

Marin Keršić\*

Izvorni znanstveni rad  
UDK 340.131]342.565.2(497.5):341.645(4)EU  
DOI: <https://doi.org/10.25234/pv/22523>  
Rad primljen: 24. lipnja 2022.  
Rad prihvaćen: 27. prosinca 2022.

# PROBLEM „TEŽINA“ SUKOBLJENIH USTAVNIH NAČELA U ANALIZI PROPORCIONALNOSTI (ODVAGIVANJU)

**Sažetak:** Rad se bavi antinomijama između ustavnih načela analizirajući odvagivanje kao jednu od metoda za rješavanje problema. Konkretno, autor je usredotočen na odvagivanje u kontekstu testa razmjernosti (proporcionalnosti) i pitanje „težine“ prava. Strukturno, u radu se prvo analiziraju pojmovi ustavnih načela i antinomija. Zatim se navedeni pojmovi kontekstualiziraju u pravnom poretku Republike Hrvatske na primjeru sukoba između zaštite osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti (čl. 35. Ustava Republike Hrvatske) i slobode mišljenja i izražavanja misli (čl. 38. Ustava Republike Hrvatske). Analizirajući praksu Ustavnog suda Republike Hrvatske i Europskog suda za ljudska prava u rješavanju navedenog sukoba, u radu se iznose teorijski zaključci vezani uz odvagivanje i pitanje „težine“ prava. Rad ima dva cilja: prvi je ukazati na probleme prisutne u odvagivanju koji se odnose na ideju „težine“ prava; drugi je iznijeti prijedloge koji bi mogli doprinijeti jasnijem shvaćanju navedenih pojmova.

**Ključne riječi:** antinomije, ustavna načela, odvagivanje, test razmjernosti, proporcionalnost

## 1. UVOD

Jedno od glavnih obilježja ustava, kao hijerarhijski najvišeg općeg normativnog akta, jest da, između ostalih normi, sadrži i norme o osnovnim političkim i socijalnim pravima i slobodama čovjeka i građanina.<sup>1</sup> Iz perspektive pojedinca u odnosu na pravni poredak, zaštita

\* Dr. sc. Marin Keršić, viši asistent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Domovinskog rata 8, 21000 Split. E-adresa: marin.kersic@pravst.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0964-4625>.

1 Nikola Visković, *Teorija države i prava* (Birotehnika, 2006) 185. Detaljnije o ustavu kao pravnom i političkom aktu u kontekstu jamstva ljudskih sloboda i prava, vidi Branko Smerdel, *Ustavno uređenje europske Hrvatske* (Narodne novine, drugo izdanje, 2020) 3–4 i 313.–378. Ističući važnost ustavnih jamstava o zaštiti ljudskih sloboda i prava, sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske Ivica Crnić ukazuje na činjenicu kako ona obuhvaćaju više od jedne trećine ustavnog teksta. Vidi Jadranko Crnić, *Ustav Republike Hrvatske u praksi: s napomenama, opsežnom sudskom praksom, literaturom i abecednim kazalom pojmova* (Organizator, 2018) 129.

takvih prava i sloboda može se smatrati i najvažnijim obilježjem ustava. Važnost i relevantnost ljudskih prava i temeljnih sloboda zaštićenih ustavom, bilo da je riječ o osobnim i političkim slobodama i pravima, bilo da je riječ o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima, evidentna je u demokratskom društvu.<sup>2</sup> Međutim, moguće je (što je u praksi i nerijetko slučaj) da između normi koje štite ustavna prava dođe do sukoba, odnosno antinomija, u kojima se isti konkretni slučaj može riješiti na dva ili više različitih načina.<sup>3</sup> U takvim situacijama sudovi moraju odlučiti kojem od suprotstavljenih prava dati prednost. Problem se javlja jer se antinomije između ustavnih prava u pravilu ne mogu riješiti prema uobičajenim pravilima za rješavanje antinomija (*lex superior derogat inferiori, lex posterior derogat priori* i *lex specialis derogat generali*),<sup>4</sup> budući da je riječ o antinomijama između normi hijerarhijski istog ranga, najčešće donesenih u isto vrijeme, između kojih u pravilu nema odnosa između općeg i specijalnog. Ono što sukobe između ustavnih prava čini kompleksnijima u odnosu na sukobe između drugih prava (koja nisu zaštićena ustavom), jest njihova važnost i dileme koje se mogu javiti, zajedno sa značajnim posljedicama za društvo.<sup>5</sup> Na primjer, kako razriješiti sukob između slobode govora i zaštite časti i ugleda ili zaštite života i zdravlja te poduzetničkih i tržišnih sloboda?

Kao jedno od mogućih rješenja za navedeni problem razvijena je tehnika odvagivanja (balansiranja, engl. *balancing*), poznata i kao test razmjernosti (proporcionalnosti) *stricto sensu*, (engl. *proportionality in narrow sense*) unutar šireg okvira načela razmjernosti (proporcionalnosti).<sup>6</sup> Odvagivanje predstavlja jednu od metoda pomoću koje je moguće riješiti sukobe između ustavnih normi, nerješivih primjenom već spomenutih uobičajenih pravila za rješavanje antinomija. Test vaganja predstavlja ujedno i posljednji korak u okviru primjene šireg načela razmjernosti (proporcionalnosti), uz prethodne korake (odnosno testove) *prikladnosti* i *nužnosti*.<sup>7</sup>

2 Vidi, primjerice, Mato Arlović, 'Pravo na slobodu izražavanja misli (ustavnopravni okvir i ustavnosudska praksa u Republici Hrvatskoj)' (2016) 53(2) Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 377.–382. i Smerdel (n 1) 313.–315.

3 Riccardo Guastini, *Sintaksa prava* (Naklada Breza, treće izdanje, 2019) 269.

4 Visković (n 1), 240.–241. Detaljnije o kriterijima za rješavanje antinomija, vidi i Norberto Bobbio, *Eseji iz teorije prava* (Logos, 1988) 123.–135.; Berislav Perić, *Država i pravni sustav* (Informator, 1994) 192.–194. i Duško Vrban, *Država i pravo* (Golden Marketing, 2003) 466.–467. Od spomenuta tri kriterija, kriterij specijalnosti čini se najupotrebljiviji jer je moguće da ustav štiti prava koja su u odnosu opće – specijalno. Kriterij hijerarhije nije upotrebljiv iz same činjenice da je riječ o sukobu ustavnih prava kao hijerarhijskih jednakih prava, dok bi kriterij vremena mogao eventualno doći u obzir samo u okolnostima u kojima je jedno od sukobljenih prava kasnije zaštićeno ustavom. O korištenju kriterija specijalnosti kao mogućeg sredstva za rješavanje antinomija između pravnih načela (općih, ne ustavnih), vidi Luka Burazin, 'Kriterij specijalnosti kao sredstvo rješavanja antinomija između općih načela prava (slučaj Gradska groblja)' (2011) 61(2) Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 595.–611.

5 O problemima i (moralnim) dilemama koje mogu nastati kod sukoba između ustavnih prava, vidi Silvina Álvarez, 'Constitutional Conflicts, Moral Dilemmas, and Legal Solutions' (2011) 24(1) Ratio Juris, 59.–74. i Lorenzo Zucca, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and in the USA* (Oxford University Press, 2007) 3.–6.

6 Najpoznatiji autor koji se bavi odvagivanjem (kao dijelom šireg načela razmjernosti) u okviru njemačke ustavnosudske prakse njemački je profesor Robert Alexy. O njegovom shvaćanju odvagivanja (i načela razmjernosti), vidi Robert Alexy, 'On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison' (2003) 16(4) Ratio Juris, 436.–448. O načelu razmjernosti općenito, s osvrtom na Alexyja i njemačku ustavnosudsku praksu, vidi Siniša Rodin, 'Načelo proporcionalnosti – porijeklo, ustavno utemeljenje i primjena' (2000) 50(1–2) Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 31.–53. O načelu razmjernosti u hrvatskom pravnom sustavu, vidi, primjerice, Smerdel (n 1) 329.–330. O značaju, proširenosti i prihvaćenosti odvagivanja, vidi i Thomas Alexander Aleinikoff, 'Constitutional Law in the Age of Balancing' (1987) 96(5) The Yale Law Journal, 943.–952.; Jacco Bomhoff, 'Balancing, the Global, and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law' (2008) 31(2) Hastings International and Comparative Law Review, 555.–560. i 562.–563.; Jacco Bomhoff, 'Genealogies of Balancing as Discourse' (2010) 4(1) Law & Ethics of Human Rights, 109.–139. i Alec Stone Sweet i Jud Matthews, 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism' (2008) 47 Columbia Journal of Transnational Law, 74.–79. i 111.–152.

7 U ovom radu nećemo se baviti prethodnim koracima u primjeni načela proporcionalnosti, o kojima postoji opsežna literatura kako stranih, tako i domaćih autora. U domaćoj literaturi, vidi, primjerice, Dario Đerđa, 'Načelo razmjernosti u donošenju upravnih odluka' (2016) 37(1) Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 175.–200.; Rodin (n 6) 31.–53.; Siniša Rodin, 'Načelo proporcionalnosti u novijoj praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske' (2008) 5623 Informator: instruktivno-informativni list

Spomenuta tehnika odvagivanja suočena je s brojnim kritikama, a ona na koju smo usredotočeni u ovom radu odnosi se na problematičnost ideje „težine“. U tom smislu, ovaj rad ima dva cilja. Prvi je ukazati na probleme prisutne u odvagivanju koji se odnose na ideju „težine“. Drugi (rekli bismo i važniji) cilj je iznijeti prijedloge koji bi mogli doprinijeti jasnijem shvaćanju ideje „težine“ i odvagivanju te samim time i mogućem boljem shvaćanju i primjeni.

Strukturno, rad je podijeljen na tri glavna dijela, uz uvod i zaključak. U prvom ćemo pojasniti relevantnost problema kojim se bavimo tako što ćemo teorijski i uz primjere prikazati pojmove ustavnih načela i antinomija. U drugom ćemo shvaćanja iz prvog dijela kontekstualizirati u pravnom poretku Republike Hrvatske tako što ćemo predstaviti tehniku odvagivanja kao glavni način rješavanja antinomija između ustavnih načela i u Republici Hrvatskoj. Primjer antinomije između ustavnih načela na koji smo se u ovom radu usredotočili jest onaj između osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti (čl. 35. Ustava Republike Hrvatske, dalje u tekstu: Ustav) i slobode mišljenja i izražavanja misli (čl. 38. Ustava). Konačno, u trećem dijelu bavimo se balansiranjem i problemima u odvagivanju na koji se ovaj rad usredotočio – pitanjem „težine“ prava.

## 2. USTAVNA NAČELA I ANTINOMIJE

Norme (ili barem znatan broj normi) kojima se u modernim ustavima štite ljudska prava i temeljne slobode često se, kako od strane teoretičara, tako i od strane praktičara, shvaćaju kao norme koje su (*pravna načela*).<sup>8</sup> U tom smislu, pravna načela predstavljaju drugi tip normi, uz (*pravna pravila*).<sup>9</sup> Način shvaćanja i način razlikovanja pravnih pravila i pravnih načela posebno je važan zato što značajan broj autora shvaća načela kao norme (strukturno) drukčije od

za ekonomska i pravna pitanja, 1–2; Smerdel (n 1) 329.–330. i Inga Vezmar Barlek, 'Primjena načela razmjernosti u praksi Suda Europske Unije' (2017) 38 (1) Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 673.–684. U stranoj literaturi, vidi, primjerice, Carlos Bernal Pulido, 'The Rationality of Balancing' (2006) 92(2) Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie 195.–208.; Pierluigi Chiassoni, 'La balanza inexistente' (2019) 1 Analisi e diritto 165.–231.; Juan Antonio García Amado, '¿Que es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación' (2016) 13 Revista Iberoamericana de Argumentación 1.–22.; Riccardo Guastini, 'Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali' (2006) 26(2) Ragion pratica, 151.–162. i Marko Novak, 'Three Models of Balancing (in Constitutional Review)' (2010) 23(1) Ratio Juris, 101.–112. O načelu razmjernosti javno se oglasavao i Ustavni sud. Vidi, primjerice, izjavu predsjednika Ustavnog suda dr. sc. Miroslava Šeparovića u kojem govori o načelu razmjernosti, odnosno njegovim koracima: testu prikladnosti, testu nužnosti i razmjernosti *stricto sensu*. Vidi Marinko Jurasić, 'Pravna analiza: Što je točno Ustavni sud odlučio o Covid potvrdama i tko je bio protiv?' (2021) Večernji list, <<https://www.vecernji.hr/vijesti/sto-je-sve-odlucio-ustavni-sud-1549248>> pristupljeno 21. lipnja 2022.

8 O shvaćanjima pravnih načela u stranoj pravnoj znanosti vidi, primjerice, David Martínez Zorrilla, 'The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights' (2011) 30(6) Law and Philosophy 729.–731. i Giorgio Pino, 'Diritti fondamentali e principio di proporzionalità' (2014) 43(2) Ragion pratica 541.–547. Za sažeti prikaz shvaćanja pravnih načela u hrvatskoj pravnoj znanosti, vidi Marin Keršić, 'Legal principles in the discourse of Croatian legal science: What qualifies a norm as a principle?' (2018) 9(2) Romanian Journal of Comparative Law 329.–340. Kada govorimo o shvaćanjima domaćih praktičara, sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske, doc. dr. sc. Jadranko Jug, navodi: „Gotovo svako ljudsko pravo ili temeljna sloboda u Ustavu RH je zapravo opće pravno načelo primjenjivo u obrazloženjima sudskih odluka.“ Vidi Jadranko Jug, 'Primjena pravnih načela u odlukama Vrhovnog suda Republike Hrvatske' (2014) Fondacija Centar za javno pravo, 12, <[http://www.fcjp.ba/templates/ja\\_avian\\_ii\\_d/images/green/Jadranko\\_Jug.pdf](http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Jadranko_Jug.pdf)> pristupljeno 21. lipnja 2022. Vidi i shvaćanje suca Ustavnog suda Republike Hrvatske Andreja Abramovića u Andrej Abramović, 'Općeprihvaćena načela kao kriterij za tumačenje pravne norme' (2014) Fondacija Centar za javno pravo 1.–3. i 12.–13. <[http://www.fcjp.ba/templates/ja\\_avian\\_ii\\_d/images/green/Andrej\\_Abramovic.pdf](http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Andrej_Abramovic.pdf)> pristupljeno 21. lipnja 2022.

9 Primjerice, Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford University Press, 2002) 48 kaže: „Every type of norm is either a rule or a principle.“ O Alexyju i njegovu razlikovanju pravila i načela u domaćoj literaturi, vidi Rodin (n 6) 37.

pravila kao „uobičajenih“ normi.<sup>10</sup> Pravna načela jedna su od najkontroverznijih tema u teoriji prava te postoje razilaženja oko pitanja što su ona uopće, koja su njihova obilježja, razlikuju li se (i kako) od pravnih pravila, kako se tumače i kako se primjenjuju itd.<sup>11</sup> U ovom radu priklonit ćemo se teorijskom shvaćanju talijanskog profesora Riccarda Guastinija. Takvo shvaćanje pravnih načela prisutno je i u hrvatskoj pravnoj znanosti.<sup>12</sup> Prema tom shvaćanju, pravna načela imaju sljedeće karakteristike:<sup>13</sup>

(1) *Temeljni karakter*. Prva karakteristika odnosi se na „položaj“ načela u pravnom poretku ili nekoj pravnoj grani. Načela su, prema Guastiniju, „temeljne“ norme u dvostrukom smislu. U prvom smislu, načela daju temelj i/ili vrijednosno opravdanje drugim normama, odnosno tvore temelj mnoštvu drugih normi. Kao primjer može se navesti načelo savjesnosti i poštenja kojom se opravdavaju određene odredbe Zakona o obveznim odnosima.<sup>14</sup> U drugom smislu, načela su temeljne norme jer same nemaju ili ne zahtijevaju nikakav vrijednosni temelj ili vrijednosno opravdanje zbog toga što su u određenom pravnom poretku shvaćena kao „pravedne“ ili „ispravne“ norme. Kao primjer može se navesti načelo zakonitosti u kaznenom pravu – *nullum crimen, nulla poena sine lege*.<sup>15</sup>

(2) *Osobiti oblik neodređenosti*. Druga karakteristika odnosi se na sadržaj načela i/ili njihovu logičku strukturu. Osobita neodređenost načela može, kako Guastini ističe, poprimiti barem tri različita oblika. Prvi je *otvoreno činjenično stanje*, drugi je „*otklonjivost*“ ili „*derogabilnost*“ (engl. *defeasibility*) i treći je *općenitost*. Ukratko ćemo pojasniti ova tri osobita oblika neodređenosti načela.

Što se tiče prvog oblika, načela su norme s „otvorenim“ antecedentom (otvorenim činjeničnim stanjem), što znači da u normi „nisu iscrpno nabrojane činjenice u nazočnosti kojih nastupa odgovarajuća pravna posljedica“. <sup>16</sup> Kao primjer možemo navesti članak 22., stavak 1.

10 Od brojne strane literature, spomenut ćemo autore koji daju pregled problematike, odnosno različite pozicije koje su zastupljene: Pedro Moniz Lopes, 'The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles' (2017) 30(4) Ratio Juris 471.-490. i Giorgio Pino, 'Principi e argomentazione giuridica' (2009) 14(1) Ars Interpretandi 131.-159. U domaćoj literaturi, vidi, primjerice, Visković (n 1) 174.-175. i Vrban, (n 4) 404.-407.

11 Za prikaz rasprave o pravnim načelima i razlikovanje pravila i načela, vidi Moniz Lopes, *ibid.*, 473.-490. i Pino, *ibid.*, 131.-159.

12 Guastini (n 3) 77.-84. Shvaćanje pravnih načela onako kako ih shvaća talijanska analitička škola i Riccardo Guastini ušlo je u hrvatsku pravnu znanost prijevodom Guastinijeve knjige *La sintassi del diritto* (Sintaksa prava) od strane izv. prof. dr. sc. Luke Burazina. Knjiga se koristi kao obvezna literatura na predmetu *Teorija prava* na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu. Usp. s Visković (n 1) 174.-175., koji shvaća pravna načela kao najviše opće pravne norme, „najapstraktnija i temeljna pravna pravila nekog pravnog sustava“, „norme nad normama“ koje „iskazuju osnovne vrijednosti kojima pravni sustav služi“. O shvaćanju pravnih načela, vidi i Vjekoslav Miličić, *Opća teorija prava i države* (vlastita naklada, 2008) 62.-67., Perić (n 4) 181.-182. i Vrban (n 4) 404.-407.

13 Guastini, *ibid.*, 77.-81.

14 Luka Burazin, Mario Krešić i Ivana Tucak, *Priručnik za teoriju prava* (Naklada Breza, drugo izdanje, 2020), 39.-40. Kao primjer odredbe utemeljene na načelu savjesnosti i poštenja (ili načelu zaštite dobre vjere u objektivnom smislu), autori navode članak 10., stavak 3. Zakona o obveznim odnosima: „Sudionik u obveznom odnosu dužan je u ostvarivanju svog prava suzdržati se od postupka kojim bi se otežalo ispunjenje obveze drugog sudionika.“ Kao primjer odredbe utemeljene na načelu zaštite dobre vjere u subjektivnom smislu, autori navode članak 118., stavak 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima: „Tko je u dobroj vjeri stekao samostalni posjed pokretne stvari na temelju naplatnog pravnog posla sklopljenog radi stjecanja prava vlasništva s posjednikom kojem ta stvar ne pripada, ili koji nije ovlašten njome tako pravno raspolagati, stekao je vlasništvo te stvari.“

15 Prema članku 2. Kaznenog zakona, „Nitko ne može biti kažnjen za djelo koje prije nego je počinjeno nije bilo utvrđeno zakonom ili međunarodnim pravom kao kazneno djelo, niti mu se može izreći kazna ili druga kaznenopravna sankcija koja nije bila određena zakonom.“

16 Guastini (n 3) 79. Za razliku od načela, pravila su norme sa „zatvorenim“ antecedentom, što znači da su u normi „iscrpno nabrojane činjenice u nazočnosti kojih nastupa pravna posljedica predviđena tom normom“.

Ustava koji kaže: „Čovjekova sloboda i osobnost je nepovrediva.“ Načela su također „otklonjive“ ili „derogabilne“ (engl. *defeasible*) norme, što znači da dopuštaju implicitne iznimke koje nisu utvrđene tom normom, ali ni bilo kojom drugom normom istog pravnog poretka. Otklonjive norme se ne može, kako Guastini ističe, primijeniti putem deduktivnog rasuđivanja. Kod načela, kao normi koje dopuštaju nespecificirane implicitne iznimke, „pojavljivanje jedne od činjenica obuhvaćenih antecedentom (...) nije dovoljan uvjet da uslijedi odnosna pravna posljedica.“<sup>17</sup> S druge strane, pravila su „neotklonjive“ norme, što znači da ne dopuštaju iznimke osim onih koje su utvrđene tom normom ili nekom drugom normom istog pravnog poretka. Konačno, načela su i općenite norme jer zahtijevaju formuliranje drugih normi koje ih „konkretiziraju“ i omogućuju njihovu primjenu na rješavanje konkretnih slučajeva, ali također i jer mogu biti „konkretizirana“ na više različitih i alternativnih načina.<sup>18</sup> Kao primjer možemo navesti članak 70. Ustava, prema kojem „Svatko ima pravo na zdrav život“. Takvo (socijalno) pravo, kako ističe Guastini, zahtijeva druge (zakonske) norme kojima se konkretizira, a ujedno se može i konkretizirati na više različitih načina.<sup>19</sup>

Antinomija označava situaciju u kojoj je isto pojedinačno i konkretno činjenično stanje regulirano dvjema normama koje određuju međusobno nespojive pravne posljedice.<sup>20</sup> Kada govorimo o antinomijama, moguće je razlikovati dvije temeljne vrste antinomija: antinomije *in abstracto* i antinomije *in concreto*.<sup>21</sup> Antinomije *in abstracto* postoje u situaciji kad su dvjema normama nespojive pravne posljedice povezane s apstraktnim činjeničnim stanjima (odnosno razredima konkretnih činjeničnih stanja) koja se međusobno preklapaju, potpuno ili djelomično. Takve antinomije, kako ističe Guastini, mogu se utvrditi već pri tumačenju teksta, *in abstracto*, bez potrebe zamišljanja konkretnog činjeničnog stanja.<sup>22</sup> S druge strane, antinomije *in concreto* postoje u situaciji kada se primijeti da pri primjeni dvije norme povezuju nespojive pravne posljedice s istim konkretnim činjeničnim stanjem, iako nisu sukobljene *in abstracto*. Takve antinomije moguće je utvrditi samo pri primjeni normi na konkretan slučaj na koji su obje norme primjenjive.<sup>23</sup>

Kada govorimo o razredima činjeničnih stanja uređenih dvjema antinomičnim normama, možemo, prema Guastiniju, razlikovati *potpuno* i *djelomično* preklapanje.<sup>24</sup> Kod potpunog preklapanja, dvjema normama nespojive posljedice povezane su s istim razredom činjeničnog

17 *Ibid.*, str. 80. Kao primjer, Guastini navodi se ustavna norma koja jamči slobodu znanosti i umjetnosti ima implicitna ograničenja koja proizlaze iz „dobrog običaja“ i „ustavnog javnog poretka“, odnosno da se ta sloboda ne jamči bez (implicitnih) iznimki. Usp. sa člankom 69., stavkom 1. Ustava, koji glasi: „Jamči se sloboda znanstvenoga, kulturnog i umjetničkog stvaralaštva.“

18 *Ibid.*, 80.–81.

19 *Ibid.*, 90.

20 *Ibid.*, 269. Osim *ibid.*, 269.–272, o antinomijama i vrstama antinomija, vidi i Hans Kelsen, *General Theory of Norms* (Clarendon Press, 1991) 123.–127. i Alf Ross, *On Law and Justice* (Stevens & Sons Limited, 1958), 128.–132.

21 O vrstama antinomija koje ovdje izlažemo, vidi Guastini (n 3) 269.–272.

22 Kao primjer za *in abstracto* antinomiju možemo navesti sljedeći: norma N1 zabranjuje lov na jelene, a norma N2 dopušta lov na jelene lopatare.

23 Kao primjer za *in concreto* antinomiju, Guastini (n 3) 270.–271. navodi sljedeće: norma N1 određuje da „Državljeni trebaju plaćati porez“, a norma N2 da „Nezaposlene osobe ne trebaju plaćati nikakav porez“. Apstraktna činjenična stanja na koja se odnose norme – državljani i nezaposlene osobe, kako ističe Guastini, pojmovno su nepovezana te sukob između dviju dotičnih normi nije nužan (u slučaju potpune zaposlenosti ili nezaposlenosti jedino stranih useljenika). Međutim, antinomija se pojavljuje kod pitanja porezne obveze nezaposlenog državljanina.

24 O razredima činjeničnih stanja uređenih dvjema antinomičnim normama (uz primjere koje ovdje navodimo), vidi *ibid.*, 271.–272.

stanja.<sup>25</sup> S druge strane, djelomično preklapanje može biti *jednostrano* i *dvostrano*. Kod jednostrano djelomičnih antinomija, razred činjeničnih stanja uređen jednom normom u cijelosti je sadržan u razredu činjeničnih stanja uređenom drugom normom.<sup>26</sup> Kod dvostrano djelomičnih antinomija, dva razreda činjeničnih stanja presijecaju se te da se neka, ali samo neka od činjeničnih stanja uređenih jednom normom poklapaju s nekima, ali samo s nekima od činjeničnih stanja nespojivo uređenih drugom normom.<sup>27</sup>

Navest ćemo primjer antinomije relevantne za temu rada kao ilustraciju. Prema normi N1, svakome se jamči pravna zaštita njegova ugleda. Prema normi N2, jamči se sloboda izražavanja misli. U konkretnom slučaju, odnosno u konkretnom činjeničnom stanju, osoba A kaže nešto o osobi ili pojavi B. Taj iskaz, može biti zabranjen i kao takav, kažnjiv (ako sud da prednost normi N1), ali može biti i dopušten i kao takav, nekažnjiv (ako sud da prednost normi N2). Dakle, dvije norme za isto pojedinačno i konkretno činjenično stanje određuju međusobno nespojive pravne posljedice. U slučaju primjene norme N1, radnja je zabranjena, a u slučaju primjene norme N2, radnja je dopuštena.

Ako klasificiramo ovakav slučaj antinomije prema prethodno iznesenim shvaćanjima, možemo vidjeti da on predstavlja primjer jedne antinomije *in concreto* u kojoj postoji *dvostrano djelomično poklapanje*.<sup>28</sup> U navedenom slučaju nema antinomije *in abstracto* između normi N1 i N2 koja bi bila neovisna o konkretnom činjeničnom stanju; nespojive pravne posljedice normi povezane su sa konkretnim činjeničnim stanjem koje istodobno pripada razredima pojmovno neovisnih činjeničnih stanja. Također, razred činjeničnih stanja reguliran normom N1 poklapa se samo s nekima od činjeničnih stanja nespojivo uređenima normom N2.

Ako sukob između normi N1 i N2 nije rješiv pomoću *lex superior*, *lex posterior* ili *lex specialis* (a u pravilu neće biti, jer je pravna zaštita ugleda i sloboda izražavanja misli zaštićena ustavnim normama), suočeni smo s problemom rješavanja *antinomija između ustavnih načela*. Navedeni primjer sukoba između normi lako je zamisliv i relativno čest u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske te ćemo se posvetiti njegovoj analizi u sljedećem dijelu, primjenjujući teorijska shvaćanja iznesena u ovom dijelu.

25 Kao primjer za potpunu antinomiju možemo navesti situaciju u kojoj se normom N1 lov kvalificira dopuštenim, a normom N2 zabranjenim.

26 Kao primjer za jednostrano djelomičnu antinomiju možemo situaciju u kojoj se normom N1 lov na jelene ne dopušta, a normom N2 dopušta se lov na jelene lopatare. Dakle, antinomija ne postoji kada je riječ o lovu na sve jelene koji nisu podvrste jelen lopatar (zabranjenim normom N1), ali postoji kada je riječ o lovu na jelene lopatare (dopuštenima normom N2, ali zabranjenima normom N1).

27 Kao primjer za dvostrano djelomičnu antinomiju možemo navesti, prema Guastiniju (n 3) 272, situaciju u kojoj se normom N1 zabranjuje lov na veprove i zečeve, dok se normom N2 dopušta lov na zečeve i lisice. Antinomije nema kada je riječ o lovu na veprove (zabranjen normom N1) ili lisice (dopušten normom N2), ali postoji kod lova na zečeve, koji norma N1 zabranjuje, a norma N2 dopušta.

28 Navedena klasifikacija temelji se na Guastinijevu shvaćanju. Shvaćanje da su antinomije između ustavnih načela *in concreto* dominantno je u pravnoj teoriji. Vidi, primjerice, David Martínez Zorrilla (n 8) 729.–731. Međutim, treba istaknuti da je moguće shvatiti antinomije između ustavnih načela kao antinomije *in abstracto*. Ovu ideju iznosi Luka Burazin u Burazin, Luka, 'Conflicts Between Fundamental Rights Norms' u Duarte, David i Silva Sampaio, Jorge (eds), *Proportionality in Law: An Analytical Perspective* (Springer 2018) 112.–114. Takvo shvaćanje temelji se na spomenutoj Guastinijevoj ideji da načela (s obzirom na njihov osobiti oblik neodređenosti) zahtijevaju druge norme koje ih konkretiziraju i koje ih čine primjenjivima na konkretne slučajeve. Ako prihvatimo tu premisu, navedenoj rekonstrukciji prema kojoj su antinomije između ustavnih načela zapravo antinomije *in abstracto*, ne možemo uputiti primjedbu. Ova ideja je značajna jer dovodi u pitanje rašireno shvaćanje antinomija između pravnih načela te je u tom smislu ovdje samo ističemo, ne ulazeći u njezino daljnje elaboriranje.



### 3. USTAVNA NAČELA U REPUBLICI HRVATSKOJ I ODVAGIVANJE

Odvagivanje (balansiranje, engl. *balancing*, ili razmjernost (proporcionalnost) u užem smislu (engl. *proportionality in narrow sense*) najšire je prihvaćena (možemo reći i *mainstream*) metoda za rješavanje antinomija između ustavnih načela, kako u stranoj, tako i u domaćoj pravnoj teoriji i sudskoj praksi. Odvagivanje je, kako smo istaknuli, posljednji korak u primjeni šireg načela razmjernosti (proporcionalnosti) te do njega ne mora nužno doći, ako se u prethodnim koracima načela proporcionalnosti utvrdi da jedno od sukobljenih ustavnih prava ima prednost (primjerice, zbog toga što miješanje u slobodu zajamčenu određenim pravom nije bilo utemeljeno na zakonu, nije slijedilo legitimni cilj, odnosno nije bilo „nužno u demokratskom društvu“, o čemu se odlučuje u sklopu testova *prikladnosti* i *nužnosti* (kao ranijih koraka u primjeni načela proporcionalnosti).<sup>29</sup> Načelo razmjernosti (proporcionalnosti) u kontekstu prakse Europskog suda za ljudska prava nije samo „dodatak“ sudačkom rasuđivanju; njegova je primjena nužna u slučajevima antinomija između prava ili prava i interesa.<sup>30</sup> Kako Smerdel ističe, u sudskoj praksi standardizirana su tri testa, odnosno tri koraka prema kojima se ispituje li načelo razmjernosti poštovano u svakom pojedinom slučaju:<sup>31</sup>

(1) *Test prikladnosti*. Mjera kojom se ograničava neko pravo mora pridonositi postizanju legitimnog interesa na koji se država poziva.

(2) *Test nužnosti*. Ispituje se postoji li alternativna, manje restriktivna mjera koja je realno dostupna i koja bi jednako učinkovito zaštitila legitimne interese.

(3) *Test „proporcionalnosti stricto sensu“*. Treći test u načelu razmjernosti izražen je pravilom „Što je veći stupanj štete za načelo slobode kretanja dobara, to veća mora biti važnost zaštite javnog interesa na koji se država poziva“.

Prema načelu razmjernosti, izraženom u članku 16. stavku 2. Ustava,

„Svako ograničenje slobode ili prava mora biti *razmjerno* naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju.“ (Istaknuo autor)

Odvagivanje, kao dio šireg načela razmjernosti (proporcionalnosti), prihvaćeno je od strane Ustavnog suda Republike Hrvatske i od strane drugih sudova u Republici Hrvatskoj.<sup>32</sup> Važno je istaknuti da se test razmjernosti (proporcionalnosti) u teoriji ne poklapa s onim u praksi sudske argumentacije.<sup>33</sup> Kako je već istaknuto, u ovom radu u teorijskom dijelu oslanjamo se na shvaćanja Roberta Alexyja i Riccarda Guastinija, dok se u sudskoj argumentaciji oslanjamo

29 O načelu razmjernosti, vidi Smerdel (n 1) 329.–330. Vidi i bilj. 7.

30 O važnosti razmjernosti u kontekstu članka 6. stavka 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, kojim se jamči pravo na pravično (pošteno) suđenje, vidi, primjerice, članak sutkinje Ustavnog suda Republike Hrvatske: Duška Šarin, 'Pravo na pristup sudu u praksi Europskog suda za ljudska prava' (2015) 31(3–4) Pravni vjesnik 268, 291.–292. Vidi i Marko Šikić i Lana Ofak, 'Pravo na izvršenje upravnosudskih odluka kao jamstvo poštenog suđenja' (2015) 52(1) Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu 219.

31 Smerdel (n 1) 329.–330. Za shvaćanje u njemačkoj pravnoj znanosti, uz primjere za tri testa iz prakse Saveznog ustavnog suda Savezne Republike Njemačke, vidi Robert Alexy, 'Constitutional Rights and Proportionality' (2014) 22 *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* 52.–57.

32 Vidi, primjerice, Smerdel (n 1) 329.–330.

33 Vidi, primjerice, kritiku u Niels Petersen, 'Alexy and the „German“ Model of Proportionality: Why the Theory of Constitutional Rights Does Not Provide a Representative Reconstruction of the Proportionality Test' (2020) 21 *German Law Journal* 163.–173.

mo na praksu Europskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Republike Hrvatske. Ukratko ćemo prikazati test razmjernosti (proporcionalnosti) u teoriji i praksi kako bismo istaknuli razlike i poslije rekonstruirali presude u ključu Alexyeva idealnog logičkog obrasca, radi donošenja zaključaka o sudačkom rasuđivanju.

Robert Alexy također govori o testu prikladnosti (*appropriateness*) i nužnosti (*necessity*), shvaćajući ih na prethodno izneseni način.<sup>34</sup> Razliku možemo vidjeti u shvaćanju odvagivanja (razmjernosti, odnosno proporcionalnosti u užem smislu). Odvagivanje, kako ga Alexy shvaća<sup>35</sup>, način je rješavanja antinomija između pravnih načela, kao vrste normi različitih od pravnih pravila. Dok se antinomija između pravila rješava tako da se uvede iznimka u jedno od pravila ili tako da se jedno od pravila proglašuje neprimjenjivim na konkretan slučaj, antinomija između načela rješava se odvagivanjem.<sup>36</sup> S obzirom na to da između ustavnih načela kao normi jednakog ranga u pravilu nije uspostavljena hijerarhija (odnosno da prednost jednog ili drugog ovisi o okolnostima konkretnog slučaja), Alexy formulira tzv. *Law of Competing Principles*, ističući da prednost jednog (N1) ili drugog (N2) načela ovisi o okolnostima konkretnog slučaja (O).<sup>37</sup> Ako načelo N1 „prevagne“ nad načelom N2 u okolnostima konkretnog slučaja (tj. ako se primijeni umjesto načela N2), i ako proizvede pravne posljedice P u navedenim okolnostima O, onda se primjenjuje pravilo koje ima O kao uvjet (protazu) i P kao posljedicu (apodozu).<sup>38</sup> Okolnosti konkretnog slučaja O sastoje se od (kumulativnih) uvjeta U.<sup>39</sup>

Primjer antinomije između ustavnih načela na koje smo usredotočeni u ovom radu jest ona između članka 35. i članka 38. Ustava Republike Hrvatske, odnosno između osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti s jedne strane, i slobode mišljenja i izražavanja misli, s druge.<sup>40</sup> Izabrali smo ovaj primjer antinomije zbog njegove svakodnevne relevantnosti, ali i zbog postojanja većeg broj odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske koje se može analizirati te vidjeti kako se taj sukob rješava u praksi domaćeg pravnog poretka. Prava sukobljena u spomenutim odlukama Ustavnog suda su, osim člancima 35. i 38. Ustava Republike Hrvatske, regulirana i člancima 8. i 10. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.<sup>41</sup> U vezi

34 Robert Alexy, 'On the Structure of Legal Principles' (2000) 13(3) Ratio Juris 297.–298. Vidi i Robert Alexy, 'Constitutional Rights, Balancing, and Rationality' (2003) 16(2) Ratio Juris 135.–140.

35 Alexy (n 9) 50.–53. S navedenom rekonstrukcijom načelno se slaže i Guastini. Vidi Riccardo Guastini, 'Applying Constitutional Principles' (2016) *Analisi e diritto* 245.

36 Alexy (n 9) 49. Alexy (n 9) 51.–52, govoreći o sukobu između načela ističe: „This situation is not resolved by declaring one of the principles invalid and hence excluding it from the legal system. It is also not resolved building an exception into one of the principles, such that this principle is in all further cases seen as a rule that is either satisfied or not. Rather, the solution to the competition consists in establishing a condition relation of precedence between the principles in the light of the circumstances of the case. The relation of precedence is conditional because in the context of the case the conditions are laid down under which one of the principles takes precedence. Given other conditions, the issue of precedence might be reversed.“ (Istaknuo autor).

37 Alexy (n 9) 50.–54.

38 Alexy (n 9) 54. Kako Alexy navodi u sažetoj formulaciji *Law of Competing Principles*, „The circumstances under which one principle takes precedence over another constitute the conditions of a rule which has the same legal consequences as the principle taking precedence.“

39 Alexy (n 9) 56: U1 i U2 i U3 i U4→P.

40 O navedenim pravima i njihovoj primjeni u (ustavno)sudskoj praksi, vidi *ibid.*, 344. i 348.–351.

41 Vidi Crnić (n 1) 485.–486., gdje autor ističe kako sloboda izražavanja misli nije apsolutna nego relativna, odnosno podložna ograničenjima i to ponajprije onima u vezi s pravom na poštovanje privatnog i obiteljskog života. O navedenim ograničenjima, vidi i Smerdel (n 1) 348.–349.



s tim, test vaganja (u kontekstu sukoba navedenih dvaju prava) spominje se, naravno, i u presudama Europskog suda za ljudska prava.<sup>42</sup>

Među brojnim odlukama u kojima se odvagivanje izričito spominje i primjenjuje, istaknut ćemo sljedeće tri odluke: U-III-1084/2015 od 10. prosinca 2019., U-III-4336/2017 od 26. lipnja 2019. i U-III-3730/2019 od 16. studenoga 2021. Navedene odluke, koje sadrže i izdvojena mišljenja, u ovom dijelu rada sažeto ćemo prikazati kako bismo u sljedećem dijelu mogli pristupiti analizi ključnog pojma „težine“. Cilj je, analizirajući praksu Ustavnog suda Republike Hrvatske u slučaju antinomije dvaju ustavnih prava, iznijeti neke opće zaključke o antinomijama između ustavnih prava i načinu njihova rješavanja u praksi.

Uz navedene odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske, tehnika odvagivanja u kontekstu spomenute antinomije sažeto je opisana i, primjerice, u sentenci Županijskog suda u Velikoj Gorici:<sup>43</sup>

„Sloboda izražavanja i pravo na dostojanstvo, čast i ugled su prava koja uživaju načelno istu zaštitu jer se radi o zaštićenim pravima istoga ranga, pa je stoga zadatak suda razriješiti koliziju ovih prava i ocijeniti koje je od navedenih prava je u predmetnom slučaju pretežnije. Dakle, sud nije ovlašten bez obrazloženog testa vaganja relevantnih činjenica vezanih uz navedena prava uopće donijeti odluku o tome da li je konkretno određeno pravo povrijeđeno i da li stoga oštećeniku pripada kakva naknada.“ (Istaknuo autor)

U kontekstu sukoba između navedenih dvaju prava, Ustavni sud je u odluci prihvatio sljedeća dva načelna stajališta Europskog suda za ljudska prava:

(1) *Pravo na slobodu izražavanja nije apsolutno pravo.* Sloboda izražavanja jedno je od temeljnih načela demokratskog društva i odnosi se i na izražavanja koja vrijeđaju, šokiraju ili uznemiruju jer su pluralizam, tolerancija i slobodoumlje osnova demokratskog društva. Ipak, kako sloboda izražavanja obuhvaća dužnosti i odgovornosti, može biti ograničena zakonom. Takva ograničenja moraju biti strogo tumačena, a potreba za njima mora biti uvjerljivo utvrđena, kako primjerice navodi Ustavni sud u točki 6. odluke U-III-1084/2015.<sup>44</sup>

(2) *Sloboda izražavanja može biti ograničena ako je to nužno u demokratskom društvu.* „Test nužnosti“ zahtijeva da ograničenje slobode izražavanja bude: (a) prijeko društveno potrebno, (b) razmjerno legitimnom cilju te (c) argumentirano relevantnim i dostatnim razlozima, kako Ustavni sud navodi u točki 7. spomenute odluke.<sup>45</sup>

(1) U prvoj od odluka kojima se bavimo, U-III-1084/2015 od 10. prosinca 2019., Ustavni sud je usvojio ustavnu tužbu podnositelja te je ukinuo dvije presude sudova nižeg stupnja i

42 Kao najvažniji primjer (jer se Ustavni sud u sve tri navedene odluke poziva na tu presudu Europskog suda za ljudska prava) možemo navesti *Axel Springer AG protiv Njemačke*, zahtjev br. 39954/08 (ECtHR, 7. veljače 2012.), §§ 85.–88. Uz navedenu presudu, Ustavni sud u točki 7.3. odluke U-III-1084/2015 navodi i presude *Couderc i Hachette Filipacchi Associés protiv Francuske*, zahtjev br. 40454/07 (ECtHR, 10. studenoga 2015.), §§ 90.–93. i *Medžlis Islamske zajednice Brčko i drugi protiv Bosne i Hercegovine*, zahtjev br. 17224/11 (ECtHR, 27. lipnja 2017.), § 77.

43 Sentenca Gž 684/2020-2 Županijski sud u Velikoj Gorici (21. rujna 2020.) (HR).

44 Ustavni sud navodi predmete Europskog suda za ljudska prava *Guja protiv Moldavije*, zahtjev br. 14277/04 (ECtHR, 12. veljače 2008.), § 69. i *Bédat protiv Švicarske*, zahtjev br. 56925/08 (ECtHR, 29. ožujka 2016.), § 48.

45 Ustavni sud ovdje navodi predmet Europskog suda za ljudska prava *Satakunnan Markkinapörsi Oy i Satamedia protiv Finske*, zahtjev br. 931/13 (ECtHR, 27. lipnja 2017.).

vratio predmet prvostupanjskom sudu na ponovni postupak. U konkretnom slučaju, podnositelj je bio proglašen krivim u prvostupanjskom i drugostupanjskom postupku zbog počinjenja kaznenog djela uvrede te mu je bila izrečena novčana kazna. Podnositelj je smatrao da je presudama nižih sudova povrijeđeno njegovo ustavno pravo na slobodu izražavanja. U spornoj izjavi podnositelj je, odgovarajući na pitanja u intervjuu na jednom internetskom portalu, tužitelja nazvao „idiotom“.<sup>46</sup> Ustavni sud je, uzimajući u obzir okolnosti konkretnog slučaja, morao utvrditi je li izraz u pitanju dopušten (i kao takav, nekažnjiv) ili nedopušten (i kao takav, kažnjiv). Drugim riječima, Ustavni sud je morao odlučiti hoće li dati prednost normi koja štiti osobni i obiteljski život, dostojanstvo, ugled i čast (N1) ili slobodu mišljenja i izražavanja misli (N2).

Ustavni sud je utvrdio da je u konkretnom slučaju došlo do miješanja u slobodu mišljenja i izražavanja misli (točka 9.) te da je miješanje bilo utemeljeno na zakonu i imalo legitiman cilj (točka 10.). Preostalo je utvrditi je li miješanje bilo „nužno u demokratskom društvu“).

Ustavni sud je, prihvaćajući načelna stajališta Europskog suda za ljudska prava, utvrdio (u točki 7.3.) sljedeće: „U okolnostima u kojima sporna izjava utječe na ugled, čast, dostojanstvo ili prava drugih, taj je ‘sukob’ potrebno rješavati *vaganjem relevantnih čimbenika koji se odnose na dvije zaštićene vrijednosti*: s jedne strane, pravo na slobodu izražavanja, i s druge strane, pravo na poštovanje osobnog života drugih (...). Riječ je o pravima koja zaslužuju jednaku zaštitu te je *zadatak sudova postići pravičnu ravnotežu tih prava.*“ (Istaknuo autor)

Naravno, ovakvo stajalište povlači za sobom (barem) sljedeća pitanja: koji su relevantni čimbenici koji se odnose na dvije zaštićene vrijednosti te kako ih „vagati“, odnosno „postići pravičnu ravnotežu“ između njih? Ustavni sud se pozvao na praksu Europskog suda za ljudska prava. Europski sud za ljudska prava u predmetu *Axel Springer AG protiv Njemačke* naveo je okolnosti prema kojima načelno ocjenjuje je li u konkretnom slučaju postignuta *pravična ravnoteža između sukobljenih prava*.<sup>47</sup> Cilj razmatranja navedenih okolnosti, kako ističe i Ustavni sud u svojoj odluci, jest osiguranje dosljednosti i izbjegavanje diskrecijskog odlučivanja pri odlučivanju koje od sukobljenih prava preteže u konkretnom slučaju, odnosno kojem od njih treba pružiti zaštitu. Navedene okolnosti, prihvaćene od strane Ustavnog suda u ovoj (i ranijim odlukama) jesu: (a) doprinos raspravi u javnom interesu; (b) u kojoj mjeri je osoba u pitanju poznata javnosti i kakav je sadržaj danih izjava; (c) prethodno ponašanje osobe na koju se izjava odnosi; (d) metode prikupljanja informacija i njihova provjerljivost; (e) sadržaj, forma i posljedice objavljene informacije i (f) ozbiljnost dosuđene sankcije i obeshrabrujući učinak (*tzv. chilling effect*).<sup>48</sup>

Razmatrajući navedene okolnosti u konkretnom slučaju, Ustavni sud je utvrdio sljedeće: prije svega, što se tiče ranijih koraka u primjeni načela razmjernosti (proporcionalnosti),

46 Citirat ćemo dio odluke u kojem Ustavni sud navodi činjenice i okolnosti slučaja (točka II. 3.): „Sporna izjava podnositelja, koja je predmet tužbe u kaznenom postupku, uslijedila je kao odgovor na novinarsko pitanje: ‘Stipe Mesić je izjavio da su branitelji okupljeni u Stožer za Vukovar isti kao srpski pobunjenici 1991. Vaš stav?’ Odgovor podnositelja na postavljeno pitanje glasio je: ‘Stipe je idiot. Na žalost, nekad davno bio mi je simpatičan. Ne dugo.’ Autor je članku dao naslov: ‘Mesić je idiot, a ćirilice kao znaka na okupatorskom nožu neće biti u Vukovaru.’“

47 Vidi točku 7.3. odluke Ustavnog suda U-III-1084/2015 i presudu *Axel Springer AG protiv Njemačke*, zahtjev br. 39954/08 (ECtHR, 7. veljače 2012.), §§ 85.–88.

48 Točka 7.5. odluke Ustavnog suda U-III-1084/2015. Navedena načelna stajališta Europskog suda za ljudska prava, kako Ustavni sud ističe u ovoj odluci, prihvaćena su i u ranijim odlukama. Vidi i U-III-7479/2014 od 16. prosinca 2015., U-III-2195/2016 od 2. studenoga 2016. i U-III-2588/2016 od 8. studenoga 2016.

Ustavni sud je utvrdio da je miješanje u podnositeljevu slobodu izražavanja bilo zakonito i da je slijedilo legitiman cilj.<sup>49</sup> Ustavni sud je također kvalificirao spornu izjavu kao vrijednosni sud, a ne kao činjenični navod (točka 11.).<sup>50</sup> Osvrnimo se sada na okolnosti prema kojima je Ustavni sud ocjenjivao koje od sukobljenih prava preteže u konkretnom slučaju:

(a) *doprinos raspravi u javnom interesu* – sporna izjava dana je u kontekstu intervjua koji se bavio isključivo političkim pitanjima i temama od javnog interesa (točka 11.4.). Ustavni sud se pozvao i na presude ESLJP-a u kojima je navedeni Sud zauzeo stajalište da se u debati o pitanjima od javnog interesa mora tolerirati i nazivanje političara „idiotima“ i „mozgovnim invalidima“ (točka 11.7.).

(b) *u kojoj mjeri je osoba u pitanju poznata javnosti i kakav je sadržaj danih izjava* – podnositelj i tužitelj javne su osobe poznate užoj političkoj i široj hrvatskoj javnosti (točke 11.2., 11.3. i 11.4.)

(e) *sadržaj, forma i posljedice objavljene informacije* – sporna izjava dana je u kontekstu političkog djelovanja (točka 11.5. i 11.6.), odnosno političkog diskursa u formi intervjua, koji „često može zadrijeti u osobnu sferu jer je taj rizik usko povezan s političkim djelovanjem i slobodom iznošenja misli, koja je jamstvo slobodnog demokratskog društva“ (točka 11.7.).<sup>51</sup>

(f) *ozbiljnost dosuđene sankcije i obeshrabrujući učinak (tzv. chilling effect)* – izrečena kazna bi svejedno mogla imati obeshrabrujući učinak koji bi negativno utjecao na slobodno izražavanje političkih mišljenja i stavova u medijima, koji su ključni za sudjelovanje političkih stranaka u javnom životu (točka 12.3.).

S obzirom na to da je sporna izjava kvalificirana kao vrijednosni sud (točka 11.), a ne činjenični navod, Ustavni sud nije posebno razmatrao okolnosti pod (c) i (d). Konačnom primjenom navedenih načelnih stajališta, Ustavni sud dao je prednost pravu na slobodu mišljenja i izražavanja misli.<sup>52</sup> Presudna okolnost zbog koje je Ustavni sud (u točki 13.) dao prednost slobodi mišljenja i izražavanja misli ona je pod (a), s obzirom na to da je utvrdio da je riječ o raspravi od javnog interesa:

„Imajući u vidu sve gore navedene okolnosti, Ustavni sud smatra da redovni sudovi nisu uvjerljivo potvrdili postojanje prijekne društvene potrebe koja bi zahtijevala da se pravu privatnog tužitelja na zaštitu njegovog ugleda da prednost pred pravom podnositelja

49 U odnosu na zakonitost i legitiman cilj, citiramo dio točke 10.: „Ustavni sud ocjenjuje da je miješanje utemeljeno na zakonu, konkretno na članku 147. stavcima 1. i 2. KZ-a (...), te da slijedi legitiman cilj zaštite ugleda i prava drugih.“

50 U odnosu na prirodu same izjave, citiramo dio točke 11.: „Ustavni sud napominje da inkriminirana izjava predstavlja vrijednosni sud, a ne činjenični navod (...).“

51 Ustavni sud se pozvao na presude Europskog suda za ljudska prava *Mladina d.d. Ljubljana protiv Slovenije*, zahtjev br. 20981/10 (ECtHR, 17. travnja 2014.), § 46. i *Lopes Gomes da Silva protiv Portugala*, zahtjev br. 37698/97 (ECtHR, 28. rujna 2000.), § 34.

52 Citirat ćemo relevantan dio točke 13. zaključka: „Imajući u vidu sve gore navedene okolnosti, Ustavni sud smatra da redovni sudovi nisu uvjerljivo utvrdili postojanje prijekne društvene potrebe koja bi zahtijevala da se pravu privatnog tužitelja na zaštitu njegovog ugleda da prednost pred pravom podnositelja na slobodu izražavanja i općeg interesa za zaštitu slobode izražavanja kada je riječ o raspravi od javnog interesa. Razlozi koje su sudovi naveli, prema ocjeni Ustavnog suda, ne mogu se smatrati dostatnima i mjerodavnima za takvo miješanje u podnositeljevu slobodu izražavanja. Stoga se ne može zaključiti da je osporenom odlukom ostvarena pravična ravnoteža Ustavom zajamčenih suprotstavljenih prava tužitelja i podnositelja (...). Slijedom svega navedenog, Ustavni sud utvrđuje da je osporenom drugostupanjskom presudom podnositelju povrijeđeno jamstvo slobode mišljenja i iznošenja misli propisano člankom 38. stavcima 1. i 2. Ustava u vezi s načelom ograničenja slobode ili prava razmjerno naravi potrebe u svakom pojedinom slučaju propisanog člankom 16. stavkom 12. Ustava.“

na slobodu izražavanja i općeg interesa za zaštitu slobode izražavanja *kada je riječ o raspravi od javnog interesa. (...)*“ (Istaknuo autor)

Rekonstruirat ćemo odvagivanje u presudi u Alexyjevju idealnom logičkom obrascu. Načela N1 (zaštita osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti) i N2 (sloboda mišljenja i izražavanja misli) ustavna su načela jednakog ranga u kojem nijedno nema apsolutnu prednost. Ustavni sud je dao prednost načelu N2, primijenivši pravilo: O→P. Pravilo iz navedene odluke, u skladu s praksom Europskog suda za ljudska prava, sastoji se od četiriju uvjeta: sporna izjava dana je u kontekstu teme od javnog interesa (U1), izjava se odnosi na javnu osobu poznatu užoj političkoj i široj hrvatskoj javnosti (U2), sporna izjava dana je u kontekstu političkog djelovanja u obliku intervjua (U3) i izrečena kazna bi mogla imati obeshrabrujući učinak koji bi negativno utjecao na slobodno izražavanje političkih mišljenja i stavova u medijima (U4). S obzirom na navedeno, a posebno s obzirom na okolnost da je sporna izjava dana u kontekstu rasprave od javnog interesa (kako Ustavni sud ističe u obrazloženju), odlučeno je da načelo slobode mišljenja i izražavanja misli „preteže“ u konkretnom slučaju.

(2) U odluci U-III-4336/2017 od 26. lipnja 2019., Ustavni sud je odbio ustavnu tužbu podnositelja u povodu presude kojom je obavezan isplatiti naknadu neimovinske štete zbog povrede prava osobnosti, zbog izjave iznesene na platformi YouTube da je tužitelj „bliži i daljnji suradnik“ kontraobavještajne službe SFRJ (KOS-a). Podnositelj je podnio ustavnu tužbu protiv presude drugostupanjskog suda kojom je potvrđena presuda prvostupanjskog suda prema kojoj je bio obavezan na isplatu 30.000 kuna na ime naknade štete.<sup>53</sup>

Kao i u prethodno analiziranoj odluci, Ustavni sud je, prihvaćajući načelna stajališta Europskog suda za ljudska prava, utvrdio (u točki 12.5.) sljedeće: „U okolnostima u kojima sporna izjava utječe na ugled, čast, dostojanstvo ili prava drugih, taj je ‘sukob’ potrebno rješavati vaganjem relevantnih čimbenika koji se odnose na dvije zaštićene vrijednosti: s jedne strane, pravo na slobodu izražavanja, i s druge strane, pravo na poštovanje osobnog života drugih (...). Riječ je o pravima koja zaslužuju jednaku zaštitu te je *zadatak sudova postići pravičnu ravnotežu tih prava.*“ (Istaknuo autor)

Također, Ustavni sud se u točki 12.7. pozvao na presudu *Axel Springer AG protiv Njemačke* te je naveo istih šest okolnosti prema kojima je ocjenjivao koje od sukobljenih prava „preteže“ u konkretnom slučaju (odnosno, treba li dati prednost normi N1 ili normi N2). U kontekstu tih okolnosti, Ustavni sud je zaključio da je miješanje u slobodu mišljenja i izražavanja misli bilo zakonito (točka 16.) i imalo legitiman cilj (točka 17.). Nadalje, Ustavni sud se složio s ocjenama sudova nižeg stupnja prema kojima sporna izjava predstavlja izjavu o činjenicama, a ne vrijednosni sud (točka 29.).<sup>54</sup> Osvrnimo se sada na okolnosti prema kojima je Ustavni sud ocjenjivao koje od sukobljenih prava preteže u konkretnom slučaju:

(a) *doprinis raspravi u javnom interesu* – sporna izjava ne tiče se rasprave od javnog interesa (točka 22.). Ovaj zaključak ide u prilog davanju prednosti normi N1 koja štiti osobni i obiteljski život, dostojanstvo, ugled i čast.

53 Kako je vidljivo u točki 2. odluke, radi se o presudi Županijskog suda u Osijeku Gž-2501/2016-3 od 1. rujna 2017. i presudi Općinskog građanskog suda u Zagrebu broj Pn-3385/13-36 od 15. srpnja 2016.

54 Presude Europskog suda za ljudska prava *Feldék protiv Slovačke*, zahtjev br. 29032/95 (ECtHR, 12. srpnja 2001.), § 81.–86. i *Ungvary and Irodalom Kft. Protiv Mađarske*, zahtjev br. 64520/10 (ECtHR, 3. ožujka 2014.), § 62.–63.

(b) *u kojoj mjeri je osoba u pitanju poznata javnosti i kakav je sadržaj danih izjava* – tužitelj je javna osoba te kao takav mora imati veći stupanj tolerancije na javnu i privatnu kritiku od „običnih građana“, što ide u prilog davanju prednosti normi N2 koja štiti slobodu mišljenja i izražavanja misli. Ipak, prvostupanjski sud je istaknuo da je neovisno o ovoj činjenici podnositelj počinio štetnu radnju te da je odgovoran za štetu (točka 24.).

(c) *prethodno ponašanje osobe na koju se izjava odnosi* – tužitelj je na jednoj tiskovnoj konferenciji negirao spornu izjavu o činjenicama. Ustavni sud navodi i da je tužitelj prethodno ranije iznesene informacije o sebi kao suradniku obavještajnih službi tolerirao, to ne znači da gubi pravo na zaštitu svog privatnog života (točka 26.).

(d) *metode prikupljanja informacija i njihova provjerljivost* – Ustavni sud je prihvatio stajalište nižih sudova da je riječ o izjavi o činjenicama.<sup>55</sup>

(e) *sadržaj, forma i posljedice objavljene informacije* – sporna izjava je, prema stajalištu Ustavnog suda, „objektivno podobna izazvati štetu“, a prvostupanjski sud je utvrdio da tužitelj i jest zbog sporne izjave pretrpio štetu (točka 27.). Ustavni sud je također zauzeo stajalište da je sporna izjava dana s ciljem povrede ugleda i časti tužitelja te da podnositelj nije postupao u dobroj vjeri. (točka 29.).

(f) *ozbiljnost dosuđene sankcije i obeshrabrujući učinak (tzv. chilling effect)* – dosuđeni iznos naknade štete sudovi smatraju pravičnim, s obzirom na jačinu povrede i okolnosti slučaja (točka 30.).

U zaključku, Ustavni sud je u točki 31. utvrdio sljedeće:

„Ustavni sud utvrđuje da je iz osporenih presuda prijeka društvena potreba za davanje prednosti pravnoj zaštiti jamstva štovanje tužiteljeva dostojanstva, ugleda i časti pred podnositeljevom slobodom misli i izražavanja misli, kao i dosuda naknade štete u iznosu od 30.000 kuna. Razlozi koje su sudovi u obrazloženjima presuda naveli mogu se smatrati dostatnima i relevantnima za takvo miješanje u podnositeljevu slobodu izražavanja. Stoga se može zaključiti da je osporenim presudama *ostvarena pravična ravnoteža Ustavom zajamčenih suprotstavljenih prava* tužitelja i podnositelja.“ (Istaknuo autor)

Rekonstruirajmo i ovu presudu u kontekstu Alexyjeva *Law of Competing Principles*. Načela N1 (zaštita osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti) i N2 (sloboda mišljenja i izražavanja misli) su, kako je već spomenuto, ustavna načela jednakog ranga među kojima nijedno nema apsolutnu prednost. Ustavni sud je dao prednost načelu N1, primijenivši pravilo: O→P. Pravilo iz navedene odluke sastoji se od sljedećih uvjeta: sporna izjava dana *nije* u kontekstu teme od javnog interesa (U1), izjava se odnosi na javnu osobu poznatu užoj političkoj i široj hrvatskoj javnosti (U2), izjava je „objektivno podobna izazvati štetu“ te je, prema stajalištu sudova, i izazvala štetu (U3) i izrečena kazna je primjerena (U4). Za odluku je presudno bilo

55 Točka 29. odluke U-III-4336/2017. Ovdje bismo uputili na izdvojeno mišljenje ustavnog suca dr. sc. Gorana Selaneca koji se ne slaže s ovakvom kvalifikacijom te problematizira stajalište većine, navodeći sljedeće: „Iz navedenog jasno proizlazi da odluka većine nije dosljedno primijenila test dopuštenosti ograničenja ustavnog prava slobode izražavanja koji je ESLJP jasno definirao u presudi kao što je *Axel Springer AG protiv Njemačke* (v. točku 12.5. odluke većine), a koji istovremeno navodi kao pravni standard koji su redovni sudovi dužni primjenjivati u svojoj praksi.“

stajalište u vezi s pitanjem je li sporna izjava dana u kontekstu teme od javnog interesa, što je vidljivo iz izdvojenih mišljenja dvojice sudaca.<sup>56</sup>

(3) U odluci U-III-3730/2019 od 16. studenoga 2021., odbijena je ustavna tužba podnositelja, podnesena u povodu presude Vrhovnog suda Republike Hrvatske i Županijskog suda u Varaždinu.<sup>57</sup> U konkretnom slučaju riječ je bila o spornom članku objavljenom u jednim dnevnim novinama. Zbog spornog članka podnositelj je pokrenuo parnični postupak protiv tuženika zbog povrede prava osobnosti te je zatražio isplatu novčane naknade zbog nastale neimovinske štete. U članku se spominjala sumnja da je tužitelj, zajedno s drugim osobama, dogovorio i uzeo mito za angažman u nabavi vojnih vozila.

Pri primjeni već spomenutih prihvaćenih načelnih stajališta na konkretan slučaj (točka 13.9.), Ustavni sud je utvrdio sljedeće:

(a) *doprinos raspravi u javnom interesu* – pitanje zlorabe službene dužnosti, odnosno koruptivnog postupanja političara za vrijeme obnašanja dužnosti, na koje se odnosi sporna izjava, prema utvrđenju suda, bez sumnje pitanje je od javnog interesa. Kod rasprava o pitanjima od javnog interesa, kako napominje Ustavni sud, „postoji visok stupanj zaštite slobode mišljenja i izražavanja misli, odnosno vrlo mali prostor za njezino ograničenje“ (točka 15.).

(b) *u kojoj mjeri je osoba u pitanju poznata javnosti i kakav je sadržaj danih izjava* – podnositelj je javna osoba poznata široj javnosti koja je obavljala više političkih funkcija. U vezi s tim, Ustavni sud ističe da je, s obzirom na tu činjenicu, dužan pokazati veći stupanj tolerancije (točka 16.).

(c) *prethodno ponašanje osobe na koju se izjava odnosi* – Ustavni sud nije razmatrao primjenu načelnog stajališta o ovome na konkretan slučaj.

(d) *metode prikupljanja informacija i njihova provjerljivost* – Ustavni sud zaključuje kako nije bilo „pogrešnog tumačenja ili neprimjerenog komentiranja činjenica vezanih uz podnositelja“, s obzirom na to da su kao izvor informacija za sporni članak korišteni drugi domaći i strani mediji koji su prenijeli sadržaj priopćenja glavnog državnog tužitelja. Navedeni napisi su, kako ističe Ustavni sud, bili poznati i javnosti i podnositelju iz drugih domaćih i stranih medija koji su o njima pisali na „istovjetan način kao i autor u spornom članku“ (točka 17.).

(e) *sadržaj, forma i posljedice objavljene informacije* – Ustavni sud utvrđuje da sporni članak u dnevnim novinama sadrži „objektivno škodljive informacije koje podnositelja stavljaju u kontekst počinjenja kaznenog djela mita“ (točka 19.), ali neugodnosti nisu rezultat upravo i jedino spornog teksta.

(f) *ozbiljnost dosuđene sankcije i obeshrabrujući učinak (tzv. chilling effect)* – s obzirom na to da je osporavanim presudama tužbeni zahtjev podnositelja u cijelosti odbijen, nije bilo dosuđene sankcije, pa tako ni obeshrabrujućeg učinka koji bi Ustavni sud trebao ocjenjivati.

<sup>56</sup> Vidi izdvojena mišljenja suca dr. sc. Gorana Selaneca i suca Miroslava Šumanovića.

<sup>57</sup> Kako Ustavni sud navodi u točki 1.1. odluke U-III-3730/2019, riječ je o presudi Vrhovnog suda Republike Hrvatske Rev-2264/2017-2 od 2. travnja 2019. i presudi Županijskog suda u Varaždinu broj Gž-2174/16-2 od 3. travnja 2017.



Presudna okolnost zbog koje je Ustavni sud (u točki 19.) dao prednost slobodi mišljenja i izražavanja misli jest ona pod (b), s obzirom na to da je utvrdio da je podnositelj javna ličnost (poznati političar):

„Ustavni sud zaključno ocjenjuje da su nadležni sudovi dostatno ispitali i obrazložili sve okolnosti bitne za uspostavljanje ravnoteže između prava na slobodu izražavanja i prava na poštovanje časti i ugleda podnositelja, te su valjano zaključili da u konkretnom slučaju preteže pravo na slobodu izražavanja tuženika. *Ovo osobito imajući u vidu da se radi o navodima autora o javnoj ličnosti, poznatom političaru koji je, kao takav, dužan „trpjeti“ veći stupanj ozbiljnosti napada na ugled i dostojanstvo od prosječnog građanina (...).*“ (Istakno autor)

Rekonstruirajmo i treću presudu. Ustavni sud je dao prednost načelu N2 (slobodi mišljenja i izražavanja misli), primijenivši pravilo: O→P. Pravilo iz navedene odluke sastoji se od sljedećih uvjeta: sporna izjava dana je u kontekstu teme od javnog interesa (U1), izjava se odnosi na javnu osobu poznatu užoj političkoj i široj hrvatskoj javnosti (U2), sporna izjava sadrži „objektivno škodljive informacije“, međutim one nisu rezultat upravo i jedino same sporne izjave (U3). U citiranoj odluci presudna okolnost je bila ta što se sporna izjava odnosi na javnu ličnost (poznatog političara).

#### 4. ODVAGIVANJE I „TEŽINA“ PRAVA

Analizirajući antinomije između ustavnih načela i tehniku odvagivanja u prethodnom dijelu, mogli smo vidjeti da sudovi koriste pojam „težine“ ili srodne pojmove („pretežnije“, „ravnoteža“). Budući da je težina svojstvo fizičkih objekata, jasno je da norme (ili načela, vrijednosti ili bilo koji drugi pravni pojam koji se koristi u ovom kontekstu) ne mogu imati težinu doslovno shvaćenu kao takvu, nego samo „težinu“ shvaćenu u metaforičkom smislu.<sup>58</sup> Potrebno je istaknuti da se pojam „težine“ ne koristi u tekstovima izvora prava, nego u znanstvenoj literaturi i sudskim presudama. Budući da jasnoća jezika prava izravno utječe na pravnu sigurnost, prisutnost metafora u pravu (ako nije jasno koje je „preneseno“ značenje) nedvojbeno ne smatramo pozitivnom pojavom. Kao razloge možemo navesti činjenicu da metafore u pravu čine jezik prava manje jasnim, smanjujući time i stupanj pravne sigurnosti.<sup>59</sup> Uz navedeno, korištenje metafora nužno smanjuje jasnoću obrazloženja sudskih odluka te povećava mogućnosti za sudačku diskreciju. Pod „pravnom sigurnošću“ u kontekstu dvaju sukobljenih prava

<sup>58</sup> O nužno metaforičnom značenju pojma „težine“ u kontekstu nematerijalnih entiteta (poput normi), vidi Chiassoni (n 7) 169 i García Amado (n 7) 2.–4. Kako Chiassoni primjerice ističe, kod materijalnih entiteta, „težina“ i „vrijednost“ su različiti pojmovi (npr., kod grumena zlata), dok se kod nematerijalnih entiteta (ideja, ideala, načela, prava itd.) „težina“ i „vrijednost“ naizmjenično koriste. Kako Chiassoni dalje navodi, nematerijalni objekti imaju „težinu“ samo u metaforičkom smislu, u smislu im se pridaje „težina“ na temelju navodno objektivnih razmatranja i parametara. U kontekstu Alexyevog testa vaganja, upravo je ideja „težine“ najviše kritizirana. Za neke od kritika – primjerice, na temelju kojeg svojstva bi se uopće određivala „težina“, vidi José Juan Moreso, 'Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism' (2012) 25(1) Ratio Juris 36.–39.

<sup>59</sup> O problemu neodređenih i određenih normativnih pojmova, vidi Nikola Visković, *Jezik prava* (Naprijed, 1989) 64.–70.

mislimo na okolnosti koje utječu na to da jedno od sukobljenih prava dobiva na „težini“, a ne na to da bi se unaprijed moglo znati koje pravo „pobjeđuje“.<sup>60</sup>

Prihvaćajući okolnosti navedene u predmetu *Axel Springer AG protiv Njemačke*, prema kojima se načelno ocjenjuje je li u konkretnom slučaju postignuta pravična ravnoteža između sukobljenih prava, Ustavni sud je istaknuo da je svrha razmatranja tih okolnosti upravo osiguranje dosljednosti i izbjegavanje diskrecijskog odlučivanja pri odlučivanju koje od sukobljenih prava preteže u konkretnom slučaju.<sup>61</sup>

Vratimo se na odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske koje smo spomenuli. Detaljnije ćemo se osvrnuti na njihovu analizu te ćemo ponuditi objašnjenje metafore „težine“ i odvagivanja na temelju analize tih odluka.

Odvagivanje, kao način rješavanja sukoba između ustavnih načela, u praksi sudova sastoji se u preferencijskom iskazu prema kojem načelo N1 preteže (odnosno, vrijednije je) od načela N2 u kontekstu (slučaju) X.<sup>62</sup> Kako Guastini ističe, taj preferencijski iskaz karakterizira sljedeće:<sup>63</sup> prvo, riječ je o komparativnom vrijednosnom sudu čije opravdanje se nalazi u (najčešće prešutnom) komparativnom vrijednosnom sudu koji se tiče pravednosti suprotnog rješenja; načelo N1 vodilo bi do odluke O1, dok bi načelo N2, vodilo do odluke O2, a odluka O1 je pravednija, ispravnija od odluke O2 (ili obrnuto). U tom smislu, kako napominje Guastini, suci stvaraju *aksiološku hijerarhiju* koja nema veze s izvorima prava u kojima su suprotstavljena načela jednakog ranga (što i jest slučaj s načelima iz članka 35. i članka 38. Ustava). Navedenu aksiološku hijerarhiju stvorili su tumači, u ovom slučaju suci.<sup>64</sup>

Kada se rješava sukob između dvaju ustavnih načela, ne dolazi do uspostavljanja „ravnoteže“ između njih, nego se u konkretnom slučaju jedno načelo primjenjuje, a drugo ne. U prvoj i trećoj odluci koje smo analizirali to je bilo načelo slobode mišljenja i izražavanja misli (čl. 38. Ustava), a u drugoj odluci kojom smo se bavili to je bilo načelo zaštite osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti (čl. 35. Ustava).<sup>65</sup>

„Preferiranje“ jednog od načela iz preferencijskog iskaza odnosi se samo na konkretan slučaj, tako da aksiološka hijerarhija među pravnim načelima nije konačna; naprotiv, ona je

60 Takva pozicija bi isključivala analizu proporcionalnosti i vodila shvaćanju subjektivnih prava kao „aduta“, kako ih, primjerice, shvaća Ronald Dworkin. Vidi, primjerice, Ronald Dworkin, 'Rights as Trumps' u Jeremy Waldron (ed), *Theories of Rights* (Oxford University Press 1984) 153.–167.

61 Vidi, primjerice, odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske U-III-1084/2015: „7.5. Kako bi se osigurala dosljednost i izbjeglo diskrecijsko odlučivanje pri odgovaranju na pitanje koje od sukobljenih prava preteže u konkretnom slučaju i kojemu od njih je potrebno pružiti zaštitu, ESLJP je u predmetu *Axel Springer protiv Njemačke* (navedeno) naveo sljedeće okolnosti prema kojima načelno ocjenjuje je li u konkretnom slučaju postignuta pravična ravnoteža između sukobljenih prava: (...)“ (Istaknuo autor).

62 Guastini (n 35) 245: „The principle P1 has more weight (that is, more value) than the principle P2 in the context X“. Usp. sa Alexy (n 9) 51.–56.

63 Guastini, *ibid.*, 246.–247. Prema Guastinijevoj rekonstrukciji, *balansiranje* je treći korak u primjeni ustavnih načela, koji slijedi nakon *identifikacije* određenih odredbi kao ustavnih načela te tumačenja, odnosno pripisivanja značenje odredbama koje su u prvom koraku identificirane kao pravna načela. Četvrti korak u primjeni ustavnih načela je, prema Guastiniju, *specifikacija* ili konkretizacija, odnosno izvođenje neizraženih ili implicitnih pravila iz načela koja se onda primjenjuju za rješavanje konkretnog slučaja. Detaljnije o cijelom postupku primjene ustavnih načela, vidi *ibid.*, 241.–249.

64 *Ibid.* O vrstama hijerarhija između normi, posebno aksiološkima (uz formalne, materijalne i logičke), vidi Riccardo Guastini, 'Gerarchie normative' (1997) 27(2) *Materiali per una storia della cultura giuridica* 470.–471.

65 Guastini (n 35) 246. Naravno, kako napominje u Guastini, navedeno samo znači da jedno od načela nije *primijenjeno* u konkretnom slučaju, a ne da nije *važće*.

„fleksibilna, pomična i nestabilna: ovisi o slučaju“.<sup>66</sup> Ako je prisutno činjenično stanje Č1, bit će primijenjeno načelo N1; ako je prisutno činjenično stanje Č2, bit će primijenjeno načelo N2.<sup>67</sup> Na ovaj način, kako i Alexy ističe, balansiranje završava specificiranjem (konkretiziranjem) jednog od načela u obliku neizraženog (implicitnog) pravila P1 čije je činjenično stanje Č1; u drugom slučaju, isto načelo je specificirano kroz neizraženo (implicitno) pravilo P2 čije je činjenično stanje Č2.<sup>68</sup>

Konačno, kako ističe Guastini, zbog već navedenih karakteristika aksiološke hijerarhije koja je uspostavljena između sukobljenih načela, može se (pogrešno) činiti da je sukob između načela riješen „srednjim putem“.<sup>69</sup> Ovdje je potrebno razlikovati sinhronijski i dijahronijski učinak odvagivanja: dok je prvi posljedica odvagivanja dvaju načela u jednoj odluci, drugi je posljedica odvagivanja istih načela u više odluka od strane samog suda.<sup>70</sup> U svakoj pojedinačnoj sudskoj odluci, kako pojašnjava Guastini, samo jedno od sukobljenih načela je primijenjeno i zapravo ne dolazi do uspostavljanja „ravnoteže“ između načela.<sup>71</sup> Međutim, ako analiziramo veći broj sudskih odluka, vidjet ćemo da je u nekim slučajevima primijenjeno načelo N1, a u drugima načelo N2.<sup>72</sup>

## 5. ZAKLJUČAK

U zaključku iznosimo opservacije vezane uz antinomije između ustavnih načela, odvagivanja i pojam „težine“ prava. One se odnose na rekonstrukciju odvagivanja kao načina rješavanja sukoba između ustavnih načela (prve četiri) te značenje pojma „težine“ prava (peta). Navedene opservacije iznijet ćemo u kontekstu triju odluka Ustavnog suda kojima smo se bavili u radu. Krenimo redom:

Prvo, sud odvagivanjem uspostavlja *aksiološku* hijerarhiju između sukobljenih načela N1 i N2. Hijerarhija između sukobljenih načela (u ovom radu usredotočili smo se na načela slobode mišljenja i izražavanja misli, članak 38. Ustava i načela zaštite osobnog i obiteljskog života, dostojanstva ugleda i časti, čl. 35. Ustava) *aksiološka* je, odnosno uspostavljena je od strane suda (kao tumača i primjenjivača normi) i to tako da se jedno od sukobljenih načela (zapravo, normi koja iskazuje jedno od sukobljenih načela) smatra vrjednijim, odnosno onim koju treba primi-

66 *Ibid.*, 246.–247. (autorov prijevod).

67 *Ibid.*, 247.

68 Alexy (n 9) 54 formulira već spomenuti tzv. *Law of Competing Principles* koji glasi: „The circumstances under which one principle takes precedence over another constitute the conditions of a rule which has the same legal consequences as the principle taking precedence.“

69 Guastini (n 51) 247.

70 Vidi *ibid.*, 247.

71 *Ibid.*: „In each particular decision, one principle is sacrificed, while the other is applied – it would be out of place to say that the principles involved are somehow ‘reconciled’“. Za suprotno stajalište, vidi Giorgio Pino, *Diritti e Interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale* (Il Mulino, 2010) 182.–184.

72 Guastini, (n 35) 247. Iz navedenog možemo zaključiti, prema Guastiniju, da su dugoročno oba načela „djelomično“ primijenjena i „djelomično“ neprimijenjena. Međutim, „djelomično“ ovdje ne znači u pojedinačnom slučaju, nego u (trivijalnom, prema Guastiniju) smislu da da je svako od sukobljenih načela nekad primijenjeno, a nekad ne.

jeniti u konkretnom slučaju.<sup>73</sup> Hijerarhija između sukobljenih načela nije ni *strukturna* (*formalna*), ni *materijalna*, ni *logička*.<sup>74</sup> U odlukama Ustavnog suda U-III-1084/2015 i U-III-3730/2019 (prva i treća odluka) aksiološka hijerarhija uspostavljena je u korist načela slobode mišljenja i izražavanja misli (N2), dok je u odluci Ustavnog suda U-III-4336/2017 hijerarhijski više bilo načelo zaštite osobnog i obiteljskog života, dostojanstva ugleda i časti (N1).

Drugo, sud zapravo ne uspostavlja „pravičnu ravnotežu“ (ni „ravnotežu“ uopće) između sukobljenih prava. U svakom pojedinom slučaju jedno se od sukobljenih načela *primjenjuje*, a drugo se *ne primjenjuje*. U odlukama Ustavnog suda U-III-1084/2015 i U-III-3730/2019 Sud je primijenio načelo slobode mišljenja i izražavanja misli (N2), dok je u odluci Ustavnog suda U-III-4336/2017 primijenio načelo zaštite osobnog i obiteljskog života, dostojanstva ugleda i časti (N1). Uspostavljajući aksiološku hijerarhiju između sukobljenih načela, Sud odabire načelo koje se primjenjuje, dok se drugo načelo ne primjenjuje, nego „ostaje po strani“. U tom smislu, odvagivanjem se ne „balansira“ sukobljena prava, nego se utvrđuje da jedno pravo „preteže“ nad drugim. Ovakvo shvaćanje možemo potkrijepiti citiranoj sudskom odlukom Županijskog suda u Velikoj Gorici u kojoj se govori o *pretežnijem od dva sukobljena prava*, dok se u citiranoj odluci Ustavnog suda govori o *pravičnoj ravnoteži između sukobljenih prava*. Smatramo da prva formulacija preciznije opisuje sudačko rasuđivanje i ishod sudske odluke. Moguće objašnjenje koncilijantnijeg izričaja Ustavnog suda leži u značaju suprotstavljenih interesa čije sukobe svojim odlukama rješava.<sup>75</sup>

Treće, izabrano načelo *primjenjuje se* tako da se specificira (konkretizira) putem implicitnog pravila P1. Ako je prisutno činjenično stanje Č1, primijenit će se načelo N1 i to tako da se iz njega derivira neizraženo (implicitno) pravilo P1 i obrnuto: ako je prisutno činjenično stanje Č2, primijenit će se načelo N2 kroz neizraženo pravilo P2. Na primjer, u spomenutoj odluci Ustavnog suda U-III-1084/2015, načelo slobode mišljenja i izražavanja misli (N2) imalo je prednost jer se sporna izjava odnosila na pitanje od javnog interesa te je bila upućena političaru poznatom javnosti; u odluci U-III-3730/2019 isto načelo je imalo prednost jer se sporna izjava također odnosila na pitanje od javnog interesa te se odnosila na političara poznatog javnosti; s druge strane, u odluci U-III-4336/2017, načelo zaštite osobnog i obiteljskog života, dostojanstva ugleda i časti (N1) imalo je prednost jer sporna se izjava, prema utvrđenju Suda, nije odnosila na pitanje od javnog interesa unatoč tome što se odnosila na političara poznatog javnosti. To možemo ilustrirati tablicom:

73 O aksiološkim hijerarhijama između normi, vidi Guastini (n 64) 471.–472.

74 O strukturnim (formalnim), materijalnim i logičkim hijerarhijama između normi, vidi *ibid.*, 470.–472.

75 Usp. sentenca Županijskog suda u Velikoj Gorici Gž 684/2020-2: „Sloboda izražavanja i pravo na dostojanstvo, čast i ugled su prava koja uživaju načelno istu zaštitu jer se radi o zaštićenim pravima istoga ranga, pa je stoga zadatak suda razriješiti koliziju ovih prava i ocijeniti koje je od navedenih prava je u predmetnom slučaju pretežnije. Dakle, sud nije ovlašten bez obrazloženog testa vaganja relevantnih činjenica vezanih uz navedena prava uopće donijeti odluku o tome da li je konkretno određeno pravo povrijeđeno i da li stoga oštećeniku pripada kakva naknada“ i odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske U-III-1084/2015, točka 7.5.: „Kako bi se osigurala dosljednost i izbjeglo diskrecijsko odlučivanje pri odgovaranju na pitanje koje od sukobljenih prava preteže u konkretnom slučaju i kojemu od njih je potrebno pružiti zaštitu, ESLJP je u predmetu Axel Springer protiv Njemačke (navedeno) naveo sljedeće okolnosti prema kojima načelno ocjenjuje je li u konkretnom slučaju postignuta pravična ravnoteža između sukobljenih prava (...)“

|                    | javni interes | osoba poznata javnosti (političar) | načelo koje ima prednost |
|--------------------|---------------|------------------------------------|--------------------------|
| 1. U-III-1084/2015 | +             | +                                  | sloboda govora (N2)      |
| 2. U-III-4336/2017 | -             | +                                  | zaštita ugleda (N1)      |
| 3. U-III-3730/2019 | +             | +                                  | sloboda govora (N2)      |

Shvaćanje Ustavnog suda Republike Hrvatske o „težinama“ sukobljenih ustavnih prava (kako je u odlukama i eksplicitno istaknuto) pod utjecajem je shvaćanja Europskog suda za ljudska prava koji je u predmetu *Axel Springer AG protiv Njemačke* naveo okolnosti prema kojima se ocjenjuje koje od sukobljenih prava ima veću „težinu“, odnosno kojem treba dati prednost.

Četvrto, potrebno je razlučiti sinhronijski od dijahronijskog učinka odvagivanja. Prvi je, kako je već istaknuto, posljedica odvagivanja dvaju načela u jednoj odluci, dok je drugi posljedica odvagivanja istih načela u više odluka od strane samog suda. Sinhronijski učinak odvagivanja spomenuli smo u analizi svake od pojedinih odluka Ustavnog suda: u prvoj i trećoj odluci primijenjeno je načelo N2, a u drugoj odluci je primijenjeno načelo N1. U tom smislu, jedno načelo se primjenjuje, a drugo „ostaje po strani“. Međutim, ako analiziramo više odluka istog suda u kojima se balansira između dvaju istih načela, možemo vidjeti (pa tako i na osnovi samo ovih triju odluka) da se nekad primjenjuje jedno načelo, a nekad drugo, ovisno o činjeničnom stanju, odnosno okolnostima slučaja. Tako je moguće empirijskom analizom više odluka preciznije utvrditi koje točno okolnosti čine neko načelo „pretežnijim“. Na primjeru tri analizirane odluke, možemo vidjeti da je u testu vaganja ključno bilo pitanje *doprinosa raspravi u javnom interesu*, odnosno da se sporna izjava tiče rasprave od javnog interesa.

Peto, „težina“ norme (zapravo, davanje veće težine jednoj od sukobljenih normi od strane tumača i primjenjivača norme) predstavlja vrijednosni sud kojim se uspostavlja aksiološka hijerarhija između normi koja za posljedicu ima primjenu jedne norme i neprimjenu druge norme (odnosno načela odlukama kojima se bavimo). Norma (u ovom slučaju načelo) koje „preteže“ primjenjuje se na opisani način – formuliranjem neizraženog (implicitnog) pravila čiji je antecedent činjenično stanje konkretnog slučaja. Prikažimo (pojednostavnjeno) sudačko rasuđivanje na primjeru odluke U-III-3730/2019:

- 1) U okolnostima konkretnog slučaja, odnosno u konkretnom činjeničnom stanju Č1, načelo slobode mišljenja i izražavanja misli (N2) „preteže“ (vrjednije je, ima prednost) pred načelom zaštite osobnog i obiteljskog života, dostojanstva ugleda i časti (N1).
- 2) Načelo N2 primijenit će se u konkretnom slučaju, dok načelo N1 „ostaje po strani“.
- 3) Načelo N2 primjenjuje se tako da se specificira (konkretizira) putem neizraženog (implicitnog) pravila P1 čiji je antecedent Č1 (ako Č1, onda P1): ako se sporna izjava koja sadrži objektivno škodljive informacije odnosi na pitanje od javnog interesa i javnu osobu poznatu široj javnosti te ako nije bilo pogrešnog tumačenja ili neprimjerenog komentiranja činjenica vezanih uz dotičnu osobu, onda je takva izjava dopuštena.

## LITERATURA I IZVORI

1. Abramović A, 'Općeprihvaćena načela kao kriterij za tumačenje pravne norme' (2014), Fondacija Centar za javno pravo 1 <[http://www.fcjp.ba/templates/ja\\_avian\\_ii\\_d/images/green/Andrej\\_Abramovic.pdf](http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Andrej_Abramovic.pdf)> pristupljeno 21. lipnja 2022.
2. Aleinikoff T A, 'Constitutional Law in the Age of Balancing' (1987) 96(5) *The Yale Law Journal* 943
3. Alexy R, 'On the Structure of Legal Principles' (2000) 13(3) *Ratio Juris* 294
4. Alexy R, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford University Press, 2002)
5. Alexy R, 'Constitutional Rights, Balancing, and Rationality' (2003) 16(2) *Ratio Juris* 131
6. Alexy R, 'On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison' (2003) 16(4) *Ratio Juris* 433
7. Alexy R, 'Constitutional Rights and Proportionality' (2014) 22 *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* 51
8. Álvarez S, 'Constitutional Conflicts, Moral Dilemmas, and Legal Solutions' (2011) 24(1) *Ratio Juris* 59
9. Arlović M, 'Pravo na slobodu izražavanja misli (ustavnopravni okvir i ustavnosudska praksa u Republici Hrvatskoj)' (2016) 53(2) *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 377
10. Bernal Pulido C, 'The Rationality of Balancing' (2006) 92(2) *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 195
11. Bobbio N, *Eseji iz teorije prava* (Logos, 1988)
12. Bomhoff J, 'Balancing, the Global, and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law' (2008) 31(2) *Hastings International and Comparative Law Review* 555
13. Bomhoff J, 'Genealogies of Balancing as Discourse' (2010) 4(1) *Law & Ethics of Human Rights* 109
14. Burazin L, 'Kriterij specijalnosti kao sredstvo rješavanja antinomija između općih načela prava (slučaj Gradska groblja)' (2011) 61(2) *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 595
15. Burazin L, 'Conflicts Between Fundamental Rights Norms', u Duarte, D i Silva Sampaio, J (eds), *Proportionality in Law: An Analytical Perspective* (Springer, 2018) 111
16. Burazin L, Krešić M, i Tucak I, *Priručnik za teoriju prava* (drugo izdanje, Naklada Breza, 2020)
17. Chiassoni P, 'La bilancia inesistente' (2019) 1 *Analisi e diritto* 165
18. Crnić I, *Ustav Republike Hrvatske u praksi: s napomenama, opsežnom sudskom praksom, literaturom i abecednim kazalom pojmova* (Organizator, 2018)
19. Dworkin R, 'Rights as Trumps' u Waldron, J (ed), *Theories of Rights* (Oxford University Press, 1984) 153
20. Đerđa D, 'Načelo razmjernosti u donošenju upravnih odluka' (2016) 37(1) *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 175
21. García Amado J A, '¿Que es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación' (2016) 13 *Revista Iberoamericana de Argumentación* 1
22. Guastini R, 'Gerarchie normative' (1997) 27(2) *Materiali per una storia della cultura giuridica* 463
23. Guastini R, 'Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali' (2006) 26(2) *Ragion pratica* 151
24. Guastini R, 'Applying Constitutional Principles' (2016) *Analisi e diritto* 241
25. Guastini R, *Sintaksa prava* (treće izdanje, Naklada Breza, 2019)



26. Jug J, 'Primjena pravnih načela u odlukama Vrhovnog suda Republike Hrvatske', Fondacija Centar za javno pravo (2014) 1, <[http://www.fcjp.ba/templates/ja\\_avian\\_ii\\_d/images/green/Jadranko\\_Jug.pdf](http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Jadranko_Jug.pdf)> pristupljeno 21. lipnja 2022.
27. Kelsen H, *General Theory of Norms* (Clarendon Press, 1991)
28. Keršić M, 'Legal principles in the discourse of Croatian legal science: What qualifies a norm as a principle?' (2018) 9(2) *Romanian Journal of Comparative Law* 328
29. Martínez Zorrilla D, 'The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights' (2011) 30(6) *Law and Philosophy* 729
30. Miličić V, *Opća teorija prava i države* (vlastita naklada, 2008)
31. Moniz Lopes P, 'The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles' (2017) 30(4) *Ratio Juris* 471
32. Moreso J J, 'Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and Specificationism' (2012) 25(1) *Ratio Juris* 31
33. Novak M, 'Three Models of Balancing (In Constitutional Review)' (2010) 23(1) *Ratio Juris* 101
34. Perić B, *Država i pravni sustav* (Informator, 1994)
35. Petersen N, 'Alexy and the „German“ Model of Proportionality: Why the Theory of Constitutional Rights Does Not Provide a Representative Reconstruction of the Proportionality Test' (2020) 21 *German Law Journal* 163.–173.
36. Pino G, 'Principi e argomentazione giuridica' (2009) 14(1) *Ars Interpretandi* 131
37. Pino G, *Diritti e Interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale* (Il Mulino, 2010)
38. Pino G, 'Diritti fondamentali e principio di proporzionalità' (2014) 43(2) *Ragion pratica* 541
39. Rodin S, 'Načelo proporcionalnosti – porijeklo, ustavno utemeljenje i primjena' (2000) 50(1–2) *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 31
40. Rodin S, 'Načelo proporcionalnosti u novijoj praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske' (2008) 5623 *Informator: instruktivno-informativni list za ekonomska i pravna pitanja* 1
41. Ross A, *On Law and Justice* (Stevens & Sons Limited, 1958)
42. Smerdel B, *Ustavno uređenje europske Hrvatske* (drugo izdanje, Narodne novine, 2020)
43. Stone Sweet A i Matthews J, 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism' (2008) 47, *Columbia Journal of Transnational Law* 68
44. Šarin D, 'Pravo na pristup sudu u praksi Europskog suda za ljudska prava' (2015) 31(3–4) *Pravni vjesnik* 267
45. Šikić M i Ofak L, 'Pravo na izvršenje upravnosudskih odluka kao jamstvo poštenog suđenja' (2015) 52(1) *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 203
46. Vezmar Barlek I, 'Primjena načela razmjernosti u praksi Suda Europske unije' (2017) 38(1) *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 673
47. Visković N, *Jezik prava* (Naprijed, 1989)
48. Visković N, *Teorija države i prava* (Birotehnika, 2006)
49. Vrban D, *Država i pravo* (Golden Marketing, 2003)
50. Zucca L, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA* (Oxford University Press, 2007)

## PROPISI I DOKUMENTI

1. Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (NN-MU 18/1997, 6/1999, 14/2002, 13/2003, 9/2005, 1/2006, 2/2010) (HR)
2. Kazneni zakon (NN 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017, 118/2018, 126/2019, 84/2021) (HR)
3. Ustav Republike Hrvatske (NN 56/1990, 135/1997, 113/2000, 124/2000, 28/2001, 41/2001, 55/2001, 76/2010, 85/2010, 5/2014) (HR)
4. Zakon o obveznim odnosima (NN 35/2005, 41/2008, 125/2011, 78/2015, 29/2018 i 126/2021) (HR)
5. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN 91/1996, 68/1998, 137/1999, 22/2000, 73/2000, 129/2000, 114/2001, 79/2006, 141/2006, 146/2008, 38/2009, 153/2009, 143/2012 i 152/2014) (HR)

## PRESUDE I DRUGE ODLUKE

1. *Axel Springer AG protiv Njemačke*, zahtjev br. 39954/08 (ECtHR, 7. veljače 2012.)
2. Odluka U-III-1084/2015 USRH (10. prosinca 2019.) (HR)
3. Sentenca Gž 684/2020-2 Županijski sud u Velikoj Gorici (21. rujna 2020.) (HR)
4. Odluka U-III-4336/2017 USRH (26. lipnja 2019.) (HR)
5. Odluka U-III-3730/2019 USRH (16. studenog 2021.) (HR)

## MREŽNI IZVORI

1. Jurasić M, 'Pravna analiza: Što je točno Ustavni sud odlučio o Covid potvrđama i tko je bio protiv?' *Večernji list* (21. prosinca 2021.) <<https://www.vecernji.hr/vijesti/sto-je-sve-odlucio-ustavni-sud-1549248>> pristupljeno 21. lipnja 2022.

Marin Keršić\*

## THE PROBLEM OF “WEIGHT” OF CONFLICTING CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN THE PROPORTIONALITY ANALYSIS (BALANCING)

### Summary

This paper deals with the antinomies between constitutional principles by analysing balancing as one of the methods to solve the problem. More specifically, the author focuses on the balancing test in the context of proportionality and the question of the “weight” of the right. Firstly, the paper analyses the notions of constitutional principles and antinomies. Next, these notions are contextualised in the legal system of the Republic of Croatia using the example of the conflict between the protection of private and family life, dignity, reputation, and honour (Art. 35 of the Constitution of the Republic of Croatia), freedom of thought and expression (Art. 38 of the Constitution of the Republic of Croatia). By deploying the analysis of the practice of the Constitutional Court of the Republic of Croatia and the European Court of Human Rights in the mentioned conflict, the paper presents theoretical conclusions regarding balancing and the question of the “weight” of the rights. The paper has two goals: First, point out the problems present in the balancing test related to the idea of the “weight” of the rights; second, present proposals that may lead to a clearer understanding of the notions introduced.

*Keywords:* antinomies, constitutional principles, balancing, proportionality



This work is licensed under a Creative Commons  
Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

\* Marin Keršić, PhD, Senior Assistant, Faculty of Law, University of Split, Domovinskog rata 8, 21000 Split, Republic of Croatia.  
E-mail address: marin.kersic@pravst.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0964-4625>.