

Pravna načela

Rogić, Juraj

Master's thesis / Diplomski rad

2024

Degree Grantor / Ustanova koja je dodijelila akademski / stručni stupanj: **University of Zagreb, Faculty of Law / Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet**

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:199:357679>

Rights / Prava: [In copyright](#)/[Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-10-12**



Repository / Repozitorij:

[Repository Faculty of Law University of Zagreb](#)



Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

Katedra za teoriju prava

Juraj Rogić

PRAVNA NAČELA

Diplomski rad

Zagreb, ožujka 2024.



**REPUBLIKA HRVATSKA
SVEUČILIŠTE U ZAGREBU
PRAVNI FAKULTET**



Student:

JURAJ ROGIĆ

Naslov diplomskog rada:

PRAVNA NAČELA

Kolegij:

TEORIJA PRAVA

Mentor:

Izv. prof. dr. sc. Mario Krešić

Zagreb, ožujka 2024.

Izjava o izvornosti

Ja, Juraj Rogić (0066276432), pod punom moralnom, materijalnom i kaznenom odgovornošću, izjavljujem da sam isključivi autor diplomskog rada te da u radu nisu na nedozvoljeni način (bez pravilnog citiranja) korišteni dijelovi tuđih radova te da se prilikom izrade rada nisam koristio drugim izvorima do onih navedenih u radu.

Juraj Rogić, v.r.

SAŽETAK

U radu se analizom relevantne teorijskoppravne literature nastoje usustaviti postojeća znanja u vezi pojma pravnih načela. Polazeći od rada profesora Riccarda Guastinia, prikazuju se i detaljnije proučavaju potencijalni kriteriji razlikovanja između pravnih načela i pravila, kao i razlike u sadržaju, strukturi i primjeni različitih vrsta načela. Analiziraju se specifičnosti pravnih načela koja se očituju u njihovoj primjeni, odnosno sudačkom rasuđivanju, naročito njihova primjena u svrhu popunjavanja pravnih praznina. Posebna pozornost posvećena je pitanju antinomija između pravnih načela kao i njihovu rješavanju pomoću tehnike odvagivanja, oslanjajući se pri tome primarno na rad Roberta Alexya. Na kraju rada se prikazuju različite teorijske postavke na kojima se temelje različite koncepcije pojma pravnih načela.

Ključne riječi: pravna načela, pravna pravila, struktura norme, primjena normi, konkretizacija načela, sudačko rasuđivanje, antinomije, odvagivanje

ABSTRACT

The paper attempts to systematize the existing knowledge regarding the concept of legal principles by analyzing the relevant legal literature. Using the work of professor Riccardo Guastini, potential criteria for distinguishing between legal principles and rules, as well as differences in the content, structure and application of different types of principles, are presented and studied in more detail. The specifics of legal principles that manifest themselves in their application, that is, judicial reasoning, are analyzed, especially their application for the purpose of filling legal gaps. Special attention is paid to the issue of antinomies between legal principles as well as to their resolution using the weighing technique, relying primarily on the work of Robert Alexy. At the end of the paper, various theoretical frameworks that underlie different conceptions of the concept of legal principles are presented.

Keywords: legal principles, legal rules, norm structure, application of norms, concretization of principles, judicial reasoning, antinomies, weighing

SADRŽAJ

1.) UVOD	1
2.) PRAVILA I NAČELA – KRITERIJI RAZLIKOVANJA	3
2.1.) Temeljni karakter	4
2.2.) Otvorenost antecedenta	5
2.3.) Otklonjivost	6
2.4.) Općenitost	8
3.) RAZVRSTAVANJE NAČELA	9
3.1.) Ustavna i zakonska načela	9
3.2.) Opća načela u užem smislu i posebna načela	10
3.3.) Načela u užem smislu i programatske norme	10
3.4.) Izražena i neizražena načela	12
4.) NAČELA U PRAVNOM RASUĐIVANJU	13
4.1.) Primjena	14
4.2.) Sudačko rasuđivanje	15
4.3.) Uporaba načela u svrhu popunjavanja pravne praznine i njihova konkretizacija	16
4.4.) Uporaba načela u svrhu usmjeravanja tumačenja	20
5.) ANTINOMIJE I ODVAGIVANJE	23
5.1.) Antinomije	24
5.2.) Odvagivanje	27
5.3.) Formula Težine	29
5.4.) Odvagivanje i pomirenje	34
6.) NAČELA KAO VAŽNA PRAVILA	34
7.) ZAKLJUČAK	39
8.) POPIS LITERATURE	40
8.1.) Knjige	40
8.2.) Članci	41
8.3.) Mrežni izvori	43
8.4.) Zakonodavstvo	43
8.5.) Presude	43

1.) UVOD

Gotovo je sigurno kako nijednom studentu prava nije nepoznat pojam pravnih načela. Tako svaki od njih zna kako će, ako je kolegiji u pitanju pozitivnopravne prirode, nakon predavanja o povijesnom razvitku grane prava koja čini predmet izučavanja kolegija te predavanja o odnosu grane prava u pitanju s drugim više ili manje bliskim granama prava uslijediti predavanje o pravnim načelima, tj. izučavanje pozitivnopravnog uređenja određenih društvenih odnosa započet će upravo s izučavanjem pravnih načela. Profesor će zasigurno naglasiti njihovu važnost, navodeći kako je dobro poznavanje pravnih načela ključno za razumijevanje smisla ili *ratio* kako pozitivnopravnog uređenja društvenih odnosa u cijelosti tako i konkretnih pravnih normi. U prvom planu će se gotovo uvijek naći njihova vrijednosna komponenta, temeljni karakter, vrijednosno hijerarhijska nadređenost i generalnost ili općenitost, te njihova uloga, makar supsidijarna, u primjeni i naročito tumačenju pravnih odredbi.¹ Ovako sumaran prikaz pravnih načela, odnosno njihove koncepcije, što se tiče hrvatske pravne doktrine i teorije, ne bi dao povoda konstataciji o njihovoj spornoj naravi, upravo suprotno. Ipak, od uvođenja nove literature iz kolegija Teorija prava, upravo bi se spornost mogla označiti kao glavna odrednica pojma pravnih načela.² Tako se u novoj literaturi, a koju čini udžbenik *Sintaksa prava* profesora Riccarda Guastinia, kao glavne značajke načela također navode temeljni karakter i neodređenost, ali se dimenzija neodređenosti dalje elaborira, navodeći kako ona poprima tri različita oblika, a to su neodređenost antecedenta, otklonjivost i općenitost.³

Za određenje pojma pravnih načela koristi se njihovo razlikovanje od navodno drugačijeg tipa pravnih normi, a to su pravna pravila. Prema tome, pravni sustav bi se sastojao od dvaju tipova pravnih normi, a to su pravna pravila i pravna načela, pri čemu bi se međusobna razlika sastojala u jednoj ili više prethodno navedenih karakteristika, a potencijalno i dodatnima. Teza u pitanju, iako uobičajena u doktrini i pravnoj teoriji, nije općeprihvaćena.⁴ Naime, spornost pojma pravnih načela, ne sastoji se samo u pitanju kriterija razlikovanja, odnosno pitanja kako se načela razlikuju od pravila, već je i samo pitanje postojanja razlikovanja upitno. U odnosu na ovo posljednje pitanje ili nedoumicu, postoje tri moguća gledišta. Prema prvom se među normama pravnog poretka ne mogu razlikovati dva različita tipa, norme pravila i norme načela. Tvrdi se, da unatoč raznolikosti među normama svakog pravnog poretka, one nisu takve naravi da bi se moglo opravdati njihovo grupiranje u dvije različite kategorije. Drugo gledište prihvaća podjelu normi na pravila i načela, ali pri tom drži da je razlika pitanje stupnja (*a matter of degree*), tj. razlika u pitanju je kvantitativne, a ne kvalitativne naravi. Treće i posljednje gledište stoji pri tzv. jakom razlikovanju, u odnosu na prethodno koje se naziva slabim, a koje je kvalitativne naravi i prema kojemu je moguće povući jasnu crtu između pravnih pravila i pravnih načela.⁵ Nadalje, ako prihvatimo jednu od teza koje govore u prilog postojanja razlike između pravnih načela i pravila, spornost se seli na pitanje po čemu se to te dvije navodno različite kategorije normi uopće razlikuju, odnosno koji je to kriteriji na temelju kojega ih možemo razlikovati. Ovdje mnoštvo kriterija razlikovanja možemo, barem u grubo i ne nužno iscrpno, podijeliti u tri različite kategorije.⁶ Semantički kriteriji, prema kojima se načela od pravila razlikuju po svojoj nejasnosti, spornosti ili

¹ Keršić, M., *Legal principles in Croatian Legal Science: Fundamental Character and Indeterminacy*, Pravni Vjesnik, vol. 36, br. 1, 2020., str. 74.

² Guastini, R., *Sintaksa prava*, Naklada Breza, Zagreb, 2018., str. 77.

³ *Ibid.*, 77-79.

⁴ *Ibid.*, str. 77.

⁵ Alexy, R., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002., str. 47.

⁶ Moniz Lopez, P., *The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles*, Ratio Juris, vol. 30, br. 4, 2017., str. 472.

otvorenosti (*open texture*), koja je posljedica nejasnosti predikata norme pa posljedično i otvorenosti opsega njegove referencije.⁷ Zatim, kriteriji razlikovanja mogu biti sintaktički, što podrazumijeva razliku u logičkoj strukturi pravila i načela. Na kraju ove trodijelne klasifikacije kriterija razlikovanja pragmatični su kriteriji, koji se koncentriraju na različitu funkciju koju načela i pravila navodno imaju u pravnom diskursu.⁸ O navedenim podjelama i različitim kriterijima razlikovanja više će riječi biti u nastavku, ovdje je cilj navedenim prikazom još jednom dočarati spornost pojma i raznolikost gledišta glede pravnih načela.

Iako pitanje normativne naravi pravnih načela prethodno nije bilo u potpunosti zanemareno, ono je popularizirano te se početak rasprave u vezi njihove pravne naravi primarno veže uz Ronalda Dworkina i njegov rad *The Model of Rules*, u kojem on napada pozitivistički koncept prava H.L.A. Harta.⁹ Dworkin pojam načela koristi, ne kako bi ga suprotstavio Hartovoj koncepciji tog tipa pravnih normi, jer on u svom glasovitom dijelu *The Concept of Law* nije posvetio značajnije mjesto razradi pravnih načela, već kako bi pobio pozitivističke teze o načinu identificiranja i razlikovanja pravnih pravila u odnosu na ostale društvene norme, sudačkoj diskreciji i konceptu pravne obveze, a sve kako bi pravo doveo u nužnu vezu s moralom.¹⁰ Na temelju Dworkinovih ideja,¹¹ tezu o specifičnoj pravnoj naravi pravnih načela teorijski je detaljnije razradio Robert Alexy.¹² Njegovo najutjecajnije djelo *A Theory of Constitutional Rights* prevedeno je na brojne strane jezike, čime je njegov koncept pravnih načela izvršio utjecaj u pravnim porecima diljem svijeta, naročito u grani ustavnog prava.¹³ Kao što rasprava o pojmu pravnih načela nije započela kako bi se identificiralo njihovo razlikovanje od ostalih vrsta pravnih normi, tako ni nastavak te rasprave nije imao tako ograničen opseg. Ona je ostavila traga, ne samo na temi tipologije pravnih normi, već i temama poput veze između prava i morala, karakterizacije i načina rješavanja teških slučajeva, sudačkog stvaranja prava ili pravnog aktivizma, primjene prava, pravnog argumentiranja, odnosa zakonodavstva i ustavnog sudovanja i brojnih drugih.¹⁴

Cilj rada je analizom relevantne teorijskopravne literature usustaviti postojeća znanja u vezi pravnih načela. Tako će se prikazati i detaljnije proučiti potencijalna razlikovanja između pravnih pravila i načela, kao i razlike između različitih vrsta načela, polazeći pri tome od rada profesora Riccarda Guastinia. Osim razlika u sadržaju i logičkoj strukturi, analizirat će se i specifičnosti pravnih načela koje se očituju u njihovoj primjeni, odnosno sudačkom rasuđivanju, naročito njihova primjena u svrhu popunjavanja pravnih praznina. Posebna

⁷ Guastini, R., *Tumačenje i argumentacija*, Naklada Breza, Zagreb, 2023., str. 59-60.

⁸ Moniz Lopez, P., *op. cit.* u bilj. 6, str. 472.

⁹ Poscher, R., *Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles*, Ratio Juris, vol. 22, br. 4, 2009., str. 425. I sam naslov rada je kritika Hartova koncepta prava, aludirajući na neprikladnost konstrukcije pravnog poretka kao sustava sačinjenog isključivo od pravila, i to, primarnih, odnosno normi o ponašanju te sekundarnih, odnosno normi o stvaranju i primjeni prava. Dworkinovi kritičari, uključujući samog Harta, su opravdano tvrdili kako on u svom djelu ni na jednom mjestu nije zauzeo tako čvrst stav koji bi isključivao postojanje pravnih standarda drugačijih od pravila. (vidi: Hart, H.L.A., *The Concept of Law (Second edition)*, Oxford University Press, Oxford, 1994., str. 259-263)

¹⁰ Shapiro, S. J., *The „Hart-Dworkin“ Debate: A Short Guide for Perplexed*, Public Law and Legal Theory Working Paper Series No. 77, 2007., dostupno na: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Shapiro_Hart_Dworkin_Debate.pdf (16. 1. 2024.), str. 5-7.

¹¹ Poscher, R., *The Principles Theory: How Many Theories and What is their Merit?*, u: Klatt, M. (ur.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Rober Alexy*, Oxford University Press, New York, 2012., str. 218-219.

¹² Jakab, A., *Re-defining principles as „Important rules“: A Critique of Robert Alexy*, u: Borowski, M. (ur.), *On the Nature of Legal Principles*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2010., str. 146.

¹³ Poscher, R., *op. cit.* u bilj. 9, str. 427.

¹⁴ Atienza, M.; Manero, J. R., *A Theory of Legal Sentences*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1998., str. 2.

pozornost posvetit će se pitanju antinomija između načela i njihovu rješavanju s pomoću tehnike odvagivanja, a koja je prihvaćena i u hrvatskoj ustavnopravnoj doktrini.¹⁵ Za prikaz primjene tehnike odvagivanja primarno će se koristiti rad njemačkog profesora Roberta Alexya, a čiju analizu tehnike odvagivanja prihvaća i Guastini.¹⁶ Na kraju rada će se analizirati teorijske postavke na kojima se temelje različite koncepcije pojma pravnih načela. S obzirom na sve veću praktičnu važnost normi ustava, kao i raznih međunarodnih konvencija kojim se jamče temeljna ljudska prava i slobode, a od kojih se mnogima često pripisuje status načela, izučavanje sadržaja, strukture i primjene te vrste pravnih normi, odnosno njihovih teorijsko-pravnih koncepcija je od značaja, ne samo u filozofsko-pravnom smislu, već i za razumijevanje pravne doktrine i sudske prakse na koju ti koncepti utječu te posljedično oblikuju, a što onda može biti odlučno za učinkovito argumentiranje u svakom pravnom sporu.

2.) PRAVILA I NAČELA – KRITERIJI RAZLIKOVANJA

Za pokušaj utvrđenja kriterija razlikovanja između pravnih pravila i načela poslužiti ćemo se standardnom pretpostavkom da su pravila pogodbeni iskazi. To znači da se ona mogu iskazati u obliku, „Ako Č onda P“, pri čemu Č označava antecedent, odnosno razred činjeničnih stanja, a P konsekvant, odnosno određenu pravnu posljedicu.¹⁷ Tako, iako svako pravno pravilo nije iskazano u navedenom obliku, ono može biti rekonstruirano kao hipotetički, odnosno pogodbeni iskaz što nam omogućuje spoznaju logičke strukture norme kao i njezin prikaz s pomoću formalnog jezika logike.¹⁸ Stoga, ako su načela norme različite od pravila u strukturalnom smislu, rezultat njihove rekonstrukcije bi morao biti u nekom aspektu različit od onog dobivenog rekonstrukcijom pravila. Teze o razlikama u logičkoj strukturi pravila i načela usko su povezane s tezama o njihovom različitom funkcioniranju u pravnom rasuđivanju i primjeni prava.¹⁹ Štoviše, tvrdi se da koncept načela kao normi strukturalno različitih od pravila služi kako bi objasnio njihov specifičan način funkcioniranja u tim procesima,²⁰ odnosno da logička struktura normi uvjetuje način pravnog rasuđivanja i primjene prava i *vice versa*.²¹ Tako da se zadatku utvrđivanja, odnosno rekonstruiranja logičke strukture normi ne smije pripisati sporedni značaj.²²

Kao što je prethodno rečeno, ako prihvatimo tezu da su načela norme različite od pravila, nameće se pitanje, u čemu se ta razlika sastoji? Generalno smo različite moguće kriterije razlikovanja podijelili na semantičke, sintaktičke i pragmatične. Semantičke kriterije bez veće nedoumice možemo odbaciti kao kriterije razlikovanja.²³ Činjenica da norma u svom antecedentu sadržava semantički neodređene izraze, odnosno opće klauzule poput „javni interes“ ili „dužna pažnja“ ne čini je samu po sebi načelom.²⁴ S druge strane, možemo reći kako norme koje se uobičajeno smatraju načelima, poput *neminem ladere* ili *in dubio pro reo*, izražavaju puno manju razinu neodređenosti u usporedbi s velikim brojem pravnih pravila,²⁵ tako, npr., u usporedbi s pravilom kojim se propisuje posljedica ništetnosti za ugovor ukoliko je „protivan moralu društva“.²⁶ S obzirom na neosnovanost semantičkih kriterija razlikovanja,

¹⁵ Vidi: Smerdel, B., *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, Narodne Novine, Zagreb, 2013., str. 304-305.

¹⁶ Vidi: Guastini, R., *Applying Constitutional Principles*, *Analisi e Diritto*, Vol. 9, 2016., str. 246.

¹⁷ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 2, str. 77.

¹⁸ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 5, str. 24.

¹⁹ Poscher, R., *op. cit.* u bilj. 11, str. 220-221.

²⁰ Jakab, A., *op. cit.* u bilj. 12, str. 148.

²¹ Vidi: Alexy, R., *On the Structure of Legal Principles*, *Ratio Juris*, vol. 13, br. 3, 2000., str. 297-298.

²² Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 5, str. 24.

²³ Moniz Lopez, P., *op. cit.* u bilj. 6, str. 473.

²⁴ Atienza, M.; Manero, J. R., *op. cit.* u bilj. 14, str. 10.

²⁵ Moniz Lopez, P., *op. cit.* u bilj. 6, str. 473.

²⁶ Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22, 156/22

u nastavku rada raspravljat će se o razlikama u logičkoj strukturi i načinu funkcioniranja načela i pravila u pravnom diskursu, tj. o utemeljenosti sintaktičkog i pragmatičnog kriterija.

2.1.) Temeljni karakter

Temeljni karakter kao kriteriji razlikovanja odnosi se na „položaj“ ili „važnost“ norme u pravnom poretku u cjelini ili nekom njegovom djelu, a ne na njenu strukturu ili sadržaj. Ta važnost i položaj izražava se u ideji „temelja“ u smislu da načela daju vrijednosno opravdanje mnoštvu drugih normi.²⁷ Za pretpostaviti je da će se pozitivnopravno uređenje određenih društvenih odnosa utemeljiti na određenim vrijednostima, političkim izborima, idejama i ciljevima. Upravo te vrijednosti, ciljeve, ideje te izbore pozitiviziramo u obliku pravnih načela te konkretiziramo kroz mnoštvo konkretnih pravnih pravila.²⁸ Stoga, načela daju temelj, dok sama, poput normativnih aksioma, ne zahtijevaju temelj jer ih se u određenom pravnom poretku doživljava kao očevidno ispravne norme.²⁹ Uzmimo za primjer načelo jednake vrijednosti činidbi iz članka 7. Zakona o obveznim odnosima. Ono određuje da pri sklapanju naplatnih pravnih poslova sudionici polaze od načela jednake vrijednosti uzajamnih činidbi te da se zakonom određuju slučajevi u kojima narušavanje tog načela povlači pravne posljedice.³⁰ Tim načelom se opravdavaju, odnosno na njemu su utemeljena pravila o ništetnosti zelenošog ugovora, pobožnosti ugovora u slučaju prekomjernog oštećenja te pravila o mogućnosti raskida ugovora u slučaju postojanja materijalnih ili pravnih nedostataka.³¹ Zbog toga se načela često označavaju kao „*ought to be*“, a pravila kao „*ought to do*“ norme, čime se želi naglasiti kako načelima izražavamo vrijednosti, ideje i ciljeve koje nastojimo ostvariti, tj. da se ona odnose na „idealna stanja stvari“ (*ideal state of affairs*) koja želimo postići, dok pravilima određujemo, odnosno konkretiziramo način na koji ćemo ih ostvariti pa se ona stoga odnose direktno na radnje (*actions*).³²

Načela općenito, a naročito ona ustavne razine, tj. njihova vrijednosna komponenta iz koje proizlazi njihova utemeljujuća funkcija, često se koriste za dovođenje u nužnu vezu prava i morala.³³ Tako se i Dworkin, kao što je prethodno navedeno, pojmom načela poslužio kako bi pobio pozitivističke teze o nepostojanju nužne veze između prava i morala. Naime, tvrdi se, kako ustavna načela zbog toga što u sebi sadrže izraze kojima se prizivaju moralne i etičko-političke vrijednosti poput slobode, pravednosti, jednakosti, socijalne pravde, dostojanstva itd., „upućuju“ na moral, odnosno da se s pomoću tih izraza moral „ugrađuje“ u ustav, čime usklađenost zakona s tim moralnim vrijednostima postaje uvjetom njihove materijalne valjanosti.³⁴ Ovakve su teze neodgovarajuće jer se navedeni pojmovi, odnosno izrazi poput slobode, jednakosti i pravednosti pozitiviziraju njihovim uključivanjem u odredbe ustava te tako postaju pravni pojmovi koji su podložni dogmatskim pravničkim razradama pa posljedično poprimaju značenje koje se nužno ne poklapa sa značenjem koje ti pojmovi imaju u jeziku morala.³⁵ Pravo se referira, odnosno posuđuje izraze i pojmove iz mnoštva znanstvenih i filozofskih disciplina, tako npr. biologije, matematike i etike, a koji se onda prilagođavaju shvaćanjima i potrebama pravne prakse i doktrine čime oni poprimaju specifično pravno

²⁷ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 2, str. 78.

²⁸ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 170.

²⁹ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 2, str. 78.

³⁰ Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22, 156/22

³¹ Klarić, P.; Vedriš, M., *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2014., str. 380-381.

³² Neves, M., *Constitutionalism and the Paradox of Principles and Rules*, Oxford University Press, Oxford, 2021., str. 27.

³³ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 190.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*, str. 190-191.

značenje.³⁶ Pojmovi i izrazi posuđeni iz drugih disciplina, odnosno njihova shvaćanja u tim disciplinama mogu biti i odbačeni ako ne odgovaraju potrebama pravnog poretka. Dobar primjer za to je slučaj *James Maurice v. Samuel Judd* u kojem se javilo pitanje jesu li kitovi, pravno gledano, ribe ili sisavci? Iako su biolozi naknadno utvrdili kako kitovi nisu ribe, već sisavci, oni su i dalje klasificirani kao ribe za potrebe prava.³⁷ Također, ako se tvrdi kako materijalna valjanost zakona ovisi o njihovoj usklađenosti s moralom, izraženim putem ustavnih načela, postavlja se pitanje o kojem se moralu radi? Postoje dva moguća odgovora, a to su da je riječ ili o društvenom moralu ili kritičkom moralu pojedinca.³⁸ Utvrđivanje općeprihvaćenih moralnih standarda u današnjim velikim društvenim zajednicama koje karakterizira visok stupanj polariziranosti i pluralizma je nemoguće jer oni ne postoje, naročito što se tiče najkontroverznijih pitanja poput pobačaja ili eutanazije, a i da postoje, posao empirijskog spoznavanja tih univerzalnih moralnih vrednota bio bi prikladniji za sociologa, nego za suca. S druge strane, ako se misli na kritički moral pojedinca, to bi podrazumijevalo da je tumačenje, odnosno konkretizacija ustavnih načela prepuštena moralnim i vrijednosnim ocjenama sudaca, a koje su neizbježno subjektivne naravi.³⁹ Stoga je korištenje načela za dokazivanje postojanja nužne veze između prava i morala neodgovarajuće jer se ipak radi o pravnim standardima čije je vrlo diskrecijsko tumačenje uzrokovano uporabom značajno neodređenih pojmova u njihovoj formulaciji, a koji su često posuđeni iz jezika morala.⁴⁰

2.2.) Otvorenost antecedenta

Tvrđi se, kako su načela, za razliku od pravila, norme s otvorenim činjeničnim stanjem. To znači da u antecedentu načela nisu iscrpno nabrojane činjenične okolnosti u nazočnosti kojih nastupa pravna posljedica izražena u konsekventu načela.⁴¹ Posljedica navedenog je da pravila možemo prikazati u obliku „Ako A ili B, onda Z“ pri čemu razredi činjeničnih stanja označeni kao A odnosno B iscrpljuju okolnosti u kojim ima nastupiti pravna posljedica Z. U slučaju načela ne možemo na određen i iscrpan način odrediti razrede činjeničnih stanja u kojima se ono ima primijeniti.⁴² Otvorenost antecedenta tako dovodi u pitanje i smislenost rekonstruiranja načela u pogodbenom obliku „Ako...onda...“ jer se uvjet primjene ne može ni generički odrediti.⁴³ Zbog toga se načela često smatraju kategoričkim, a ne hipotetičkim normama, tako da bi se mogla preformulirati u obliku „Trebaju učiniti x bez obzira na okolnosti“, što podrazumijeva potpunu neodređenost antecedenta.⁴⁴ U tom slučaju, adresat bi trebao postupiti u skladu s načelom kad god mu se za to ukaže prilika pa bi i uvjeti primjene načela mogli biti određeni samo na tako nespecificiran način.⁴⁵ Kategorička struktura često se povezuje s normama kojima se jamče tzv. „apsolutna prava“ koja se ne mogu, tj. ne smiju ograničiti, poput npr. ustavnih normi kojima se štiti fizički integritet pojedinca. Takva „apsolutna načela“ bi u svakom slučaju sukoba s nekim drugim načelom morala biti primijenjena, neovisno o konkretnim okolnostima slučaja.⁴⁶ Ova strukturalna razlika između pravila i načela predstavlja neodređenost drugačije naravi, u usporedbi s onom semantičkog tipa, opisane prethodno, te se s njom ne treba miješati jer se u ovom slučaju radi o radikalnijoj vrsti neodređenosti.

³⁶ Poscher, R., *op. cit.* u bilj. 11, str. 223.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 191-192.

³⁹ *Ibid.*, str. 192.

⁴⁰ *Ibid.*, str. 193.

⁴¹ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 2, str. 79.

⁴² Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 172.

⁴³ Grabowski, A.; Lifante Vidal, I., *Rules and Principles*, u: Burazin, L.; Himma, K. E.; Pino, G. (ur.), *Jurisprudence in the Mirror*, Oxford University Press, New York, 2024. (u pripremi), str. 16-17.

⁴⁴ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 172, bilj. 7.

⁴⁵ Grabowski, A.; Lifante Vidal, I., *op. cit.* u bilj. 43, str. 17.

⁴⁶ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 5, str. 62.

Semantička neodređenost ne utječe na strukturu pravila, osim u eventualnom slučaju kada bi neodređenost bila takvog intenziteta da se uvjeti primjene uopće ne bi mogli odrediti.⁴⁷ Upravo ova vrsta epistemološke neodređenosti načela, zajedno s općenitošću, objašnjava njihovu veću podložnost ka ulaženju u sukob s drugim normama.⁴⁸

Ipak, ovo razlikovanje nije objektivne naravi. Određenje antecedenta norme kao zatvorenog ili otvorenog, plod je tumačenja (u širem smislu), tj. ono ne prethodi tumačenju, već o njemu ovisi.⁴⁹ Tako, što se tiče pravila, a koja navodno imaju zatvoren antecedent, ne treba ići dalje od jedne od najpoznatijih metoda tumačenja kako bi se njihov antecedent otvorio.⁵⁰ Naravno, radi se o analogiji, koja kao argument sličnosti (*a simili*) podupire bilo prošireno tumačenje bilo konstruiranje neizražene norme. I dok je upotreba argumenta sličnosti u prilog proširenog tumačenja prikladnija za iskorištavanje semantičke neodređenosti, njegova upotreba u svrhu konstruiranja neizražene norme može nam poslužiti za stvaranje strukturalne neodređenosti, odnosno otvaranje antecedenta pravila.⁵¹ Tako je, npr., Sud Europske Unije svojom odlukom proširio primjenu direktive kojom se štite radna mjesta u slučajevima prijenosa poduzeća koja se temelje na ugovoru ili drugom pravnom poslu i na slučajeve neizravnog ili faktičnog prijenosa do kojih dolazi primarno voljom treće strane.⁵² Na taj je način antecedent pravila, koji je prethodno obuhvaćao samo prijenos utemeljen na nekom pravnom poslu, otvoren kako bi obuhvatio i tzv. faktičan prijenos, znači prijenos koji se ne temelji na pravnom poslu. I jedan i drugi način uporabe argumenta iz analogije, osim utvrđivanja sličnosti, obuhvaća i utvrđivanje *ratio* izraženog pravila, kako bi se opravdala njegova proširena primjena, a što je jednako utvrđivanju načela na kojem se pravilo temelji.⁵³ Tako je *ratio*, svrha ili cilj izraženog pravila, u navedenom primjeru, zaštita radnika od otkaza u slučaju prijenosa poduzeća, a koja je pravilom predviđena samo za slučaj prijenosa utemeljenog na pravnom poslu. Ta se zaštita konstruiranjem neizraženog pravila, odnosno otvaranjem antecedenta proširuje i na slučajeve prijenosa poduzeća koji nisu izvršeni na temelju pravnog posla čime se pruža zaštita od prijevarnog zaobilaženja iliti izigravanja svrhe i smisla direktive (*fraus legis*), tj. otvaranjem antecedenta se osigurava ostvarenje svrhe, odnosno načela koje se nalazi u temelju pravila.⁵⁴

2.3.) Otklonjivost

Otklonjivost kao kriteriji razlikovanja najkonciznije je izrazio Dworkin navodeći kako se pravila, za razliku od načela, primjenjuju na način „sve ili ništa“. Ako je ispunjen uvjet primjene pravila određen u njegovom antecedentu, ono se mora primijeniti, u suprotnom je nevaljano.⁵⁵ S druge strane, iz činjenice ispunjenja uvjeta primjene načela, ne slijedi automatizmom njime propisana pravna posljedica, jer ono samo iskazuje razlog za odluku, ali ju, za razliku od pravila, ne iziskuje jer mogu postojati druga načela koja, u istom slučaju, iskazuju razloge za odluku suprotnog sadržaja.⁵⁶ Upravo se u tome sastoji „dimenzija težine ili

⁴⁷ Atienza, M.; Manero, J. R., *op. cit.* u bilj. 14, str. 10.

⁴⁸ Sampaio, S. J., *Brute Balancing, Proportionality and Meta-Weighing of Reasons*, u: Sieckmann, J. R. (ur.), *Proportionality, Balancing, and Rights: Robert Alexy's Theory of Constitutional Rights*, Springer, Cham, 2021., str. 62.

⁴⁹ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 175.

⁵⁰ *Ibid.*, str. 177.

⁵¹ *Ibid.*, str. 261-262.

⁵² Vukorepa, I., *Faktičan (neizravan) prijenos gospodarske cjeline i utjecaj na radnopravni položaj radnika*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 72, br. 1-2, 2022., str. 622-623.

⁵³ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 265.

⁵⁴ *Ibid.*, str. 264-265.

⁵⁵ Dworkin, R., *Shvaćanje prava ozbiljno*, Kruzak, Zagreb, 2003., str. 36.

⁵⁶ *Ibid.*, 37-38.

važnosti“ (*dimension of weight or importance*) koja je karakteristična za načela.⁵⁷ Pravila s druge strane, nemaju tu dimenziju. Ona mogu biti „funkcionalno važna ili nevažna“ što znači da jedno pravilo može biti važnije od drugoga u smislu njegove važnosti za reguliranje ponašanja, no ta važnost nužno ne vodi većoj težini u slučaju sukoba tog pravila s nekim funkcionalno manje važnim pravilom.⁵⁸ Drugim riječima, pravila su neotklonjive norme, što znači da ona ne dopuštaju implicitne ili neizražene iznimke, već isključivo one koje su izrijekom predviđene samim pravilom ili drugom normom pravnog poretka u pitanju.⁵⁹ Dworkin stoga tvrdi kako je svaki prikaz pravila koji ne uključuje i sve moguće iznimke nepotpun, odnosno neprecizan.⁶⁰ Ovdje se neodređenost načela manifestira u tome da ona dopuštaju i neizražene iznimke. Posljedica toga je da se načelo ne može primijeniti putem jednostavnog deduktivnog rasuđivanja jer, kao što je prethodno navedeno, iz činjenice ispunjenja uvjeta primjene načela ne slijedi nužno pravna posljedica.⁶¹ Alexy to naziva *prima facie* karakterom načela, za razliku od definitivnog karaktera (*definitive character*) koji navodno krasi pravila.⁶² Koncept *prima facie* karaktera načela, tj. koncept načela kao *prima facie* zahtjeva ili zapovijedi (*requirements or commands*), kako ga je razvio Alexy, temelji se na konceptu *prima facie* dužnosti ili obveza (*duties or obligations*) Davida Rossa. Prema tom konceptu, *prima facie* dužnost odnosno obveza ne odgovara dužnosti koja je identificirana „na prvu“, bez dubljeg promišljanja, već *pro tanto* dužnosti, tj. dužnosti koja je valjana u određenoj mjeri te istovremeno ograničena drugim *prima facie* dužnostima.⁶³ Tako i Alexy razvija koncept načela kao „*ideal Ought*“, prema kojem su načela norme koje se trebaju balansirati kako bi se tek utvrdile njihove faktične i pravne granice primjene.⁶⁴ Time se obveznost primjene, odnosno konkluzivnost načela želi smjestiti negdje između definitivne obveznosti ili valjanosti (*definitive validity*), koja se pripisuje pravilima, i neobveznosti (*non-obligation*), koja se pripisuje, npr., ustavnim preambulama kada im se negira pravna učinkovitost.⁶⁵

Ovaj pragmatični kriteriji razlikovanja temelji se na tvrdnji da pravila nisu otklonjiva, odnosno da ona ne dopuštaju neizražene iznimke. Ipak, kao što se pravilo može otvoriti analogijom, tako se može i otkloniti razdiobom.⁶⁶ Ovdje se argument bitne različitosti činjeničnih stanja koristi u svrhu konstruiranja neizražene ili implicitne iznimke kojom ćemo otkloniti primjenu pravila, odnosno u njega uvesti dotad neizraženu iznimku.⁶⁷ Uzmimo tako udžbenički primjer u kojem imamo pravilo kojim se zabranjuje ulaz vozila u park („Ako vozilo, onda zabranjen ulazak u park“). Sada zamislimo slučaj ambulantnog vozila koje prevozi bolesnika u kritičnom stanju, a najkraći put do bolnice vodi upravo kroz park. Kako bismo dopustili prolaz ambulantnog vozila moramo u pravilo uvesti dotad neizraženu iznimku, pa bi ono glasilo „Ako vozila i ne vozila hitne pomoći, onda zabranjen ulazak u park“.⁶⁸ Alexy upravo zbog ovakvih situacija, a koje on

⁵⁷ *Ibid.*, 38.

⁵⁸ *Ibid.*, 38-39.

⁵⁹ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 173.

⁶⁰ Dworkin, R., *op. cit.* u bilj. 55, str. 37.

⁶¹ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 173.

⁶² Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 5, str. 57.

⁶³ Grabowski, A.; Lifante Vidal, I., *op. cit.* u bilj. 43, str. 5.

⁶⁴ *Ibid.*, str. 5-6.

⁶⁵ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 21, str. 303; Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 351-352.

⁶⁶ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 177.

⁶⁷ *Ibid.*, str. 268.

⁶⁸ *Ibid.*, str. 269.

koncipira kao sukob pravila i načela,⁶⁹ ne prihvaća Dworkinovu tezu o neatklonjivosti pravila.⁷⁰ Mogućnost navođenja cjelokupnog sadržaja pravila koje bi uključivalo i sve iznimke od njegove primjene, teško je zamislivo i kada bismo u obzir uzeli samo zakonom izražene iznimke, a kamoli ako pokušamo predvidjeti i sve moguće iznimke koje bi sud u primjeni pravila mogao uvesti ili konstruirati.⁷¹ Iz tog razloga, Alexy zaključuje, da i pravila dopuštaju neizražene iznimke, a čime ona gube svoj definitivni karakter. Ipak, zahvaljujući formalnim načelima koja zahtijevaju poštivanje autoriteta pravila donesenih od nadležnih organa, njihov *prima facie* karakter nije jednak onome načela.⁷² Ukratko, po Alexyju, načela su derogabilnija od pravila zahvaljujući formalnim načelima koja zahtijevaju da se pravila koje je donijelo nadležno tijelo strogo primjenjuju, a iznimke dopuštaju samo u iznimnim slučajevima.⁷³ Iz navedenog proizlazi da su i pravila osjetljiva na pravne i faktične okolnosti, odnosno kontekst primjene (*context-sensitive*), a posljedica svakog slučaja u kojem se pravilo ima otkloniti rezultira pojačanjem njegova antecedenta.⁷⁴

2.4.) Općenitost

Općenitost kao kriteriji razlikovanja odnosi se na preciznost ili specifičnost norme. Tako su pravila „precizne“, dok su načela „općenite“ norme.⁷⁵ Preciznost odnosno specifičnost pravila omogućuje njihovu neposrednu primjenu na konkretne slučajeve, tj. pravila su prikladna za upotrebu kao normativne premise u pravnom silogizmu (npr. „Sve kradljivce treba kazniti. Marko je kradljivac. Stoga Marka treba kazniti.“).⁷⁶ Načela, zbog svoje općenitosti, nisu prikladna za takav način primjene te ih je stoga nužno konkretizirati formuliranjem specifičnijih normi pri čemu ona mogu biti konkretizirana na različite i alternativne načine.⁷⁷ Uzmimo za primjer članak 11. stavak 1. Zakona o parničnom postupku kojim se određuje kako će sud stranku koja se iz neznanja ne koristi svojim procesnim ovlaštenjima upozoriti koje parnične radnje može poduzeti.⁷⁸ Tom je odredbom izraženo tzv. načelo pomoći neukoj stranci, koje se dalje konkretizira uz pomoć specifičnih zakonskih odredbi, odnosno pravila. Tako, npr., pravila kojim se određuje da će sud podnesak stranke vratiti na dopunu i ispravak u slučaju njegove nerazumljivosti ili nepotpunosti (članak 109. stavak 1.), pravila kojim se određuje da će sud u pozivu osobito upozoriti na zakonske posljedice izostanka s ročišta (članak 114. stavak 3.), te pravila prema kojem će se podnesak vezan za rok koji je upućen nenadležnom sudu prije proteka roka, a stigne nadležnom sudu nakon njegova proteka, smatrati podnesenim na vrijeme ako se njegovo podnošenje nenadležnom sudu može pripisati neznanju ili očitoj pogrešci podnosioca (članak 113. stavak 7.). Kao što vidimo, načela zahtijevaju pravila kako bi bila „provedena“ odnosno „izvršena“.⁷⁹

⁶⁹ Tako se u navedenom primjeru radi o sukobu načela zaštite okoliša koje se nalazi u temelju pravila kojim se zabranjuje ulaz vozila u park te formalnog načela da se pravila koja je donio zakonodavac u okvirima svoje nadležnosti moraju poštovati, odnosno strogo primjenjivati s jedne strane, te načela zaštite zdravlja s druge strane. (vidi: Brozek, B., *Legal Rules and Principles: A Theory Revisited*, i-lex, vol. 17, 2012., str. 209)

⁷⁰ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 5, str. 57-58.

⁷¹ Christie, G. C., *The Model of Principles*, Duke Law Journal, vol. 649, 1968., str. 658.

⁷² Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 5, str. 58.

⁷³ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 21, str. 299.

⁷⁴ Moniz Lopez, P., *op. cit.* u bilj. 6, str. 476.

⁷⁵ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 2, str. 80.

⁷⁶ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 174.

⁷⁷ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 2, str. 81.

⁷⁸ Zakon o parničnom postupku: SL SFRJ, br. 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91, i NN br., 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19, 80/22, 114/22

⁷⁹ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 174.

Ova karakteristika načela dolazi do izražaja i u ustavnosudskoj praksi u obliku tzv. „načelnih dodajućih“ odluka.⁸⁰ Tako je Ustavni sud Republike Hrvatske (dalje u tekstu: USRH), u svojoj odluci o ustavnosti odredbi Zakona o udomiteljstvu, neustavnim ocijenio izostavljanje osoba koje žive u životnom i u neformalnom životnom partnerstvu od mogućnosti udomljavanja jer u odnosu na njih to predstavlja diskriminaciju na temelju spolne orijentacije čime se krši njihovo ustavno pravo na jednakost.⁸¹ USRH je u navedenom primjeru dodatno konkretizirao načelo jednakosti, izraženo člankom 14. Ustava, dodajući ili konstruirajući apokrifnu normu kojom se pravo na udomljavanje pripisuje dodatnom razredu subjekata koji prvotnim zakonskim uređenjem nije bio obuhvaćen.⁸² Ipak, ima mišljenja kako se općenitost odnosi ne na čitav antecedent norme, već isključivo na radnju odnosno ponašanje kvalificirano normom, dok se razina specifikacije adresata norme, tj. subjektivna komponenta antecedenta smatra nevažnim za ocjenu njezine općenitosti odnosno specifičnosti. Stoga neodređenost adresata norme ili „generalnost“ ne pridonosi razlikovanju pravila i načela jer ne objašnjava veću tendenciju načela za ulaženje u sukob s drugim normama.⁸³ Tako se kod pravila radi o specifičnoj radnji, a koja obuhvaća samo mali broj načina na koji ona može biti izvedena. Tako, ako uzmemo za primjer pravilo kojim se zabranjuje konzumacija duhanskih proizvoda, ta radnja može biti izvedena pušenjem cigarete, lule ili eventualno neke druge naprave za konzumaciju duhanskih proizvoda.⁸⁴ U slučaju načela, radnju koja je njime kvalificirana karakterizira visok stupanj neodređenosti, tako npr. norma kojom se zahtijeva poštivanje ljudskog dostojanstva.⁸⁵ To znači da antecedent načela potencijalno obuhvaća brojne i raznolike specifične radnje koje mogu biti izvedene različitim sredstvima u različitim okolnostima. Stoga generične radnje kvalificirane načelima u sebi obuhvaćaju specifične radnje kvalificirane raznim pravilima koja ga konkretiziraju, a koje se mogu razlikovati s obzirom na način ili sredstva upotrijebljena za njihovo izvršavanje.⁸⁶ Ovo razlikovanje se može okarakterizirati kao kvantitativno odnosno semantičko, u smislu da su načela samo općenitija od pravila, jer ne postoji objektivni način da se sa sigurnošću utvrdi razina općenitosti odnosno specifičnosti antecedenta koja je potrebna da bi se normu klasificiralo ili kao načelo ili kao pravilo. Također, može se okarakterizirati i kao kvalitativno odnosno sintaktičko, u smislu da općenitost uvjetuje drugačiju logičku strukturu načela.⁸⁷

3.) RAZVRSTAVANJE NAČELA

Načela je moguće razvrstati prema različitim kriterijima. Tako s obzirom na: pravni akt kojim su kodificirani, činjenicu jesu li uopće kodificirana odnosno izražena, dio pravnog poretka koji pokrivaju, njihov sadržaj, a moguće i drugim.⁸⁸

3.1.) Ustavna i zakonska načela

Ovo razlikovanje odnosno podjela odnosi se na rang koje načelo zauzima u hijerarhiji izvora prava.⁸⁹ U pravnom poretku Republike Hrvatske (dalje u tekstu: RH) načela ustavnog ranga su: načelo slobode mišljenja i izražavanja misli (članak 38.), načelo slobode savjesti i

⁸⁰ *Ibid.*, str. 174, bilj. 13.

⁸¹ Burazin, L.; Gardašević, Đ.; Krešić, M., *Pouostavljenje hrvatskog pravnog poretka*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 71, br. 2, 2021., str. 242-243.

⁸² Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 367-368.

⁸³ Moniz Lopez, P., *op. cit.* u bilj. 6, str. 484.

⁸⁴ Raz, J., *Legal Principles and the Limits of Law*, Yale Law Journal, vol. 81, br. 5, 1972., str. 838.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Moniz Lopez, P., *op. cit.* u bilj. 6, str. 478, 493-494.

⁸⁸ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 177.

⁸⁹ *Ibid.*

vjeroispovijesti (članak 40.), načelo autonomije sveučilišta (članak 68.) te načelo privatnosti (članak 35.).⁹⁰ Načela zakonskog ranga su: načelo jednake vrijednosti činidbi (članak 7. Zakona o obveznim odnosima), načelo razvrstavanja zatvorenika tijekom izvršavanja kazne zatvora (članak 13. Zakona o izvršavanju kazne zatvora), načelo prilagodljivosti (članak 4. stavak 8. Zakona o komunalnom gospodarstvu) te načelo utvrđivanja materijalne istine (članak 8. Zakona o općem upravnom postupku).

Činjenica da je neko načelo ustavnog ili zakonskog ranga ima značajne pravne posljedice. U pravnom poretku čije je ustav krut, kao u slučaju Ustava RH, između ustava i zakona postoji hijerarhijski odnos materijalne iliti sadržajne naravi kojim se onemogućuje da zakoni sadržajno proturječe ustavnim normama, što znači da zakonska načela moraju biti u suglasnosti s onima ustavnog ranga.⁹¹ Nadalje, sama ustavna načela nisu nužno jednake vrijednosti, pri čemu možemo razlikovati dvije situacije. Prva je uspostavljanje *ad hoc* vrijednosne hijerarhije između dvaju sukobljenih načela koja je rezultat njihova ponderiranja. S druge strane, može se raditi i o pripisivanju određenim ustavnim načelima veće vrijednosti u apsolutnom smislu (*in abstracto*) koje za posljedicu ima nemogućnost njihove izmjene i uspostavljanje hijerarhijskog odnosa materijalne naravi između njih i ostalih načela čineći ih tako „iznad-ustavnim“ načelima.⁹² Tako je u pravnom poretku RH sporna narav članka 3. Ustava RH, kojim se u njemu pobrojana načela poput vladavine prava, jednakosti i slobode određuju kao najviše vrednote ustavnog poretka i temelj za tumačenje ustava, a na temelju kojeg USRH ta načela identificira kao dio „hrvatskog ustavnog identiteta“, što ukazuje na vrijednosnu nadređenost tih načela u odnosu na ostale ustavne norme.⁹³ Iz navedenih shvaćanja može se razumno zaključiti kako bi USRH mogao proglasiti nevaljanim odnosno neustavnim zakon o izmjenama Ustava RH koji bi sadržajno proturječio ustavnim načelima koja su sastavni dio „hrvatskog ustavnog identiteta“ te na taj način između njih i ostalih ustavnih načela uspostaviti odnos materijalne hijerarhije.⁹⁴

3.2.) Opća načela u užem smislu i posebna načela

Opća načela u užem smislu su ona koja pokrivaju čitav pravni poredak, dok su posebna načela ona koja se odnose samo na određeno posebno područje pravnog poretka.⁹⁵ Opća načela u užem smislu su, u pravilu, ustavnog ranga, npr. načelo zabrane diskriminacije i jednakosti pred zakonom (članak 14., stavak 2. Ustava RH), ali mogu biti i zakonskog ranga poput načela zabrane prouzročavanja štete (članak 8. Zakona o obveznim odnosima) ili načela zabrane zloupotrebe prava (članak 6. Zakona o obveznim odnosima). Posebna načela, kao ona koja se odnose na određeni dio pravnog poretka ili određenu granu prava, također mogu biti ustavnog ili zakonskog ranga. Tako u poreznom pravu načelo pravednosti i jednakosti poreznog sustava (članak 51. stavak 2. Ustava RH) i načelo pomoći neukoj stranci u poreznom postupku (članak 6. stavak 3. Općeg poreznog zakona).⁹⁶

3.3.) Načela u užem smislu i programatske norme

Postoje mnogobrojne definicije načela (u užem smislu riječi) i programatskih normi (normi koje možemo shvatiti i kao načela u širem smislu riječi), pri čemu većina njih odražava

⁹⁰ Ustav RH, Narodne novine, 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14

⁹¹ Burazin, L.; Gardašević, Đ.; Krešić, M., *op. cit.* u bilj. 81, str. 226-227.

⁹² Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 2, str. 225-226.

⁹³ Burazin, L.; Krešić, M.; Tucak, I., *Priručnik za teoriju prava – praktični dio*, Naklada Breza, Zagreb, 2018., str. 117.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 2, str. 82.

⁹⁶ Burazin, L.; Krešić, M.; Tucak, I., *op. cit.* u bilj. 93, str. 44-45.

istu ideju, a to je da prve izražavaju ili inkorporiraju najviše vrijednosti pravnog poretka u cjelini ili nekog njegovog djela, a druge ciljeve, odnosno obvezu ostvarenja određenog povoljnog stanja stvari.⁹⁷ Načelima se jamče individualna prava i slobode te ona stoga obavljaju negativnu funkciju u smislu da limitiraju odnosno onemogućavaju državna tijela u narušavanju zajamčenih sloboda i prava. S druge strane, programatske norme obavljaju pozitivnu funkciju tako da zahtijevaju ostvarivanje različitih društvenih ciljeva.⁹⁸ Ovu razliku pravi i Dworkin rabeći izraze načela i politike. Prema Dworkinu načela poštujemo i slijedimo jer tako zahtijevaju razlozi moralne naravi, dok u slučaju politika to činimo kako bi ostvarili neki cilj ili očuvali neko stanje stvari koje smatramo poželjnim.⁹⁹ Tako i Ustav RH u članku 3. izražava kako načela u užem smislu poput slobode, jednakosti i nepovredivosti vlasništva tako i programatska načela poput očuvanja prirode i čovjekova okoliša.¹⁰⁰

Atienza i Ruiz Manero iz sadržajne razlike između ovih dviju vrsta normi izvode jednu praktično-argumentacijske naravi. Navode, po uzoru na Dworkina, kako su razlozi za postupanje u skladu s normama jedne i druge vrste različite naravi. Razlozi za postupanje u skladu s programatskim normama su utilitarne naravi (*utilitarian reasons*), a u skladu s načelima pravične naravi (*rightness reasons*).¹⁰¹ Razlozi pravičnosti, za razliku od onih utilitarne naravi, djeluju kako ultimativni razlozi (*as trumps*) te stoga oni uvijek trebaju prevagnuti nad razlozima koji proizlaze iz programatskih normi. S druge strane, nad razlozima pravičnosti mogu pretegnuti samo drugi razlozi takve naravi veće težine.¹⁰² Također, konkluzivna narav načela dopušta njegovu adresatu da zanemari posljedice koje su rezultat poštovanja odnosno postupanja u skladu s tim načelom, dok je adresat programatske norme, zbog njegove nekonkluzivne naravi, obavezan uzeti u obzir i posljedice svoga postupanja kako bi se postigla optimalna razina korisnosti u odnosu na ostale ciljeve zajednice.¹⁰³ Nešto umjereniji stav je onaj da iako načela imaju primat u odnosu na programatske norme, ova ipak mogu prevagnuti nad njima, ali samo u slučaju kada se to može opravdati na temelju nekog načela koje je povezano s ostvarenjem kolektivnog cilja izraženog u programatskoj normi.¹⁰⁴ Alexy navodi kako ovakve teze nisu održive jer ih mnogi pravni instituti poput izvlaštenja ili zaštite potrošača ne bi preživjeli.¹⁰⁵ Ova ideja je izražena i u samom naslovu Dworkinova djela „Shvaćanje prava ozbiljno“ (*Taking Rights Seriously*). On smatra kako država koja shvaća individualna prava građana ozbiljno ne smije ta prava ograničiti zbog navodnih razloga općeg dobra, odnosno ostvarenja kolektivnih ciljeva.¹⁰⁶ Tako se i u hrvatskoj ustavnopravnoj doktrini izražava ideja prema kojoj postoji načelna presumpcija kako ustavne norme kojima se jamče temeljna prava i slobode imaju prioritet u odnosu na ostale norme ustava.¹⁰⁷

Razlici između načela i programatskih normi pripisuje se i strukturalna komponenta koja se sastoji u tvrdnji da je, uz antecedent, i konsekvent programatskih normi otvoren. To znači da konsekvent programatske norme ne određuje način ili prikladna sredstva za ostvarenje u njemu izraženog kolektivnog cilja.¹⁰⁸ Ovu tezu Atienza i Ruiz Manero koriste za kritiku

⁹⁷ Atienza, M.; Manero, J. R., *op. cit.* u bilj. 14, str. 4.

⁹⁸ Grabowski, A.; Lifante Vidal, I., *op. cit.* u bilj. 43, str. 15-16.

⁹⁹ Dworkin, R., *op. cit.* u bilj. 55, str. 34.

¹⁰⁰ Ustav RH, Narodne novine, 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14

¹⁰¹ Atienza, M.; Manero, J. R., *op. cit.* u bilj. 14, str. 14-15.

¹⁰² *Ibid.*, str. 15.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Neves, M., *op. cit.* u bilj. 32, str. 62-63.

¹⁰⁵ *Ibid.*, str. 63.

¹⁰⁶ Dworkin, R., *op. cit.* u bilj. 55, str. 221-222.

¹⁰⁷ Rodin, S., *Načelo proporcionalnosti: porijeklo, ustavno utemeljenje i primjena*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 50, br. 1-2, 2000., str. 33.

¹⁰⁸ Atienza, M.; Manero, J. R., *op. cit.* u bilj. 14, str. 11-12.

koncepta načela kao zahtjeva optimizacije (*optimization requirements*) Roberta Alexya, odnosno teze, da sva načela dopuštaju različit stupanj zadovoljenja (*different degrees of compliance*), tj. ne potpuno, već zadovoljenje u određenoj mjeri.¹⁰⁹ Oni smatraju kako ta tvrdnja vrijedi samo za programatske norme (tj. načela u širem smislu riječi) kod kojih, u slučaju sukoba, ne dolazi do prevage jednog kolektivnog cilja nad drugim, već do kreiranja politika kojima se nastoji u optimalnoj mjeri ostvariti sve međusobno sukobljene ciljeve, odnosno načela. S druge strane, kod sukoba načela u užem smislu jedno ima prevagnuti nad drugim te će samo ono koje je prevagnulo biti primijenjeno u konkretnom slučaju, što njihovu primjenu izjednačava s primjenom pravila, koja, ako su primjenjiva, zahtijevaju puno zadovoljenje ili pridržavanje (*full compliance*).¹¹⁰ Alexy smatra kako je kritika neosnovana jer, u konkretnom slučaju primjene, strogo pridržavanje ne zahtijeva načelo, već pravilo dobiveno u procesu odvagivanja sukobljenih načela.¹¹¹ Ukratko, pravilo derivirano kroz odvagivanje sukobljenih načela je konkluzivne naravi,¹¹² a ne načelo koje je prevagnulo. Načela nisu „pomirena“, odnosno optimizirana u jednom konkretnom slučaju sukoba, upravo suprotno. Ona se optimiziraju u dijakronijskom smislu, tj. „na duže staze“, kroz mnoga odvagivanja istih načela u praksi sudova.¹¹³ S druge strane, Atienza i Ruiz Manero misle na sinkronijski učinak odvagivanja, a koji je posljedica odvagivanja dvaju načela u jednoj sudskoj odluci.¹¹⁴ Stoga, kada govori o zadovoljenju u stupnju, Alexy podrazumijeva da načelo gotovo nikada neće biti ostvareno u potpunosti, već će kroz odvagivanje s drugim načelima, kroz mnoga zakonodavna i sudska rješenja, u konačnici biti ostvareno u određenom stupnju ili mjeri.¹¹⁵ Nadalje, svako načelo bi poprimilo karakter pravila ako bismo u njega inkorporirali klauzulu koja ograničava njegovu primjenu na slučajeve kada nijedno drugo načelo nema veću težinu u konkretnom slučaju, kako to čine Atienza i Ruiz Manero u svom primjeru s ustavnim načelom jednakosti i zabrane diskriminacije, uključujući i programatske norme.¹¹⁶ Stoga je odnos između antecedenta i konsekvanta i jedne i druge vrste normi fleksibilne, a ne konkluzivne naravi.¹¹⁷

3.4.) Izražena i neizražena načela

Izražena načela su izrijeком formulirana u pravnoj odredbi ustavnog ili zakonskog ranga iz kojih ih izvodimo putem tumačenja,¹¹⁸ tj. ona se nalaze unutar tzv. „okvira“ koji obuhvaća moguća značenja koja tumač može pripisati pravnoj odredbi,¹¹⁹ pri čemu nije nužno da je ono izrijeком okarakterizirano kao načelo u tekstu odredbe. Neizražena načela su „bez odredbe“, te stoga nisu rezultat pripisivanja značenja tekstu određene pravne odredbe, već pravnog konstruiranja.¹²⁰ Ona se mogu konstruirati iz jednog ili više pravila, a moguće i ukupnosti pravnog poretka, pri čemu se presumira da je neizraženo načelo u njima implicitno sadržano.¹²¹ Stvaranje neizraženih načela možemo shvatiti kao postupak suprotan onome konkretizacije, u kojem načela djeluju kao osnova za stvaranje pravila, jer ovdje naime pravila koristimo za stvaranje načela. Tako se nagađanjem o *ratu* odnosno cilju jednog ili više pravila, a što je stvar diskrecije, tj. vrijednosne ocjene tumača, konstruira načelo koje predstavlja

¹⁰⁹ Grabowski, A.; Lifante Vidal, I., *op. cit.* u bilj. 43, str. 24.

¹¹⁰ *Ibid.*, str. 24-25.

¹¹¹ *Ibid.*, str. 25.

¹¹² Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 5, str. 56.

¹¹³ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 201-202.

¹¹⁴ *Ibid.*, str. 201.

¹¹⁵ Vidi: Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 21, str. 295.

¹¹⁶ Neves, M., *op. cit.* u bilj. 32, str. 61.

¹¹⁷ *Ibid.*, str. 96.

¹¹⁸ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 179.

¹¹⁹ Kelsen, H., *Čista teorija prava*, Naklada Breza, Zagreb, 2012., str. 75-76.

¹²⁰ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 2, str. 83.

¹²¹ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 180.

vrijednosno opravdanje tog ili tih pravila.¹²² U ovome se očituje prethodno opisani temeljni karakter načela, pri čemu su pravila o čijem *ratu* nagađamo utemeljena odnosno njihov *ratio* čini neizraženo načelo koje iz njih konstruiramo. Neizraženo načelo možemo izvesti, polazeći od posebnih pravila, i apstrahiranjem ili generalizacijom, tj. nagađanjem, ovog puta nešto normativnije naravi.¹²³ Naime, iz činjenice da postoji više pravila s istim konsekvantom i različitim molekularnim činjeničnim stanjima, ali koja dijele jedan zajednički atomarni element, izvodi se zaključak kako sva činjenična stanja koja sadrže taj zajednički atomarni element trebaju imati istu pravnu posljedicu. Tako konstruirano načelo onda čini temelj za izvođenje, pojačanjem antecedenta, neodređenog broja konkretnih pravila.¹²⁴ Na primjer, Zakonom o parničnom postupku zahtijeva se postojanje pravnog interesa: za podizanje deklaratorne tužbe (članak 187. stavak 2.), za podizanje kondemnatorne tužbe prije dospelosti tražbine (članak 186.c), za dopuštenost intervencije umješaka (članak 206. stavak 1.) te za dopuštenost žalbe (članak 358. stavak 3.).¹²⁵ Iz tih se izrijetkom formuliranih pravnih odredbi, a čiji zajednički atomarni element čini pravni interes, konstruira „načelo pravnog interesa“, kao opća procesna pretpostavke za svaki zahtjev stranke da se sud u njezinoj pravnoj stvari angažira, što za posljedicu ima da se postojanje pravnog interesa može zahtijevati, pojačanjem antecedenta načela, i u onim slučajevima koji nisu izrijetkom predviđeni zakonom.¹²⁶ Ponekad se neizraženo načelo konstruira iz navodne nužnosti njegova postojanja za efektivnu provedbu nekog izraženog načela.¹²⁷ Tako USRH iz načela vladavine prva konstruira, među ostalim, načelo jasnoće i određenosti zakonskih odredbi te načelo općosti zakona, koja funkcioniraju kao standardi kojih se zakonodavac mora držati kako zakoni, odnosno njihove odredbe ne bi bile u suprotnosti s načelom vladavine prava, tj. kao pretpostavke za ostvarenja tog načela.¹²⁸ Naravno, prvotno neizražena načela mogu postati izražena njihovom kodifikacijom u ustavnom ili zakonskom tekstu. Tako je, npr., načelo razmjernosti, koje je USRH razvio u svojoj praksi kao neizraženo načelo, ustavnim izmjenama kodificirano.¹²⁹

4.) NAČELA U PRAVNOM RASUĐIVANJU

Razlici između načela i pravila pripisuje se i pragmatična dimenzija, tj. tvrdi se kako se ta dva razreda normi razlikuju i po načinu na koji funkcioniraju u sudačkom rasuđivanju.¹³⁰ Naime, kao što je prethodno opisano, načela zbog svoje specifične neodređenosti i, posljedično, tendencije ulaženja u sukob, ne predstavljaju definitivne, već *pro tanto* razloge, odnosno, kako se kaže, imaju dimenziju težine, što rezultira time da je primjenjivost načela na konkretan slučaj često sporna, a i kada nije sporna da ona ne određuju specifična rješenja pravnih pitanja koja su predmet slučaja te da se načela često neće primijeniti iako je njihova relevantnost za konkretan slučaj očita.¹³¹ U modernim pravnim porecima, poput pravnog poretka RH, da bi se odluka smatrala opravdanom, ona mora biti utemeljena na zakonu (u materijalnom smislu) te

¹²² *Ibid.*, str. 181.

¹²³ *Ibid.*, str. 183.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Zakon o parničnom postupku: SL SFRJ, br. 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91, i NN br., 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19, 80/22, 114/22

¹²⁶ Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 140-141.

¹²⁷ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 184.

¹²⁸ Burazin, L.; Gardašević, Đ.; Krešić, M., *op. cit.* u bilj. 81, str. 234.

¹²⁹ *Ibid.*, str. 235-236.

¹³⁰ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 193.

¹³¹ *Ibid.*

obrazložena.¹³² Posljedica navedenog je da će izreka presude biti opravdana, samo ako je logički odnosno deduktivno izvedena iz opće norme, tj. norme zakona, i premise koja sadržava sud o postojanju relevantnih činjenica konkretnog slučaja.¹³³ Ukratko, kako bi zaključivanje, čiji je rezultat pojedinačna norma, tj. sudska presuda, bilo logički valjano, jedna od premisa iz kojih se izvodi taj normativni zaključak mora sama biti normativne naravi, odnosno opća norma pod koju se podvode činjenice slučaja.¹³⁴

4.1.) Primjena

Navedena uporaba pravnog materijala, odnosno „primjena prava“, a koja je nužna kako bi presuda bila opravdana i valjana, podrazumijeva tri različite intelektualne radnje.¹³⁵ Uzimajući u obzir prethodno opisana razlikovanja između odredbi i normi, normi koje su rezultat tumačenja i pravnog konstruiranja te pravila i načela, ključno je razlikovati primjenu tri različite vrste pravnog materijala kojima se služimo kako bi sudska odluka bila pravno utemeljena ili valjana, a to su odredbe, pravila i načela.¹³⁶

Tako primijeniti odredbu znači pripisati joj značenje, tj. protumačiti je, čime iz nje izvodimo izraženu normu odnosno uporabiti je kao normativni temelj za konstruiranje neizražene norme.¹³⁷ Norma koja je tumačenjem izvedena iz pravne odredbe može biti pravilo ili načelo. Ukoliko se radi o pravilu, kao što je navedeno u dijelu u kojem se govorilo o općenitosti kao kriteriju razlikovanja, ono je prikladno za obavljanje funkcije normativne premise u pravnom silogizmu čiji je zaključak konkretan pravni propis, odnosno presuda.¹³⁸ S druge strane, načelo, zbog svoje osobite neodređenosti, nije prikladno za takvu deduktivnu operaciju, što znači da ga je potrebno konkretizirati. To podrazumijeva uporabu načela kao premise nededuktivnog rasuđivanja čiji je zaključak neizraženo pravilo koje je zbog svoje veće razine određenosti moguće uporabiti kao normativnu premisu pravnog silogizma.¹³⁹ Vidimo kako načela zbog svoje strukture i sadržaja nisu prikladna za deduktivno rasuđivanje, stoga je i njihova primjena u pravilu ograničena na dva najčešća scenarija u kojima je njihova uporaba neizbježna, a to su slučajevi popunjavanja pravnih praznina i ocjene ustavnosti zakonskog pravila.¹⁴⁰ Primjena načela, kao što je prethodno navedeno, iziskuje odnosno podrazumijeva konkretizaciju. Tako je u obama slučajevima primjene nužno iz načela izvući neizraženo pravilo koje, za razliku od načela, ima zatvoren antecedent te nije općenito niti otklonjivo. Tek tada ćemo moći konkretne činjenične okolnosti slučaja podvesti pod antecedent dobivenog neizraženog pravila odnosno usporediti tako dobiveno pravilo sa zakonskim pravilom o čijoj se ustavnosti raspravlja.¹⁴¹ Ocjena ustavnosti zakonskih pravila usko je povezana s antinomijama između ustavnih načela jer gotovo svako pravilo svoj vrijednosni temelj duguje nekom načelu, a koje je u većini slučajeva ili izraženo u ustavu ili se iz neke njegove odredbe može izvesti pravno konstruirajućim argumentom. Tvrdi se kako jamčenje temeljnih prava i sloboda te određivanje kolektivnih ciljeva ustavom garantira antinomije jer se gotovo svaka zakonska mjera kojom se na bilo koji način ograničava neko pravo ili sloboda pojedinca može shvatiti

¹³² Tako članak 118. stavak 3. Ustava RH: „Sudovi sude na temelju Ustava, zakona, međunarodnih ugovora i drugih važećih izvora prava.“, te članak 338. stavak 1. Zakona o parničnom postupku: „Pismeno izrađena presuda mora imati uvod, izreku i obrazloženje.“

¹³³ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 2, str. 404-405.

¹³⁴ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 219.

¹³⁵ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 2, str. 403.

¹³⁶ *Ibid.*, str. 403-404.

¹³⁷ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 241.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.*, str. 194.

¹⁴¹ *Ibid.*, str. 195-196.

kao ograničenje ustavnih načela kojima se te slobode i prava jamče.¹⁴² Stoga će o konkretizaciji načela u svrhu ocjene ustavnosti pravila više biti rečeno u poglavlju o antinomijama i odvagivanju načela.

4.2.) Sudačko rasuđivanje

Pod sudačkim rasuđivanjem podrazumijevamo diskurs, tj. navođenje razloga u prilog određenog zaključka, odnosno odluke.¹⁴³ Takav diskurs ima dvije razine. Prvu razinu ili unutarnje opravdanje te drugu razinu ili vanjsko opravdanje.¹⁴⁴ Pravni materijali koje rabimo za utemeljenje sudske odluke, odredbe, pravila i načela, pripadaju različitim razinama navedenog diskursa.¹⁴⁵

Sudačko rasuđivanje na prvoj razini, tj. unutarnje opravdanje, deduktivne je naravi i stoga predstavlja primjenu pravila te može biti formalizirano, odnosno premise rasuđivanja mogu biti prikazane, u obliku logičke sheme nazvane „Supsumirajuća formula“ (*Subsumation Formula*).¹⁴⁶ Prvu premisu unutarnjeg opravdanja čini pravilo koje se primjenjuje, dobiveno ili tumačenjem *in abstracto* ili pravnim konstruiranjem (npr. Kradljivce treba kazniti). Druga premisa sadržava sud o postojanju relevantnih činjenica konkretnog slučaja (npr. Marko je otuđio određenu stvar iz trgovine bez plaćanja). Treća premisa jest podvodeći iskaz (tumačenje *in concreto*), tj. iskaz kojim se činjenice slučaja podvode pod antecedent pravila prve premise (npr. Otudjenje stvari iz trgovine bez plaćanja predstavlja krađu.). Zadnja premisa predstavlja konkretan pravni propis, odnosno sudske odluke (npr. Marka treba kazniti).¹⁴⁷ Konceptom unutarnjeg opravdanja i njegovim formalno-logičkim prikazom nastoji se sudačkom rasuđivanju, odnosno primjeni pravila pripisati logička valjanost, tj. predstaviti ga kao racionalan proces koji prikazuje koje su nam premise nužne kako bismo došli do logički valjane sudske odluke.¹⁴⁸ Naravno, u njemu nije iscrpljeno argumentiranje sudske odluke, nego se ono odvaja od druge razine ili vanjskog opravdanja, kako bi se barem tom dijelu sudačkog rasuđivanja mogla pripisati formalno-logička valjanost i stoga racionalnost.¹⁴⁹

Za razliku od pravila, primjena načela i odredbi pripada vanjskom opravdanju, koje predstavlja skup rasuđivanja, u pravilu nededuktivne naravi, s pomoću kojeg se opravdavaju premise unutarnjeg opravdanja.¹⁵⁰ Vrste premise ove razine sudačkog rasuđivanja nisu strogo određene, već se u njemu mogu naći različiti argumenti uobičajeni za pravni diskurs.¹⁵¹ Tako premise vanjskog opravdanja mogu sačinjavati razni tumačenjski argumenti, poput npr. analogije ili razdiobe, a kojim opravdavamo *in abstracto* i *in concreto* tumačenje odredbi koje smo na taj način primijenili.¹⁵² Osim tumačenjskih, vanjsko opravdanje, osobito u slučaju primjene načela, može sadržavati razne konstruktivne argumente, kojima se opravdavaju razne vrste pravnog konstruiranja, poput stvaranja vrijednosnih pravnih praznina, formuliranja neizraženih normi radi popunjavanja tih istih pravnih praznina ili konkretiziranja načela, ponderiranja, u pravilu, ustavnih načela, stvaranja vrijednosnih hijerarhija između normi itd.¹⁵³

¹⁴² Alexy, R., *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, Ratio Juris, vol. 16, br. 4, 2003., str. 436.

¹⁴³ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 217.

¹⁴⁴ *Ibid.*, str. 243-244.

¹⁴⁵ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 2, str. 407.

¹⁴⁶ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 142, str. 433-434.

¹⁴⁷ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 2, str. 406.

¹⁴⁸ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 142, str. 435.

¹⁴⁹ *Ibid.*, str. 434-435.

¹⁵⁰ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 245.

¹⁵¹ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 142, str. 435.

¹⁵² Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 2, str. 406.

¹⁵³ *Ibid.*, str. 407.

4.3.) Uporaba načela u svrhu popunjavanja pravne praznine i njihova konkretizacija

Kao što je prethodno navedeno, jedna od situacija u kojoj sudovi primjenjuju načela, u pravilu ustavna, ali moguće i zakonska, su slučajevi potrebe popunjavanja pravnih praznina koje su najčešće vrijednosne naravi.¹⁵⁴ Načela u ovakvim situacijama mogu poslužiti za uvođenje implicitne iznimke od primjene određenog pravila, a koje bi prema doslovnom tumačenju u konkretnom slučaju trebalo biti primijenjeno na temelju argumenta da bi njegova primjena bila protivna određenom načelu.¹⁵⁵ Argument se temelji na pretpostavci kako je zakonodavac, u svjetlu *ratio legis*, ili podrazumijevao određeno razlikovanje ili kako bi on određeno razlikovanje napravio da je u obzir uzeo konkretni slučaj.¹⁵⁶ Načelo na temelju, odnosno u svjetlu kojeg se uvodi neizražena iznimka zatim služi za konstruiranje novog pravila suženog dosega, tj. zamjenu postojeće norme „Ako Č, onda P“ novom normom „Ako Č1 i ne Č2, onda P“, a što je jednako spoju normi „Ako Č1, onda P“ i „Ako Č2, onda ne-P“.¹⁵⁷ Prethodno opisani argument razdiobe ili disocijacije, možemo prikazati na primjeru iz domaće sudske prakse. Prema članku 3. stavku 2. Zakona o upravnim sporovima predmet upravnog spora može biti i ocjena zakonitosti općeg akta jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave (dalje u tekstu: JLPRS).¹⁵⁸ Iako se u samom tekstu zakonske odredbe ne pravi razlika između različitih vrsta općih akata JLPRS, USRH u svojoj odluci ipak pravi razliku između „običnih“ općih akata tijela JLPRS-a i statuta JLPRS-a.¹⁵⁹ To znači da unutar razreda svih općih akata JLPRS-a (Č) treba drugačije urediti podrazred statuta (Č2) jer se on navodno bitno razlikuje od ostalih općih akata JLPRS (Č1).¹⁶⁰ Stoga USRH smatra kako je za ocjenu zakonitosti statuta JLPRS nadležan, ne Visoki upravni sud, već USRH i to zbog važnosti statuta za ostvarenje Ustavom zajamčenog prava na lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu,¹⁶¹ a koje se pravo smatra „jednim od temeljnih načela demokratskog ustrojstva političke zajednice“.¹⁶² Također, osim argumenta razdiobe, konstruktivna inačica argumenta *a simili* je druga najčešća nomopojetička metoda s pomoću koje se načela koriste kao argument za stvaranje i popunjavanje pravnih praznina.¹⁶³ Kao što je prethodno navedeno u slučaju postojanja pravne praznine sudovi, u pravilu, primjenjuju ustavna načela. U slučaju kada je određeno činjenično stanje uređeno zakonskom normom koja nije nespojiva s ustavom, ali sud smatra da određeno ustavno načelo nalaže drugačije uređenje,¹⁶⁴ sud će primijeniti argument razdiobe, a na koji se način uklanjaju navodne vrijednosne neusklađenosti između normi zakona i ustava.¹⁶⁵ U slučaju kada određeno činjenično stanje nije zakonski normirano, a sud smatra da iz određenog ustavnog načela proizlazi da bi ono trebalo biti uređeno u skladu s tim načelom,¹⁶⁶ sud će se poslužiti argumentom analogije. No, bez obzira na normativni i faktični kontekst slučaja, svaka primjena načela iziskuje njegovu konkretizaciju, kako bi jezgra sudske odluke, tj. izreka mogla imati deduktivnu strukturu. Rezultat tog postupka je stvaranje neizraženih pravila koje predstavlja vrstu „apokrifnog“ zakonodavstva tumača, a koje je, zbog sadržaja i

¹⁵⁴ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 194.

¹⁵⁵ Raz, J., *op. cit.* u bilj. 84, str. 840-841.

¹⁵⁶ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 270.

¹⁵⁷ *Ibid.*, str. 269-270.

¹⁵⁸ Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 20/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17, 110/21

¹⁵⁹ Burazin, L.; Relac, S., *O argumentu analogije i argumentu razdiobe*, 2023., dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/o-argumentu-analogije-i-argumentu-razdiobe-55900> (29.1.2024.)

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Smerdel, B., *op. cit.* u bilj. 15, str. 487.

¹⁶³ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 186, bilj. 44.

¹⁶⁴ Burazin, L.; Relac, S., *Primjena ustava od strane (hrvatskih) redovnih sudova*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 73, br. 5, 2023., str. 853.

¹⁶⁵ *Ibid.*, str. 853-854, bilj. 40.

¹⁶⁶ *Ibid.*, str. 853.

strukture ustavnih normi, posebno razvijeno u ustavnosudskoj praksi.¹⁶⁷ Tako će sud, bilo ustavni ili redovni, u postupku „primjene ustava“, odnosno ustavnih načela (u širem smislu) u slučaju potrebe popunjavanja pravnih praznina, u pravilu, poći od ustavne odredbe čijim će tumačenjem utvrditi izraženo ustavno načelo ili programatsku normu, a koje odnosno koju će zatim primijeniti na način da će iz njega ili nje konstruirati neizraženo ustavno pravilo na temelju kojega će riješiti slučaj u pitanju, tj. donijeti sudsku odluku.¹⁶⁸ U ovakvim slučajevima načela su razlozi za pravila, u smislu da načela pružaju temelj za konstruiranje pravila, dok su tako dobivena pravila razlog ili temelj za konkretnu sudsku odluku.¹⁶⁹

Razina specifičnosti do koje se načela mogu konkretizirati u sudskoj praksi možda je najbolje vidljiva u postupcima u kojima se pojedinci obraćaju, u vezi navodne povrede nekog prava ili slobode, bilo nacionalnim ustavnim sudovima bilo međunarodnim sudovima, poput Europskog suda za ljudska prava (dalje u tekstu: ESLJP), zaduženima za utvrđivanje postojanja povrede tih prava i sloboda, a koja se jamče odnosno štite odredbama ustava odnosno međunarodnih konvencija, a koje po svojoj strukturi i sadržaju u pravilu odgovaraju načelima. Tako ESLJP iz članka 3. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje u tekstu: Konvencija), kojim se određuje kako nitko ne smije biti podvrgnut mučenju ni nečovječnom ili ponižavajućem postupanju ili kazni,¹⁷⁰ izvodi pravo zatvorenika na uvjete pritvora odnosno zatvora u skladu s ljudskim dostojanstvom, te nadalje konkretizira, kako postoji snažna presumpcija da je ljudsko dostojanstvo povrijeđeno, u vidu ponižavajućeg postupanja, ako zatvorenik u ćeliji nema individualni prostor za spavanje, najmanje tri kvadratna metra površine poda te ako ukupna površina ćelije zatvorenicima ne dopušta slobodno kretanje između dijelova namještaja.¹⁷¹ ESLJP je također precizno odredio uvjete koje smještaj mora zadovoljiti kako bi se, u slučaju nezadovoljenja prethodno navedenih uvjeta, navedena snažna presumpcija glede postojanja povrede mogla oboriti, pri čemu je teret dokaza na državi.¹⁷² Iz navedenog vidimo kako se načelo kroz sudsku praksu može konkretizirati do te mjere da određuje kvadraturu zatvorske ćelije. Ovakvom nomopojetičkom djelatnošću ESLJP uspostavlja standarde s pomoću kojih ujednačava vlastitu praksu i promiče pravnu sigurnost, jer navedenim standardima, odnosno konkretizacijom načela omogućuje adresatima da svoje ponašanje usklade sa zahtjevima Konvencije.

U domaćoj sudskoj praksi, kao primjer u kojem je Vrhovni sud Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: VSRH) samostalno primijenio načelo, tj. neposredno ga primijenio na konkretno činjenično stanje, navodi se spor u vezi raskida ugovora o dosmrtnom uzdržavanju.¹⁷³ U konkretnom slučaju, tužitelj je s tuženicom, koja je u to vrijeme bila njegova supruga, sklopio ugovor o dosmrtnom uzdržavanju. Protekom određenog vremena, unatoč tome što je tuženica uredno ispunjavala svoje ugovorne obveze, tužitelj je zatražio raskid ugovora, navodeći kako je došlo do poremećenosti odnosa, a koja je okolnost, Zakonom o nasljeđivanju, analognom primjenom odredbi koje se odnose na ugovor o doživotnom uzdržavanju, predviđena kao pretpostavka za raskid ugovora. Zbog poremećenosti odnosa i odbijanja raskida ugovora došlo je čak i do razvoda braka između stranka. Ipak VSRH je utvrdio kako se u

¹⁶⁷ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 2, str. 391.

¹⁶⁸ Burazin, L.; Relac, S., *op. cit.* u bilj. 164, str. 858.

¹⁶⁹ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 5, str. 59-60.

¹⁷⁰ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, 13/17

¹⁷¹ Ivičević Karas, E., *Penitencijarno pravo*, Pravni Fakultet, Zagreb, 2022., 83-84.

¹⁷² *Ibid.*, 85.

¹⁷³ Jug, J., *Primjena pravnih načela u odlukama Vrhovnog suda Republike Hrvatske*, 2014., dostupno na: https://www.vsrh.hr/custompages/static/HRV/files/JugJ_Primjena-pravnih-nacela-u-odlukama-VSRH.pdf (16.1.2024.), str. 20.

ponašanju tužiteljice, a koja je i nakon razvoda braka uzdržavala tužitelja, ne mogu pronaći uzroci poremećenosti odnosa između ugovornih stranaka. Upravo suprotno, VSRH je te uzroke pronašao u ponašanju tužitelja, koji je na razne načine nastojao narušiti odnose između njega i tuženice, a sve kako bi mogao tvrditi kako su ostvarene pretpostavke za raskid ugovora.¹⁷⁴ Zakonska odredba na koju se tužitelj poziva kao na materijalnu osnovu za svoj tužbeni zahtjev određuje kako ugovorna strana može zahtijevati raskid ugovora o doživotnom uzdržavanju u slučaju kada ugovorne strane žive zajedno, a dođe do takve poremećenosti odnosa koja zajednički život čini nepodnošljivim.¹⁷⁵ Iz utvrđenog činjeničnog stanja možemo zaključiti kako je antecedent zakonskog pravila na koje se tužitelj poziva ispunjen, što podrazumijeva osnovanost njegova zahtjeva za raskid ugovora, tj. primjenjivost pravila na konkretni slučaj. Naime, VSRH je utvrdio da su ugovorne strane sklopile ugovor o dosmrtnom uzdržavanju, da žive zajedno te da je došlo do poremećenosti odnosa koje zajednički život čine nepodnošljivim do te mjere da je došlo i do razvoda braka između ugovornih strana. Ipak, VSRH nije prihvatio tužiteljev zahtjev za raskid ugovora navodeći kako navedeno zakonsko pravilo treba „protumačiti u svjetlu“ načela savjesnosti i poštenja te zabrane zlouporabe prava. Tako je VSRH zaključio da se zlouporabom prava ima smatrati slučaj kada jedna od ugovornih stranaka namjerno izaziva poremećenost odnosa s ciljem da njihov zajednički život postane nepodnošljiv, a sve kako bi se stvorile pretpostavke za raskid sklopljenog ugovora.¹⁷⁶ U ovom slučaju VSRH se zapravo koristi metodom razdiobe radi konstruiranja neizražene iznimke. Unutar razreda činjeničnih stanja obuhvaćenih antecedentom pravila pravi se razlika između situacija u kojim je do poremećenosti došlo nenamjerno ili spontano i onih situacija u kojima je jedna od ugovornih strana svjesno uzrokovala tu poremećenost, a koje je stanje, tvrdi se, bitno drugačije od prvotnoga. Zatim se argumentira da u svjetlu načela savjesnosti i poštenja i zabrane zlouporabe prava taj razred činjeničnih stanja treba urediti drugačije, tj. tako da u takvim slučajevima nisu ostvarene pretpostavke za raskid ugovora. Posljedica navedenog je da se u prvotno pravilo uvodi iznimka, odnosno da se prvotno pravilo zamjenjuje novim koje inkorporira iznimku u svoj antecedent.¹⁷⁷ Navedena iznimka predstavlja neizraženo pravilo koje je dobiveno konkretizacijom načela savjesnosti i poštenja te zabrane zlouporabe prava. Stoga premisu vanjskog opravdanja rasuđivanja VSRH-a u ovom slučaju čine navedena načela na temelju kojih se pravnokonstruirajućim metodama stvara vrijednosna pravna praznina koja se onda popunjava konstruiranjem neizraženog pravila koje predstavlja konkretizaciju primijenjenih načela te koje je prikladno da bude normativna premisa unutarnjeg opravdanja, a čiji je zaključak kako tužiteljev zahtjev treba odbiti. Pozivajući se na načela izražena u Zakonu o obveznim odnosima, VSRH nastoji dokazati materijalnu valjanost konstruiranog pravila, iako ono nije izraženo u nekoj pravnoj odredbi, tj. nastoji pokazati kako to pravilo svoj vrijednosni temelj duguje primijenjenim načelima.¹⁷⁸

Prethodno opisani slučaj neodoljivo podsjeća na primjer koji je Dworkin naveo u svrhu dokazivanja svoje teze o jakom razlikovanju pravila i načela. U predmetu *Riggs v. Palmer* unuk je ubio svoga djeda kako bi došao do njegove imovine kao njegov oporučni nasljednik. Sud je u tom slučaju utvrdio da sukladno doslovnom tumačenju relevantnih zakonskih odredbi nasljedstvo treba pripasti unuku.¹⁷⁹ Ipak unuk nije naslijedio svoga djeda, jer je sud zaključio kako se svi pravni poslovi smiju preispitivati u svjetlu „temeljnih maksima common lawa“, znači općih načela, pa tako i načela da se nitko ne smije okoristiti vlastitim protupravnim

¹⁷⁴ VSRH, Rev-1390/08-2 od 18.11.2009.

¹⁷⁵ Zakon o nasljeđivanju, Narodne novine, br. 48/2003

¹⁷⁶ VSRH, Rev-1390/08-2 od 18.11.2009.

¹⁷⁷ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 270.

¹⁷⁸ *Ibid.*, str. 189.

¹⁷⁹ Dworkin, R., *op. cit.* u bilj. 55, str. 34.

djelom.¹⁸⁰ Dworkin, iako prvotno tvrdi kako pravila, za razliku od načela, ne dopuštaju implicitne iznimke, svoje teze potkrjepljuje primjerom koji dokazuje upravo suprotno te istovremeno navodi kako je sucu dopušteno izmijeniti postojeće pravilo ako je to nužno za unaprjeđenje određenog načela.¹⁸¹ U svojoj analizi slučaja u pitanju Dworkin kao glavni argument pomoću kojeg sud opravdava svoju odluku navodi argument iz načela (*argument from principle*).¹⁸² Ipak, analizirajući obrazloženje sudske odluke moguće je doći i do zaključka kako taj argument služi samo kao potpora drugom, glavnom argumentu, onom protučinjenične namjere zakonodavca.¹⁸³ Pomoću tog argumenta popunjavaju se pravne praznine konstruiranjem normi u skladu s namjerom koju zakonodavac nije imao, budući da činjenična stanja u pitanju nije ni uredio, odnosno uzeo u obzir.¹⁸⁴ Tako sud u obrazloženju svoje odluke navodi kako bi zakonodavac slučaj u pitanju, da ga je predvidio, zasigurno uredio na način koji bi ubojicu isključio od nasljeđivanja,¹⁸⁵ te dalje argumentira kako općenito treba preferirati tumačenje u skladu s namjerom zakonodavca, a ne doslovno tumačenje,¹⁸⁶ tj. kako općenito treba preferirati intencionalističku umjesto literalističke doktrine tumačenja.¹⁸⁷ Stoga sud u svojoj odluci navodi kako ono što se prema doslovnom tumačenju „nalazi u slovu zakona“, ipak ne proizlazi iz njegova teksta ako nije bilo obuhvaćeno namjerom zakonodavca.¹⁸⁸ Rekonstrukcija slučaja u pitanju prema kojoj je sud otklonio primjenjivo pravno pravilo implicira kako sudovi nužno polaze od doslovnog tumačenja, tj. kako samo iznimno rabe argumente poput namjere zakonodavca, a što nije slučaj.¹⁸⁹ Tako nije rijetkost da Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država proces „utvrđivanja prava“ započne istraživanjem namjere zakonodavca, npr. pomoću proučavanja pripremljenih materijala, a sam tekst zakonskih odredbi uzme u obzir tek ako je taj proces bio neuspješan zbog nemogućnosti utvrđivanja te namjere.¹⁹⁰ Stoga se zaključuje kako je argument iz načela, kao i argument razločnosti, poslužio samo kao potpora glavnom argumentu protučinjenične namjere dobrog i suvislog te dosljednog zakonodavca.¹⁹¹ Iz argumenta razločnosti proizlazi kako bi dobar zakonodavac, da je predvidio slučaj u pitanju, isključio ubojicu od nasljeđivanja jer bi suprotan rezultat bio apsurdan i nepravedan. Iz argumenta iz načela proizlazi kako bi suvisao i dosljedan zakonodavac učinio isto jer bi se takav zakonodavac pobrinuo da konkretno zakonsko uređenje bude u skladu s općeprihvaćenim načelom *common lawa* prema kojem se nitko ne smije okoristiti vlastitim

¹⁸⁰ *Ibid.*, str. 35.

¹⁸¹ Hart, H. L. A., *The Concept of Law (Second edition)*, Oxford University Press, Oxford, 1994., str. 262. Za kritiku prikaza primjenjivog materijalnog prava u konkretnom slučaju vidi: Christie, G. C., *op. cit.* u bilj. 71, str. 660-662.

¹⁸² Canale, D.; Tuzet, G., *Legislative Intentions and Counterfactuals: Or, What One Can Still Learn from Dworkin's Critique of Legal Positivism*, *Ratio Juris*, vol. 36, br. 1, 2023., str. 29.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 260.

¹⁸⁵ Canale, D.; Tuzet, G., *op. cit.* u bilj. 182, str. 28.

¹⁸⁶ *Ibid.*, str. 29, 40, 41.

¹⁸⁷ To znači da sud nije birao samo između različitih mogućih metoda tumačenja, npr. doslovnog tumačenja i namjere zakonodavca kako bi pripisao značenje odredbi u pitanju, već općenito između različitih doktrina ili ideologija tumačenja kojim se sudovi općenito trebaju prikloniti pri tumačenju pravnih odredbi. (vidi: Canale, D.; Tuzet, G., *op. cit.* u bilj. 182, str. 41, bilj. 38) O navedenim doktrinama tumačenja vidi: Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 405-406.

¹⁸⁸ Canale, D.; Tuzet, G., *op. cit.* u bilj. 182, str. 29.

¹⁸⁹ Vidi: Siegel, J. R., *The Legacy of Justice Scalia and His Textualist Ideal*, *George Washington Law Review*, vol. 85, br. 3, 2017., str. 860, 894.

¹⁹⁰ *Ibid.*, str. 872-873.

¹⁹¹ Canale, D.; Tuzet, G., *op. cit.* u bilj. 182, str. 41. U ovom slučaju ne radi se o uporabi argumenta namjere povijesnog zakonodavca, tj. namjere ljudi, a koja bi se potencijalno mogla utvrditi uz pomoć pripremljenih materijala, već fiktivnog dobrog i suvislog zakonodavca. (vidi: Canale, D.; Tuzet, G., *op. cit.* u bilj. 182, str. 35-36) O različitim inačicama argumenta namjere zakonodavca vidi: Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 257-261.

protupravnim djelom.¹⁹² Ovakva rekonstrukcija više odgovara Dworkinovu viđenju,¹⁹³ a prema kojem nesuglasica u *Riggs v. Palmer* nije bila o tome trebaju li suci mijenjati pravo, tj. otkloniti primjenjivo pravno pravilo ako bi ono u konkretnom slučaju vodila nepravičnom ishodu, već o tome koja je odluka pravno ispravna, odnosno kakvo rješenje proizlazi iz relevantnih zakonskih odredbi.¹⁹⁴

U drugom primjeru iz domaće sudske prakse Upravni sud u Rijeci (u daljnjem tekstu: Sud) primijenio je načela tako da je na temelju njih stvorio vrijednosnu pravnu prazninu i onda tako stvorenu prazninu popunio neizraženim pravnim pravilom koje predstavlja konkretizaciju primijenjenih načela. Ukratko, u konkretnom slučaju, tužiteljica je zatražila od nadležnih tijela priznavanje statusa njegovatelja svog supruga, koji se zbog nepovoljnog zdravstvenog stanja i činjenice da mu je ograničena poslovna sposobnost nije bio u mogućnosti brinuti o sebi. Ipak, iako je utvrđeno da se tužiteljica skrbi o svom suprugu i da je za navedeno u skladu sa zakonom osposobljena, nije joj priznat status njegovatelja, jer se on, prema relevantnim zakonskim odredbama, može priznati za dijete, ali ne i za bračnog druga.¹⁹⁵ Sud se, smatrajući navedeno zakonsko uređenje nepravednim, poslužio Ustavom RH, i to načelom socijalne pravde te drugim programatskim načelima, a kojima se državi nalaže podmirenje osnovnih životnih potreba slabih i nemoćnih te posvećivanje posebne skrbi zaštititi osoba s invaliditetom i njihovom uključivanju u društveni život, kako bi konstruirao neizraženo pravilo, prema kojem se status njegovatelja može odobriti, ne samo za dijete, već i za bračnog druga.¹⁹⁶ Stoga je Sud poništio rješenja nižestupanjskih tijela i naložio da se tužiteljici odobri zatraženi status. U ovakvim i sličnim slučajevima, uobičajeno se govori o analognoj primjeni pravila ili tumačenju pravila u skladu s načelom, ali prikladnije je govoriti o uporabi načela u svrhu stvaranja novih pravila kojim se ona konkretiziraju.¹⁹⁷ Tako se načela, koja čine vrijednosno opravdanje izraženog pravila, u našem slučaju pravila prema kojem se osobi koja skrbi o djetetu može odobriti status njegovatelja, koristi za stvaranje novog, neizraženog pravila, u našem slučaju pravila da se taj status može odobriti i u slučaju skrbi o bračnom drugu, na temelju argumenta da su navedena činjenična stanja toliko slična da zahtijevaju jednaku normativnu kvalifikaciju.¹⁹⁸ U prvom je primjeru, budući da se radi o načelu u užem smislu, prikladnije govoriti o njegovoj specifikaciji, a u drugom, o ostvarenju načela jer je neizražena norma sredstvo za ostvarenje cilja odnosno poželjnog stanja stvari izraženog u programatskoj normi.¹⁹⁹ Stoga možemo zaključiti kako načela kroz proces njihove konkretizacije igraju ključnu ulogu u nomopojetičkoj djelatnosti sudova.

4.4.) Uporaba načela u svrhu usmjeravanja tumačenja

Konkretiziranje načela odnosno odvagivanje sukobljenih načela nisu jedini načini uporabe načela u pravnom rasuđivanju.²⁰⁰ Tako je jedna od najraširenijih funkcija gotovo svih načela njihova uporaba kao temelja za tumačenje drugih normi, uključujući i tumačenje posebnih načela u skladu s općima.²⁰¹ Navedena funkcija temelji se na pretpostavci, prihvaćenoj u većini pravnih poredaka, prema kojoj treba preferirati, odnosno odabrati ono

¹⁹² Canale, D.; Tuzet, G., *op. cit.* u bilj. 182, str. 41.

¹⁹³ *Ibid.*, str. 27-28.

¹⁹⁴ Dworkin, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, MA, and London, 1986., str. 20.

¹⁹⁵ Upravni sud u Rijeci, 2 Usl-1594/15 od 29. lipnja 2016.

¹⁹⁶ Burazin, L.; Gardašević, Đ.; Krešić, M., *op. cit.* u bilj. 81, str. 239-240.

¹⁹⁷ Raz, J., *op. cit.* u bilj. 84, str. 840.

¹⁹⁸ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 263.

¹⁹⁹ *Ibid.*, str. 189.

²⁰⁰ *Ibid.*, str. 202-203.

²⁰¹ Raz, J., *op. cit.* u bilj. 84, str. 839.

tumačenje pravne odredbe koje je u skladu s relevantnim načelom.²⁰² Najpoznatiji i najčešći primjer ove funkcije načela je onaj „prilagođujućeg tumačenja zakona“, tj. tumačenja zakonskih odredbi u skladu s ustavnim načelima. Prilagođujuće je ono tumačenje zakona kojim se izbjegava proturječje između ustava i zakona tako da se između dvaju mogućih tumačenja konkretne zakonske odredbe, od kojih je jedno u skladu s ustavom, a drugo mu proturječno, izabere prvo.²⁰³ Takve tumačeće odluke (u užem smislu) mogu biti odbijajuće i prihvaćajuće.²⁰⁴ Kod odbijajućih odluka, sud odbija dvojbu glede ustavnosti navodeći da se zakonska odredba mora tumačiti tako da izražava ustavnom načelu sukladnu normu i tako neizravno zabranjuje tumačenje proturječno ustavu. U slučaju prihvaćajućih odluka, sud prihvaća utemeljenost ustavne dvojbe te je rješava tako da utvrđuje neustavnost zakonske odredbe u dijelu u kojem izražava neustavnu normu, tj. neustavnim proglašava tumačenje zakonske odredbe na način koji nije u skladu s ustavnim načelom.²⁰⁵ Različiti oblici prilagođujućeg tumačenja služe za izbjegavanje antinomija između materijalno odnosno vrijednosno hijerarhijski poredanih normi kako bi se očuvali normativni dokumenti, tako da ih se izbjegava proglasiti nevaljanima, a čime se postiže logička dosljednost i vrijednosna suvislost pravnog poretka.²⁰⁶ Važnost ove funkcije načela najbolje je vidljiva pri usporedbi različitih pravnih poredaka u kojima se, unatoč sličnosti tekstova pravnih odredbi, u procesu njihova tumačenja dolazi do bitno različitih zaključaka glede njihova značenja upravo zbog upotrebe različitih načela pri tumačenju tih odredbi.²⁰⁷ Tehnikom prilagođujućeg tumačenja koriste se i hrvatski sudovi. Tako se USRH poslužio tom tehnikom pri ocjenjivanju ustavnosti odredbe ustavnog amandmana i pripadajuće zakonske odredbe kojom se amandman u pitanju razrađuje, a kojim se propisuje nezastarijevanje kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz pretvorbe i privatizacije, odnosno mogućnost poduzimanja kaznenog progona i nakon isteka zakonom propisanih zastranih rokova.²⁰⁸ Prema ocjeni USRH-a, doslovno tumačenje ovih odredbi, a prema kojem bi se progon mogao poduzeti u vezi kaznenih djela za koje zastara već nastupila, dovelo bi do neustavnih posljedica, tj. takvo bi tumačenje bilo neustavno. Zato se u odluci nalaže tumačenje tih odredbi u skladu s ustavnim načelom vladavine prava, a koje, prema ocjeni USRH-a, državi ne dopušta retroaktivno propisivanje mogućnosti kaznenog progona, odnosno miješanje u slučajeve u kojima je već nastupila njegova zastara.²⁰⁹

Prethodno opisani slučaj primjer je prilagođujućeg tumačenja *in abstracto* kojim se sud može poslužiti u slučaju izbjegive antinomije *in abstracto*, tj. situacije kod koje sudac određenoj zakonskoj odredbi može pripisati više različitih (prihvatljivih) značenja od kojih je barem jedno sukladno ustavu, a barem jedno s njim nespojivo.²¹⁰ Sud se tehnikom prilagođujućeg tumačenja može poslužiti i pri tumačenju *in concreto* i to kako bi izbjegao podvođenje koje bi za posledicu imalo povredu ustavom zaštićenog prava, odnosno koje bi bilo u suprotnosti s ustavnim načelom.²¹¹ U ovakvim situacijama zakonska norma primjenjiva na konkretan slučaj je *in abstracto* spojiva s ustavom, ali bi njezina primjena ili neprimjena mogla dovesti do neustavne posljedice, tj. do povrede nekog ustavnog prava.²¹²

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 202-203.

²⁰⁴ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 2, str. 199.

²⁰⁵ *Ibid.*, str. 199-200.

²⁰⁶ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 289.

²⁰⁷ Raz, J., *op. cit.* u bilj. 84, str. 840.

²⁰⁸ Burazin, L.; Gardašević, Đ.; Krešić, M., *op. cit.* u bilj. 81, str. 241.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ Burazin, L.; Relac, S., *op. cit.* u bilj. 164, str. 858.

²¹¹ *Ibid.*, str. 863.

²¹² *Ibid.*, str. 862.

Možemo razlikovati barem dvije situacije kod kojih se sudovi služe prilagođujućim tumačenjem *in concreto*, odnosno kod kojih se služe ustavnim načelima kao „kriterijima za podvođenje“.²¹³ Prva se odnosi na slučaj „pretjeranog formalizma“ u primjeni zakona, kod kojeg relevantna zakonska norma *in abstracto* ne proturječi ustavu, ali bi se njezina primjena ili neprimjena, uzimajući u obzir specifične okolnosti konkretnog slučaja, mogla okarakterizirati kao nerazumna, mehanička ili nepravedna te koja za posljedicu ima povredu nekog ustavnog prava.²¹⁴ Tako je ESLJP u jednoj svojoj odluci utvrdio kako je podnositelju povrijeđeno pravo na pristup sudu zajamčeno člankom 6. stavkom 1. Konvencije jer su hrvatski sudovi pretjerano formalistički primijenili članak 3. stavak 1. točku 1. Zakona o upravnim sporovima. Naime, odredbom u pitanju određeno je kako predmet upravnog spora, među ostalim, može biti i ocjena zakonitosti pojedinačne odluke kojom je javnopravno tijelo odlučilo o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke u upravnoj stvari (upravni akt) protiv koje nije dopušteno izjaviti redoviti pravni lijek.²¹⁵ Ukratko, u konkretnom predmetu podnositelj je podnio tužbu na odluku Hrvatske gospodarske komore (dalje u tekstu: HGK) kojom je odbačen njegov zahtjev za usklađivanje voznog reda, a koje je odobrenje preduvjet dobivanja dozvole za obavljanje prijevoza na određenoj liniji koju izdaje nadležno ministarstvo. Upravni sud u Splitu je odbacio tužbu podnositelja uz obrazloženje da predmetni zapisnik, tj. odluka HGK-a u formalnom smislu ne predstavlja upravni akt. Sukladno stavu tog upravnog suda, samo je odluka ministarstva o izdavanju dozvole za prijevoz upravni akt protiv kojeg se može podnijeti upravna tužba. S druge strane, ESLJP je zaključio, pozivajući se i na raniju praksu Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, kako činjenica da u postupku usklađivanja voznih redova HGK ne donosi upravni akt u formalnom smislu, ne smije biti prepreka sudskom preispitivanju zakonitosti akta jer se odlukom HGK očito odlučuje i o pravima, obvezama odnosno pravnim interesima stranke, a protiv koje nije dopušten pravni lijek.²¹⁶ U ovom primjeru neprimjena, odnosno neodređivanje pravne posljedice određene člankom 3. stavkom 1. točkom 1. Zakona o upravnim sporovima (nepriznavanje prava na osporavanje zakonitosti akta pred nadležnim sudom) dovela bi do nerazumnih posljedica, u smislu da bi se na taj način nerazmjerno ograničilo podnositeljevo pravo na pristup sudu. Stoga sud mora prilagođujućim tumačenjem *in concreto* i ovaj slučaj podvesti pod doseg primjene tog pravila iako odluka HGK u pitanju nije u formalnom smislu upravni akt.²¹⁷

Druga situacija u kojoj se sudovi služe prilagođujućim tumačenjem *in concreto* je ona sukoba ustavnih prava. Ovdje također primjenjiva zakonska norma, a kojom se konkretizira neko ustavno pravo, nije *in abstracto* nespojiva s ustavom, ali bi njezina primjena u konkretnom slučaju rezultirala nerazmjernim zadiranjem u neko drugo ustavno pravo.²¹⁸ Sudovi se služe navedenom tehnikom kada, npr., odvaguju između prava vlasništva i prava na dom te odluče u korist potonjeg unatoč činjenici da je stranka koja zahtjeva predaju posjeda, prema relevantnim zakonskim odredbama, vlasnik nekretnine u pitanju.²¹⁹ Odvaganje u korist prava na dom u ovakvim okolnostima rezultat je prakse ESLJP koji pojmovima iz konvencije metodom

²¹³ *Ibid.*, 862-863.

²¹⁴ *Ibid.*, 862.

²¹⁵ Zakon o upravnim sporovima, Narodne Novine, br. 20/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17, 110/21

²¹⁶ *Croatia Bus protiv Hrvatske*, br. 12261/15, 2. lipnja 2022., t. 13,14, 15.; Vlada Republike Hrvatske, Ured zastupnika Republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava, *Analiza presude Croatia Bus protiv Hrvatske*, Zagreb, 2023. dostupno na: <https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti/Analize%20presuda%20i%20odluka//Croatia%20bus%20d.o.o.%20-%20analiza%20presude.pdf> (8. 2. 2024.), str. 83.

²¹⁷ Burazin, L.; Relac, S., *op. cit.* u bilj. 164, str. 864-865.

²¹⁸ *Ibid.*, str. 862-863.

²¹⁹ *Ibid.*, str. 865, 867.

autonomnog tumačenja pridaje značenje neovisno o njihovu značenju na nacionalnoj razini.²²⁰ Tako, sukladno navedenoj metodi tumačenja, pojam „doma“ ovisi o činjeničnim okolnostima, odnosno o postojanju dostatne i neprekinute veze osobe s određenim mjestom, a ne o klasifikaciji prema domaćem pravu.²²¹ Neodređivanje pravne posljedice propisane primjenjivim zakonskim pravilom, tj. neodređivanje iseljenja i predaje posjeda nekretnine vlasniku opravdava se navodeći kako bi to rezultiralo nerazmjernim zadiranjem u pravo na dom protustranke.²²² Sudovi u objema situacijama trebaju koristiti ustavne norme, odnosno načela, uključujući načelo proporcionalnosti kako bi pomoću njih „prilagodili“ *in concreto* tumačenje, odnosno kako bi opravdali uključivanje ili isključivanje konkretnog slučaja iz područja primjene relevantne *in abstracto* ustavne norme.²²³

Uporabu načela u svrhu popunjavanja pravnih praznina, tj. njihovu konkretizaciju, i njihovu uporabu u okviru tehnike prilagođujućeg tumačenja teško je precizno razdvojiti. Prva uporaba je nomopojetičke, odnosno pravnokonstruirajuće naravi, a druga tumačenjske naravi, pri čemu je jasna granica između tih dviju djelatnosti nepostojana.²²⁴

5.) ANTINOMIJE I ODVAGIVANJE

Upravo se slučajevi antinomija među normama navode kao primjeri u kojima se najjasnije može uočiti razlika između pravila i načela.²²⁵ Bilo da se radi o sukobu načela ili pravila, u oba slučaja postoje dvije norme koje na suprotan način uređuju isto činjenično stanje. Razlika između pravila i načela manifestira se u načinu rješavanja njihovih sukoba.²²⁶ Problematika sukoba načela najizraženija je u području ustavnog prava, što je posljedica prevladavajuće koncepcije u pravnoj teoriji i praksi prema kojoj se ustavne norme, uključujući i one kojima se jamče temeljna prava i slobode, shvaćaju kao načela.²²⁷ Suprotna koncepcija ustavne norme kojima se jamče temeljna prava i slobode shvaća striktno i usko, tj. kao pravila, a koja se primjenjuju na isti način kao i ona nižeg hijerarhijskog ranga.²²⁸ Slučajevi antinomija između načela, posebno ustavnih, su toliko učestali da se njihovo sukobljavanje smatra neizbježnim te stoga i ključnim obilježjem samog pojma načela.²²⁹ Zbog toga će u prvom planu biti upravo sukobi načela ustavne razine, što naravno ne isključuje mogućnost antinomija između načela druge vrste.²³⁰ Što se tiče metoda za rješavanje sukoba između ustavnih načela, analizirat će se tehnika odvagivanja,²³¹ kao najraširenija metoda s pomoću koje se navedeni sukobi rješavaju.²³² Konkretno, u proučavanju navedene metode, oslonit ću se na rad Roberta

²²⁰ Zrinski Marochini, M., *Izazovi u primjeni i tumačenju Konvencije u Republici Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 55, br. 2, 2018., str. 428.

²²¹ Europski sud za ljudska prava, *Vodič kroz članak 8. Konvencije – Pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života*, 2020., dostupno na: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_8_HRV (8. 2. 2024.), str. 83.

²²² Burazin, L.; Relac, S., *op. cit.* u bilj. 164, str. 867.

²²³ *Ibid.*, str. 863.

²²⁴ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 158-159.

²²⁵ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 21, str. 295.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ Keršić, M., *Problem „težina“ sukobljenih ustavnih načela u analizi proporcionalnosti (odvagivanju)*, Pravni Vjesnik, vol. 38, br. 3-4, 2022., str. 87-88.

²²⁸ Alexy, R., *Constitutional Rights, Balancing and Rationality*, Ratio Juris, vol. 16, br. 2, 2003., str. 131-132.

²²⁹ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 196.

²³⁰ Za primjer sukoba između općih načela prava vidi: Burazin, L., *Kriteriji specijalnosti kao sredstvo rješavanja antinomija između općih načela prava (slučaj gradska groblja)*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 61, br. 2, 2011., str. 595-611.

²³¹ Osim odvagivanja postoje i druge metode rješavanja sukoba između ustavnih načela koje predlažu autori poput Ronalda Dworkina, Luigia Ferrajolia, Lorenza Zucce i dr. (vidi: Keršić, M., *Legal Methods For Resolving Apparent Conflicts Between Fundamental Rights*, Tarello Institute for Legal Philosophy, str. 6)

²³² Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 198.

Alexya, kako zbog sveobuhvatnosti njegove teorije načela,²³³ tako i zbog značajnog utjecaja njemačke ustavne doktrine i prakse u Republici Hrvatskoj.

5.1.) Antinomije

Antinomija je slučaj kada se dvjema normama za isto pojedinačno i konkretno činjenično stanje određuju suprotne pravne posljedice, npr. jednom normom je pušenje u zatvorenim prostorima dopušteno, a drugom zabranjeno.²³⁴ Takve situacije uzrokuju logičku nedosljednost pravnog poretka jer se konkretan slučaj može riješiti na oprečne načine.²³⁵ Pri tome, potrebno je razlikovati dvije vrste antinomija, *in abstracto* te *in concreto*.²³⁶ Antinomiju *in abstracto* moguće je utvrditi, već prilikom tumačenja odredbe jer se antecedenti sukobljenih normi pojmovno potpuno ili djelomično preklapaju.²³⁷ Antinomiju *in concreto* je moguće utvrditi, tek prilikom primjene norme na konkretno činjenično stanje, budući da su antecedenti sukobljenih normi pojmovno neovisni te njihov sukob zato nije nužan, već kontingentan, tj. posljedica toga da se u stvarnosti pojavljuju konkretna činjenična stanja koja spadaju u područje primjene obiju normi.²³⁸ Nadalje, antecedenti normi koje su se našle u sukobu mogu se u potpunosti ili samo djelomično preklapati.²³⁹ Kada norme sa suprotnim pravnim posljedicama uređuju isti razred činjeničnih stanja radi se o potpunom preklapanju odnosno potpunoj antinomiji.²⁴⁰ Kod djelomičnih antinomija moguća su dva slučaja. Tako razlikujemo jednostrano djelomičnu antinomiju, kod koje je razred činjeničnih stanja uređen jednom normom u potpunosti sadržan u razredu činjeničnih stanja uređenih drugom normom te dvostrano djelomičnu antinomiju, kod koje se činjenična stanja samo preklapaju odnosno presijecaju tako da su samo neka činjenična stanja sadržana u antecedentu jedne norme također sadržana u antecedentu sukobljene norme.²⁴¹ Ovaj pregled pojma antinomije je potreban kako bismo utvrdili po čemu je to sukob načela specifičan, odnosno kojoj od navedenih vrsta antinomija on pripada.

Dworkin tvrdi kako se pravila, za razliku od načela, primjenjuju po principu „sve ili ništa“. Prema tome, ukoliko je nastupilo činjenično stanje sadržano u antecedentu pravila i ako je pravilo u pitanju valjano, ono se ima primijeniti, inače ono nije valjano i ništa ne pridonosi odluci.²⁴² On smatra, kao što je prethodno već navedeno, da potpun iskaz pravila sadrži i sve njegove moguće iznimke, stoga se sukob pravila rješava na razini valjanosti. Što se tiče načela, situacija je drugačija. Antinomije među njima nisu pitanje valjanosti, već težine, specifične dimenzije načela, koja ne krasi pravila. Jednostavno rečeno, prema Dworkinu, u slučaju sukoba između načela, prevagnut će, i stoga biti primijenjeno, ono načelo koje ima veću težinu. Ipak, to ne znači, kao u slučaju pravila, da neprimijenjeno načelo nije valjano, ono je i dalje dio pravnog poretka te stoga nema zapreke da odluči idući slučaj u kojem bude primjenjivo.²⁴³ Jedno pravilo može biti funkcionalno važnije od drugog, ali u slučaju sukoba između pravila to

²³³ Poscher, R., *op. cit.* u bilj. 9, str. 427-428.

²³⁴ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 2, str. 269.

²³⁵ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 196.

²³⁶ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 2, str. 270.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *Ibid.* Postoje i teze kako ne postoji razlika između antinomija *in abstracto* i *in concreto*, tj. da se svaka antinomija *in concreto* može svesti na antinomiju *in abstracto*. (vidi: Sardo, A., *Let's talk about antinomies. Normative systems reloaded*, Revus, br. 36, 2018., str. 53-79)

²³⁹ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 108. Podjela na potpune i djelomične antinomije izvorno je Rossova podjela. (vidi: Ross, A., *On Law and Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2019., str. 149)

²⁴⁰ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 2, str. 271-272.

²⁴¹ *Ibid.*, str. 272.

²⁴² Dworkin, R., *op. cit.* u bilj. 55, str. 36.

²⁴³ *Ibid.*, 36-39.

za posljedicu neće imati prevagu jednog od njih nad drugim jer „važnost“ norme nije isto što i njezina težina.²⁴⁴ Alexy doručuje ovu tezu glede sukoba pravila, navodeći kako se slučaj sukoba između pravila može riješiti tako da se jedno od njih proglasi nevaljanom, ali i tako da se u jedno od njih uvede iznimka.²⁴⁵ Ipak, i on rješenje sukoba načela nalazi u „dimenziji težine“, tj. utvrđivanju koje načelo ima veću težinu te stoga prioritet u konkretnim okolnostima slučaja.²⁴⁶ Alexy zaključuje, kako se sukobi između pravila rješavaju na razini valjanosti, a sukobi načela, pošto se samo valjana načela mogu naći u sukobu, na razini težine.²⁴⁷ Zanimljivo je da tim zaključkom Alexy proturječi sam sebi, jer istovremeno navodi kako je antinomiju između pravila moguće riješiti i uvođenjem iznimke, a što ne rezultira nevaljanošću nijednog od sukobljenih pravila.²⁴⁸ Rješavanje sukoba između pravila na razini ili dimenziji valjanosti podrazumijeva uklanjanje jednog od njih iz pravnog poretka.²⁴⁹ To se postiže uz pomoć uobičajenih tehnika ili kriterija za rješavanje antinomija,²⁵⁰ bilo da su oni kodificirani u nekom pravnom aktu bilo da operiraju kao meta-pravna pravila koja su plod doktrinarne generalizacije odnosno pravnog konstruiranja.²⁵¹ Ovisno o tome da li pravila potječu iz istovrsnih izvora prava ili ne, sukob će se razriješiti te jedno od pravila proglasiti nevaljanom primjenom kriterija *lex superior derogat legi inferiori* ili kriterija *lex posterior derogat legi prior*.²⁵² Naravno, mogući su i nešto kompliciraniji slučajevi, u kojima će se navedeni kriteriji preklapati,²⁵³ no ideja je, da će u svakom slučaju, primjena kriterija rezultirati nevaljanošću jednog od sukobljenih pravila.²⁵⁴ Uvođenje iznimke u jedno od pravila je drugi način na koji možemo riješiti antinomiju, a koja metoda za posljedicu nema uklanjanje jednog od njih iz pravnog poretka.²⁵⁵ Uvesti iznimku znači primijeniti kriteriji *lex specialis derogat legi generali* kako bi riješili antinomiju između pravila istorodnih u hijerarhiji izvora prava, a koja se nalaze u odnosu roda i vrste.²⁵⁶ Dakle, antinomiju jednostrano djelomičnog tipa riješit ćemo tako da s pomoću posebnog (iznimnog) pravila ograničimo doseg općem pravilu.²⁵⁷ Na primjer, jednom normom N1 zabranjuje se pušenje u zatvorenom prostoru, a drugom N2 dopušta pušenje u zatvorenim ugostiteljski objektima. Na temelju primjene kriterija specijalnosti zaključujemo da je N2 ograničila doseg N1 te stoga pušenje u ugostiteljskim objektima nije zabranjeno.²⁵⁸ Naravno, kao što Dworkin i predlaže, kod takvog tipa antinomije moguće je dva pravila preformulirati tako da tvore jedno koje uključuje i iznimku, pa bi nedosljednost na neki način bila nepostojeća.²⁵⁹ Iz prikazanog vidimo da su antinomije između pravila uz pomoć navedenih kriterija ili neke njihove kombinacije, neovisno o tome jesu li kodificirani ili plod konstruiranja,

²⁴⁴ *Ibid.*, str. 38-39.

²⁴⁵ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 21, str. 295-296.

²⁴⁶ *Ibid.*, 296.

²⁴⁷ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 5, str. 50.

²⁴⁸ Zucca, L., *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and USA*, Oxford University Press, Oxford, 2007., str. 11.

²⁴⁹ Vidi: Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 21, str. 295-296.

²⁵⁰ *Ibid.*, str. 296.

²⁵¹ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 113.

²⁵² Vidi: Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 21, str. 295-296; Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 2, str. 276-277.

²⁵³ Vidi: Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 116.

²⁵⁴ Vidi: Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 5, str. 49-50.

²⁵⁵ *Ibid.*, str. 49.

²⁵⁶ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 119.

²⁵⁷ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 2, str. 281.

²⁵⁸ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 120.

²⁵⁹ *Ibid.*, str. 281, bilj. 39; Dworkin, R., *op. cit.* u bilj. 55, str. 36-37.

u pravilu rješive, tj. da pravni poredak sadrži mehanizme s pomoću kojih uklanja takve interne nedosljednosti.²⁶⁰

S druge strane, sukobi između ustavnih načela, u pravilu, nisu rješivi s pomoću navedenih kriterija.²⁶¹ Hijerarhijski i vremenski kriterij nisu primjenjivi jer se ustavna načela nalaze na istoj hijerarhijskoj razini te su, u većini slučajeva, proglašena u isto vrijeme. Također, kriterij specijalnosti nije od pomoći jer je rijetkost da se dva ustavna načela nalaze u odnosu roda i vrste.²⁶² Nadalje, što se tiče vrste, sukob načela je slučaj dvostrano djelomične antinomije *in concreto*.²⁶³ Teško je zamisliti situaciju u kojoj bi ustavotvorac dva pojmovno identična činjenična stanja uredio na nespojiv način, tako da se antinomija između ustavnih načela javlja tek pri njihovoj primjeni na konkretno činjenično stanje, tj. radi se o antinomiji *in concreto*.²⁶⁴ Antinomija je dvostrano djelomična zbog specifične strukture antecedenta načela.²⁶⁵ U većini slučajeva, specifična radnja obuhvaćena generički, odnosno općenito određenim antecedentom jednog načela logički je dosljedna s općenito određenim antecedentom drugog načela, tj. samo će u nekim slučajevima specifična radnja pokrivena antecedentom jednog načela također biti pokrivena antecedentom drugog načela, a koji za tu radnju predviđa nespojivu pravnu posljedicu.²⁶⁶ Tako, npr., postoje nebrojeni načini da pojedinac izvršava sadržaj načela kojim se jamči sloboda govora a da ne povrijedi dostojanstvo ili privatnost druge osobe. Također, država može usvajati mjere kojima ostvaruje načelo slobode poduzetništva a da time ne vrijeđa načelo zaštite okoliša i *vice versa*.²⁶⁷ Posljedica navedenog je da su antinomije između načela, za razliku od onih između pravila, na neki način, nerješive, tj. neprikladne za rješavanje uz pomoć standardnih metoda odnosno tehnika za njihovo rješavanje.²⁶⁸ Stoga je potrebna drugačija metoda, a najraširenija u praksi ustavnih sudova je ona odvagivanja ili ponderiranja ustavnih načela. To je metoda za rješavanje ustavnih antinomija s pomoću koje „utvrđujemo težinu“ sukobljenih načela i na taj način rješenje sukoba nalazimo u dimenziji ili razini težine, a ne valjanosti.²⁶⁹

Treba napomenuti kako je koncepcija sukoba ustavnih načela kao dvostrano djelomičnih antinomija *in concreto* najraširenija, ali nije bez iznimke.²⁷⁰ Kao što je prethodno navedeno, kod ocjene ustavnosti zakonskog pravila potrebno je, radi usporedbe zakonskog pravila s ustavnim načelom s kojim se našlo u sukobu, iz načela izvesti neizraženo pravilo koje nije općenito ni otklonjivo te koje ima zatvoren antecedent koji obuhvaća isti razred činjeničnih stanja kao i izraženo pravilo čija se ustavnost ocjenjuje, tj. načela je, zbog njihove neodređenosti, prije primjene uvijek potrebno konkretizirati kako bi primjena odnosno, u ovom slučaju, usporedba, bila moguća.²⁷¹ Za primjer možemo uzeti zakonsko pravilo kojim se

²⁶⁰ Postoje situacije u kojima dolazi do preklapanja kriterija te rješenja za takve situacije nisu univerzalna, poput npr., kriterija *lex posterior generalis non derogat priori specialis* koji neće nužno biti primijenjen u svakom slučaju. (vidi: Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 121-124)

²⁶¹ Sampaio, S. J., *op. cit.* u bilj. 48, str. 52.

²⁶² *Ibid.* Primjena kriterija kronologije u slučaju sukoba između ustavnih načela proglašanih u različito vrijeme je upitna. Tako i Ustavni sud Republike Hrvatske u odluci o ustavnosti ustavnih amandmana kojim se propisuje nezastarijevanja kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz pretvorbe i privatizacije određuje kako se amandmani moraju tumačiti u skladu s postojećim ustavnim načelima kako ne bi bili neustavni. (vidi: Burazin, L.; Krešić, M.; Tucak, I., *op. cit.* u bilj. 93, str. 115-117)

²⁶³ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 197.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ Sampaio, S. J., *op. cit.* u bilj. 48, str. 52.

²⁶⁶ Moniz Lopez, P., *op. cit.* u bilj. 6, str. 489.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ Sampaio, S. J., *op. cit.* u bilj. 48, str. 53.

²⁶⁹ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 198.

²⁷⁰ Keršić, M., *op. cit.* u bilj. 227, str. 90, bilj. 28.

²⁷¹ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 194-195.

zabranjuje konzumiranje kanabisa, a kojim se konkretizira ustavno načelo zaštite zdravlja. Navedeno pravilo mnogi će smatrati povredom načela osobne slobode pojedinca. Radi usporedbe izraženog pravila kojim se zabranjuje konzumacija kanabisa i načela kojim se jamči osobna sloboda pojedinca potrebno je iz tog načela izvesti neizraženo pravilo koje uređuje isti razred činjeničnih stanja kao i zakonsko pravilo čija se ustavnost ocjenjuje.²⁷² Rezultat prikazanog pseudologičkog procesa su dva pravila identičnih antecedenta i oprečnih konsekventa. Izraženim pravilom se konzumacija kanabisa zabranjuje, a neizraženim dopušta. Očito je da se radi o potpunoj antinomiji i stoga, nužno, antinomiji *in abstracto*.²⁷³ Takva rekonstrukcija antinomije između ustavnih načela u antinomiju između pravila je vrlo korisna kada je potrebno ocijeniti suglasnost nekog zakonskog pravila s nekim ustavnim načelom, jer u tom slučaju i nije od važnosti na koja se sve ostala činjenična stanja načelo u pitanju odnosi, već da li načelo s kojim se pravilo našlo u sukobu za konkretno činjenično stanje opisano u antecedentu zakonskog pravila propisuje nespojive pravne posljedice.²⁷⁴

5.2.) Odvagivanje

Kao što je prethodno navedeno, za analizu odvagivanja oslonit ću se na rad Roberta Alexya. Prema Alexyu, neizbježnost sukoba između ustavnih načela proizlazi iz njihove naravi kao optimizacijskih zapovijedi ili zahtjeva (*optimization requirements or commands*). To znači da su načela, po svojoj logičkoj strukturi, norme koje zahtijevaju da se nešto ostvari u najvećoj mogućoj mjeri u odnosu na pravne i faktične mogućnosti, pri čemu su pravne mogućnosti ostvarenja određene drugim načelima i pravilima s kojima konkretno načelo dolazi u sukob.²⁷⁵ Alexy koristi izraz „zapovijed“ (*Gebot*), koji se prevodi i kao „zahtjev“, no on ga koristi fleksibilno, tako da obuhvaća različite tipove normi, uključujući zabrane i dopuštenja.²⁷⁶ Iz koncepta načela kao optimizacijskih zapovijedi logički proizlazi načelo proporcionalnosti, odnosno između njih postoji nužna veza.²⁷⁷ Načelo proporcionalnosti sastoji se od tri pod-načela, načela prikladnosti, nužnosti i proporcionalnosti u užem smislu. Svaki od navedenih pod-načela izražava ideju optimizacije.²⁷⁸ Tako načelo prikladnosti izražava ideju optimizacije u odnosu na faktične okolnosti. Ono zabranjuje primjenu mjera kojima se ograničava neko ustavno načelo, a koje nisu prikladne za promicanje načela radi čijeg ostvarenja su usvojene.²⁷⁹ Uzmimo za primjer situaciju u kojoj je zakonodavac usvojio zakonsku mjeru koja za posljedicu ima ograničenje načela slobode poduzetništva, a kako bi ostvario načelo zaštite zdravlja. Mjera u pitanju mora biti u mogućnosti pridonijeti ostvarenju tog kolektivnog cilja, tj. mora biti prikladna za njegovo ostvarenje. Ukoliko to nije slučaj, zahtjev optimizacije u odnosu na faktične okolnosti nalaže da mjera u pitanju bude napuštena jer to neće negativno utjecati na ostvarenje načela zaštite zdravlja, a istovremeno će rezultirati prestankom ograničenja načela slobode poduzetništva.²⁸⁰ Načelo nužnosti također izražava zahtjev za ostvarenjem načela u odnosu na faktične mogućnosti. Iz njega proizlazi da ukoliko imamo dvije mjere, koje u višem manje jednakoj mjeri promoviraju načelo koje se nastoji ostvariti, treba izabrati onu koja je manje otegotna po drugo načelo koje se tim mjerama ograničava.²⁸¹ U ovome slučaju zahtjev

²⁷² Burazin, L., *Conflicts Between Fundamental Rights Norms*, u: Duarte, D.; Sampaio, S. J. (ur.), *Proportionality in Law: An Analytical Perspective*, Springer, Cham, 2018., str. 113.

²⁷³ *Ibid.*, str. 113-114.

²⁷⁴ *Ibid.*, str. 114.

²⁷⁵ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 21, str. 295.

²⁷⁶ Grabowski, A.; Lifante Vidal, I., *op. cit.* u bilj. 43, str. 4.

²⁷⁷ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 5, str. 66.

²⁷⁸ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 228, str. 135.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 21, str. 298.

²⁸¹ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 228, str. 135.

optimizacije zabranjuje primjenu restriktivnije mjere jer bi se njome neopravdano onemogućilo ostvarenje drugog načela u odnosu na faktične mogućnosti.²⁸² Alexy primjenu načela prikladnosti i nužnosti poistovjećuje s idejom postizanja stanja *Pareto* optimalnosti ili optimuma,²⁸³ što podrazumijeva da je njihovom primjenom moguće promovirati jedno od sukobljenih načela (N1), bez negativnih, odnosno ograničavajućih posljedica po drugo načelo (N2).²⁸⁴ Tek kada rješenje kojim se izbjegava ograničenje nekog načela nije moguće, prelazimo na treće pod-načelo, načelo proporcionalnosti u užem smislu, tj. tek je tada potrebno odvagivati kako bismo razriješili sukob.²⁸⁵ Načelo proporcionalnosti u užem smislu, odnosno odvagivanje odnosi se na ideju optimizacije načela u odnosu na pravne mogućnosti²⁸⁶ jer upravo sukobljena načela i pravila ograničavaju njegovo potpuno ostvarenje.²⁸⁷ Alexy to načelo izražava u obliku pravila odnosno „Zakona balansiranja“ (*The Law of Balancing*) koji određuje da što je veće nezadovoljenje odnosno ograničenje jednog načela to mora biti veća važnost zadovoljenja odnosno ostvarenja drugog, tj. sukobljenog načela.²⁸⁸ Ovako izraženo načelo proporcionalnosti u užem smislu, odnosno njegova primjena može biti podijeljena u tri faze.²⁸⁹ U prvoj se utvrđuje intenzitet ili stupanj nezadovoljenja odnosno ograničenja jednog načela, a u drugoj važnost zadovoljenja drugog načela.²⁹⁰ Drugu fazu, u kojoj se utvrđuje važnost zadovoljenja drugog načela, možemo shvatiti i u kontekstu intenziteta ograničenja ako se zapitamo u kojoj mjeri bi to načelo bilo ograničeno, odnosno nezadovoljeno ako se načelo s kojim se našlo u sukobu ne bi ograničilo.²⁹¹ U posljednjoj fazi se prve dvije dovode u vezu, tj. utvrđuje se da li važnost zadovoljenja drugog načela opravdava nezadovoljenje odnosno ograničenje prvoga.²⁹² Kroz ove tri faze utvrđuje se koje je od sukobljenih načela „teže“ ili „vrjednije“, no tako uspostavljena vrijednosna hijerarhija nije apsolutna, već pomična.²⁹³ Njome sudac ne utvrđuje njihovu „apsolutnu težinu“ i posljedično vrijednosnu hijerarhiju *in abstracto*, već samo njihovu „konkretnu težinu“, odnosno težinu u odnosu na okolnosti konkretnog slučaja u kojem je došlo do sukoba između načela u pitanju, što znači da je tako uspostavljena hijerarhija pomična iliti promjenjiva. Tako da sudac u idućem slučaju sukoba istih tih načela može donijeti suprotnu odluku.²⁹⁴ Jednostavno rečeno, „težina načela“ ovisi o konkretnim okolnostima slučaja, tj. ona imaju različitu težinu u različitim okolnostima.²⁹⁵ Prethodno opisani proces odvagivanja i njegov rezultat, Alexy sažimlje u drugom zakonu ili pravilu, a to je „Zakon konkurirajućih načela“ (*Law of Competing Principles*) koji određuje da okolnosti konkretnog slučaja u kojem je jedno načelo prevagnulo nad drugim čine antecedent pravila, a koje ima isti konsekvant kao i načelo koje je prevagnulo.²⁹⁶ Prema tome, produkt svakog procesa odvagivanja između ustavnih načela je neizražena ustavna norma, koja ima strukturu pravila, pod koju se mogu podvesti činjenice konkretnog slučaja u kojem je došlo do sukobljavanja odvagnutih načela.²⁹⁷

²⁸² Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 5, str. 68.

²⁸³ Paretov optimum ekonomski je pojam koji označava situaciju u kojoj nije moguće poboljšati blagostanje jednog pojedinca a da se time ne smanji blagostanje drugog pojedinca. (vidi: Ferenčak, I., *Paretov optimum kao kriteriji utvrđivanja tržišne efikasnosti*, Ekonomski vjesnik, vol. 5, br. 1, 1992., str. 81)

²⁸⁴ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 21, str. 298.

²⁸⁵ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 228, str. 136.

²⁸⁶ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 5, str. 67.

²⁸⁷ *Ibid.*, str. 47.

²⁸⁸ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 142, str. 436.

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ *Ibid.*, str. 436-437.

²⁹¹ *Ibid.*, 437.

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 198.

²⁹⁴ *Ibid.*, 199.

²⁹⁵ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 5, str. 50.

²⁹⁶ *Ibid.*, 54.

²⁹⁷ *Ibid.*, str. 56.

Iz svega navedenog proizlazi kako je načelo proporcionalnosti, odnosno odvagivanje ubikvitetno u pravnom poretku.²⁹⁸ To nužno proizlazi iz strukture današnjih modernih ustavnih poredaka, u kojima se na obvezujući način jamče ustavna prava i slobode te određuje ostvarenje kolektivnih ciljeva, a čije je ograničenje u određenoj mjeri neizbježno.²⁹⁹ Takva ograničenja bit će dopuštena samo ako su opravdana, a bit će opravdana samo ako su proporcionalna. Kako bismo utvrdili je li nešto proporcionalno i stoga opravdano, moramo odvagivati.³⁰⁰ Takvo gledište je u skladu s praksom USRH-a koji je načelo proporcionalnosti prihvatio i prije nego što je ono kodificirano ustavnim izmjenama,³⁰¹ upravo, kako i sam navodi, zbog njegova ubikvitetnog značaja.³⁰²

5.3.) Formula Težine

Alexyeva „Formula težine“ (*Weight formula*) predstavlja naprednu verziju prethodno prikazanog Zakona balansiranja. Kao što i sam naziv implicira, s pomoću te formule možemo „izračunati“ konkretnu težinu određenog načela N_i , tj. težinu tog načela u konkretnom slučaju u odnosu na drugo načelo N_j , s kojim se ono našlo u sukobu. Finalna verzija te formule izgleda kako je prikazano na slici.³⁰³

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

$W_{i,j}$ označava, kao što je prethodno navedeno, konkretnu težinu načela N_i u odnosu na sukobljeno načelo N_j .³⁰⁴ Oznake I_i i I_j označavaju veličine koje su sadržane i u Zakonu balansiranja. I_i stoji za intenzitet ograničenja, odnosno neostvarenja načela N_i .³⁰⁵ I_j stoji za važnost zadovoljenja načela N_j , tj. za intenzitet ograničenja, odnosno neostvarenja načela N_j koje je neizbježno ukoliko se načelo N_i ne ograniči.³⁰⁶ Oznake W_i i W_j također stoje za težinu, ali ne konkretnu, već apstraktnu, tj. težinu neovisnu o konkretnim okolnostima slučaja.³⁰⁷ Njome se uspostavlja apsolutna, a ne pomična vrijednosna hijerarhija, kao u slučaju produkta Formule težine.³⁰⁸ Apstraktna težina načela bit će značajna jedino u slučajevima kada je težina načela različita, u suprotnom je možemo zanemariti.³⁰⁹ Tako, npr., možemo s relativno visokom razinom sigurnosti zaključiti kako je načelo zaštite zdravlja vrijednije ili teže od načela slobode poduzetništva, tj. da bi većina sudaca kada bi morala *in abstracto* ocijeniti koje je od tih načela bitnije ostvariti izabralo ono zaštite zdravlja. Oznake R_i i R_j odnose se na pouzdanost empirijskih pretpostavki glede toga što mjere u pitanju znače za neostvarivanje načela N_i odnosno ostvarivanje načela N_j uzimajući u obzir konkretne okolnosti slučaja.³¹⁰ Iz tih veličina Alexy

²⁹⁸ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 142, str. 436.

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ Burazin, L.; Krešić, M.; Tucak, I., *op. cit.* u bilj. 93, str. 46.

³⁰² USRH, U-I-1156/1999 od 25. siječnja 2000.

³⁰³ Alexy, R., *Constitutional Rights and Proportionality*, *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, vol. 22, 2014., str. 54-55.

³⁰⁴ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 142, str. 444.

³⁰⁵ *Ibid.*, str. 440.

³⁰⁶ *Ibid.*, str. 441.

³⁰⁷ *Ibid.*, str. 440.

³⁰⁸ *Ibid.*, str. 444.

³⁰⁹ *Ibid.*, str. 440.

³¹⁰ *Ibid.*, str. 446.

izvodi novo pravilo ili zakon, a to je „Epistemološki zakon balansiranja“ (*Epistemic Law of Balancing*).³¹¹ Taj zakon određuje kako sigurnost u empirijske pretpostavke na kojim se temelji neka mjera, a kojom se ograničava određeno načelo, mora biti proporcionalna intenzitetu ograničenja tog načela. To jest, što je veće ograničenje jednog načela to mora biti veća sigurnost u efektivnost odnosno sposobnost mjera da ostvare drugo načelo radi kojeg se prvo ograničava.³¹² Za razliku od Epistemološkog, prvi Zakon Balansiranja referira se na materijalnu ili vrijednosnu važnost razloga pa ga možemo preimenovati u „Materijalni zakon balansiranja“ (*Substantive Law of Balancing*).³¹³ Uvođenje empirijskih veličina je nužno kako bi se onemogućilo zakonodavca da ograničenja ustavnih prava i sloboda temelji na nesigurnim premisama, što bi rezultiralo ugrožavanjem ostvarenja načela u odnosu na faktične mogućnosti.³¹⁴ Njima se dopuštenost ograničavanja ustavnih prava i sloboda čini ovisnim o sigurnosti u pouzdanost empirijskih premisa tako da se u svakom konkretnom slučaju traži odgovarajuća razina sigurnosti kako bi ograničenje bilo opravdano.³¹⁵ Tako, npr., ukoliko zakonodavac želi uvesti određenu mjeru kojom će potaknuti zapošljavanje mladih, a kojom mjerom se ograničava načelo jednakosti i zabrane diskriminacije, jer se dostupnost mjere čini ovisnom o dobi, on mora dokazati kako je ta mjera ne samo prikladna za ostvarenje tog cilja, u smislu da će bar donekle pridonijeti njegovom ostvarenju, već da će ona njemu značajno pridonijeti, budući da se radi uvođenja te mjere značajno ograničava pravo građana da ne budu diskriminirani na temelju dobi.

Naravno, navedene veličine koje čine Formulu težine, potrebno je kvantificirati, tj. izraziti brojevima. Za sve veličine Alexy predlaže skalu s tri stupnja.³¹⁶ Tako intenzitet ograničenja (I) možemo okarakterizirati kao blag, umjeren i jak.³¹⁷ Apstraktna težina načela (W) može biti mala, srednja ili velika.³¹⁸ Što se konkretnih brojeva tiče, primjenjuje se geometrijska sekvenca, tako da blagi intenzitet ograničenja i najmanja apstraktna težina imaju vrijednost 2^0 , umjereni intenzitet ograničenja i srednja apstraktna težina načela vrijednost 2^1 , a jaki intenzitet ograničenja i najveća apstraktna težina vrijednost 2^2 . Vrijednosti koje mogu biti dodijeljene navedenim veličinama su 1, 2, i 4.³¹⁹ Geometrijska sekvenca je primjerena jer dobro ilustrira činjenicu da snaga ili otpornost načela raste proporcionalno intenzitetu s kojim ga se nastoji ograničiti.³²⁰ Kod zadnje veličine, a koja se odnosi na sigurnost empirijskih pretpostavki, jedina je razlika u tome što se razina sigurnosti označava brojevima: 2^0 , 2^{-1} , 2^{-2} , znači 1, $1/2$ i $1/4$, pri čemu veći broj označava veću sigurnost u mogućnost mjere da pridonese ostvarenju nekog načela, a koja za posljedicu ima ograničenje nekog drugog načela.³²¹ Naravno, moguće su i rafiniranije skale s više razina, ali dovoljno je imati barem dvije kako bi odvagivanje bilo moguće.³²² Ocjenom, množenjem i dijeljenjem navedenih veličina dobit ćemo rezultat na temelju kojeg utvrđujemo koje od sukobljenih načela treba primijeniti. Ukoliko je rezultat manji od jedan, onda treba primijeniti načelo N_j , ukoliko je rezultat veći od 1, treba primijeniti načelo N_i , a u slučaju da rezultat iznosi jedan zakonodavac ima diskreciju urediti

³¹¹ *Ibid.*

³¹² Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 5, str. 418.

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ *Ibid.*, 416, 418.

³¹⁵ *Ibid.*, str. 418.

³¹⁶ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 142, str. 440.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ *Ibid.*, 446.

³¹⁹ *Ibid.*, 444.

³²⁰ *Ibid.*, 446.

³²¹ *Ibid.*, 447.

³²² *Ibid.*, 440.

konkretno pitanje na način koji smatra prikladnim.³²³ U posljednjem scenariju, važnu ulogu igraju formalna ili proceduralna načela koja nalažu da zakonodavac, zbog svog demokratskog kredibiliteta, bude taj koji donosi važne odluke za društvo u što je moguće većem broju slučajeva. To jest, u slučaju kada nije sigurno je li neko ograničenje ustavnih prava i sloboda dopušteno, odnosno kad postoji normativna epistemološka nesigurnost, prednost treba dati zakonodavcu.³²⁴ Formula težine je Alexyev pokušaj da na formalan način, po uzoru na formalistički prikaz primjene pravila, koji on naziva Supsumirajuća formula, rekonstruira proces odvagivanja, tj. da formalistički prikaže, koje premise su nam potrebne kako bi zaključak odvagivanja bio valjan odnosno racionalan, pri čemu prave premise Formule težine nisu brojevi, već tvrdnje i argumenti, kojima se iskazi o intenzitetu ograničenja ili apstraktnoj težini nekog načela opravdavaju.³²⁵

Iz svega navedenog, Alexy zaključuje kako je odvagivanje odnosno balansiranje, formalistički prikazano u obliku Formule Težine, specifičan način primjene načela, dok je podvođenje primjerno za primjenu pravila.³²⁶ Tvrdnja prema kojoj je odvagivanje način na koji se primjenjuju načela, a Formula Težine formalistički prikaz te primjene, implicira da odvagivanjem rješavamo konkretan slučaj u pitanju, tj. da ono ima primjenjujuću funkciju.³²⁷ Stoga bi bilo opravdano zaključiti kako Formula Težine, kao i Supsumirajuća formula, pripada prvoj razini sudačkog rasuđivanja, tj. unutarjem opravdanju sudačke odluke.³²⁸ Ipak, pravilnije bi bilo reći da je odvagivanje ili ponderiranje, kako se još naziva, način na koji izabiremo koje od sukobljenih načela ćemo primijeniti na konkretan slučaj.³²⁹ Štoviše, može se reći da odvagivanje nije način primjene načela, već neprimjene ili derogacije načela koje je poraženo u postupku ponderiranja.³³⁰ Alexy, kao pobornik jakog razlikovanja, tezom o različitom načinu primjene pravila i načela želi dodatno naglasiti i utemeljiti to razlikovanje, iako i sam navodi kako odvagivanje započinje te završava podvođenjem, jer se načelo u procesu primjene nužno konkretizira, pa bi se stoga moglo zaključiti kako i prema njemu odvagivanje načela pripada vanjskoj dimenziji sudačkog rasuđivanja.³³¹

Primjenu Formule Težine u svrhu rješavanja antinomije između ustavnih načela možemo prikazati na jednom slučaju iz prakse USRH-a. U konkretnom slučaju, USRH ocjenjivao je ustavnost članka 8. stavka 1. Zakona o ograničavanju uporabe duhanskih proizvoda kojim se zabranjuje prodaja tih proizvoda iz automatskih naprava.³³² Odredba u pitanju može se istovremeno protumačiti i kao ograničenje poduzetničke i tržišne slobode (te vlasničkih prava) izražene u članku 49. stavku 1. Ustava Republike Hrvatske i kao ostvarenje, odnosno konkretizacija prava na zdrav život iz članka 70. stavka 1. Ustava Republike Hrvatske, tj. kao sukob načela slobode poduzetništva (N_i) i načela zaštite zdravlja (N_j).³³³ Kako bismo odlučili koje će od sukobljenih načela u konkretnom slučaju nadvladati, potrebno je utvrditi težinu načela slobode poduzetništva u konkretnim okolnostima slučaja u odnosu na načelo

³²³ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 303, str. 55.

³²⁴ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 5, str. 416-417.

³²⁵ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 142., str. 448.

³²⁶ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 303, str. 52.

³²⁷ Vidi: Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 142, str. 448.

³²⁸ Brozek, B., *The Weight Formula and Argumentation*, u: Pavlakos, R. (ur.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, Oxford, 2007., str. 324.

³²⁹ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 201.

³³⁰ Ratti, G. B., *An Antinomy in Alexy's Theory of Balancing*, *Ratio Juris*, vol. 36, br. 1, 2023., str. 52.

³³¹ Alexy, R., *Thirteen Replies*, u: Pavlakos, R. (ur.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, Oxford, 2007., str. 364-365. Teza da odvagivanje pripada vanjskom opravdanju prihvaćeno je i u hrvatskoj teorijskopravnoj literaturi. (vidi: Burazin, L.; Relac, S., *op. cit.* u bilj. 164, str. 866)

³³² Zakon o ograničavanju uporabe duhanskih proizvoda, Narodne novine, br. 128/1999

³³³ Burazin, L.; Krešić, M.; Tucak, I., *op. cit.* u bilj. 93, str. 104-105.

zaštite zdravlja, tj., njegovu, ne apstraktnu, već konkretnu težinu (W_{ij}). Prvo je potrebno odrediti konkretni intenzitet ograničenja slobode poduzetništva (I_i), tj. ocijeniti radi li se u ovom slučaju o slabom, umjerenom ili jakom ograničenju te ustavne slobode. Očito je da USRH smatra kako se radi o jakom intenzitetu ograničenja slobode poduzetništva što znači da (I_i) iznosi 2^2 . Tako se u odluci navodi kako se zakonskom odredbom čija se ustavnost ocjenjuje „zabranjuje jedna do tada legalna gospodarska djelatnost, a da se istodobno nije ostavio razuman rok u kojem bi se pogođeni subjekti mogli prilagoditi novonastalim uvjetima poslovanja“.³³⁴ Također USRH zakonodavcu zamjera i što zakonom nije predviđeno pravo na naknadu štete za one koji su pogođeni uvođenjem zabrane.³³⁵ Navedene okolnosti, tj. nepostojanje razumnog roka prilagodbe, odnosno nepostojanje prava na naknadu štete te činjenica da se radi o potpunoj zabrani konkretne poduzetničke aktivnosti, navode na zaključak, da se radi o jakom intenzitetu ograničenja. Što se tiče konkretne važnosti ostvarenja prava na zdravlje (I_j), situacija je nešto kompliciranija. Utvrđivanje te važnosti korespondira s intenzitetom s kojim će pravo na zdravlje biti ograničeno ukoliko se sloboda poduzetništva ne ograniči, tj. ukoliko USRH utvrdi kako je odredba kojom se zabranjuje prodaja duhanskih proizvoda iz automatskih naprava neustavna. Ovdje, kao i kod utvrđivanja intenziteta ograničenja slobode poduzetništva, ključna je vremenska dimenzija ograničenja. Tako je pri utvrđivanju intenziteta ograničenja slobode poduzetništva jedan od ključnih argumenta za ocjenjivanje intenziteta kao jakog bilo nepostojanje vremena prilagodbe odnosno brzina stupanja zabrane na snagu. Iz toga možemo izvesti pravilo prema kojem će se intenzitet ograničenja prava ili slobode smatrati jačim što je brzina nastupanja ograničenja veća.³³⁶ Što se tiče važnosti ostvarenja prava na zdravlje, USRH smatra „da je ograničenje poduzetničkih sloboda, koje se sastoji u zabrani prodaje duhanskih proizvoda iz automatskih naprava, učinjeno radi ostvarenja legitimnog i Ustavom Republike Hrvatske predviđenog cilja, to jest radi zaštite zdravlja ljudi...“.³³⁷ Posebno se navodi važnost uvođenja zabrane kako bi se zaštitilo zdravlje maloljetnika, na koje je ova mjera i usmjerena, jer će se njome onemogućiti nenadzirana prodaja duhanskih proizvoda.³³⁸ Uzimajući u obzir zdravstvenu štetnost konzumiranja duhanskih proizvoda i opasnosti od razvijanja ovisnosti kod maloljetnika, moglo bi se zaključiti kako intenzitet ograničenja prava na zdravlje također treba ocijeniti kao jak, no to nije slučaj, jer, kako je prethodno navedeno, i ovdje treba u obzir uzeti dimenziju vremena. Očito je kako USRH ne očekuje kako će zakonodavac, u slučaju utvrđenja neustavnosti zabrane prodaje duhanskih proizvoda iz automatskih naprava, odustati od njenog uvođenja, već kako će, u što kraćem vremenskom roku, donijeti novi zakon kojim će ponovno uvesti identičnu mjeru, ali uz ostavljanje primjerenog roka prilagodbe te naknadu štete za sve na koje ta mjera negativno utječe. Zbog navedenog će neostvarenje prava na zdrav život biti vrlo kratkog trajanja. Iz toga možemo zaključiti, kako će se intenzitet ograničenja smatrati slabijim, što je vremenski period trajanja ograničenja, odnosno neostvarenja kraći.³³⁹ Prema tome, važnost ostvarenja, odnosno intenzitet ograničenja prava na zdravlje u odnosu na konkretne okolnosti slučaja možemo ocijeniti kao slab, tj. 2^0 . Nakon utvrđivanja intenziteta ograničenja prelazimo na „mjerjenje“ apstraktne težine sukobljenih načela, tj. njihove težine neovisno o konkretnim okolnostima slučaja. Kao što je prethodno navedeno, ukoliko su njihove apstraktne težine jednake, one se mogu zanemariti jer će se međusobno poništiti. Ipak, u našem primjeru to nije slučaj. Prvo,

³³⁴ USRH, U-I-1156/1999 od 26. siječnja 2000.

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ Sampaio, S. J., *Proportionality in Its Narrow Sense and Measuring the Intensity of Restrictions on Fundamental Rights*, u: Duarte, D.; Sampaio, S. J. (ur.), *Proportionality in Law: An Analytical Perspective*, Springer, Cham, 2018., str. 104.

³³⁷ USRH, U-I-1156/1999 od 26. siječnja 2000.

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ Sampaio, S., J., *op. cit.* u bilj. 336., str. 104.

neovisno o tekstu Ustava RH, možemo razumno pretpostaviti kako bi velika većina sudaca između prava na zdravlje i slobode poduzetništva svojom apstraktnom vrijednosnom ocjenom uspostavila vrijednosnu hijerarhiju po kojoj je pravo na zdravlje bitnije odnosno važnije i stoga vrijednosno nadređeno slobodi poduzetništva. Drugo, temelj za prethodnu vrijednosnu ocjenu, možemo pronaći i u tekstu Ustava RH. Tako se u izdvojenom mišljenju odluke navodi kako je člankom 16. Ustava RH općenito postavljen odnos između sloboda i prava te zdravlja tako da se slobode i prava mogu iznimno ograničiti da bi se zaštitilo zdravlje, dok je člankom 50. stavkom 1. Ustava RH, posebno određen odnos između poduzetničke slobode i vlasničkih prava te zdravlja i to tako da se radi zaštite zdravlja mogu ograničiti poduzetnička sloboda i vlasnička prava pri čemu je jedina pretpostavka da se ograničenje izvrši zakonom. Iz navedenog se izvodi zaključak kako „...odredbe iz čl. 16. i 50. st. 2. Ustava, ne daju nikakve osnove za sumnju da je zaštita zdravlja *ex constitutione* vrijednosno ispred zaštite poduzetničke slobode i vlasničkih prava. Drugim riječima, odnos između tih Ustavom zaštićenih vrednota ustavnopravno je postavljen kao odnos ‘neravnoteže’ u korist zaštite zdravlja“.³⁴⁰ Iz toga možemo zaključiti kako je pravo na zdravlje *in abstracto* vrijednosno nadređeno slobodi poduzetništva pa njegovu apstraktnu težinu (W_j) možemo odrediti kao 2^2 , a apstraktnu težinu slobode poduzetništva (W_i) kao 2^1 . Ocjenjivanje sigurnosti empirijskih pretpostavki u ovome je slučaju najmanje problematično. Nema sumnje kako će u slučaju zabrane prodaje duhanskih proizvoda iz automatskih naprava sloboda poduzetništva u tom djelu biti intenzivno ograničena jer se radi o potpunoj zabrani aktivnosti pod prijetnjom novčane kazne, pri čemu zakonom nije predviđena ni naknade štete ni razuman rok prilagodbe, tako da R_i treba pripisati vrijednost 2^1 . Prema svim dostupnim znanstvenim istraživanjima štetnost konzumiranja duhanskih proizvoda za zdravlje je neupitna. Također je neupitna opasnost stvaranja ovisnosti o duhanskim proizvodima kod maloljetnika, a koji bi bez uvođenja navedene zabrane imali priliku kupovati duhanske proizvoda zbog nepostojanja nadzora. Stoga je i R_j potrebno označiti s 2^1 jer je sigurno da će mjera u pitanju pridonijeti ostvarenju zaštite zdravlja. Kada smo brojevima kvantificirali sve vrijednosti koje sačinjavaju Formulu Težine, ostalo je samo operacijom dijeljenja pomnoženih pripadajućih vrijednosti utvrditi konkretnu težinu sukobljenih načela, a koja u ovome slučaju iznosi 2. To znači da je, s obzirom na to da je rezultat veći od jedan, sloboda poduzetništva u konkretnom slučaju prevagnula odnosno nadvladala pravo na zdravlje. Zanimljivo je kako se u literaturi prethodno opisana odluka navodi ne samo kao primjer primjene načela proporcionalnosti u užem smislu, odnosno odvagivanja, već i kao primjer primjene načela nužnosti jer je „isti regulatorni cilj bilo moguće ostvariti uvođenjem razumnog roka za prilagodbu novonastalim uvjetima poslovanja“.³⁴¹ No takvo viđenje pretpostavlja kako ne bi došlo do ograničenja slobode poduzetništva u slučaju da je zakonodavac mjerom u pitanju predvidio razuman rok prilagodbe pa i naknadu štete, a što nije slučaj. Takva mjera bi također rezultirala ograničenjem slobode poduzetništva, samo bi ono bilo manje intenzivno. Odluka USRH-a u konkretnom slučaju isto za posljedicu ima „gubitak“ po ostvarenje prava na zdravlje, iako je ono samo kratkoročne naravi. Kao što je već prethodno navedeno, u svakom slučaju u kojem su „gubitci“ po neko od sukobljenih načela neizbježni, nužno je odvagivati.³⁴² S druge strane, primjena načela nužnosti podrazumijeva da jedno načelo može biti promovirano bez značajnijeg troška ili gubitka po sukobljeno načelo.³⁴³ U našem primjeru to bi podrazumijevalo da postoji neka mjera koja bi omogućila nastavak prodaje duhanskih proizvoda iz automatskih naprava, ali tako da se onemogućiti njihova kupnja od strane maloljetnika.

³⁴⁰ USRH, U-I-1156/1999 od 26. siječnja 2000.

³⁴¹ Rodin, S., *op. cit.* u bilj. 107, str. 48-49.

³⁴² Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 303, str. 54.

³⁴³ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 228, str. 135-136.

5.4.) Odvagivanje i pomirenje

Iako se odvagivanje odnosno ponderiranje načela, sastoji u izboru primjenjivog načela, vrlo je raširena koncepcija prema kojoj se ono sastoji u „pomirenju“ ili, kako se zna reći, „dovođenju u sklad sukobljenih načela“, pa je i naziv balansiranje, koji implicira uspostavu balansa među načelima, također vrlo raširen termin za ovu metodu sudačkog rasuđivanja.³⁴⁴ Zato je naziv odvagivanje primjereni jer će se načelo koje je prevagnulo primijeniti, dok će poraženo načelo biti stavljeno na stranu.³⁴⁵ Kako je i prethodno navedeno, ključno je razlikovati sinkronijski od dijakronijskog učinka odvagivanja načela.³⁴⁶ Prvi se odnosi na određenu konkretnu odluku suda i sastoji se u tome da će jedno od sukobljenih načela biti primijenjeno, dok drugo načelo ni na koji način neće pridonijeti odluci suda. U pojedinačnoj sudskoj odluci ne dolazi ni do kakvog „pomirenja“, u smislu da bi oba načela bila djelomično primijenjena, a djelomično žrtvovana.³⁴⁷ Dijakronijski učinak odvagivanja proizlazi iz ponavljano odvagivanja dvaju istih načela od strane istog suda, odnosno sudova istog pravnog poretka, kroz dulje vrijeme.³⁴⁸ Posljedica pomičnosti hijerarhije koja se uspostavlja ponderiranjem je ta da će, ovisno o okolnostima konkretnog slučaja, nekad prevladati jedno, a nekad drugo načelo.³⁴⁹ Tako će se, npr., načelo zaštite okoliša i načelo slobode poduzetništva pod različitim okolnostima naći u međusobnom sukobu, a nadležni sud će u određenom broju slučajeva odvagnuti u korist jednog, a u preostalim u korist drugog načela. Stoga se o pomirenju može govoriti samo što se tiče dijakronijskog učinka ponavljanih odvagivanja istih načela, u smislu da se ona pomiruju „na dulje staze“.³⁵⁰ Pomirenje bi se konačno moglo prikazati tako da u formulaciju svakog od sukobljenih načela uključimo i iznimke od njihove primjene, a koje su nastale u sudskoj praksi kroz ponavljano sukobljavanje i odvagivanje istih načela.³⁵¹ Poistovjećivanje odvagivanja s pomirenjem usko je povezano s poistovjećivanjem odvagivanja s primjenom načela. Ukoliko kažemo da je odvagivanje specifičan način primjene načela, kao što to čini Alexy, implicira se da je sud u konkretnom slučaju sukoba načela, primijenio oba, a ne samo jedno od sukobljenih načela.³⁵² No, kao što je prethodno navedeno, to nije slučaj.

6.) NAČELA KAO VAŽNA PRAVILA

Koncepcija načela, a među kojima su najvažnija ona ustavne razine kojima se jamče temeljna ljudska prava i slobode te određuju kolektivni ciljevi (načela i programatske norme), kao zahtjeva optimizacije, te stoga prihvaćanje jakog razlikovanja između načela i pravila, nije bez kritike. Tako se njemu suprotstavlja koncepcija tih normi kao pravila, a koja se primjenjuju na jednak način kao i ona nižeg hijerarhijskog ranga poput zakonskih ili podzakonskih.³⁵³ Pobornici takvog gledišta smatraju, kako između načela i pravila nema značajne razlike ili, eventualno, da je razlika samo kvantitativne naravi, odnosno pitanje stupnja, a ne vrste. Prema jednoj takvoj koncepciji, norme kojima se jamče temeljna ljudska prava i slobode te određuju kolektivni ciljevi, odnosno druge norme koje su uobičajeno nazivaju načelima, su vrlo važna te vrlo neodređena, tj. apstraktna pravna pravila koja se moraju konkretizirati kroz njihovu primjenu u sudskoj praksi te koja nemaju specifičnu, odnosno drugačiju logičku strukturu pa

³⁴⁴ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 7, str. 201.

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ *Ibid.*, str. 202.

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ *Ibid.*

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² Vidi: Zucca, L., *op. cit.* u bilj. 248, str. 84.

³⁵³ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 228, str. 132.

stoga ni ne zahtijevaju drugačiji način primjene i argumentacije.³⁵⁴ Alexyev koncept načela kao optimizacijskih zapovijedi koje se primjenjuju kroz proces odvagivanja smatra se suvišnim te se predlaže povratak tradicionalnom shvaćanju načela, koje razliku između njih i pravila vidi u njihovom temeljnom karakteru, odnosno važnosti te osobito visokoj razini neodređenosti, a koja su također prikladna za primjenu pomoću tehnike podvođenja.³⁵⁵ Tako se slučaj u kojem je došlo do sukoba između načela slobode govora, konkretno slobode medijskog izvještavanja, i načela kojim se štiti pravo pojedinca na privatnost na način da je zabranjeno emitiranje televizijskoga programa o kaznenom djelu u kojem je tužitelj sudjelovao kao počinitelj, a koji Alexy navodi kao primjer u kojem je njemački Federalni Ustavni Sud antinomiju razriješio primijenivši tehniku odvagivanja, rekonstruirao na način da se do odluke nije došlo ponderirajući načela, već podvođeci konkretne činjenice slučaja pod odgovarajuće ustavno pravilo.³⁵⁶ Kako bi se slučaj u pitanju pravilno riješio, potrebno je prvo utvrditi opseg (*scope*) jednog i drugog pravila, odnosno odrediti granicu između njihovih antecedenta uz pomoć tumačenja *in abstracto*, a zatim tumačenjem *in concreto* utvrditi koje je od pravila opsegom svog antecedenta zahvatilo slučaj u pitanju.³⁵⁷ Prema tome, jednom kad se utvrdi opseg svakog od pravila, odnosno odredi granica između njih, konkretni slučaj potpada pod opseg ili jednog ili drugog pravila, *tertium non datur*.³⁵⁸ Granica opsega dvaju pravila će se kroz sudsku prasku dodatno utvrđivati, odnosno precizirati podvođenjem daljnjih slučajeva koji se razlikuju po svojim činjeničnim okolnostima.³⁵⁹ U tom slučaju odvagivanje se javlja kao tehnika koja se općenito primjenjuje uvijek kada je potrebno odabrati između mogućih alternativnih rješenja poput odabira između različitih tumačenjskih metoda, a ne kao tehnika pomoću koje razrješavamo sukob između primjenjivih, *in abstracto* jednakovrijednih načela.³⁶⁰ U ovakvoj koncepciji, naglašava se važnost razlike između ograničenja (*restriction*) i kršenja (*breach*) ustavnih prava i sloboda. Naime, ustavima se, u pravilu, zabranjuje samo kršenje, ali ne i ograničenje prava i sloboda koja su njime zaštićena, pri čemu bi kršenje predstavljalo neopravdano ili neutemeljeno ograničenje.³⁶¹ Tako ustavna norma kojom se jamči sloboda govora ne zabranjuje ograničenje, već samo kršenje slobode govora, dok se sadržaj norme kojom se jamči osobnost i privatnost pojedinca sastoji u zabrani kršenja, odnosno neopravdanog ograničenja osobnosti i privatnosti građana.³⁶² Zabrana ograničenja bez prikladnog opravdanja, ili zabranjuje određenu radnju, npr. zakonsku mjeru kojom se uvodi cenzura medija, ili je ne zabranjuje, ta radnja se ili može podvesti pod opseg antecedenta te ustavne norme ili se ne može podvesti pa stoga ni neće biti zabranjena.³⁶³

Prema Alexyju, koncept načela kao vrlo važnih, neodređenih odnosno općenitih pravila i koncept načela kao optimizacijskih zapovijedi, u kontekstu ustavnih normi, suprotstavljaju se jedan drugome jer su utemeljeni na suprotnim teorijskim koncepcijama ograničenja ili granica (*limit*) ustavnih prava, tj. veze između prava i granice, te njihova opsega (*scope*).³⁶⁴ Gledište prema kojem se te norme koncipiraju kao važnija i neodređenija pravila, čija je razlika naspram ostalim pravilima samo pitanje stupnja, u pogledu odnosa između granice i prava prihvaća internu teoriju (*internal theory*) te posljedično, što se tiče opsega antecedenta tih normi,

³⁵⁴ Jakab, A., *op. cit.* u bilj. 12, str. 148, 151-152.

³⁵⁵ *Ibid.*, str. 148-149, 151.

³⁵⁶ *Ibid.*, str. 149.

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ Silva Sampaio, J., *op. cit.* u bilj. 48., str. 54-55.

³⁶¹ Jakab, A., *op. cit.* u bilj. 12, str. 150.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 5, str. 179, 200-201, 210.

prihvaća teoriju uskog opsega (*narrow scope theory*).³⁶⁵ Prema internoj teoriji, ne postoje granice ili ograničenja ustavnih prava i sloboda, već samo njihova definicija ili sadržaj, tj. ne postoji ustavno pravo i njegova granica kao dvije zasebne stvari, već samo jedna stvar, a to je pravo određenog sadržaja.³⁶⁶ U ovoj koncepciji ne govori se o ograničenju ustavnih prava i sloboda, već o njihovom opsegu. Stoga se dvojba u vezi opsega nekoga prava ne sastoji u utvrđivanju u kojoj mjeri neko pravo može biti ograničeno, već u spoznavanju sadržaja tog prava, tj. te norme.³⁶⁷ Pobornici tog koncepta smatraju kako postavke eksterne teorije impliciraju naturalni i sveobuhvatni karakter ustavnih normi koje na neki način prethode državi, odnosno pravnom poretku.³⁶⁸ Postoje različite inačice teorije uskog opsega. Ipak, svima im je zajednički restriktivan pogled na opseg ustavnih normi.³⁶⁹ Svim inačicama se, temeljem različitih kriterija, nastoji utvrditi sadržaj, odnosno opseg ustavne norme, tj. nastoji se iz njegova opsega isključiti činjenična stanja za koja se smatra kako ne zaslužuju ustavnu zaštitu, iako su, barem *prima facie* zahvaćena antecedentom ustavne norme.³⁷⁰ Tako prema Müllerovoj teoriji materijalnog opsega ustavnih prava, a koja je inačica teorije uskog opsega, određen način konzumiranja nekog ustavnog prava i slobode neće biti zaštićen, odnosno obuhvaćen opsegom odgovarajuće ustavne norme ukoliko postoji drugi razumniji i jednakovrijedan način za konzumiranje tog prava.³⁷¹ Na primjer, ustavna norma kojoj se jamči sloboda umjetničkog izražavanja ne štiti, tj. ne daje za pravo pojedincu da slika na cesti namijenjenoj za promet automobila jer on tu slobodu može jednako ostvariti tako da tu aktivnost obavlja na nekom prikladnijem mjestu, npr. na travnjaku pored ceste, pa to konkretno činjenično stanje nije obuhvaćeno opsegom te norme.³⁷² S druge strane, prema eksternoj teoriji postoje dvije stvari, a to su pravo odnosno sloboda i granica, a koja u većoj ili manjoj mjeri ograničava njegov opseg. Prema toj koncepciji, prvo postoji neograničeno pravo ili sloboda, a zatim ono što preostaje jednom kada ga ograničimo u određenom opsegu.³⁷³ Navedenu ideju izražava i USRH kada u jednoj odluci navodi „kako su temeljne slobode i prava čovjeka i građanina, uređena Ustavom, načelno neograničena“.³⁷⁴ Ključna ideja je da se slobode i prava, iako se redovito javljaju u ograničenom obliku, ipak mogu koncipirati kao neograničena, odnosno apsolutna te zato ne postoji nužna veza između njih i granice.³⁷⁵ Potreba za ograničenjem javlja se neovisno o konkretnom pravu ili slobodi i to kako bi se zaštitila prava i slobode drugih ili kako bi se ostvarili kolektivni ciljevi određeni ustavom.³⁷⁶ Eksterna teorija implicira široku koncepciju opsega antecedenta ustavnih načela. Prema tome, treba smatrati kako je određeno činjenično stanje pokriveno opsegom ustavnog načela ukoliko ono sadrži barem jednu karakteristiku koja je zasebno dovoljna da bi se takvo podvođenje smatralo razumnim.³⁷⁷ Takva je koncepcija, za razliku od prethodne, puno inkluzivnija zato što široki opseg načela dopušta da se brojna i raznolika činjenična stanja podvedu pod njegov antecedent.³⁷⁸ Tako bismo, ako prihvatimo ovaj model, slučaj slikara koji svoju slobodu umjetničkog izražavanja konzumira na prometnoj cesti,

³⁶⁵ *Ibid.*, str. 179, 202.

³⁶⁶ *Ibid.*, str. 179.

³⁶⁷ *Ibid.*

³⁶⁸ *Ibid.*, str. 178.

³⁶⁹ *Ibid.*, str. 200-201.

³⁷⁰ *Ibid.*, str. 211-212.

³⁷¹ *Ibid.*, str. 203.

³⁷² *Ibid.*, str. 204-205.

³⁷³ *Ibid.*, str. 178-179.

³⁷⁴ USRH, U-I-1156/1999 od 26. siječnja 2000.

³⁷⁵ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 5, str. 179.

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ *Ibid.*, str. 210.

³⁷⁸ *Ibid.*

morali podvesti pod antecedent ustavnog načela kojim se jamči ta sloboda,³⁷⁹ što znači da je takva radnja *prima facie*, ali ne i definitivno dopuštena.³⁸⁰

Različiti koncepti granica i opsega ustavnih normi rezultiraju i različitim shvaćanjem pojma ograničenja i kršenja ustavnih prava i sloboda. Razlikovanje tih pojmova u sukobljenim konceptima Alexy zorno prikazuje na primjeru nametanja obveze nošenja kacige pri upravljanju motociklom. Člankom 2. Temelnog zakona Savezne Republike Njemačke zajamčena je općenita osobna sloboda pojedinca, a istim člankom se istovremeno određuje kako se ta sloboda može ograničiti zakonom.³⁸¹ Prema Alexyju, ukoliko prihvatimo internu teoriju i usku koncepciju opsega, onda tu normu shvaćamo kao pravilo iz kojeg proizlazi apstraktna definitivna pozicija (*abstract definitive position*) koja se sastoji u pravu pojedinca da njegova općenita osobna sloboda ne bude ograničena normama koje nisu proceduralno i materijalno u skladu s ustavom.³⁸² Nadalje, ukoliko presumiramo kako je zakonska norma kojom se nameće obveza nošenja kacige, proceduralno i materijalno sukladna ustavu, onda ne možemo govoriti, u ovome slučaju, o ograničenju osobne slobode pojedinca zajamčene ustavnim pravilom u pitanju, pa ni opravdanom, jer to pravilo ne sadržava, odnosno svojim opsegom ne obuhvaća konkretnu radnju.³⁸³ To znači da apstraktna definitivna pozicija, koja proizlazi iz ustavnog pravila, ne može biti konkretizirana u pravo protiv države da se ta obveza ne uvede.³⁸⁴ Naime, ako konkretno činjenično stanje, upravljanje motociklom bez kacige, nije obuhvaćeno opsegom norme kojom se jamči osobna sloboda pojedinca, onda se ne može tvrditi kako je pravilom kojim se uvodi obveza nošenja kacige ta sloboda ograničena jer norma u pitanju ni *prima facie* ne jamči takvu slobodu.³⁸⁵ Stoga, prema toj koncepciji, nije moguće ograničiti ustavom zajamčena prava i slobode, već ih samo kršiti normama koje nisu materijalno ili proceduralno u skladu s ustavom. Norme kojima se nekog ograničava u činjenju nečega što on i nema pravo činiti ne mogu ograničiti prava i slobode.³⁸⁶ Ako se vratimo na primjer sukoba između načela kojim se jamči sloboda govora i načela kojim se jamči privatnost i osobnost pojedinca te primijenimo istu logiku, možemo također uočiti određenu nedosljednost u argumentaciji. Ukoliko tvrdimo kako se situacija u kojoj određena televizijska stanica želi emitirati program koji bi prema navodima tužitelja povrijedio njegovo pravo na privatnost ne može podvesti pod normu kojom se jamči sloboda govora jer ta situacija nije zahvaćena opsegom antecedenta te norme, onda u slučaju definitivne zabrane emitiranja tog programa nema smisla govoriti ni o ograničenju tog prava, odnosno te slobode jer se ona ne može ograničiti ukoliko prethodno nije, barem *prima facie*, bila zaštićena, odnosno zahvaćena tom normom, tj. tim pravilom. S druge strane, ukoliko norme kojima se jamči i općenita osobna sloboda pojedinca i konkretna sloboda govora koncipiramo kao načela, tj. kao norme iz kojih proizlaze *prima facie*, a ne definitivne pozicije, onda je opravdano govoriti o ograničenjima. U tom slučaju, i jedna i druga norma, u skladu s teorijom načela, zahtijevaju najveći mogući opseg tih sloboda u odnosu na faktične i pravne mogućnosti. Takvo ekstenzivno shvaćeno *prima facie* pravo odnosno sloboda može biti ograničeno, u kojem će slučaju, kroz proces odvagivanje i konkretizacije ustavnih načela, na mjesto *prima facie* slobode odnosno prava doći definitivna nesloboda odnosno nepravo.³⁸⁷ Za razliku od koncepta širokog opsega, prema konceptu uskog opsega, definitivno izuzimanje ili

³⁷⁹ *Ibid.*, str. 204.

³⁸⁰ *Ibid.*, str. 213.

³⁸¹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1)

³⁸² Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 5, str. 179-180.

³⁸³ *Ibid.*, str. 180.

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ *Ibid.*, str. 180, 210.

ne pružanje ustavnopravne zaštite u konkretnom slučaju nije rezultat odvagivanja razloga i proturazloga odnosno odvagivanja načela, već primjene drugih metoda, poput podvođenja.³⁸⁸

Teorijske postavke na kojima se temelji koncepcija načela kao zahtjeva optimizacije naišle su na brojne kritike. Kritičari smatraju kako široka koncepcija opsega ustavnih normi ili pruža previše ustavnopravne zaštite u smislu da svojim opsegom zahvaća slučajeve koji nisu ustavne naravi ili da ne pruža dovoljno ustavnopravne zaštite, odnosno da tekst ustava ne shvaća ozbiljno³⁸⁹ jer se odvagivanjem ustavnih načela pružanje ustavnopravne zaštite prepušta diskreciji sudaca, koji onda odluke donose na temelju osobnih preferencija.³⁹⁰ S druge strane, ukoliko prihvatimo usku koncepciju opsega, moramo naći načina da uskratimo ustavnopravnu zaštitu u slučajevima koji prema doslovnom tumačenju potpadaju pod opseg odgovarajuće ustavne norme.³⁹¹ Također, navodi se kako prihvaćanje široke koncepcije opsega, odnosno koncepta načela kao zahtjeva optimizacije u ustavnom pravu, vodi ka većem broju slučajeva u kojem je ustav relevantan pa i proširenju nadležnosti ustavnih sudova odnosno zadiranju u nadležnost zakonodavnog tijela.³⁹² Taj proces nazivamo „poustavljenjem pravnog poretka“, čijim okončanjem pravni poredak biva „natopljen ustavnim normama“.³⁹³ Ustav u takvom pravnom poretku uvjetuje zakonodavstvo, sudsku praksu, doktrinirani stil, djelovanje političkih čimbenika te privatne odnose.³⁹⁴ Stoga se zaključuje kako je posljedica koncepcije ustavnih normi kao načela, a načela kao zahtjeva optimizacije ta da je svako normativno rješenje već sadržano u tekstu ustava te ga je samo potrebno konkretizirati kroz odvagivanje relevantnih načela.³⁹⁵ Ustav se javlja kao „sudački genom“ u kojem je svaka niža pravna norma, na neki način, već sadržana u ustavu, odnosno iz njega proizlazi, pa ustavni sudovi svako zakonodavno pravilo mogu proglasiti nevaljanim.³⁹⁶ Alexy smatra kako je prikladno govoriti o proširenju utjecaja ustava, no ne i njegovoj sveobuhvatnosti, u smislu da je svako normativno rješenje njime uvjetovano odnosno predeterminirano, jer iz njegove koncepcije ustavnih normi odnosno načela ne proizlazi nužno veća definitivna ustavnopravna zaštita, već samo *prima facie* zaštita, što znači da se povećava broj slučajeva u kojima je odluka rezultat odvagivanja, ali to ne znači da će odluka rezultirati pružanjem definitivne ustavne zaštite.³⁹⁷ Sve ono što se u uskoj koncepciji može isključiti iz opsega ustavne norme, u širokoj koncepciji može biti obuhvaćeno ograničenjem odnosno granicom ustavnog prava ili slobode.³⁹⁸ Zato je prema Alexyju potrebno razlikovati potencijalne i stvarne ustavne slučajeve. Potencijalni ustavni slučaj je onaj u kojem se mogu navesti argumenti ustavne naravi, ali ti će argumenti biti suvišni jer je zakonodavno rješenje nedvojbeno u skladu s ustavom. Stvarni ustavni slučaj je onaj u kojem su argumenti za i protiv pružanja ustavne zaštite prikladni te je takvo argumentiranje stoga nužno.³⁹⁹ Naravno, teško je općenito utvrditi granicu između dviju vrsta te je neslaganje u vezi karakteriziranja konkretnog slučaja kao potencijalnog odnosno stvaranog neizbježno.⁴⁰⁰ Prednost široke koncepcije opsega, tj. shvaćanja relevantnih ustavnih normi kao načela i zahtjeva optimizacije

³⁸⁸ *Ibid.*, str. 210.

³⁸⁹ *Ibid.*, str. 211-212.

³⁹⁰ Poscher, R., *Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle*, *Ratio Juris*, vol. 33, br. 2, 2020., str. 137. Za Alexijev odgovor na kritiku o neracionalnosti postupka odvagivanja vidi: Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 228, str. 136-140.

³⁹¹ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 5, str. 211.

³⁹² *Ibid.*, str. 213; Poscher, R., *op. cit.* u bilj. 9, str. 426.

³⁹³ Guastini, R., *op. cit.* u bilj. 2, str. 185.

³⁹⁴ *Ibid.*, str. 186.

³⁹⁵ Alexy, R., *op. cit.* u bilj. 5, str. 389.

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ *Ibid.*, str. 213.

³⁹⁸ *Ibid.*, str. 211.

³⁹⁹ *Ibid.*, str. 213.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, str. 213-214.

je u tome da se s pomoću nje može izbjeći kategoriziranje „nevažnih“ slučajeva kao ustavnih tako da ih se označi kao samo potencijalne, a s druge strane njome se osigurava mogućnost pružanja ustavnopravne zaštite u svim onim slučajevima u kojima je to nužno, a koja bi zaštita u uskoj koncepciji mogla biti uskraćena jer slučaj u pitanju navodno nije obuhvaćen opsegom ustavne norme.⁴⁰¹

7.) ZAKLJUČAK

Rasprava o razlikovanju pravila i načela započela je kao kritika pozitivističke koncepcije sudačkog odlučivanja u teškim slučajevima, a od tada se proširila na mnoga ključna pitanja pravne teorije poput veze između morala i prava, otklonjivosti normi, njihove logičke strukture itd. O svestranosti rasprave i različitosti mišljenja najbolje govori činjenica da su se iz nje razvila tri različita gledišta. Tako postoje oni koji prihvaćaju jako razlikovanje kvalitativne naravi, oni koji odabiru srednji put razlikovanja u stupnju te na kraju oni koji negiraju postojanje bilo kakve značajnije razlike koja bi opravdavala podjelu normi u dvije različite kategorije. Unatoč dugotrajnosti i opširnosti rasprave u vezi pravnih načela, odnosno u vezi postojanja i naravi razlike između njih i pravila, njezin kraj ili značajni konsenzus što se tiče tih pitanja, nije izvjestan.

Iz analize mogućih kriterija razlikovanja možemo zaključiti kako se ne radi o normama identičnog sadržaja, strukture i načina primjene, ali da razlikovanje nije takve naravi da bi se svaka pravna norma mogla svrstati u samo jednu od dvije moguće grupe. Upravo se zbog toga najprikladnijim čini rješenje koje pomiruje dva suprotna stajališta, a to je ono razlikovanja u stupnju. Prema tome, načela su „važnije“ norme, u smislu da su na njima vrijednosno utemeljena brojna pravna pravila, koja, u pravilu, karakterizira veći stupanj neodređenosti bilo da se radi o otvorenosti antecedenta, otklonjivosti ili općenitosti, ali to ne znači da norme koje po svojoj strukturi odgovaraju pravilima ne mogu imati utemeljujuću funkciju ili da ne mogu poprimiti neki od prethodno navedenih oblika neodređenosti. Osim razlikovanja u odnosu na pravila, načela se i među sobom mogu razlikovati na temelju raznih karakteristika. Tako, s obzirom na rang koji zauzimaju u hijerarhiji izvora prava, razlikujemo ustavna i zakonska načela, a s obzirom na dio pravnog poretka koji pokrivaju razlikujemo opća i posebna načela. Ovisno o tome jesu li plod tumačenja određene pravne odredbe ili pravnog konstruiranja razlikujemo izražena i neizražena načela. Na kraju, načela u užem smislu i programatske norme možemo razlikovati na temelju funkcije koju obavljaju, tj. s obzirom na to štite li prava i slobode pojedinaca od neopravdanog zadiranja u njih od strane državnih tijela ili jamče odnosno promiču socijalna prava i kolektivne ciljeve zajednice. Utemeljujuća funkcija i veća razina neodređenosti omogućuju načelima da, u slučaju pomanjkanja preciznih pravnih pravila, kroz proces konkretizacije, popune pravne praznine i na taj način omoguće rješavanje slučajeva za koje prethodno nije bilo predviđeno precizno pravno pravilo. Pravna načela mogu poslužiti za uklanjanje neizvjesnosti u pravnom poretku i kada postoje precizna pravna pravila na temelju kojih bi se slučaj mogao riješiti. Tomu služi njihova tumačenjska funkcija, tj. tehnika prilagođujućeg tumačenja pravila, a uz pomoć koje tehnike pravilu pripisujemo ono značenje koje najbolje odgovara načelima na kojima je utemeljeno pravno uređenje društvenih odnosa u pitanju. Specifičnost sadržaja i logičke strukture načela najbolje se očituje u slučaju njihova međusobna sukoba. I dok se sukob između dvaju pravila javlja u različitim oblicima i, u pravilu, može riješiti uz pomoć uobičajenih tehnika za rješavanje antinomija, u slučaju sukoba načela radi se, u pravilu, o dvostrano djelomičnim antinomijama *in concreto* za čije rješavanje navedene tehnike nisu prikladne. Stoga je u pravnoj praksi razvijena specifična tehnika za rješavanje antinomija između načela, koja se sastoji u „mjeranju njihove težine“, odnosno

⁴⁰¹ *Ibid.*, str. 214.

odvaganju. Najpopularniji zagovornik upotrebe navedene tehnike, njemački pravni znanstvenik Robert Alexy, navedenu je tehniku razvio i formalizirao u obliku „Formule Težine“ uz pomoć koje možemo „izmjeriti“ *in concreto* težine sukobljenih načela, tj. odlučiti koje će od njih u konkretnom slučaju prevagnuti, odnosno biti primijenjeno. Pojam načela i njihova razlikovanja u odnosu na pravila najvažniji je za područje ustavnog prava jer upravo norme ustava, zbog toga što se nalaze na vrhu normativne hijerarhije, poprimaju najveću razinu neodređenosti te je na njima utemeljen cjelokupni pravni poredak. Zbog navedenog će nečije shvaćanje pojma načela uvelike ovisiti o doktrini tumačenja ustava koju prihvaća. Tako će, u pravilu, pravnici koji smatraju da se navedenim normama štiti samo „srž“ prava i sloboda pojedinaca, odnosno da se njima pojedinci štite samo od prekomjernog ograničenja ustavom zaštićenih vrednota, te norme shvaćati kao pravila čiji se sadržaj može utvrditi tumačenjem. S druge strane, pravnici poput Alexya, koji norme u pitanju shvaćaju kao načela, tvrdit će kako je u svakom slučaju u kojem postoji sumnja u vezi postojanja ustavne zaštite biti potrebno odvagivati razloge za i protiv kako bi se utvrdilo ustavu sukladno pravno uređenje spornog pitanja.

Činjenica da shvaćanje pojma načela ovisi o subjektivnim vrijednosno-pravnim stavovima pojedinca ne znači da su različiti teorijsko-pravni koncepti tih pojmova beskorisni. Oni su vrlo poučni jer omogućuju generalizaciju u praksi i doktrini prihvaćenih pravnih shvaćanja. Jednako kao što nam načela nekog konkretnog zakona omogućuju da u svega nekoliko članka spoznamo smisao cjelokupnog zakonskog uređenja koje se može sastojati od nekoliko stotina pa i tisuća članaka, tako nam i različiti teorijsko-pravni pojmovi, odnosno koncepti načela i njihova razlikovanja u odnosu na pravila, omogućuju da se upoznamo s raznim pravno-ideološkim prijeporima u pravnoj praksi i doktrini. Bez obzira kojoj struji rasprave netko pripadao, značaj načela u pravnoj praksi i doktrini je neupitan. Njihovo poznavanje je ključno za poimanje smisla i cilja konkretnog normativnog uređenja te stoga i za učinkovitu pravnu argumentaciju. Na njih se mogu pozivati odvjetnici i stranke kako bi podržale određeno tumačenje relevantnih preciznih pravnih pravila u konkretnom slučaju, kao i suci kako bi opravdali, odnosno pravno utemeljili svoje odluke u slučaju pomanjkanja preciznijih normi. Temeljna važnost i sveobuhvatnost načela, koja je posljedica njihove specifične neodređenosti, daje načelima ključnu ulogu u tumačenju i pravnoj argumentaciji, pa njihovo poznavanje odnosno nepoznavanje može biti ključno za stranku ukoliko želi ostvariti željeni rezultat u konkretnom sporu.

8.) POPIS LITERATURE

8.1.) Knjige

Alexy, R., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

Atienza, M.; Manero, J. R., *A Theory of Legal Sentences*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1998.

Burazin, L.; Krešić, M.; Tucak, I., *Priručnik za teoriju prava – praktični dio*, Naklada Breza, Zagreb, 2018.

Dworkin, R., *Shvaćanje prava ozbiljno*, Kruzak, Zagreb, 2003.

Dworkin, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, MA, and London, 1986.

Guastini, R., *Sintaksa prava*, Naklada Breza, Zagreb, 2018.

Guastini, R., *Tumačenje i argumentacija*, Naklada Breza, Zagreb, 2023.

- Hart, H. L. A., *The Concept of Law (Second edition)*, Oxford University Press, Oxford, 1994.
- Ivičević Karas, E., *Penitencijarno pravo*, Pravni Fakultet, Zagreb, 2022.
- Kelsen, H., *Čista teorija prava*, Naklada Breza, Zagreb, 2012.
- Klarić, P.; Vedriš, M., *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2014.
- Neves, M., *Constitutionalism and the Paradox of Principles and Rules*, Oxford University Press, Oxford, 2021.
- Ross, A., *On Law and Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- Smerdel, B., *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, Narodne Novine, Zagreb, 2013.
- Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004.
- Zucca, L., *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and USA*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- 8.2.) Članci
- Alexy, R., *On the Structure of Legal Principles*, Ratio Juris, vol. 13, br. 3, 2000., 294-304
- Alexy, R., *Constitutional Rights, Balancing and Rationality*, Ratio Juris, vol. 16, br. 2, 2003., 131-140
- Alexy, R., *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, Ratio Juris, vol. 16, br. 4, 2003., 433-449
- Alexy, R., *Thirteen Replies*, u: Pavlakos, R. (ur.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, Oxford, 2007., 331-366
- Alexy, R., *Constitutional Rights and Proportionality*, Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, vol. 22, 2014., str. 51-65
- Brozek, B., *The Weight Formula and Argumentation*, u: Pavlakos, R. (ur.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, Oxford, 2007., 319-330
- Brozek, B., *Legal Rules and Principles: A Theory Revisited*, i-lex, vol. 17, 2012., 205-226
- Burazin, L., *Kriteriji specijalnosti kao sredstvo rješavanja antinomija između općih načela prava (slučaj gradska groblja)*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 61, br. 2, 2011., 595-611
- Burazin, L., *Conflicts Between Fundamental Rights Norms*, u: Duarte, D.; Sampaio, S. J. (ur.), *Proportionality in Law: An Analytical Perspective*, Springer, Cham, 2018., 111-117
- Burazin, L.; Gardašević, Đ.; Krešić, M., *Poustavljenje hrvatskog pravnog poretka*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 71, br. 2, 2021., 221-254
- Burazin, L.; Relac, S., *Primjena ustava od strane (hrvatskih) redovnih sudova*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 73, br. 5, 2023., 841-879
- Canale, D.; Tuzet, G., *Legislative Intentions and Counterfactuals: Or, What One Can Still Learn from Dworkin's Critique of Legal Positivism*, Ratio Juris, vol. 36, br. 1, 2023., 26-47
- Christie, G. C., *The Model of Principles*, Duke Law Journal, vol. 649, 1968., 649-669

- Ferenčak, I., *Pareto optimum kao kriteriji utvrđivanja tržišne efikasnosti*, Ekonomski vjesnik, vol. 5, br. 1, 1992., 81-86
- Grabowski, A.; Lifante Vidal, I., *Rules and Principles*, u: Burazin, L.; Himma, K. E.; Pino, G. (ur.), *Jurisprudence in the Mirror*, Oxford University Press, New York, 2024. (u pripremi)
- Guastini, R., *Applying Constitutional Principles*, *Analisi e Diritto*, Vol. 9, 2016., 241-249
- Jakab, A., *Re-defining principles as „Important rules“: A Critique of Robert Alexy*, u: Borowski, M. (ur.), *On the Nature of Legal Principles*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2010., 145-159
- Keršić, M., *Legal principles in Croatian Legal Science: Fundamental Character and Indeterminacy*, *Pravni Vjesnik*, vol. 36, br. 1, 2020., 65-78
- Keršić, M., *Legal Methods For Resolving Apparent Conflicts Between Fundamental Rights*, Tarello Institute for Legal Philosophy
- Keršić, M., *Problem „težina“ sukobljenih ustavnih načela u analizi proporcionalnosti (odvagivanju)*, *Pravni Vjesnik*, vol. 38, br. 3-4, 2022., 85-107
- Moniz Lopez, P., *The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles*, *Ratio Juris*, vol. 30, br. 4, 2017., 471-490
- Poscher, R., *Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles*, *Ratio Juris*, vol. 22, br. 4, 2009., 425-454
- Poscher, R., *The Principles Theory: How Many Theories and What is their Merit?*, u: Klatt, M. (ur.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, New York, 2012., 218-247
- Poscher, R., *Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle*, *Ratio Juris*, vol. 33, br. 2, 2020., 134-149
- Ratti, G. B., *An Antinomy in Alexy's Theory of Balancing*, *Ratio Juris*, vol. 36, br. 1, 2023., 48-56
- Raz, J., *Legal Principles and the Limits of Law*, *Yale Law Journal*, vol. 81, br. 5, 1972., 823-854
- Rodin, S., *Načelo proporcionalnosti: porijeklo, ustavno utemeljenje i primjena*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 50, br. 1-2, 2000., 31-53
- Sampaio, S. J., *Proportionality in Its Narrow Sense and Measuring the Intensity of Restrictions on Fundamental Rights*, u: Duarte, D.; Sampaio, S. J. (ur.), *Proportionality in Law: An Analytical Perspective*, Springer, Cham, 2018., 71-110
- Sampaio, S. J., *Brute Balancing, Proportionality and Meta-Weighing of Reasons*, u: Sieckmann, J. R. (ur.), *Proportionality, Balancing, and Rights: Robert Alexy's Theory of Constitutional Rights*, Springer, Cham, 2021., 49-84
- Sardo, A., *Let's talk about antinomies. Normative systems reloaded*, *Revus*, br. 36, 2018., 26-47
- Siegel, J. R., *The Legacy of Justice Scalia and His Textualist Ideal*, *George Washington Law Review*, vol. 85, br. 3, 2017., str. 857-921

Vukorepa, I., *Faktičan (neizravan) prijenos gospodarske cjeline i utjecaj na radnopravni položaj radnika*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 72, br. 1-2, 2022., 619-640

Zrinski Marochini, M., *Izazovi u primjeni i tumačenju Konvencije u Republici Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 55, br. 2, 2018., 423-446

8.3.) Mrežni izvori

Burazin, L.; Relac, S., *O argumentu analogije i argumentu razdiobe*, 2023., dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/o-argumentu-analogije-i-argumentu-razdiobe-55900>

Europski sud za ljudska prava, *Vodič kroz članak 8. Konvencije – Pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života*, 2020., dostupno na: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_8_HRV

Jug, J., *Primjena pravnih načela u odlukama Vrhovnog suda Republike Hrvatske*, 2014., dostupno na: https://www.vsrh.hr/custompages/static/HRV/files/JugJ_Primjena-pravnih-nacela-u-odlukama-VSRH.pdf

Shapiro, S. J., *The „Hart-Dworkin“ Debate: A Short Guide for Perplexed*, Public Law and Legal Theory Working Paper Series No. 77, 2007., dostupno na: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Shapiro_Hart_Dworkin_Debate.pdf

Vlada Republike Hrvatske, Ured zastupnika Republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava, *Analiza presude Croatia Bus protiv Hrvatske*, Zagreb, 2023. dostupno na: <https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti/Analize%20presuda%20i%20odlu ka//Croatia%20bus%20d.o.o.%20-%20analiza%20presude.pdf>

8.4.) Zakonodavstvo

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1)

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, 13/17

Ustav RH, Narodne novine, 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14

Zakon o nasljeđivanju, Narodne novine, br. 48/2003

Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22, 156/22

Zakon o ograničavanju uporabe duhanskih proizvoda, Narodne novine, br. 128/1999

Zakon o parničnom postupku: SL SFRJ, br. 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91, i NN br., 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19, 80/22, 114/22

Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 20/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17, 110/21

8.5.) Presude

Croatia Bus protiv Hrvatske, br. 12261/15, 2. lipnja 2022

Upravni sud u Rijeci, 2 Usl-1594/15 od 29. lipnja 2016.

USRH, U-I-1156/1999 od 25. siječnja 2000.

VSRH, Rev-1390/08-2 od 18.11.2009.