

Др Бојан Спаић*

ДВА ПОИМАЊА ПРАВНИХ ПРИНЦИПА¹

*Класично схватање правних принципа као најопштијих норми правног поретка разматра се у овом раду критички, из перспективе Дворкиновог и Алексијевог схватања правних принципа као *prima facie* налога за дјеловање. За разлику од увреженог становишта у теорији права на овим просторима, које у крајњој линији доводи у питање правне принципе као налоге за дјеловање, показује се да је другачије схватање правних принципа значајно за правну праксу те сљедствено и за правну догматику. Хеуристичка плодност разумијевања принципа као оптимизационих команди јасно се сагледава када се они повежу с анализом пропорционалности као основним начином примјене правних принципа. Тај се начин разликује од супсумптивног начина примјене правних правила. Теорија принципа коју излажу Дворкин и Алекси показује се у том смислу као нормативно и дескриптивно боља од другачијих схватања, али има и мањкавости, које се, прије свега, огледају у томе што не садржи прецизне упуте за *ex ante* разликовање и класификацију правних норми на правила и принципе.*

Кључне ријечи: *Правни принципи. – Правна правила. – Правно расуђивање. – Пропорционалност. – Балансирање. – Роберт Алекси. – Роналд Дворкин.*

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, bojan.spaic@ius.bg.ac.rs.

¹ Захваљујем Милошу Марковићу, Душки Франети, Марку Божићу и Горану Дајовићу на коментарима радне верзије чланка, које сам добио на конференцији „Work in Progress“ Српског удружења за правну и социјалну филозофију у јуну 2016. Радна верзија чланка доступна је на интернет странама удружења „Центар за правосудна истраживања“ (www.cepris.org) и академске друштвене мреже „Academia“ (www.academia.edu).

1. РАЗЛИЧИТА СХВАТАЊА ПРАВНИХ ПРИНЦИПА

Док се правна правила у нашој правној теорији често изричито и недвосмислено одређују као команде (императиви, налози), најчешће државних институција, које служе регулисању понашања, дефинисање правних принципа традиционално је штуро и недовољно одређено.² Сљедствено, ни однос између правних правила и правних принципа није доспио у центар пажње правних теоретичара с ових простора.³ За разлику од наше правне теорије, у иностраној општој теорији права и филозофији права, али и теорији јавног права, тема односа између правних принципа и правних правила једна је од најзначајнијих у претходне три деценије. Већ и површан преглед иностране литературе у тој области показује развијену правнофилозофску дебату између сада већ непомирљивих становишта: једног које тврди да је разлика између правних правила и правних принципа једино у општости и другог које тврди да је ријеч о структуралној, логичкој разлици између двије основне врсте правних норми.⁴ У овом дијелу рада изложићемо сумарно основна од тих становишта да бисмо потом могли развити централну тему текста.

Аутор узорног огледа у којем се разматрају правни принципи је Џозеф Раз (*Joseph Raz*),⁵ који расправу започиње тако што настоји

² Таква одређења налазимо у уџбеницима из предмета *Увод у право*, који се користе на Правном факултету Универзитета у Београду: Драган Митровић, *Увод у право*, Београд 2015; Радмила Васић, Миодраг Јовановић, Горан Дајовић, *Увод у право*, Београд 2014. Нешто детаљнији увод у материју нормативног статуса правила и принципа садржи: Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 2014.

³ Лексикографија „обичног“ (а не стручног правног) језика одређује значење термина „принцип“ истовјетно као и значење термина „начело“. И у једном и у другом случају ријеч је о полазној замисли, главној поставци, идеји у науци или теорији, с том разликом што *начело* може значити и *општи принцип*. Према том потоњем одређењу, принципи би могли бити општи, посебни или појединачни, па се као примјер наводи: „Њихов принцип је био неостављање рањеног друга“. – Милица Вујанић *et al.*, *Речник српскога језика*, Нови Сад 2011, 1029. У наставку текста видјећемо да Радомир Лукић користи и термин „општа правна начела“, који, дакле, одступа од поменутог лексикографског одређења. – Радомир Лукић, *Тумачење права*, Београд 1961, 123. За потребе овог чланка, имајући у виду да нису прецизирани у нашој досадашњој правној литератури, термини *правни принцип* и *правно начело* користе се као синоними.

⁴ Вид., примјера ради: *Law, Rights and Discourse* (ed. George Pavlakos), Oxford 2007; Humberto Ávila, *Theory of Legal Principles*, Dordrecht 2007; *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts* (Hg. Bernd Schilcher, Peter Koller, Bernd-Christian Funk), Wien 2000; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden 1998; Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, Tübingen 1998; *Institutionalized Reason* (ed. Matthias Klatt), Oxford 2012.

⁵ Joseph Raz, „Legal Principles and the Limits of Law“, *The Yale Law Journal* 81/1972, 823–854.

да класификује различите облике стандарда понашања на основу уобичајеног схватања у англоамеричкој правној литератури. *Стандарди понашања*, према Разовом мишљењу, јесу најопштији појам и могу се подијелити на *правне стандарде понашања* и *неправне стандарде понашања*. Правни стандарди понашања дијеле се даље на *правне норме* и *законе који нијесу норме*, док се правне норме дијеле на *опште* и *појединачне*. У опште правне норме убраја *правна правила* и *правне принципе*.⁶ Одређујући правне принципе, Раз наводи чак пет различитих схватања о њиховим функцијама у праву. Принципи су: 1. основ за тумачење права; 2. основ за промјену закона; 3. основ за посебне изузетке од закона; 4. основ за стварање нових правила; 5. једини основ за дјеловање у одређеним случајевима.⁷ Сам Раз једним дијелом прихвата становиште да је општост – бар у значајном броју случајева коришћења појмова *принцип* и *правило* – основни разликовни критеријум између правила и принципа.

Роберт Алекси (*Robert Alexy*) мање је систематичан у погледу излагања позиција различитих аутора у вези с правним принципима, али је значајно минуциознији. Он извјештава о томе да се према Канарисовом мишљењу (*Claus-Wilhelm Canaris*), примјера ради, принципи од правила разликују по томе што принципи имају „експлицитно евалуативан садржај“;⁸ Шуман (*Samuel I. Shuman*) и Екхоф (*Torstein Eckhoff*) истичу да су правила створена, док су принципи еволуирали у оквиру правног поретка;⁹ Јозеф Есер (*Joseph Esser*) сматра да је ситуације на које се односи правило могуће прецизно навести, док с принципима то није случај;¹⁰ Гросово (*Hyman Gross*) размишљање иде у том смјеру да су принципи заправо норме аргументације, а не норме понашања.¹¹ Излагање различитих правнотеоријских позиција наводи Алексија на закључак да у односима између правила и принципа постоје три јасно профилисане позиције: 1) према првом становишту, сматра се да свака подјела правних норми у различите групе неизбјежно изоставља одређене, значајне дијелове нормативне правне стварности, па је самим тим бескорисна. На основу тог схватања,

⁶ J. Raz, 824.

⁷ *Ibid.*, 839–841.

⁸ Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin 1983², 50 (нав. према: Robert Alexy, *Theorie Der Grundrechte*, Frankfurt am Main 1986, 74).

⁹ Samuel I. Shuman, „Justification of Judicial Decisions“, *California Law Review* 59/1971, 715; Torstein Eckhoff, „Guiding Standards in Legal Reasoning“, *Current Legal Problems* 1976, 205–19.

¹⁰ Josef Esser, *Grundsatz und Norm*, Tübingen 1974³, 51 (нав. према: R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 74).

¹¹ Hyman Gross, „Standards as Law“, *Annual Survey of American Law* 1968, 575–80.

подјела норми на принципе и правила упада у парадокс већ стога што постоји небројено много степена општости између двије врсте норми, али и зато што критеријуми за разликовање врста норми у правном систему могу бити многоструки;¹² 2) према другој групи становишта, сматра се да је разлика између правила и принципа квантитативна, то јест разлика у степену. Видјели смо да и Раз наводи та становишта и да су му у одређеној мјери блиска. Принципи су према том схватању најопштије норме једног правног поретка; 3) коначно, трећа теза (а то је теза о којој ће у наставку бити највише ријечи) јесте схватање да је разлика између правила и принципа логичка, структурална, па тиме и квалитативна.¹³

Радови двојице правних филозофа Роналда Дворкина (*Ronald Dworkin*) и Роберта Алексија кључно су одређивали дебату о правилима и принципима у протеклих неколико деценија. Алексијево и Дворкиново разматрање правних принципа подразумијева значајно одступање од конвенционалних ставова правне теорије, а потпуно одступање од степена општости као критеријума за разликовање између те двије врсте правних норми. Зато основни циљ овог рада и јесте упоређивање класичних теоријскоправних и филозофскоправних позиција о правним принципима с теоријом правних принципа коју формулишу Дворкин и Алекси. Настојаћемо, наиме, да покажемо да теорија принципа као оптимизационих команди нуди бољи опис судијског расуђивања у вези с правним принципима – у односу на другачије, класично схватање које је доминантно заступљено и у нашој правној теорији. Стога ће у наставку (под 2) најприје бити изложена схватања правних принципа у нашој општој теорији права и теорији јавног права како би се показало да се принципи ту претежно схватају једнодимензионално – као најопштија правна правила једног правног система, затим ће (под 3) бити изложена схватања правних принципа двојице поменутих филозофа права, а онда ће се (под 4) на основу разматрања везе између правних принципа и идеје пропорционалности показати да специфично поимање принципа као оптимизационих команди на бољи начин описује расуђивање судова од класичних поимања принципа, да би се на крају (под 5) изложили думети Алексијевог и Дворкиновог схватања и приговори који им се могу упутити. У четвртом дијелу рада наводе се и примјери расуђивања на основу правних принципа у праву Србије како би се истакли проблеми и предности различитих схватања правних принципа о којима се у раду говори.

¹² R. Alexy (1986), 74.

¹³ *Ibid.*, 74–75.

2. ПРАВНИ ПРИНЦИПИ У НАШОЈ ТЕОРИЈИ ПРАВА

Радомир Лукић, чија су схватања свагда добра полазна основа за излагање ортодоксије правне теорије у Србији, сматра да су правна начела најопштије норме правног поретка, које се односе на све остале норме тог истог поретка.¹⁴ Општост у том контексту значи да принципи регулишу „веома велики“ број случајева и да су принципи основ за настанак великог броја правила,¹⁵ и то на тај начин да „општија норма само поставља оквире, границе значења мање опште норме“.¹⁶ Без обзира на то што недостају прецизнија одређења, можемо претпоставити да су принципи, према Лукићевом мишљењу, метаправила, правила о правилима, која управљају стварањем и тумачењем осталих правила у правном систему. Лукић разликује изричито прописана начела од оних која се могу извести из одређеног броја посебних правила, као и она начела за која се претпоставља да су универзална, па се по претпоставци могу уочити у сваком постојећем правном поретку.¹⁷ Друга специфична употреба правних принципа састоји се, сматра Лукић, у њиховом коришћењу приликом попуњавања правних празнина. Када не постоје правне норме које регулишу конкретан правни однос, на њега се могу примијенити општа правна начела као најопштије правне норме.¹⁸ Степен општости стандарда понашања које право прописује јесте, дакле, основни разликовни критеријум између начела и правила, а изворна улога начела, према нашој класичној правној теорији, јесте у руковођењу стварањем нових правних правила и тумачењем постојећих.

Новија разматрања правних принципа на некадашњем српскохрватском говорном подручју налазимо у зборнику Едина Шарчевића насловљеном управо *Правни принципи*. Не упуштајући се у јавноправне анализе појединих принципа које излажу аутори прилога, изгледа нам сасвим јасно да се у основним теоријским поставкама прилога у зборнику не одступа у значајној мјери од Лукићевог схватања да су правни принципи заправо најопштија правна правила, без обзира на то да ли су изведена из неког скупа прописаних правила правном конструкцијом или их је пак изричито формулисао законодавац. Од тог Лукићевог схватања одступа у одређеној мјери Шарчевић,¹⁹ који се првенствено бави односом између циљева и

¹⁴ Р. Лукић, 124.

¹⁵ *Ibid.*, 180.

¹⁶ *Ibid.*, 123.

¹⁷ *Ibid.*, 122–130.

¹⁸ *Ibid.*, 182.

¹⁹ Един Шарчевић, „Интегрални и сумативни приступ правним принципима: један методолошки проблем?“, *Правни принципи* (ур. Е. Шарчевић), Сарајево 2014, 9–10.

принципа, одређујући принципе као „кондиционалне програме“, који функционишу по логичкој схеми ако–онда, а државне циљеве као циљне програме који функционишу тако што утврђују крајњи циљ који треба да се постигне.²⁰ Остали аутори прилога у зборнику држе се ортодоксије коју је најутицајније формулисао Лукић; Јадранко Југ каже да су правна начела „општеприхваћени правни стандарди којима се признаје статус обавезујуће норме и које судови користе у образложењима својих одлука“ и наводи нека скорија схватања у хрватској правној науци;²¹ Владан Петров и Саво Манојловић користе одређења типична за српску правну науку, наслањајући се на Лукића, али и Ратка Марковића и Зорана Стојановића, који дају класификације принципа у јавном праву, али не објашњавају улогу принципа у пресуђивању ни њихов нормативни статус;²² за Андреја Абрамовића правни принципи су општеприхваћена морална начела која превасходно служе тумачењу права.²³

Наша правна теорија, дакле, одређује се претежно за прво и четврто становиште у Разовој класификацији функција правних принципа јер их схвата као средства за тумачење правних правила и као основ за доношење нових правних правила, где се може сврстати и улога коју Раз не наводи изричито а која се тиче попуњавања правних празнина. У Алексијевој пак класификацији становишта највећи дио наше правне теорије и филозофије права могао би се сврстати у другу групу, у којој се разлика између правила и принципа разумеје као квантитативна, то јест као разлика у степену општости. Упркос реферирању на нека савремена схватања која су се научно, догматички и правнопрактички показала плодним, разлика између правних правила и правних принципа у теорији и филозофији права на нашим просторима схвата се првенствено као разлика у обиму норми, односно у броју актуелних и потенцијалних конкретних случајева на које се норме односе.²⁴

²⁰ *Ibid.*, 11–12. Вид. Ronald Dworkin, „The Model of Rules“, *The University of Chicago Law Review* 35/1967, 23.

²¹ Јадранко Југ, „Примјена правних начела у одлукама Врховног суда Републике Хрватске“, *Правни принципи* (ур. Е. Шарчевић), Сарајево 2014, 45.

²² Владан Петров, Саво Манојловић, „Уставна начела у пракси Уставног суда Србије“, *Правни принципи* (ур. Е. Шарчевић), Сарајево 2014, 77–78.

²³ Андреј Абрамовић, „Општеприхваћена начела као критериј за тумачење правне норме“, *Правни принципи* (ур. Е. Шарчевић), Сарајево 2014, 103–122.

²⁴ Насупрот релативној унисоности у нашој правној теорији, у правној пракси у Србији правни принципи често нису третирани чак ни као најопштија правила јер би у том случају морали бити примјењени као и остала законска правила. О томе говори и један скорији примјер који се тиче научноистраживачке дјелатности и података о личности. Закон о научноистраживачкој дјелатности – ЗНИД (*Сл. гласник РС*, бр. 110/2005, 50/2006 – испр., 18/2010 и 112/2015) у чл. 5, ст. 1, тач. 2 предвиђа да су научноистраживачки рад и његови резултати јавни. Истовреме-

3. ДВОРКИНОВО И АЛЕКСИЈЕВО СХВАТАЊЕ ПРАВНИХ ПРИНЦИПА

И Дворкин и Алекси почињу своја разматрања тврдњом да се све норме правног поретка дијеле на правна правила и правне принципе. Дворкин сопствену критику правног позитивизма формулише управо тако што позитивизам означава као „модел правила“, оптужујући тиме позитивисте да занемарују читав скуп стандарда понашања који нијесу правила.²⁵ Најзначајнији стандард понашања који није обухваћен појмом правних правила јесу, сматра Дворкин, управо правни принципи.²⁶ Разлика између правних правила и правних принципа притом није разлика у општости, већ је логичка разлика.²⁷ Она се у првом реду огледа у томе што се правила примијењују према моделу све или ништа. Испуне ли се услови које

но, научноистраживачки рад и његови резултати на основу чл. 3, ст. 1, тач. 1 Закона о заштити података о личности – ЗЗПЛ (Сл. гласник РС, бр. 97/2008, 104/2009, 68/2012 – Одлука УС и 107/2012) потпадају под податке о личности. Званичан став повереника за слободан приступ информацијама и заштиту података о личности, поткријељен одлуком Уставног суда Србије (Сл. гласник РС, бр. 68/2012), јесте да обрада оних података о личности који се тичу научноистраживачког рада и његових резултата није дозвољена без изричитог пристанка лица чији се научноистраживачки резултати обрађују, упркос томе што је једно од основних начела научноистраживачког рада управо његова јавност. Према схватању повереника, начело предвиђено ЗНИД-ом не може фигурирати као разлог за омогућавање обраде резултата научноистраживачког рада јер оно и није законска норма у смислу чл. 14, ст. 2, тач. 2 ЗЗПЛ-а, гдје се предвиђа да се подаци могу прикупљати само ако је то законом изричито предвиђено. Укратко, начело о јавности научноистраживачког рада изгледа да подразумева да су тај рад и његови резултати јавни само уколико на то пристане лице које се тим радом бави. Парадоксална ситуација је бар једним дијелом узрокована тиме што принципи, схваћени као најопштије норме једног правног поретка, не фигурирају на одговарајући начин као аргументи у правном расуђивању, па се на њима не заснивају ни одлуке државних органа већ се једноставно на основу неке прећутне интерпретативне максиме (која би у овом случају могла бити *lex specialis derogat legi generali*) искључују из разматрања. Управо у том смислу чини се оправданим закључак о могућој „безначајности правних принципа за правосуђе“ у условима у којима стручна заједница нема изграђене ставове о тим питањима, па сљедствено не постоји ни конзистентна пракса која би била заснована на тим ставовима. – Јасминка Хасанбеговић, „Скица о правно-политичком значају и безначајности правних принципа за правосуђе с освртом на стање у Србији“, *Правни принципи* (ур. Е. Шарчевић), Сарајево 2014, 123–145.

²⁵ R. Dworkin, 23.

²⁶ Дворкин даје и потподјелу у оквиру оних правних стандарда понашања који нису правна правила. Та потподјела обухвата принципе и политике. Политике су, наиме, норме које утврђују неки политички, економски или друштвени циљ који треба да се постигне, док су принципи норме које је неопходно узети у обзир из моралних разлога, на примјер, из разлога правичности. Разликовање ипак није стабилно јер сам Дворкин тврди да се циљеви могу преформулисати као вриједности и *vice versa*. – *Ibid.*, 23.

²⁷ *Ibid.*, 25.

правило прописује за сопствену примјену, адресат тог правила ће се наћи пред одлуком која је бинарна – или ће поступити по правилу, или ће поступити супротно правилу. Судија ће такође, утврди ли да су услови из претпоставке правила испуњени, бити дужан да то правило примијени у том случају. Из перспективе правних правила, поступање је или законито или незаконито у најширем смислу те ријечи.

За разлику од правила, принципи не прописују услове за сопствену примјену.²⁸ Будући да нису дефинитивне команде, на основу принципа се – према Дворкиновом мишљењу – не може одлучити о исходу одређеног спора, то јест о постојању права и обавеза у том спору.²⁹ Они фигурирају у расуђивању као разлози у прилог одређеном начину рјешења спора. Друга разлика се, сматра Дворкин, састоји у томе што принципи посједују специфичне тежине које правила немају.³⁰ Специфична тежина принципа првенствено налаже различито поступање у случајевима конфликта између сукобљених принципа, у односу пак на поступање када је ријеч о сукобу правила. Дођу ли два принципа у конфликт, он ће бити ријешен *балансирањем*, док ће у случају сукоба правних правила једно поништити друго зависно од важећих правила за рјешавање конфликта у правном систему.³¹

Дворкинови основни ставови о односу правила и принципа значајни су првенствено као критика правног позитивизма уопште и посебно Хартовог (*Herbert Hart*) позитивизма, па су у том погледу и ограничени на најопштије тезе које припадају теоријској јуриспруденцији. Ослањајући се управо на основне поставке Дворкинове теорије права, Роберт Алекси дефинише принципе као норме које „наређују да нешто буде остварено у највећој мјери с обзиром на стварне и правне могућности“.³² И за њега је разлика између правила и принципа очигледна када се узму у обзир разлике у начинима њихове примјене: док се правна правила примјењују према механизму све или ништа, правни принципи представљају норме које налажу оптимизацију, то јест остварење у највећој могућој мјери.

²⁸ *Ibid.*, 26.

²⁹ Та начелна тврдња подлијеже и код Дворкина једном значајном изузетку: скуп међусобно повезаних принципа могао би да доведе до дефинитивне одлуке у спору, али би и тада примјена принципа зависила од одмјеравања (балансирања) аргумената у прилог рјешавању спора на основу принципа и аргумената против таквог рјешавања спора. – *Ibid.*, 44.

³⁰ *Ibid.*, 27.

³¹ *Ibid.*, 28.

³² R. Alexy, „On the Structure of Legal Principles“, *Ratio Juris* 13/2000, 295; R. Alexy, „Constitutional Rights and Proportionality“, *Revus* 22/2014, 52; R. Alexy (1986), 76.

С обзиром на то да су правила дефинитивне команде, њихов специфичан начин примјене је *супсумпција*. Ако је правило важеће и ако су испуњени услови из његове претпоставке, њиме се дефинитивно прописује одређено понашање. Алекси је свјестан да постоје бројни приговори на рачун таквог модела расуђивања у вези с правним правилима, али је увјерен да рационалност формалних структура у расуђивању односи хеуристичку превагу у односу на другачије моделе, те да је у погледу могућности формалногичког представљања пресуђивања према правилима од пресудног значаја разликовање између формалне структуре супсумпције и самог садржаја аргументације приликом пресуђивања у праву.³³

Карактеристика принципа што су *оптимизационе команде* у границама правних и фактичких могућности – значи, између осталог, и то да је опсег правно могућег приликом остварења принципа одређен другим принципима и другим правилима, па основни поступак примјене принципа, односно максимизације захтјева садржаног у принципу, Алекси такође назива *балансирањем*. Из тога произлази да оствареност правних правила није подложна градацији, док оствареност правних принципа јесте. Ако је брзина дозвољена на аутопуту 120 километара на сат, а возач одређену дионицу аутопута пређе возећи брзином од 121 километар на сат, несумњиво је ријеч о радњи којом је прекршено правно правило. Приликом доношења и формулације правних правила већ је, дакле, одлучено о томе шта је правно и фактички могуће, а шта је правно и фактички немогуће.³⁴ Прописује ли правни поредак да нико не смије поступати тако да изазове штету другом лицу, извјесно је да је одступање од норме подложно градацији и са становишта правила којима се та норма прецизира и са становишта расуђивања у погледу тога да ли је неком радњом прекршено правно начело или није. Начелном забраном изазивања штете постављен је само *prima facie* захтјев, а не дефинитивна команда.³⁵

Разлика између правила и принципа најочљивија је за Алексија онда када се у обзир узму колизија између принципа и колизија између правила.³⁶ Колизија правила у оквирима правног система производи један од два могућа резултата: 1) једно правило се поништава у корист другог правила примјеном неког тумачењског принципа карактеристичног за правни систем (на примјер, *lex specialis derogat legi generali* или *lex prior derogat legi posteriori*, а у нашем правном

³³ R. Alexy, „On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison“, *Ratio Juris* 16/2003, 433.

³⁴ R. Alexy (1986), 88.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ R. Alexy (2000), 295.

систему и то да системски закон дерогира обичан закон); 2) једно правило постаје изузетак у односу на друго правило, при чему оба правила остају на снази. Колизија принципа не води поништавању једног принципа нити се један принцип интерпретира као изузетак од другог.

С обзиром на то да су принципи команде које захтијевају остварење нечега у највећој могућој мјери у датим правним и фактичким могућностима и да је управо због тих (не)могућности основни модалитет примјене принципа балансирање, Алекси тврди да се у основи балансирања налази *пропорционалност*. Остварење принципа у оквирима фактичких могућности састоји се у избјегавању оних трошкова остварења принципа који се могу избјећи. Принцип заштите потрошача у вези с генетички модификованом храном (ГМО) може се, на примјер, остварити тако што ће се забранити производња и увоз ГМО, али се у складу с принципом пропорционалности може остварити и увођењем обавезе произвођача да јасно на паковању назначи да је ријеч о ГМО производу.³⁷ Остварење принципа у оквиру правних могућности подразумијева управо то да принципи долазе у конфликт с другим принципима. Тај се конфликт, сматра Алекси, рјешава „установљавањем условног приоритета једног принципа у односу на други уважавајући околности конкретног случаја“.³⁸

Принцип пропорционалности који налаже оптимизацију у оквирима фактичких и правних могућности заснива се, са становишта фактичких могућности, на *принципу подесности* и *принципу неопходности*. Притом треба имати на уму да, ако дође до колизије између два принципа, балансирање доводи до утврђивања тежине принципа за тај случај, али је у другим околностима могуће да други принцип има већу тежину и да однесе превагу у одлучивању.³⁹ *Принцип подесности* искључује коришћење средстава која спријечавају остварење једног принципа без унапређења остварења другог принципа или циља због којег је тај принцип усвојен. У контексту дискусије о правним принципима то представља усвајање идеје Парето-оптималности.⁴⁰ *Принцип неопходности* функционише на нешто другачији

³⁷ R. Alexy (2014), 54. Сличну одлуку Федералног уставног суда Њемачке наводи Алекси – BVerfGE 53, 135 (146).

³⁸ R. Alexy (2000), 296.

³⁹ R. Alexy (1986), 50.

⁴⁰ Идеја Парето-оптималности изворно подразумијева такву алокацију ресурса у којој је немогуће да се положај једног појединца побољша, а да се истовремено не погорша положај другог појединца. – R. Alexy (2014), 52–53. У *Теорији уставних права* Алекси је највећу пажњу поклањао тзв. закону сукобљених принципа који гласи: „Услови под којима један принцип има предност у односу на други принцип конституишу услове правила, које има исте правне последице као и принцип веће тежине.“ – R. Alexy (1986), 84.

начин и знатно је практично релевантнији. Налаже да се од два средства којима се у једнакој мјери унапријеђује један принцип – усвоји оно средство којим се у мањој мјери осујеђује остварење другог принципа.⁴¹ Са становишта правних могућности за остварење принципа, Алекси говори о *принципу пропорционалности у ужем смислу* и изражава се идејом која одређује шта значи балансирање: „Што је већи степен неостварења или оштећења једног принципа, то већи мора бити значај остварења другог принципа.“⁴²

Колико год да разрадимо формулације принципа о којима говори Алекси, морамо имати на уму да је са становишта формалног идеала његов модел за анализу примјене принципа заправо онај логички модел који се користи приликом анализе правила. Наравно, када говоримо о принципима, нема супсумпције, па ни силогистичког представљања принципа балансирања. Начин на који се рјешавају конфликти између принципа, то јест начин на који се принципи примјењују у оквирима правних могућности, Алекси назива *формулом тежине*. Уз формулу супсумпције, формула тежине је један од два основна облика аргументације у правном дискурсу.⁴³ Основни циљ формуле тежине јесте да одреди конкретну тежину принципа у односу на принцип с којим је у колизији. Та тежина је производ (у математичком смислу) конкретне тежине принципа (принцип i , конкретна тежина I), апстрактне тежине принципа (W) и мјере поузданости емпиријских претпоставки о томе шта мјера која се предузима значи за неостварење принципа (R), подијељен с производом истих мјера (I, W, R) у погледу другог принципа (принцип j) с којим је први принцип у конфликту ($W_{i,j} = \frac{I_i W_i R_i}{I_j W_j R_j}$).

Да би избјегао приговор да се правно расуђивање не може свести на математичку формулу, Алекси наглашава да су бројеви у овом случају само нумерички израз судова какви су „лак прекршај принципа“, „умјерен прекршај принципа“ и „тежак прекршај принципа“.⁴⁴ Нумеричко представљање прекршаја или пак интерференције између принципа јесте заправо проблем градације, а не математички проблем у строгом смислу те ријечи. Вриједности „лак“, „умјерен“ и „тежак“ нумерички се могу представити и на тај начин се могу укључити у предложену формулу тежине. Тријадичка скала резултата формуле тежине омогућава Алексију да разликује три ситуације

⁴¹ R. Alexy (2014), 53.

⁴² *Ibid.*, 54.

⁴³ R. Alexy (2003), 433.

⁴⁴ R. Alexy (2014), 55–56. Исто значење имају и формулације „слаба интерференција (тј. узајамни утицај) једног принципа на други“, „умјерена интерференција једног принципа на други“ и „јака интерференција једног принципа на други“.

којима резултира конфликт принципа: 1) ако је конкретна тежина принципа већа од 1, принцип има предност у односу на принцип с којим је у конфликту, 2) ако је конкретна тежина принципа мања од 1, други принцип има предност и, коначно, 3) ако је конкретна тежина принципа 1, орган који примјењује принцип има дискрециону власт да одлучи о томе који ће принцип примијенити.⁴⁵

4. АНАЛИЗА ПРОПОРЦИОНАЛНОСТИ И УЧЕЊА О ПРАВНИМ ПРИНЦИПИМА

Прије него што се упустимо у разматрање утицаја претходно изложеног схватања, ваља напоменути да правна филозофија углавном разматра односе између правила и принципа на концептуалном нивоу. Са становишта употребљивости у правничкој пракси, један дио идеја које су изложене може звучати као цијепање длаке на четворо. У том смислу, предмет излагања које слиједи није тривијално питање о томе у којој се мјери свака од детаљно разрађених Алексијевих (и у мањој мјери Дворкинових) теза може пронаћи у неизмијењеном облику у правној науци, правној догматици и правној пракси, већ је основна намјера тог излагања да се процијени да ли су претходно изложене поставке од помоћи за научно, догматичко и практично расуђивање о праву и у праву. Оставићемо стога за тренутак по страни могуће проблеме основних поставки Дворкинове и Алексијеве концепције принципа и Алексијеве разраде таквог схватања принципа да бисмо пажњу посветили значају те концепције.

Читаоцу сигурно није промакло да и Роналд Дворкин и Роберт Алекси повезују правне принципе с једним одређеним поступком правног расуђивања који називамо балансирањем, као и с принципом према којем се то балансирање изводи и који називамо принципом пропорционалности. Алекси је изричит у томе да је балансирање свеприсутно у праву.⁴⁶ Основни разлог за то јесте устројство уставне државе, у којој све одлуке државних власти имају потенцијал да угрозе уставна права појединца, што је, сматра Алекси, дозвољено само ако је оправдано. У оправдању ограничења уставних права кључну улогу игра управо принцип пропорционалности, а анализа пропорционалности се показује као основно средство за утврђивање тежине нарушавања одређеног принципа неком државном мјером.⁴⁷

⁴⁵ *Ibid.*, 55.

⁴⁶ R. Alexy, „Balancing, Constitutional Review, and Representation“, *International Journal of Constitutional Law* 3/2005, 572.

⁴⁷ R. Alexy (2003), 436.

Свит (*Alec Stone Sweet*) и Метјуз (*Jud Mathews*), у узорном чланку насловљеном „Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism“, за парадигматску ситуацију анализе пропорционалности узимају било који случај у којем се тврди да је неко уставно право повријеђено неком државном мјером. Сама анализа, према њиховом мишљењу, подразумијева четири основна корака: (1) судија утврђује да ли је орган државне власти овлашћен да предузме такву мјеру, (2) судија провјерава да ли је мјера разумно повезана с њеним изричитим циљем, (3) судија утврђује да ли мјера ограничава неко право више него што је неопходно да би власт остварила изричито постављени циљ, (4) судија „одмјерава“, „вага“ или „балансира“ провјеравајући користи од мјере владе у односу на „трошкове“ који настају ограничавањем права и одлучује на који ће се начин у конкретном случају ријешити конфликт између уставног принципа на којем је заснована мјера и уставног принципа на којем је засновано право.⁴⁸ Тај основни садржај принципа пропорционалности, без обзира на његове појавне облике који су контекстуално условљени, постоји и у јавном праву националних држава и у међународном праву. Видјели смо да се на тај начин о вези између правних принципа и анализе пропорционалности у нашој теорији јавног права скоро и не расправља.⁴⁹

У протеклих педесет година анализа пропорционалности усвојена је у пракси највиших националних и међународних судова као основна процедура приликом одлучивања о два захтјева за правима, као и у случајевима конфликта између норми и легитимног државног интереса.⁵⁰ Принцип пропорционалности је у правну науку увео пруски правник Карл Готлиб Суарез (*Carl Gottlieb Svarez*) да би га у пресуђивању искористио Виши административни суд Прусије у тзв. кројцбершким пресудама из 1880. и 1882.⁵¹ Систематско уобличење добио је 1954. године у пракси Савезног уставног суда Њемачке

⁴⁸ Alec Stone Sweet, Jud Mathews, „Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism“, *Columbia Journal of Transnational Law* 47/2008, 75–76.

⁴⁹ У појединим радовима из области јавног права који се тичу пресуђивања поводом кршења одређених уставноправних норми о људским правима или норми Европске конвенције о људским правима, принципима се приступа и из перспективе анализе пропорционалности. Вид. Невена Петрушић, Ивана Крстић, Танасије Маринковић, *Коментар Закона о забрани дискриминације*, Београд 2014; Т. Маринковић, *Границе слободе политичког удруживања: упореднотеоријска студија*, Београд 2014; Т. Маринковић, „Прилог за јавну расправу о уставности Закона о црквама и верским заједницама“, *Анали Правног факултета (Анали ПФБ)* 1/2011, 267–385.

⁵⁰ A. S. Sweet, J. Mathews, 73.

⁵¹ Anne Peters, „Proportionality as a Global Constitutional Principle“, *MPIL Research Paper Series* 2016, 1–2.

(*Bundesverfassungsgericht*).⁵² Анализа пропорционалности развијала се у посљедњих педесет година да би „данас постала свеобухватни принцип уставног пресуђивања и најчешћи поступак за рјешавање оних спорова који укључују наводни конфликт између два захтјева за правом, или између прописа о правима и легитимног државног или јавног интереса“,⁵³ задржавајући притом неке основне карактеристике које је имала у њеном првобитном уобличењу.⁵⁴ У једном скоријем чланку ауторке Ане Петерс (*Anne Peters*) прецизно се идентификују бројне и области међународног права у којима је примјена принципа пропорционалности изричито нормирана.⁵⁵ Петерсова закључује да сам принцип, без обзира на могуће разлике у различитим областима међународног права, увијек подразумејева одређену „технику структурирања, откривања, а тиме и рационализације и помирења сукобљених интереса, позиција или права“.⁵⁶ Због тога принцип пропорционалности, према мишљењу те ауторке, треба да буде квалификован као глобална уставна норма.⁵⁷

И Уставни суд Србије усвојио је у одређеној мјери анализу сразмјерности захваљујући ауторитету Европског суда за људска права,⁵⁸ који балансирање користи у вези са сваким правом Европске конвенције о људским правима.⁵⁹ При одлучивању о повреди

⁵² BVerfGE 3, 383, 399 (1954)

⁵³ A. S. Sweet, J. Mathews, 73.

⁵⁴ Aharon Barak, *Proportionality*, Cambridge 2012, 181. Сам развој анализе пропорционалности као глобалног уставног принципа не може бити размотрен у овом раду. Ријеч је, како истичу Свит и Метјуз, о сложеној историји која обухвата на хиљаде одлука јавних и приватних актера, сложене друштвене и политичке околности. – A. S. Sweet, J. Mathews, 80. Вид. Thomas Alexander Aleinikoff, „Constitutional Law in the Age of Balancing“, *The Yale Law Journal* 96/1987, 943–944.

⁵⁵ A. Peters, 3.

⁵⁶ *Ibid.*, 11–12.

⁵⁷ *Ibid.*, 12–14.

⁵⁸ *Ibid.*, 112.

⁵⁹ Вид. Stavros Tsakyrakis, „Proportionality: An Assault on Human Rights?“, *International Journal of Constitutional Law* 7/2009, 468. Прву изричиту примјену анализе пропорционалности у пракси Европског суда за људска права налазимо у случају *Dudgeon v. the United Kingdom* из 1981. у којем се криминализација хомосексуалних чинова наводи као непропорционална из перспективе права на приватност из чл. 8 Конвенције. – A. S. Sweet, J. Mathews, 148. У два важна случаја анализа пропорционалности се налаже и позитивним правом Србије. Први је одређен чл. 20 Устава Републике Србије из 2006, у чијем је ст. 3 предвиђено да сви државни органи, а нарочито судови, воде рачуна приликом изрицања мјера којима се људска права ограничавају о томе да ли се сврха ограничења може постићи мањим ограничењем права. Јасно је да се државним органима уопште, и судовима посебно, тиме налаже да разматрају сразмјерност између мјере којом се право ограничава и самог права. Други случај је предвиђен у чл. 7 Закона о забрани дискриминације, којим се за-

уставом зајемчених права, Уставни суд изричито разматра да ли је „ограничење пропорционално циљу који се жели постићи у демократском друштву“ и заузима став да „је у ситуацији када постоје два или више супротстављених права или интереса, чије уживање је гарантовано Уставом, задатак редовних судова да, ценећи околности сваког конкретного случаја, успоставе равнотежу између тих супротстављених права, или да, уколико дају превагу једном праву над другим, своју одлуку детаљно образложе, посебно водећи рачуна о значају, садржини и границама тих права, односно да обезбеде да свако ограничење буде оправдано и сразмерно“.⁶⁰

Анализу пропорционалности је Суд, додуше, користио претежно у контексту забране рада удружења, који није сасвим типичан, али га овом приликом користимо јер је општепознат у стручној јавности, а индикативан је и са становишта Алексијевих ставова о дуалном карактеру уставних норми – као правила и као принципа. Приликом коришћења овлашћења из чл. 167, ст. 3 Устава РС, у вези с његовим чл. 55, ст. 4, којима се под одређеним условима регулише могућност забране удружења, Суд заузима став да се „питање неопходности ограничења неког права, односно слободе у демократском друштву“, у овом случају слободе удруживања, „своди на питање да ли је то ограничење у сразмери са потребом заштите легитимног циља“.⁶¹ У истој одлуци Суд објашњава да неопходност изрицања те мјере значи „постојање нужне друштвене потребе за датом ограничавајућом мером“ уз услов да је „мера сразмерна легитимним циљевима који се желе постићи“.⁶² Тај карактеристичан случај свједочи у прилог томе да Уставни суд Србије, водећи се праксом Европског суда за људска права, неке уставноправне норме третира и

конски дефинише шта се сматра посредном дискриминацијом, а уједно се одмах потом такође изричито одређује и законски изузетак, то јест шта се неће сматрати посредном дискриминацијом, стипулирајући прецизно: „осим ако је то оправдано законитим циљем, а средства за постизање тог циља су примерена и нужна“. – *Сл. гласник РС*, бр. 22/2009.

⁶⁰ Уставни суд Србије, Уж-1167/2011.

⁶¹ Уставни суд Србије, VIIY-249/2009; *Сл. гласник РС*, бр. 69/2012.

⁶² Оцјена рада Уставног суда и успјех у формулисању доктрине пропорционалности која би била употребљива у пракси уставносудског пресуђивања није предмет овог рада. Упутно треба напоменути да је аргументација Суда у погледу испуњавања критеријума нужности и пропорционалности махом недостатна, а често и неконзистентна с обзиром на то да се права не третирају досљедно као принципи у смислу који је објашњен у претходном тексту, а који је предуслов за анализу пропорционалности. Анализа пропорционалности се у Одлуци о забрани организације „Национални строј“ од 2. јуна 2011. године не помиње (VIIY-171/2008, *Сл. гласник РС*, бр. 50/2011). У издвојеном мишљењу у предмету VIIY-482/2011 судија Оливера Вучић указује на неоправдано различито поступање суда и на проблеме у судијској аргументацији.

као правила и као принципе. Онда када уставне норме третира као принципе, Уставни суд Србије се приликом одлучивања ослања и на анализу пропорционалности.

С обзиром на то да је и у Дворкиново и у Алексијево схватање правних принципа концептуално „уграђена“ тврдња да је основни поступак примјене правних принципа њихово балансирање на основу анализе пропорционалности, доминантност принципа пропорционалности у пресуђивању судова на националном и на међународном нивоу говори у прилог томе да се правни принципи заиста схватају као структурално специфичне норме, различите од правних правила, а не само као најопштија правна правила једног правног поретка.

5. ПРАВНИ ПРИНЦИПИ И ПРОПОРЦИОНАЛНОСТ У ФИЛОЗОФИЈИ ПРАВА

Као што се и може очекивати с обзиром на то да је Дворкин један од најутицајнијих филозофа права на енглеском говорном подручју а Алекси један од најутицајнијих филозофа права на њемачком говорном подручју и уз то аутор чија су сва капитална дјела преведена на енглески језик, схватање принципа као оптимизационих команди било је добра основа за филозофскоправна разматрања рационалности, аргументације и интерпретације у контексту правног расуђивања. У њиховим дјелима је правнофилозофски утемељена и логички изложена структура анализе пропорционалности као поступка који се употребљава приликом пресуђивања на основу правних принципа. С обзиром на то да се изложена теорија правних принципа односи прије свега на уставна права, анализа пропорционалности заузела је посебно значајно мјесто управо у доктрини и науци јавног права. Утолико је чудније што је у теорији уставног права и филозофији права код нас неоправдано запостављено то схватање правних принципа које је од немјерљивог значаја за савремене дебате у тим областима.

То, наравно, још увијек не значи да је схватање принципа као општијих норми погрешно. Напротив, много је теоретичара који сматрају да је управо Дворкиново и Алексијево схватање у тој мјери мањкаво да га треба потпуно одбацити. Стога нам ваља сумарно представити и неке од основних приговора квалитативном схватању разлике између правила и принципа прије него што закључимо рад.⁶³

⁶³ Приговоре смо у претходном наврату изложили под насловом „Rules and Principles: What Kind of a difference?“ у оквиру свјетског IVR конгреса. За детаљну критику Дворкиновог схватања принципа вид. Larry Alexander, Ken Kress, „Against Legal Principles“, *Iowa Law Review* 82/1997, 739–86; Stephen R. Perry, „Models of Legal Principles“, *Iowa Law Review* 82/1997, 787–819; Jeremy Waldron, „The Need for

Најпроминентнији заступници првог приговора, који можемо назвати „приговор разграничења“, јесу Џозеф Раз и Андреј Мармор (*Andrei Marmor*). У том приговору не постоји логичка разлика између правила и принципа, већ постоји само разлика у степену, па су принципи само општа и неодређена правила.⁶⁴ Други приговор се може назвати „приговор преформулације“ и излажу га Ралф Пошер (*Ralf Poscher*) и Андрас Јакаб (*András Jakab*),⁶⁵ који тврде да се расуђивање судова, без обзира на то што судови изричито кажу, може у сваком случају преформулисати тако да принципи постану непотребни. Теза коју заступа Луиђи Ферајоли (*Luigi Ferrajoli*), названа „приговор непосредне опасности“, састоји се у идеји да такав начин разматрања разлике између правила и принципа угрожава хијерархију правних извора и подјелу власти у уставним демократијама.⁶⁶ Коначно, Алексију се често приговара да је класична или формална логика којом се користи неадекватна да изрази правно расуђивање о нормама и њиховој садржини.⁶⁷ Неки од аутора који истичу тај „приговор недостатности формалне логике“ уочавају да су правила и принципи логички идентични у том смислу да имају исте карактеристике у оквирима правне аргументације. Међу основним приговорима су питање о прикладности супсумптивног представљања расуђивања о правним правилима, као и питање да ли је балансирање она процедура расуђивања која се може формално представити и која испуњава критеријуме рационалности на онај исти или сличан начин на који их испуњава супсумпција.⁶⁸

Нама изгледа најуспјешнији онај приговор Алексијевом поимању принципа који се тиче могућности идентификације различитих врста норми прије самог поступка којим се те норме примјењују. Чини нам се, наиме, да постојање кондиционалног језичког израза норме не може поуздано послужити као критеријум разликовања између правила и принципа, посебно с обзиром на то да свако правило једног правног система може попримити било кондиционални било императивни облик. Управо стога је извјесно да се питање квалификације норме као правила или као принципа у првом реду

Legal Principles“, *Iowa Law Review* 82/1997, 857–865, и друге текстове објављене у специјалном издању *Iowa Law Review* 82.

⁶⁴ J. Raz, 833; Andrei Marmor, „The Separation Thesis and the Limits of Interpretation“, *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 12/1999, 145.

⁶⁵ R. Poscher, „The Principles Theory“, *SSRN Electronic Journal* 2009, 5; András Jakab, „Concept and Function of Principles, a Critique of Robert Alexy“, *SSRN Electronic Journal* 2009, 1–14.

⁶⁶ L. Ferrajoli, „Constitutional Democracy“, *Revus* 18/2012, 90.

⁶⁷ Bart Verheij, Jaap C. Hage, H. Jaap Van Den Herik, „An Integrated View on Rules and Principles“, *Artificial Intelligence and Law* 6/1998, 18.

⁶⁸ Могућу ирационалност балансирања истакли су Јирген Хабермас (*Jürgen Habermas*) и Бернард Шлинк (*Bernhard Schlink*): R. Alexy (2003), 436.

рјешава на пољу интерпретације многих различитих правних текстова у којима су норме у својим разноврсним видовима и садржане. У складу с реалистичким поставкама у теорији правне интерпретације које заступамо, норме представљају резултат поступка тумачења правних текстова, а само тумачење је приписивање значења правном тексту. Ако су претпоставке тог схватања правног тумачења исправне, интерпретирани нормативни судови немају никада нити могу имати (само) истиносну вриједност, па ће врста норме (кондиционална или императивна) прије свега зависити од интерпретативне праксе у одређеној заједници.

6. ЗАКЉУЧАК

У претходним разматрањима настојали смо да изложимо теорије правних принципа управо као теорије, то јест првенствено као објашњења како судска пракса примјењује правне принципе, не улазећи претјерано у нормативна разматрања, у аргументацију у прилог одређеном начину поступања судова. Упркос томе што у филозофији и теорији код нас ова питања нису систематски обрађена, извјесно је да је судска пракса у одређеним областима, а нарочито у области уставног права, данас претежно ослоњена на схватање принципа као норми које су квалитативно различите од правних правила, па захтијевају и различите начине примјене. Јасно је, такође, да балансирање засновано на принципу пропорционалности представља начин примјене правних принципа који је и у пракси доминантан. Дворкинов и, далеко више, Алексијев приступ на одговарајући начин одражавају управо ту праксу пресуђивања.

Само по себи, то не значи да су погрешна схватања принципа као најопштијих норми у оквиру једног правног поретка које имају и треба да имају значајну улогу у тумачењу постојећих, односно важећих правних правила, као и при стварању нових правних правила, укључујући и попуњавање правних празнина. Изгледа, ипак, да судови у Србији зазиру од директне примјене правних принципа на конкретне случајеве.⁶⁹ Тачније, судови нису склони да правне принципе схватају и примјењују као правна правила управо због

⁶⁹ Појмовна претрага праксе Врховног касационог суда у Србији указује на изузетно мали број пресуда у којима се суд позива на правне принципе. У већини пресуда позивање на правне принципе фигурира као нека врста супсидијерног аргумента, реторичког додатка основној линији аргументације која се користи у образложењу пресуде. Број пресуда у којима се термин *принцип* уопште помиње, а које су објављене у електронској бази Врховног касационог суда Србије, тако је мали да их на овом мјесту могуће и побројати. У кривичној материји три: Кж I 2124/07, Кж I 1807/05, Кж I 203/05; у грађанској материји пет: Прев 40/07, Рев 604/06, Рев 3210/05, Рев2 306/06, Рев 1523/05; и у управној материји такође пет: У

општости правних принципа. Схватање принципа као команди за оптимизацију има, дакле, и ту предност да се балансирање од стране судова разумије као саставни дио њихове дјелатности, док се супсумпција случајева под најопштије и најзначајније опште норме (тј. принципе) претежно схвата као мијешање у посао законодавца, чији је задатак да законом конкретизује те норме било да су оне садржане у уставу или у другим законима.

Схватимо ли правне принципе на начин на који их схватају Дворкин и Алекси, њихова веза с балансирањем, а тиме и с анализом пропорционалности, постаје неупитна. Тада нам као средство за *ex post facto* дискриминацију између правила и принципа у правној догматици може послужити питање да ли је приликом примјене одређене правне норме употребљена анализа пропорционалности, то јест балансирање у најширем смислу те ријечи, или је правна норма примијењена супсумпцијом. Одговор на то питање зависи, дакако, од праксе судова поводом одређених питања у различитим гранама права.

Занемаримо ли схватање принципа као *prima facie* налога који не садрже услове за сопствену примјену, као што то чини наша правна теорија и теорија уставног права, и одлучимо ли се искључиво за схватање принципа као најопштијих норми правног поретка, остаће нам, без одговарајуће помоћи правне догматике, проблем неразумијевања анализе пропорционалности коју примјењују судови, прије свега Уставни суд Србије. У том смислу се и претходни текст може читати као позив правној догматици да понуди нормативне упуте за пресуђивање на основу пропорционалности, али и као позив правној филозофији да темељно размотри различита схватања правних принципа и различита схватања односа правних принципа и анализе пропорционалности.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Абрамовић, А., „Опћеприхваћена начела као критериј за тумачење правне норме“, *Правни принципи* (ур. Е. Шарчевић), Сарајево 2014. (Abramović, A., „Općeprihvaćena načela kao kriterij za tumačenje pravne norme“, *Pravni principi* [ur. E. Šarčević], Sarajevo 2014)
- Aleinikoff, T. A., „Constitutional Law in the Age of Balancing“, *The Yale Law Journal* 96/1987.
- Alexander, L., Kress, K., „Against Legal Principles“, *Iowa Law Review* 82/1997.

- Alexy, R., „Balancing, Constitutional Review, and Representation“, *International Journal of Constitutional Law* 3/2005.
- Alexy, R., „Constitutional Rights and Proportionality“, *Revus* 22/2014.
- Alexy, R., „On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison“, *Ratio Juris* 16/2003.
- Alexy, R., „On the Structure of Legal Principles“, *Ratio Juris* 13/2000.
- Alexy, R., *Theorie Der Grundrechte*, Frankfurt am Main 1986.
- Ávila, H., *Theory of Legal Principles*, Dordrecht 2007.
- Barak, A., *Proportionality*, Cambridge 2012.
- Borowski, M., *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden 1998.
- Canaris, C.-W., *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin 1983.
- Dworkin, R., „The Model of Rules“, *The University of Chicago Law Review* 35/1967.
- Eckhoff, T., „Guiding Standards in Legal Reasoning“, *Current Legal Problems* 1976.
- Esser, J., *Grundsatz und Norm*, Tübingen 1974.
- Ferrajoli, L., „Constitutional Democracy“, *Revus* 18/2012.
- Gross, H., „Standards as Law“, *Annual Survey of American Law* 1968.
- Хасанбеговић, Ј., „Скица о правно-политичком значају и безначајности правних принципа за правосуђе с освртом на стање у Србији“, *Правни принципи* (ур. Е. Шарчевић), Сарајево 2014. (Hasanbegović, J., „Skica o pravno-političkom značaju i beznačajnosti pravnih principa za pravosuđe s osvrtom na stanje u Srbiji“, *Pravni principi* [ur. E. Šarčević], Sarajevo 2014)
- Jakab, A., „Concept and Function of Principles. A Critique of Robert Alexy“, *SSRN Electronic Journal* 2009, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1918421>.
- Југ, Ј., „Примјена правних начела у одлукама Врховног суда Републике Хрватске“, *Правни принципи* (ур. Е. Шарчевић), Сарајево 2014. (Jug, J., „Primjena pravnih načela u odlukama Vrhovnog suda Republike Hrvatske“, *Pravni principi* [ur. E. Šarčević], Sarajevo 2014)
- Klatt, M. (ed.), *Institutionalized Reason*, Oxford 2012.
- Лукић, Р., *Тумачење права*, Београд 1961. (Lukić, R., *Tumačenje prava*, Beograd 1961)
- Маринковић, Т., *Границе слободе политичког удруживања: упореднотеоријска студија*, Београд 2014. (Marinković, T. *Granice slobode političkog udruživanja: uporednoteorijska studija*, Beograd 2014)

- Маринковић, Т., „Прилог за јавну расправу о уставности Закона о црквама и верским заједницама“, *Анали Правног факултета* 1/2011. (Marinković, T., „Prilog za javnu raspravu o ustavnosti Zakona o crkvama i verskim zajednicama“, *Anali Pravnog fakulteta* 1/2011)
- Marmor, A., „The Separation Thesis and the Limits of Interpretation“, *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 12/1999.
- Митровић, Д., *Увод у право*, Београд 2015. (Mitrović, D., *Uvod u pravo*, Beograd 2015)
- Pavlakos, G. (ed.), *Law, Rights and Discourse*, Oxford 2007.
- Perry, S. R., „Models of Legal Principles“, *Iowa Law Review* 82/1997.
- Peters, A., „Proportionality as a Global Constitutional Principle“, *MPIL Research Paper Series* 2016, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2773733>.
- Петров, В., Манојловић, С., „Уставна начела у пракси Уставног суда Србије“, *Правни принципи* (ур. Е. Шарчевић), Сарајево 2014. (Petrov, V., Manojlović, S., „Ustavna načela u praksi Ustavnog suda Srbije“, *Pravni principi* [ur. E. Šarčević], Sarajevo 2014)
- Петрушић, Н., Крстић, И., Маринковић, Т., *Коментар Закона о забрани дискриминације*, Београд 2014. (Petrusić, N., Krstić, I., Marinković, T., *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije*, Beograd 2014)
- Poscher, R., „The Principles Theory“, *SSRN Electronic Journal* 2009, <https://ssrn.com/abstract=1411181>.
- Poscher, R., *Grundrechte als Abwehrrechte*, Tübingen 1998.
- Raz, J., „Legal Principles and the Limits of Law“, *The Yale Law Journal* 81/1972.
- Schilcher, B., Koller, P., Funk, B. C. (Hg.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien 2000.
- Shuman, S. I., „Justification of Judicial Decisions“, *California Law Review* 59/1971.
- Sweet, A. S., Mathews, J., „Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism“, *Columbia Journal of Transnational Law* 47/2008.
- Шарчевић, Е., „Интегрални и сумативни приступ правним принципима: један методолошки проблем?“, *Правни принципи* (ур. Е. Шарчевић), Сарајево 2014. (Šarčević, E., „Integralni i sumativni pristup pravnim principima: jedan metodološki problem?“, *Pravni principi* [ur. E. Šarčević], Sarajevo 2014)
- Tsakyrakis, S., „Proportionality: An Assault on Human Rights?“, *International Journal of Constitutional Law* 7/2009.

- Васић, Р., Јовановић, М., Дајовић, Г., *Увод у право*, Београд 2014. (Vasić, R., Jovanović, M., Dajović, G., *Uvod u pravo*, Beograd 2014)
- Verheij, B., Hage, J. C., Van Den Herik H. J., „An Integrated View on Rules and Principles“, *Artificial Intelligence and Law* 6/1998.
- Водинелић, В., *Увод у грађанско право*, Београд 2014. (Vodinelić, V., *Uvod u građansko pravo*, Beograd 2014)
- Вујанић, М. *et al.*, *Речник српског језика*, Нови Сад 2011. (Vujanić, M., *Rečnik srpskoga jezika*, Novi Sad 2011)
- Waldron, J., „The Need for Legal Principles“, *Iowa Law Review* 82/1997.

Bojan Spaić, PhD

Assistant Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

TWO CONCEPTIONS OF LEGAL PRINCIPLES

Summary

The paper discusses the classical understanding of legal principles as the most general norms of a legal order, confronting it with Dworkin's and Alexy's understanding of legal principles as *prima facie*, unconditional commands. The analysis shows that the common, classical conception brings into question the status of legal principles as norms, by disregarding their usefulness in judicial reasoning, while, conversely, the latter has significant import for legal practice and consequently for legal dogmatics. It is argued that the heuristic fruitfulness of understanding principles as optimization commands thus becomes apparent. When we understand the relation of principles to the idea of proportionality, as the specific mode of their application, which is different from the presumptive mode of applying rules, the theory of legal principles advanced by Dworkin and Alexy appears therefore to be descriptively better than others, but not without its flaws.

Key words: *Legal principles. – Legal rules. – Legal reasoning. – Proportionality. – Balancing. – Robert Alexy. – Ronald Dworkin.*

Article history:

Received: 20. 6. 2016.

Accepted: 4. 4. 2017.