklapanjem ugovora o arbitraži stranke stavljaju rješavanje sporova koji su nastali ili koji bi mogli nastati iz njihova ugovora pod isključivu nadležnost arbitražnog suda isključujući pri tome nadležnost bilo kojeg drugog državnog tijela za odlučivanje u toj stvari. Ta karakteristika ugovora o arbitraži svrstava ih u skupinu tzv.

* dr. sc. Dora Zgrabljic Rotar, docentica na Katedri za međunarodno privatno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

** Ivona Vidovic, LL. M., odvjetnička vježbenica u Zagrebu

¹ Čl. 6. st. 1. Zakona o arbitraži, NN 88/01 (u daljnjem tekstu: ZA). Ta je definicija jednaka definiciji *arbitration agreement* prema čl. 7. st. 1. UNCITRAL-ova Model-zakona o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži iz 1985. godine, s dopunama iz 2006. godine (u daljnjem tekstu: UMZ).

ugovora o nadležnosti, tj. ugovora kojima se određuje nadležnost za rješavanje određenih sporova.² Sporazumom o izboru isključivo međunarodno nadležnog suda ugovorne strane također ugovaraju nadležnost jednog određenog suda – prorogacija nadležnosti, uz istovremeno isključenje nadležnosti svih drugih sudova za odlučivanje u toj stvari – derogacija nadležnosti. Stranke mogu ugovoriti i međunarodnu nadležnost koja nije isključiva, odnosno prorogirati nadležnost nekog suda, uz zadržavanje nadležnosti onih sudova koji nadležnost temelje na zakonskoj osnovi. Međutim takvi sporazumi, iako također spadaju u ugovore o nadležnosti, nemaju dovoljno zajedničkih obilježja s ugovorom o arbitraži, pa o njima u kontekstu naknade štete za povredu ugovora o nadležnosti treba odvojeno raspravljati. Takvi ugovori stoga nisu tema ovog rada.

Sporazum o izboru isključivo međunarodno nadležnog suda funkcionalno je sličan sporazumu o arbitraži. Naime dvije osnovne funkcije koje vrše oba ugovora gotovo su identične: prvo, derogira se cijelo pravosuđe države čiji bi sud bio nadležan da nema takva sporazuma među ugovornim stranama; drugo, daje se nadležnost nekom drugom sudu u slučaju sporazuma o izboru nadležnog suda, odnosno arbitražnom vijeću u slučaju ugovora o arbitraži.

Zbog funkcionalne sličnosti ugovora o arbitraži i sporazuma o izboru nadležnog suda možemo govoriti o određenim pravnim načelima koja na jednak ili sličan način uređuju pojedina pitanja vezana uz ugovor o arbitraži i sporazum o prorogaciji. Prema tome upravo od tih pravnih načela treba poći prilikom razmatranja mogućnosti dodjele naknade štete za povredu takvih ugovora o nadležnosti s međunarodnim obilježjem.

Sporazum o nadležnom sudu i ugovor o arbitraži također su u mnogočemu slični iz perspektive učinaka koji se njima postižu za ugovorne strane. U oba slučaja strane imaju mogućnost izabrati forum koji im najviše odgovara ili barem isključiti onaj koji im najmanje odgovara.³ Ugovor o isključivo nadležnom sudu, baš kao i ugovor o arbitraži, može spriječiti dvostruku litispendenciju. Nadalje, ugovaranjem suda ili arbitraže ostvaruje se predvidljivost. I na kraju, prilikom ugovaranja suda ili arbitraže mogu se ugovoriti i razni drugi detalji koji strankama odgovaraju vezani uglavnom uz postupak spora.⁴

Prilikom bilo kakva istraživanja sporazuma o nadležnosti treba, dakako, uvažiti i razlike koje postoje između arbitražnog i sudskog rješavanja sporova.⁵ Međutim u ovom istraživanju ograničili smo se na one razlike koje izravno utječu na mogućnost dodjele naknade štete u slučaju povrede ugovora o arbitraži, odnosno sporazuma o isključivoj sudskoj nadležnosti. U prvom redu to se odnosi na smetnje za dodjelu naknade štete kod

² Tan, Daniel, *Enforcing International Arbitration Agreements in Federal Courts: Rethinking the Courts's Remedial Powers*, Virginia Journal of International Law, 2007, vol. 47, broj 3, str. 600-601.

³ Born, G. B., *International Arbitration and Forum Selection Agreements*, Wolters Kluwer, New York, 2013, str. 3.

⁴ *Ibid.*

⁵ Analizu razlika između ugovora o arbitraži i sporazuma o isključivoj nadležnosti vidi u: Mukarrum, Ahmed, *The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements: A Comparative Study*, Hart Publishing, 2017, str. 37-53.

povrede sporazuma o nadležnosti, o čemu se detaljno raspravlja u trećem dijelu ovog rada.

Budući da se stranke sklapanjem ugovora o arbitraži obvezuju riješiti svoje sporove u arbitražnom postupku, započinjanje postupka pred državnim sudom koji za to nije nadležan povreda je ugovora o arbitraži.⁶ Na jednak način povredu sporazuma o isključivo nadležnom sudu čini i stranka koja pokrene postupak pred bilo kojim drugim sudom osim pred onim čija je isključiva nadležnost ugovorena.

U tom slučaju postupak se može odviti na dva načina. Prvo, nenadležni sud pred kojim je započet postupak može utvrditi vlastitu nenadležnost i odbaciti zahtjev stranke koja čini povredu ugovora o nadležnosti te stranku eventualno uputiti na odgovarajući forum za rješavanje spora. Drugo, nenadležni sud može provesti postupak i donijeti konačnu odluku, pri tome pogrešno smatrajući da jest nadležan.⁷ U obje situacije postavlja se pitanje koje su mogućnosti one stranke u sporu koja je prigovorila nenadležnosti tog suda, odnosno koji su pravni lijekovi u slučaju povrede sporazuma o nadležnosti na raspolaganju drugoj ugovornoj strani: jesu li to samo procesne sankcije prekida postupka pred nenadležnim sudom ili bi se drugoj strani mogla dodijeliti i naknada štete uzrokovane takvom povredom?

Naime u oba slučaja za stranku protiv koje je postupak pokrenut pred forumom koji nije sporazumno izabran kao nadležan mogu nastati troškovi koji mogu biti osnova za tužbu za naknadu štete. Šteta može nastati ako sud primjenjuje tzv. američko pravilo o troškovima, prema kojemu svaka stranka u postupku snosi svoje troškove. U tom slučaju za oštećenu stranku cijeli trošak postupka pokrenutog pred nenadležnim sudom predstavlja štetu. Šteta za stranku protiv koje je postupak pokrenut pred nenadležnim sudom može nastati i pred sudom koji trošak postupka stavlja na teret stranci koja je izgubila, a to pravilo primjenjuju svi sudovi u EU-u. Naime sud bi mogao dodijeliti manji trošak od stvarnog troška koji je nastao pa bi razlika između dodijeljenog troška i stvarnog troška predstavljala štetu za stranku protiv koje je postupak pokrenut pred nenadležnim sudom. Također, oštećena stranka može imati i drugih troškova u situaciji kada druga stranka pokrene postupak pred nenadležnim forumom, primjerice troškova nastalih zbog vremena koje je prošlo i odugovlačenja postupka, a koji također mogu biti osnova za tužbu i potraživanje štete.

Tradicionalno su se za povredu ugovora o arbitraži, baš kao i za povredu sporazuma o isključivoj nadležnosti, određivale samo procesne sankcije. Međutim u novije vrijeme

⁶ Born, Gary B., *International Commercial Arbitration*, 2014, 2. izdanje, str. 1275; Cooke, Timothy, *Compensation for breach of an arbitration agreement: damages for damages*, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=eb4b4fa6-d82d-4982-b61d-7f1c7a5d7608>, 10. ožujka 2019. Također, u presudi newyorškog District Court u predmetu *Versatile Housewares & Gardening Sys, Inc. v Thill Logistics, Inc. et al* (No. 09-CV-10182 od 29. lipnja 2011.) definirano je da “(jurisdikcijska) klauzula stvara obvezu stranaka da pokrenu postupke koji potpadaju pod polje primjene klauzule (...) pred odabranim forumom te je tuženik posljedično prekršio svoju obvezu pokrenuvši postupak pred drugim tijelom.”

⁷ Takahashi, K., *Damages for Breach of Choice-of-Court Agreement*, Yearbook of Private International Law, 2008, vol 10, str. 58-63.

sudovi u sustavu *common law* u slučajevima povrede ugovora o nadležnosti drugoj strani dodjeljuju i naknadu štete. U kontinentalnom pravnom krugu naknada štete kao sankcija za povredu ugovora o nadležnosti nije za sada ustaljena praksa. Autorice smatraju da postoje razlozi zbog kojih bi mogla postati. Nakon uvoda, u drugom dijelu ovog rada istražuje se koje su pozitivne pretpostavke dodjele naknade štete za povredu sporazuma o nadležnosti. Pozitivne pretpostavke odnose se na shvaćanje pravne prirode sporazuma o nadležnosti. Sud ili arbitražno vijeće trebalo bi prihvatiti stav prema kojem su takvi ugovori pretežno materijalnopravne prirode, ili barem stav o njihovoj mješovitoj ili dvojnoj pravnoj prirodi. U trećem dijelu rada analiziraju se moguće smetnje za dodjelu naknade štete zbog kršenja sporazuma o nadležnosti. Autorice istražuju mogu li načelo *res iudicata facit ius inter partes* i načelo međunarodne učtivosti biti prepreka dodjeli naknade štete za povredu ugovora o arbitraži.

2. PRAVNA PRIRODA UGOVORA O NADLEŽNOSTI

Postoje tri stajališta o pravnoj prirodi ugovora o nadležnosti. Prema prvome, takve ugovore treba smatrati ugovorima strogo procesne naravi. Prema drugome, radi se o vrsti građanskopravnog ugovora s materijalnim učincima. Prema trećemu, ugovor o nadležnosti posebna je vrsta ugovora u kojoj postoji mješavina proceduralno-pravnih i materijalno-pravnih elemenata. Stav suda o pravnoj prirodi ugovora o nadležnosti ima izravan utjecaj na to koje će pravno sredstvo biti dozvoljeno u slučaju njegove povrede.⁸

2.1. Teorija o procesno-pravnoj prirodi ugovora o nadležnosti

Prema teoriji o procesno-pravnoj prirodi ugovora o nadležnosti, takav se ugovor razmatra sa stajališta njegove osnovne svrhe, a to je prorogacija nadležnosti tijela koje rješava spor s državnih sudova na arbitražu, privatno-pravno tijelo ovlašteno od stranaka da riješi spor, odnosno s državnih sudova jedne države na državne sudove neke druge države. Sklapanjem takva ugovora ugovorne strane svjesno odstupaju od javno-pravnih pravila o nadležnosti te same odlučuju o tome kojem će forumu povjeriti zadaću razrješenja spora. Prema teoriji o procesno-pravnoj prirodi ugovora o arbitraži, nakon što je nadležnost prorogirana te je postupak pokrenut u skladu s valjanim ugovorom o nadležnosti, svrha je ugovora ispunjena.⁹

Stav o ugovoru o arbitraži kao strogo procesno-pravnom ugovoru karakterističan je ponajprije za zemlje kontinentalnog pravnog kruga, poput Austrije, Njemačke, Švicarske i Hrvatske.¹⁰

⁸ Takav zaključak slijedi iz dosadašnje prakse sudova, o kojoj će više riječi biti *infra*.

⁹ Gabriel, Simon, *Damages for Breach of Arbitration Agreements*, u Arroyo, Manuel (ur.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Alphen aan den Rijn, 2013, str. 1474.

¹⁰ Tako se slični stavovi mogu pronaći u Ruede, Thomas; Hadenfeldt, Reimer, *Schweizerisches Schiedsgerichts-recht*, Zürich, 1993, str. 80-81; Fremuth-Wolf, Alice, u Riegler, S.; Petsche, A.; Fremuth-Wolf, A.; Liebscher, C., *Arbitration Law in Austria: Practice and Procedure*, New York, 2009, str. 64; Kröll, Stefan, *Arbitration and the CISG*, u Schwnezer, I.; Atamer, Y.; Butler, P. (ur.), *Current Issues in the CISG and*

U hrvatskoj pravnoj doktrini takav stav nalazimo kod diskusija o pravnoj prirodi sporazuma o izboru nadležnog suda. Takvi sporazumi dozvoljeni su prema Zakonu o parničnom postupku.¹¹ Naime strankama pod određenim uvjetima na raspolaganju stoji mogućnost odabira mjesno nadležnog suda za rješavanje spora, pod uvjetom da je izabrani sud za to ujedno i stvarno nadležan. Mogućnost ugovaranja određenog foruma za rješavanje spora u hrvatskom pozitivnom pravu postoji i u sporovima s međunarodnim obilježjem. Tako prema Uredbi (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o nadležnosti, priznanju i ovrsi sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (preinačena)¹² (u daljnjem tekstu: Uredba Bruxelles Ibis) stranke mogu sporazumno odrediti nadležnost suda ili sudova određene države članice za rješavanje već nastalog spora ili spora koji bi tek mogao nastati. Prema čl. 46. st. 3. Zakona o međunarodnom privatnom pravu (u daljnjem tekstu: ZMPP) iz 2017.¹³ pravila Uredbe Bruxelles Ibis primjenjivat će se i onda kada stranke izaberu sud države koja nije država članica Europske unije, a takav će sporazum o prorogaciji biti dozvoljen ako za predmet spora nije isključivo nadležan sud Republike Hrvatske ili neke druge države članice.

Takvim je sporazumima o nadležnosti zajedničko da njihovim sklapanjem nastaju procesni učinci vezani uz određivanje tijela nadležnog za rješavanje spora među strankama. Prema procesnoj teoriji, njihov je *ratio* upravo u tome da otklone nadležnost tijela koja je propisana dispozitivnim odredbama zakona¹⁴ te da stranke autonomno odrede nadležno tijelo za rješavanje njihova spora. Činjenica je da se i na procesne ugovore primjenjuje dio općih pravila ugovornog prava (poput pravila o sklapanju, valjanosti i prestanku ugovora), no to nije zato što su oni građanskopravni ugovori, već zato što se ta pravila trebaju primjenjivati na sve vrste ugovora ako što drugo nije određeno.¹⁵ Stoga zastupnici procesne teorije drže da primjena određenih materijalnih pravila na procesne ugovore ne mijenja njihovu pravnu narav, a time ni činjenicu da su to procesnopravni ugovori koji proizvode isključivo procesne učinke.

Prema takvu shvaćanju ugovor o nadležnosti treba promatrati kao poziv ugovornih strana upućen sudu, koji potom odlučuje hoće li ostvariti svoje javnopravne ovlasti, pa je stoga

Arbitration, Haag, 2014, str. 82; Vuković, Đuro; Kunštek, Eduard, *Međunarodno građansko postupovno pravo*, Zagreb, 2005, 2. izdanje, str. 287, A. Lenhoff, *The Parties' Choice of a Forum: Prorogation Agreements*, XV Rutgers Law Review, str. 428-430.

¹¹ Zakon o parničnom postupku, NN 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, čl. 70.

¹² Uredba (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o nadležnosti, priznanju i ovrsi sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (preinačena), Službeni list Europske unije L 351/1, 20. prosinca 2012., str. 1-32, čl. 25.

¹³ Zbog potrebe reforme pravila međunarodnog privatnog prava 4. listopada 2017. godine usvojen je novi hrvatski Zakon o međunarodnom privatnom pravu (dalje: ZMPP), koji se primjenjuje od 29. siječnja 2019. (Narodne novine br. 101/2017). Do tog datuma u Hrvatskoj se primjenjivao Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima iz 1982., koji je u cijelosti preuzet u hrvatsko zakonodavstvo 1991. Sporazumno odrediti nadležnost bilo je moguće, pod određenim uvjetima, i prema ZRSZ-u (Službeni list SFRJ 43-525/1982, 72-2/1982, NN 53-1307/1991, 88-1498/2001, čl. 49.op.).

¹⁴ Prorogacija nadležnosti nije moguća u slučaju kada je nadležnost određena kogentnim normama, tj. kada se radi o isključivoj nadležnosti. Vidi Vuković, Kunštek, *op. cit.* (bilj. 10), str. 73.

¹⁵ Dika, Dika, *Prorogacija mjesne nadležnosti u hrvatskom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 62, broj 1-2, str. 211-228, str. 224.

sva moć u rukama suda, a ne ugovornih strana.¹⁶ Međutim takav pogled tek je djelomično točan. Naime iako je u rukama ugovornih strana doista samo poziv sudu da prihvati nadležnosti, sud zapravo nema procesnopravnu mogućnost oglašiti se nenadležnim ako postoji valjani sporazum stranaka o njegovoj nadležnosti. Takvo rješenje prihvaćaju i Uredba Bruxelles I i Haška konvencija o izboru suda.¹⁷ U slučaju valjanog ugovora o arbitraži isti se zaključak može izvesti iz odredbe čl. II. st. 3. Newyorške konvencije o priznanju i ovrsi stranih pravorijeka iz 1958. godine, prema kojoj sud države ugovornice kojem je podnesen na rješavanje spor o nekom pitanju o kojem su stranke sklopile ugovor o arbitraži mora uputiti stranke da taj spor rješavaju arbitražom. Prema tome ni u slučaju kad ugovorne strane imaju valjani sporazum o isključivoj međunarodnoj nadležnosti ni kada imaju valjani ugovor o arbitraži sud ne može svojevoljno odlučivati o vlastitoj nadležnosti ili nenadležnosti.

2.2. Teorija o materijalnopravnoj prirodi ugovora o nadležnosti

S druge strane, prema stavu da je ugovor o nadležnosti samo vrsta građanskopravnog ugovora, iako takvi ugovori stvaraju određene procesne učinke, ipak se radi o obveznopravnim ugovorima, koji imaju pretežito materijalnopravne posljedice.

Taj zaključak izvodi se iz činjenice da je ugovor o nadležnosti zapravo tek ugovor koji nastaje spajanjem volja ugovornih strana te da svojim postojanjem proizvodi određena prava i obveze za stranke. Prema zastupnicima te teorije to je ponajprije pozitivna obveza pokrenuti postupak rješavanja spora pred ugovorenom arbitražom ili ugovorenim sudom (a i pravo druge strane očekivati takav ishod) te negativna obveza ne započeti postupak pred forumom koji za to nije nadležan.¹⁸ Ta prava i obveze odraz su materijalnopravne naravi ugovora o nadležnosti te bi njihovo kršenje moglo rezultirati i materijalnopravnom sankcijom – naknadom štete.

Drugi argument da ugovor o nadležnosti ima materijalnopravnu narav jest činjenica da pitanja valjanosti, formiranja te učinka prisile na sklapanje ugovora o nadležnosti potpadaju pod doseg građanskog materijalnog prava.¹⁹ Prema tome, iako takav ugovor ima procesnu zadaću, ne može se poreći da se na njega primjenjuju pravila općeg građanskog ugovornog prava.

¹⁶ CJS Knight, *The Damage of Damages: Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Journal of Private International Law, 3(2008), str. 506.

¹⁷ Haška konferencija za međunarodno privatno pravo usvojila je 30. lipnja 2005. godine Konvenciju o izboru suda. Cilj Konvencije o izboru suda jest osigurati priznanje sporazuma o izboru suda i olakšati priznanje i ovrhu sudskih odluka donesenih temeljem takvih sporazuma za države ugovornice Konvencije. Europska unija postala je članicom Haške konferencije za međunarodno privatno pravo 3. travnja 2007. te je stoga ratifikacija Haške konvencije o izboru suda u nadležnosti Europske unije. Haška konvencija o izboru suda stupila je na snagu 1. listopada 2015. godine u svim državama članicama EU-a osim Danske, uključujući i Republiku Hrvatsku.

¹⁸ Born, Gary B., *International Commercial Arbitration*, 2014, 2. izdanje, str. 1253-1524.

¹⁹ Takahashi, *op. cit.* (bilj. 7), str. 57-70. To je i Dikin stav, koji također priznaje da se određene materijalne norme obveznog prava primjenjuju, iako njihovu primjenu ne smatra relevantnim faktorom kod određivanja pravne prirode sporazuma o nadležnosti. Dika, *op. cit.* (bilj. 15), str. 221.

Upravo na temelju takva shvaćanja ugovora o nadležnosti sudovi u državama sa sustavom *common law* spremni su dodijeliti naknadu štete u slučaju njegove povrede. Naime iz takva shvaćanja proizlazi da svaka povreda ugovorne obveze sa sobom nosi i dužnost naknade štete zbog takve povrede.²⁰ Štoviše, u predmetu *Ball v. Versar, Inc.*²¹ američki je sud opravdao mogućnost dodjele naknade štete za povredu ugovora o nadležnosti jednostavnom izjavom kako „*nema očitog razloga zašto bi povrede tih ugovora bile izuzete od dodjele naknade štete.*“²²

Jedan od najstarijih slučajeva u kojem je naknada štete dodijeljena zbog kršenja ugovora o arbitraži jest *Mantovani v. Carapelli*, koji datira iz 1980. godine.²³ U tom je predmetu jedna od stranaka prekršila arbitražnu klauzulu time što je podnijela zahtjev za osiguranjem ugovorne činidbe sudu u Italiji, iako je za to bila nadležna arbitraža u Londonu. Druga je stranka na to pred engleskim sudovima zahtijevala naknadu štete pretrpljene zbog sudjelovanja u talijanskom postupku. Lord Justices Browne i Megaw zauzeli su stav da nema razloga zašto stranka ne bi mogla potraživati naknadu štete u slučaju takve povrede ugovora o arbitraži pod uvjetom da stranka može dokazati štetu nastalu protupravnim postupanjem.²⁴

Taj stav podržan je i u novijem predmetu *CMA CGM SA v. Hyundai Dockyard Co Ltd*,²⁵ kada je engleski *Commercial Court* podržao odluku arbitražnog vijeća da dodijeli naknadu štete koju je pretrpjela druga strana ugovora o arbitraži, nastalu zbog pokretanja postupka pred nenadležnim francuskim sudom. Iste je 2009. godine i singapurski *Court of Appeal* u predmetu *Tjong Very Sumito and others v. Antig Investments Pte Ltd*²⁶ zauzeo stajalište da bi troškovi koje je druga strana pretrpjela zbog povrede ugovora o arbitraži trebali biti nadoknađeni kroz naknadu štete toj strani.²⁷

Jedan od poznatijih predmeta u kojem je naknada štete dodijeljena zbog kršenja sporazuma o isključivoj nadležnosti suda jest *Union Discount Co. v. Zoller*.²⁸ Tužitelj Zoller podnio je tužbu zbog povrede ugovora protiv tuženika Union Discount Co. Ltd. u New Yorku iako je ugovorom bilo određeno da isključivu nadležnost za rješavanje sporova proizašlih iz ugovornog odnosa imaju sudovi u Engleskoj i Walesu. Tuženik je uspješno prigovorio nenadležnosti suda u New Yorku, no sud je, u skladu s američkim pravilom o

²⁰ Takahashi, K., *op. cit.* (bilj. 7), str. 60-70.

²¹ *Ball v. Versar Inc.*, 33 ELR 20046, No. IP01-0531-C-H/K, 2006.

²² Vidi dalje: Tan, D., *op. cit.* (bilj. 2), str. 599.

²³ *Mantovani v. Caparelli SpA*, 1 Lloyd's Rep 375, 382, 1980.

²⁴ *Mantovani* [1980] 1 Lloyd's Rep. 375 at 383; *Mantovani* [1980] 1 Lloyd's Rep. 375 at 384, mišljenje Megaw L.J.; slično u Tan, Daniel; Yao, Nik, *Breaking Promises to Litigate in a Particular Forum: Are Damages an Appropriate Remedy?* (2003), citirani u Michaelson, Justin; Blanke, Gordon, *Anti-Suit Injunctions and the Recoverability of Legal Costs as Damages for Breach of an Arbitration Agreement*, bilj. 45, <http://www.friedfrank.com/siteFiles/Publications/JM%20%20NLJ%20-%20Anti-Suit%20injunctions%20and%20the%20recoverability%20of%20legal%20costs-UPDATED.pdf>, 10. ožujka 2019.

²⁵ *CMA CGM SA v. Hyundai Dockyard Co Ltd.*, EWHC 2791 (2008) i 1 Lloyd's Rep 213 (2009).

²⁶ *Tjong Very Sumito and others v. Antig Investments Pte Ltd*, 4 SLR(R) 732, 2009.

²⁷ Sud u predmetu odlučio je da bi to trebalo biti na temelju odštete (*indemnity basis*), instituta poznatog u sustavu *common law*.

²⁸ *Union Discount Co. v. Zoller* (Union Cal Ltd.), EWCA (Civ.) 1755, 2002 WLR 1517, 2001.

troškovima,²⁹ odlučio da svaka strana snosi svoje troškove. Visoke troškove odvjetničkog zastupanja pred sudom u New Yorku, uzrokovane povredom sporazuma o isključivoj nadležnosti, Union Discount Co. Ltd tražio je u postupku za naknadu štete pred engleskim sudom. Engleski *Court of Appeal* zauzeo je stajalište kako sama činjenica da sporazumom o prorogaciji nadležnosti nije određeno može li se tražiti takva vrsta naknade troškova ne priječi drugu stranu da traži naknadu troškova postupka kao naknadu štete budući da ti troškovi ne bi bili nastali da nije bilo tuženikove povrede ugovora o isključivoj nadležnosti.³⁰

Nakon slučaja *Union Discount Co. v. Zoller* engleska sudska praksa sve je više počela podržavati ideju kompenziranja druge ugovorne strane sporazuma o prorogaciji nadležnosti za nastale troškove kroz institut naknade štete. Tako je sud u predmetu *A/S D/S Svendborg v. Akar*³¹ zaključio da je odluka u predmetu *Zoller* baza za kompenzaciju razumnog iznosa troškova nastalih zbog povrede sporazuma o prorogaciji, a u predmetima *A v. B (No.2)*³² i *Sunrock Aircraft Corporation Ltd. v. Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden*³³ suci su u dijelu presude *obiter* priznali institut naknade štete kao moguću sankciju za povredu sporazuma o prorogaciji nadležnosti. Štoviše, u predmetu *A/S D/S Svendborg v. Akar* engleski *Commercial Court* izrazio je mišljenje da bi druga strana mogla, osim same izravno pretrpljene štete zbog povrede ugovora, zahtijevati i odštetu (*indemnity*) za svaku buduću štetu koja bi nastala zbog te povrede.³⁴

Američka sudska praksa također je prvo počela priznavati postojanje mogućnosti dodjele naknade štete za pretrpljene troškove postupka u dijelovima presuda *obiter*.³⁵ Iako je zamijećen porast slučajeva u kojima su američki sudovi dodijelili naknadu štete zbog povrede sporazuma o nadležnosti,³⁶ analize presuda pokazuju da su se sudovi zapravo vodili načelom presedana, no, nažalost, bez detaljnijeg pojašnjenja pravne osnove za dodjelu naknade štete.³⁷ Slično je i s australskom sudskom praksom, u kojoj je institut

²⁹ Tzv. „American rule on allocation of costs“. Prema tom pravilu svaka stranka u postupku snosi svoje troškove. Osim u SAD-u to se pravilo u određenoj mjeri primjenjuje u pravnom poretku Japana. U ostalim pravnim porecima prevladava „costs follow the event“ ili tzv. „English rule on allocation of costs“, prema kojem troškove postupka snosi stranka koja je izgubila postupak, u korelaciji s načelima krivnje i kauzaliteta. Vidi publikaciju *Recovery of Attorneys' Fees in International Arbitration: the Dueling „English“ and „American“ Rules*, Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP, https://www.skadden.com/sites/default/files/publications/Publications1917_0.pdf.

³⁰ Takahashi, K., *op. cit.* (bilj. 7), str. 61. Takvo stajalište engleskog *Court of Appeal* podržano je i u predmetu *International Finance B.V. v. National Reserve Bank*, u kojem je newyorški sud odlučio da naknada troškova nastalih u postupku u Rusiji kao naknada štete ne bi bila protivna američkom pravilu o troškovima.

³¹ *A/S D/S Svendborg af 1912 A/S Bodies Corporate trading in partnership as „Maersk Sealand“ v. Akar* (2003) EWHC 797.

³² *A v. B*, APP.L.R. 01/23, EWHC 54 (Comm), Commercial Court, 2007.

³³ *Sunrock Aircraft Corporation Ltd v. Scandinavian Airlines System Denmark-kNorway-Sweden*, EWCA Civ 882, Court of Appeal, 2007.

³⁴ Tan, D., *op. cit.* (bilj. 2), str. 600.

³⁵ *Omron Healthcare Inc. v. MacLaren Exports Ltd.*, 28 F.3d 600, 604, 7th Cir., 1994, para. 6.

³⁶ Poznatiji slučajevi: *Laboratory Corp. of America Inc. v. Upstate Testing Laboratory Inc.*, 967 F.Supp. 295 (ND Ill 1997); *Allendale Mutual Insurance Co. v. Excess Insurance Co. Ltd.*, 992 F.Supp. 278, 286, SD NY, 1998; *Indosuez International Finance V.B. v National Reserve Bank*, 758 N.Y.S.2d 308, N.Y. App. Div., 2003.

³⁷ Takahashi, K., *op. cit.* (bilj. 7), str. 65.

naknade štete za kompenzaciju troškova druge ugovorne strane u sličnim slučajevima poznat, no detaljno obrazloženje nije nađeno u sudskoj praksi.³⁸

2.3. Teorija o dvojnoj pravnoj prirodi ugovora o nadležnosti

U novije vrijeme sve je više zastupljena teorija da je ugovor o nadležnosti zapravo sporazum miješane ili dvojne pravne prirode.³⁹ Ta teorija temelje nalazi u činjenici da takvi ugovori imaju procesnopravne elemente, koji se iscrpljuju određujući nadležnost foruma, ali i materijalnopravne elemente, koji uključuju činjenicu da u svojoj srži sadrže određena prava i obveze stranaka.⁴⁰

Takvo shvaćanje pravne prirode ugovora o nadležnosti potporu nalazi i u tome da obveza stranke da podnese spor na rješavanje ugovorenom forumu čini procesnu osnovicu ugovora, dok s druge strane obećanje da neće započeti postupak pred nekim drugim forumom čini njegovu materijalnopravnu osnovicu.⁴¹ Prema tome sankcioniranje kršenja procesne obveze trebalo bi osigurati kroz procesne sankcije, dok bi pravni lijek za kršenje materijalnopravne obveze bio institut naknade štete.

Teorija o dvojnoj pravnoj prirodi ugovora o nadležnosti podloga je za najpotpunije sankcioniranje kršenja takvih ugovora.⁴² Jedina poznata odluka suda države iz kontinentalnopravnog kruga prema kojoj je jednoj ugovornoj strani dodijeljena naknada štete zbog povrede sporazuma o isključivoj nadležnosti suda od strane druge ugovorne strane temelje nalazi upravo u dvojnoj teoriji o pravnoj prirodi ugovora o isključivoj nadležnosti. Radi se o odluci španjolskog Vrhovnog suda (*Tribunal Supremo*) u predmetu *Sogo USA Inc v Angel Jesus* od 12. siječnja 2009. godine.⁴³ Tužitelj je pred španjolskim sudovima zahtijevao naknadu štete zbog povrede sporazuma o isključivoj nadležnosti suda u iznosu troškova odvjetničkog zastupanja nastalih zbog pokretanja postupka od strane tuženika pred sudom u Floridi umjesto pred sudom u Španjolskoj. U prva dva stupnja španjolski sudovi (*Juaz de Primera Instancia* i *Audiencia Provincial*) odbili su

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Hartley, Trevor, *Choice of Court Agreements under the European and International Instruments: The Revised Brussels I Regulation, the Lugano Convention and the Hague Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2013, str. 129-130; T. Simons, R. Hausmann, C. Althammer, I. Queirol, *Regolamento Bruxelles I*, IPR-Verlag, 2012, str. 457; M. Ahmed, P. Beaumont, *Exclusive Choice of Court Agreements: Some Issues on The Hague Convention on Choice of Court Agreements and its Relationship with the Brussels I Recast Especially Anti-Suit Injunctions, Concurrent Proceedings and the Implications of BREXIT*, Journal of Private International Law 13(2017), 386, str. 396; Mukarrumo, *op. cit.* (bilj. 5), str. 37; Gabriel, *op. cit.* (bilj. 9), str. 1473-1474.

⁴⁰ Gabriel, *op. cit.* (bilj. 9), str. 1474; Jaroslavsky, Pablo, *Damages for the breach of an arbitration agreement: is it a viable remedy?*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2676449, 10. ožujka 2019., str. 28. Na tragu je miješane naravi ugovora o arbitraži i Sajko, koji ugovor o arbitraži karakterizira kao „građanskopravni ugovor s procesnopravnim posljedicama“. Vidi Sajko, Krešimir, *Međunarodno privatno pravo*, Zagreb, 2009, 5. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, str. 299.

⁴¹ Gabriel, *op. cit.* (bilj. 9), str. 1474.

⁴² Opširnije vidi Girsberger, Daniel; Gabriel, Simon, *Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung im schweizerischen Recht*, poglavlje u knjizi *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Geneva, Zürich, Bâle, 2008, str. 819-835.

⁴³ RJ 2009/544. Detaljno o predmetu vidi u: G. Cuniberti, M. Requejo, *La sanction des clauses d'élection de for par l'octroi de dommages et intérêts*, ERA Forum (2010) 11, str. 7-18.

zahtjev za naknadom štete uz obrazloženje da ugovor o prorogaciji nije dio glavnog ugovora, već tek procesna klauzula, čija se povreda konzumira prestankom postupka pred nenadležnim tijelom, bez dodatnih materijalnopравnih sankcija, te uz obrazloženje da su odvjetnički troškovi zapravo troškovi postupka, čime spadaju u domenu procesnog prava te o njima može odlučivati samo sud u Floridi pred kojim je postupak i pokrenut.⁴⁴ Međutim Vrhovni sud odlučio je prikloniti se sve prisutnijem stavu da su sporazumi o isključivoj nadležnosti dvojni ili ugovori miješane pravne naravi te je svoju odluku o dodjeli naknade štete zbog povrede jednog takva sporazuma temeljio dijelom upravo i na tom argumentu.

Iako je pri pregledu kontinentalnopravne sudske prakse o naknadi štete za povredu ugovora o nadležnosti moguće pronaći različite argumente u pravnoj analizi dodjele takve vrste kompenzacije, činjenica je da se kontinentalnopravni sudovi, koji su donedavno vrlo isključivo definirali sporazume o nadležnosti kao ugovore procesnopravne prirode, otvaraju prema fleksibilnijem tumačenju naravi ugovora o arbitraži, koje stvara solidan temelj za nastavak kompenziranja stranke za troškove postupka koji nisu uzrokovani njezinom krivnjom.

3. MOGU LI NAČELO *RES IUDICATA FACIT IUS INTER PARTES* I NAČELO MEĐUNARODNE UČTIVOSTI BITI PREPREKA DODJELI NAKNADE ŠTETE ZA POVREDU SPORAZUMA O NADLEŽNOSTI?

Čak i u slučaju da arbitri i sudovi prihvate teoriju o materijalnopravnoj ili dvojnoj prirodi ugovora o arbitraži i ugovora o isključivoj međunarodnoj nadležnosti, pa na temelju takva shvaćanja sporazuma o nadležnosti odluče dodijeliti naknadu štete za njegovu povredu, postavlja se pitanje sprečava li ih u tome pravomoćnost odluke nenadležnog tijela o troškovima koji se traže kao naknada štete, tj. načelo *res iudicata facit ius inter partes*, te bi li dodjeljivanje naknade štete u takvu slučaju bilo protivno načelu međunarodne učtivosti, posebice u kontekstu europskog prava, prema kojemu je uzajamno povjerenje osnova briselskog režima.

Međusobno povjerenje (*mutual trust*) temelj je europskog međunarodnog procesnog prava i iako nije uvijek potpuno jasno što taj pojam točno podrazumijeva, Sud EU-a često se u svojim presudama oslanjao na njega, ponekad i kako bi argumentirao odluke koje nisu u potpunosti u skladu s očekivanjima pravne predvidljivosti i dosljednosti.⁴⁵ U briselskom režimu on svakako uključuje priznanje sudske odluke koju donese sud države članice. Pri tome treba napomenuti da je, prema članku 2. Uredbe Bruxelles I, odluka o troškovima izjednačena sa svim drugim sudskim odlukama. Stoga je upitno bi li dodjeljivanje naknade štete u slučaju povrede sporazuma o isključivoj nadležnosti unatoč

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ M. Weller, *Mutual Trust: In Search of the Future of European Union Private International Law*, Journal of Private International Law, 1(2015), str. 506.

postojanju sudske odluke nenadležnog suda o troškovima bilo protivno načelu međusobnog povjerenja, koje je temelj briselskog režima.

Problem smetnji za dodjeljivanje naknade štete za povredu sporazuma o nadležnosti stoga je puno ozbiljniji kod naknade štete za povredu sporazuma o izboru suda negoli kod povrede ugovora o arbitraži, posebice u državama članicama Europske unije. Uredba Bruxelles Ibis, baš kao i njezine prethodnice Uredba Bruxelles I i Briselska konvencija, nema izričite odredbe o tome koje su sankcije dozvoljene u slučaju kršenja sporazuma o izboru suda, međutim briselski režim počiva na načelu međusobnog povjerenje i jednakosti odluka svih sudova država članica EU-a. Prema tome u slučaju kada sud jedne države članice donese odluku o troškovima u postupku koji je pred tim sudom pokrenut unatoč postojanju valjanog sporazuma o izboru drugog suda kao nadležnog za predmetni spor ta se odluka automatski priznaje u svim drugim državama članicama. S obzirom na to da kršenje sporazuma o izboru suda nije navedeno kao jedan od razloga na zatvorenoj listi razloga zbog kojih se može odbiti priznanje sudske odluke, nema mehanizama koji bi dozvolili da se odbije priznanje takve odluke. Prema tome čak i odluka suda koji nije nadležan prema sporazumu o izboru suda mora biti priznata u svim drugim državama članicama.⁴⁶ Mišljenja o tome je li odluka suda koji nije nadležan prema sporazumu o isključivoj nadležnosti suda o troškovima postupka *res iudicata* između stranaka uglavnom su sklonija tome da jest nego da nije.⁴⁷

S druge strane arbitražno vijeće koje odlučuje o stvari u kojoj je prethodno odlučivao sud države članice EU-a nije, prema Uredbi Bruxelles I, dužan priznati prije donesenu presudu, iako ona veže ostale sudove država članica EU-a. Takav stav podupire i odluka u predmetu *CMA CGM SA v. Hyundai Mipo Dockland Ltd.*,⁴⁸ u kojem je engleski *High Court* držao da arbitražno vijeće nije vezano prethodnom presudom francuskog suda o dužnosti Hyundai Mipo Docklanda (u daljnjem tekstu: HMD) da naknadi štetu zbog povrede glavnog ugovora. Štoviše, Vijeće je preokrenulo odluku suda i oslobodilo HMD obveze naknade štete te mu dosudilo naknadu pretrpljene štete zbog pokretanja postupka od strane CMA CGM SA pred državnim sudom usprkos postojanju valjanog ugovora o arbitraži. Engleski *High Court* svoje je stajalište obrazložio time da se izraz „*court or a tribunal of a Member State*“ u čl. 32. Uredbe Bruxelles I (u dijelu koji se tiče priznavanja i ovrhe stranih sudskih odluka) ne odnosi na arbitražno vijeće, čak i ako ono ima sjedište u državi članici EU-a. Budući da arbitraža nije uključena u polje primjene Uredbe Bruxelles I, *High Court* zaključio je i da se izraz „*court or tribunal*“ iz čl. 1. st. 1. Uredbe, koji određuje materijalno polje primjene, ne odnosi na arbitražno vijeće. Iz tih argumenata izvodi se zaključak da arbitražna vijeća nisu obvezna uvažavati odluke sudova država članica na

⁴⁶ U. Magnus, P. Mankowski (ur.), *Brussels Ibis Regulation*, Koln, Sellier, 2016, str. 665.

⁴⁷ Hartley bezrezervno zaključuje da se prema Uredbi Bruxelles I u tom slučaju radi o *res iudicata*. Hartley, *op. cit.* (bilj. 39), str. 216-220. Ahmed i Beaumont mišljenja su da ima prostora i za drugačije tumačenje. Ahmed, Beaumont, *op. cit.* (bilj. 39), str. 408.

⁴⁸ *CMA CGM SA v. Hyundai Dockyard Co. Ltd.*, EHWC 2791 (2008) i 1 Lloyd's Rep 213 (2009).

jednak način na koji to moraju drugi sudovi država članica prema odredbama Uredbe Bruxelles I.⁴⁹

Jedan od argumenata protiv dodjele naknade štete za povredu ugovora o nadležnosti jest to da zahtijevanje naknade štete u opsegu troškova nastalih drugoj ugovornoj strani zbog postupka pred nenadležnim forumom nije moguće jer je sud u tom postupku donio pravomoćnu odluku o dodjeli troškova koja ima učinak *res iudicata*.⁵⁰ U slučaju da arbitražno vijeće ili sud odlučuje o tim troškovima kao iznosu štete koju treba naknaditi zbog povrede ugovora, on bi zapravo drugi put odlučivao o već presuđenoj stvari.⁵¹ U takvu bi slučaju postojao rizik da pravorijek arbitražnog vijeća ili odluka suda ne bi bili priznati u nekim državama, pogotovo u državama kontinentalnopravnog kruga, iz razloga što bi povreda načela *res iudicata facit ius inter partes* i *ne bis in idem* bila smatrana povredom javnog poretka tih država te bi na taj način bila valjani temelj za odbijanje priznanja.⁵²

Međutim s obzirom na to da se u postupku za naknadu štete radi kršenja sporazuma o nadležnosti tužbeni zahtjev temelji na materijalnopravnoj osnovi, a da je odluka o troškovima koji se dodjeljuju u samom postupku koji je pokrenut pred nenadležnim forumom procesne naravi, pitanje je radi li se o istom tužbenom zahtjevu.

U slučaju u kojem druga ugovorna strana ugovora o arbitraži prigovara nenadležnosti državnog suda i u tom postupku snosi vlastite troškove te tužbenim zahtjevom od arbitražnog vijeća potražuje naknadu pretrpljene štete, vijeće ne bi trebalo biti spriječeno u odlučivanju zbog učinka *res iudicata*. Razlog je to što vijeće ne odlučuje o jednakom tužbenom zahtjevu. Naime u prvom postupku radi se o procesnopravnoj odluci državnog suda o raspodjeli troškova postupka, dok arbitražno vijeće u drugom postupku odlučuje o materijalnopravnom zahtjevu, tj. o tome jesu li ispunjeni uvjeti za naknadu štete prema mjerodavnom pravu za odluku o tom pitanju. Dakle iako se iznos dodijeljen u oba postupka može podudarati, ne radi se o istim tužbenim zahtjevima, pa tako nema ni zapreke da arbitražno vijeće odlučuje o naknadi štete za povredu ugovora o arbitraži.

Švicarski Vrhovni sud zauzeo je sličan stav kad je odlučivao o pitanju je li arbitražni pravorijek kojim je dodijeljena naknada štete za povredu ugovora o arbitraži bio protivan

⁴⁹ Za detaljniju analizu mišljenja suda vidi Fierens, J., Volders, B., *op. cit.* (bilj. 52), i Speller, Duncan, *Damages for Breach of an Agreement to Arbitrate – A Useful Weapon in a Post West Tankers World?*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/04/09/damages-for-breach-of-an-agreement-to-arbitrate-a-useful-weapon-in-a-post-west-tankers-world/>, 10. ožujka 2019.

⁵⁰ Dinelli, Albert, *The Limits on the Remedy of Damages for Breach of Jurisdiction Agreements: The Law of Contracts Meets Private International Law*, Melbourne University Law Review, vol. 38, br. 3, 2015.

⁵¹ Slično je i u hrvatskom građanskom procesnom postupku: rješenje o troškovima postupka čini dio izreke presude i obuhvaćeno je granicama njezine pravomoćnosti. Vidi Triva, Siniša; Dika, Mihajlo, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004, str. 642.

⁵² Vidi primjerice presudu švicarskog Federal Tribunal iz 2010. godine u predmetu 4A_490/2009, gdje je utvrđeno da ponovno odlučivanje vijeća o već presuđenoj stvari u sudskom postupku čini povredu javnog poretka. Vidi suprotno stajalište: presuda *Deutsche Sachbau und Tiefbohrergesellschaft GmbH v. Ras Al Khaminah Nat'l Oil Co.*, 1987, 2 Lloyd's Rep. 246, 254, analizirano u Fierens, Jean Pierre; Volders, Bart, *Monetary Relief in Lieu of Anti-Suit Injunctions for Breach of Arbitration Agreements*, Revista Brasileira de Arbitragem, 2012, vol. 9, br. 34, str. 92-103.

švicarskom javnom poretku.⁵³ U tom je predmetu švicarska farmaceutska tvrtka protiv izraelskog distributera pokrenula postupak rješavanja spora proizašlog iz ugovora o distribuciji pred nadležnim arbitražnim vijećem u Švicarskoj. Izraelski distributer na to je odgovorio protutužbom pred sudom u Tel Avivu, čime je prekršio ugovor o arbitraži. Iako je švicarska stranka prigovorila nenadležnosti izraelskog suda, taj je prigovor odbijen te je stranka potom zatražila izdavanje deklaratornog pravorijeka (*declaratory relief*) da ima pravo na naknadu svih troškova koji su nastali zbog povrede ugovora o arbitraži. Arbitražno vijeće donijelo je djelomični pravorijek kojim je utvrdilo vlastitu nadležnost za izdavanje takva pravorijeka, a potom je konačnim pravorijekom dodijelilo deklaratorni pravorijek zbog povrede ugovora o arbitraži pod uvjetom da švicarska stranka nastalu štetu dokaže prema ugovorenom pravu, tj. švicarskom Zakonu o obveznim odnosima. Izraelski distributer zatražio je poništaj pravorijeka s osnove da se radi o povredi javnog poretka. Švicarski Vrhovni sud odbio je zahtjev za poništaj uz obrazloženje da je izraelski distributer zahtjev podnio prekasno, jer nije prigovorio nakon donesenog djelomičnog pravorijeka, te je potvrdio da su stranke sklapanjem ugovora o arbitraži pristale na rješavanje sporova isključivo arbitražom, a ne pred državnim sudovima. Time je opravdao odlučivanje o zahtjevu za deklaratornim pravorijekom o naknadi štete te je utvrdio da takva odluka nije protivna švicarskom javnom poretku.⁵⁴

Švicarski Vrhovni sud ponovno je odlučivao o pitanju naknade štete za povredu ugovora o arbitraži u predmetu *4A_232/2013*.⁵⁵ U tom se slučaju radilo o sporu između proizvođača iz Velike Britanije i distributera iz Grčke. Potonji je pokrenuo sudski postupak u Grčkoj bez obzira na klauzulu o rješavanju sporova putem arbitraže ICC-a sa sjedištem u Švicarskoj. Proizvođač iz Velike Britanije na to je zatražio prekid postupka pred sudom u Grčkoj, a po uspostavi ugovorene arbitraže i kompenzaciju za nastale troškove zbog povrede ugovora o arbitraži. Arbitražno je vijeće u pravorijeku ustanovilo razliku između zahtjeva za naknadu štete prema primjenjivom engleskom pravu i odluke o dodjeli troškova arbitražnog postupka prema pravilima arbitraže ICC-a.⁵⁶ Vijeće je odlučilo da dodjela naknade štete za troškove proizašle iz povrede ugovora o arbitraži zbog postupka pred grčkim sudom nikako ne bi značila upletanje u odluku istog suda o raspodjeli troškova postupka te je iz navedenih razloga donijelo takav pravorijek i naložilo grčkoj stranci da naknadi štetu za povredu ugovora o arbitraži. Grčki je distributer uložio zahtjev za poništaj navedenog pravorijeka pred švicarskim Vrhovnim sudom iz razloga što arbitražno vijeće nema nadležnost odlučivati o takvoj vrsti zahtjeva za naknadom štete, no taj je zahtjev odbijen.⁵⁷ Valja napomenuti kako je vijeće odlučilo da obveza naknade štete nije ograničena samo na postupak u Grčkoj, već na sve eventualne

⁵³ No. *4A_444/2009*, *X v. Y*, Swiss Supreme Court, 11. veljače 2010.

⁵⁴ Scherer, Matthias, *Damages as a Sanction for Commencing Court Proceedings in Breach of an Arbitration Agreement*, <http://kluwerarbitrationblog.com/2014/02/21/damages-as-a-sanction-for-commencing-court-proceedings-in-breach-of-an-arbitration-agreement/>, 10. ožujka 2019. Landon, Tanya; Schnyder, Sabine, *Remedies for Breach of the Arbitration Agreement – Dealing with Parties that Try to Circumvent Arbitration*, https://www.sidley.com/-/media/publications/ia15_chapter-2_sidleyaustin.pdf, 10. ožujka 2019.

⁵⁵ No. *4A_232/2013*, *X v. Z*, Swiss Supreme Court, 30. rujna 2013.

⁵⁶ Čl. 31. st. 1. 1998 ICC Arbitration Rules.

⁵⁷ Scherer, M., *op. cit.* (bilj. 54); Landon, T.; Schnyder, S., *op. cit.* (bilj. 54).

kasnije postupke koji bi bili pokrenuti pred nenadležnim forumom usprkos postojanju valjanog ugovora o arbitraži.⁵⁸ Takva odluka arbitražnog vijeća ide u prilog općem pravnom načelu *pacta sunt servanda* te tome da ugovorne strane ne mogu ignorirati postojanje odabira foruma za rješavanje sporova te postupak pokretati pred tijelom za koje smatraju da će im donijeti najpovoljniji ishod.

Pozitivnom stavu o naknadi štete za povredu ugovora o arbitraži pridružio se i sud u Veroni, koji je odlukom od 22. studenog 2012. utvrdio da stranka koja čini povredu ugovora o arbitraži pokretanjem postupka pred državnim sudom ne može svoju radnju opravdati načelom slobodnog pristupa sudovima.⁵⁹ Ugovor o arbitraži odraz je volje ugovornih strana; ako su one autonomno odlučile sporove rješavati arbitražom, time su isključile nadležnost bilo kojeg državnog suda u predmetu unutar granica ugovora o arbitraži. U talijanskom predmetu sud je tuženiku pripisao postupanje u lošoj vjeri zbog činjenice da je postupao protivno valjanom ugovoru u arbitraži te je dosudio naknadu štete drugoj strani na temelju talijanskog Zakona o parničnom postupku, prema kojem stranka koja tuži s prijevarnom namjerom ili iz nemarnosti, znajući da nema osnove za tužbeni zahtjev, mora drugoj strani naknaditi štetu uzrokovanu takvim postupkom.⁶⁰ Iako je pravna osnova za dodjelu štete pronađena u odredbi talijanskog procesnog zakona, predmetna presuda veronskog suda predstavlja presedan u talijanskoj sudskoj praksi, kojim je pod određenim uvjetima otvorena mogućnost dodjele naknade štete za povredu ugovora o arbitraži.

Mišljenje kako se naknada štete zbog povrede sporazuma o nadležnosti ne bi trebala dodjeljivati zbog moguće povrede međunarodne učtivosti (*international comity*) također nije opravdano. Prema njemu bi dodjela naknade štete, pogotovo u slučajevima u kojima, prema pravu država koje su povezane s predmetnim sporom, nemaju jednaka procesna pravila o alokaciji troškova postupka predstavljala upletanje u procesni pravni poredak tih država.⁶¹ S druge strane engleski *Court of Appeal* u već spomenutoj presudi u predmetu *Union Discount v. Zoller* zaključio je kako pojam međunarodne učtivosti treba tumačiti fleksibilno te kako dodjela naknade štete za povredu sporazuma o nadležnosti ne bi imala učinak povrede načela međunarodne učtivosti.⁶² Sud je takvo stajalište argumentirao činjenicom da, kada bi situacija bila obrnuta te kada bi engleski sud prekinuo postupak zbog vlastite nenadležnosti zbog postojanja prorogacijske klauzule, dodjela štete u obliku naknade troškova nastalih pri engleskom sudu od strane suda kojem je nadležnost prorogirana ne bi naškodila engleskom javnom poretku, pa ni međunarodnoj učtivosti između dviju država.⁶³ Razlog je to što sud koji odlučuje o naknadi štete zapravo ne bi donosio odluku protivnu engleskom procesnom pravu. On naime ne donosi drugu odluku

⁵⁸ Scherer, M., *ibid.*

⁵⁹ Caccialanza, Manuela, *Damages for the breach of the obligation to arbitrate: a step forward of national courts in favour of arbitration?*, <http://kluwerarbitrationblog.com/2014/05/27/damages-for-breach-of-the-obligation-to-arbitrate-a-step-forward-of-national-courts-in-favour-of-arbitration/>, 10. ožujka 2019.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Vishnevskaya, Olga, *Anti-suit Injunctions from Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration: A Necessary Evil?*, *Journal of International Arbitration*, 2015, vol. 32, br. 2, str. 204.

⁶² Takahashi, K., *op. cit.* (bilj. 7), str. 79.

⁶³ *Ibid.*

o istim troškovima, već dopunsku odluku u pogledu zahtjeva za naknadom štete zbog dijela troškova koji nije kompenziran prema engleskom procesnom pravu.⁶⁴ Također, u predmetu *OT Africa Line* engleski je sud iznio stajalište da „u slučaju klauzula isključive nadležnosti učtivost igra manju ulogu. Jasno je kako svaki sud treba poštivati nadležnost i odluke drugog (stranog) suda, no u slučaju da su se stranke usuglasile da strani sud ima isključivu nadležnost nad njihovim sporom, jedina prava uloga učtivosti jest da se osigura poštivanje volje stranaka. Prema tome... stranka koja započne postupak pred nekim drugim forumom čini povredu sklopljenog ugovora.“⁶⁵ Iz navedenih argumenata proizlazi da, iako sud u donošenju odluke o naknadi štete i samom iznosu naknade treba voditi računa da ne povrijedi javni poredak strane države,⁶⁶ pitanje međunarodne učtivosti u pravilu neće biti zapreka korištenju instituta naknade štete za povredu sporazuma o nadležnosti.

Dakako, obje navedene sudske odluke donesene su od strane engleskih sudova, pa bi se moglo tvrditi da je takva argumentacija svojstvena i moguća samo unutar pravnih sustava *common law*. Međutim postoji i primjer odluke u kojoj je španjolski Vrhovni sud u predmetu *Sogo USA Inc v Angel Jesus*, o kojem je bilo riječi *supra*, upravo na temelju takve argumentacije presudio u korist tužitelja. Osnovni argument Vrhovnog suda bio je da je sporazum o nadležnosti inkorporiran u glavni ugovor stranaka te da stvara obvezu stranaka da ga se pridržavaju. Prema mišljenju Vrhovnog suda, povreda takva sporazuma nužno će prouzročiti ekonomske posljedice za nedužnu stranku, koje se ogledaju upravo u troškovima prouzročenima nepotrebnim postupkom, a nastala šteta zbog odvjetačkih troškova nije isto što i procesni troškovi pred američkim sudom.⁶⁷ Time vrhovni sud upućuje na razliku između dva pravna zahtjeva: procesnog zahtjeva za dodjelu troškova pred američkim sudom i materijalnog zahtjeva za naknadu štete pred španjolskim sudom. Zbog različitosti pravnih osnova oba zahtjeva španjolski je Vrhovni sud zapravo izrazio stajalište da nije prekludiran učinkom *res iudicata* u odlučivanju o naknadi štete zbog povrede sporazuma o nadležnosti.⁶⁸

4. ZAKLJUČAK

Opće je pravno načelo da se volja ugovornih strana mora poštivati, a svako odstupanje od ugovora nalaže dužnost strane koja ga je prekršila da naknadi štetu nastalu drugoj strani.⁶⁹ Pitanje je vrijedi li to općeprihvaćeno pravilo i kod kršenja sporazuma o nadležnosti. Naime kod takvih sporazuma tradicionalno se primjenjuju procesnopravne sankcije, dok se materijalnopravne sankcije u takvim situacijama primjenjuju tek relativno kratko vrijeme. Smatramo da se procesne sankcije i materijalnopravna sankcija naknade štete ne bi trebale međusobno isključivati. Njihova bi zadaća trebala biti

⁶⁴ Drugim riječima, sud takvom odlukom ne bi učinio povredu javnog poretka i načela *ne bis in idem*.

⁶⁵ *OT Africa Line Ltd v. Magic Sportswear Corp*, 1 C.L.C. 923, 2005.

⁶⁶ Primjerice ako američki sud odredi tako visok iznos naknade štete da ona već zalazi u područje tzv. *punitive damages*, instituta koji nije prepoznat u svim pravnim porecima i čija bi primjena mogla rezultirati povredom javnog poretka određene države. Vidi Sajko, K., *op. cit.* (bilj. 40), str. 265.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Jaroslavsky, P., *op. cit.* (bilj. 40), str. 33.

⁶⁹ DiMatteo, Larry, *Law of International Contracting*, 2. izdanje, Alphen aan den Rijn, 2009, str. 14, 257-260.

komplementarna u nastojanju da se druga ugovorna strana vrati u poziciju u kojoj bi bila da nije došlo do povrede sporazuma o nadležnosti.⁷⁰ Valja napomenuti da bi primjena instituta naknade štete mogla poticajno djelovati i na smanjenje namjernog započinjanja sudskog postupka pred (najčešće) domaćim sudovima ili nekim drugim sudovima za koje stranka vjeruje da bi mogli odlučiti u njezinu korist, čime ponovno potiče poštivanje načela *pacta sunt servanda* i odvraća stranke od mogućeg *forum shoppinga*.⁷¹

Da bi sud ili arbitražno vijeće dodijelili naknadu štete za kršenje sporazuma o nadležnosti, trebaju biti ispunjene dvije pretpostavke. Prvo, sud ili arbitražno vijeće trebaju zauzeti stav da je sporazum o nadležnosti sporazum dvojne ili mješovite pravne prirode, ili – u krajnjem, u kontinentalnopravnim sustavima teže zamislivom, slučaju – da je to sporazum materijalnopravne prirode. Tada bi kao sankciju za njegovo kršenje valjalo dozvoliti i naknadu štete strani koja je oštećena pokretanjem postupka pred nenadležnim forumom. Drugo, sud ili arbitražno vijeće trebali bi naći da ne postoji smetnja za dodjelu naknade štete zbog postojanja odluke nenadležnog suda o raspodjeli sudskih troškova. Takva je praksa donekle već ustaljena kod povrede ugovora o arbitraži, ali još je uvijek teško zamisliva u slučaju unutar predmeta u EU-u u kojima je prekršen sporazum o izboru isključivo nadležnog suda.

Na kraju valja naglasiti moralnu, ali i ne manje bitnu značajku instituta naknade štete, a to je da nitko ne bi trebao profitirati zbog neispunjenja svoje ugovorne obveze. Jer *ius est ars boni et equi*; iako nije sve što je u pravu uvriježeno ujedno i pravedno, nikada ne bi trebalo zatvoriti vrata rješenjima koja predstavljaju odraz pravednog postupanja, što naknada štete za povredu sporazuma o nadležnosti jest.

⁷⁰ *Ibid.*, str. 645; Jaroslavsky, P., *op. cit.* (bilj. 40), str. 41.

⁷¹ Tan, D., *op. cit.* (bilj. 2), str. 604, 638; Jaroslavsky, *ibid.*

DAMAGES RELATED TO INFRINGEMENTS OF JURISDICTION AGREEMENTS IN DISPUTES WITH AN INTERNATIONAL ELEMENT

This paper examines whether a court can award damages to the injured party of an agreement in the case where the other party has infringed an arbitration agreement or an agreement on exclusive international jurisdiction. The first part of the paper analyses the legal nature of jurisdiction agreements. The conclusion is reached that the court should define a jurisdiction agreement as a contract of a primarily substantive legal nature, or, at least, as one of a dual or combined nature, in order to meet the positive assumption for awarding damages in the case of an infringement of such an agreement. In the second part of the paper, the authors examine whether the principle of *res judicata facit ius inter partes* and the principle of international comity can present an obstacle to awarding damages for the infringement of an arbitration agreement. The conclusion drawn is that, due to the difference in the basis of claims, these principles should not present such an obstacle.

Keywords: jurisdiction agreements, damages, the legal nature of jurisdiction agreements, res judicata

Dora Zgrabljic Rotar, Assistant Professor at the Department for International Private Law at the Faculty of Law of the University of Zagreb

Ivona Vidovic, LL. M., attorney trainee in Zagreb

RAZVOJ, ZNAČAJ I ULOGA NEPROMJENLJIVIH DIJELOVA USTAVA

Pregledni znanstveni rad

UDK 342.4(091)

340.131:342.4

Primljeno: 31. siječnja 2019.

Vedran Zlatić*

Ideja o nepromjenljivim dijelovima ustava može se pronaći još u antičkom razdoblju grčkih polisa. Nakon toga prihvaćaju je i ustavotvorci tijekom 18. st. Prvi pisani ustavni dokumenti toga razdoblja sadrže zabrane promjene ustava, primjeri su svakako Ustav SAD-a iz 1787. i francuski Ustav iz 1791. Od toga vremena ustavotvorci sve češće posežu za unošenjem takvih nepromjenljivih dijelova u ustave. Motivi za njihovo unošenje u ustav, kao i ciljevi koji se time žele postići, mogu biti različiti. Dva su načina na koje se zabrana promjene unosi u ustave: izričito i prešutno. Takva zabrana može biti trajna ili samo privremena, može se odnositi na cijeli ustav ili samo na neke njegove dijelove. Bez obzira na mnoge izazove s kojima se suočava cijeli koncept nepromjenljivih dijelova ustava, vidljiv je uzlazni trend njegova unošenja u ustavne dokumente. Takve „vječne klauzule“ sve se češće mogu pronaći u ustavima diljem svijeta.

Ključne riječi: ustav, ustavne promjene, „vječne klauzule“, *pouvoir constituant*

UVOD

U gotovo svim suvremenim državama za promjenu ustava propisuju se stroži uvjeti nego za promjenu bilo kojeg drugog pravnog akta. Naravno, takva zaštita ustava od ishitrenih i naglih promjena nije rezultat isključivo modernog shvaćanja ustava i njegova značaja i položaja u pravnom poretku države.¹ Ipak, povijesno nas iskustvo uči kako su ustavni dokumenti podložni promjenama. U nekim slučajevima to se događa češće nego u drugima, nekada su u pitanju tek manje dopune ili izmjene, a nekada se pristupa potpunoj zamjeni jednog ustava novim. Međutim općenit zaključak koji možemo dati promatrajući povijesno iskustvo ustavnih dokumenata svodi se na to da je i ustav, kao i bilo koji drugi pravni akt, podložan promjeni. Opseg, kao i širi društveni kontekst takvih promjena, bio je različit od slučaja do slučaja. Tako se nekad radilo samo o manjim promjenama izvornoga teksta, koje su ga trebale osuvremeniti i uskladiti s promjenama u okolini. Drugi se put radilo o potpunoj promjeni ustavnog uređenja, odnosno odbacivanju starog uređenja, koje je zamijenjeno nekim sasvim novim. Sve se to moglo izvoditi mirnim putem kroz već predviđene mehanizme ustavnih promjena. Međutim nisu rijetke bile ni situacije kada su se takve promjene događale nasilnim prevratima i revolucijama.

* Vedran Zlatić, mag. iur., asistent na Katedri za ustavno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

¹ Primjerice već Ustav SAD-a iz 1787. u svome čl. V. predviđa izrazito kompliciran postupak promjene. Usp. Smerdel, B., *Ustav Sjedinjenih Američkih Država*, Osijek, Panliber, 1994, str. 36-37.

Ipak, mnogi autori, koji pripadaju različitim povijesnim epohama, zemljopisnim cjelinama ili pak ideološkim usmjerenjima, smatrali su da ustavne promjene nisu ni potrebne ni poželjne. Zapravo, takvi su zahvati u ustav, prema njihovom uvjerenju, zabranjeni. Za njih ustavi, u cijelosti ili u samo jednom dijelu, predstavljaju dokumente namijenjene tomu da traju. Kao takvi, trebali bi trajno, ili pak na određeno vrijeme, biti izuzeti od promjena. Stoga su oni odustali od propisivanja strožih uvjeta za promjenu ustava te su otišli korak dalje u namjeri očuvanja njegove stabilnosti i trajnosti. Određene promjene u određenom opsegu, ili pak sve promjene u cijelosti, jednostavno su zabranili. Među tim autorima postoje različita mišljenja o tome u kojoj su mjeri i za koje vrijeme ustavne promjene nepoželjne, pa i zabranjene. Bitno je napomenuti da su takva i slična razmišljanja relativno često bila (ili pak još uvijek jesu) pretočena u ustavne odredbe i inkorporirana u ustavne tekstove. Motivi i razlozi za takvo shvaćanje ustavnih dokumenata, odnosno pojedinih njegovih dijelova, različiti su. Jednako su tako različite i metode i tehnike unošenja takvih ideja o nepromjenjivosti i „vječnosti“ ustava ili pojedinih njegovih dijelova u ustavnu stvarnost. Međutim već na početku treba napomenuti kako nikada nije postojao konsenzus o razumijevanju ustava kao trajnog dokumenta imunog na promjene. Naprotiv, često je takav pristup bio predmetom kritika. A takve rasprave još uvijek traju. U nastavku teksta detaljnije ćemo prikazati na koji se način ustav, ili pak pojedini njegov dio, pokušava pretvoriti u nešto trajno ili nepromjenjivo te koji motivi ili razlozi stoje iza takva shvaćanja ustavnog teksta. Jednako tako, u glavnim crtama prikazat ćemo i prijeporne točke koje postoje oko ovakva pristupanja ustavu.

1. MOTIVI I SADRŽAJ NEPROMJENLJIVIH DIJELOVA USTAVA

1.1. Motivi za zabranu ustavnih promjena i njihov sadržaj

Želja čovjeka da ovjekovječi pravne akte koje je donio seže još u antička vremena. Tako imamo primjer Likurga, glasovitog spartanskog zakonodavca, koji je nakon božanske potvrde da su upravo njegovi zakoni dobri za narod te uvjeravanja da će Sparta biti proslavljena ukoliko zadrži „Likurgov ustav“ žrtvovao vlastiti život u svrhu besmrtnosti i vječnosti svojeg ustava i zakona. I doista, kako će vrijeme pokazati, a povijest nas naučiti, njegova žrtva nije bila uzaludna. Brojni spartanski kraljevi nakon njega organizirali su svoju vladavinu pod okriljem njegova ustava, a slava Sparte dosegla je takve razmjere da živi i u sjećanju današnjih generacija.² Ipak, nije uvijek bila potrebna božanska i proročka intervencija kako bi uvjerila ljude da su pravila koja su donijeli zaslužila vječnost i nepromjenljivost. Inspiraciju za takvo postupanje katkada su crpili iz jednostavne želje da zaštite neka prava. Nekad su to bila prava povlaštenog, plemićkog sloja društva, kao primjerice u Mađarskoj u Zakonskom članku iz 1741., kojim su slobode i privilegije

² Navedeno prema: Plutarch, *Plutarch's Lives*: vol. I, chapter XXVIII, e-izdanje knjige priredio: The Project Gutenberg eBook, *Plutarch's Lives, Volume I (of 4)*, by Plutarch et al. Translated by Aubrey Stewart and George Long. E-text prepared by Jonathan Ingram, Linda Cantoni, and the Project Gutenberg Online Distributed Proofreading Team, with special thanks to Thundergnat; preuzeto sa: https://www.gutenberg.org/files/14033/14033-h/14033-h.htm#LIFE_OF_LYKURGUS (17. 5. 2018.).

pripadnika plemićkog staleža proglašene nepromjenljivima.³ Drugi su se put na taj način od promjene izuzimala i štitila pojedina prava i slobode zajamčeni svima, kao što je to slučaj sa slobodom savjesti zajamčenom u Pennsylvania Charter of Privileges (1701.).⁴ Mnogo širu paletu prava i sloboda koji se proglašavaju trajnim i nepromjenjivim sadrži glasoviti čl. 79. st. 3. Temelnog zakona (Ustava) SR Njemačke iz 1949., s odredbama o nepromjenljivosti onih odredaba Ustava koje svakom čovjeku jamče dostojanstvo te koje određuju ljudska prava kao temelj svake zajednice i, kao takve, obvezuju zakonodavnu, izvršnu i sudbenu vlast.⁵

Nesumnjivo je da se na takvu formulaciju široke i „vječne“ zaštite ljudskog dostojanstva i ljudskih prava njemački ustavotvorac odlučio poučen iskustvima iz razdoblja prije i tijekom Drugog svjetskog rata. Zbog toga se ta klauzula vječnosti, osim na područja zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda, protezala i na zaštitu demokratskog i federalnog uređenja države te narodnog suvereniteta, ali i na pravo pravo svih Nijemaca da ustanu u obranu ustavnog poretka države ako nema drugoga načina za njegovu zaštitu.⁶ Međutim takva borba protiv „duhova prošlosti“ nije isključivo njemački slučaj. Mnoge su druge zemlje pri pisanju svojih ustava postupile slično uvrštavajući u njih odredbe kojima se trajno zabranjuje povratak na neko prošlo vrijeme. Čest je to slučaj, recimo, sa zabranom promjene republikanskog oblika vladavine. Za primjer uzmimo čl. 89. Ustava Francuske iz 1958.⁷, čl. 4. Ustava Republike Turske iz 1982.⁸ ili pak čl. 139. Ustava Republike Italije iz 1947.⁹ U tim ustavima ustavotvorci su izričito odredili nepromjenljivost republikanskog oblika vladavine, očito s namjerom da zauvijek raščiste sa svojom monarhijskom prošlosti, koja je, prema njihovu uvjerenju, donijela mnogo nevolje njihovim narodima i državama. U klauzulama vječnosti svoje su mjesto pronašle i teme iz duhovnog života određene političke zajednice. Tako se u nekim ustavima izričito štiti bilo kakva promjena određene državne religije (primjerice čl. 171. meksičkog Ustava iz 1824.¹⁰), a neki drugi ustavi išli su suprotnim smjerom te su izričito zabranili promjenu sekularnog uređenja države – primjer je već navedeni čl. 4. Ustava Republike Turske iz 1982.¹¹

Ovim se kratkim pregledom, naravno, ni izbliza ne iscrpljuje sve bogatstvo tema koje su zastupljene u ustavnim klauzulama vječnosti, ali njihovo detaljno navođenje i obrada

³ Szente, Z., *Functions of the National Assembly Within the Constitutional Tradition of Hungary*, 46 *Annales U. Sci. Budapestinensis Rolando Eotvos Nominatae* 93 (2005), str. 107; preuzeto sa:

https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ausbud46&div=10&start_page=93&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults (17. 5. 2018.).

⁴ Usp. *Charter of Privileges Granted by William Penn, esq. to the Inhabitants of Pennsylvania and Territories, October 28, 1701*, Art. 8., preuzeto sa: http://avalon.law.yale.edu/18th_century/pa07.asp (17. 5. 2018.).

⁵ Usp. čl. 79. st. 3. te čl. 1. i 20. Temelnog zakona; dostupno na: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0421 (19. 5. 2018.).

⁶ *Ibidem*.

⁷ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/constitution/constitution-of-4-october-1958.25742.html> (19. 5. 2018.).

⁸ https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf (19. 5. 2018.).

⁹ http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_INGLESE.pdf (19. 5. 2018.).

¹⁰ <http://www.constitution.org/cons/mexico/constit1824.htm> (19. 5. 2018.).

¹¹ https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf (19. 5. 2018.).

daleko bi premašili opsege ovoga rada.¹² Na ovome mjestu dovoljno je reći da se pojam klauzule vječnosti vezao ponajprije uz već navedenu odredbu čl. 79. st. 3 Temelnog zakona (Ustava) SR Njemačke, u kojoj se eksplicitno navodi koji se dijelovi Temelnog zakona izuzimaju od promjene.¹³ Stoga se ovaj pojam u literaturi često susreće u svojem izvornom obliku „Ewigkeitsklausel“, ali, naravno, susrećemo i uporabu prijevoda tog pojma s njemačkog jezika na jezike pojedinih autora. S vremenom je pojam klauzule vječnosti ušao u širu uporabu u literaturi te se upravo njime najčešće označavaju svi oni dijelovi Ustava koji su izuzeti od mogućnosti promjene. Nadalje, i iz ovih gore navedenih primjera vidljivo je da su se ljudi navedenom tehnikom zabrane služili motivirani kako božanskim i proročkim razlozima u svrhu osiguranja općeg dobra svih ljudi i domovine tako i iz sasvim prizemnih i svjetovnih pobuda, koje su smjerale zaštititi vlastitih zemaljskih probitaka. Bez obzira na sve razlike u motivima unošenja takvih odredaba u pojedine ustave Y. Roznai primjećuje kako su one sve učestalija pojava u posljednje vrijeme. Sukladno tome primjećuje se njihov rast kako u broju takvih odredaba u ustavima tako i u njihovoj duljini te obuhvatu.¹⁴

1.2. Ciljevi koji se žele postići unošenjem zabrane promjene ustava

Kako smo u prethodnom poglavlju vidjeli, motivi ustavotvoraca pri određivanju nepromjenljivih dijelova ustava, kao i sadržaj tih dijelova, mogu biti raznovrsni. Međutim sasvim sigurno oni imaju i određeni cilj koji se njima želi postići. Naravno, već u samoj motivaciji onih koji određene ustavne odredbe žele učiniti vječno nepromjenljivima nazire se i njihov konačni cilj. Dakle ovdje se radi u pretakanju gore navedenih motiva ustavotvoraca u konkretne i žive ustavne odredbe, i to one koje su namijenjene tomu da stalno prate određenu državu i društvo u svrhu materijalizacije unutrašnjih motiva ustavotvoraca u objektivnom uređenju društvenih i političkih kontura zajednice, tj. ustavu. S obzirom na, kako smo već naveli, sve češće unošenje „vječnih klauzula“ u ustave brojnih zemalja pojavljuju se i različiti načini njihova razvrstavanja prema ciljevima koji se njima žele postići.¹⁵ Ipak, ovdje valja napomenuti kako se ni u jednoj takvoj diobi navedenih ustavnih odredaba na skupine determinirane ciljevima koji se njima žele postići ne radi o strogo odvojenim skupinama, tako da je moguće da zapravo jedna takva odredba istovremeno postiže nekoliko ciljeva.

Nešto ćemo detaljnije razmotriti razmišljanja Richarda Alberta, koji navodi tri cilja kojima imaju služiti „klauzule vječnosti“ ugrađene u ustav.¹⁶ Prvi je od njih očuvanje određenih

¹² Usp.: Roznai, Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press 2017, str. 19-26. Knjiga je dio serije publikacija Oxford Constitutional Theory, čiji su glavni urednici M. Loughlin, J. P. McCormick i N. Walker.

¹³ Usp. Preuss, U. K., *The Implications of 'Eternity Clauses': The German Experience*, 44 *Isr. L. Rev.* 429 (2011), str. 440; preuzeto sa:

<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/israel44&collection=journals&id=429&startid=&endid=448> (28. 2. 2019.).

¹⁴ *Ibidem*, str. 21.

¹⁵ O tome više u: *ibidem*, str. 26-38.

¹⁶ Albert, R., *Constitutional Handcuffs*, 42 *Ariz. St. L.J.* 663 (2010), str. 678-698; preuzeto sa:

„strukturalnih značajki“ države koje se smatraju „temeljnima“ i „konstitutivnim“ osobinama njezina identiteta.¹⁷ Kao primjere takvih „strukturalnih značajki“ navodi: federalizam, sekularizam, unitarizam, republikanizam, monarhizam, mehanizme diobe vlasti.¹⁸ Za tvorce dotičnih ustava upravo neke od gore navedenih značajki čine nezamjenjivi dio identiteta države i društva te ih je stoga i nužno ne samo zaštititi nego i trajno očuvati zaogrnutu u „vječne klauzule.“ Međutim, kako R. Albert nadalje zaključuje, postoje i one vječne klauzule koje u sebi kriju formulu transformacije. One u sebi nose pogonsko gorivo razvoja i napretka prema nekom cilju usmjerenom u budućnost. One služe kao sredstvo za bijeg od tamne prošlosti. Dakle ovdje je riječ o nepromjenljivim dijelovima ustava čije bi očuvanje trebalo, po uvjerenju ustavotvoraca, dovesti državu i društvu na željeni stupanj razvoja.¹⁹ U tu svrhu najčešće se u ustavima poseže za zaštitom od promjene onih dijelova koji se tiču zaštite ljudskih prava i sloboda, ali i pravila koja se tiču izbornog sustava ili pak trajanja mandata tijela državne vlasti, uglavnom predsjednika države. Neki su od navedenih primjera ustavi BiH, Moldavije, Namibije, Rumunjske, Ukrajine itd.²⁰ Naposljetku, R. Albert navodi treći cilj kojem trebaju poslužiti stipulacije „vječnih kaluzula“ u ustavima. Ovdje je riječ o suočavanju s teškom prošlošću i željom za prevladavanjem nedaća u budućnosti. Najčešće se ovdje radi o potrebi za pomirbom među ranije sukobljenim dijelovima određene države i društva, čija je povijest obilježena sukobima i neprijateljstvima. Drugim riječima, na taj se način prepušta zaboravu nesretna i često krvava prošlost u cilju ostvarenja suživota i osiguranja trajnog mira. Uobičajeno se to postiže „vječnim klauzulama“ kojima se štite podijeljene amnestije i pomilovanja ili se dodjeljuje imunitet određenim skupinama.²¹

2. NAČIN UNOŠENJA ZABRANE PROMJENE USTAVA I OPSEG TAKVE ZABRANE

2.1. Izričito i prešutno navođenje zabrane ustavnih promjena

U nekim ustavnim dokumentima izričito se navodi kako se pojedini dijelovi, tj. odredbe ustava izuzimaju od mogućnosti promjene. Ovdje ustavotvorci svoju namjeru da određene dijelove ustava učine nepromjenljivima jasno i nedvosmisleno ističu već u samome tekstu ustava. Primjeri su takvih slučajeva brojni, kako u prošlosti tako i u tekstovima danas još uvijek važećih ustava. Zapravo, najveći broj vječnih klauzula i spada upravo u tu kategoriju. Među najpoznatijim, ako ne i najpoznatija, svakako je već spomenuta odredba čl. 79. st. 3. Temelnog zakona (Ustava) SR Njemačke. Pored ovoga primjera u prethodnom smo poglavlju nabrojili mnoge primjere ustava i njihovih

https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/arzjl42&div=23&start_page=663&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults (24. 5. 2018.).

¹⁷ *Ibidem*, str. 678.

¹⁸ *Ibidem*, str. 679-682. Autor na ovim stranicama također donosi iscrpan popis ustavnih tekstova u kojima možemo naići na odredbe kojima se zabranjuju izmjene navedenih „strukturalnih značajki“ (primjerice: ustavi SR Njemačke, Brazila, Kameruna, Senegala, Kuvajta, Maroka, Madagaskara, Portugala itd.).

¹⁹ *Ibidem*, str. 685.

²⁰ *Ibidem*, str. 685-689.

²¹ *Ibidem*, str. 693-698. R. Albert ovdje navodi primjere Nigera, Južnoafričke Republike i Gane, uz napomenu kako su „vječne klauzule“ koje su donesene s tim ciljem daleko rjeđe od ostalih dviju skupina.

odredaba kojima su ustavotvorci „namijenili vječnost“, stoga ih ovdje nećemo ponovno navoditi, nego ćemo samo čitatelja uputiti kako na prethodno poglavlje tako i na izvore navedene u njemu. U ovom poglavlju nešto više prostora posvetit ćemo onim slučajevima kada se tek tumačenjem ustavnog teksta u cjelini njegovih odredaba može doći do zaključka kako se njime od promjena izuzimaju određeni njegovi dijelovi, odnosno načela koja su u njemu sadržana. Za razliku od izričitih odredaba o nepromjenljivosti, kada ih kao takve u ustavne tekstove unosi već sam ustavotvorac u trenutku donošenja ustava, u slučaju implicitnih zabrana i ograničenja promjene ustava imamo drugačiju situaciju. Naime ovdje ustavotvorac najčešće nije taj subjekt koji atribuciju „vječnosti“ pridaje određenim dijelovima ustava, nego je u pitanju neko drugo tijelo, najčešće sud. Jednako tako, ta implicitna zabrana promjene najčešće se pojavljuje tek naknadno, dakle u većini slučajeva ne prati ustavni dokument od samog početka njegova postojanja.

Korijene takva pristupa određenim dijelovima ustava možemo pratiti još od kraja 18. stoljeća pa nadalje, kada su pojedini američki teoretičari tvrdili kako postoje temeljna ustavna obilježja, koja ne mogu biti predmetom ustavne promjene. U suprotnom došlo bi do urušavanja cijelog ustava.²² Vrlo sličan način razmišljanja pronalazimo i među velikim pravnim autoritetima na europskom kontinentu. Izdvojimo ovdje ponajprije M. Haurioua, koji smatra da postoje temeljna načela koja postoje izvan i iznad pisanog ustava te su kao takva nedodirljiva i nepromjenljiva.²³ Slično tome Carl Schmitt razmišlja o određenim „temeljnim, implicitnim i nepromjenljivim načelima koja tvore ustavni identitet“.²⁴ Nakon Drugog svjetskog rata takvu Schmittovu argumentaciju prihvatio je najprije bavarski Ustavni sud navodeći u svojoj presudi iz 1950. kako „postoje temeljna ustavna načela... koja prethode i samom Ustavu... te stoga druge ustavne norme mogu biti ništavne ako im protuslove.“²⁵ Naposljetku, jednaku takvu poziciju prihvatio je i Ustavni sud Savezne Republike Njemačke u presudi u slučaju Southwest 1951.²⁶

Postoje i drugi primjeri u kojima su ustavni ili vrhovni sudovi zauzimali slične pozicije ustvrđujući kako pojedini dijelovi ustava uživaju poseban status i kako su kao takvi nepromjenljivi. Izdvojimo ovdje indijski Vrhovni sud, koji je u tome otišao „puno dalje od bilo kojeg drugog suda, i to bez eksplicitne ustavne ovlasti“.²⁷ Taj je Vrhovni sud u svojoj jurisprudenciji razvio doktrinu „*basic structure*“, odnosno „*basic features*“.²⁸ Na taj način postavio je ograničenja promjena Ustava. Drugim riječima, ograničenja su nametnuta

²² Usp. Roznai, Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea*, 61 Am. J. Comp. L. 657, 2013, str. 670-673; preuzeto sa: <https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/amcomp61&id=673> (16. 5. 2018.).

²³ *Ibidem.*, str. 674.

²⁴ *Ibidem.*, str. 675.

²⁵ Citirano prema: *ibidem*, str. 676.

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ Kostadinov, B., *Ustavni identitet*, u: *Dvadeseta obljetnica Ustava Republike Hrvatske*, ur. Bačić, A., Zagreb, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti – Znanstveno vijeće za državnu upravu, pravosuđe i vladavinu prava, 2011, str. 322.

²⁸ Više o razvoju te doktrine vidi u: Thiruvengadam, A. K., *The Constitution of India - a Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2017, str. 220-229. Navedeni naslov dio je serije publikacija *Constitutional Systems of the World*, čiji su urednici B. L. Berger, R. Dixon, A. Harding, P. Leyland i H. Klug.

samom ustavotvorcu od strane suda, iako ustavni tekst o njima šuti. U svojoj presudi *Kesavananda Bharati v. State of Kerala and Another* (1973.)²⁹ taj je sud ustvrdio kako pravo Parlamenta (u ovom slučaju ustavotvorca) da izvrši promjenu ustava nije neograničeno te se ni u kojem slučaju ne mogu promijeniti „temeljne značajke“ („temeljna struktura“) Ustava.³⁰ U svojim sljedećim presudama navedeni je sud dodatno razradio navedenu doktrinu. Tako je kroz naredni period definirao kako pravo na ravnopravnost, pravo na život i temeljne slobode ulaze pod pojam „temeljnih značajki“ Ustava te su kao takve nepromjenljive.³¹ Nadalje, u presudi u slučaju *Minerva Mills Ltd. v. Union of India* (1980.) utvrđeno je kako Parlament nema neograničeno pravo promjene ustava jer u tome slučaju Parlament ne bi svoju vlast izvodio iz Ustava, nego bi bio iznad njega. Stoga Parlament ne može proširiti svoje ovlasti vezane uz promjenu Ustava na način da ukine sam Ustav niti da uništi njegove temeljne, suštinske značajke.³²

Prema mišljenju mnogih autora, na razvoj navedene doktrine Vrhovnog suda Indije uvelike je utjecao njemački primjer.³³ Tako je 1965. njemački profesor Dieter Conrad tijekom gostovanja u Indiji u svome predavanju govorio o implicitnim ograničenjima ustavnih promjena. D. Conrad već je tad, poučen nesretnom sudbinom Weimarske Njemačke i iskustvom nacističke vlasti, naveo kako bi i Indija mogla zatrebati mehanizam sličan „vječnoj klauzuli“, koja je svoje mjesto našla u čl. 79. st. 3. Temelnog zakona, kako bi očuvala određene demokratsko-ustavne vrijednosti. Nesumnjivo je da su upravo to predavanje i rad prof. Conrada utjecali na formiranje doktrine „basic structure“ u jurisprudenciji Vrhovnog suda Indije.³⁴ Nakon što je navedena doktrina razvijena i prihvaćena u Indiji, proširila se i na druge države, ponajprije na Pakistan i Bangladeš, kao prve susjede, čiji su najviši sudovi prema ograničenjima ustavnih promjena zauzeli stav sličan stavu Vrhovnog suda Indije.³⁵ Ipak, ideja o implicitnim ograničenjima ustavnih promjena ne ograničava se samo na te slučajeve. Doista, ona se širi i možemo je pronaći i u mnogim drugim državama. Negdje je prihvaćena i zaživjela je kao učinkovit mehanizam ograničenja ustavotvorca putem sudskog nadzora, kao primjerice u Tajvanu i Tajlandu,³⁶ dok u drugim državama, iako zagovarana od strane akademske javnosti, još uvijek nije ušla u praksu i pravorijeke najviših sudbenih instanci (Južna Koreja, Japan, Kina³⁷). Navedeni koncept širi se i dalje na ostale kontinente i u ostale države.³⁸ Međutim moramo imati na umu da taj razvoj ne mora nužno uvijek biti pravocrtan i ireverzibilan. Povratak

²⁹ Navedeno prema: Thiruvengadam, A. K., *op. cit.*, str. 226.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*, 228.

³² Roznai, Y., *op. cit. (Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of...)*, str. 46.

³³ Usp. Roznai, Y., *op. cit. (Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of...)*, str. 44; Thiruvengadam, A. K., *op. cit.*, str. 227; Mate, M., *State Constitutions and the Basic Structure Doctrine*, 45 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 441 (2014), str. 465-466, preuzeto sa: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/colhr45&div=14&start_page=441&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults (16. 5. 2018.).

³⁴ Mate, M., *op. cit.*, str. 466.

³⁵ Roznai, Y., *op. cit. (Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of...)*, str. 47-52.

³⁶ *Ibidem*, str. 53-56.

³⁷ *Ibidem*, str. 52-53.

³⁸ Usporedi: *ibidem*, str. 56-69.

na prijašnja stanja i ciklični procesi česti su u razvoju bilo kojeg pravnog instituta, pa tako i u slučaju implicitnih ograničenja ustavnih promjena.

2.2. Opseg zabrane promjena

Kada govorimo o nepromjenljivim dijelovima ustava, treba imati na umu kako među njima postoje brojne razlike. Ponajprije, određeni bi ustavni tekstovi, prema naumu njihovih tvoraca, trebali biti izuzeti od promjena u cijelosti. Dakle takvi ustavi nemaju rok trajanja. Jednom doneseni, trebali bi služiti uređenju države i društva sve dok država i društvo postoje. Dostignute su krajnje granice mogućeg razvoja. Tako B. Smerdel napominje kako su „komunistički revolucionari početkom 20. stoljeća bili skloni idejama o kraju povijesti klasnog društva i nastupu društva opće jednakosti“,³⁹ međutim slično razmišljanje možemo naći i na drugom kraju političkog spektra krajem istoga stoljeća, jer su „ideje o 'kraju povijesti', čime bi imala nastati harmonična svjetska zajednica, utemeljena na slobodnom tržištu i političkom liberalizmu, što bi dakako uključivalo i trajni ustavni poredak, bile obnovljene i vrlo zapažene krajem 20. stoljeća“.⁴⁰ Naravno, povijesni razvoj pokazao je kako su takva i slična očekivanja bila u potpunosti neopravdana. Razvoj države i društva neprestano teče, stoga nije racionalno očekivati kako se u određenom trenutku može donijeti takav ustav koji bi „zauvijek“ postavio u cijelosti njihove okvire.

Ipak, nasuprot tim pretjeranim očekivanjima postojali su i ustavotvorci koji su postupali razboritije. Oni su svakako imali na umu s jedne strane nemogućnost da se odjednom predvide sve okolnosti što ih budućnost donosi, ali s druge strane bili su itekako svjesni „stabilizirajuće funkcije ustava“,⁴¹ kao i opasnosti kojima bi država i društvo bili izloženi u slučaju čestih i naglih ustavnih promjena. Stoga se u ustavnim tekstovima mogu naći odredbe koje zabranjuju promjenu ustava u cijelosti, ali samo u određenom vremenskom periodu. Primjer je za to Ustav Poljske iz 1997., koji zabranjuje promjenu u roku od dvije godine,⁴² kao i francuski Ustav iz 1791., koji zabranjuje promjenu Ustava na vrijeme od četiri godine od svoga donošenja.⁴³ Neki od ustava pak izuzimaju od promjena samo određene odredbe na neko vrijeme. Primjer je svakako Ustav SAD-a iz 1787., koji u čl. V. propisuje kako „nijedan amandman koji bi mogao biti donesen prije godine tisuću osamsto osme ni na koji način ne dira u Prvu i Četvrtu odredbu u Devetom odjeljku Prvog članka“.⁴⁴ Spomenimo ovdje još i recentni, ali i osebujni primjer egipatskog Ustava iz

³⁹ Smerdel, B., *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, Zagreb, Narodne novine, 2013, str. 76.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Vidi: Mratović, V., Smerdel, B., Bačić, A., Crnić, J., Filipović, N., Lauc, Z., *Radna skupina Predsjednika Republike Hrvatske za izradu stručne podloge mogućeg prijedloga ustavnih promjena*, Zbornik PFZ 50 (3), 2000, Zagreb, str. 374. preuzeto sa:

https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/zboprpfaz50&div=25&start_page=373&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults (16. 5. 2018.).

⁴² Smerdel, B., *op. cit. (Ustavno uređenje...)*, str. 77.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Citirano prema: Smerdel, B., *Ustav Sjedinjenih Američkih Država*, Osijek, Panliber, 1994, str. 37.

2014., koji u svome čl. 226. st. 5.⁴⁵ ne propisuje vremensko razdoblje u kojem se odredbe koje se tiču načela zajamčenih sloboda i ravnopravnosti ne mogu izmijeniti. U ovom je slučaju rok određen nastupom određenog događaja, i to „promjene koja osigurava veću zaštitu“ navedenih načela.⁴⁶ Za kraj, spomenimo kako su, naravno, daleko najbrojniji primjeri gdje se u ustavima nalaze odredbe koje zabranjuju promjenu određenih odredaba na neodređeno vrijeme. Među njih spadaju već prije spomenuti čl. 79. st. 3. Temelnog zakona (Ustava) SR Njemačke, čl. 89. Ustava Francuske iz 1958., čl. 4. Ustava Republike Turske iz 1982., čl. 139. Ustava Republike Italije iz 1947., ali i mnogi drugi.⁴⁷

3. OPRAVDANOST POSTOJANJA NEPROMJENLJIVIH DIJELOVA USTAVA

3.1. 3.1. Dinamika razvoja okoline u kojoj postoji ustav

Ustavno pravo egzistira u određenoj okolini, samim su time ustav i njegova pravila ponajprije izraz duha određenog vremena.⁴⁸ Naravno, protekom vremena dolazi i do promjena u okolini u kojoj ustav postoji. Primjerice, tehnološki, kulturološki, socijalni, ekonomski i mnogi drugi uvjeti danas se u velikoj mjeri razlikuju od onih koji su vladali, recimo, sredinom prošloga stoljeća. U tome se smislu i ustavi razvijaju i obogaćuju. Stoga su povremene promjene ustava sasvim razumljive i potrebne. Ipak, problem se zaoštrava u suvremenom svijetu, gdje svjedočimo sve bržim i obuhvatnijim promjenama u gotovo svim sferama života. Društvena i politička okolina danas je izložena sve bržim i bržim promjenama, koje na njih utječu i mijenjaju ih. Na velike promjene više ne moramo čekati desetljećima, promjene se događaju sve brže i sve su obuhvatnije u svome opsegu, pogotovo ako uzmemo u obzir dinamiku razvoja novih tehnologija, koje nam otvaraju neslućene mogućnosti razvoja, ali sa sobom nose i opasnosti jednakog opsega. S druge strane dolazi i do promjena u strukturama svijesti pojedinaca, tako da je danas sasvim razumljivo ono što je prije svega desetak godina (ili čak i manje) bilo nezamislivo. To je prirodan proces i posve je razumljiv.

Međutim postavlja se i sljedeće pitanje: uolikoj će mjeri pravila (pa i ustavna) biti primjerena u tako izmijenjenoj okolini. U prošlosti navedeni problem nije bio tako izražen. Dinamika promjena ustavne okoline bila je jednostavno znatno manja. Samim time, i ustavi su, kao temeljni okviri državne i društvene zajednice, bili izloženi manjim pritiscima za promjenom. Naravno, time ne tvrdimo da su se ustavi u prošlosti manje mijenjali nego danas. Naprotiv, povijest je prepuna primjera gdje se ustavima pristupalo olako i često su bili žrtva političkih i drugih igara. Primjere za to imamo i u našoj

⁴⁵

<https://static1.squarespace.com/static/554109b8e4b0269a2d77e01d/t/554b9749e4b0007f409e0cfb/1431017289429/Egypt+2014+Constitution-unofficial+translation+by+SIS.pdf> (29. 5. 2018.).

⁴⁶ Usp. Roznai, Y., *op. cit.* (*Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of...*), str. 31.

⁴⁷ Nabranjanje svih takvih slučajeva, pa i samo većine njih, daleko bi premašivalo granice ovoga rada. Stoga zainteresirane čitatelje upućujemo na: Roznai, Y., *op. cit.* (*Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of...*), str. 235-274.

⁴⁸ Šire o okolini ustavnog prava, posebice klasičnog, vidi u: Bačić, A., *Ustavno pravo i političke institucije - studijski izvori*, Split, Pravni fakultet u Splitu, 2006, str. 80-85.

povijesti.⁴⁹ Ipak, razvidnim postaju sve veći izazovi na polju ustavnog prava. Pritisci za promjenama, koji nisu plod tek nečijeg hira, nego stvarne potrebe da se pozitivna pravila prilagode novoj okolini, postaju sve veći. To je izazov s kojim se moramo suočiti i na koji moramo znati odgovoriti u vremenu koje je pred nama. S druge strane već smo iznijeli stav uglednih stručnjaka kako upravo ustav predstavlja stabilizacijski čimbenik države i društva.⁵⁰ Stoga postoji potreba da se iznađe način kako pomiriti zahtjev za nužnom prilagodbom ustavnog dokumenta promjenljivim društvenim uvjetima s njegovom „stabilizirajućom funkcijom“ u okviru države i društva.

3.2. Ustav kao pravni i politički okvir, ali i „stabilizacijski čimbenik“ državne i društvene zajednice

Ustav, kao temeljni pravni akt određene države, zasigurno treba zauzimati središnje mjesto u pravnom sustavu. Ipak, pored njegove neupitne pravne naravi, nesporno je da ustav zauzima istaknuti položaj i u političkom sustavu određene države jer se upravo ustavom određuju njezine osnovne konture.⁵¹ Iz toga proizlazi i definicija ustava kao „pisanog akta najviše pravne snage koji uređuje prvenstveno osnove, ali ne samo osnove, i ne sve osnove konkretnog državnog i društvenog uređenja“.⁵² Uzimajući to u obzir, mnogi autori, ponovimo, na ustav gledaju kao na „stabilizacijski element pravnog i političkog sustava“.⁵³ Dakle, kada govorimo o ustavu, treba imati na umu da je tu riječ s jedne strane o pravnom aktu, i to onom najviše pravne snage, međutim, s druge strane, ni njegovo političko značenje i uloga ne smiju se zanemariti. Upravo iz toga i proizlaze razmjerno česti pritisci za njegovom izmjenom i promjenama. Nerijetko različite, ponajprije političke, strukture, upravo u (pre)oblikovanju ustavnog dokumenta vide svoju šansu za pridobivanjem većeg značaja i ugleda u određenom društvu. Ipak, ustav ne smije postati temom „dnevne politike“,⁵⁴ jer će u suprotnom itekako biti narušene njegove obje gore navede temeljne značajke kao najvišeg pravnog akta u državi, koji ocrtava njezine osnovne konture, ali i njegova stabilizirajuća funkcija.

Obje navedene uloge - „ustav kao okvir“ i „ustav kao stabilizator“ - svakako se moraju zadržati i danas, bez obzira na sve veće i sve brže promjene okoline u kojoj postoji, ali i kojoj on sam daje okvir. Naravno, ovdje ne smijemo izgubiti iz vida ni gore spomenutu permanentnu opasnost od zlouporabe ustava u političke svrhe. Međutim ako za trenutak

⁴⁹ Usp. Smerdel, B., *Ustavne promjene i hrvatski parlamentarni sustav - argumenti u prilog pozitivnog ustavnog modela ustrojstva vlasti*, u: Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić (1928.-2008.), urednici: Kačer, H., Momčinović, H. i Žuvela, M., Zagreb, Novi informator, 2009, str. 65, i Smerdel, B., *Konstitucionalizam i promjena vlasti*, Zbornik PFZ 50 (3), 2000, str. 17; preuzeto sa: <https://heionline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/zboprpfaz50&div=5&id=&page=&collection=journals#> (5. 6. 2018.).

⁵⁰ Mratović, V., Smerdel, B., Bačić, A., Crnić, J., Filipović, N., Lauc, Z., *op. cit. (Radna skupina Predsjednika Republike Hrvatske...)*, str. 374.

⁵¹ Bačić, A., *op. cit. (Ustavno pravo i političke...)*, str. 30-31.

⁵² Jovičić, M., *O Ustavu: teorijsko-komparativna studija*, Beograd, Savremena administracija, 1977, str. 28, citirano prema: Bačić, A., *op. cit. (Ustavno pravo i političke...)*, str. 37.

⁵³ Mratović, V., Smerdel, B., Bačić, A., Crnić, J., Filipović, N., Lauc, Z., *op. cit. (Radna skupina Predsjednika Republike Hrvatske...)*, str. 374.

⁵⁴ Usp.: Smerdel, B., *Hrvatski pravni sustav i načelo vladavine prava*, Zbornik PFZ 51, 2001, str. 1149-1162.

i zanemarimo tu stalno prisutnu opasnost političke zlouporabe ustava te u obzir uzmemo samo dinamiku razvoja pravnog, političkog, državnog i društvenog sustava u suvremenom dobu, i tada lako možemo uočiti sve veće ugroze za ustavni sustav. Naime ako ustav predstavlja okvire državnog i društvenog sustava, onda je nužno da se povremeno navedeni okviri podešavaju i usklađuju s novonastalom situacijom u njegovoj okolini. U prošlosti, kada je cjelokupni društveni i politički razvoj tekao znatno sporije, hvatanje koraka s tim promjenama nije dovodilo do ugroze pozicije ustava kao stabilizirajućeg elementa državnog i društvenog sustava. Ipak, novonametnuti užurbani tempo itekako predstavlja izazov. U takvoj okolini te dvije uloge ustava gotovo da postaju proturječne jedna drugoj. Kako pratiti užurbani, gotovo podivljali tempo okoline, a da se ne naruši stabilizirajuća uloga ustava?

3.3. Nepromjenljivi dijelovi ustava kao način očuvanja dviju temeljnih uloga ustava

Upravo bi nepromjenljivi dijelovi ustava mogli služiti kao sredstvo za pomirenje uloge ustava s jedne strane kao „okvira“ razvoja određene države te s druge strane kao „stabilizatora“ njezina političkog i pravnog sustava. Odnosno, te „vječne klazule“ mogle bi predstavljati sponu, poveznicu, onaj trajni dio koji simbolizira, ali i jamči stabilnost te kontinuitet ustava i cijelog ustavnog poretka kroz vrijeme, pa i ono turbulentno.⁵⁵ Naravno, to se jednako odnosi na one koje su kao takve izričito navedene već u samom ustavu od strane ustavotvorca u trenutku donošenja ustava, kao i na one o kojima sam ustav šuti, ali koje su postale „vječnima“ zahvaljujući kreativnom djelovanju drugih subjekata. Pojava takvih dijelova ustava koji bi trebali odoljeti kušnji vremena doživljava svoj procvat upravo u vremenu pojačanih društvenih i političkih zbivanja i preokreta u dvadesetom stoljeću. Y. Roznai zaključuje kako je postojanje takvih odredaba u ustavima nakon Drugog svjetskog rata postalo zapravo svojevrsna moda.⁵⁶ Kao dokaz za tu tvrdnju navodi rezultate istraživanja iz kojih je razvidno da od 1789. do 2015. postoji stalna tendencija rasta učestalosti pojave „nepromjenljivih odredaba“ u tekstovima ustava. Tako u prvom valu konstitucionalizacije između 1789. i 1944. takve odredbe sadrži svega 17 % ustava, u drugom valu od 1945. do 1988. taj se broj povećava na 27 %, dok se u trećem valu između 1989. i 2015. taj broj penje na čak 54 %.⁵⁷

Takav trend rasta pojavljivanja nepromjenljivih dijelova u tekstovima ustava možemo pripisati različitim uzrocima. Tako upravo Y. Roznai smatra kako takav razvoj događaja predstavlja uspjeh koncepta „migracije ideja“ među različitim pravnim porecima, u

⁵⁵ Zanimljivo je napomenuti kako je D. J. Brand upotrijebio izraz „*legal bridge*“ („pravni most“) za Načela navedena u Provizornom ustavu Južnoafričke Republike iz 1993., koja su trebala biti zadržana i u novom Ustavu JAR-a, koji je tek trebao biti usvojen. Upravo su ta načela trebala predstavljati poveznicu između dva vremena i dva ustavna uređenja. Više o tome D. J. Brand: *Constitutional Reform - The South African Experience*, 33 Cumb. L. Rev. 1 (2002), str. 9, dostupno na: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cumlr33&collection=journals&id=9&startid=&enddid=22> (6. 6. 2018.).

⁵⁶ Roznai, Y., *op. cit.* (*Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of...*), str. 21.

⁵⁷ *Ibidem*, str. 20-21.

ovome slučaju konkretno ideja kako o izričitom, tako i o prešutnom ograničenju ustavnih promjena.⁵⁸ Nesumnjivo je navedeni koncept imao veliku ulogu u širenju nepromjenljivih ustavnih odredaba u ustave mnogih država. Posebice to postaje razvidnim kada uvidimo da takav uzlazni trend pojavljivanja navedenih ustavnih odredaba koincidira sa slomom velikih totalitarnih režima 20. stoljeća. Razmatrajući utjecaj stranih modela na ustavotvorstvo novih postsocijalističkih država, A. Bačić zaključuje: „danas je evidentno da je utjecaj stranih modela, odnosno njihova recepcija od strane nacionalnih ustavotvoraca/zakonodavaca i starih i novih postsocijalističkih država, dosegao takve dimenzije kakvih do sada jednostavno nije bilo.“⁵⁹ Međutim takav utjecaj stranih uzora nije ograničen na slučaj postsocijalističkih zemalja ni na recentno razdoblje jer „oduvijek je bilo izvanjskih utjecaja na domaće ustavotvorstvo“,⁶⁰ međutim „posuđivanje se intenzivira sredinom 20. stoljeća.“⁶¹

Predmetom gore navedenog posuđivanja mogu biti „institucije, tekstovi, presedani, procedure, politička teorija na kojoj se temelje ustavi, ustavni ciljevi i aspiracije.“⁶² Naravno, takvo preuzimanje „ustavnih ideja“ iz postojećih rješenja u nova jest jedno od objašnjenja sve veće učestalosti pojave nepromjenljivih ustavnih odredaba u ustavnim sustavima diljem svijeta. Međutim ne smijemo zanemariti kako se i sam koncept „migracije ideja“ u pravu razvijao u širem kontekstu sve dinamičnijeg razvoja odnosa na svjetskoj pozornici. Potrebno je samo se sjetiti dva svjetska rata, propasti velikih i starih monarhija, nastanka novih država, uzdizanja i propadanja najokrutnijih režima u povijesti čovječanstva, tehnološkog napretka koji nas je odveo daleko izvan Zemlje, ali i donio nove opasnosti te izazove na Zemlju, borbe za vladavinu prava i ljudska prava kroz brojne međunarodne organizacije, izazova globalizacije, globalnog gospodarskog napretka i kriza, izazova terorizma i još mnogo toga. Sve se to dogodilo u tek nešto više od jednog stoljeća. Međutim koliko god različitih pojedinačnih uzroka možemo pronaći i navesti za sve češće stipuliranje nepromjenljivih ustavnih odredaba, svi se oni mogu podvesti pod jedan zajednički nazivnik – turbulentno i vrlo dinamično razdoblje 20. stoljeća i početka 21. stoljeća. Sve to upućuje na to da je čovječanstvo u navedenom razdoblju doista živjelo u „zanimljivim vremenima.“

Upravo stoga ustavotvorci, očito svjesni svih izazova koji dolaze s takvim „zanimljivim vremenima“, posezali su za uporabom nepromjenljivih ustavnih odredaba, koje bi trebale olakšati bremenito putovanje ustava, a samim time i države i društva u cjelini, kroz dinamiku njihova postojanja u takvim vremenima. Na taj se način doista i omogućava da ustav postane i ostane temeljni okvir koji određuje određenu državu i društvo te jamči njihovu stabilnost i opstojnost. Međutim on je istovremeno i dovoljno fleksibilan te u sebe može primiti nove elemente koji proizlaze iz potreba dinamičnog razvoja bez opasnosti

⁵⁸ Roznai, Y., (*Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of...*), str. 660-661.

⁵⁹ Bačić, A., *Ustavotvorstvo i suvremene migracije ustavnih ideja: strani utjecaji i domaći odgovori*, rad objavljen u: *USTAVI I DEMOKRACIJA – strani utjecaji i domaći odgovori*, ur. Bačić, A., Zagreb, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti – Znanstveno vijeće za državnu upravu, pravosuđe i vladavinu prava, 2012, str. 40.

⁶⁰ *Ibidem*, str. 30.

⁶¹ *Ibidem*, str. 21.

⁶² *Ibidem*.

urušavanja „ustavnog zdanja“ pod pritiskom okoline na koju se odnosi i u kojoj postoji. Tako B. Smerdel određuje ustav kao „dugoročni strateški plan razvoja“⁶³ u smislu „skupa temeljnih načela propisanih *sine die* za formiranje i funkcioniranje vlasti u političkoj zajednici“.⁶⁴ Naravno, u tome smislu ustav i jest temelj i okvir, pravni i politički, određene države i društva, kao i jamac njezine stabilnosti čak i u burnim vremenima punima ugroza, opasnosti i izazova. A da bi takvim mogao biti, nužno je da i on sam bude postavljen na čvrstim osnovama. Nepromjenljivi dijelovi ustava i jesu zamišljeni da budu upravo to, trajni temelji koji mogu odoljeti prolaznom hiru vremena i politike.

3.4. Nepromjenljivi dijelovi ustava nasuprot *pouvoir constituant* i prigovora „*dead hand*“

Moramo napomenuti kako ne postoji konsenzus kada je riječ o opravdanosti zaštite određenih dijelova ustava od promjena. U tome smislu nije moguće izbjeći rasprave i teorijske koncepte koji se tiču razlikovanja između *pouvoir constituant* i *pouvoir constitué*. Na ovome mjestu ne možemo detaljnije ulaziti u cijelu raspravu o ovoj doktrini, međutim čini nam se neophodnim ovdje naznačiti njezine glavne crte. Dakle važnost toga razlikovanja jest u tome što prvonavedena predstavlja onu vlast koja je stvorila sam ustav i ustavni poredak te mu u tom smislu prethodi i kao takva je superiorna, dok druga tek proizlazi iz ustava te je stoga u podređenom položaju prema prvonavedenoj.⁶⁵ Navedena distinkcija potječe još od kraja 18. stoljeća, a općeprihvaćeno je da je njezin utemeljitelj Abbé Sieyès. Međutim taj koncept svoje korijene vuče još iz 17. stoljeća i radova Georgea Lawsona i Johna Locka.⁶⁶ Narod je taj koji ima *pouvoir constituant* i stoga je on taj koji stvara ustavni poredak. Ustavom se ustanovljavaju institucije (državne) vlasti koje imaju *pouvoir constitué* i koja je ograničena i podređena originarnoj vlasti naroda.⁶⁷ Naravno, pod djelokrug *pouvoir constituant* spada ne samo inicijalno donošenje novoga ustava nego u njega ulazi i ovlast da se taj ustav promijeni ili pak zamijeni sasvim novim.

Kao što je već vidljivo iz svega gore navedenog, koncept nepromjenljivih dijelova ustava nema teorijskih poteškoća kada je subjekt koji vrši ustavnu promjenu *pouvoir constituant dérivé*, tj. državna tijela koja su po ustavu ovlaštena za njegovu izmjenu. Međutim do sukoba dolazi u slučaju kad je nositelj *pouvoir constituant originaire*, tj. narod, odlučio vršiti svoju ovlast. Što raditi u tome slučaju? Može li se narod kao istinski izvor sve vlasti ograničiti zabranom promjene određenih dijelova ustava? Ili možda treba napustiti cijeli

⁶³ Smerdel, B., *Teorija o ustavotvornom inženjerstvu i njezin utjecaj na izgradnju demokratskih ustavnopravnih institucija Republike Hrvatske*, rad objavljen u: *USTAVI I DEMOKRACIJA - Strani utjecaji i domaći odgovori*, ur. prof. dr. sc. Bačić, A., Zagreb, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti - Znanstveno vijeće za državnu upravu, pravosuđe i vladavinu prava, 2012, str. 75.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Roznai, Y., *op. cit.* (*Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of...*), str. 105-106.

⁶⁶ Kay, R. S., *Constituent Authority*, 59 Am. J. Comp. L. 715 (2011), str. 717, preuzeto sa:

<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amcomp59&collection=journals&id=721&startid=&end=768> (8. 6. 2018.).

⁶⁷ Roznai, Y., *op. cit.* (*Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of...*), str. 105-106.

koncept naroda kao izvora sve vlasti u državi? Postoje li u ustavima⁶⁸ zaista oni dijelovi koji kao takvi moraju biti očuvani pod bilo kojim uvjetima? Određeni autori (János Kis, Alexander Somek, Antonio Negri), pokušavajući odgovoriti na ta pitanja, iznose stajalište kako koncept naroda kao izvora sve vlasti treba reinterpretirati u smislu da ne može biti (zlo)uporabljen u svrhu ostvarivanja diktatorskih ciljeva, jer je zapravo nezamisliv izvan demokratskog uređenja države.⁶⁹ Drugi pak (primjerice Hannah Arendt) upozoravaju na opasnost manipuliranja voljom izvornog suverena.⁷⁰ Naravno, postoje i oni koji drže nemogućim, štoviše, „neprimjerenim“ (William F. Harris II.)⁷¹ ograničavati izvornog suverena. Međutim još je Abbé Sieyès pisao kako je i sam nositelj izvorne *pouvoir constituant* vezan prirodnim pravom.⁷² Naravno, rasprava o svemu ovome i dalje traje. Sve se češće vodi i u sudnicama najviših sudova, ali jednako kao i u teoriji, ni u praksi ne postoje jednoznačna rješenja.⁷³

Na kraju spomenimo još i raspravu vezanu uz tu tematiku koja u SAD-u traje već stoljećima. Međutim ona nije vezana samo za područje Ustava SAD-a, jer navedena problematika ima i puno širi obuhvat. Dakle u okviru rasprave o postupku promjena Ustava SAD-a često se, zbog strogih uvjeta kojima, prema tekstu Ustava, podliježe amandmanski postupak, ističe prigovor „*dead hand*“. Naravno, tu se postavlja pitanje opravdanosti toga da generacija „očeva utemeljitelja“ propisivanjem strogih uvjeta za promjenu ustava na taj način svoju volju stavlja ispred volje živućih generacija.⁷⁴ Neke autore to navodi na zaključak da glasoviti početak Proslova Ustava SAD-a: „*We the people*“ zapravo označava samo generaciju „očeva utemeljitelja“, dok sve kasnije generacije mogu biti samo „*Their Posterity*“.⁷⁵ Nasuprot određenju iznesenom u navedenom Proslovu kako „građani SAD-a“ donose Ustav SAD-a u svrhu ostvarenja određenih ciljeva kako za sebe tako i za njihovo potomstvo stoje razmišljanja samog Thomasa Jeffersona, koji je smatrao da „zemlja pripada živima“⁷⁶ te stoga svaka generacija ima pravo za sebe donijeti vlastiti ustav.⁷⁷ Takav je stav izražen i u neprihvaćenom radnom nacrtu čl. 28. francuske Deklaracije o pravima čovjeka i građanina iz 1793., u kojoj stoji kako „narod uvijek ima pravo izmijeniti, dopuniti i promijeniti vlastiti Ustav. Jedna generacija ne može svojim

⁶⁸ Naravno, kada kažemo „ustav“, mislimo na demokratski ustav, jer pod pojmom „ustav“ razumijevamo isključivo demokratski oblik ustrojstva vlasti, kako je to ustvrdio G. Sartori još 90-ih godina prošloga stoljeća. Usp. Sartori, G., *Comparative Constitutional Engineering - An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, Macmillan Press Ltd, Hounmills, Basingstoke, Hampshire RG 21 2XS and London, 1994, str. 198.

⁶⁹ Više u: Roznai, Y., *op. cit. (Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of...)*, str. 124-125.

⁷⁰ *Ibidem*, str. 124.

⁷¹ *Ibidem*, str. 119.

⁷² Kubben, R. M. H., *Parlement and Pamphlet - Sieyès' Qu'est-ce-que le tiers état? and the missing link between medieval and modern constitutionalism*, Tilburg University Legal Studies Working Paper No. 018/2003. December 10, 2009, Version: 1.0, str. 11.; dostupno na:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1521598 (9. 6. 2018.).

⁷³ Roznai, Y., *op. cit. (Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of...)*, str. 126-129.

⁷⁴ *Ibidem*, str. 188-189.

⁷⁵ Mader, G., *Generation Gaps and Ties That Bind: Constitutional Commitments and the Framers' Bequest of Unamendable Provisions*, 60 Howard L.J. 483 (2017), str. 511, preuzeto sa:

<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/howlj60&collection=journals&id=499&startid=&endid=534> (8. 6. 2018.).

⁷⁶ *Ibidem*, str. 550, i Roznai, Y., *op. cit. (Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of...)*, str. 189.

⁷⁷ Roznai, Y., *op. cit. (Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of...)*, str. 189.

zakonima obvezivati buduće generacije.“⁷⁸ Kao što se može lako zaključiti, taj prigovor stoji i za sve druge države i ustave koji poznaju zabranu promjene ustava. Naravno, on vrijedi to više ako je u pitanju apsolutna zabrana mijenjanja, koja se odnosi na cijeli ustav.

4. NEPROMJENLJIVI DIJELOVI USTAVA REPUBLIKE HRVATSKE – „USTAVNI IDENTITET“

4.1. Teorijska razmatranja „ustavnog identiteta“ Republike Hrvatske

Iako Ustav Republike Hrvatske među svojim odredbama nigdje izričito ne navodi da bi se neke njegove odredbe ili dijelovi imali smatrati izuzetima od eventualnih promjena, teleološkim i sustavnim tumačenjem ustava mnogi hrvatski teoretičari dolaze do zaključka kako i hrvatski Ustav u sebi svakako sadrži određene dijelove koji bi se imali smatrati trajnim i nepromjenljivim. Tako primjerice B. Kostadinov „ustavni identitet Republike Hrvatske, vlastita strukturalna načela Ustava RH“,⁷⁹ pronalazi, tj. iščitava u odredbama čl. 17. st. 3. Ustava RH (NN 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14).⁸⁰ Nadalje, autorica navodi kako je „obveza poštivanja ljudskog dostojanstva (pravo na život, zabrana mučenja, surovog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja), esencija sadržaja načela vladavine prava (pravna određenost kaznenih djela i kazni) i načela slobodnog demokratskog poretka (sloboda misli, savjesti i vjeroispovijedi)“⁸¹, pa čak i u situaciji kada je ugrožen opstanak same države, ono što čini „ustavni identitet“ Republike Hrvatske. Naime to je „logična posljedica odredbe o apsolutnoj granici za ograničenje primjene Ustava RH (čl. 17. st. 3.)“,⁸² a to „logički i teleološki uključuje nepovredivu ustavnu zabranu ukidanja tih prava, ustavnog identiteta Republike Hrvatske.“⁸³ Zaključno, na taj način sam „ustavotvorac u čl. 17. st. 3. izuzimanjem štiti nepovredivu bit Ustava, 'materijalnu jezgru ustava'.“⁸⁴

Slična razmišljanja u hrvatskoj ustavnoj teoriji zastupa i A. Horvat Vuković, koja jednako tako smatra da u hrvatskom Ustavu postoje „implicitne 'klauzule vječnosti'“.⁸⁵ Horvat Vuković među odredbe hrvatskog Ustava koje čine temelj hrvatskog „ustavnog identiteta“, pored gore već citiranog čl. 17. st. 3. Ustava RH, ubraja i odredbe Izvorišnih osnova Ustava RH, i to one koje određuju Republiku Hrvatsku kao državu „u kojoj se jamče i osiguravaju ravnopravnost, slobode i prava čovjeka i građanina, te promiče njihov gospodarski i

⁷⁸ Citirano prema: *ibidem*, str. 189, usp.: <http://www.columbia.edu/~iw6/docs/dec1793.html> (11. 6. 2018.) i <http://www.declarationproject.org/?p=499> (11. 6. 2018.).

⁷⁹ Kostadinov, B., *op.cit. (Ustavni identitet)*, str. 320.

⁸⁰ Čl. 17. st. 3. Ustava RH glasi: „Niti u slučaju neposredne opasnosti za opstanak države ne može se ograničiti primjena odredbi Ustava o pravu na život, zabrani mučenja, surovog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, o pravnoj određenosti kažnjivih djela i kazni, te o slobodi misli, savjesti i vjeroispovijedi“, dostupno na: https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2010_07_85_2422.html (20. 11. 2018.)

⁸¹ Kostadinov, B., *op. cit. (Ustavni identitet)*, str. 320.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*, str. 321.

⁸⁵ Horvat Vuković, A., „U ime Ustava“ – *materijalne granice promjene ustava*“ Zbornik PFZ 65 (3-4), 2015, str. 488; preuzeto sa: https://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=219957 (21. 11. 2018.).

kulturni napredak i socijalno blagostanje“.⁸⁶ Naposljetku, „ustavni identitet“ RH, prema Horvat Vuković, već je jasno naznačen i odredbama čl. 3. Ustava RH,⁸⁷ čijih „jedanaest jamstava postavlja se na položaj *aksioma* ustavne građevine.“⁸⁸ Naposljetku, autorica navodi kako odrednice ustavnog identiteta nisu ograničene brojem niti ih je moguće iscrpno nabrojiti, tako da one ni u kojem slučaju ne predstavljaju *numerus clausus*, a njihov izvor može biti kako u nacionalnom ustavu tako i u nekim zajedničkim vrijednostima koje pripadaju cijelom čovječanstvu.⁸⁹ Horvat Vuković svoje argumente za tvrdnju o „ustavnom identitetu“ Republike Hrvatske kada su u pitanju pojedine odredbe Izvorišnih osnova, kao i čl. 3. Ustava RH, izvodi, među ostalim, i iz prakse Ustavnog suda Republike Hrvatske (dalje: Ustavni sud).⁹⁰

Na kraju, spomenimo i stajališta J. Omejec kada je u pitanju hrvatski Ustav i klauzule vječnosti. Ta autorica iznosi tvrdnju da „hrvatski Ustav ne sadrži klauzulu vječnosti“,⁹¹ pritom misleći na izričito navedenu klauzulu vječnosti, odnosno klauzulu vječnosti u formalnom smislu,⁹² jer „određene odredbe hrvatskog Ustava mogle bi potpasti pod zahtjev nepromjenjivosti“.⁹³ Razlog je to što „hrvatski ustavni poredak... nedvojbeno počiva na premisi demokracije, koja između ostalih uključuje i fundamentalna ustavna načela narodnog suvereniteta i predstavničke vladavine te vladavine prava i zaštite ljudskih prava“.⁹⁴ U tome smislu Omejec zaključuje kako bi „pod zahtjev nepromjenjivosti potpali dijelovi članka 1. Ustava u kojima se Republika Hrvatska definira kao jedinstvena i nedjeljiva demokratska država utemeljena na načelima narodnog suvereniteta i predstavničke vladavine. Osim toga, riječ bi bila i o dijelovima članka 3. Ustava, u kojima su poštovanje prava čovjeka, vladavina prava i demokratski višestranački sustav proglašeni najvišim vrednotama ustavnog poretka Republike Hrvatske i temeljem za tumačenje Ustava.“⁹⁵

⁸⁶ *Ibidem*, str. 489.

⁸⁷ Čl. 3. Ustava RH glasi: „Sloboda, jednakost, nacionalna ravnopravnost i ravnopravnost spolova, mirotvorstvo, socijalna pravda, poštivanje prava čovjeka, nepovredivost vlasništva, očuvanje prirode i čovjekova okoliša, vladavina prava i demokratski višestranački sustav najviše su vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske i temelj za tumačenje Ustava“, dostupno na: https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2010_07_85_2422.html (21. 11. 2018.).

⁸⁸ Horvat Vuković, A., *op. cit.* („U ime ustava“- materijalne...), str. 489.

⁸⁹ Opširnije o tome: *ibidem*, str. 497-499.

⁹⁰ Vidi: *ibidem*, str. 488-490. Riječ je, kako navodi i sama autorica, o Odluci Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-I-3597/2010 i dr. od 29. srpnja 2011., gdje Ustavni sud u točki 30.1. utvrđuje: „u stavku 2. Izvorišnih osnova Ustava određen je ustavni identitet Republike Hrvatske“. Cijeli tekst navedene Odluke dostupan je na: https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2011_08_93_1981.html (21. 11. 2018.).

⁹¹ Omejec, J., *Kontrola ustavnosti ustavnih normi (ustavnih amandmana i ustavnih zakona)*, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske 1 (1), Zagreb 2010, str. 25, dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/68261> (21. 11. 2018.).

⁹² Usp. Omejec, J., *Veliki njemački ustav i nepromjenjiva ustavna načela u praksi Saveznog ustavnog suda*, str. 28.; preuzeto sa: https://bib.irb.hr/datoteka/792156.OMEJEC_-_GRUNDGESETZ_-_Zbornik_PRAVO_I_PRAVDA_2015_PFBgd.pdf (21. 11. 2018.).

⁹³ *Ibidem*, str. 28.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

4.2. Materijalna kontrola ustavnosti ustavnih promjena

Kada govorimo o nepromjenljivim dijelovima ustava, odnosno „klauzulama vječnosti“, „ustavnom identitetu“ i sl., s obzirom na to da svaki od tih naziva ima isti sadržaj i cilj, a to je spriječiti promjenu nekog dijela ustava, gotovo je neizbježno postaviti pitanje što treba činiti kada ustavotvorac, odlučivši se oglušiti o „klauzulu vječnosti“ ili „ustavni identitet“, ipak promijeni ustav u onome dijelu koji se odnosi na navedene nepromjenljive dijelove ustava. Posebice se to odnosi na one države koje, kao RH na primjer, konstitucionaliziraju ustavnosudski nadzor. Na ovome mjestu ponovno ćemo dati kratki pregled stavova hrvatske ustavnopravne teorije vezano uz to pitanje.

Tako B. Kostadinov zauzima stajalište kako bi Ustavni sud mogao „pozivom na članak 17. st. 3. Ustava RH i interpretacijom svojih nadležnosti prema Ustavu RH i u Ustavnom zakonu o Ustavnom sudu RH“⁹⁶ vršiti kontrolu materijalne ustavnosti ustavnih promjena, iako takvu izričitu nadležnost po pozitivnopravnim propisima Republike Hrvatske ne posjeduje. Nadalje, autorica navodi kako bi Ustavni sud tu mogao imati uzorite primjere u jurisprudenciji ustavnih sudova Italije, Njemačke, Češke i Austrije, koji nadziru materijalnu ustavnost ustavnih promjena usprkos činjenici da ne posjeduju takvu izričitu ovlast.⁹⁷ Nadalje, A. Horvat Vuković također se priklanja mogućnosti da bi ustavni sudovi mogli u svojim odlukama ispitivati i materijalnu suglasnost ustavnih promjena s ustavom te bi na taj način zapravo dokazali da „dosljedno ispunjavaju svoju temeljnu zadaću obrane ustavnosti od svih transgresija, pa i onih počinjenih u legalnom postupku izmjene ustava.“⁹⁸ To je moguće i ondje gdje nema izričitih „klauzula vječnosti“ preko sustavnog i teleološkog tumačenja ustavnog teksta i uloge ustavnog suda.⁹⁹ Komparativne uzore pronalazi u Italiji, Indiji i Južnoafričkoj Republici.¹⁰⁰ J. Omejec najprije iznosi svoje gledište o nemogućnosti da se Ustavni sud upusti u materijalnu ocjenu ustavnosti ustavnih promjena: „Pokuša li se u tom svjetlu odgovoriti na pitanje: treba li hrvatski Ustavni sud imati ovlast naknadne kontrole materijalne ustavnosti ustavnih normi? – odgovor bi morao biti niječan. Osim što hrvatski Ustav ne predviđa tu nadležnost USRH, ocjena materijalne ustavnosti bilo koje ustavne norme nije inherentna ni hrvatskoj ustavnopravnoj tradiciji.“¹⁰¹ Ipak, nakon pet godina J. Omejec revidira svoj stav, prema riječima same autorice: „Iz današnje perspektive, međutim, može se tvrditi da je došlo vrijeme za djelomično revidiranje tih postavki. Demantirao ih je praktični pravni život, ali i praksa samog Ustavnog suda.“¹⁰² Slijedom toga Omejec na kraju zaključuje kako je „Ustavni sud posrednim putem, preko svojih ovlasti da nadzire ustavnost referendumskih pitanja, uspio doći do ustavne interpretacije koja otvara vrata postavci da u hrvatskom Ustavu postoje vrijednosti koje se moraju smatrati hrvatskom klauzulom vječnosti, iako ona nije izrijekom sadržana u ustavnom tekstu. Dosljedno tome, odškrinuo je vrata i

⁹⁶ Kostadinov, B., *op. cit. (Ustavni identitet)*, str. 321.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ Horvat Vuković, A., *op. cit. („U ime ustava“- materijalne...)*, str. 495.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*, str. 496.

¹⁰¹ Omejec, J., *op. cit. (Kontrola ustavnosti ustavnih normi...)*, str. 26.

¹⁰² Omejec, J., *op. cit. (Veliki njemački ustav...)*, str. 28.

načelnoj mogućnosti da intervenira u slučajevima narušavanja tih vrijednosti, pozivom na svoje 'opće nadzorne ovlasti' u zaštiti Ustava.¹⁰³

Međutim važnost gore navedenog zaokreta u praksi Ustavnog suda kada je u pitanju s jedne strane „ustavni identitet“ Republike Hrvatske te s druge strane i nadležnost ustavnog suda za ispitivanjem materijalne ustavnosti ustavnih promjena prvi je uočio te njezinu važnost istakao Đ. Gardašević, prema čijim se riječima tu radi o „vjerojatno najznačajnijoj 'prekretnici' hrvatske ustavne zbilje u posljednjih više od dva desetljeća“.¹⁰⁴ Objašnjavajući takav „bitan zaokret u praksi Ustavnog suda“,¹⁰⁵ Gardašević najprije analizira stav Ustavnog suda iznesen u Priopćenju Ustavnog suda Republike Hrvatske o narodnom ustavotvornom referendumu o definiciji braka broj: SuS-1/2013 od 14. studenoga 2013.¹⁰⁶ (dalje: Priopćenje),¹⁰⁷ u kojem je Ustavni sud „zapravo proširio svoju nadležnost na **gotovo cjelokupno trajanje referendumskog postupka**, ali je istovremeno jasno istaknuo kako se ona mora koristiti iznimno restriktivno ... u ekstremnim situacijama vezanima uz dužnost očuvanja pojma '**ustavnog identiteta**', na ovom mjestu definiranog kao '*strukturalnih obilježja hrvatske ustavne države*'"¹⁰⁸ u koje, prema stavu Ustavnog suda iznesenom u Priopćenju, spadaju čl. 1.¹⁰⁹ i čl. 3.¹¹⁰ Ustava RH, uz napomenu da „strukturalna obilježja hrvatske ustavne države“ nisu ograničena samo na navedene članke.

¹⁰³ *Ibidem*, str. 31.

¹⁰⁴ Gardašević, Đ., *Neustavni ustavni amandmani i Ustavni sud Republike Hrvatske*, rad objavljen u: *Konstitucionalizacija demokratske politike*, (ur.) prof. dr. sc. Arsen Bačić, Zagreb, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2014, str. 89.

¹⁰⁵ Gardašević, Đ., *op. cit. (Neustavni ustavni amandmani i Ustavni sud...)*, str. 89.

¹⁰⁶ Cijeli tekst navedenog Priopćenja Ustavnog suda od 14. studenog 2013. godine dostupan je na: https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2013_11_138_2966.html (30. 11. 2018.).

¹⁰⁷ Gardašević najprije u potpunosti citira točku II.5. Priopćenja, koja glasi: „5. Na temelju članka 125. alineje 9. Ustava i članka 2. stavka 1. u vezi s člankom 87. alinejom 2. Ustavnog zakona, Ustavni sud ima opću ustavnu zadaću jamčiti poštovanje Ustava i nadzirati ustavnost državnog referenduma sve do formalnog okončanja referendumskog postupka. Sukladno tome, nakon što na temelju narodne ustavotvorne inicijative Hrvatski sabor donese odluku o raspisivanju državnog referenduma, a da prije toga nije postupio po članku 95. stavku 1. Ustavnog zakona, Ustavnom sudu ne prestaju opće nadzorne ovlasti nad ustavnošću tako raspisanog referenduma. Međutim, uvažavajući ustavotvornu ulogu Hrvatskog sabora kao najvišeg zakonodavnog i predstavničkog tijela u državi, Ustavni sud ocjenjuje da se općim nadzornim ovlastima u takvoj situaciji smije koristiti samo iznimno, kad utvrdi takvu formalnu i/ili materijalnu protuustavnost referendumskog pitanja ili tako tešku proceduralnu pogrešku koje prijete narušavanjem strukturalnih obilježja hrvatske ustavne države, to jest njezina ustavnog identiteta, uključujući najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske (članak 1. i članak 3. Ustava). Primarna zaštita tih vrijednosti ne isključuje ovlast ustavotvorca da neka druga pitanja izrijekom isključi iz kruga dopuštenih referendumskih pitanja“. Citirano prema: Gardašević, Đ., *op. cit. (Neustavni ustavni amandmani i Ustavni sud...)*, str. 85-86.

¹⁰⁸ Gardašević, Đ., *op. cit. (Neustavni ustavni amandmani i Ustavni sud...)*, str. 87.

¹⁰⁹ Čl. 1. Ustava RH glasi: „Republika Hrvatska jedinstvena je i nedjeljiva demokratska i socijalna država. U Republici Hrvatskoj vlast proizlazi iz naroda i pripada narodu kao zajednici slobodnih i ravnopravnih državljana.

Narod ostvaruje vlast izborom svojih predstavnika i neposrednim odlučivanjem.“ Dostupno na: https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2010_07_85_2422.html (30. 11. 2018.).

¹¹⁰ Čl. 3. Ustava RH glasi: „Sloboda, jednakost, nacionalna ravnopravnost i ravnopravnost spolova, mirotvorstvo, socijalna pravda, poštivanje prava čovjeka, nepovredivost vlasništva, očuvanje prirode i čovjekova okoliša, vladavina prava i demokratski višestranački sustav najviše su vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske i temelj za tumačenje Ustava.“ Dostupno na: https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2010_07_85_2422.html (30. 11. 2018.).

Nadalje, Gardašević potom utvrđuje kako su stavovi Ustavnog suda izneseni u Priopćenju suprotni ranijim stavovima istoga suda iznesenima više puta u njegovim pravorijecima, pri čemu autor posebno ističe Rješenje U-I-1631/2000 od 28. ožujka 2001., gdje je Ustavni sud zauzeo stajalište kako „nije nadležan ocjenjivati materijalne odredbe Ustava (tzv. 'materijalnu protuustavnost')... budući da je Ustav temeljni i najviši pravni akt države. Stoga je bespredmetno govoriti o bilo čijoj nadležnosti za odlučivanje o 'ustavnosti ustava', uključujući i Ustavni sud. Međutim predmet ustavnosudske ocjene može biti postupak donošenja i promjene Ustava u smislu ocjene je li Ustav donesen, mijenjan ili dopunjavan sukladno odredbama Ustava.“¹¹¹ Ovaj autor nadalje zaključuje: „u hrvatsku ustavnu praksu ovim je Priopćenjem uvedena teorija '**neustavnog ustavnog amandmana**'“.^{112 113} Dakle Ustavni je sud prihvatio mogućnost materijalne ocjene ustavnosti ustavnih promjena u slučaju da navedene ustavne promjene predstavljaju ugrozu „strukturnih obilježja hrvatske ustavne države“, tj. „ustavnog identiteta.“ Vrijeme će pokazati kako će se glavni ustavni akteri postaviti u takvoj novonastaloj situaciji, kada je zapravo sam Ustavni sud utvrdio da „ima pravo ograničavati i samog ustavotvorca“.¹¹⁴ Tu se nesumnjivo radi, kako Gardašević zaključuje, „o sasvim 'ishodišnom' problemu ustavnog prava“,¹¹⁵ koji sa sobom donosi neka nova pitanja. Ona će svakako zahtijevati odgovore u vremenu koje slijedi.¹¹⁶

5. ZAKLJUČAK

Na kraju ovoga rada možemo zaključiti kako „ideja“ o nepromjenljivim dijelovima ustava zapravo svoje temelje ima još u antici. Ali kako smo već i vidjeli, rasprava o njima i njihovoj opravdanosti još uvijek nije završena. Međutim unatoč brojnim otvorenim pitanjima koja se vežu uz postojanje te „ideje“ može se zaključiti kako ona ima važnu ulogu u ostvarenju dviju najbitnijih uloga ustava. Riječ je o tome da ustav (p)ostane okvir društva i države koji će omogućiti stabilan razvoj u poželjnom smjeru. Posebice je to važno u današnjem vremenu izrazite dinamičnosti, kada se svaka država i društvo susreće s brojnim i gotovo svakodnevno izvirućim problemima i izazovima. Naravno, to ne znači da takva koncepcija o ustavu koji u sebi sadrži „vječne“ elemente ne izaziva određene poteškoće i probleme, kako u teoriji tako i u praksi. Upravo iz njih i izvire brojna pitanja i nedoumice o kojima se diskusija nastavlja. Ona je svakako poželjna, pa i potrebna u okviru razvoja i postojanja

¹¹¹ Gardašević, Đ., *op. cit. (Neustavni ustavni amandmani i Ustavni sud...)*, str. 90. Cijeli tekst navedenog Rješenja Ustavnog suda od 28. ožujka 2001. godine dostupan je na:

https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2001_03_27_486.html (30. 11. 2018.).

¹¹² *Ibidem*, str. 89.

¹¹³ S tim u vezi spomenimo i „paradoks neustavnog ustavnog prava“, o kojem je pisao K. Loewenstein. Naime tu se radi o slučaju kada neka konkretna ustavna norma proturječi „metajuridičkim vrednotama“, koje, prema Loewensteinu, postoje bilo eksplicitno navedene bilo implicitno podrazumijevane u svakom ustavu. Usp. Loewenstein, K., *Constitutions, Constitutional Law*, objavljeno u: *Marxism, Communism and Western Society – A Comparative Encyclopedian*, (ed.) C.D. Kenig, Herder and Herder, New York, 1972, str. 177. Kao što smo već vidjeli u prethodnom poglavlju, i pojedini hrvatski autori, kao i sam Ustavni sud, zauzimaju sličan stav navodeći kako određene vrednote Ustava RH čine polazište za tumačenje svih drugih pojedinačnih ustavnih odredaba.

¹¹⁴ Gardašević, Đ., *op. cit. (Neustavni ustavni amandmani i Ustavni sud...)*, str. 89.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Usp.: *ibidem*, str. 89.

demokratskog društva. Sve to pomoći će u izgradnji ustavnog poretka, koji se neprestano razvija i nadograđuje, i on zasigurno nije i ne može biti djelo jednoga vremena. Svako vrijeme u njega može unijeti nove elemente, koji će ga obogatiti i učvrstiti. Bitno je samo paziti da se gradi na čvrstim i ispravnim temeljima, a plodovi će se lako moći razlikovati. Dobri će se zadržati, a loši baciti. Kvarno jednostavno ne može izdržati kušnju vremena.

Upravo bi takvi nepromjenljivi dijelovi ustava mogli odigrati ključnu ulogu u oblikovanju ustava kao stabilnog, ali ipak dovoljno fleksibilnog temelja koji neće puknuti niti uzmaći pred mnogobrojnim izazovima sadašnjosti i budućnosti. Zapravo, sve učestalija inkorporacija takvih formulacija u ustavnim tekstovima, ali i recepcija ove „ideje“ među mnogobrojnim znanstvenicima i praktičarima, zasigurno pokazuje njezinu vrijednost. Međutim i s njezinom primjenom treba biti oprezan jer preveliko petrificiranje ustavne strukture u ovako dinamičnim vremenima može dovesti do neželjenih učinaka. Na takvu je opasnost u literaturi već upozoravano.¹¹⁷ I ovdje, kao i inače u slučajevima kreiranja ustavnih institucija, umjerenost i mudrost najbolja su preporuka. To se odnosi kako na pitanje opsega tako i na pitanje dosega primjene ove metode. Svakako postoje vrijednosti koje zaslužuju biti sačuvane i „ovjekovječene“. Njihov gubitak zasigurno bi značio „nesreću za cijelo čovječanstvo“,¹¹⁸ kako su upozoravali „očevi utemeljitelji“ zalažući se za oprez u kreiranju ustavnih institucija. Međutim nepromišljenost u skrbi za njih ili pak u određivanju njihova broja zasigurno bi otvorila vrata tragediji jednakih razmjera.

¹¹⁷ Usp.: Roznai, Y., *op. cit. (Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of...)*, str. 129-133.

¹¹⁸ Smerdel, B., *op. cit. (Ustavno uređenje...)*, str. 21.

DEVELOPMENT, SIGNIFICANCE AND ROLE OF UNAMENDABLE CONSTITUTIONAL CLAUSES

The idea regarding unamendable (entrenched) constitutional clauses can be found from as early as the ancient period of the Greek polis. Later, it was accepted by the 18th century framers of constitutions. The first written constitutions of that period included prohibitions to amending the constitution. We can find such examples in the US Constitution of 1787 and in the French Constitution of 1791. Since then, the framers of constitutions have increasingly been introducing such unamendable clauses in constitutions, with different motives and aims. There are two methods for introducing prohibitions to amending a constitution: an explicit and a tacit one. Such prohibitions may be permanent, or only provisional, and they may apply to the constitution as a whole, or merely to some parts. Regardless of the many challenges faced by the entire concept of unamendable constitutional clauses, there is an increasing trend of such clauses being introduced in constitutional documents. These “eternity clauses” can ever more frequently be found in constitutions around the world.

Keywords: constitution, constitutional amendments, “eternity clauses”, pouvoir constituant

Vedran Zlatić, LL. M., Assistant at the Department for Constitutional Law at the Faculty of Law of the University of Split

TREBA LI U METODU ODLUČIVANJA NA EUROPSKOM SUDU UVESTI IZDVOJENA MIŠLJENJA?

Pregledni znanstveni rad

UDK 341.645.5(4)EU

340.142.01

347.991:340.5

Primljeno: 1. listopada 2018.

Srđan Kalebota*

Branimir Pađen**

Pitanje kojim se bavi ovaj rad jest postoje li razlozi za uvođenje izdvojenih mišljenja u postupak odlučivanja na Sudu Europske unije. Namjera je pritom istražiti tipove izdvojenih mišljenja i s time vezanih sudskih sustava, razloge za postojanje takve metode odlučivanja u sudovanju općenito, istražiti koji bi bili razlozi za uvođenje takve metode odlučivanja na ovom Sudu te u konačnici iznijeti zaključak o tome bi li uvođenje takve metode odlučivanja na Europskom sudu uistinu pridonijelo ostvarivanju željenih ciljeva.

Ključne riječi: izdvojeno mišljenje, tipovi izdvojenog mišljenja, Sud Europske unije

UVOD

Generalno gledajući, sudska odluka rezultat je ozbiljne profesionalne rasprave i usuglašavanja između sudaca radi postizanja konsenzusa ili barem minimalne razine njihove suglasnosti potrebne za donošenje odluke kao temeljnog obilježja kolektivnog odlučivanja.¹ Cijeli aspekt takve žive i ponekad iznimno složene aktivnosti, koja se odvija u samom procesu donošenja sudske odluke, često nije uopće vidljiv u konačnom rezultatu – samoj presudi. Presuda je kao takva često izražena kao jedinstvena odluka sudskog tijela (vijeća) kao kolektiva, s jasno (ponekad manje ili više) izraženim stajalištima o činjenicama, dokazima, pravnoj prirodi spora te u konačnici s jednoznačnom odlukom. Potreba za takvim jedinstvenim prezentiranjem presude „prema vani“ da se naslutiti sama po sebi, no ukoliko takvu jedinstvenu presudu sagledamo s aspekta suca koji je sudjelovao u odlučivanju, štoviše suca koji se nije složio s konačnom presudom koju donosi i on sam kao član tog vijeća, sasvim je očito da je sudac i njegovo pravno mišljenje u takvu sustavu odlučivanja potisnuto. Ono je ili ugrađeno u presudu ili, u slučaju neslaganja, uopće ne mora biti njezin dio te biva zanemareno.

* Srđan Kalebota, dipl. iur., odvjetnik u Splitu, polaznik poslijediplomskog doktorskog studija iz europskog prava na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

** Branimir Pađen, mag. soc., univ. spec. pol., polaznik poslijediplomskog doktorskog studija iz europskog prava na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

¹ Antić, T., Izdvojeno mišljenje u sudskim postupcima i praksa Ustavnog suda Republike Hrvatske, 2016, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 37 (2), str. 838.

Čini se stoga kako u pomirenju tih dviju suprotnosti zapravo leži odgovor na pitanje o kojem ćemo pokušati provesti diskusiju. Naime uopće zaključiti nešto o potrebi uvođenja izdvojenog mišljenja u metodu odlučivanja na Sudu Europske unije, naravno, slijedom činjenice da takav institut na ovom Sudu ne postoji, moguće je samo ukoliko sagledamo prednosti i nedostatke dviju metoda sudskog odlučivanja, metode kolektivnog odlučivanja koja dopušta izdvojeno mišljenje s jedne strane te s druge metode koja takvo izdvojeno mišljenje ne dopušta.

U nastavku rada prije svega bit će iznesen povijesni prikaz nastanka izdvojenog mišljenja kao takva, tipovi izdvojenih mišljenja te komparativni pregled korištenja tog instituta u svijetu, Europskoj uniji i na međunarodnim sudovima. Nakon toga bit će izloženi argumenti koji se koriste u raspravama za korištenje izdvojenog mišljenja i protiv njega te će se pokušati doći do zaključka kako takva metoda rada utječe na sam proces donošenja sudskih odluka. U središnjem dijelu rada pokušat će se utvrditi koliko su svi ti argumenti primjenjivi u pogledu metoda rada Suda Europske unije, u tom kontekstu iznijet će se osvrći na ulogu nezavisnih odvjetnika pri ovom sudu te u konačnici pokušati dati odgovor na pitanje je li uvođenje izdvojenog mišljenja na Sud Europske unije potrebno i bi li njegovo uvođenje dovelo do kvalitativnog napretka u radu suda.

1. TIPOVI IZDVOJENIH MIŠLJENJA I SUDSKIH SUSTAVA KOJI IH OMOGUĆAVAJU ILI NE

U raspravama o institutu izdvojenog mišljenja neizostavno se javlja njegova suprotnost, načelo tajnosti odlučivanja. Načelo tajnosti odlučivanja pritom možemo povezati s položajem koji su suci u prošlosti imali u okviru državne vlasti, i to takvim da je uloga sudaca u jednom povijesnom razdoblju ponajprije bila izraziti volju kralja, a kako kralj može imati samo jednu jedinu volju, presude su morale biti jednoglasne, odnosno morale su barem odavati takav dojam.² Također, načelo tajnosti odlučivanja može se povezati i s bliskim, kroz povijest izraženim, isprepletanjem ingerencija države i crkve, posebice u smislu postojanja određene „kulture tajnosti“. U tom smislu kao kuriozitet se u literaturi često navodi primjer Francuske, u kojoj, iako je sekularna država, suci i danas polažu prisegu kako će „religiozno čuvati tajnost odlučivanja“.³

S druge strane smatra se da institut izdvojenog mišljenja potječe iz prakse engleskih sudova i iznošenja tzv. mišljenja *seriatim*, odnosno donošenja odluka na način da je svaki

² Tako i Cassese, S., Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente, in Quaderni costituzionali, n. 4/2009, str. 973-986; Malenovsky, J., Les opinions séparées et leurs répercussions sur l'indépendance du juge international, Anuario Colombiano de Derecho Constitucional, 2010, str. 37, primjerice navodi kako su neke odluke sudova smatrane tek savjetima kralju, koje je poslije mogao prihvatiti ili odbiti – citirano prema Raffaelli, R., Dissenting opinions in the Supreme Courts of the Member States, Brussels, European Parliament, Directorate General for Internal Policies – Policy Department, 2012, <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201304/20130423ATT64963/20130423ATT64963EN.pdf> (preuzeto 12. 2. 2017.), str. 9; Antić, T., op. cit., str. 842.

³ Lécuyer, Y., Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence, Revue trimestrielle des droits de l'homme, n. 57/2004, str. 197-223; O'Tuama, S., Judicial review under the Irish constitution, Electronic Journal of Comparative Law, n. 12/2008. – citirano prema Raffaelli, R., op. cit., str. 9.

sudac donosio i objavljuvao svoju punu odluku.⁴ Iako je takvo odlučivanje nedvojbeno u sebi sadržavalo dozu demokratičnosti te širine pravnih stajališta i razmišljanja,⁵ s vremenom je takav način odlučivanja, zbog praktičnosti i jasnoće sudskih presuda, evoluirao u praksu koja postoji danas, a koja je takva da se objavljuje odluka većine (obvezujuća kao presedan), koju može pratiti mišljenje manjine, izraženo kao izdvojeno mišljenje.⁶

U smislu sudskog obrazloženja o razlozima neslaganja s konačnom presudom postoji različita tipologija autora, međutim načelno postoje dvije osnovne vrste takvih mišljenja. *Concurring opinion* sastavlja sudac kada se slaže s dispozitivom, ali odvaja mišljenje o obrazloženju presude, a *dissenting opinion* kada se protivi samom dispozitivu.⁷ Antić⁸ naglašava kako u angloameričkom sustavu *common law* postoji i treća vrsta neslaganja, *dubitante opinion*, koju sastavlja sudac kada nije siguran u ispravnost odluke, ali ne u mjeri u kojoj bi izdvojio svoje mišljenje.

Posebnu taksonomiju mišljenja *concurring* dodatno su razvili autori Friedman, Martin i Bennett.⁹ Oni pritom razlikuju *plurality concurrences*, koja se pojavljuje u slučajevima kada se sud ne može dogovoriti oko jedinstvenog obrazloženja; *pivotal concurrences*, koja se javlja kada presudan član sudske većine izdvaja mišljenje u kojem se ponekad suprotstavlja odluci većine; te *plain vanilla concurrences* u slučajevima kada se ne pojavljuje nijedna situacija od dvije ranije spomenute. Nadalje, navedeni autori u pristupu sudova prema izdvojenim mišljenjima razlikuju tri tipa sudova - *seriatim*, *suppressed* i *hybrid court*.¹⁰ U *seriatim court*, karakterističnima za sustav *common law*, od svakog se suca očekuje da sastavi svoje mišljenje o predmetu i iznese ga, a presuda onda predstavlja zbir usuglašanih pojedinačnih mišljenja. Prednost je tog sustava, smatraju autori, što omogućava precizniji uvid u mišljenje svakog pojedinog suca, a nedostatak je jednostavno prepoznavanje stava sadržanog u pojedinom mišljenju suda. *Suppressed court*, karakterističan za sustav *civil law* i praksu Suda EU-a, ne dopušta izdvajanje mišljenja, već se sud predstavlja kao cjelina, čime se fokus seli sa suca na sam sud. *Hybrid court* pak predstavlja sredinu između ranije spomenuta dva pristupa, a koristi se na ustavnim sudovima poput njemačkog, hrvatskog, češkog, mađarskog i bugarskog, ali i na sudovima pod utjecajem angloameričkog sustava, poput indijskih, pakistanskih i izraelskih. Sud pri donošenju presude nastupa kao cjelina iznoseći jednoglasnu presudu, ali je ipak moguće za pojedinog suca da na određeni način objavi izdvojeno mišljenje.

⁴ Bader Ginsburg, R., The Role of Dissenting opinions, *Minnesota Law Review*, 2010, str. 1-8; Raffaelli, R., op. cit., str. 9.

⁵ Antić, T., op. cit., str. 843

⁶ Tako i Bader Ginsburg, R. (2010), op. cit., str. 1-8.

⁷ Krbek, I., *Ustavno sudovanje*, 1960, Izdavački zavod Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti, Zagreb, str. 86.

⁸ Antić, T., op. cit., str. 842.

⁹ Friedman, B., Martin, A. D., Bennett, T. B., Navarro Smelcer, S., *Divide and Concur: Separate opinions and Legal Change*, str. 104-105, http://www.law.northwestern.edu/research-faculty/colloquium/law-economics/documents/2015_Spring_Friedman_Divide.pdf (preuzeto 12. 2. 2017.).

¹⁰ Isto, str. 107-111.

Dodatno se razlikuju sustavi u kojima je sucima dopušteno izjavljivanje izdvojenog mišljenja u smislu njegove dostupnosti subjektima izvan suda. To su sustavi u kojima se izdvojeno mišljenje javno objavljuje zajedno s presudom te sustavi u kojima se izdvojeno mišljenje dodaje u pismenom obliku uz primjerke koji se dostavljaju strankama u postupku.¹¹

2. ARGUMENTI

U pregledu argumenata koji se u raspravama iznose za institut izdvojenog mišljenja i protiv njega, generalno govoreći, oni se mogu svesti na nekoliko osnovnih argumenata koji se ponavljaju te, štoviše, preklapaju, a koji svaki zasebno u sebi često uključuju cijeli niz razloga: praktičnih, povijesnih, teoretskih itd. Suprotstavljene strane često iznose iste argumente, ali iz njih izvode suprotne zaključke.

2.1. Razlozi protiv izdvojenog mišljenja

2.1.1. Sudačka neovisnost

Kao jedan od osnovnih razloga protiv iznošenja izdvojenog mišljenja navodi se očuvanje sudačke neovisnosti. Ističe se kako je upravo tajnost sudačkog mišljenja garancija sudačke neovisnosti i brana od bilo kakvih utjecaja, prije svega od pritisaka koji bi na suca mogli dolaziti izvan suda.¹² Taj argument dobro je utemeljen jer je jasno da su suci u situaciji kada je odluka koja se donosi zajednička odluka, u kojoj glas pojedinog suca nije poznat javnosti, oslobođeni mogućih pritisaka te mogu slobodno i nesmetano odlučivati isključivo u skladu s profesionalnim načelima i svojom savješću. To posebno dolazi do izražaja u situacijama kada su suci podložni izboru i reizboru od strane vlasti te je sasvim jasno da bi u tom smislu mogli biti pod pritiskom opravdati svoje imenovanje ili osigurati buduće.¹³ Štoviše, čak i situacije u kojima mandat sudaca nije podložan reizboru nisu izuzete od mogućeg pritiska jer suci uvijek mogu imati na umu svoj budući profesionalni napredak i karijeru nakon završetka mandata, u čemu su opet na neki način ovisni o onima koji ih imenuju.¹⁴

¹¹ Antić, T., op. cit., str. 842.

¹² Laffranque J., Dissenting opinion and judicial independence, *Juridica international*, 2003, str. 162-172; Kirby, M., Judicial dissent - common law and civil law traditions, in *Law quarterly review*, 2007, str. 379-400.

¹³ Tajnost odlučivanja kao jamac neovisnosti svakako je od značaja i kada je izbor sudaca rezultat političkog odabira, kao što je primjerice slučaj kod izbora ustavnih sudaca ili sudaca na međunarodnim sudovima, kada tajnost odlučivanja također jamči njihovu neovisnost te nepristranost sudskih odluka. U tom slučaju barem se na ovoj razini izbjegava politizacija procesa odlučivanja i samih odluka te se sucima omogućava da se vode pravnim, a ne političkim argumentima. Vidi Luchaire, F, Vedel, G., "Contre": le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel, u *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000; o politizaciji na Vrhovnom sudu SAD-a, Scalia, A., The dissenting opinion, *Journal of Supreme Court History*, vol. 19, no. 1, 1994, str. 33-44 – citirano prema Raffaelli R., op. cit., str. 9.

¹⁴ Raffaelli R., op. cit., str. 9.

Ovo posebno dolazi do izražaja kod međunarodnih sudova, kod kojih postoji jasna povezanost između suca i države koja ga imenuje na poziciju suca na određenom sudu. Kao što primjerice Raffaelli navodi u studiji izrađenoj za Europski parlament 2012. godine,¹⁵ sama presumpcija da će sudac favorizirati državu koja ga je izabrala ugrađena je već u postupak imenovanja sudaca na međunarodnim sudovima, pa primjerice kada država članica nema „svoje“ imenovanog suca pri nekom sudu, ima pravo imenovati ad hoc suca ukoliko se predmet vodi protiv te države. U tom smislu, kako se to naglašava u studiji, protivljenje iznošenju izdvojenih mišljenja svakako ide u smjeru zaštite sudačke neovisnosti te predstavlja prepreku tome da se odnos države i imenovanog suca svede na odnos direktne ovisnosti.¹⁶

2.1.2. Autoritet suda i presude

Kao drugi razlog, a i jedan od najuvjerljivijih, protiv iznošenja izdvojenog mišljenja često se navodi potreba za očuvanjem autoriteta sudske presude.¹⁷ Ta shvaćanja temelje se na ideji kako je sud legitimniji i uvjerljiviji kada "istupa jednim jedinim glasom".¹⁸ Naime smatra se¹⁹ da bi javno iznošenje nesuglasja između sudaca koji su donijeli presudu, odnosno objava pojedinačnih pravnih shvaćanja koja upućuju na drugačije zaključke od onih prihvaćenih u presudi, moglo potkopati autoritet presude i samog suda koji je presudu donio,²⁰ prije svega u smislu percepcije javnosti i povjerenja u pravosudni sustav, a posebno u situacijama kada su odluke donesene tijesnom većinom.²¹ Taj argument dolazi do izražaja u predmetima u kojima se iznose nove interpretacije normi, pravnih načela, ili se odnose na primjenu nekih novih zakona.²² U tim bi slučajevima iznošenje

¹⁵ Raffaelli R., op. cit.

¹⁶ Ipak, konkretna istraživanja o povezanosti glasova sudaca i država koje su ih izabrale dala su raznolike rezultate. Primjerice studija koja se odnosila na Međunarodni sud pravde pokazala je da nacionalni suci u gotovo 86 % slučajeva glasuju za „svoju“ državu (vidi: Smith, A. M., *Judicial Nationalism*, *International Law, Texas International Law Journal*, v. 40/2005, str. 197-232; Posner, E. A., de Figueiredo, M. F. P., *Is the International Court of Justice Biased?*, *Journal of Legal Studies* v. 34/2005, str. 599-630), dok su istraživanja provedena na Europskom sudu za ljudska prava pokazala kako su nacionalni suci u svega 16 % presuda u kojima je nađena povreda „njihove“ države iznosili izdvojeno mišljenje kojim su išli u prilog svoje države (Voeten, E., *The impartiality of international judges: evidence from the ECHR*, *American Political Science Review*, n. 102/2008, str. 417-433; Kuijer, M., *Voting behaviour and national bias in the European Court of Human Rights and the International Court of Justice*, *Leiden Journal of International Law*, v. 10/1997, str. 49-67).

¹⁷ Vidi Walter, C., *La pratique des opinions dissidentes en Allemagne*, *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n. 8/2000 – citirano prema Raffaelli R., op. cit., str. 8, te Vitale, D., *The Value of Dissent in Constitutional Adjudication: a context-specific analysis*, *Review of Constitutional Studies*, v. 19, no. 1 (2014), str. 82-108.

¹⁸ Anić, T., op. cit., str. 852-853.

¹⁹ Raffaelli, R., op. cit., str. 10.

²⁰ Često se navodi kako je upravo uvođenje instituta izdvojenog mišljenja na Europski sud za ljudska prava oslabilo njegov autoritet, kao i autoritet njegovih presuda. Vidi: Nicol, D., *Lessons from Luxembourg: federalisation and the Court of Human Rights*, *European Law Review*, 2001, str. 3-21.

²¹ Safta, M., *The Role of Dissenting and Concurring Opinions in the Constitutional Jurisdiction*, 2016, *Perspectives of Business Law Journal*, 5 (1), str. 210-211, <http://www.businesslawconference.ro/revista/articole/an5nr1/Art.%2028%20Marieta%20Safta.pdf> (preuzeto 12. 2. 2017.).

²² Kao primjer potrebe za jednoglasnom odlukom često se citira odluka Vrhovnog suda SAD-a koja je okončala segregaciju u školama *Brown v Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

izdvojenog mišljenja moglo potaknuti nezadovoljnu stranu da osporava valjanost presude, da odbije njezino izvršenje ili da se kontinuirano žali protiv stajališta iznesenog u presudi.²³

Osim toga iznošenje izdvojenog mišljenja moglo bi izgubiti svoj smisao te postići negativan učinak i time da može bitno postane sredstvo samopromocije sudaca, čime će autoritet presude i samog suda biti dodatno oslabljen.²⁴

U kontekstu našeg rada treba napomenuti kako je upravo argument očuvanja autoriteta suda često korišten u pogledu opravdanja činjenice da na Sudu Europske unije nisu dopuštena izdvojena mišljenja, što je bilo iznimno važno pogotovo u samim počecima razvoja Europske unije, kada je sud svoj autoritet tek trebao izgraditi.²⁵

2.1.3. Jasnoća presuda

Još jedan važan razlog koji se iznosi protiv izdvojenog mišljenja jest potreba da sudska presuda bude jednoznačna, odnosno da ne ostavlja nikakve dvojbe u pogledu svojeg značenja.²⁶ To se stajalište temelji na shvaćanju kako je osnovni zadatak presude da daje nedvosmislen odgovor na određeno pravno pitanje, a ne da otvara diskusije o najboljim i najprikladnijim interpretacijama prava.²⁷ U tom smislu u literaturi se često može naći citat jednog od sudaca Vrhovnog suda SAD-a, koji navodi kako je „u nekim stvarima važnije da se pravo primijeni negoli da se primijeni pravilno“.²⁸ Često se navodi pritom kako uvođenje izdvojenog mišljenja najviše podupiru pravni teoretičari iz razloga što iznošenje izdvojenih mišljenja svakako pridonosi kvaliteti teoretskih i znanstvenih rasprava o određenim pravnim pitanjima.²⁹

2.1.4. Kolegijalnost odlučivanja

Argument koji se također često susreće u raspravama o izdvojenom mišljenju jest i taj o potrebi očuvanja kolegijalnosti među sucima koji zajednički odlučuju kako bi se osiguralo da suci koji odlučuju i kada odlučuju budu vođeni načelima međusobne suradnje.³⁰ Kao

²³ Kao primjer može poslužiti i praksa talijanskih sudova u vezi sa stajalištem Suda EU-a u pogledu neprihvatanja horizontalnog efekta direktiva, koji su primjerice takav učinak dopuštali usprkos presudi Suda EU-a u predmetu *Faccini Dori*: vidi Mastroiani, R., *On the Distinction Between Vertical and Horizontal Direct Effects of Community Directives: What Role for the Principle of Equality?*, (1999) 5 EPL 417, str. 421; Čapeta, T., *Sudovi Europske unije, Nacionalni sudovi kao europski sudovi*, IMO, Zagreb, 2002, str. 51; Raffaelli, R., op. cit., str. 10.

²⁴ Luchaire, F. i Vedel, G., op. cit.; Malenovsky, J., op. cit., str. 38.

²⁵ Vidi Rivière, F., *Les opinions séparées des juges à la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, 2004, str. 17 - citirano prema Raffaelli, R., op. cit., str. 11.

²⁶ Raffaelli, R., op. cit., str. 11.

²⁷ Hart, D., *Why we allow dissents - by our judges*: <http://ukhumanrightsblog.com/2012/10/14/why-we-allow-dissent-by-our-judges/> (preuzeto 20. 2. 2017.).

²⁸ Brandeis, J., L., *Dissent, Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406 (1932).

²⁹ Raffaelli, R., op. cit., str. 11.

³⁰ Luchaire, F. i Vedel, G., op. cit.; o praksi na Sudu EU-a, Azizi, J., *Unveiling the EU Courts' internal decision-making process: a case for dissenting opinions?*, ERA Forum, 2011, str. 49-68; Edward, D., *How the Court of Justice works*, European Law Review, n. 20/1995, str. 539-558.

argument navodi se moguća situacija u kojoj se sudac koji je u manjini povlači u trenutku kada shvati da većina ne dijeli i neće prihvatiti njegovo mišljenje te više ne sudjeluje u vijeću kao njegov punopravni član, već se fokusira na izradu i argumentiranje svojeg izdvojenog mišljenja,³¹ čime negativno utječe na kvalitetu presude. Kao potpora takvu razmišljanju često se navodi upravo praksa Suda Europske unije, kod kojeg nema izdvojenih mišljenja i u kojem se postupak donošenja odluka temelji na iskrenoj kolegijalnosti te u kojem svi suci sudjeluju u izradi konačne presude.³²

2.1.5. PRAKTIČNI RAZLOZI

Konačno, neki od razloga temelje se na razlozima praktičnosti. Naime, kako navode Aziz i Epstein,³³ ukoliko bi se sucima dopustilo sastavljanje dugačkih izdvojenih mišljenja, koja zbog svoje opsežnosti i argumentacije zahtijevaju sigurno dosta vremena i truda, sasvim bi se sigurno sam postupak donošenja odluke znatno odužio. Osim toga često se navodi i argument kako bi iznošenje i objava izdvojenog mišljenja svakako imali i ekonomske posljedice u smislu povećanja troškova suda. To se posebno odnosi na međunarodne sudove, na kojima se koristi više jezika, kao što je slučaj sa Sudom Europske unije, na kojem se presude prevode na sve službene jezike, što bi zahtijevalo dodatne resurse u pogledu uloženog vremena i troškova te angažiranja većeg broja prevoditelja i sl.³⁴

2.2. RAZLOZI ZA PRIHVATANJE IZDVOJENOG MIŠLJENJA

2.2.1. SUDAČKA NEOVISNOST

Za izdvojena mišljenja drži se da su stoga izraz kreativnosti, inovativnosti i izražaja svakog suca te da je odnos sudstva prema praksi objavljivanja izdvojenih mišljenja zapravo odnos sustava prema slobodi izražavanja.³⁵ Pored činjenice da kreativno i argumentirano iznošenje izdvojenog mišljenja za svakog pojedinog suca predstavlja profesionalno zadovoljstvo,³⁶ ono je istovremeno garancija interne sudačke neovisnosti, odnosno neovisnosti u odnosu na druge suce u vijeću.³⁷ Iznošenje izdvojenog mišljenja na neki način doprinosi očuvanju „intelektualnog integriteta“ suca jer mu omogućuje da se ne „podvrgne“ presudi s čijim se obrazloženjima i zaključcima ne slaže i ostane u potpunosti odgovoran svojoj savjesti.³⁸ Neki autori, poput Brennana, štoviše navode kako iznošenje izdvojenog mišljenja nije samo pravo, već i dužnost, posebice kada se radi o važnom i

³¹ Jann, P., Entscheidungsbegründung am Europäischen Gerichtshof, in Journal für Rechtspolitik, n. 7/1999, str. 28-30; Rodríguez Iglesias, G. C., Entscheidungsfindung im Europäischen Gerichtshof, in Journal für Rechtspolitik, 1999, 27-28 - citirano prema Raffaelli, R., op. cit., str. 36.

³² Azizi, J., op. cit., str. 49-68, Edward, D., op. cit., str. 539-558.

³³ Azizi, J., op. cit., str. 58; Epstein, L., Landes, W. M., Posner, R. A., Why (and When) Judges Dissent: a Theoretical and Empirical Analysis, Journal of Legal Analysis, vol. 3, no. 1, 2011, str. 102-103 i 120.

³⁴ Edward, D. op. cit., str. 557.

³⁵ Vitale, D., op. cit., str. 2-3 i 7.

³⁶ Scalia, A., op. cit., str. 35.

³⁷ Raffaelli, R., op. cit., str. 12.

³⁸ Raffaelli, R., op. cit., str. 12; Vitale, D., op. cit., str. 2.

dubokom neslaganju. U tom smislu ne radi se o egoizmu suca, već obvezi i dužnosti sukladno načelu vladavine prava³⁹ - iz te činjenice u percepciji javnosti može proizaći veći legitimitet suda.⁴⁰

Zanimljivo je kako se upravo u pogledu sudačke neovisnosti mišljenja autora suprotstavljaju, i to dok brane isti stav istim argumentima, ali obrazlažu kako oni proizvode različit učinak. Dio autora u tom smislu čak i priznaje postojanje negativnog vanjskog utjecaja na suce,⁴¹ no drže kako to ne može biti dostatan argument za zabranu izdvojenog mišljenja i svojevrsno prisiljavanje na jedinstvo (koje ne postoji) jer je to nerazmjerno postizanju cilja, odnosno očuvanju neovisnosti sudaca od vanjskih utjecaja jer se to lakše može postići uz pomoć institucionalne zaštite koja bi suce štitila od vanjskih utjecaja.⁴²

2.2.2. AUTORITET SUDA

Argument autoriteta suda pojavljuje se podjednako u znanstvenim radovima koji podupiru, kao i u onima koji negiraju potrebu izdvojenog mišljenja. Štoviše, autori koji podupiru iznošenje izdvojenih mišljenja često ističu kako se autoritet suda i presuda mora temeljiti na kvaliteti, a ne na tajnosti,⁴³ te kako jednoglasnost nije sama po sebi vrlina sudbenog djelovanja.⁴⁴ Pritom se i suci i pravni teoretičari slažu kako izdvojena mišljenja podižu kvalitetu same presude, pa se često citira sutkinja Vrhovnog suda SAD-a Bader Ginsburg, koja je ustvrdila kako ne postoji ništa bolje od impresivnog izdvojenog mišljenja, koje navodi autora većinske presude da poboljša inicijalnu presudu.⁴⁵ O snazi izdvojenog mišljenja možda dovoljno govori i činjenica da, prema provedenim istraživanjima, već i sama najava mogućeg izdvajanja mišljenja tijekom raspravljanja među sucima rezultira preispitivanjem većinskog mišljenja i produbljenjem rasprave.⁴⁶ Tako primjerice Epstein⁴⁷ navodi kako sudac koji najavljuje izdvojeno mišljenje poprima ulogu "vražjeg odvjetnika", koji izaziva i produbljuje raspravu na način da "pronalaži slabosti, proturječnosti ili nesavršenosti u početnom stavu, čime pridonosi donošenju ispravne odluke i njezinu kvalitetnijem obrazloženju." Osim toga, kao što je gore navedeno, autori koji podupiru iznošenje izdvojenih mišljenja ističu kako utemeljenje autoriteta sudske odluke na tajnosti umjesto na razumnom i iscrpnom obrazloženju nije znak autoriteta, već slabosti. U tom smislu Weiler i drugi autori ističu kako izdvojena mišljenja imaju neku vrstu paradoksalnog efekta jer zapravo daju još veći legitimitet

³⁹ Brennan, W. J., In Defense of Dissents, *The Hastings Law Journal*, vol. 37, str. 432 i 435-438, <https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=tobriner> (preuzeto 1. 3. 2017.); Antić, T., op. cit., str 854.

⁴⁰ L'Heureux-Dubé, C., *The dissenting opinion: voice of the future?*, *Osgode Hall Law Journal*, br. 38/2000, str. 495-516; Brennan, W. J., op. cit., 427-438.

⁴¹ Kao u primjeru Europskog suda za ljudska prava

⁴² Lécuyer, Y., op. cit., str. 205; Kirby, M., op. cit., para. 8.

⁴³ Raffaelli, R., op. cit., str. 13.

⁴⁴ Brennan, W. J., op. cit., str. 432.

⁴⁵ Bader Ginsburg, R. (2010), op. cit., str. 3.

⁴⁶ Antić, T., op. cit., str. 852.

⁴⁷ Epstein, L. i dr., op. cit., str. 102-103 i 120.

većinskom mišljenju sadržanom u samoj presudi, i to na način da upućuju na to da je sud razmatrao i druga viđenja i pravna shvaćanja, kao i druga rješenja spora, premda ih je u konačnici odbacio.⁴⁸ Objavljivanje izdvojenog mišljenja u takvim situacijama upućuje na ozbiljnost promišljanja suda pri donošenju odluke, prije svega činjenicu da su uzeli u obzir i pravna shvaćanja i argumente one strane koja je na kraju spor izgubila.⁴⁹

Također, često se u znanstvenim raspravama apostrofira činjenica kako tajnost odlučivanja čuva autoritet presude, i to na način da je prezentira naizgled jednoglasnom upućujući, ponovno naizgled, na to da je postojalo samo jedno jedino rješenje pravnog pitanja o kojem se odlučivalo. Autoritet u tom slučaju počiva na presumiranoj potrebi da se javnost uvjeri u nepogrešivost sudstva.⁵⁰ S druge strane kritika dijela autora usmjerena je na to da nijedna institucija nije nepogrešiva niti ima pravo graditi uvjerenje da je tome tako te da prikriivanje suprotnih mišljenja, pogotovo onda kada su ona osnovana i argumentirana, služi samo tome da bi se izbjegla zaslužena i osnovana kritika.⁵¹ Štoviše, oni upozoravaju na to da se takvo prisilno jedinstvo u razmišljanju bazira na pogrešnom i zastarjelom shvaćanju prava, koje dopušta samo jednu pravilnu interpretaciju i sudsko tumačenje.⁵²

Konačno, postoje i drugi načini na koje izdvojeno mišljenje utječe na kvalitetu konačne odluke, kao npr. kroz činjenicu da time suci nisu prisiljeni na kompromis pod svaku cijenu, čime presude zadržavaju čvrstu logičku cjelovitost, strukturu i jasnoću.⁵³ U takvim slučajevima nedvojbeno je bolje imati jasnu i dobro obrazloženu presudu i izdvojeno mišljenje negoli kompromisnu presudu u kojoj su uključena različita i suprotna pravna stajališta te iz koje je onda teško zaključiti koje pravno shvaćanje prevladava.⁵⁴

2.2.3. KOLEGIJALNOST

U prilog izdvojenom mišljenju govori činjenica kako u državama u kojima postoji izdvojeno mišljenje nije uočeno da bi to utjecalo na smanjenje kooperativnosti u radu vijeća onih sudaca koji imaju izdvojena mišljenja. Kao dobar primjer za to često se u literaturi ističe Njemačka, odnosno Savezni ustavni sud, na kojem postoji koegzistencija između tradicije postizanja jednoglasne odluke, ali i shvaćanja potrebe za izražavanjem

⁴⁸ Weiler, J. H. H., *The European Court of Justice*, Oxford University Press 2001, 215-226; Lécuyer, Y., op. cit., str. 209; Perju, V., *Reason and Authority in the European Court of Justice*, *Virginia Journal of International Law*, n. 49/2009, str. 308-376, str. 323-325.

⁴⁹ Lee, J., *A defence of concurring speeches*, *Public Law*, 2009, str. 305-331, str. 324; Grimm, D., *Some Remarks on the Use of Dissenting Opinions in Continental Europe*, *Global Constitutionalism*, Yale Law School, 2008, p. 1 – 3.

⁵⁰ Raffaelli, R., op. cit., str. 13.

⁵¹ Vidi Kirby, M., op. cit., para. 7.

⁵² Mastor, W., *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2005, str. 114-117 - citirano prema Raffaelli, R., op. cit., str. 12.

⁵³ Raffaelli, R., op. cit., str. 14.

⁵⁴ Tako i Edward, D., op. cit., str. 557.

izdvojenih mišljenja u situacijama kada je nemoguće postići konsenzus između sudaca.⁵⁵ Iz toga se da zaključiti kako u situacijama kada sudac ima odnos poštovanja, dužnosti i lojalnosti prema instituciji u kojoj djeluje samo izdvojeno mišljenje uopće ne mora oslabiti kolegijalnost i suradnju među sucima.⁵⁶ S druge strane, mogućnost iznošenja izdvojenog mišljenja može upravo pridonijeti kolegijalnosti i povezanosti među sucima jer sprječava pojavu frustracije pojedinih sudaca u situacijama kada su nadglasani od većine te nemaju mogućnost izraziti i javno obznaniti svoje neslaganje.⁵⁷ U tom smislu zanimljivo je kako suci u određenim situacijama izbjegavaju izraziti izdvojeno mišljenje čak i kada se ne slažu s mišljenjem većine.⁵⁸

2.2.4. UTJECAJ NA RAZVOJ PRAVNE MISLI I NA SUDSKU PRAKSU

Jedan od važnih argumenata u prilog postojanju izdvojenog mišljenja jest i utjecaj izdvojenog mišljenja na budući razvoj pravne misli i sudsku praksu. Kako to navode autori kao Brennan, Hughes, Baird i Jacobi,⁵⁹ izdvojena mišljenja obraćaju se budućim naraštajima u nadi da će neka kasnija sudska odluka ispraviti grešku za koju sudac sastavlja izdvojeno mišljenje smatrajući da je sud počinio pogrešku prilikom donošenja odluke⁶⁰ te da će to izdvojeno mišljenje možda jednom postati mišljenje većine.⁶¹ Izdvojeno mišljenje u tom smislu upravo ima funkciju da stalno propitkuje postojeće metode i shvaćanja upozoravajući na moguće alternative te tako utječe i na budući razvoj prava.⁶² Naime iako izdvojena mišljenja u prvom trenu mogu imati efekt da možda "zamućuju jasnoću zakona",⁶³ ona mogu istovremeno biti pogled u budućnost jer upozoravaju ne samo na to što pravo jest već i na to što može biti.⁶⁴

Također, ne smije se zanemariti još jedan važan aspekt izdvojenih mišljenja, a to je da ona služe kao svojevrsan dijalog između sudova, zakonodavaca i odvjetnika.⁶⁵ Naime izdvojena mišljenja mogu upućivati na dodatne i alternativne argumente, koje onda stranke mogu inkorporirati u svoje buduće istovjetne ili slične predmete ili pravne lijekove kako bi postigle uspjeh, a niži sudovi kako bi proširili svoju pravnu

⁵⁵ Tako i Rörig, M. T., *L'opinione dissenziente nella prassi del Bundesverfassungsgericht (1994-2009)*, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_opinione_dissenziente_12012010.pdf (preuzeto 1. 3. 2017.); Grimm, D., op. cit. - citirano prema Raffaelli, R., op. cit., str. 14.

⁵⁶ Raffaelli, R., op. cit., str. 14.

⁵⁷ Vidi L'Heureux-Dubé, C., op. cit.

⁵⁸ Takvu pojavu Epstein naziva "odbojnost prema izdvajanju mišljenja". Vidi: Epstein, L. i dr., op. cit., str. 135.

⁵⁹ Baird, V. i Jacobi, T., *How the Dissent Becomes the Majority: Using Federalism to Transform Coalitions in the U.S. Supreme Court*, *Duke Law Journal*, vol. 59, no. 2, 2009, str. 185 i 186, <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1439&context=dlj> (preuzeto 15. 3. 2018.).

⁶⁰ Hughes, C., *The Supreme Court of the United States*, kao u L'Heureux-Dubé, C., op. cit.

⁶¹ Postoje brojni primjeri u pravnoj literaturi da izdvojena mišljenja mogu stvoriti temelje za buduću izmjenu sudske prakse. U tom smislu često se citira prihvaćanje izdvojenog mišljenja suca Harlana i promjena pravnog stajališta na Vrhovnom sudu SAD-a u predmetu *Paris Adult Theatre I vs Slaton*; Baird, V. i Jacobi, T., op. cit., str. 185 i 186.

⁶² Brennan, W. J., op. cit., str. 437.

⁶³ Antić, T., op. cit., str. 853.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid.

argumentaciju.⁶⁶ Također, izdvojena mišljenja mogu signalizirati zakonodavcu kako je potrebno izvršiti izmjene⁶⁷ ili dopune unutar samog propisa jer upućuju na to da je moguće određeni propis tumačiti suprotno namjeri koju je zakonodavac možda imao, ili pak na zakonodavca mogu utjecati na način da privuku medijsku pozornost ili pozornost javnosti kako bi se izvršio pritisak na zakonodavca u promjeni zakona koji nije, prema percepciji javnosti, pošten ili ispravan.⁶⁸ Dijalog koji se uspostavlja s nižim sudovima, odvjetnicima, pa potencijalno i sa stranim sudovima koji primjenjuju iste ili slične pravne norme ili načela, služi razvoju prava i tome da presude koje se donose budu valjano obrazložene i osnovane. Izdvojena su mišljenja upravo dio tog dijaloga i pomažu podignuti njegovu kvalitetu i kvantitetu.⁶⁹

2.2.5. PRAKTIČNI RAZLOZI

Konačno, kao argument protiv izdvojenog mišljenja često se iznosi brzina suđenja.⁷⁰ S jedne strane ne može se reći da taj argument nije osnovan, no kako to navodi Raffaelli u citiranoj Studiji, čini se da je važnost tog argumenta ipak malo preuveličana. Naime mogli bismo doći do zaključka kako na taj način možemo opravdati ne samo izostanak izdvojenog mišljenja već i prihvatanje kratkih, sažetih presuda s površnim obrazloženjima, a to bi u konačnici naštetilo efikasnosti sudstva i onemogućilo dijalog između sudova, odvjetnika i zakonodavaca.⁷¹ Prema tome, takvi razlozi sami za sebe ne mogu biti na uštrb transparentnosti, otvorenosti i utemeljenom rasuđivanju.⁷²

3. IZDOJENO MIŠLJENJE KAO POTENCIJALNA METODA ODLUČIVANJA U SUDU EUROPSKE UNIJE

Sud Europske unije u svojem radu slijedi tradiciju koja je izvorno prevladavala u šest država osnivačica, što podrazumijeva tajno vijećanje, a eventualna izdvojena mišljenja u Europskom se sudu ne iznose, čime se prikriva eventualno nejedinstvo sudaca pri donošenju presude.⁷³ Same se presude u Sudu⁷⁴ donose nakon vijećanja sudaca na temelju nacrtu presude, pri čemu svaki član toga sudskog vijeća može predložiti izmjene. Odluka se donosi većinom glasova te je potpisuju svi suci koji su sudjelovali u vijećanju. Vijećanjima sudaca nazoče jedino suci koji su bili prisutni tijekom cijelog postupka, dakle

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Friedman i dr., op. cit., str. 104.

⁶⁸ Kirby, M., op. cit.; L'Heureux-Dubé, C., op. cit.; Ginsburg, R. (2010), op. cit., str. 6; Cartabia, M., Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously, in *European Constitutional Law Review*, 5/2009, str. 5–31.

⁶⁹ Raffaelli, R., op. cit., str. 16

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Cartabia, M., op. cit., str. 29–31.

⁷² Raffaelli, R., op. cit., str. 16.

⁷³ Ibid, str. 33.

⁷⁴ http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-06/cjue_hr.pdf (preuzeto 12. 2. 2017.).

čak nisu prisutni ni nezavisni odvjetnik ni tajnik suda.⁷⁵ Kako je i s kojom većinom presuda donesena te je li koji od sudaca imao drugačije mišljenje, nije moguće znati.

Situacija u Europskoj uniji specifična je jer to područje obuhvaća velik broj država, i to država koje pripadaju različitim pravnim sustavima, a pritom se u literaturi često ističe kako su upravo iz razlike pravnih sustava proizašli različiti sustavi sudačkog odlučivanja te time prihvaćanje ili odbijanje samog instituta izdvojenog mišljenja.

Općenito možemo govoriti o pristupu Suda Europske unije, koji je svojstven tradiciji europskog kontinentalnog prava. U tom smislu možemo reći da između presuda europskih i angloameričkih sudova postoji esencijalna razlika,⁷⁶ no da se u novije vrijeme jasna distinkcija izgubila.⁷⁷ Naime u europskom sustavu *civilnog prava* presude donosi sud kao takav na način da se iz same presude ne može iščitati za što je pojedini sudac glasovao niti je li odluka donesena jednoglasno ili većinom glasova, odnosno pristupa presudama kao jedinom ispravnom odgovoru, izrečenom u anonimnosti, napisanom u formalnom, preciznom, stiliziranom i bezličnom obliku, u kojem je autor nepoznat i nemoguće ga je identificirati.⁷⁸ U angloameričkom sustavu *common law* naglasak je na sucima te je iz presuda moguće iščitati ne samo tko je kako glasovao, već suci koji se ne slažu s većinom u presudi daju svoje obrazloženje, odnosno odvojeno mišljenje.⁷⁹ U takvu sustavu pristupa se presudama sa stajališta da pravo nije uvijek jasno i izvjesno, odnosno da je ono otvoreno, svjesno ili nehotečno, s različitim interpretacijama, te je sukladno tome dopušteno sucima da izraze svoje neslaganje ili se distanciraju od presude izdvojenim mišljenjima.⁸⁰ U praksi je odnos *civilnog prava* i *common law* u tom smislu ipak pomalo drugačiji, pa se odnos prema izražavanju pojedinačnih pravnih mišljenja danas kreće od izražavanja mišljenja *seriatim* do zabrane objave i kriminalizacije kršenja tajnosti različitih razmišljanja unutar suda,⁸¹ a sustav izdvojenih mišljenja raširio se dijelom i u Europi, naročito u nordijskim zemljama.⁸²

Izdvojena mišljenja danas nisu iznimka od pravila, već obrnuto, jer od 28 država članica u samo njih sedam nije dopušteno izdvojeno mišljenje.⁸³ Te činjenice dovode u pitanje i tradicionalna shvaćanja i argumente protiv izdvojenog mišljenja koji se baziraju na različitim pravnim tradicijama, a kao dobar pokazatelj, prije svega u pogledu eventualnih negativnih posljedica za sustav odlučivanja koji se morao prilagoditi novim okolnostima, može poslužiti i praksa država članica, posebice onih koje su izvršile prijelaz s tajnosti

⁷⁵ Čapeta, T. (2002), op. cit.

⁷⁶ Krbek, I., op. cit., str. 86-87.

⁷⁷ Antić, T., op. cit., str. 846; Raffaelli, R., op. cit., str. 29.

⁷⁸ Bader Ginsburg, R., Remarks on Writing Separately, 1990, Washington Law Review 65 (1), str. 134.

⁷⁹ Krbek, I., op. cit., str. 86-87.

⁸⁰ Bader Ginsburg, R. (1990), op. cit., str. 134.

⁸¹ Antić, T., op. cit. str. 840.

⁸² Krbek, I., op. cit., str. 86.

⁸³ Iz različitih razloga to ne dopuštaju tek Belgija, Francuska, Italija, Luksemburg, Malta, Nizozemska i Austrija. Istraživanjem nije obuhvaćena Hrvatska, međutim i ona dopušta objavu izdvojenih mišljenja, vidi: Crnić, J., Donošenje odluka i rješenja u Ustavnom sudu - suprotno glasovanje i izdvojeno mišljenje, 2002, u: ur. Hrvoje Momčinić, Hrvatska pravna revija, 2, 7, str. 1-5.

odlučivanja na uvođenje izdvojenih mišljenja.⁸⁴ Upravo praksa tih država članica upućuje na neke nove trendove, kao i na činjenicu da neke predodžbe i argumenti koji se često iznose u znanstvenim raspravama u praksi više ne stoje.⁸⁵

Kada govorimo o tradiciji Suda Europske unije, svakako ga možemo sagledati i u kontekstu tradicije međunarodnih sudova. Odmah na početku valja reći kako su u svim tim sudovima svakako postojale dvojbe o uvođenju izdvojenog mišljenja⁸⁶ te iako je uvođenje izdvojenog mišljenja primjerice na Međunarodnom sudu pravde i Međunarodnom kaznenom sudu bilo predmet velikih diskusija, i to prije svega jer se sumnjalo da će uvođenje izdvojenog mišljenja imati negativan efekt na autoritet novoosnovanog suda, u konačnici je prevladalo uvjerenje o pozitivnom utjecaju na njihov rad.⁸⁷ U tom smislu nesporno je da je iznošenje izdvojenog mišljenja na međunarodnim sudovima neupitna tradicija te da takva izdvojena mišljenja često imaju veliku težinu i iznimno značenje.⁸⁸

Svakako valja istaknuti da korištenje izdvojenih mišljenja na međunarodnim sudovima upozorava i na neke negativne posljedice. Tako su na ESLJP-u iskazane optužbe da su neke države pokušavale pritisnuti svoje nacionalne suce na sudu, što je u konačnici dovelo do izmjene pravila o imenovanju sudaca, koji se sada biraju na duži mandat koji nije obnovljiv,⁸⁹ dok je istovremeno na Međunarodnom sudu pravde prisutan značajan trend među nacionalnim sucima, pogotovo *ad hoc* imenovanim sucima, na iznošenje izdvojenog mišljenja kada god je donesena odluka protiv njihove države.⁹⁰

Ipak, usprkos tim negativnostima, koje, među ostalim, ozbiljno dovode u pitanje stupanj neovisnosti sudaca o njihovoj državi, iznošenje izdvojenog mišljenja trenutačno se ne propituje te se može zaključiti kako ga suci na međunarodnim sudovima ekstenzivno koriste.

Sud Europske unije u pogledu teme kojom se bavimo posebno je zanimljiv jer se s jedne strane radi o sudu u kojem se gotovo isključivo odlučuje u vijeću sudaca,⁹¹ dok s druge strane taj sud ne dopušta sucima iznošenje izdvojenog mišljenja. To je još zanimljivije

⁸⁴ U tom smislu zanimljiv je primjer Njemačke, u kojoj je nakon početnog entuzijazma nakon uvođenja izdvojenog mišljenja, kada je na 72 presude objavljeno 17 izdvojenih mišljenja, interes među sucima znatno opao i izdvojena mišljenja pojavljuju se u svega 6 % predmeta, i to samo onim „najtežim“, koji uključuju kontroverzna i kompleksna pravna pitanja, vidi: Raffaelli, R., op. cit., str. 22.

⁸⁵ Ibid, str. 29.

⁸⁶ Ibid, str. 31.

⁸⁷ Ibid, str. 33.

⁸⁸ Ibid, str. 31.

⁸⁹ Protokol 14, ESLJP, (CETS No 194) i Explanatory Report, para. 50.; Raffaelli, R., op. cit., str. 32.

⁹⁰ Manouvel, M., *Les opinions séparées á la Cour Internationale*, L'Harmattan 2004, str. 200-203 - citirano prema Raffaelli, R., op. cit., str. 32.

⁹¹ Poslovnik Suda EU-a, SL L-265/1 od 29. 9. 2012. Sud može zasjedati u punom sastavu od 28 sudaca, u velikom vijeću od 15 sudaca ili u vijeću od tri ili pet sudaca. Opći sud zasjeda u vijeću od tri ili pet sudaca. Poslovnikom su utvrđeni slučajevi kada može zasjedati u punom sastavu, u velikom vijeću ili kao sudac pojedinac.

ukoliko praksu ovog suda usporedimo s drugim međunarodnim i regionalnim sudovima,⁹² koji, kako je prikazano, primjenjuju institut izdvojenog mišljenja.

No možda upravo odnos tog suda prema institutu izdvojenog mišljenja na neki način i upućuje na njegov specifični položaj, koji je od samog osnutka sebe postavio kao nešto više od međunarodnog suda te kao nositelja i tumača „novog pravnog poretka međunarodnog prava“.⁹³

Sud Europske unije i danas slijedi tradiciju tajnosti odlučivanja, što je jasno naznačeno i u tekstu Statuta Suda Europske unije,⁹⁴ ali to nimalo ne umanjuje znanstvene rasprave o potrebi uvođenja ovog instituta u metodu rada suda. Recentne znanstvene rasprave o stilu presuda Suda EU-a ponovno su potaknule rasprave o potrebi uvođenja izdvojenog mišljenja, pa možemo reći da je današnje stanje takvo da većina pravnih teoretičara smatra kako bi izdvojeno mišljenje svakako trebalo uvesti u metodu odlučivanja. Pritom se ističe kako iznošenje izdvojenih mišljenja zapravo ne brani eksplicitno sam tekst Statuta, već interpretacija i tumačenje tih odredaba.⁹⁵ U tom se smislu ističe kako ne postoji prepreka da se citirane odredbe tumače i na način da one tek sucima brane da javno objavljuju događaje u samom vijeću prilikom odlučivanja, kao što je slučaj u Estoniji, Latviji i na Vrhovnom sudu SAD-a,⁹⁶ a ne samo na način da se radi o zabrani objavljivanja izdvojenog mišljenja.

S druge strane može se reći kako se uvođenju izdvojenog mišljenja protive uglavnom suci te bivši suci Suda, i to prije svega u strahu za očuvanje autoriteta suda te kolegijalnosti sudaca pri odlučivanju.⁹⁷

3.1. RAZLOZI – JE LI POTREBNA PROMJENA?

Razlozi koji su rezultirali nepostojanjem instituta izdvojenog mišljenja na Sudu EU-a mogli bi se odvojiti u više kategorija: povijesni, organizacijski, razlozi koji proizlaze iz same strukture Europske unije,⁹⁸ a svi su povezani s već navedenim razlozima koji proizlaze iz pravne doktrine.

⁹² Kao što su Međunarodni sud pravde u Hagu, Europski sud za ljudska prava, Međunarodni sud za pravo mora, Međunarodni kazneni sud, Afrički sud za ljudska prava i prava naroda i Međuamerički sud za ljudska prava. Ograničavanje potpune transparentnosti i otvorenosti u smislu individualnih mišljenja sudaca rijetko je, npr. u sporovima vezanima za sporazum o WTO-u, vidi: Raffaelli, R., op. cit., str. 32-33.

⁹³ Predmet 26/62 Van Gend en Loos, ECLI:EU:C:1963:1.

⁹⁴ Čl. 35., koji navodi: „Vijećanje je Suda tajno i ostaje tajno“, ali i čl. 2., 10., 13.

⁹⁵ Raffaelli, R., op. cit., str. 34.

⁹⁶ Ibid, str. 32.

⁹⁷ Ibid, str. 33.

⁹⁸ Tako i Laffranque, J., Dissenting opinion in the European Court of Justice - Estonia's Possible Contribution to the Democratisation of the European Union Judicial System, Juridica International IX/2004, str. 16.

3.1.1. POVIJESNA POZADINA

Povijesno gledano, razlog za činjenicu nepostojanja instituta izdvojenog mišljenja može se naći u tome što su sve države članice osnivačice Europske zajednice,⁹⁹ tj. Francuska, Njemačka, Italija, Nizozemska, Belgija i Luksemburg, pripadnice kontinentalne pravne tradicije, u kojima sam institut izdvojenog mišljenja tada nije bio poznat,¹⁰⁰ te su te države strogo držale do pojma „povjerljivosti sudskog prosuđivanja“,¹⁰¹ iako se o uvođenju izdvojenog mišljenja izvorno jest razmišljalo.¹⁰² U tom smislu često se upozorava na dominantan utjecaj francuske pravne doktrine kao razlog za odbacivanje instituta izdvojenog mišljenja. No činjenica je, kako je to ispravno primijećeno,¹⁰³ da je primjerice taj sud već od samog početka svojeg rada, daleko prije pristupanja zemalja sustava *common law*, usvojio princip sudovanja na temelju presedana, čime se upućuje na to da utjecaj francuskog prava nije zasigurno bio prevladavajući, već razloge treba tražiti u želji za boljom učinkovitošću razvoja prava Europske unije, kao i same Unije kao cjeline.¹⁰⁴

3.1.2. FORMA I SADRŽAJ SUDSKIH ODLUKA

U izloženom sukobu stručnih mišljenja o uvođenju promjena u metodu odlučivanja na Sudu EU-a često se raspravlja o strukturi i sadržaju odluka Suda EU-a, pa mnogi autori naglašavaju kako su odluke Suda EU-a često „kriptične“, šture, a ponekad u konačnici nije posve jasno kakvu je prosudbu sud prihvatio.¹⁰⁵ Perju ih smatra nestabilnim kompromisima koji izvire iz suda pritisnutog formom i institucionalnim samorazumijevanjem.¹⁰⁶ Gaja navodi kako šturo obrazložene presude možda imaju prednost u tome što pružaju znatno manje prostora za kritiku, kao i u tome što ostavljaju sudu dovoljno širok manevarski prostor za buduće odluke,¹⁰⁷ no ističe kako takve presude

⁹⁹ Iste su države osnivačice najprije Europske zajednice za ugljen i čelik, a zatim i Europske ekonomske zajednice.

¹⁰⁰ Laffranque, J. (2004), op. cit., str. 16.

¹⁰¹ Schermers, H. G., Waelbroeck, D. F., *Judicial Protection in the European Union*, 6th ed., The Hague – London – New York, Kluwer Law International, 2001, str. 736-737.

¹⁰² Laffranque, J. (2004), op. cit., str. 16.

¹⁰³ Ibid, str. 17.

¹⁰⁴ Craig i De Burca tako upozoravaju na to da je zapravo predmet *Da Costa* iz 1962. godine svojim zaključkom kako postojanje ranije odluke Suda o nekom pitanju može nacionalni sud posljednje instancije osloboditi obveze postavljanja prethodnog pitanja inicirao sustav presedana te posijao sjeme koje je poslije došlo do izražaja, Craig P. i De Burca G., op. cit., str. 474; za više o tome kako se sustav presedana uklapa u sustav odlučivanja Suda Europske unije te je li pristupanje država sa sustavom *common law* utjecalo na promjenu i stil odlučivanja Suda vidi Arnull, A., *Owning Up To Fallibility: Precedent And The Court Of Justice*, 30 *CMLRev*, 1993, str. 247-266.

¹⁰⁵ Raffaelli, R., op. cit., str. 3, primjerice u pogledu presude *Mangold* vidi Čapeta, T., *Advocate General: Bringing clarity to CJEU Decisions, A case study of Mangold and Kucukdeveci*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol 14, 2011-2012, str. 566.

¹⁰⁶ Perju, V., op. cit., str. 311.

¹⁰⁷ Istovjetno stajalište iznosi i Čapeta te navodi kako je takvo postupanje suda svojevrsna strategija, posebice kod presuda koje po prvi put razvijaju određeno pravilo, čime sud dobiva na vremenu kako bi vidio efekte presude te kasnije odlučio u kojem će smjeru ići u sljedećim slučajevima, vidi Čapeta, T. (2011-2012), op. cit., str. 570.

gube na uvjerljivosti.¹⁰⁸ Dodatno, mnogi autori ističu kako stil i sadržaj presuda Suda EU-a zapravo onemogućuju dijalog ovog suda s drugim sudovima, i to slijedom činjenice da su presude Suda EU-a bazirane na pretpostavci da postoji samo jedan jedini neizbježni zaključak.¹⁰⁹ Može se reći da u pravnoj teoriji sve više prevladava mišljenje kako, pogotovo u sadašnjem stanju Unije, u kojem se Sud EU-a razvio u pravi ustavni sud, taj sud mora donositi presude koje su znatno jasnije i detaljnije obrazložene.¹¹⁰

Neki autori upravo iznesene nedostatke u sudskim presudama ovog suda dovode u vezu s činjenicom da na tom sudu nisu dopuštena izdvojena mišljenja. U tom smislu često se navodi kako je obrazloženja suda ponekad prilično teško pratiti upravo iz razloga što je presuda rezultat kompromisa pri odlučivanju, koji je rezultirao time da su u presudu inkorporirana djelomično suprotna viđenja sudaca, te se uvođenje izdvojenog mišljenja vidi kao „okidač za promjenu“.¹¹¹ Naime, kako ističu Cartabia, Weiler i dr., iznošenje izdvojenih mišljenja moglo bi nagnati većinski dio vijeća da se jasno očituje o mišljenjima manjine, čime bi testirali valjanost vlastitih pravnih argumenata i razmišljanja, dok bi u isto vrijeme, iz razloga što su izdvojena mišljenja dana posebno, sama presuda bila puno bolje i jasnije strukturirana i obrazložena.¹¹² Naravno, osnovni je preduvjet činjenica da izdvojena mišljenja ostanu ograničena samo na mali broj iznimno važnih predmeta,¹¹³ jer bi pretjerano korištenje tog instituta moglo, naprotiv, u konačnici voditi samo do još veće konfuzije.¹¹⁴

Posebno treba istaknuti da su argumenti za uvođenje izdvojenog mišljenja u ovom kontekstu podjednako uvjerljivi čak i pod pretpostavkom da su presude Suda EU-a u potpunosti utemeljene i obrazložene. Naime funkcija izdvojenih mišljenja ne iscrpljuje se samo u tome da prisili suce na potpuniju argumentaciju presuda već je značajna i stoga što bolje obrazlaže presudu kao cjelinu. U tom smislu izdvojena mišljenja dodatno objašnjavaju razloge koji leže u pozadini presude jer iznose jasne alternativne poglede i razmišljanja o kojima se vodila rasprava, a koji su konačno odbijeni.¹¹⁵

¹⁰⁸ Gaja, G., *Beyond the reasons stated in judgments*, Michigan Law Review, n. 92/1994, 1966-1976; Lasser, M., *Judicial deliberations. A comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*, OUP 2004, str. 103-141; Perju, V., op. cit., str. 338-339.

¹⁰⁹ Raffaelli, R., op. cit., str. 34.

¹¹⁰ Iako ima i suprotnih mišljenja, koja idu za time da unutar pravnog sustava EU-a ne postoji dovoljno mehanizama za kontrolu ovlasti koje ima Sud Europske unije te da bi slijedom toga bilo bolje da sud u presudama bude manje opširan, više o tome Hinarejos, A., *Social Legitimacy and the Court of justice of the EU: Some reflections on the role of the Advocate General*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, vol 14, 2011-2012, str. 627-628.

¹¹¹ Raffaelli, R., op. cit., str. 34.

¹¹² Cartabia, M., op. cit., str. 30-31; Weiler, J. H. H. (2001), op. cit., str. 225; Mance, J., *Exclusive jurisdiction agreements and European ideals*, Law Quarterly Review, 2004, str. 357-365.

¹¹³ Postavlja se naime pitanje je li potrebno dopustiti izdvojeno mišljenje u svim vrstama postupaka, s time da su posebno sporni postupci u kojima sudjeluju države članice, međutim, kako pronicljivo zapaža Laffrange: „što su manji rizici povezani s izdvojenim mišljenjem, to su ona manje korisna“, vidi Laffrange, J. (2004), op. cit., str. 22.

¹¹⁴ Bobek, M., *A fourth in the Court: why are there Advocates-General in the Court of Justice?*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, vol 14, 2011-2012, str. 529-561.

¹¹⁵ Raffaelli, R., op. cit., str. 35.

3.1.3. ULOGA NEZAVISNIH ODVJETNIKA

Pri Sudu Europske unije postoji specifičan institut nezavisnih odvjetnika kao svojevrsnih savjetnika suda. U raspravama o izdvojenom mišljenju upravo se stoga o ulozi nezavisnih odvjetnika često polemizira, pa neki autori ističu kako bi baš mišljenje nezavisnog odvjetnika moglo biti nadomjestak za izdvojena mišljenja sudaca.¹¹⁶ Razlozi su, među ostalim, dijelom i povijesne naravi, pa se u literaturi često navodi kako su razlozi koji leže u pozadini uvođenja instituta nezavisnog odvjetnika bili upravo želja da se na taj način kompenzira nepostojanje izdvojenih mišljenja. Namjena instituta prvotno je bila zamišljena kao brana nacionalnim sucima od utjecaja njihovih država, kojem su djelomično bili izloženi zbog svojeg kratkog i obnovljivog mandata.¹¹⁷ No možda je važnija poveznica između ta dva instituta ona koja proizlazi iz obveze nezavisnog odvjetnika da u predmetima iznese obrazloženo mišljenje te da djeluje nepristrano i neovisno, što nedvojbeno pomaže razjasniti pojedina pravna pitanja o kojima se vodi spor.¹¹⁸ Također, iako je činjenica da nezavisni odvjetnik ne sudjeluje u odlučivanju te ne bi smio o konkretnom slučaju raspravljati sa sudskim vijećem, posebice sa sucem izvjestiteljem, Rasmussen upozorava primjerice kako nije tajna da se takve konzultacije s vremena na vrijeme održavaju, i to na način da se nezavisni odvjetnik i sudac izvjestitelj mogu dogovoriti da Sud donese presudu koja u potpunosti odstupa od mišljenja nezavisnog odvjetnika, a koja je pogodnija za razvoj prava i zahtijeva mišljenja pravnih stručnjaka.¹¹⁹ Osim toga i mišljenje nezavisnog odvjetnika, baš kao i izdvojeno mišljenje, može imati utjecaj na sudsku praksu te biti svojevrsna kritika postojeće prakse suda. Može u tom smislu predlagati drugačija i odlučnija rješenja te utjecati kako na razvoj sudske prakse tako i na razvoj pravne misli.¹²⁰ S druge strane, u pogledu razvoja pravne misli, činjenica je kako je upravo mišljenje nezavisnog odvjetnika ključno kao komentar i tema za daljnje teoretske rasprave koje se odnose na različita pravna pitanja i aspekte europskog prava,

¹¹⁶ Raffaelli, R., op. cit., str. 35.

¹¹⁷ Rasmussen, M., *The First Advocate Generals and the Making of European Law*, 2013, Working Papers of the Law Department of the EUI. ed. European University Institute: Firenze.

¹¹⁸ Tako u pravnoj teoriji ne postoji dvojba o korisnosti mišljenja nezavisnog odvjetnika upravo u pogledu korisnosti za suce, koji donose odluku prije svega iznoseći kontekst u kojem se odluka ima donijeti, tako Burrows, N., Graves, R., *The Advocate General and EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Čapeta, T. (2011-2012), op. cit., str. 566.

¹¹⁹ Štoviše, kao primjer u kojem se upravo to dogodilo navodi se presuda u predmetu *CILFIT*. Vidi: 283/81 C.I.L.F.I.T ECLI:EU:C:1982:335; Rasmussen H., *The European Court of Justice*, Copenhagen: Gad Jura, Thomson Information, 1998, str. 69, koji navodi kako je upravo to bio slučaj u tom predmetu.

¹²⁰ Posebno se naglašava uloga nezavisnog odvjetnika u pogledu praćenja sudske prakse i njezine prezentacije vijeću koje donosi odluku u konkretnom predmetu, tako i Čapeta, T., (2011-2012), op. cit., str. 566. Kao primjer utjecaja u okviru sudske prakse može se navesti mišljenje nezavisnog odvjetnika Jacobsa u predmetu *Cafe Hag II (predmet C-10/89, CNL-Sucal v. HAG GF, ECLI:EU:C:1990:359)*. U tom je predmetu Sud uzeo u obzir mišljenje nezavisnog odvjetnika te promijenio mišljenje ili mišljenje NO Tesaura iz predmeta *Hunermund (mišljenje NO Tesaura, Hunermund, ECLI:EU:C:1993:863, para. 24-26)*, prihvaćeno kasnije u predmetu *Keck (spojeni predmeti C-267/91 i C-268/91, Keck and Mithouard, ECLI:EU:C:1993:905; prema Tridimas, T., The role of the advocate general in the development of community law: some reflections, Common Market Law Review, 1997 (34), str. 1368-1369.*

no zapravo djeluje i u drugom smjeru, pa u sudske predmete uvodi mišljenja pravnih teoretičara.¹²¹

Naravno, mišljenje nezavisnog odvjetnika može imati značenje izdvojenog mišljenja u punom smislu te riječi samo u slučajevima kada se ne slaže s mišljenjem vijeća izraženim u presudi. U tom smislu do 2003. godine samo je oko 15 % sudskih presuda doneseno suprotno mišljenju nezavisnih odvjetnika.¹²²

S druge strane niz autora smatra da mišljenja nezavisnih odvjetnika ne mogu nadomjestiti i ne mogu služiti istoj svrsi kao i izdvojena mišljenja. Zhang smatra kako su oni inferiorna zamjena budući da nemaju mogućnost glasovanja, ne sudjeluju u odlučivanju te participiraju u malom broju slučajeva, stoga predstavljaju malu prijetnju većinskom mišljenju.¹²³ Laffrangue ističe da između mišljenja nezavisnog odvjetnika i izdvojenog mišljenja suca ima puno razlika, koje uvelike proizlaze iz samog položaja koji oni zauzimaju u sustavu donošenja sudske odluke. U prvom redu, mišljenje nezavisnog odvjetnika ne može razjasniti obrazloženje i rasuđivanje u pozadini sudske odluke budući da nezavisni odvjetnici ne sudjeluju u procesu odlučivanja, već svoje mišljenje iznose prije negoli je sudska odluka donesena. Također, u situacijama u kojima Sud slijedi mišljenje nezavisnog odvjetnika iz presude opet nisu vidljiva i drugačija razmišljanja i viđenja spora.¹²⁴ Dodatno, postoje i primjeri predmeta u kojima je sud prihvatio zaključke nezavisnog odvjetnika, a da nije prihvatio argumentaciju i obrazloženje koje je nezavisni odvjetnik izložio.

Također, za razliku od mišljenja nezavisnog odvjetnika, izdvojeno mišljenje kao podlogu ima samu presudu te se referira i polemizira s konkretnim pravnim stajalištima izraženima u toj presudi, čime pruža dodatni uvid u argumentaciju koja stoji u podlozi presude te nudi i alternativna pravna shvaćanja. U tom smislu interesantno je da mišljenje nezavisnog odvjetnika, iako nije pravno obvezujuće, može biti uzeto u obzir prilikom donošenja odluke te često ima znatan utjecaj na odluke suda, dok s druge strane sudac putem svojeg izdvojenog mišljenja, iako sudjeluje u donošenju same sudske odluke, ne može imati direktan utjecaj.¹²⁵ Ipak, koliki je stvarni utjecaj koji mišljenje nezavisnog odvjetnika ili izdvojeno mišljenje mogu imati na daljnji tijek sudske prakse, ostaje još uvijek otvoreno pitanje.¹²⁶

¹²¹ Čapeta, T. (2011-2012), op. cit., str. 566; Ritter, C., A new look at the role and impact of advocates general – collectively and individually, *Columbia Journal of European Law*, vol 12, str. 759.

¹²² Streinz, R., *Europarecht* 6. Aufl. Heidelberg: Muller, C. F., 2003, str. 127 (Randnummer 328), iako je bilo i drugih pokušaja utvrditi točan postotak, od kojih se mogu izdvojiti Tridimas (12 %), Dashwood (30 %) itd., vidi više u Arrebola, C., Mauricio, A. J., Portilla, H. J., An Econometric Analysis of the Influence of the Advocate General on the CJEU, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol 5, iss. 1, 2016.

¹²³ Zhang, A. H., The Faceless Court, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 38, no. 1, 2016; King's College London Law School Research Paper No. 2015-45; TLI Think! Paper 13/2016, str. 28-31, https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract_id=2640861 (preuzeto 12. 2. 2017.).

¹²⁴ Azizi, J., op. cit., str. 59; Laffranque, J. (2004), op. cit., str. 18-20; Perju, V., op. cit., str. 355-357.

¹²⁵ Laffranque, J. (2004), op. cit., str. 18.

¹²⁶ Ibid, tako Laffranque smatra kako mišljenje nezavisnog odvjetnika teško da je išta efikasnije od izdvojenog mišljenja.

Zaključak je više autora¹²⁷ kako mišljenja nezavisnog odvjetnika, iako korisna za razumijevanje presuda Suda, ne mogu u potpunosti zamijeniti izdvojena mišljenja jer ne služe istoj svrsi¹²⁸ te kako sustav Suda EU-a može istovremeno uključiti oba instituta budući da se oni ne podudaraju.

3.1.4. KOLEGIJALNOST I SOLIDARNOST PRI ODLUČIVANJU

Jedan od važnih argumenata u raspravama o izdvojenom mišljenju jest argument kolegijalnosti u odlučivanju. Pritom se kao glavna bojazan izražava shvaćanje kako bi Sud EU-a morao odustati od dosadašnjeg kooperativnog načina odlučivanja utemeljenog na kolegijalnosti i suradnji. Metoda rada suda naime funkcionira na način da sudac izvjestitelj prvo priprema zabilješku, nacrt koji može poslužiti kao podloga same presude, a zatim svi suci koji se ne slažu također podnose svoje zabilješke u kojima iznose svoja stajališta. Ukoliko se pojave suštinska razilaženja, pokušava se dijalogom postići dogovor o zajedničkom tekstu presude. Štoviše, čak i ukoliko konsenzus ne bude postignut te bude poduzeto glasanje o odluci, preglasani suci nastavljaju raditi na nacrtu samog teksta presude stavljajući daljnje prijedloge kako bi presuda bila bolja, tako da je konačna presuda uistinu rezultat suradnje i kolegijalnosti.¹²⁹ Kolegijalnost pri donošenju odluka povećava legitimitet Suda u javnosti te odaje dojam zajedništva Suda, što se smatra garancijom stabilnosti i sigurnosti.¹³⁰

Neki autori smatraju da bi u slučaju da se sucima dopusti objavljivanje izdvojenog mišljenja to moglo dovesti do toga da većinsko mišljenje jednostavno ignorira mišljenje manjine u postupku izrade presude, dok bi se suci koji su ostali u manjini u isto vrijeme fokusirali na izradu vlastitih izdvojenih mišljenja umjesto da sudjeluju u izradi i poboljšanju sudske presude.¹³¹ Prema stajalištu Studije za Europski parlament iz 2012., uvođenje izdvojenih mišljenja u tom bi smislu potaknulo potpunu promjenu u postupku odlučivanja na Sudu, i to uz žrtvovanje prihvaćene metode odlučivanja, koja se bazira na kolegijalnosti i suradnji te garantira promišljene i dogovorne odluke.¹³²

Ovom argumentu često se u znanstvenim raspravama suprotstavlja praksa većine nacionalnih sudova, posebice kod onih sudova kod kojih je ovo novoprihvaćena metoda odlučivanja, iz koje proizlazi kako je osnovna intencija u radu suda da uopće ne dolazi do objave izdvojenih mišljenja, i to na način da se prilikom odlučivanja mišljenje manjine nastoji maksimalno uzeti u obzir.¹³³ U konačnici, ističe se kako ništa ne upućuje na to bi li samo uvođenje izdvojenog mišljenja stvarno i dovelo do korištenja tog instituta u praksi, budući da bi suci ostali slobodni u procjeni hoće li koristiti to pravo, te je moguće da suci

¹²⁷ Tako primjerice Raffaelli, R., op. cit., i Laffrange, J. (2004), op. cit.

¹²⁸ Turrene, S., *Advocate Generals' Opinions or Separate Opinions: Judicial Engagement in the CJEU*, Cambridge Yearbook of European Legal studies, vol 14, 2011-2012, str. 724; Raffaelli, R., op. cit., str. 35.

¹²⁹ Azizi, J., op. cit., str. 49-68, Edward, D., op. cit., str. 539-558; Raffaelli, R., op. cit., str. 36.

¹³⁰ Zhang, A. H., op. cit., str. 27-28.

¹³¹ Jann, P., op. cit., str. 28-30; Rodríguez Iglesias, G. C., op. cit., str. 27-28. Oba autora navode kako je ta tvrdnja potvrđena praksom na ESLJP-a.

¹³² Raffaelli, R., op. cit., str. 36.

¹³³ Ibid.

nastave s identičnom metodom rada. Naime, i kada bi se izdvojeno mišljenje dopustilo na Sudu, ono svakako ne bi bilo obveza, već pravo.¹³⁴

3.1.5. AUTORITET PRESUDA

Još jedan tipičan argument protiv izdvojenih mišljenja, posebice na Sudu EU-a, jest potencijalna prijetnja autoritetu presuda Suda EU-a. Prema mišljenju nekih autora, pravni sustav Europske unije još uvijek je premlad i nestabilan kako bi dopustio uvođenje izdvojenih mišljenja, koja bi ga mogla oslabiti. Države članice još nisu spremne prihvatiti činjenicu da njihovi suci glasuju protiv nacionalnih interesa, kao što je moguće da neće prihvatiti legitimitet suda jednom kada prividna jednoglasnost više ne bude prikrivala postojanje internih neslaganja, protivljenja, a posebice alternativnih, ali jednako valjanih i uvjerljivih rješenja pravnog pitanja o kojem se odlučuje.¹³⁵ Štoviše, uvođenje izdvojenog mišljenja, pogotovo u postupke prethodnog mišljenja, moglo bi imati nepredvidive posljedice na način da bi se time potkopalo povjerenje nacionalnih sudova u Sud i poštivanje njegova autoriteta.¹³⁶

U tom smislu izostanak izdvojenog mišljenja treba gledati u kontekstu specifičnog položaja i uloge ovog suda u okviru Europske unije kao „novog pravnog poretka“ te uloge koju je taj sud tijekom povijesti Unije imao u tumačenju Ugovora. Naime iako je točno da su presude Europskog suda obvezujuće za sve sudove država članica,¹³⁷ činjenica je da je Sud Europske unije svoj autoritet mogao graditi samo uvjerljivošću i argumentacijom svojih presuda te je samo na taj način mogao „prisiliti“ sudove država članica na suradnju i poštivanje njegovih pravnih stajališta.¹³⁸ Činjenica je stoga da je Sud često morao zauzimati jasna i nedvosmislena stajališta o pojedinim pitanjima prava Unije, pogotovo jer je niz interpretacija i tumačenja Suda često izlazio izvan okvira teksta Ugovora, pa možda i volje koju su same države članice imale prilikom sastavljanja samih Ugovora.¹³⁹ Osim toga činjenica je da je sam napredak Unije često zaostajao zbog političkih neslaganja

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Azizi, op. cit., at 67; Rodríguez Iglesias, G. C., op. cit., str. 27; Terris, D., Romano, C., Swigart, L., *The International Judge*, Brandeis University Press, 2007, str. 153.

¹³⁶ Raffaelli, R., op. cit., str. 36.

¹³⁷ Tako i Čapeta, T. (2002), op. cit., str. 269 i 272; spojeni predmeti 28-30/62 *Da Costa*, ECLI:EU:C:1963:6; spojeni predmeti 66,127 i 128/79 *Salumi*, ECLI:EU:C:1981:270, para. 16.

¹³⁸ Kao primjer može poslužiti razvoj doktrine izravnog učinka direktiva te razvoj argumentacije suda od predmeta *Van Duyn*, preko predmeta *Ratti*, *Marshall* do predmeta *Faccini Dori*, za više vidi Čapeta, T. (2002), op. cit., str. 47-51. Poznata je činjenica da je primjerice talijanski Ustavni sud tek 15 godina nakon presude *Simmenthal* prihvatio stajalište Suda Europske unije o nadređenosti prava Unije izraženo u toj presudi. Presuda u predmetu 106/77 *Simmenthal* (ECLI:EU:C:1978:49) donesena je 1977. godine, a talijanski Ustavni sud tek je u presudi *S.P.A. Granital v. Amministrazione delle Finanze dello Stato* iz 1984. godine priznao mogućnost da nacionalni sud sam odluči o neusklađenosti nacionalnog zakona s pravom EU-a i da ga ne primijeni; tako i Čapeta, T. (2002), op. cit., str. 21. Poznata je i saga koja se odvijala između Suda EU-a i Saveznog suda Njemačke kroz presude *Solange I* i *Solange II*, a u području zaštite temeljnih ljudskih prava. (Presuda „*Solange I*“ u predmetu *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr für Getreide und Futtermittel* od 29. 5. 1974. i presuda „*Solange II*“ od 22. 10. 1986. u predmetu *Wuncshe Handelsgesellschaft*; Čapeta, T. (2002), op. cit., str. 20).

¹³⁹ Kao primjer može poslužiti presuda *Mangold*, koja je izazvala cijeli niz polemika i različitih tumačenja, od kritika do pohvala sudu za hrabrost i odlučnost, o čemu više Čapeta, T. (2011-2012), op. cit.

i nemogućnosti postizanja dogovora (npr. često spominjana kriza prazne stolice¹⁴⁰) te je sud u tom smislu često služio kao pokretač Unije (njegove je stavove onda Komisija koristila za daljnje usmjeravanje svoje politike),¹⁴¹ odnosno presude Suda kasnije su inkorporirane u zakonodavna rješenja.¹⁴² Jasno je stoga i stajalište da je uvođenje izdvojenog mišljenja u ranoj fazi razvoja Unije te kasnije svakako moglo ugroziti jedinstvenu interpretaciju Europskog prava.¹⁴³

S druge strane postoje i stajališta da je pravni sistem Europske unije sada prilično stabilan i ustaljen, odnosno da je takva argumentacija imala smisla u formativnim godinama Suda, međutim danas više nije toliko uvjerljiva jer je Sud s godinama izgradio autoritet te su danas snaga i utjecaj Suda Europske unije puno veći od početne ideje osnivača.¹⁴⁴ Štoviše, države članice sada su već prihvatile činjenicu da njihovi suci glasuju i djeluju neovisno. Osim toga ističe se kako je postojanje jednoglasnosti samo privid te se percepcija javnosti da jednoglasnost kao takva postoji samo prema vani dopuštanjem izdvojenog mišljenja ne bi znatno promijenila. Objavljivanje izdvojenog mišljenja u tom bi smislu samo otklonilo potrebu pravnih teoretičara da nagađaju o razmišljanjima pojedinih sudaca temeljem indirektnih pokazatelja,¹⁴⁵ što može voditi i do potpuno pogrešnih zaključaka.¹⁴⁶ Velik broj autora¹⁴⁷ naglašava da autoritet presuda Suda EU-a ne smije proizlaziti iz same pozicije suda, već se mora temeljiti i na kvaliteti i uvjerljivosti sudske argumentacije,¹⁴⁸ a promjena u tom smjeru zasigurno bi bila potaknuta uvođenjem izdvojenog mišljenja, koje bi sigurno potaknulo dublje i ozbiljnije rasprave među sucima, što bi u konačnici dovelo do povećanja autoriteta i uvjerljivosti presuda,¹⁴⁹ pogotovo u predmetima koji se odnose na zaštitu ljudskih prava. Kako to ističe primjerice Turrene, kratka je argumentacija donekle prihvatljiva u predmetima koji se odnose na tumačenje ugovora, no takvo što nije prihvatljivo kada su odlučuje o temeljnim pravima. U tim je predmetima potrebna detaljnija i šira argumentacija.¹⁵⁰

S druge strane ukoliko su prijedlozi za uvođenje izdvojenog mišljenja vođeni s ciljem iniciranja promjena u stilu presuda Suda EU-a, Raffaelli izvrsno primjećuje kako bi

¹⁴⁰ Francuska od 1965. do 1966. godine nije sudjelovala na sastancima Vijeća ministara zbog neslaganja s pregovorima o financiranju zajedničke poljoprivredne politike te je kriza riješena 1966. tzv. Luksemburškim kompromisom, kojim je uvedeno jednoglasno donošenje odluka o važnim interesima.

¹⁴¹ Alter, K. J., Meunier-Aitsahalia, S., *Judicial Politics in the European Community*, European integration and pathbreaking Cassis de Dijon Decision, SAGE Social Science Collection, str. 541.

¹⁴² Tako je primjerice u Direktivu 2004/38 od 29. travnja 2004. o pravu građana Unije i članova njihovih obitelji na slobodno kretanje i boravište na području države članice ugrađena već uspostavljena praksa Suda EU-a primjerice u predmetima 67/74 Bonsignore, 30/77 Bochereau.

¹⁴³ Jacobs, F. G., *Advocates-General and judges in the European Court of Justice: some personal reflections*, Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley, *Judicial Review in European Union Law*, D. O'Keefe (ed). The Hague – London – Boston: Kluwer Law International 2000, str. 25.

¹⁴⁴ Zhang, A. H., op. cit., str. 4.

¹⁴⁵ Tako su primjerice same presude predmet znanstvenih istraživanja u svrhu utvrđenja nekih obrazaca koji se u presudama ponavljaju kako bi se utvrdila stajališta pojedinih sudaca, npr. Malecki, M., *Do ECJ judges all speak with the same voice?*, in *Journal of European Public Policy*, n. 19/2012, str. 59-75.

¹⁴⁶ Raffaelli, R., op. cit., str. 36.

¹⁴⁷ Vidi Weiler, J. H. H. (2001), op. cit., str. 225.

¹⁴⁸ Perju, V., op. cit.

¹⁴⁹ Raffaelli, R., op. cit., str. 37.

¹⁵⁰ Turrene, S., op. cit., str. 723-728, kao i Laffranque, J. (2004), op. cit., str. 22.

izmjena sustava odlučivanja na Sudu EU-a mogla biti prekomjeren odgovor na potrebu poboljšanja kvalitete i jasnoće sudskih odluka, kao i odraz nedovoljnog povjerenja u sposobnost samog Suda da evoluirala kako bi odgovorio na potrebe nacionalnih sudova i ostalih zainteresiranih osoba.¹⁵¹

3.1.6. NEOVISNOST SUDACA

Još jedan argument protiv uvođenja izdvojenih mišljenja na Sudu EU-a odnosi se na neovisnost sudaca. Štoviše, većina se autora slaže da bi dopuštanje sucima da objavljuju izdvojena mišljenja, uz istovremeno zadržavanje sadašnjeg načina izbora sudaca, poglavito njihova reizbora, moglo ugroziti njihovu neovisnost.¹⁵² Naime države članice mogle bi biti dovedene u poziciju da u situacijama kada je ta država stranka u postupku utječu na suce kako bi oni u postupcima u kojima je odluka Suda protivna nacionalnim interesima objavili izdvojeno mišljenje.¹⁵³ U ovom smislu kao dobar primjer može poslužiti upravo Europski sud za ljudska prava. Naime došlo je do situacija u kojima su države navodno vršile pritisak na svoje nacionalne suce, pa su stoga pravila o izboru sudaca tog suda i promijenjena na način da su mandati sudaca sada duži i nisu obnovljivi, a sve sa svrhom kako bi se neovisnost sudaca zaštitila od vanjskih pritisaka.¹⁵⁴ Upravo u tom smjeru razmišljaju i pravni teoretičari koji zagovaraju uvođenje izdvojenog mišljenja te se slažu s činjenicom da bi njegovo uvođenje moralo biti popraćeno i izmjenama načina imenovanja sudaca na jednak način.¹⁵⁵ Međutim postoji i niz argumenata koji navode kako mandati koji ne bi bili obnovljivi nisu preduvjet za neovisnost sudaca, pa se u tom smislu često upućuje na praksu nezavisnih odvjetnika. Naime iz prakse rada suda očito je da na njihovu apsolutnu i nespornu neovisnost u iznošenju njihovih mišljenja nije ni na koji način utjecala činjenica da se biraju na jednak način i pod istim uvjetima kao suci, uključujući i mogućnost reizbora.¹⁵⁶ Štoviše, moguće je da postoje i drugi načini da se očuva neovisnost sudaca, a da to nužno ne mora obuhvaćati izmjenu Ugovora ili Statuta Suda. Jedna bi moguća opcija bila na primjer omogućiti objavljivanje anonimnog izdvojenog mišljenja, kao što je to praksa primjerice u Grčkoj ili sustavu Svjetske trgovinske organizacije.¹⁵⁷

¹⁵¹ Raffaelli, R., op. cit., str. 37.

¹⁵² Bader Ginsburg, R. (1990), op. cit., str. 139-146.

¹⁵³ Laffranque J. (2004), op. cit., str. 17; Raffaelli, R., op. cit., str. 37.

¹⁵⁴ Flauss, J.-F., Brèves observations sur le second renouvellement triennal de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n. 61/2005, str. 5-32; Voeten, op. cit., str. 421.; Boussiakou, I., Separate opinions in the European Court of Human Rights, in *Human rights law review*, 2009, str. 57 - citirano prema Raffaelli, R., op. cit., str. 37.

¹⁵⁵ Određene promjene, ali ne u tom smislu, uvedene su Lisabonskim ugovorom kroz čl. 255. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, i to sudjelovanjem tzv. „Odbora 255“ u postupku izbora sudaca. Taj Odbor čine osobe izabrane iz redova bivših članova Suda, članova nacionalnih najviših sudova i priznatih pravnika, a sve kako bi se postigla ravnoteža između država članica i Unije na području odabira sudaca; tako i Čapeta, T. (2011-2012), op. cit., str. 28. Također vidi: Rasmussen, H., op. cit., str. 66; Weiler, J. H. H. (2001), op. cit., str. 225.

¹⁵⁶ Edward, D., op. cit.; Rodríguez Iglesias, op. cit., str. 27.

¹⁵⁷ Raffaelli, R., op. cit., str. 37.

3.1.7. TRANSPARETNOST RADA SUDA

Argument koji se također često navodi kao razlog za uvođenje izdvojenog mišljenja jest potreba za osiguranjem transparentnosti rada, vrijednosti koja je eksplicitno navedena i u samom Ugovoru, UFEU-u, čl. 15. Iako je doduše točno da se ta odredba odnosi na dio rada suda koji obuhvaća administrativne funkcije, nije nemoguće proširiti tumačenje te odredbe i na druge aktivnosti suda. Svojevrsni je paradoks da sud koji je inovativnim suđenjem prisilio 90-ih godina institucije Unije da se otvore i postanu transparentnije s druge strane nije ništa učinio u vezi s pitanjem vlastite otvorenosti i transparentnosti. Sud Europske unije stoga bi se svakako morao trgnuti i na neki način izaći iz ugodne pozicije lišene kritike jer zatvoren pristup koji sada njeguje nije održiva politika u suvremenoj politici Europske unije.¹⁵⁸ U tom smislu fikcija o jednoglasnosti unutar suda nije potrebna te bi izdvojeno mišljenje omogućilo sucima svojevrsni izlazak iz sjene suda te omogućilo da postanu prepoznatljivi i odgovorni nositelji sudačke odluke, a izdvojenim bi mišljenjem i javnost postala potpunije obaviještena.¹⁵⁹ Na taj bi način objavljivanje izdvojenog mišljenja, koje odražava težnju prema transparentnosti i otvorenosti naspram tajnosti, moglo doprinijeti procesu demokratizacije same Unije.¹⁶⁰ Prema nekim se teoretičarima načelo otvorene vladavine, koje Unija prihvaća, ne bi smjelo odnositi samo na institucije koje sudjeluju u zakonodavnom postupku, već i na sud. Sudačka otvorenost smatra se sredstvom za postizanje korisnog dijaloga s vanjskim faktorima, posebice nacionalnim sudovima. U tom smislu neki autori naglašavaju kako bi isticanje otvorenosti i transparentan rad prema vani mogli potaknuti veće zanimanje građana za pitanja koja se odnose na Uniju, a to bi moglo dovesti i do stvaranja europskog identiteta među građanima.¹⁶¹ Naime ukoliko sva pitanja ostaju zatvorena samo za uzak krug ljudi koji na njima rade te krug stručnjaka i teoretičara kojima je to predmet istraživanja, dolazi do isključivanja građana iz rada tih tijela, koja se onda doživljavaju kao tuđa.

3.1.8. PRAKTIČNI RAZLOZI

Uz do sad spomenuto praktični razlozi poput troškova i ekonomičnosti također se spominju kao argument u raspravi o izdvojenim mišljenjima, i to često na način da bi prijevod izdvojenih mišljenja na sve jezike tražio dodatno vrijeme te predstavljao dodatni trošak.¹⁶² Dio autora smatra kako se ne radi ni o kakvu većem problemu te da je potrebno samo neznatno prilagoditi postupak odlučivanja i uskladiti postupanje.¹⁶³

¹⁵⁸ Rasmussen, H., Nan Rasmussen, L., Comment on Katalin Kelemen-Activist EU Court „Feeds“ on the Existing Ban on Dissenting Opinions: Lifting the Ban is Likely to Improve the Quality of EU Judgements, 2013, German Law Journal 14 (8), str. 1375.

¹⁵⁹ Crnić, J., op. cit., str. 1-5.

¹⁶⁰ Raffaelli, R., op. cit., str. 38.

¹⁶¹ Laffranque, J. (2004), op. cit., str. 23; Rasmussen, H. (2007), op. cit., str. 1667; Perju, V., op. cit., str. 309 i 327-344; Mance, op. cit., str. 364-365.

¹⁶² Tako i Laffranque, J. (2004), op. cit., str. 21.

¹⁶³ Azizi, J., op. cit., str. 58.

4. ZAKLJUČAK

U nizu teoretskih rasprava o potrebi uvođenja izdvojenog mišljenja teško je zapravo doći do jednoznačnog zaključka budući da zagovaratelji jedne i druge strane imaju dobre i utemeljene argumente. Ono što nedvojbeno možemo zaključiti jest da izdvojeno mišljenje kao takvo ima vrijednost i da bi se vjerojatno i protivnici izdvojenog mišljenja složili kako bi određena vrsta izdvojenog mišljenja mogla doprinijeti kvaliteti rada suda, i to primjerice da se objavljuju samo u određenoj vrsti predmeta,¹⁶⁴ da su sadržajem i formom u skladu s presudom, da su sastavljena na prikladan i kolegijalan način ili da su prezentirana prije samog donošenja odluke. U takvim okolnostima zasigurno bi mogla imati pozitivan efekt na kvalitetu same odluke, njezinu argumentaciju, strukturu, pa i formu. Vjerojatno se ne može osporiti ni to kako bi objava izdvojenog mišljenja bila pozitivna i gledano s osobnog stajališta suca jer bi se omogućilo svakom sucu da dade svoj osobni doprinos izgradnji pravnog sustava EU-a. Međutim mora se postaviti pitanje: Je li to uistinu potrebno? Je li sustav odlučivanja na Sudu EU-a pogrešan, loš, neadekvatan? Generira li sam sustav odlučivanja pravnu nesigurnost? Iako presude tog Suda nakon pola stoljeća rada još uvijek mogu izazvati čak i izravne sukobe s nacionalnim sudovima,¹⁶⁵ mišljenja smo da bi s pozicije učinkovitosti Suda i primjene prava uvođenje nove metode odlučivanja u specifičan sustav koji nedvojbeno ima kvalitetu, kako u samim odlukama, tako i sustavu odlučivanja, koji se ponosi svojom solidarnošću, kolegijalnošću i suradnjom,¹⁶⁶ predstavljalo korak koji jednostavno nije potreban. To vrijedi pogotovo zato što je pravni sustav EU-a uistinu jedinstven i specifičan te kako upravo odluke tog suda daju jedinstveno tumačenje prava Europske unije, a u isto vrijeme sama Europska unija očito ciklički prolazi kroz periode nestabilnosti.¹⁶⁷ U tom smislu uvođenje izdvojenog mišljenja u posloženi sudski sustav EU-a, koji cijelo vrijeme nekako ostaje izvan tih turbulencija, bilo bi nepotrebna pukotina u najosjetljivijem mjestu sustava Europske unije. Na takvo nas razmišljanje neizostavno navodi jedno od temeljnih načela Europske unije. Načelo proporcionalnosti¹⁶⁸ naime upravo se bazira na shvaćanju kako sadržaj i oblik djelovanja ne smije prelaziti ono što je potrebno za ostvarenje cilja. Ukoliko je legitiman cilj izdvojenog mišljenja prije svega to da bi se njime poboljšala kvaliteta

¹⁶⁴ Slično rješenje u pogledu mišljenja nezavisnog odvjetnika postoji u Statutu Suda, koji u čl. 20. predviđa mogućnost da se ne podnosi pisano mišljenje NO, koje očito također ostaje samo za pitanja koja se odnose na interpretaciju značajnijih predmeta.

¹⁶⁵ Kao najnoviji primjer može nam poslužiti odluka Vrhovnog suda Danske nakon predmeta Ajos, u kojoj je taj sud odbio postupiti sukladno pravnom shvaćanju Suda Europske unije. Za pitanja koja je otvorio predmet Ajos vidi primjerice Gualco, E., *Clash of Titans* 2.0. From Conflicting EU General Principles to Conflicting Jurisdictional Authorities: The Court of Justice and the Danish Supreme Court in the Dansk Industri Case, 2017, European Papers, European Forum.

¹⁶⁶ Tako i Azizi, J., op. cit., str. 66.

¹⁶⁷ Jednom od kojih svjedočimo upravo sada izlaskom Velike Britanije iz Europske unije; o nekim aspektima tog događaja i mogućim posljedicama vidi Čapeta, T., *Brexit and the EU constitutional order, A three act tragedy*, CYELP 12 (2016), 1-23.

¹⁶⁸ Sadržano u čl. 5. st. 4. Ugovora o Europskoj uniji.

sudskih odluka,¹⁶⁹ nije li rješenje koje izaziva manje promjena i potencijalnih rizika¹⁷⁰ upravo jasna i potpuno obrazložena sudska odluka? Naime teško se ne složiti s mišljenjem nekadašnjeg suca J. Azizija, koji navodi kako je kvaliteta sudske odluke, uvjerljivo i dovoljno iscrpno obrazloženo u njezinoj pozadini, bit i jedini potreban jamac legitimnosti i pravne sigurnosti, čime uopće nije potrebno izlaziti izvan postojeće strukture odlučivanja. Ili valja unaprijed prihvatiti činjenicu da Sud Europske unije nema kapacitete prihvatiti dinamičnost pravne misli i prilagoditi se vremenu i novim okolnostima te sam, pa i kroz postojeći institut nezavisnog odvjetnika kao katalizatora odjeka pravne teorije i javnosti, zadržati samokritiku i mogućnost za promjenu svojih stajališta. Stoga se u smislu učinkovitosti Suda i primjene prava uvođenje izdvojenog mišljenja ne pokazuje kao nužno, pri čemu se ne umanjuje važnost činjenice da je već i sama rasprava o uvođenju izdvojenog mišljenja dobar razlog za preispitivanje postojećeg sustava i malo zdrave samokritike.

S druge strane sagledamo li postavljeno pitanje s aspekta transparentnosti, percepcije i obavještanja šire javnosti,¹⁷¹ činjenica je kako hermetičnost rada suda te kriptičnost i stanovita bezličnost presuda onemogućuju veću uključenost građana u smislu javne kontrole i razumijevanja utjecaja primjene europskog prava na njihov svakodnevni život te, u konačnici, na razvoj europskog građanskog političkog identiteta,¹⁷² koji je nemoguć bez kvalitetnije integracije europskih institucija i građana Unije. Jednostavno se ne može zanemariti činjenica da postoje određeni zahtjevi demokratskog društva 21. stoljeća koji očekuju veću otvorenost i transparentnost, da Sudu više nije potrebna fiktivna usuglašenost pri donošenju presuda,¹⁷³ odnosno da je Sud dovoljno zreo za prihvaćanje i inkorporiranje izdvojenih mišljenja u sustav odlučivanja.¹⁷⁴ S te strane mogu se razumjeti očekivanja za reformom Suda u smjeru dopuštanja izdvojenih mišljenja, jer bi svakako njihovo uvođenje predstavljalo iskorak u smislu veće demokratičnosti rada suda.¹⁷⁵

Ipak, ukoliko bi se u tom smislu ipak krenulo u nekakav oblik uvođenja izdvojenih mišljenja, smatramo da Sudu zasigurno ne bi bila potrebna radikalna reforma, već bi promjene trebalo izvršiti postupno. Iako nema jasnih pokazatelja u kojem se opsegu i na koji način treba ophoditi s izdvojenim mišljenjima, složiti ćemo se sa stavom kako ona najbolje služe svrsi ukoliko su ograničena u broju, dana u optjecaj unaprijed i napisana

¹⁶⁹ To proizlazi iz gotovo svih argumenata koji idu za uvođenjem izdvojenog mišljenja u metodu odlučivanja na Sudu EU-a, dok za ciljeve u svrhu akademske rasprave ne možemo držati da prolaze test proporcionalnosti.

¹⁷⁰ Objavom identiteta sudaca kroz izdvojeno mišljenje oni se nedvojbeno izlažu vanjskom utjecaju na njihovu neovisnost, prije svega u postupcima u kojima sudjeluju države članice koje suce imenuju.

¹⁷¹ Crnić, J., op. cit., str. 4.

¹⁷² Perju, V., op. cit.

¹⁷³ Čapeta, T., EU judiciary in need of reform?, u: Lazovski, A., Blockmans, S., ur., 2016, Research Handbook on EU Institutional Law, str. 277.

¹⁷⁴ WEILER, J. H. H., EPILOGUE: JUDGING THE JUDGES – APOLOGY AND CRITIQUE, U: ADAMS, M., DE WAELE, H., MEEUSEN, J., STRAETMANS, G., UR., JUDGING EUROPE'S JUDGES: THE LEGITIMACY OF THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE, 2013, OXFORD, STR. 252.

¹⁷⁵ Raffaelli, R., op. cit., str. 38.

stilom koji neće poticati tenzije.¹⁷⁶ Valja naglasiti i to da sama mogućnost izdvajanja mišljenja ne znači da će ga suci automatski koristiti.

U tom bi smislu bio zanimljiv prijedlog Laffrange, koja navodi četiri moguća prijelazna modela uvođenja izdvojenog mišljenja u sustav odlučivanja Europskog suda: 1) javno ne postoji izdvojeno mišljenje, već se ono pohranjuje u arhivi Suda te mu mogu pristupiti suci kada primjerice odlučuju u sličnom slučaju, 2) javno se objavljuju samo rezultati glasovanja bez imena sudaca, 3) sadržaj izdvojenog mišljenja navodi se u samoj presudi, 4) anonimna objava izdvojenih mišljenja na kraju presude.¹⁷⁷ Među navedenim mogućim prijelaznim modelima vidljivo je kako se tri tiču dostupnosti i načina objave izdvojenih mišljenja, dok se jedan model odnosi na samo glasovanje. Prvi korak Suda prema transparentnosti trebao bi započeti razbijanjem mita o fiktivnoj usuglašenosti, odnosno anonimnom objavom rezultata glasovanja. Paralelno s time postupno bi se otvarao prostor i za izdvojena mišljenja, prvo kroz njihovo pisanje i njihovu dostupnost drugim sucima, a u konačnici i njihova javna objava u određenom obliku.

Iako neki autori smatraju kako konačan cilj u smislu potpune otvorenosti, transparentnosti i dijaloga u sebi neizostavno sadrži potpuno ukidanje zabrane izdvajanja mišljenja te kako Sud mora ići upravo u tom smjeru, držimo kako bi za početak bio dovoljan srednji put između *statusa quo* i autoriziranja izdvojenih mišljenja,¹⁷⁸ čime bi ovaj sud već načinio velik korak prema sudu 21. stoljeća, u skladu s načelima otvorenosti i transparentnosti kako su sadržane u Osnivačkim ugovorima.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Safta, M., op. cit., str. 207-213.

¹⁷⁷ Vidi Laffranque, J. (2004), op. cit., str. 22.

¹⁷⁸ Rasmussen, H., Nan Rasmussen, L., op. cit., str. 1385.

¹⁷⁹ Ibid.

SHOULD A SEPARATE OPINION BE INTRODUCED IN THE DECISION-MAKING METHOD OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION?

This paper explores the issue of whether there are reasons to introduce separate opinions in the deliberation procedure of the Court of Justice of the European Union. The aim of the paper is to analyse the types of separate opinions and related judicial systems, the reasons for such a method of adjudication in general, the arguments for introducing such a method at the CJEU, and, finally, to draw a conclusion on whether the introduction of such a method at the CJEU would actually contribute to meeting the desired goals.

Keywords: separate opinion, types of separate opinion, Court of Justice of the European Union

Srđan Kalebota, LLB, attorney-at-law in Split, attending the postgraduate doctoral study in European Law at the Faculty of Law of the University of Zagreb

Branimir Pađen, MSc (Sociology), University Specialist in Political Science, attending the postgraduate doctoral study in European Law at the Faculty of Law of the University of Zagreb