

KRITIČKA ANALIZA GUASTINIJEVA SHVAĆANJA SUKOBA IZMEĐU USTAVNIH PRAVA I TEHNIKE ODVAGIVANJA

Prof. dr. sc. Luka Burazin*
Doc. dr. sc. Marin Keršić**

UDK 342.7::34(37)
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.45.3.1>
Ur.: 2. srpnja 2024.
Pr.: 29. srpnja 2024.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U ovome se radu raspravlja o sukobima između ustavnih prava i tehnici odvagivanja kao najpoznatijoj i najraširenijoj tehnici za rješavanje takvih sukoba. Kritički se analizira shvaćanje sukoba između ustavnih prava i tehnike odvagivanja Riccarda Guastinija, glavnog predstavnika denoveške škole pravnog realizma. Cilj analize u ovome radu je odgovoriti na sljedeća pitanja. Prvo, kakav je karakter sukoba između ustavnih prava. Drugo, koja je razlika između odvagivanja i Guastinijeve inačice kriterija *lex specialis* kao moguće alternativne metode rješavanja sukoba između ustavnih prava. Treće, kakvu funkciju ima odvagivanje u sudačkom rasuđivanju. I četvrto, što odvagivanje, prema Guastiniju, čini radnjom pravnog konstruiranja.

Ključne riječi: odvagivanje; antinomije; ustavna prava; kriterij specijalnosti; sudačko rasuđivanje.

1. UVOD

Moderni ustavi sadrže brojne odredbe kojima se jamče ustavna prava poput prava na život, privatnost, slobodu izražavanja, slobodu vjeroispovijedi, zaštitu zdravlja itd. Tumačenje takvih odredbi, tj. utvrđivanje njihova značenjskog sadržaja prilikom odlučivanja u konkretnim slučajevima ovisi i o moralnim vrednovanjima, odnosno traži vrijednosne ocjene koje su same po sebi subjektivne.¹ Budući da su u moderne ustave ugrađene različite etičko-političke vrijednosti, sukobi između

* Dr. sc. Luka Burazin, redoviti profesor, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet; lburazin@pravo.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2437-8871>.

** Dr. sc. Marin Keršić, docent, Sveučilište u Splitu, Pravni fakultet; marin.kersic@pravst.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0964-4625>.

1 Riccardo Guastini, *Tumačenje i argumentacija* (Zagreb: Naklada Breza, 2023.), 191-192. Vidi i: Pierluigi Chiassoni, *Interpretation without Truth: A Realistic Enquiry* (Cham: Springer, 2019.), 3-4.

ustavnih prava razmjerno su česti (prema nekim autorima i neizbježni).² Dodatni problem kod takvih sukoba izaziva činjenica da se oni, s obzirom na to da se norme kojima se ustavna prava dodjeljuju prevladavajuće shvaćaju normama-načelima (a ne normama-pravilima), obično ne mogu riješiti pomoću klasičnih kriterija/načela za rješavanje sukoba (antinomija) između pravnih pravila: viša norma čini nevaljanom nižu normu (*lex superior derogat legi inferiori*), kasnija norma prešutno ukida raniju normu (*lex posterior derogat legi priori*) i posebija norma ograničava doseg općenitije norme (*lex specialis derogat legi generali*).³ Zbog toga su se u pravnoj znanosti i praksi razvile različite tehnike za rješavanje sukoba između ustavnih prava, među kojima je najpoznatija i najraširenija tehnika odvagivanja (ponderiranja).⁴

Jedan od autora koji su dali velik doprinos raspravi o sukobima između ustavnih prava i tehnici odvagivanja je Riccardo Guastini, talijanski profesor filozofije prava i glavni predstavnik denoveške škole pravnog realizma.⁵ Stoga će se u ovome radu izložiti Guastinijeva shvaćanja sukoba između ustavnih prava i tehnika njihova rješavanja te njihovom kritičkom analizom odgovoriti na sljedeća pitanja:

1. Kakav je karakter sukoba između ustavnih prava? Je li riječ o dvostrano djelomičnim antinomijama *in concreto* između pravnih načela, kako tvrdi Guastini, ili potpunim antinomijama *in abstracto* između pravnih pravila?
2. Koja je razlika između odvagivanja (kao metode rješavanja sukoba između ustavnih prava) i Guastinijeve inačice kriterija *lex specialis* kao moguće alternativne metode rješavanja sukoba između ustavnih prava?
3. Koju funkciju ima odvagivanje u sudačkom rasuđivanju?
4. Što odvagivanje, prema Guastiniju, čini radnjom pravnog konstruiranja?

Nakon prvog, uvodnog dijela, u drugom dijelu rada se izlaže Guastinijevo shvaćanje razlikovanja pravila i načela kao dvaju tipova pravnih normi, budući da se ustavna prava (npr. pravo na slobodu mišljenja i izražavanja misli, pravo na zdrav život, pravo na slobodu poduzetništva) obično ustanovljuju normama koje se u pravnom diskursu prevladavajuće smatraju pravnim načelima. U trećem se dijelu

2 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 196-198. Vidi i: Juan Antonio García Amado, *Decidir y argumentar sobre derechos* (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2017.), 122-123; Giorgio Pino, *Diritti e Interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale* (Bologna: Il Mulino, 2010.), 143-144 i Lorenzo Zucca, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA* (Oxford: Oxford University Press, 2007.), 23.

3 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 197-198.

4 O različitim mogućim tehnikama za rješavanje sukoba između ustavnih prava, ali i različitim shvaćanjima odvagivanja kao jedne od mogućih tehnika vidi: Marin Keršić, "Legal Methods for Resolving Apparent Conflicts between Fundamental Rights" (doktorska disertacija, Genova: Università degli studi di Genova, Scuola delle scienze sociali, Dipartimento di giurisprudenza, 2022.).

5 O denoveškoj školi pravnog realizma, vidi u: Mauro Barberis i Giorgio Bongiovanni, „Legal Positivism in the Postwar Debate“, u: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Volume 12 Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, Tome 1: Language Areas, Tome 2: Main Orientations and Topics* (Dordrecht: Springer, 2016.), 257-258. O utjecaju i vezi denoveške škole pravnog realizma na teoriju prava u Hrvatskoj, vidi i: Marin Keršić, „Denoveška škola pravnog realizma“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 57, br. 3 (2020): 829-849.

rada prikazuje Guastinijevo shvaćanje karaktera sukoba između ustavnih prava i ukazuje na mogućnost rekonstrukcije tih sukoba kao potpunih antinomija *in abstracto* između pravnih pravila. U četvrtom dijelu rada izlaže se Guastinijevo shvaćanje dviju tehnika rješavanja sukoba između ustavnih prava, odvagivanja i jedne inačice kriterija specijalnosti, te se utvrđuje u čemu se navedene tehnike zapravo razlikuju. U petom se dijelu rada izlaže Guastinijevo shvaćanje mjesta i funkcije odvagivanja u sudačkom rasuđivanju te se pokazuje da ono pripada tzv. vanjskom opravdanju sudačkog rasuđivanja, a da u njemu, u slučajevima odlučivanja o biti spora između stranaka, osim funkcije opravdanja normativne premise ima i funkciju opravdanja podvođenog iskaza te, u slučajevima odlučivanja o zakonitosti, funkciju opravdanja spoznajne premise (suda o nespojivosti). U šestom se dijelu rada iznosi i kritički ispituje Guastinijevo shvaćanje pravnokonstruktivnog karaktera odvagivanja te utvrđuje u čemu se zapravo sastoji njegov pravnokonstruktivni karakter. Konačno, u sedmom dijelu rada iznose se zaključci.

2. RAZLIKOVANJE PRAVILA I NAČELA

Pravni se sustavi, prema stajalištu dominantnom u pravnoj znanosti, sastoje od dvaju tipova pravnih normi: pravila i načela.⁶ Oko razlikovanja pravila i načela u pravnoj znanosti ne postoji konsenzus pa je razlikovanje pravila i načela još uvijek aktualna tema u teoriji prava.⁷ Razlikovanje je pravila i načela značajno jer (između ostalog) utječe na shvaćanje i način primjene pravnih normi.⁸ Prema Guastiniju, pravna načela obilježavaju dvije značajke: temeljni karakter i osobiti oblik neodređenosti.⁹

Načela su temeljne norme u dvostrukom smislu: prvo, ona daju temelj i/ili

6 Takvog je stajališta i Guastini, ali i brojni drugi autori, među kojima od poznatijih možemo navesti Aulisia Aarnia i Roberta Alexyja. Vidi i: Aulis Aarnio, „Taking Rules Seriously“, u: *Law and the State in the Modern Times: Proceedings of the 14th IVR World Congress in Edinburgh, August 1989, Vol. 2*, ur. Werner Mainhofer i Gerhard Sprenger (Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1990.), 180-192 i Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2002.), 44-61.

7 Upućujemo na tek nekoliko važnijih suvremenih radova na temu razlikovanja pravila i načela: Giorgio Pino, „Principi e argomentazione giuridica“, *Ars Interpretandi* 1 (2009): 131-159, Pedro Moniz Lopes, „The Syntax of Principles. Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles“, *Ratio Juris* 30, br. 4 (2017): 471-490 i Andrzej Grabowski i Isabel Lifante Vidal, „Rules and Principles“, u: *Jurisprudence in the Mirror. The Common Law World Meets the Civil Law World*, ur. Luka Burazin, Kenneth Einar Himma i Giorgio Pino (New York: Oxford University Press, 2024.), 167-189.

8 Za ilustraciju razlike između pravila i načela može se navesti sljedeće primjere. Kao primjer načela možemo navesti čl. 70. st. 1. Ustava Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 08/98., 113/00., 124/00., 28/01., 41/01., 55/01., 76/10., 85/10., 05/14.: „Svatko ima pravo na zdrav život.“ Dok kao primjer pravila možemo navesti čl. 34. st. 1. Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 115/16., 106/18., 121/19., 32/20., 138/20., 151/22., 114/23.: „Porezni obveznici koji obavljaju samostalnu djelatnost iz čl. 29. ovoga Zakona dužni su upisati se u registar poreznih obveznika poreza na dohodak i utvrđivati dohodak na temelju podataka iz poslovnih knjiga i evidencija.“

9 Guastini, Riccardo, *Sintaksa prava* (Zagreb: Naklada Breza, 2023.), 77-81.

vrijednosno (etičko-političko) opravdanje drugim normama. Drugo, ona sama nemaju ili ne zahtijevaju vrijednosno (etičko-političko) opravdanje jer su shvaćena kao evidentno „pravedne“ norme u određenom pravnom poretku.¹⁰ Kao primjer možemo navesti načelo diobe vlasti iz čl. 3. Ustava Republike Hrvatske i načelo zakonitosti u kaznenom pravu (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) iz čl. 2. Kaznenog zakona.¹¹ „Temeljnost“ načela je vrijednosno, a ne činjenično svojstvo koje pravnici pripisuju pojedinim normama.¹²

Načela su, prema Guastiniju, i neodređene norme u smislu da je njihov sadržaj neodređen u barem jednom od sljedećih oblika.¹³ Prvo, načela mogu imati otvoreno činjenično stanje, tj. otvoren antecedent.¹⁴ To znači da nisu iscrpno nabrojane činjenice u prisutnosti kojih nastupa pravna posljedica predviđena načelom. Zbog toga su uvjeti primjene načela vrlo neodređeni. Uzmimo, na primjer, čl. 22. st. 1. Ustava Republike Hrvatske koji glasi: „Čovjekova je sloboda i osobnost nepovrediva.“ Za pravila (u većoj mjeri) vrijedi suprotno: ona se uvijek mogu rekonstruirati kao pogodbeni iskazi čiji antecedent razmjerno precizno određuje uvjete primjene („Ako a, b i c“), a konsekvent određuje pravnu posljedicu („onda posljedica P“).

Drugo, načela mogu biti otklonjiva ili derogabilna (engl. *defeasible*). Otklonjive norme dopuštaju implicitne iznimke koje nisu utvrđene ni njom ni bilo kojom drugom normom u pravnom poretku. Otklonjive se norme ne može primijeniti, kako ističe Guastini, putem jednostavnog deduktivnog rasuđivanja.¹⁵ Prema Guastiniju, otklonjiva se norma (ona kojom se dopuštaju nespecificirane implicitne iznimke) ne primjenjuje na sve činjenice na koje se odnosi njezin antecedent, stoga pojavljivanje jedne od činjenica obuhvaćenih antecedentom nije dovoljan uvjet za predviđenu pravnu posljedicu.¹⁶ Načela su razlozi *prima facie* i kao takva su podložna odvagivanju s drugim načelima s kojima mogu doći u normativni sukob.¹⁷ Kao primjer otklonjive norme Guastini navodi normu kojom se jamči sloboda znanosti i umjetnosti, za koju neki smatraju da se ne jamči bez (implicitnih) iznimki.¹⁸

Treće, načela mogu biti općenita, što znači da su načela norme koje je potrebno konkretizirati kako bi bile prikladne za rješavanje konkretnih slučajeva. Konkretizirati načelo znači formulirati druge norme kojima se načela „provode“ ili „izvršavaju“. Takva konkretizacija načela može biti izvršena na različite načine (tj. moguće su razne formulacije normi kojima se načela „provode“ ili „izvršavaju“). Na

10 Guastini, *Sintaksa prava*, 78.

11 Kazneni zakon, Narodne novine, br. 125/11., 144/12., 56/15., 61/15., 101/17., 118/18., 126/19., 84/21., 114/22., 114/23., 36/24.

12 Guastini, Riccardo, „Applying Constitutional Principles“, *Analisi e diritto* (2016): 242.

13 Guastini, *Sintaksa prava*, 79-81 i Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 175.

14 Prema nekim autorima, kako se navodi u literaturi, čak ga i nemaju. Vidi u: Giorgio Pino, *Teoria analitica del diritto I: La norma giuridica* (Pisa: Edizioni ETS, 2016.), 78-79 i Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 171-172.

15 Guastini, *Sintaksa prava*, 80.

16 Guastini, *Sintaksa prava*, 80.

17 Guastini, „Applying Constitutional Principles“, 242-243, referirajući se na: Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 57 i 59.

18 Guastini, *Sintaksa prava*, 80. Takvu odredbu sadrži i čl. 69. Ustava Republike Hrvatske.

primjer, čl. 70. st. 1. Ustava Republike Hrvatske propisuje da „svatko ima pravo na zdrav život“, ali ne govori ništa o naknadi štete nastale uslijed povrede tog prava.¹⁹ S druge strane, pravila su razmjerno „precizne“ norme, što znači da su upotrebljiva kao gornje premise u silogizmu.²⁰ Načela, dakle, nije moguće (zbog njihove logičke forme, otklonjivosti i podložnosti odvagivanju) neposredno primijeniti na konkretan slučaj bez prethodne konkretizacije.²¹

S obzirom na to da se ustavna prava obično ustanovljuju upravo normama-načelima, sukobe između ustavnih prava, o kojima se raspravlja u ovome radu, treba promatrati kao sukobe između normi-načela, a ne normi-pravila.²²

3. KARAKTER SUKOBA IZMEĐU USTAVNIH PRAVA

Prvo je pitanje kojim se bavimo u ovome radu pitanje karaktera sukoba između ustavnih prava i odnosi se na vrstu antinomije kojom se mogu opisati sukobi između ustavnih prava.

Guastini navodi dvije tipologije antinomija. Prema prvoj (Engischevoj) tipologiji, s gledišta teorije tumačenja, antinomije se mogu podijeliti na antinomije *in abstracto* (nužne antinomije) i antinomije *in concreto* (kontingentne antinomije).²³ Antinomije *in abstracto* su antinomije u kojima su dvjema pravnim normama nespojive pravne posljedice povezane s apstraktnim činjeničnim stanjima koja se međusobno (potpuno ili djelomično) *pojmovno* preklapaju, pa ih možemo utvrditi već u okviru tekstualnog tumačenja.²⁴ Antinomije *in concreto* su antinomije u kojima se tek prilikom primjene normi (a ne već u okviru tumačenja) primijeti da su dvjema normama nespojive pravne posljedice povezane s istim konkretnim činjeničnim stanjem, iako nema sukoba između normi *in abstracto*.²⁵ Prema drugoj (Rossovoj) tipologiji, kriterij za razlikovanje antinomija je preklapanje razreda činjeničnih stanja koja su uređena dvjema antinomičnim normama, pa možemo razlikovati potpune antinomije i djelomične antinomije (unutar kojih razlikujemo jednostrano djelomične

19 Marin Keršić, „Legal Principles in Croatian Legal Science: Fundamental Character and Indeterminacy“, *Pravni vjesnik* 36, br. 1 (2020): 69, bilj. 31.

20 Guastini, *Sintaksa prava*, 80-81.

21 Guastini, „Applying Constitutional Principles“, 243.

22 Ustav Republike Hrvatske. O temeljnim pravima kao normama-načelima, vidi i: Luka Burazin, „Conflicts Between Fundamental Rights Norms“, u: *Proportionality in Law: An Analytical Perspective*, ur. David Duarte i Jorge Silva Sampaio (Cham: Springer, 2018.), 112-113.

23 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 106-108 i Riccardo Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti* (Milano: Giuffrè Editore, 1998.), 218-219. Karl Engisch je navedenu tipologiju izložio u svojoj knjizi *Die Einheit der Rechtsordnung* (Heidelberg: C. Winter, 1935.), 46, 50 i ponovio u knjizi *Einfuehrung in das juristische Denken* (Stuttgart: Kohlhammer, 1956.) 158, premda sami nazivi *in abstracto* i *in concreto* ne potječu od Engische. Za Gavazzijevu kritiku Engischeve tipologije antinomija vidi i: Giacomo Gavazzi, *Delle antinomie* (Torino: G. Giappichelli, 1959.), 65 i dalje. Detaljnije o pojmu antinomije i vrstama antinomija vidi u: Pierluigi Chiassoni, „Materiali per una teoria delle antinomie“, *Materiali per una storia della cultura giuridica* 36, br. 1 (2006): 209-220.

24 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 106.

25 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 107.

antinomije i dvostrano djelomične antinomije).²⁶ Potpune antinomije su antinomije kod kojih dvije norme povezuju nespojive posljedice s istim razredom činjeničnog stanja. S druge strane, kod jednostrano djelomičnih antinomija razredi činjeničnih stanja uređenih jednom normom u cijelosti su obuhvaćeni razredom činjeničnih stanja uređenih drugom normom, dok se kod dvostrano djelomičnih antinomija neka (i samo neka) činjenična stanja uređena jednom normom preklapaju s nekima (i samo nekima) činjeničnim stanjima uređenima drugom normom.

Prema Guastiniju, antinomije između ustavnih načela su dvostrano djelomične antinomije *in concreto*, i to između normi koje međusobno nisu u odnosu pravila i iznimke.²⁷ Na primjer, ako govorimo o sukobu između prava na privatnost i prava na slobodu tiska, ne može se reći da se činjenično stanje koje uređuje ustavna norma o pravu na privatnost u cijelosti može podvesti pod činjenično stanje koje uređuje ustavna norma o slobodi tiska niti da se činjenično stanje koje uređuje ustavna norma o slobodi tiska u cijelosti može podvesti pod činjenično stanje koje uređuje ustavna norma o pravu na privatnost, kao što je to moguće reći primjerice u slučaju norme koja uređuje činjenično stanje prouzrokovanja štete općenito i činjenično stanje prouzrokovanja štete na radu ili u svezi s radom. Sukob je *in concreto* i zato što nema pojmovne veze između privatnosti i slobode tiska pa se o antinomiji ne može zaključivati na razini teksta nego tek kada se pojavi neki konkretan slučaj koji je moguće podvesti pod jednu i drugu normu. Takvo je shvaćanje prevladavajuće u teoriji prava.²⁸

Međutim, prema Burazinovom gledištu,²⁹ polazeći upravo od Guastinijeve teorije načela, proizlazi da se sukobi između ustavnih načela zapravo mogu svesti na potpune antinomije *in abstracto* između pravnih pravila.³⁰ Naime, kao što je *supra* rečeno, norme o ustavnim pravima su norme-načela te su kao načela opterećene osobitom neodređenošću. Norme o ustavnim pravima imaju otvoren antecedent (a prema nekima uopće ga i nemaju), otklonjive su i općenite. Općenitost normi o ustavnim pravima znači da zahtijevaju „formuliranje drugih normi - koje [ih] ‘konkretiziraju’, ukazujući na ‘provedbu’ ili ‘izvršenje’ - bez kojih ne bi [bile

26 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 108-109. Alf Ross je navedenu tipologiju razvio u svojoj knjizi *On Law and Justice* (New York: Oxford University Press, 2019.), 149-150. Danski izvornik je iz 1953. godine.

27 Guastini, *Sintaksa prava*, 278 i Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 125, 197.

28 Vidi u: David Martínez Zorrilla, „The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights“, *Law and Philosophy* 30, br. 6 (2011): 729-731. Vidi i: Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012.), 89 i David Duarte, „Drawing Up the Boundaries of Normative Conflicts that Lead to Balances“, u: *Legal Reasoning: The Methods of Balancing. Proceedings of the Special Workshop „Legal Reasoning: The Methods of Balancing“ held at the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Beijing, 2009*, ur. Jan-Reinard Sieckmann (Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010.), 57-58.

29 Burazin, „Conflicts Between Fundamental Rights Norms“, 112.

30 Za opću tezu prema kojoj se svaka antinomija *in concreto* u konačnici može svesti na antinomiju *in abstracto*, vidi u: Giovanni Battista Ratti, *Studi sulla logica del diritto e della scienza giuridica* (Madrid: Marcial Pons, 2013.), 98-99 i Alessio Sardo, „Let’s Talk about Antinomies. Normative Systems Reloaded“, *Revus* br. 36 (2018): 53-79.

prikladne] za rješavanje konkretnih slučajeva.³¹ Ta osobita neodređenost normi o ustavnim pravima, njihova različita logička struktura, prema Guastiniju, onemogućava neposrednu usporedbu (ustavnih) normi o ustavnim pravima i zakonskih normi kojima se ta prava razrađuju.³² Prema Guastiniju, da bi se mogla izvršiti usporedba izraženoga zakonskog pravila kojim se ostvaruje određeno ustavno pravo i ustavnog načela kojim se dodjeljuje ustavno pravo koje se ograničava navedenim pravilom, nužno je iz navodno ograničenoga ustavnog načela izvesti (neizraženo) pravilo - sa zatvorenim antecedentom, koje je neotklonjivo i nije općenito - koje ima isti antecedent kao i dotično zakonsko pravilo.³³

Kad je riječ o ustavnosudskom ocjenjivanju ustavnosti zakona, Ustavni sud utvrđuje potencijalnu antinomiju između određene zakonske norme i određene ustavne norme. No, često se događa da u tom postupku ocjenjivanja ustavnosti sporne zakonske norme Ustavni sud utvrdi da se ona može podvesti pod barem dvije ustavne norme: jednu s kojom je sporna zakonska norma spojiva (i zbog toga u skladu s ustavom) i drugu s kojom je ona nespojiva (i zbog toga neustavna). To iznosi na vidjelo dodatni problem antinomije između samih ustavnih normi.³⁴ S obzirom na to da je, kao što je već navedeno, u pravilu riječ o ustavnim normama koje se u praksi kvalificiraju kao načela, kaže se da je riječ o antinomijama između ustavnih načela. Naravno, da bi u takvim slučajevima Ustavni sud mogao odlučiti postoji li antinomija između sporne zakonske norme i određene ustavne norme, prethodno treba riješiti antinomiju između ustavnih načela kao mjerila ustavnosti zakona.³⁵

Prema tome, postoje dvije razine normativnog sukoba: jedan između mjerila za ocjenu ustavnosti spornoga zakonskog pravila i drugi, potencijalni, između spornoga zakonskog pravila i odabranog mjerila za ocjenu njegove ustavnosti.

Prema Burazinu, obje razine normativnog sukoba mogu se u konačnici okarakterizirati kao potpune antinomije *in abstracto* između pravnih pravila. Izloženo gledište Burazin prikazuje na primjeru odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske u kojoj se ocjenjivala ustavnost Zakona o ograničavanju uporabe duhanskih proizvoda, uz prilagodbu primjera na način da se pretpostavi da je sporno zakonsko pravilo prošlo test nužnosti te da je odluka ovisila o testu razmjernosti u užem smislu (tj. isključivo o odvaganju sukobljenih ustavnih prava).³⁶

31 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 174.

32 Guastini, *Sintaksa prava*, 392.

33 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 195.

34 Riccardo Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi* (Milano: Giuffrè Editore, 2004.), 136.

35 Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, 136.

36 Burazin, „Conflicts Between Fundamental Rights Norms“, 113. Test razmjernosti (proporcionalnosti) kojim se sudovi (osobito ustavni sudovi i Europski sud za ljudska prava) koriste u slučajevima sukoba između ustavnih prava, sastoji se od tri koraka: 1.) test prikladnosti (utvrđivanje je li sporna zakonska mjera uopće prikladna za ostvarenje legitimnog cilja), 2.) test nužnosti (utvrđivanje je li sporna zakonska mjera najblaža među jednako prikladnim alternativnim mjerama s obzirom na svoj učinak ograničavanja nekoga ustavnog prava ili vrijednosti) i 3.) test razmjernosti u užem smislu (je li ograničenje koje je spornom zakonskom mjerom nametnuto nekom ustavnom pravu razmjerno stupnju ostvarenja ustavnog prava ili vrijednosti koje se nastoji ostvariti tom zakonskom mjerom). O testu razmjernosti vidi

Čl. 11. Zakona o ograničavanju uporabe duhanskih proizvoda zabranjivao je prodaju duhanskih proizvoda iz automatskih naprava:

(IZP1): „Ako postoji mogućnost prodaje duhanskih proizvoda iz automatskih naprava, takva prodaja je zabranjena.“

Izraženim zakonskim pravilom IZP1, prema navodima predlagatelja Zakona, štitilo se ustavno pravo na zdrav život, zaštićeno čl. 70. st. 1. Ustava Republike Hrvatske. Navedeni se članak Zakona može, dakle, smatrati konkretizacijom izraženoga ustavnog načela:

(IUN1): „Svatko ima pravo na zdrav život.“

Prema prijedlogu za ocjenu ustavnosti, Zakon je ograničavao izraženo ustavno načelo poduzetničke i tržišne slobode formulirano čl. 49. st. 1. Ustava Republike Hrvatske:

(IUN2): „Poduzetnička i tržišna sloboda temelj su gospodarskog ustroja Republike Hrvatske.“

Nakon što su identificirane sukobljene ustavne norme-načela o ustavnim pravima (tj. sukobljena mjerila ustavnosti zakona), potrebno je konkretiziranjem (s obzirom na dani kontekst spornoga izraženog zakonskog pravila) iz obaju ustavnih načela izvesti neizražena ustavna pravila. Na taj način dobivamo dva neizražena ustavna pravila koja imaju isti antecedent i nespojive pravne posljedice: neizraženo ustavno pravilo dobiveno konkretizacijom izraženoga ustavnog načela prava na zdravlje (koje sadržajno odgovara spornome zakonskom pravilu):

(NUP1): „Ako poduzetnik i prilika prodaje duhanskih proizvoda putem automatskih naprava, onda je to zabranjeno“,

i neizraženo ustavno pravilo dobiveno konkretizacijom izraženoga ustavnog načela poduzetničke i tržišne slobode:

(NUP2): „Ako poduzetnik i prilika prodaje duhanskih proizvoda putem automatskih naprava, onda je to dopušteno.“

Riječ je zapravo o antinomiji između mjerila za ocjenu ustavnosti zakona jer se isto zakonsko pravilo (IZP1) može smatrati valjanim na temelju jednog i nevaljanim na temelju drugog načela.

S obzirom na to da između dobivenih neizraženih ustavnih pravila postoji potpuna antinomija *in abstracto*, te da se ne mogu primijeniti klasični kriteriji za rješavanje antinomija, provodi se odvagivanje ustavnih načela iz kojih su izvedena ta neizražena ustavna pravila. Pretpostavimo da na temelju odvagivanja navedenih načela s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja zaključimo da ustavno načelo poduzetničke i tržišne slobode (IUN2) ima veću težinu (važnije/vrednije je) od načela prava na zdravlje (IUN1) te da ono stoga predstavlja mjerilo za ocjenu ustavnosti spornoga zakonskog pravila (IZP1), tj. spojivosti toga zakonskog pravila s izabranim ustavnim načelom. S obzirom na to da je izabrano mjerilo ustavnosti načelo, spojivost je, kao što smo već rekli, moguće ocijeniti samo na način da sporno izraženo zakonsko pravilo IZP1 usporedimo s neizraženim ustavnim pravilom NUP2, koje predstavlja konkretizaciju IUN2 te ima isti antecedent kao i dotično zakonsko

pravilo IZP1.³⁷

Prema tome, dosljedno primjenjujući Guastinijeva shvaćanja o pravnim načelima (o nužnosti konkretizacije pravnih načela kako bi ona mogla biti primijenjena u konkretnom slučaju), proizlazi da su antinomije između normi o ustavnim pravima zapravo: a) na prvoj razini, antinomije između mjerila ustavnosti zakona, tj. *prima facie*, dvostrano djelomične antinomije *in concreto* između normi-načela o ustavnim pravima, koje su, kao što pokazuje Burazin, zapravo svedive na potpune antinomije *in abstracto* između dvaju neizraženih ustavnih pravila izvedenih konkretiziranjem sukobljenih ustavnih načela i b) na drugoj razini, potpune antinomije *in abstracto* između spornoga izraženog zakonskog pravila kojim se konkretizira jedno ustavno načelo i neizraženoga ustavnog pravila izvedenog konkretiziranjem drugog ustavnog načela.

4. ODVAGIVANJE I KRITERIJ SPECIJALNOSTI

Drugo je pitanje u ovome radu koja je razlika između odvagivanja (kao metode rješavanja sukoba između ustavnih prava) i Guastinijeve inačice kriterija *lex specialis* kao moguće alternativne metode rješavanja sukoba između ustavnih prava.

Prema Guastiniju, u slučajevima sukoba između ustavnih načela kriterij hijerarhije (*lex superior derogat legi inferiori*) ne može se primijeniti jer je riječ o sukobu između normi koje su hijerarhijski istoga ustavnog ranga; kriterij kronologije (*lex posterior derogat legi priori*) ne može se primijeniti jer su sukobljene ustavne norme na snagu u pravilu stupile istodobno, stupanjem na snagu ustava kojim su propisane (osim ako jedna od njih nije uvedena naknadnim izmjenama ustava); konačno, kriterij specijalnosti (*lex specialis derogat legi generali*), barem u tzv. prvoj, tj. klasičnoj inačici toga kriterija,³⁸ ne može se primijeniti jer između razreda činjeničnih stanja koje sukobljene ustavne norme uređuju nema odnosa roda i vrste, nego se ti razredi presijecaju tako da se samo neka od činjeničnih stanja uređenih jednim načelom preklapaju samo s nekima od činjeničnih stanja uređenih drugim načelom (dakle, riječ je o dvostrano djelomičnim antinomijama).³⁹ U takvim slučajevima, kako Guastini ističe, ustavni sudovi obično koriste tehniku odvagivanja.

Odvagivanje, prema Guastiniju, predstavlja jedan od koraka u primjeni ustavnih načela.⁴⁰ Prvi je korak u primjeni ustavnih načela *identifikacija* načela, tj. pripisivanje statusa (ili vrijednosti) načela ustavnoj odredbi od strane primjenjivača norme. Drugi je korak *tumačenje*, tj. pripisivanje značenja ustavnoj odredbi kojoj se prethodno pripisao status načela. Treći je korak *odvagivanje* sukobljenih načela sa svrhom izbora načela koje će se primijeniti u konkretnom slučaju ili razredu slučajeva. Konačno, četvrti je korak *konkretizacija* izabranog načela, odnosno

37 Burazin, „Conflicts Between Fundamental Rights Norms“, 112.

38 Prva inačica kriterija specijalnosti primjenjuje se kad postoji antinomija između dviju normi koje su hijerarhijski jednakog ranga, ali su u međusobnom odnosu pravila i iznimke (tj. kod antinomije jednostrano djelomičnog tipa). Tu je zapravo riječ o „klasičnom“ shvaćanju *lex specialis*. Više o prvoj inačici kriterija specijalnosti vidi u: Guastini, *Sintaksa prava*, 281.

39 Guastini, *Sintaksa prava*, 278.

40 Guastini, „Applying Constitutional Principles“, 241-249.

formuliranje drugih normi-pravila koje su potrebne kako bi načelo bilo prikladno za rješavanje konkretnih slučajeva.⁴¹

Odvagivanje načela tehnika je koja se sastoji u uspostavljanju hijerarhije između sukobljenih načela.⁴² Hijerarhija uspostavljena odvagivanjem između sukobljenih načela ima, prema Guastiniju, dvije karakteristike: ona je vrijednosna i pomična (fleksibilna, nestalna, nepostojana).⁴³

Hijerarhija je vrijednosna zato što je uspostavlja sudac na temelju svoje poredbene vrijednosne ocjene.⁴⁴ Na temelju poredbene vrijednosne ocjene sudac pripisuje jednom od sukobljenih načela veću „težinu“ odnosno vrijednost ili veću etičko-političku „važnost“ u odnosu na drugo načelo, polazeći od dodatne vrijednosne ocjene u pogledu pravednosti ili ispravnosti različitih ishoda odlučivanja koji u danom kontekstu proizlaze iz primjene sukobljavajućih načela: npr. „Načelo N1 dovelo bi do odluke O1, dok bi načelo N2 dovelo do odluke O2, a odluka O1 je pravednija ili ispravnija od O2.“⁴⁵ Poredbena vrijednosna ocjena važnosti ili težine sukobljenih načela ili, Alexyjevim riječima, tzv. preferencijski iskaz⁴⁶ može se prikazati u sljedećem logičkom obliku: „Načelo N1 ima veću težinu (tj. vrijednije je) od načela N2 u kontekstu X.“⁴⁷ Pri tome kontekst s obzirom na koji se izriče preferencijski iskaz može biti apstraktna ocjena ustavnosti zakona ili konkretan spor između stranaka.⁴⁸ U prvom se slučaju preferencijski iskaz izriče u kontekstu razreda slučajeva uređenog zakonskom normom čija se ustavnost ocjenjuje, a u drugom, u kontekstu pojedinačnog, konkretnog slučaja koji potpada pod zakonsku normu čija se ustavnost ocjenjuje s obzirom na mogućnost da se njezinom primjenom u dotičnom kontekstu povrijedi ustavno pravo jedne od stranaka u sporu.

Načelo kojem je pripisana veća „težina“ je ono koje treba primijeniti u konkretnom slučaju ili razredu slučajeva. Načelo kojem je pripisana manja „težina“ pri tome nije ni (prešutno) ukinuto (što je učinak primjene kriterija kronologije) ni učinjeno nevaljanim (što je učinak primjene kriterija hijerarhije), nego samo izuzeto iz primjene.⁴⁹ Iako Guastini u gotovo svim svojim tekstovima izrijeком navodi samo da se nadvladana norma „stavlja na stranu“ i „izuzima iz primjene“, iz jednog njegovog teksta, čini se, proizlazi da se izuzimanje iz primjene vrijednosno manje važnog načela provodi uvođenjem u to načelo iznimki s ciljem omogućavanja

41 Guastini, *Sintaksa prava*, 80-81.

42 Guastini, *Sintaksa prava*, 278. Detaljnije o odvagivanju vidi u: Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 198-203. Najpoznatije shvaćanje odvagivanja je ono Roberta Alexyja. Za Alexyjevo shvaćanje odvagivanja vidi u: Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 50-56 i Robert Alexy, „On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison“, *Ratio Juris* 16, br. 4 (2003): 436-448.

43 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 198-200.

44 O vrstama hijerarhija između normi (formalnim, materijalnim, logičkim i vrijednosnim) vidi u: Riccardo Guastini, „Gerarchie normative“, *Materiali per una storia della cultura giuridica* 27, br. 2 (1997): 470-471.

45 Guastini, „Applying Constitutional Principles“, 246-247.

46 Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 100-101.

47 Guastini, „Applying Constitutional Principles“, 246-247.

48 Guastini, „Applying Constitutional Principles“, 246.

49 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 199.

primjene vrijednosno važnijeg načela.⁵⁰

Druga je karakteristika hijerarhije uspostavljene odvagivanjem njezina pomičnost, fleksibilnost ili nestalnost. Pomičnost se prikazane vrijednosne hijerarhije očituje u tome što ona vrijedi samo za konkretan slučaj ili razred slučajeva te se u drugom konkretnom slučaju ili razredu slučajeva može promijeniti, tj. preokrenuti.⁵¹

U tome smislu, Guastini naglašava da je potrebno razlikovati sinkronijski učinak odvagivanja, tj. učinak odvagivanja u jednoj konkretnoj odluci, od dijakronijskog učinka, tj. učinka ponavljanih odvagivanja istih načela od strane istog suda.⁵² Naime, učinak odvagivanja dvaju sukobljenih načela u konkretnom slučaju jest primjena jednog ili drugog načela u tom slučaju. Jedno načelo, ono za koje je sud ocijenio da ima veću vrijednost, primjenjuje se, a drugo, za koje je sud ocijenio da ima manju vrijednost, stavlja se na stranu, izuzima iz primjene. Naprotiv, učinak različitih promjenljivih odvagivanja između istih dvaju sukobljenih načela u nizu konkretnih slučajeva jest ono što se, kaže Guastini, ponekad naziva tzv. pomirenjem sukobljenih načela, a sastoji se zapravo u konstruiranju, od strane doktrine ili sudske prakse, makro-načela „koje uključuje u svojoj formulaciji - i u tom smislu ‘pomiruje’ - oba sukobljena načela kao (unakrsne) iznimke kojima su podvrgnuta oba.“⁵³ Primjerice, ako analiziramo više odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske u kojima je odvagivano načelo zaštite ugleda (čl. 35. Ustava Republike Hrvatske) i načelo slobode govora (čl. 38. Ustava Republike Hrvatske), moguće je preciznije utvrditi koje točno okolnosti čine „pretežnijim“ neko od sukobljenih načela.⁵⁴

Mogli bismo reći i da je tzv. dijakronijski učinak odvagivanja, za razliku od odvagivanja kao „trenutačnog“ ili „nekonačnog“ načina rješavanja sukoba između sukobljenih načela, zapravo jedna vrsta „trajnog“ ili „konačnog“ načina rješavanja navedenih sukoba. Doduše, čini nam se da rezultat ponavljanih odvagivanja nije, kako kaže Guastini, neizraženo makro-načelo koje u svojoj formulaciji uključuje oba sukobljena načela kao međusobne unakrsne iznimke, nego neizraženo pravilo koje ima određene uvjete primjene koji proizlaze iz prethodnih pojedinačnih odvagivanja, tj. pravilo koje neposredno uređuje razrede činjeničnih stanja koja su u tim pojedinačnim odvagivanjima bila podvediva pod norme koje su za njih određivale nespojive pravne posljedice. Prema takvom shvaćanju, dijakronijski učinci odvagivanja bili bi neizražena pravila kojima se uređuju budući potencijalni sukobi između načela, poput izraženih pravila kojima zakonodavac unaprijed uređuje takve potencijalne sukobe (npr. pravila Zakona o medijima kojima se unaprijed uređuju potencijalni sukobi između ustavnog prava na slobodu medija i ustavnog prava na privatnost).

50 Tako proizlazi iz Guastinijevog, čini se, odobravajućeg citiranja Pinova shvaćanja. Vidi u: Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 199, bilj. 23.

51 Guastini, „Applying Constitutional Principles“, 246-247.

52 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 201.

53 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 202.

54 Vidi u: Marin Keršić, „Problem ‘težina’ sukobljenih ustavnih načela u analizi proporcionalnosti (odvagivanju)“, *Pravni vjesnik* 38, br. 3-4 (2022): 103. Na primjeru analiziranih odluka može se uočiti da je u testu odvagivanja ključno bilo pitanje doprinosa raspravi u javnom interesu, odnosno da se sporna izjava tiče rasprave od javnog interesa.

Analizirajući problem sukoba između ustavnih prava te tehnika koje bi se mogle primijeniti za njihovo rješavanje, Guastini razmatra i kriterij specijalnosti, tj. jednu od njegovih dviju inačica.⁵⁵ Kriterij specijalnosti (u drugoj inačici) moguće je primijeniti, prema Guastiniju, u situaciji antinomije između dviju normi koje su hijerarhijski jednakog ranga i između kojih ne postoji odnos roda i vrste, tj. kod antinomija dvostrano djelomičnog tipa,⁵⁶ a upravo su antinomije između normi kojima se štite ustavna prava, kako smatra Guastini, takav tip antinomije. S obzirom na to da kod antinomije dvostrano djelomičnog tipa nema odnosa općeg i posebnog, nego je riječ o jednako općenitim normama, pretpostavka primjene druge inačice kriterija specijalnosti, prema Guastiniju, uspostava je vrijednosne hijerarhije između normi.⁵⁷ Naime, ako sudac prethodno ne bi uspostavio vrijednosnu hijerarhiju između sukobljenih normi, u slučaju nastanka dvostrano djelomične antinomije mogao bi bez razlike uzeti ili da je norma N1 iznimka u odnosu na normu N2 koja je opće pravilo ili pak da je norma N2 iznimka u odnosu na normu N1 koja je opće pravilo.⁵⁸ Kao primjer Guastini navodi normu N1 kojom se štiti pravo na privatnost osobnog života i normu N2 kojom se jamči sloboda tiska. Objavom novinske vijesti o seksualnim navikama pojedinca krši se njegovo pravo na privatnost, ali ujedno se ostvaruje sloboda tiska.⁵⁹ Dakle, prema normi N1 takvo je ponašanje kvalificirano kao nezakonito, dok je normom N2 kvalificirano kao zakonito. Da riješi tu antinomiju, sudac prvo treba ocijeniti koje od sukobljenih prava ima veću vrijednost ili težinu. Ako ocijeni da je pravo na privatnost vrijednosno važnije od slobode tiska, može argumentirati da norma N1 kojom se dodjeljuje pravo na privatnost čini iznimku od opće norme N2 kojom se dodjeljuje sloboda tiska. Ako pak ocijeni da je sloboda tiska vrijednosno važnija od prava na privatnost, može argumentirati da norma N2 kojom se dodjeljuje sloboda tiska čini iznimku od opće norme N1 kojom se dodjeljuje pravo na privatnost. Dakle, prema Guastiniju, upotreba druge inačice kriterija specijalnosti za rješavanje antinomija između normi kojima se dodjeljuju ustavna prava pretpostavlja uspostavu vrijednosne hijerarhije između sukobljenih normi.⁶⁰ Pri tome upotreba kriterija specijalnosti ne dovodi ni do (prešutnog) ukidanja ni do činjenja nevaljanom vrijednosno manje važne norme, jednako kao i kod odvagivanja, nego samo do ograničavanja njezina dosega.⁶¹ Za razliku od odvagivanja, gdje izrijeком govori o učinku „izuzimanja iz primjene“ vrijednosno manje važne norme, a tek prešutno i posredno o učinku „ograničavanja dosega“ takve norme, Guastini u slučaju druge inačice kriterija specijalnosti izrijeком govori o učinku „ograničavanja dosega“ vrijednosno manje važne norme, a on se redovito ostvaruje upravo uvođenjem prešutne iznimke u određenu normu.

S obzirom na to da se i prilikom odvagivanja i prilikom primjene druge inačice kriterija specijalnosti uspostavlja vrijednosna hijerarhija između (dvostrano

55 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 124-125.

56 Vidi i: Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 124.

57 Guastini, *Sintaksa prava*, 282.

58 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 125.

59 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 124-125.

60 Vidi i: Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 125.

61 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 124.

djelomično) sukobljenih normi od strane suca te da je rezultat upotrebe obiju tehnika rješavanja sukoba između normi-načela o ustavnim pravima primjena vrijednosno važnijeg i izuzimanje iz primjene vrijednosno manje važnog načela, i to, čini se, upravo uvođenjem iznimki u vrijednosno manje važno načelo (tj. ograničavanjem njegova dosega primjene), postavlja se pitanje koja je zapravo razlika između navedenih dviju tehnika.

Prvi odgovor koji se nameće jest onaj o karakteru vrijednosne hijerarhije. Kako je prethodno navedeno, Guastini ističe da je hijerarhija uspostavljena prilikom odvagivanja vrijednosna i *pomična*. Međutim, kada govori o primjeni druge inačice kriterija specijalnosti⁶² i hijerarhiji koja se njegovom primjenom uspostavlja između normi, Guastini ističe samo vrijednosni, ali ne i pomični karakter takve hijerarhije. Prema tome, moglo bi se pretpostaviti da je u slučaju druge inačice kriterija specijalnosti riječ o uspostavljanju stalne ili trajne (nepomične, postojane) vrijednosne hijerarhije, tj. da sudac jedno od dvaju sukobljenih načela proglašava vrijednosno važnijim od drugog načela *in abstracto*, neovisno o okolnostima konkretnog slučaja.⁶³ Na takav bi zaključak mogao upućivati sljedeći Guastinijev tekst:

„treba naglasiti da je uspostavljanje vrijednosne hijerarhije između sukobljenih načela neizbježno: nema drugog načina za rješavanje sukoba. Ono što nikako nije neizbježno je uspostavljanje *pomične* hijerarhije, jer bi bilo sasvim moguće da ustavni sudac odluči da jedno od dvaju načela uvijek prevladava nad drugim u bilo kojoj situaciji sukoba: primjerice, načelo slobode tiska bi *uvijek* moglo prevladati nad načelom zaštite privatnosti ili, naprotiv, zaštita privatnosti bi *uvijek* mogla prevladati nad slobodom tiska. To bi bila neka vrsta spoja vrijednosne hijerarhije s kriterijem *lex specialis* (iako u odsustvu ikakvog odnosa roda i vrste između uređenih činjeničnih stanja).“⁶⁴

Nadalje, iako u svojim kasnijim radovima⁶⁵ kao primjer na kojem prikazuje upotrebu druge inačice kriterija specijalnosti navodi (dvostrano djelomičnu) antinomiju između normi-načela o ustavnim pravima (pravo na privatnost i pravo na slobodu tiska), u jednom svojem ranijem radu⁶⁶ kao primjer navodi dvostrano

62 Vidi Guastini, *Sintaksa prava*, 282-283 i Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 124-125.

63 Kao primjer takve stalne vrijednosne hijerarhije koju je uspostavio Ustavni sud Republike Hrvatske između načela (vrijednosti) višestranačkoga demokratskog sustava i načela (vrijednosti) ravnopravnosti spolova, doduše uz ograničenje na uređenje izbora zastupnika u Hrvatski sabor, vidi Odluku i Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-I-1397/2015 od 24. rujna 2015., osobito t. 124: „[...] u konkurenciji dviju inače jednakovrijednih vrednota ustavnog poretka RH iz čl. 3. Ustava (višestranački demokratski sustav vs. ravnopravnost spolova), prevagu ima i *uvijek* mora imati višestranačka demokracija kad je riječ o izborima zastupnika u Hrvatski sabor [kurziv op. a.]“ Zahvaljujemo prof. dr. sc. Frani Staničiću što nam je ukazao na taj primjer, op. a.

64 Riccardo Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello stato* (Torino: G. Giappichelli Editore, 2006.), 151, prijevod s talijanskog od strane autorā.

65 Riccardo Guastini, *La sintassi del diritto* (Torino: Giappichelli Editore, 1. izd., 2011.), 305-306, (2. izd., 2014.), 297-298, Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare* (Milano: Giuffrè Editore, 2011.), 124-125.

66 Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, 228.

djelomičnu antinomiju između preciznih normi-pravila (norme koja propisuje obvezu plaćanja poreza za proizvođače crnih vina i norme koja određuje da porez ne trebaju platiti proizvođači vina s kontroliranom oznakom izvornosti, koja vina, pretpostavlja se, mogu biti i bijela i crna). Međutim, dok se u slučaju dvostrano djelomične antinomije između normi-načela može jednako zamisliti uspostava pomične i postojane vrijednosne hijerarhije, u slučaju dvostrano djelomične antinomije između preciznih normi-pravila, ili barem u primjeru koji Guastini navodi, teško je zamisliti da bi suci, ovisno o okolnostima konkretnog spora, od slučaja do slučaja različito određivali vrijednosnu hijerarhiju između istih dvaju sukobljenih pravila (npr. da ponekad pridaju veću vrijednosnu važnost pravilu o obvezi plaćanja poreza za proizvođače crnih vina, a ponekad pravilu o neobveznosti plaćanja poreza za proizvođače vina s kontroliranom oznakom izvornosti). Čini se da je u slučaju dvostrano djelomične antinomije između pravila prikladnija uspostava postojane ili trajne vrijednosne hijerarhije između pravila koja se potom može kombinirati s upotrebom kriterija specijalnosti, prema kojem će pravilo koje su sudovi ocijenili vrijednosno važnijim uvijek činiti iznimku od (općeg) pravila koje su sudovi ocijenili vrijednosno manje važnim (npr. proizvođači crnih vina, uz iznimku proizvođača crnih vina s kontroliranom oznakom izvornosti, obvezni su plaćati porez). S obzirom na to da je Guastini u kasnijim radovima zadržao isti tekst o tzv. drugoj inačici kriterija specijalnosti, mijenjajući samo primjer na kojem pokazuje upotrebu toga kriterija (tj. uvodeći kao primjer sukob između dvaju ustavnih prava), ne ističući pri tome bilo kakvu razliku u odnosu na raniji primjer, moglo bi se zaključiti da se i u slučaju sukoba između normi-načela (o ustavnim pravima) kriterij specijalnosti kombinira s postojanom ili trajnom vrijednosnom hijerarhijom.

Međutim, na izravno pitanje o tome je li vrijednosna hijerarhija koja se uspostavlja kao pretpostavka upotrebe druge inačice kriterija specijalnosti pomična ili postojana te uključuje li druga inačica kriterija specijalnosti odvagivanje, Guastini je rekao (u privatnoj komunikaciji s jednim od autora ovoga rada) da mu se čini da je riječ o pomičnoj hijerarhiji (kao i kod odvagivanja) i da upotreba druge inačice kriterija specijalnosti također uključuje odvagivanje (što je razumljivo s obzirom na to da se, prema Guastiniju, odvagivanje sastoji upravo u uspostavi pomične vrijednosne hijerarhije). Na dodatno pitanje o tome po čemu se onda razlikuju odvagivanje i druga inačica kriterija specijalnosti, odgovorio je da je riječ o „različitim argumentativnim strategijama koje proizvode iste rezultate.“ Iz navedenog bi proizlazilo da je razlika u tome što se kod odvagivanja, nakon uspostave vrijednosne hijerarhije, ne koristi argument *lex specialis* (ili se on barem ne koristi izrijekom), dok se taj argument (izrijekom) koristi u slučaju primjene tzv. druge inačice kriterija specijalnosti. Ipak, s obzirom na to da, kao što je *supra* navedeno, Guastini s prešutnim odobravanjem citira Pinovo shvaćanje da se odvagivanjem u jednu normu uvode iznimke kako bi se osigurala primjena druge norme, ostaje nejasnim što te dvije tehnike rješavanja sukoba između normi-načela (o ustavnim pravima) čini različitim argumentativnim strategijama. Odgovor će se pokušati dati u idućem poglavlju ovoga rada, u kojem se raspravlja o funkciji odvagivanja u sudačkom rasuđivanju.

U svakom slučaju, naglasimo da je, prema Guastiniju, moguće da suci

kombiniraju uspostavu postojane ili trajne vrijednosne hijerarhije između načela s kriterijem specijalnosti, kao što to proizlazi iz *supra* citiranog teksta. Takvu mogućnost Guastini navodi i u drugim svojim radovima. Npr. kad govori o odvagivanju, Guastini kaže:

„sudac u cilju određivanja dotične hijerarhije ne ocjenjuje ‘vrijednosti’ dvaju načela ‘*in abstracto*’, jednom za svagda. On ne uspostavlja između dvaju načela stalnu ili trajnu hijerarhiju (poput: Načelo N1 će u svim okolnostima uvijek nadvladati načelo N2). Niti sudac primjenjuje - *kao što bi to apstraktno mogao* [kurziv op.a.] - kriterij ‘*lex specialis*’, rekonstruirajući dva načela tako da jedno od njih *uvijek*, u svim okolnostima, čini iznimku od drugoga (načelo N1 uvijek čini iznimku od N2).“⁶⁷

U slučaju kombinacije postojane ili trajne vrijednosne hijerarhije i kriterija specijalnosti sud zapravo stvara neizraženo makro-načelo koje u svojoj formulaciji uključuje „vrijednosno više“ načelo kao iznimku od „vrijednosno nižeg“ načela. S obzirom na to da se to makro-načelo potom primjenjuje na sve buduće slučajeve sukoba između dvaju načela, mogli bismo reći da stvaranje takvog makro-načela, za razliku od odvagivanja i druge inačice kriterija specijalnosti kao „trenutačnih“ ili „nekonačnih“ načina rješavanja navedenih sukoba, predstavlja drugu vrstu „trajnog“ ili „konačnog“ načina rješavanja navedenih sukoba, uz *supra* prikazan tzv. dijakronijski učinak odvagivanja.

5. FUNKCIJA ODVAGIVANJA U SUDAČKOM RASUĐIVANJU

Unutar sudačkog rasuđivanja razlikuju se dvije razine: tzv. unutarnje opravdanje (prva razina) i tzv. vanjsko opravdanje (druga razina).⁶⁸ Unutarnje opravdanje je deduktivno rasuđivanje putem kojeg sudac primjenjuje pravilo, a vanjsko je opravdanje skup rasuđivanja, obično nededuktivnih, putem kojih sudac opravdava premise unutarnjeg opravdanja.⁶⁹ Strukturu unutarnjeg i vanjskog rasuđivanja, prema Guastiniju, možemo prikazati na sljedeći način.⁷⁰

Unutarnje opravdanje kao prvu premisu ima normativnu premisu - pravilo koje je ili rezultat odlučujućeg tumačenja *in abstracto* ili pravnog konstruiranja. Druga premisa je činjenična, tj. empirijski sud kojim se opisuju činjenice slučaja. Treća i četvrta premisa su podvođeće (supsumirajuće) premise - podvođeći iskazi kojima se neki razred činjeničnih stanja podvodi pod neki širi razred činjeničnih stanja (tzv. rodno podvođenje) i neki pojedinačni entitet podvodi pod neki razred činjeničnih stanja (tzv. pojedinačno podvođenje), koji su rezultat odlučujućeg tumačenja *in concreto*. Zaključak je pojedinačan i konkretan propis. Guastini to ilustrira sljedećim primjerom strukture unutarnjeg opravdanja:⁷¹

1.) prva premisa - pravilo (izraženo ili neizraženo) koje je rezultat odlučujućeg

67 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 199.

68 Guastini, *Sintaksa prava*, 405-408. Detaljnije vidi u: Jerzy Wróblewski, „Legal Decision and its Justification“, *Logique et Analyse* 14, br. 53/54 (1971): 409-419.

69 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 243-244.

70 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 244-248.

71 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 244.

tumačenja *in abstracto* ili pravnog konstruiranja i koje se primjenjuje: „Ubojice treba kazniti“

2.) druga premisa - činjenični sud kojim se opisuju činjenice slučaja: „Petar je izvršio radnju X [Pavlu je prezeao grkljan]“

3.) treća premisa - rodni podvodeći iskaz: „Rezanje grkljana predstavlja ubojstvo“

4.) četvrta premisa - pojedinačni podvodeći iskaz (tumačenje *in concreto*): „Petar je počinio ubojstvo“

5.) zaključak - pojedinačan i konkretan propis: „Petra treba kazniti.“

U vanjskom opravdanju sudačkog rasuđivanja nalaze se tumačenjski i konstruktivni argumenti, kojima se opravdavaju normativne i podvodeće premise unutarnjeg opravdanja, te dokazi, kojima se opravdava činjenična premisa unutarnjeg opravdanja. Među konstruktivne argumente, kao argumente koji opravdavaju pravno konstruiranje, Guastini ubraja između ostalih i formuliranje neizraženih (implicitnih) normi kojima se konkretiziraju (i ujedno primjenjuju) načela, kao i odvagivanje sukobljenih ustavnih načela i stvaranje vrijednosnih hijerarhija između normi.

Budući da odvagivanje služi tome da se odabere koje će se od sukobljenih načela primijeniti u konkretnom slučaju, možemo zaključiti da odvagivanje pripada vanjskom opravdanju, tj. drugoj razini opravdanja sudačkog rasuđivanja. Dakle, odvagivanje zapravo nije način primjene načela,⁷² nego samo način odabira jednog od sukobljenih načela, koje se zatim primjenjuje kroz postupak konkretizacije načela.⁷³

Kako bi se podrobnije razjasnila funkcija odvagivanja unutar tzv. vanjskog opravdanja sudačkog rasuđivanja i ponudilo, kao što smo najavili u prethodnom poglavlju, moguće objašnjenje razlike između odvagivanja i Guastinijeve druge inačice kriterija specijalnosti, u analizu će se uključiti kontekste u kojima suci odvaguju i različite vrste odluka.

Kao što je *supra* navedeno, prema Guastiniju, odvagivanje se može provoditi u kontekstu apstraktne ocjene ustavnosti zakona ili konkretnog spora između stranaka. Kad je riječ o kontekstu apstraktne ocjene zakona, u analizu će se uključiti i dva stadija testa razmjernosti (test nužnosti i test razmjernosti u užem smislu).⁷⁴ Konačno, u analizi će se razlikovati dvije vrste odluka: odluku o (materijalnoj) zakonitosti (koja se donosi u kontekstu apstraktne ocjene ustavnosti zakona) i odluku o biti spora (koja se donosi u kontekstu konkretnog spora između stranaka). Odluke o biti spora imaju gore navedenu strukturu vanjskog i unutarnjeg opravdanja sudačkog rasuđivanja.

72 Kao što to tvrdi Alexy. Vidi Alexy, „On Balancing and Subsumption“, 433-435.

73 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 201. Vidi i: Giovanni Battista Ratti, „An Antinomy in Alexy’s Theory of Balancing“, *Ratio Juris* 36, br. 1 (2023): 51-52.

74 Prvi stadij testa razmjernosti, test prikladnosti, nećemo uključiti u analizu jer taj stadij nedvojbeno ne uključuje odvagivanje ni u kojem smislu riječi. Treći stadij, test razmjernosti u užem smislu, sastoji se upravo u odvagivanju u užem smislu riječi, dok se kod drugog stadija, testa nužnosti, može eventualno govoriti o odvagivanju u širem smislu riječi (u smislu uzimanja u obzir načela koje se ograničava zakonskom normom kojom se ostvaruje drugo ustavno načelo kako bi se utvrdilo je li ona najblaža među jednako prikladnim alternativnim mjerama s obzirom na svoj učinak ograničavanja prvog ustavnog načela). O stadijima testa razmjernosti vidi *supra* bilj. 35.

Odluke o zakonitosti pak, prema Guastiniju, imaju sljedeću strukturu.⁷⁵ Unutarnje opravdanje sastoji se od dviju premisa: normativne premise „Ako norma nije spojiva s materijalno višom normom, onda je ona materijalno nevaljana“ (u našem slučaju: „Ako zakonska norma nije spojiva s ustavnom normom, onda je ona neustavna“) i spoznajne premise, tj. suda o nespojivosti (u našem slučaju: „Zakonska norma ZN je nespojiva s ustavnom normom UN“). Zaključak je odluka o neustavnosti zakonske norme. Vanjsko opravdanje spoznajne premise zahtijeva tumačenje ustavne odredbe koju je sud u konkretnom slučaju uzeo kao mjerilo ustavnosti, možebitno prethodno odvagivanje na temelju kojega je sud izabrao ustavno mjerilo ustavnosti sporne zakonske norme, konkretiziranje protumačene ustavne odredbe (tj. ustavne norme) i tumačenje sporne zakonske odredbe iz koje navodno proizlazi neustavna norma.

Raspravimo prvo kontekst apstraktne ocjene ustavnosti zakona, tj. situaciju u kojoj, primjerice, Ustavni sud ocjenjuje je li određena zakonska norma u skladu s Ustavom, i to prvo slučaj u kojemu Ustavni sud ocjenjuje ustavnost zakonske norme s aspekta testa nužnosti, a zatim s aspekta testa razmjernosti u užem smislu.

Ako Ustavni sud ocjenjuje spornu zakonsku normu s aspekta testa nužnosti (pod pretpostavkom da je norma prošla test prikladnosti),⁷⁶ on zapravo ocjenjuje je li ta zakonska norma, kojom se ostvaruje jedno ustavno pravo, uzela u obzir ustavno pravo koje se njome ograničava, tj. predstavlja li ta zakonska norma, ako postoji više jednako prikladnih regulatornih alternativa, najmanje moguće zadiranje u to drugo ustavno pravo među jednako prikladnim regulatornim alternativama. Stoga Ustavni sud u tom slučaju nastupa poput zakonodavca, razmatrajući moguće alternativne norme kojima bi se moglo urediti sporno činjenično stanje, uzimajući u obzir i načelo koje je zakonodavac želio ostvariti i načelo koje se ostvarivanjem prvog načela ograničava. Dakle, sud ispituje mogućnost konstruiranja novog, jednako prikladnog alternativnog pravila, izvedeći ga iz sadržaja načela koje se želi ostvariti, uz uzimanje u obzir načela koje se pri tome ograničava. Promotrimo li bolje, ta radnja Ustavnog suda ne predstavlja odvagivanje, nego konstruiranje novoga (neizraženog) pravila (koje pretendira biti zakonskog ranga, kao alternativa pravilu koje je stvorio zakonodavac) konkretiziranjem načela koje se njime želi ostvariti, a koje drugo načelo ograničava manje od sporne zakonske norme. Riječ je o upotrebi tehnike koju bismo mogli nazvati tzv. prilagođujućim konstruiranjem.⁷⁷ Ako u tome uspije (tj. ako utvrdi da postoji jednako prikladna blaža norma od one koju je stvorio zakonodavac), Ustavni sud će ocijeniti da je sporno zakonsko pravilo neustavno jer je zbog nenužnosti povrijedilo neko ustavno načelo. Dakle, ovdje zapravo nije toliko riječ o rješavanju antinomije između ustavnih načela, koliko o utvrđivanju povrede nekoga

75 Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, 125-126, 135-136 i Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 248-249, vidi *supra* bilj. 35.

76 Takav je slučaj, prema Rodinu, upravo *supra* analizirani slučaj zabrane prodaje duhanskih proizvoda. Zakonska norma nije prošla test nužnosti (sud doduše jest naveo i potrebu odvagivanja, ali ga nije proveo jer zakonska norma nije prošla test nužnosti). Vidi u: Siniša Rodin, „Načelo proporcionalnosti - porijeklo, ustavno utemeljenje i primjena“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 50, br. 1-2 (2000): 49.

77 Prema analogiji s tzv. prilagođujućim tumačenjem. O prilagođujućem tumačenju vidi u: Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 285-289.

ustavnog načela. Zaključimo: provođenje testa nužnosti može završiti sudačkim konstruiranjem novoga neizraženog pravila koje „pomiruje“ dva sukobljena načela drukčije od spornoga zakonskog pravila (tj. na način da se drugo ustavno načelo ograničava blažim, jednako prikladnim pravilom), a na temelju kojega Ustavni sud zaključuje da je sporno zakonsko pravilo neustavno.

Ako sporna zakonska norma prođe i test prikladnosti i test nužnosti, onda zapravo postoji neizbježna antinomija između ustavnih načela. Naime, u tom slučaju postoji zakonska norma koja je (s obzirom na konkretan slučaj) jedina moguća konkretizacija jednoga ustavnog načela, a koja istodobno ograničava drugo ustavno načelo. Dakle, za razliku od prethodnog slučaja (ocjene nužnosti), u kojem je Ustavni sud potencijalno konstruirao novo, drukčije pravilo, u ovom slučaju to nije moguće. Ishod djelovanja Ustavnog suda u ovom slučaju je da se na sporno zakonsko pravilo kao mjerilo ustavnosti primijeni ili jedno ili drugo ustavno načelo, a ne novo neizraženo pravilo koje je konstruirao na gore opisan način. U tom slučaju Ustavni sud prvo iz sporne zakonske odredbe tumačenjem izvodi izraženo zakonsko pravilo čija se ustavnost ocjenjuje. Zatim identificira ustavne odredbe koje *prima facie* predstavljaju mjerilo ustavnosti spornoga zakonskog pravila. To najčešće čini na temelju tvrdnje osporavatelja ustavnosti zakonskog pravila o postojanju ustavne norme s kojom je to pravilo nespojivo i tvrdnje predlagatelja zakona o postojanju ustavne norme koju je zakonodavac nastojao ostvariti spornom zakonskom normom. Tako identificirane ustavne odredbe Ustavni sud zatim kvalificira kao ustavna načela pa im tumačenjem pripíše značenje (utvrdi normativni sadržaj navedenih odredbi). Nakon toga Ustavni sud konkretiziranjem (s obzirom na dani kontekst spornoga izraženog zakonskog pravila) iz obaju ustavnih načela izvede neizražena ustavna pravila. Na taj način dobiva dva neizražena ustavna pravila koja imaju isti antecedent i nespojive pravne posljedice. Dakle, riječ je o antinomiji između mjerila za ocjenu ustavnosti zakona jer se ista zakonska norma može smatrati valjanom na temelju jednog i nevaljanom na temelju drugog načela. S obzirom na to da između dobivenih neizraženih ustavnih pravila postoji potpuna antinomija *in abstracto* te da se ne mogu primijeniti klasični kriteriji za rješavanje antinomija, provodi se odvagivanje ustavnih načela iz kojih su izvedena ta neizražena ustavna pravila. Rezultat odvagivanja je preferencijski iskaz: „U kontekstu konkretnog slučaja, ustavno načelo N1 ima veću težinu (važnije/vrednije je) od ustavnog načela N2.“ S obzirom na to da je preferencijskim iskazom uspostavljena (trenutačna) vrijednosna hijerarhija između dvaju sukobljenih načela, omogućena je primjena, nazovimo ga tako, kriterija (vrijednosne) hijerarhije: „Kao mjerilo ustavnosti spornoga zakonskog pravila treba upotrijebiti neizraženo ustavno pravilo izvedeno iz ‘važnijeg’ od dvaju odvagnutih ustavnih načela.“ Riječ je o kriteriju sličnom onome koji u slučajevima nespojivosti normi država članica Europske unije i europskih normi daje prednost primjeni europskih normi (kriteriju koji se izvodi iz načela nadređenosti europskog prava, tj. kriteriju nadređenosti europskog prava). Naime, u navedenim slučajevima ne govorimo o rješavanju sukoba između „posebnijih“ europskih normi i „općenitijih“ nacionalnih normi te da se europskim normama ograničava doseg primjene nacionalnih normi, nego da se nacionalne norme naprosto (u cijelosti) izuzimaju iz primjene, a (umjesto

njih) primjenjuju europske norme.⁷⁸ Dakle, u slučaju ocjene ustavnosti zakona (međusobne spojivosti normi različitog ranga), u kojem je sporna zakonska norma prošla i test prikladnosti i test nužnosti, preferencijski iskaz omogućuje primjenu kriterija vrijednosne hijerarhije, na temelju kojega Ustavni sud odlučuje primijeniti jednu od sukobljenih normi, a drugu izuzeti iz primjene. Konačno, na temelju usporedbe spornoga izraženog zakonskog pravila s neizraženim ustavnim pravilom izabranim na temelju kriterija vrijednosne hijerarhije, Ustavni sud utvrđuje spojivost toga zakonskog i ustavnog pravila.

Drugi je kontekst u kojem se koristi tehnika odvagivanja onaj konkretnog spora između stranaka. No, za razliku od konteksta ocjene ustavnosti zakona, gdje se odvagivanje koristi za opravdanje spoznajne premise, u konkretnom sporu između stranaka, kao što ćemo pokazati, odvagivanje se koristi za opravdanje normativne i podvođeće premise unutarnjeg opravdanja sudačkog rasuđivanja.

Razmotrimo prvo upotrebu odvagivanja kao opravdanja normativne premise analizirajući sljedeći primjer. Tužitelj zahtijeva od (redovnog) suda da tuženiku, temeljem zakonske norme prema kojoj vlasnik nekretnine može od nezakonitog posjednika svoje nekretnine zahtijevati da mu vrati posjed nekretnine, naloži iseljenje iz svoje nekretnine, a tuženik uloži prigovor, tražeći od suda da, temeljem ustavne norme o pravu na dom, odbije tužiteljev zahtjev. Sud prvo tumačenjem zakonske odredbe izvodi izraženo zakonsko pravilo o obvezi suda da naloži iseljenje nezakonitog posjednika iz nekretnine. Zatim identificira ustavnu odredbu o pravu na dom i pripíše joj status načela. Nadalje, identificira ustavnu odredbu kojom se izražava norma koja se ostvaruje zakonskim pravilom o obvezi suda da naloži iseljenje. Riječ je o ustavnoj normi o jamčenju prava vlasništva, koju sud također kvalificira kao načelo. Sud tumačenjem ustavnoj odredbi o pravu na dom pripíše značenje (utvrdi njezin normativni sadržaj). S obzirom na to da je sada na vidjelo izašla antinomija između ustavnih načela, sud odvaguje ustavno načelo prava vlasništva s ustavnim načelom prava na dom s obzirom na utvrđene okolnosti konkretnog slučaja te formulira, na temelju poredbene vrijednosne ocjene o pravednosti ishoda primjene jednog i drugog načela, preferencijski iskaz: „U kontekstu konkretnog slučaja, ustavno načelo prava na dom ima veću težinu (važnije/vrednije je) od načela prava vlasništva.“ S obzirom na to da je preferencijskim iskazom uspostavljena (trenutačna) vrijednosna hijerarhija između dvaju sukobljenih načela, omogućena je primjena, nazovimo ga tako, kriterija vrijednosne specijalnosti: „Neizraženo ustavno pravilo izvedeno iz vrijednosno ‘važnijeg’ ustavnog načela ograničava doseg izraženome zakonskom pravilu koje predstavlja konkretizaciju vrijednosno ‘nevažnijega’ ustavnog načela.“ Konačno, sud iz ustavnog načela o pravu na dom konkretizira (s obzirom na dani kontekst utvrđenoga činjeničnog stanja) prešutnu iznimku od izraženoga zakonskog pravila o iseljenju: „Ako osoba nezakonito posjeduje tuđu nekretninu, vlasniku ta

78 Doduše, (jedna od) razlika je ta što je načelom nadređenosti europskog prava uspostavljena trajna ili postojana vrijednosna hijerarhija (između europskog i nacionalnog prava), a odvagivanjem pomična vrijednosna hijerarhija (između dvaju ustavnih načela). No, to ne utječe na konačni učinak primjene kriterija vrijednosne hijerarhije i kriterija nadređenosti europskog prava, tj. izuzimanje iz primjene jedne i primjenu druge od dvaju nespojivih normi.

nekretnina nije potrebna za vlastito korištenje ili zbrinjavanje potrebitih, osoba nema drugu nekretninu u svom vlasništvu kojom bi se mogla koristiti za stanovanje i nije u mogućnosti osigurati drugi smještaj, onda osoba ima pravo ostati u posjedu te nekretnine“ i ugrađuje ju u izraženo zakonsko pravilo o iseljenju: „Ako vlasnik nekretnine tužbom zahtijeva od suda da se osobi koja nezakonito posjeduje njegovu nekretninu naloži da mu preda posjed te nekretnine, *osim ako vlasniku prijeporna nekretnina nije potrebna za vlastito korištenje ili zbrinjavanje potrebitih, tuženici nemaju drugu nekretninu u svom vlasništvu kojom bi se mogli koristiti za stanovanje i nisu u mogućnosti osigurati drugi smještaj*, onda je sud dužan odbiti tužiteljev zahtjev da sud posjedniku naloži vraćanje posjeda te nekretnine vlasniku.“

Kao što se vidi, taj je slučaj odvagivanja drukčiji od onoga kod ocjene ustavnosti zakona. Razlika je u tome što kod ocjene ustavnosti utvrđujemo (ne)valjanost zakonske norme s ciljem da ju, ako utvrdimo da je nevaljana, poništimo (izbacimo iz pravnog poretka). Također, odvagivanje (i prilagođujuće konstruiranje) služi utvrđivanju mjerila ustavnosti, a ne norme koja se treba primijeniti u konkretnom slučaju (čak ni one norme koja čini *premisu maior* unutarnjeg opravdanja odlučivanja o ustavnosti). Odvagivanje u slučaju odlučivanja u konkretnom sporu između stranaka služi utvrđivanju norme na temelju koje se donosi odluka o biti spora. Stoga je u ovom slučaju odvagivanje zapravo argument kojim sud opravdava uvođenje prešutne iznimke u pravilo slučaja kada ocijeni da bi se primjenom pravila slučaja (kojim se omogućava ostvarenje tužiteljeva ustavnog prava) povrijedilo neko tuženikovo ustavno pravo. Prešutnu iznimku sud konstruira konkretiziranjem ustavnog načela iz kojega proizlazi tuženikovo ustavno pravo.

Drugi slučaj upotrebe odvagivanja u kontekstu konkretnog spora između stranaka jest onaj kad se odvagivanje koristi kao argument za suženo (restriktivno) tumačenje. To je slučaj u kojemu sudac ocijeni da se konkretno činjenično stanje, premda o njemu postoji neslaganje potpada li ili ne potpada pod doseg primjene određene zakonske norme kojom se konkretizira neko ustavno načelo, treba podvesti pod tu normu, ali i da bi se primjenom te norme povrijedilo neko tuženikovo ustavno pravo. Sud u tom slučaju provodi odvagivanje s obzirom na utvrđene okolnosti konkretnog slučaja i formulira preferencijski iskaz: „U kontekstu konkretnog slučaja, ustavno načelo N1 ima veću težinu (važnije/vrednije je) od ustavnog načela N2.“ S obzirom na to da je preferencijskim iskazom uspostavljena (trenutačna) vrijednosna hijerarhija između dvaju sukobljenih načela, omogućena je primjena suženog tumačenja: „Dvojbena slučaj treba isključiti iz područja primjene norme čijom bi se primjenom povrijedilo ustavno pravo stranke u sporu.“ Dakle, u ovom je slučaju odvagivanje radnja koja se koristi za opravdanje podvođenog iskaza.

Provedena je analiza pokazala različite funkcije odvagivanja u vanjskom opravdanju sudačkog rasuđivanja: odvagivanje u funkciji opravdanja spoznajne premise u kontekstu apstraktne ocjene ustavnosti zakona te odvagivanje u funkciji opravdanja normativne i podvođene premise u kontekstu konkretnog spora između stranaka. Uz to, analiza je ukazala na moguću kontekstualnu i argumentativnu razliku između onoga što Guastini naziva odvagivanjem i drugom inačicom kriterija specijalnosti kao načinima rješavanja sukoba između pravnih načela. Naime, moglo

bi se zaključiti da se Guastinijevo odvagivanje kao tehnika koristi u slučajevima apstraktne ocjene ustavnosti, i to u trećem stadiju testa razmjernosti, pri čemu se odvagivanje (tj. uspostava pomične vrijednosne hijerarhije) kombinira s tzv. kriterijem vrijednosne hijerarhije, čiji je učinak samo neprimjena jedne od dviju sukobljenih normi (dakle, riječ je o kriteriju primjenjivosti normi koji nema dodatne učinke poput činjenja nevaljanosti, prešutnog ukidanja ili ograničavanja dosega jedne od sukobljenih normi); a da se druga inačica kriterija specijalnosti koristi u slučajevima konkretnog spora između stranaka, pri čemu se uspostava pomične vrijednosne hijerarhije kombinira s tzv. kriterijem vrijednosne specijalnosti, čiji je učinak, osim neprimjene općenitije norme, i ograničavanje njezina dosega primjene uvođenjem u nju prešutne iznimke. Dakle, ako izuzmemo kontekstualnu razliku, učinci su zapravo isti (neprimjena jedne od sukobljenih normi), a razlika se svodi na argument koji se ističe u prilog neprimjenljivosti jedne od normi (nadvladanost višom normom ili ograničenost dosega prešutnom iznimnom normom). Poseban je pak slučaj, koji je pokazala analiza, kombinacija uspostave vrijednosne hijerarhije sa suženim tumačenjem kad je riječ o opravdanju podvođećeg iskaza u kontekstu konkretnog spora između stranaka.

6. ODVAGIVANJE I PRAVNO KONSTRUIRANJE

Prema Guastiniju, odvagivanje sukobljenih načela ne predstavlja tumačenjsku radnju u užem smislu, tj. radnju pripisivanja značenja normativnom tekstu:

„Odluka da načelo N1 u konkretnom slučaju nadvladava načelo N2, tako da N2 treba staviti na stranu, ne kaže ništa o normativnom sadržaju odredbi kojima se izražavaju dva sukobljena načela: to nije tumačenjska odluka. Naravno, u pozadini jest tumačenje, no ovdje nije riječ o odlučivanju koje je značenje te i te ustavne odredbe (što je pravi tumačenjski problem).“⁷⁹

Naprotiv, odvagivanje prema Guastiniju spada među radnje „pravno konstruiranja“, tj. radnje sudačkog ili doktrinarnog „stvaranja“ prava, jer kako Guastini navodi u nastavku *supra* citiranog teksta: „[...] riječ je o odlučivanju treba li, s obzirom na određeno tumačenje dviju odredbi u pitanju (kakvo god ono bilo), primijeniti prvu, a drugu staviti na stranu ili obrnuto.“⁸⁰ Pri tome Guastini ne propušta naglasiti da izborom i primjenom jednog od dvaju sukobljenih načela nadvladano načelo nije ni ukinuto ni nevaljano, nego samo stavljeno na stranu, izuzeto iz primjene, te da „ostaje na ‘životu’, na snazi u pravnom sustavu, spremno da se primijeni u drugim sporovima.“⁸¹

Međutim, ako pravno konstruiranje podrazumijeva sudačko „stvaranje prava“, a ne puko tumačenje, tj. ako podrazumijeva da sudac svojom radnjom utječe na sadržaj prava na način da ga mijenja (npr. u pravni sustav uvodi novu

79 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 200-201.

80 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 201.

81 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 199; Guastini, *Sintaksa prava*, 279; Guastini, „Applying Constitutional Principles“, 247; Riccardo Guastini, *Le fonti del diritto* (Milano: Giuffrè Editore, 2010.), 217; Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, 219.

normu, zamjenjuje postojeću ili izbacuje iz sustava neku normu), onda se postavlja pitanje je li doista sam čin izbora jednog između dvaju primjenljivih sukobljenih načela, pri čemu drugo, dakle neizabrano načelo, nije ni ukinuto ni poništeno, ono što odvagivanje čini pravnokonstruktivnom radnjom. Osim toga, kao što smo pokazali u prethodnom poglavlju, čin izbora jednog od sukobljenih načela sam po sebi nije odvagivanje, nego zapravo primjena kriterija vrijednosne hijerarhije, koja je omogućena prethodno provedenim odvagivanjem, tj. uspostavom vrijednosne hijerarhije između sukobljenih načela putem poredbenoga vrijednosnog suda. Stoga, da bismo odgovorili na postavljeno pitanje, prvo ćemo preciznije utvrditi što Guastini smatra pravnim konstruiranjem, a zatim ispitati što bi to točno u radnji odvagivanja predstavljalo pravno konstruiranje.

Pravno konstruiranje, kaže Guastini:

„[...] sastoji se u bitnome u [sudačkom i doktrinarnom] oblikovanju neizraženih normi: tj. normi koje nije formuliralo nijedno tijelo normativne vlasti; normi koje se ne mogu pripisati nijednome određenom normativnom tekstu kao njegovo značenje niti se mogu logički (tj. deduktivno) izvesti iz izraženih normi bez dodavanja daljnjih premisa.“⁸²

Dakle, bitna je značajka pravnog konstruiranja njegova nomopojetičnost, tj. pravnostvaralačka funkcija. Međutim, odvagujući (ponderirajući) iskaz („U okolnostima konkretnog slučaja, načelo N1 je vrijednosno važnije od načela N2“), čini se, nije nomopojetički iskaz (barem ne u užem smislu stvaranja neizražene norme), nego poredbena vrijednosna ocjena:

„jedno je *tumačiti* normativnu odredbu, tj. odlučiti o njezinu značenju: (1) „Odredba O (koja, pretpostavimo, izražava načelo) znači N1.“ Drugo je *konkretizirati* načelo N1, razvijajući iz njega implikacije, tj. izvodeći iz njega neko neizraženo pravilo: (2) „N1 implicira pravilo P.“ A opet nešto treće je *odvagivati* N1 s drugim načelom, N2, s kojim je u sukobu: (3) „N1 je važnije od N2 (ili obrnuto).“ Iskaz (1) je tumačenjski iskaz. Iskaz (2) je nomopojetički iskaz. Iskaz (3) je poredbena vrijednosna ocjena.“⁸³

Međutim, izgleda da Guastini pravnokonstruktivnim radnjama, osim posve nomopojetičkih, smatra i one sudačke (i doktrinarne) radnje koje odlikuje izvanuobičajen stupanj diskrecije, tj. stupanj diskrecije koji nadilazi uobičajenu diskreciju koju sudac izvršava kod tumačenja (zbog višeznačnosti normativnih tekstova i nejasnosti predikata): primjerice, diskrecija na temelju koje sudac neka ustavna načela proglašava tzv. vrhovnim ustavnim načelima, višima od ostalih „običnih“ ustavnih načela, tj. diskrecija na temelju koje sudac uspostavlja (stalnu ili trajnu) vrijednosnu hijerarhiju.⁸⁴

Kod odvagivanja, kaže Guastini, sudac izvršava dvostruku diskreciju: prva diskrecijska radnja stvaranje je vrijednosne hijerarhije između dvaju sukobljenih načela, a druga, promjena poredbene vrijednosti dvaju načela u svjetlu

82 Riccardo Guastini, *Discutendo* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Marcial Pons, 2017.), 333.

83 Guastini, *Discutendo*, 335, vidi *supra* bilj. 17.

84 Guastini, *Discutendo*, 335-336.

rješavanja novog i različitog spora.⁸⁵ Prema Guastiniju, odvagivanje je „arbitrarno [„slobodno“]⁸⁶ stvaranje hijerarhije između normi koje *u sustavu* uopće *nisu hijerarhizirane*.“⁸⁷ Sud procjenu parlamenta o važnosti pojedinoga ustavnog načela, koja je implicitno sadržana u zakonskoj normi čiju ustavnost ocjenjuje, „zamjenjuje svojom vrijednosnom ocjenom.“⁸⁸ S obzirom na to da vrijednosne hijerarhije ne ovise „o pozitivnim normama kojima se uspostavlja hijerarhija (poput hijerarhije izvora), niti o dinamičkoj strukturi pravnog poretka (poput strukturnih hijerarhija), niti o sadržaju uključenih normi (poput logičkih hijerarhija)“, nego „isključivo o poredbenim vrijednosnim ocjenama tumača“, one su, smatra Guastini, „proizvod [...] ‘međuprostornog’ stvaranja prava od strane sudaca i pravnih znanstvenika.“⁸⁹

Prema tome, odvagivanje (za razliku od konkretizacije načela koje je izabrano na temelju odvagivanja, a koje se sastoji u izvođenju iz njega neizraženog pravila), nije pravnokonstruktivna radnja zbog svoje nomopojetičnosti u užem smislu, tj. zbog toga što bi sudac samim izricanjem preferencijskog iskaza (poredbene vrijednosne ocjene) uvodio novu normu u pravni sustav ili neku postojeću iz njega isključivao, nego zbog toga što radnja odvagivanja uključuje: a) izvanuobičajenu (dvostruku) diskreciju sudaca i b) jer se njome stvara vrijednosni hijerarhijski odnos između načela koji ne postoji po samom pozitivnom pravu ili kojim se mijenja postojeći suprotan hijerarhijski odnos, a što omogućuje dodatni utjecaj na sadržaj prava putem konstruiranja novoga neizraženog pravila (iz vrijednosno višeg načela), poništavanja postojećega izraženog pravila (zbog nespojivosti s neizraženim pravilom izvedenim iz vrijednosno višeg načela) i uvođenja u postojeće izraženo pravilo neizražene iznimke (izvedene iz vrijednosno višeg načela).

7. ZAKLJUČAK

Na temelju iznesene kritičke analize Guastinijevih shvaćanja sukoba između ustavnih prava i tehnika njihovog rješavanja, možemo dati odgovore na pitanja postavljena na početku rada.

Prvo, kada govorimo o karakteru sukoba između prava, iz dosljedne primjene Guastinijeva shvaćanja o pravnim načelima (o nužnosti konkretizacije pravnih načela kako bi ona mogla biti primijenjena u konkretnom slučaju) proizlazi da su antinomije između normi o ustavnim pravima: a) na prvoj razini, antinomije između mjerila ustavnosti zakona, tj., *prima facie*, dvostrano djelomične antinomije *in concreto* između normi-načela o ustavnim pravima, koje su zapravo svedive na potpune antinomije *in abstracto* između dvaju neizraženih ustavnih pravila izvedenih konkretiziranjem sukobljenih ustavnih načela i, b) na drugoj razini, potpune antinomije *in abstracto* između spornoga izraženog zakonskog pravila kojim se konkretizira jedno ustavno načelo i neizraženoga ustavnog pravila izvedenog

85 Guastini, *Le fonti del diritto*, 218.

86 Guastini, *Discussendo*, 365.

87 Guastini, *Discussendo*, 272 (kurziv op.a.).

88 Guastini, *Sintaksa prava*, 206.

89 Guastini, *Discussendo*, 291.

konkretiziranjem drugog ustavnog načela.

Što se tiče pitanja o funkciji odvagivanja u sudačkom opravdanju, analiza provedena u ovome radu pokazala je različite funkcije odvagivanja u vanjskom opravdanju sudačkog rasuđivanja: 1.) odvagivanje u funkciji opravdanja spoznajne premise u kontekstu apstraktne ocjene ustavnosti zakona te 2.) odvagivanje u funkciji opravdanja a) normativne i b) podvođeće premise u kontekstu konkretnog spora između stranaka.

Nadalje, što se tiče pitanja razlike između odvagivanja i Guastinijeve inačice *lex specialis* kao moguće alternativne metode rješavanja sukoba između ustavnih prava, možemo istaknuti moguću kontekstualnu i argumentativnu razliku. Naime, moglo bi se zaključiti da se Guastinijevo odvagivanje kao tehnika koristi u slučajevima apstraktne ocjene ustavnosti, i to u trećem stadiju testa razmjernosti, pri čemu se odvagivanje (tj. uspostava pomične vrijednosne hijerarhije) kombinira s tzv. kriterijem vrijednosne hijerarhije, čiji je učinak samo neprimjena jedne od dviju sukobljenih normi (dakle, riječ je o kriteriju primjenljivosti normi koji nema dodatne učinke poput činjenja nevaljanosti, prešutnog ukidanja ili ograničavanja dosega jedne od sukobljenih normi); a da se druga inačica kriterija specijalnosti koristi u slučajevima konkretnog spora između stranaka, pri čemu se uspostava pomične vrijednosne hijerarhije kombinira s tzv. kriterijem vrijednosne specijalnosti, čiji je učinak, osim neprimjene općenitije norme, ograničavanje njezina dosega primjene uvođenjem u nju prešutne iznimke. Dakle, ako se izuzme kontekstualna razlika, učinci su zapravo isti (neprimjena jedne od sukobljenih normi), a razlika se svodi na argument koji se ističe u prilog neprimjenljivosti jedne od normi (nadvladanost višom normom ili ograničenost dosega prešutnom iznimnom normom). Poseban je pak slučaj kombinacija uspostave vrijednosne hijerarhije sa suženim tumačenjem kad je riječ o opravdanju podvođećeg iskaza u kontekstu konkretnog spora između stranaka.

Konačno, preostaje odgovoriti na pitanje što odvagivanje čini radnjom pravnog konstruiranja. Analiza je pokazala da odvagivanje (za razliku od konkretizacije načela koje je izabrano na temelju odvagivanja, a koje se sastoji u izvođenju iz njega neizraženog pravila) nije pravnokonstruktivna radnja zbog svoje nomopojetičnosti u užem smislu, tj. zbog toga što bi sudac samim izricanjem preferencijskog iskaza (poredbene vrijednosne ocjene) uvodio novu normu u pravni sustav ili neku postojeću iz njega isključivao, nego zbog toga što radnja odvagivanja uključuje: a) izvanuobičajenu (dvostruku) diskreciju sudaca i b) jer se njome stvara vrijednosni hijerarhijski odnos između načela koji ne postoji po samom pozitivnom pravu ili kojim se mijenja postojeći suprotan hijerarhijski odnos, a što omogućuje dodatni utjecaj na sadržaj prava putem konstruiranja novoga neizraženog pravila (iz vrijednosno višeg načela), poništavanja postojećega izraženog pravila (zbog nespojivosti s neizraženim pravilom izvedenim iz vrijednosno višeg načela) i uvođenja u postojeće izraženo pravilo neizražene iznimke (izvedene iz vrijednosno višeg načela).

LITERATURA

Knjige i članci:

1. Aarnio, Aulis. „Taking Rules Seriously“. U: *Law and the States in Modern Times. Proceedings of the 14th IVR World Congress in Edinburgh, August 1989, Vol. 2*, ur. Werner Maihofer i Gerhard Sprenger, 180-192. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1990.
2. Alexy, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
3. Alexy, Robert. „On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison“. *Ratio Juris* 16, br. 4 (2003): 433-449.
4. Barak, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
5. Barberis, Mauro i Giorgio Bongiovanni. „Legal Positivism in the Postwar Debate“. U: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Volume 12 Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, Tome 1: Language Areas, Tome 2: Main Orientations and Topics*, ur. Enrico Pattaro i Corrado Roversi, 243-262. Dordrecht: Springer, 2016.
6. Burazin, Luka. „Conflicts Between Fundamental Rights Norms“. U: *Proportionality in Law: An Analytical Perspective*, ur. David Duarte i Jorge Silva Sampaio, 111-117. Cham: Springer, 2018.
7. Chiassoni, Pierluigi. *Interpretation without Truth: A Realistic Enquiry*. Cham: Springer, 2019.
8. Chiassoni, Pierluigi. „Materiali per una teoria delle antinomie“. *Materiali per una storia della cultura giuridica* 36, br. 1 (2006): 209-226.
9. Duarte, David. „Drawing Up the Boundaries of Normative Conflicts that Lead to Balances“. U: *Legal Reasoning: The Methods of Balancing. Proceedings of the Special Workshop “Legal Reasoning: The Methods of Balancing” held at the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Beijing, 2009*, ur. Jan-Reinard Sieckmann, 51-62. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010.
10. Engisch, Karl. *Die Einheit der Rechtsordnung*. Heidelberg: C. Winter, 1935.
11. Engisch, Karl. *Einfuehrung in das juristische Denken*. Stuttgart: Kohlhammer, 1956.
12. García Amado, Juan Antonio. *Decidir y argumentar sobre derechos*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2017.
13. Gavazzi, Giacomo. *Delle antinomie*. Torino: G. Giappichelli, 1959.
14. Grabowski, Andrzej i Isabel Lifante Vidal. „Rules and Principles“. U: *Jurisprudence in the Mirror: The Common Law World Meets the Civil Law World*, ur. Luka Burazin, Kenneth Einar Himma i Giorgio Pino, 167-189. New York: Oxford University Press, 2024.
15. Guastini, Riccardo. „Applying Constitutional Principles“. *Analisi e diritto* (2016): 241-249.
16. Guastini, Riccardo. *Discutendo*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Marcial Pons, 2017.
17. Guastini, Riccardo. „Gerarchie normative“. *Materiali per una storia della cultura giuridica* 27, br. 2 (1997): 463-488.
18. Guastini, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè Editore, 2011.
19. Guastini, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè Editore, 2004.
20. Guastini, Riccardo. *La sintassi del diritto*. 1. izd. Torino: Giappichelli Editore, 2011.
21. Guastini, Riccardo. *La sintassi del diritto*. 2. izd. Torino: Giappichelli Editore, 2014.
22. Guastini, Riccardo. *Le fonti del diritto*. Milano: Giuffrè Editore, 2010.
23. Guastini, Riccardo. *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006.

24. Guastini, Riccardo. *Sintaksa prava*. Zagreb: Naklada Breza, 2023.
25. Guastini, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè Editore, 1998.
26. Guastini, Riccardo. *Tumačenje i argumentacija*. Zagreb: Naklada Breza, 2023.
27. Kelsen, Hans. *General Theory of Norms*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
28. Keršić, Marin. „Đenoveška škola pravnog realizma“. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 57, br. 3 (2020): 829-849.
29. Keršić, Marin. „Legal Methods for Resolving Apparent Conflicts between Fundamental Rights“. Doktorska disertacija. Genova: Università degli studi di Genova, Scuola delle scienze sociali, Dipartimento di giurisprudenza, 2022.
30. Keršić, Marin. „Legal Principles in Croatian Legal Science: Fundamental Character and Indeterminacy“. *Pravni vjesnik* 36, br. 1 (2020): 65-78.
31. Keršić, Marin. „Problem ‘težina’ sukobljenih ustavnih načela u analizi proporcionalnosti (odvagivanju)“. *Pravni vjesnik* 38, br. 3-4 (2022): 85-107.
32. Martínez Zorrilla, David. „The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights“. *Law and Philosophy* 30, br. 6 (2011): 729-749.
33. Moniz Lopes, Pedro. „The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles“. *Ratio Juris* 30, br. 4 (2017): 471-490.
34. Pino, Giorgio. *Diritti e Interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2010.
35. Pino, Giorgio. „Principi e argomentazione giuridica“. *Ars Interpretandi* 1 (2009): 131-159.
36. Pino, Giorgio. *Teoria analitica del diritto I: La norma giuridica*. Pisa: Edizioni ETS, 2016.
37. Ratti, Giovanni Battista. „An Antinomy in Alexy’s Theory of Balancing“. *Ratio Juris* 36, br. 1 (2023): 48-56.
38. Ratti, Giovanni Battista. *Studi sulla logica del diritto e della scienza giuridica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
39. Rodin, Siniša. „Načelo proporcionalnosti - porijeklo, ustavno utemeljenje i primjena“. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 50, br. 1-2 (2000): 31-53.
40. Ross, Alf. *On Law and Justice*. London: Stevens & Sons Limited, 1958.
41. Sardo, Alessio. „Let’s Talk About Antinomies. Normative Systems Reloaded“. *Revus*, br. 36 (2018): 53-79.
42. Wróblewski, Jerzy. „Legal Decision and its Justification“. *Logique et Analyse* 14, br. 53/54 (1971): 409-419.
43. Zucca, Lorenzo. *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Pravni propisi:

1. Kazneni zakon, Narodne novine, br. 125/11., 144/12., 56/15., 61/15., 101/17., 118/18., 126/19., 84/21., 114/22., 114/23., 36/24.
2. Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 08/98., 113/00., 124/00., 28/01., 41/01., 55/01., 76/10., 85/10., 05/14.
3. Zakon o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 115/16., 106/18., 121/19., 32/20., 138/20., 151/22., 114/23.

Sudska praksa:

1. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-1397/2015 od 24. rujna 2015.

Luka Burazin*
Marin Keršić**

Summary

A CRITICAL ANALYSIS OF GUASTINI'S UNDERSTANDING OF CONSTITUTIONAL RIGHTS CONFLICTS AND THE BALANCING TECHNIQUE

The paper discusses constitutional rights conflicts and examines balancing as the best known and most widespread technique for resolving such conflicts. It provides a critical analysis of how Riccardo Guastini, the main representative of the Genoese school of legal realism, understands constitutional rights conflicts and balancing. The paper aims to answer four main questions. First, what is the nature of constitutional rights conflicts? Second, how does balancing differ from Guastini's version of the *lex specialis* criterion as a possible alternative method for resolving constitutional rights conflicts? Third, what is the function of balancing in judicial reasoning? And fourth, according to Guastini, what makes balancing an act of legal construction?

Keywords: *balancing; antinomies; constitutional rights; criterion of specialty; judicial reasoning.*

* Luka Burazin, Ph.D., Full Professor, University of Zagreb, Faculty of Law; lburazin@pravo.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2437-8871>.

** Marin Keršić, Ph.D., Assistant Professor, University of Split, Faculty of Law; marin.kersic@pravst.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0964-4625>.

