



Robert Alexy

Ustavna prava i proporcionalnost

Warning

The contents of this site is subject to the French law on intellectual property and is the exclusive property of the publisher.

The works on this site can be accessed and reproduced on paper or digital media, provided that they are strictly used for personal, scientific or educational purposes excluding any commercial exploitation. Reproduction must necessarily mention the editor, the journal name, the author and the document reference.

Any other reproduction is strictly forbidden without permission of the publisher, except in cases provided by legislation in force in France.

revues.org

Revues.org is a platform for journals in the humanities and social sciences run by the CLEO, Centre for open electronic publishing (CNRS, EHESS, UP, UAPV).

Electronic reference

Robert Alexy, « Ustavna prava i proporcionalnost », *Revus* [Online], 22 | 2014, Online since 26 March 2014, connection on 27 March 2014. URL : <http://revus.revues.org/2814> ; DOI : 10.4000/revus.2814

Publisher: Klub Revus - Center za raziskovanje evropske ustavnosti in demokracije

<http://revus.revues.org>

<http://www.revues.org>

Document available online on:

<http://revus.revues.org/2814>

Document automatically generated on 27 March 2014. The page numbering does not match that of the print edition.

All rights reserved

Robert Alexy

Ustavna prava i proporcionalnost

Pages in print edition : p. ___ – ___

Translated by Bojan Spaić

1 Nužne i kontingentne veze

- 1 Odnos između ustavnih prava i proporcionalnosti jeste jedna od osnovnih tema savremene ustavnopravne debate. Sukobljena su dva stanovišta: teza o tome da postoji neka vrsta nužne veze između ustavnih prava i analize proporcionalnosti i teza da ne postoji nužna veza između bilo koje vrste ustavnih prava i proporcionalnosti. Prema drugom gledištu, pitanje o tome da li su ustavna prava i proporcionalnost povezani zavisi od pozitivnog prava, to jeste od onoga šta su ustavotvorci zapravo odlučili. Iz tog razloga, veza između ustavnih prava i proporcionalnosti može biti samo moguća ili kontingentna.¹ Prva teza se može nazvati “teza o nužnosti”, druga se može nazvati “teza o kontingentnosti”. Zastupaću verziju teze o nužnosti.

2 Teorija principa i proporcionalnost: prva teza o nužnosti

2.1 Pravila i principi

- 2 Teza o nužnosti je u najrazvijenijem obliku sadržana u teoriji principa. Osnov teorije principa jeste teorijska razlika između pravila i principa.² Pravila su norme koje zahtjevaju nešto određeno. To su *određene zapovijedi*. Oblik njihove primjene je supsumcija. Ako je pravilo važeće i ako su ispunjeni uslovi za njegovu primjenu, onda se definitivno zahtjeva tačno ono što pravilo traži da bude učinjeno. Učini li se to, postupilo se u skladu s pravilom; ne učinili li se to, postupilo se protivno pravilu. Nasuprot tome, principi su *zahtjevi optimizacije*. Kao takvi, oni zahtjevaju da se nešto ostvari “u najvećoj mogućoj mjeri s obzirom na pravne i faktičke mogućnosti”.³ Ostavimo li pravila po strani, pravne mogućnosti su suštinski određene suprotstavljenim principima. Iz tog razloga, principi, sami po sebi, uvijek predstavljaju samo *prima facie* zahtjeve. Određenje odgovarajućeg stepena zadovoljavanja jednog principa u odnosu prema zahtjevima drugih principa je moguće balansiranjem. Stoga je balansiranje poseban oblik primjene principa.

2.2 Princip proporcionalnosti

a) Optimizacija u odnosu na faktičke i pravne mogućnosti

- 3 Definicija principa kao zahtjeva optimizacije vodi direktno nužnoj vezi između principa i proporcionalnosti. Princip proporcionalnosti (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), koji je u poslednjim decenijama dobio još više međunarodnog priznanja u teoriji i praksi kontrole ustavnosti,⁴ sastoji se od tri podprincipa: principa pogodnosti, principa nužnosti i principa proporcionalnosti u užem smislu. Sva tri podprincipa izražavaju ideju optimizacije. Principi *qua* optimizacija zahtjevaju optimizaciju koja se odnosi kako na faktički moguće tako i na pravno moguće. Principi pogodnosti i nužnosti se odnose na optimizaciju u pogledu faktičkih mogućnosti. Princip proporcionalnosti u užem smislu se odnosi na optimizaciju u pogledu pravnih mogućnosti.

b) Pogodnost

- 4 Prvi podprincip, princip pogodnosti, isključuje prihvatanje sredstava koja spriječavaju ostvarivanje bar jednog principa, bez unaprijedenja bilo kog drugog principa ili cilja zbog kojeg je princip prihvaćen. Ako sredstvo *M*, prihvaćeno u cilju ostvarivanja principa *P*₁, nije pogodno u ovu svrhu, ali spriječava ostvarivanje *P*₂, onda nema troškova po *P*₁ ili po *P*₂ ako se

M isključi. Stoga se P_1 i P_2 , ako se M napusti, mogu ostvariti zajedno u većoj mjeri u odnosu na ono što je faktički moguće. P_1 i P_2 uzeti zajedno, kao elementi jednog sistema, zabranjuju korišćenje M. To pokazuje da je princip pogodnosti ništa drugo do izraz Pareto efikasnosti. Jedna pozicija može biti unaprijeđena bez pogoršavanja druge pozicije.

- 5 Primjer kršenja principa pogodnosti može se pronaći u odluci Njemačkog federalnog ustavnog suda u pogledu zakona koji je zahtjevaao ne samo da one osobe koje se prijave za opštu lovnu dozvolu moraju da prođu ispit korišćenja oružja, već i da osobe koje se prijavljuju za dobijanje posebne dozvole za sokolarstvo moraju položiti isti ispit. Sud je tvrdio da ispit korišćenja vatrenog oružja za sokolare nije pogodan za promociju "ispravnog obavljanja ovih aktivnosti u skladu s namjerom zakonodavca".⁵ U tom slučaju, dakle, "nema supstantivno jasnog razloga"⁶ za kršenje opšte slobode djelovanja sokolara, koju garantuje član 2 (1) Osnovnog zakona. Iz tog razloga, regulativa je proglašena za neproporcionaln⁷ i, sljedstveno, za neustavnu.

c) Nužnost

- 6 Slučajevi u kojima se zakoni proglašavaju neustavnima iz razloga nepogodnosti su rijetki. Uobičajeno je mjera koja je predviđena od strane zakonodavca pogodna za ostvarenje njegovih ciljeva u određenoj mjeri. Sa stanovišta pogodnosti to jeste dovoljno. Iz tog razloga je praktični značaj podprincipa pogodnosti prilično malen. Stvar stoji potpuno drugačije u pogledu drugog podprincipa principa proporcionalnosti - principa nužnosti. Princip o kojem je riječ zahtjeva da između dva sredstva za unaprjeđenje P_1 , koja su, uopšte uzevši, jednako pogodna, moramo odabrati ono koje manje ometa P_2 . Ako postoji sredstvo koje je jednako pogodno, a manje ometa, jedna pozicija može biti poboljšana bez troška za drugu poziciju.⁸ Pod tim uslovom, P_1 i P_2 , *uzeti zajedno*, zahtjevaju da se primjeni sredstvo koje manje ometa. Iznova je, dakle, riječ o slučaju Pareto efikasnosti.
- 7 Primjer je odluka Federalnog ustavnog suda, koja se odnosi na slatkiše, a posebno na slatkiše u obliku uskršnjeg zeke i deda mraza, koji se sastoje od nadošlog oriza. U cilju zaštite potrošača od kupovine slatkiša od nadošlog oriza umjesto istih takvih od čokolade, uvedena je zabrana slatkiša od nadošlog oriza. Sud je zauzeo stav da se zaštita potrošača može postići "jednako efikasnim ali manje oštrim načinom - propisivanjem obaveze obilježavanja".⁹ Iz tog razloga, presuđeno je da je zabrana prekršaj principa nužnosti, te je stoga i neproporcionalna.

d) Proporcionalnost u užem smislu

- 8 Baš kao i princip pogodnosti, princip nužnosti se tiče prilagođavanja u odnosu na faktičke mogućnosti. Prilagođavanje u odnosu na faktičke mogućnosti sastoji se u izbjegavanju troškova koji se mogu izbjeći. Kada se principi sukobe, troškovi su pak neizbježni. Tada je neophodno balansiranje. Balansiranje je predmet trećeg podprincipa proporcionalnosti - principa proporcionalnosti u užem smislu. Taj podprincip izražava šta znači prilagođavanje u pogledu pravnih mogućnosti. Identičan je s pravilom koje se može nazvati "zakon balansiranja",¹⁰ a koje glasi ovako:

Što je veći stepen nezadovoljavanja jednog principa ili škodjenja jednom principu, značaj zadovoljavanja drugog principa mora biti veći.

- 9 Zakon balansiranja isključuje, *inter alia*, intenzivno remećenje principa P_1 koje se može opravdati isključivo malim značajem koji se pripisuje zadovoljavanju kolidirajućeg principa P_2 . Takvo rješenje ne bi bila optimizacija P_1 *zajedno* s P_2 .
- 10 Zakon balansiranja se, formulisan na različite načine, može pronaći skoro svuda u ustavnosudskom presuđivanju, izražava centralnu karakteristiku uravnoteživanja i od velikog je praktičnog značaja. Želi li se postići precizna i potpuna analiza strukture balansiranja, Zakon balansiranja mora biti detaljnije obrazložen. Rezultat obrazloženja jeste Formula težine.¹¹ Formula težine određuje težinu principa P_1 u konkretnom slučaju, to jeste određuje konkretnu težinu P_1 u odnosu prema kolidirajućem principu P_j ($W_{i,j}$) kao količnik proizvoda intenziteta interferencije sa P_i (I_i) i apstraktne težine P_i (W_i) i stepena pouzdanosti empirijskih pretpostavki u pogledu toga šta mjera koja je u pitanju znači za neostvarivanje P_i (R_i), s jedne strane, i proizvod odgovarajućih vrijednosti u pogledu P_j koje se odnose na ostvarivanje P_j , s druge strane. Formula izgleda ovako:

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

- 11 Razgovor o količnicima i proizvodima je razuman samo u prisustvu brojeva. To je problem stepenovanja. U *A Theory of Constitutional Rights* razmatrao sam samo kontinuiranu skalu koja prelazi preko neograničenog broja tačaka između 0 i 1 i došao sam do zaključka da je s takvom skalom nemoguće raditi u okviru pravnog rasuđivanja.¹² Još uvijek vjerujem da je taj nalaz tačan. Stvari su ipak različite čim se u obzir uzmu ne samo kontinuirane ili infinitezimalne, već i diskretne skale. Diskretne skale se određuju činjenicom da između njihovih tačaka ne postoje druge tačke. Balansiranje može da počne čim postoji skala s dvije vrijednosti, od kojih se jedna može, recimo, okarakterisati kao laka, dok se druga može okarakterisati kao ozbiljna. U ustavnom pravu se često koristi trijadička skala, koja djeluje s vrijednostima slabo (s), umjereno (u) i ozbiljno (o). Postoje različiti načini da se te vrijednosti predstave brojevima.¹³ Odaberemo li geometrijski niz kakav je 2^0 , 2^1 i 2^2 , postaje moguće da se predstavi činjenica da moć principa raste više nego proporcionalno u odnosu na porast intenziteta interferencije. To je osnov za odgovor na prigovor da teorija principa dovodi do nedopustivog slabljenja ustavnih prava. Ukoliko je konkretna težina ($W_{i,j}$) P_i veća od 1, P_i prethodi P_j ; ako je manja od 1, P_j prethodi P_i . To povezuje Formulu težine, a s njom i Zakon balansiranja, sa Zakonom sukobljenih principa.¹⁴ Ako je pak konkretna težina ($W_{i,j}$) 1, riječ je o pat poziciji. U tom slučaju dozvoljeno je kako to da se primjeni mjera u pitanja, tako i da se ona izostavi. To znači da država, a naročito zakonodavac, ima diskreciju.¹⁵ To je od posebnog značaja za odgovor na prigovor da teorija principa vodi hiperkonstitucionalizaciji.¹⁶
- 12 Protiv Formule težine se može istaći prigovor da se pravno rasuđivanje ne može svesti na račun. Prigovor bi počivao na nerazumjevanju uloge Formule težine. Brojevi, koji moraju biti zamjenjeni varijablama, predstavljaju sudove, na primjer, sud: “Narušavanje slobode izražavanja je ozbiljno”. Taj sud mora biti opravdan, a može se opravdati isključivo argumentima. Na taj način je Formula težine sama po sebi povezana s pravnim diskursom i izražava osnovni argument iz pravnog diskursa.¹⁷
- 13 Valjalo bi se opet osvrnuti na jedan slučaj, kako bi se ilustrovalo apstraktno objašnjenje principa proporcionalnosti u užem smislu. Odluka Federalnog ustavnog suda, koja se tiče klasičnog konflikta između slobode izražavanja i ličnih prava, jeste takav slučaj. Rasprostranjeni satirični magazin *Titanik* je opisao paraplegičnog rezervnog oficira koji je uspješno obavljao dužnosti nakon povratka u aktivnu službu kao “rodenog ubicu” u jednom izdanju, a u kasnijem izdanju kao “bogačja”. Viši regionalni apelacioni sud u Dizeldorfu je presudio na štetu *Titanika* po tužbi oficira i naredio je magazinu da plati odštetu u iznosu od 12000DM. *Titanik* je podnio ustavnu žalbu. Federalni ustavni sud je preduzeo “balansiranje specifično za slučaj”¹⁸ između slobode izražavanja onih koji su povezani s magazinom (P_1 : član 5 (1) (1), Osnovni zakon) i oficirovo opšte pravo ličnosti (P_2 : član 2 (1) u vezi s članom 1 (1), Osnovni zakon). U tom cilju je utvrđen intenzitet interferencije između tih prava, koja su stavljena u međusobni odnos. Presuda o odšteti je shvaćena kao “trajno”¹⁹ ili *ozbiljno* (o) škodjenje (I_i) slobodi izražavanja. Zaključak je opravdan, prije svega, argumentom da bi dodjeljivanje odštete moglo da utiče na buduću volju onih koji stvaraju magazin da nastave sa svojim poslom na način na koji su to činili do sada. Opis “rodenog ubice” je stavljen u kontekst satire koju *Titanik* objavljuje. U časopisu je i ranije rodeno prezime određenog broja

osoba predstavljeno na “prepoznatljivo humorističan” način, od “igre riječi do blesavosti”.²⁰ Kontekst je učinio nemogućim da se opis posmatra kao “protivpravna, ozbiljna, nezakonita šteta za pravo ličnosti”.²¹ Interferencija s pravom ličnosti je tretirana kao interferencija *umjerenog* (*u*), a možda ili *slabog* ili manjeg (*s*) intenziteta (I_2). Te procjene intenziteta su sačinjavale prvi dio odluke. Da bi se opravdala dosuđena nadoknada, koja predstavlja *ozbiljnu* (*o*) interferenciju ustavne slobode izražavanja (P_1), intenzitet interferencije prava na ličnost (P_2), koja bi trebalo da je kompenzovana odštetom, morao bi da bude jednako ozbiljan (*o*). Prema procjeni Suda to nije bio slučaj. Intenzitet interferencije je u najboljem slučaju bio umjeren (*u*), a možda čak slab (*s*). To je značilo da je interferencija sa slobodom izražavanja, prema Zakonu balansiranja, a s njim i prema Formuli težine, neproporcionalna, a stoga i neustavna.

- 14 Stvari su bile sasvim drugačije u dijelu u kojem je oficir nazvan “bogaljem”. Na osnovu ocjene Suda u ovom slučaju je riječ o “ozbiljnoj šteti za njegovo pravo ličnosti”.²² Procjena je opravdana činjenicom da se opisivanje teško onesposobljene osobe u javnosti kao “bogalja” u naše vrijeme uzima kao “ponižavajuće” i da izražava “pomanjkanje uvažavanja”.²³ Stoga je ozbiljnoj (*o*) interferenciji (I_1) slobode izražavanja (P_1) suprotstavljen veliki (*o*) značaj (I_2) koji je dat zaštititi ličnosti (P_2). To je tipičan slučaj pat pozicije. Sljedstveno, Sud je došao do zaključka da ne može primjetiti “nedostatak balansiranja na štetu slobode izražavanja”²⁴ u odluci Višeg regionalnog apelacionog suda u Dizeldorfu. Ustavna žalba *Titanika* je, stoga, opravdana u onoj mjeri u kojoj se tiče odštete za opis “rođeni ubica”. U pogledu opisa “bogalj” žalba je neopravdana.

2.3 Dvije nužne veze

- 15 Razmatranja su se do ove tačke ticala odnosa između teorije principa i proporcionalnosti. Ispostavlja se da je ta veza izuzetno jaka. Na osnovu teorije principa, principi su zahtjevi optimizacije. Princip proporcionalnosti s tri podprincipa logički proizlazi iz prirode principa kao zahtjeva optimizacije, a priroda principa kao zahtjeva optimizacije logički proizlazi iz principa proporcionalnosti.²⁵ Ta ekvivalencija je nužna.
- 16 Upravo na tom mjestu u igru ulazi ključno razlikovanje. Riječ je o razlikovanju između nužne veze između teorije principa i proporcionalnosti s jedne strane, i nužne veze između teorije principa, uključujući i proporcionalnost (koja je ekvivalent teorije principa), i ustavnih prava s druge strane. Teza da postoji nužna veza između teorije principa i proporcionalnosti se može nazvati “prva teza o nužnosti”. Teza da postoji nužna veza između ustavnih prava i teorije principa, tj. analize proporcionalnosti, biće nazvana “druga teza o nužnosti”. Martin Borovski je tu razliku napravio između teorije principa kao takve, tj. teorije principa kao opšte normo-teorijske teze, i primjene teorije principa na ustavna prava, tj. teorije principa kao interpretacije ustavnih prava.²⁶ Prva teza o nužnosti je normo-teorijska teza, druga teza o nužnosti je interpretativna teza.

2.4 Dva prigovora prvoj tezi o nužnosti

- 17 Prva teza o nužnosti je bila mnogo manje predmet osporavanja nego druga teza, što ne znači da uopšte nije kritikovana. Na ovom mjestu će biti razmotrena dva prigovora. Prvi je uputio Kai Muler (Kai Möller). Muler tvrdi da je teza ‘pogrešna’ u onoj mjeri u kojoj priroda principa podrazumjeva princip proporcionalnosti.²⁷ Njegov osnovni argument jeste da se uslov “najveće moguće mjere” u definiciji principa iz knjige *A Theory of Constitutional Rights*, 47, ako ga ispravno protumačimo, ne može shvatiti kao balansiranje već kao korektnost. Riječ je dakle o “korektnoj mjeri”.²⁸ Korektna mjera, sa svoje strane, zavisi od “moralnih argumenata”.²⁹ Prigovor upoređuje balansiranje sa dva koncepta, s konceptom korektnosti i s konceptom moralnosti. Moj odgovor jeste da ova dva koncepta zahtjevaju balansiranje tamo gdje postoji interferencija s ustavnim pravima. Korektnost jedne interferencije s nekim ustavnim pravom zavisi od toga da li je interferencija opravdana. U slučajevima nepogodnosti i odsustva nužnosti, nema razloga koji zahtjeva interferenciju, te je ona neopravdana. To pokazuje da je određenje korektnog dosega prethodno uslovljeno podprincipima pogodnosti i nužnosti. Na taj način je prilagođavanje koje se odnosi na faktičke mogućnosti povezano s korektnošću.

Ključno pitanje u pogledu proporcionalnosti u užem smislu jeste da li određivanje ispravno doseg prava zavisi od intenziteta interferencije (I_i) s pravom (P_i) i intenziteta interferencije (I_j) s kolidirajućim pravom ili ciljem (P_j) preko neinterferencije s prvim pravom, uz ostale faktore Formule težine. Smatram da zavisi. Ozbiljna (o) interferencija, opravdana samo niskim (s) značajem koji se interferenciji pripisuje radi zadovoljenja kolidirajućeg principa, ne može biti ispravna, ako su sve ostale okolnosti jednake. Ukratko, korektnost zavisi od balansiranja.

18 Drugi dio Mulerove kritike tiče se nužnosti moralne argumentacije. Određenje intenziteta interferencije s pravom ličnosti paraplegičnog oficira, do koje dolazi njegovim nazivanjem “bogaljem” je, kao što je pomenuto, zasnovano na procjeni tog opisa kao ponižavajućeg i kao izraza nedostatka poštovanja. Ti argumenti su moralni. Bez njih Formula težine ne bi bila primjenjiva na slučaj *Titanik*. To je sasvim dovoljno da bi se pokazalo da su moralni argumenti neophodni za primjenu Formule težine.³⁰ Formula težine nije alternativa moralnim argumentima, već predstavlja strukturu pravne i moralne argumentacije.³¹

19 Drugi prigovor protiv prve teze nužnosti, to jeste teze o nužnoj vezi između optimizacije i proporcionalnosti, dao je Ralf Pošer (Ralf Poscher). Pošer tvrdi da “princip proporcionalnosti ne mora biti shvaćen kao zahtjev optimizacije”.³² On tvrdi da postoje alternative optimizaciji kakve su “zabrana velike neproporcionalnosti” i “garancija minimalne pozicije”.³³ Zabrana neproporcionalnosti je istovjetna zahtjevu proporcionalnosti, a zahtjev proporcionalnosti je isti kao i zahtjev optimizacije. Pošerova zabrana *velike* neproporcionalnosti, stoga, nije ništa do veza između trećeg podprincipa principa proporcionalnosti, shvaćenog kao zahtjev optimizacije, s diskrecijom u slučajevima u kojima neproporcionalnost nije velika. Na ovom mjestu se ne može razmatrati pitanje o tome da li omogućavanje diskrecije može biti opravdano formalnim principima. Jedina značajna stvar jeste da je veza o kojoj je riječ takva da bi konstrukcija ostala u potpunosti u oblasti teorije principa. Drugačiji je slučaj u pogledu garancije minimalne pozicije. Garancija minimuma, ako nije određena balansiranjem, ne bi odista bila ista kao optimizacija. Bila bi, ipak, ne samo različita od optimizacije već bi bila različita od proporcionalnosti. Ne bi bila drugačija interpretacija proporcionalnosti, već bi bila alternativa koja nije uskladiva s proporcionalnošću. Ako preporučujemo zamjenu garancije minimuma principom proporcionalnosti u užem smislu, zapravo preporučujemo ukidanje principa. Pitanje o tome da li se taj prijedlog može opravdati, postaje pitanje o tome da li se sljedeći iskaz može braniti: “Kršenje ustavnog prava je ozbiljno, dok su razlozi za kršenje, sa stanovišta ustava, od malog značaja, ali je kršenje svejedno ustavno, jer minimalna pozicija ostaje netaknuta.” Smatram da se taj iskaz ne može braniti.

20 Do ove tačke su se naša razmatranja ticala prve teze o nužnosti, to jest opštih normo-teorijskih pitanja. Nužna veza između teorije principa i proporcionalnosti na normo-teorijskom nivou, ipak, ne implicira nužnu vezu između proporcionalnosti ili teorije principa i ustavnih prava na nivou interpretacije ustavnih prava *qua* pozitivnog prava. Neophodno je dakle posebno opravdati drugu tezu o nužnosti.

3 Ustavna prava i proporcionalnost: druga teza o nužnosti

3.1 Kontingencija i pozitivnost

21 Pitanje o tome da li postoji nužna veza između ustavnih prava i proporcionalnosti ili teorije principa, to jeste, pitanje o tome da li je druga teza o nužnosti istinita je veoma sporno. Osnovni prigovor jeste da se druga teza o nužnosti ne može posmatrati, kako to Matijas Ješted (Matthias Jestaedt) kaže, kao “univerzalna teorija osnovnih prava”.³⁴ Druga teza o nužnosti je ništa više nego “posebna teorija predmeta /.../ koja analizira postupak sukobljenih principa kao dio strukture osnovnih prava”.³⁵ Kao takva ona nema “potencijalno univerzalnu eksplanatornu vrijednost”³⁶ i nije “jedina centralna, fundamentalno sveobuhvatna i određujuća teorija analize i primjene osnovnih prava”.³⁷ Iz toga razloga, kako Peter Lerhe (Peter Lerche) tvrdi, samo neka “ostrva zahtjeva optimizacije” postoje u oblasti ustavnih prava.³⁸ Stoga, ustavna prava, da iskoristimo riječi Jana Henrika Klementa (Jan Henrik Klement) nijesu principi “iz razloga njihove suštine”.³⁹ Ona nijesu “principi zahvaljujući njihovoj prirodi /.../, već samo onda i u onoj mjeri u kojoj im je ta priroda data od strane pozitivno-pravne odluke ustavotvorca”.⁴⁰

Pitanje o tome kako su ustavna prava i proporcionalnost povezani mora, dakle, proći “test pozitivnosti”.⁴¹

- 22 Poslednja stavka je ključna za razumjevanje teze o kontingentnosti, koja predstavlja suprotnost tezi o nužnosti. Tezom o kontingentnosti se tvrdi da pitanje o tome da li su ustavna prava povezana s proporcionalnošću zavisi isključivo od odluka koje imaju svoj izraz u pozitivnom pravu, u slučaju ustava, zavisi od odluka ustavotvoraca.⁴² Teza o kontingentnosti bi mogla stoga biti nazvana “teza o pozitivnosti”. Moj argument protiv teze o kontingentnosti ili teze o pozitivnosti ima dva dijela. Prvi se tiče prirode ustavnih prava, dok se drugi tiče tvrdnje da je korektnost nužno povezana s ustavnim pravima, kao i s pravom uopšte.

3.2 Dualna priroda ustavnih prava

- 23 Ustavna prava su zaista dio pozitivnog prava, što će reći, pozitivno pravo na nivou ustava, ali to nije dovoljno da objasni njihovu prirodu. Pozitivnost je samo jedna strana ustavnih prava, naime, njihova realna ili faktička strana. Preko i iznad toga ona posjeduju idealnu dimenziju. Razlog za to jeste da su ustavna prava prava koja su zabilježena u ustavu s namjerom da pretvore ljudska prava u pozitivno pravo, to jeste, s namjerom pozitivizacije ljudskih prava.⁴³ Namjeru o kojoj je riječ često stvarno ili subjektivno imaju ustavotvorci. Dodatno i iznad toga, to je tvrdnja koju nužno izriču oni koji ustanovljavaju katalog ustavnih prava. U tom smislu je riječ o objektivnoj namjeri. Ljudska su prava prvo -moralna, drugo - univerzalna, treće - osnovna, četvrto - apstratna prava koja, peto - imaju prioritet u odnosu na sve ostale norme.⁴⁴ Na ovom mjestu su samo dvije od ovih pet određujućih karakteristika interesantne: moralnost i apstraktni karakter ljudskih prava. Prava postoje ako su važeća. Važenje ljudskih prava *qua* moralnih prava zavisi od mogućnosti njihova opravdanja i samo od toga. Pokušao sam da pokažem da je ljudska prava moguće opravdati na osnovu teorije diskursa. Lajtmotiv tog opravdanja jeste da praksa tvrđenja, pitanja i argumentovanja pretpostavlja slobodu i jednakost.⁴⁵ Ništa od toga se ne može obrazložiti u ovom članku. Za trenutne potrebe, jedina tačka interesovanja u toj vezi jeste da ljudska prava *qua* moralna prava pripadaju idealnoj dimenziji prava.
- 24 Druga određujuća karakteristika, koja je značajna, jeste apstraktni karakter ljudskih prava. Ona se *simpliciter* odnosi na objekte kakvi su sloboda i jednakost, život i svojina, sloboda govora i zaštita ličnosti. Ljudska prava, kao apstraktna prava, nužno dolaze u koliziju s drugim ljudskim pravima i s kolektivnim dobrima, kakva su zaštita životne sredine i javna bezbjednost. Ljudska prava je, dakle, neophodno balansirati.
- 25 Može se prigovoriti da to nije argument za postojanje nužne veze između balansiranja i proporcionalnosti i ustavnih prava. Nakon njihovog preobražaja u pozitivno pravo, ljudska prava su pozitivna prava i ništa osim toga. To je ipak pogrešno shvatanje dualne prirode ustavnih prava. Idealni karakter ljudskih prava ne nestaje jednom kada se ona preobrazu u pozitivno prava. Ljudska prava, naprotiv, ostaju povezana s ustavnim pravima kao razlozi za ili protiv sadržaja koji je ustanovljen pozitivizacijom ili kao razlozi koji su neophodni zbog otvorene tekture ustavnih prava. Stoga je idealna dimenzija ljudskih prava prisutna i nakon njihove pozitivizacije.
- 26 Kao odgovor na to može se istaći prigovor da trajno prisustvo idealne dimenzije uništava pozitivni karakter ustavnih prava. To, ipak, nije slučaj. Teza o dualnoj prirodi zahtjeva da shvatimo ozbiljno kako idealnu tako i realnu dimenziju prava. Zahtjeva, preko i iznad toga, da se *prima facie* da prioritet pozitivnoj ili autoritativnoj dimenziji.⁴⁶ Kada ustavotvorci odluče pitanje balansiranja ustanovljavanjem pravila, tumač ustava je dužan da ga primjeni.⁴⁷ Primjer pravila ustavnog prava u njemačkom ustavu koje je strogo obavezujuće jeste član 102 Osnovnog zakona koji glasi: “Smrtna kazna je zabranjena”. Drugi primjeri odluke ustavotvoraca s karakterom pravila su ograničenja slobode okupljanja na pravo “mirnog okupljanja bez oružja” u članu 8 (1) Osnovnog zakona, i detalji složene regulacije prihvatanja tehničkih sredstava za akustičko praćenje lokacije u kojoj osumnjičeni po pretpostavci boravi, koji su sadržani u članu 13 (3)-(6) Osnovnog zakona. Prioritet određuje koje su ustanovili ustavotvorci ipak nije u potpunosti neupitan u svim slučajevima.⁴⁸ Primjer za to je član 12 (1) (1) Osnovnog zakona, po kojem je pravo da se odabere profesija neograničeno. Uzmemo li

to kao strogo obavezujuće pravilo, koje nije podložno balansiraju, osobe koje nikada nijesu položile pravosudni ispit mogu postati sudije. Federalni ustavni sud je proglasio to shvatanje “pravno neodrživim”⁴⁹ i ispravno je primjenio analizu proporcionalnosti.⁵⁰

27 Ti primjeri ilustruju smisao u kojem možemo govoriti o nužnoj vezi između ustavnih prava i proporcionalnosti. Principi su povezani sa svim normama o ustavnim pravima bez obzira na to da li, kao takve, imaju karakter pravila ili principa. Ako su ustavotvorci odlučili o koliziji principa ustanovljavanjem pravila, onda formalni princip autoriteta ustava zahtjeva da se po pravilu postupi. Ako je pravilo pak nejasno, dvosmisleno ili evaluativno otvoreno, supstantivni principi na kojima se pravilo zasniva odmah iznova ulaze u igru. To je slučaj i kada je pravilo nekompatibilno s ustavnim principima, bar u onim slučajevima koji su regulisani pravilom veće težine od formalnog principa autoriteta ustava zajedno sa supstantivnim principima koji podržavaju pravilo. Postojanje tih situacija vodi nužnoj vezi između ustavnih prava i proporcionalnosti, čiji je karakter potencijalan. Suprotnost nužnoj potencijalnoj vezi jeste aktuelna veza između ustavnih prava i principa. Aktuelna veza postoji u svim onim slučajevima u kojima norme o ustavnim pravima, onako kako su ustanovljene ustavom, moraju biti protumačene neposredno kao principi. Kombinacije aktuelnih i potencijalnih veza,⁵¹ koje proizlaze iz dualne prirode ustavnih prava, služe opravdanju druge teze o nužnosti.⁵²

3.3 Ustavna prava i pretenzija na korektnost

28 Postojanje dovoljnog razloga za tezu ne isključuje postojanje daljih dovoljnih razloga za tu istu tezu. Drugi razlog za drugu tezu o nužnosti je zasnovan na pretenziji na korektnost, koja je nužno povezana s ustavnim pravima kao i s pravom uopšte. Pretenzija na korektnost je izložena i branjena na drugom mjestu.⁵³ Jedno pitanje je ključno u ovom radu. Pretenzija na korektnost, nužno povezana s kontrolom ustavnosti, zahtjeva da odluka ustavnog suda bude što je moguće racionalnija. Mnogi autori su tvrdili da je balansiranje iracionalno.⁵⁴ Prigovor bismo mogli nazvati “prigovorom iracionalnosti”. Na taj prigovor nije moguće odgovoriti ovdje.⁵⁵ Neke napomene usmjerene na prigovor ipak mogu biti od pomoći. Ključni argument za iracionalnost prigovora jeste da formula težine ne govori “kako se konkretna težina, koju uključujemo u formulu, može identifikovati, izmjeriti i uporediti”.⁵⁶ Istina je da nam Formula težine ne govori kakva je interferencija s ustavnim pravom (I_i, I_j) kada se koristi skala slabo (s), umjereno (u) i ozbiljno (o). Takođe nam ne govori ni koje su apstraktne težine (W_i, W_j) principa u koliziji. Konačno, ne govori nam ništa o pouzdanosti (R_i, R_j) relevantnih empirijskih pretpostavki. Ništa od toga, ipak, nema veze s iracionalnošću. Upravo je suprotno. Vrijednosti koje moraju biti zamjenjene varijablama Formule težine predstavljaju, kao što je već pomenuto, iskaze; na primjer, iskaz da je prekršaj prava ličnosti ozbiljan. Iskazi o kojima je riječ mogu biti opravdani i, naravno, moraju biti opravdani.⁵⁷ To se može uraditi isključivo argumentacijom. Formula težine, stoga, jeste argumentativna forma racionalnog pravnog diskursa.⁵⁸ Kao takva, neophodna je da bi se uveo “red u pravnu misao”,⁵⁹ te čini jasnim koje su tačke odlučujuće i na koji su način one međusobno povezane.⁶⁰ Struktura diskursa ustavnih prava koja pretenduje na veću racionalnost nije moguća. To je dovoljno da bi se pokazalo da je analiza proporcionalnosti neophodno potrebna, ne samo po prirodi ustavnih prava, već i po pretenziji na korektnost, koja je nužno prisutna prilikom kontrole ustavnosti.

Bibliography

- John ALDER, 2006: The Sublime and the Beautiful: Incommensurability and Human Rights. *Public Law*(2006). 697–721.
- Robert ALEXY, 1989: *A Theory of Legal Argumentation* (1978). Trans. Ruth Adler & Neil MacCormick. Oxford: Clarendon Press.
- , 1996: Discourse Theory and Human Rights. *Ratio Juris* 9 (1996). 209–35.
- , 2002a: *A Theory of Constitutional Rights* (1985). Trans. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press.
- , 2002b: *The Argument From Injustice. A Reply to Legal Positivism* (1992). Trans. Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press.
- , 2003: On Balancing and Subsumption. *Ratio Juris* 16 (2003). 433–49.

- , 2006: Discourse Theory and Fundamental Rights. *Arguing Fundamental Rights*. Eds. Agustín José Menéndez & Erik Oddvar Eriksen. Dordrecht: Springer. 15–29.
- , 2007a: The Weight Formula. *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*. Eds. Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek, Wojciech Załuski. Krakow: Jagiellonian University Press. 9–27.
- , 2007b: Thirteen Replies. *Law, Rights and Discourse*. Ed. George Pavlakos. Oxford: Hart Publishing. 333–366.
- , 2010a: The Dual Nature of Law. *Ratio Juris* 23 (2010). 167–82.
- , 2010b: Two or Three? *On the Nature of Legal Principles*. Ed. Martin Borowski. Stuttgart: Franz Steiner and Nomos. 9–18.
- , 2010c: The Construction of Constitutional Rights. *Law & Ethics of Human Rights* 4 (2010). 20–32.
- Aharon BARAK, 2006: *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press.
- David M. BEATTY, 2004: *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, 1991: Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt: Suhrkamp. 159–99.
- Martin BOROWSKI, 2007: *Grundrechte als Prinzipien*. 2nd ed. Baden-Baden: Nomos.
- Jürgen HABERMAS, 1996: *Between Facts and Norms* (1992). Trans. William Rehg. Cambridge: Polity Press.
- Matthias JESTAEDT, 2012: The Doctrine of Balancing – Its Strengths and Weaknesses. *Institutionalized Reason*. Ed. Matthias Klatt. Oxford: Oxford University Press.
- Jan Henrik KLEMENT, 2008: Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt. *Juristenzeitung* 63 (2008). 756–63.
- Peter LERCHE, 1997: Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten? *Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern*. Ed. Joachim Burmeister. Munich: Beck. 197–209.
- Kai MÖLLER, 2007: Balancing and the Structure of Constitutional Rights. *International Journal of Constitutional Law* 5 (2007). 453–68.
- Ralf POSCHER, 2007: Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie. *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*. Ed. Jan-R. Sieckmann. Baden-Baden: Nomos. 59–79.
- Bernhard SCHLINK, 2001: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Ed. Peter Badura & Horst Dreier. Tübingen: Mohr Siebeck. 445–65.
- Alexander SOMEK, 2006: *Rechtliches Wissen*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Alec STONE SWEET & Jud MATHEWS, 2008: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008).
- Stavros TSAKYRAKIS, 2009: Proportionality: An Assault on Human Rights? *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009). 468–493.

*

German Court Decisions. Federal Constitutional Court (www.bverfg.de):

- BVerfGE 7, 377 from 11 June 1958
- BVerfGE 19, 342 from 15 December 1965
- BVerfGE 53, 135 from 16 January 1980
- BVerfGE 55, 159 from 5 November 1980
- BVerfGE 65, 1 from 15 December 1983
- BVerfGE 76, 1 from 12 May 1987
- BVerfGE 86, 1 from 25 March 1992
- BVerfGE 115, 320 from 4 April 2006

Notes

1 Lako je zamisliti treću tezu koja tvrdi da je veza između ustavnih prava i proporcionalnosti nemoguća. Ta teza neće biti razmatrana na ovom mjestu.

2 Vidjeti Alexy (2002a: 47–49).

3 Alexy (2002a: 47).

4 Vidjeti, na primjer: Beatty (2004); Stone Sweet & Mathews (2008).

5 Odluke Federalnog ustavnog suda (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*; u daljem tekstu: BVerfGE) 55, 159 (166).

6 BVerfGE 55, 159 (167).

7 BVerfGE 55, 159 (166).

8 Princip nužnosti pretpostavlja indiferentnost prema svim drugim principima ili ciljevima u vezi s kojima se postavlja pitanje o tome da li treba izabrati sredstvo koje intenzivnije ili manje intenzivno vrši interferenciju. Postoji li, ipak, treći princip ili cilj, P_3 , na koji se prihvatanje sredstava koja manje interferiraju sa P_2 negativno odražava, onda slučaj ne može biti odlučan na osnovu razmatranja koja se tiču Pareto efikasnosti. Kada su troškovi neizbježni, balansiranje postaje neophodno.

9 BVerfGE 53, 135 (146).

10 Alexy (2002a: 102).

11 Alexy (2003: 433–448); Alexy (2007a: 9–27).

12 Alexy (2002a: 97–99).

13 O tom pitanju vidi Alexy (2007a: 20–23).

14 Alexy (2002a: 53–54).

15 Alexy (2002a: 408, 410–414).

16 O tom pitanju pogledati: Böckenförde (1991: 188–190).

17 U Alexy (1989: 221–230), predstavio sam Formulu supsumcije kao jedinu osnovnu formu argumenta. U Alexy (2003: 443–448), dodao sam mu Formulu težine kao drugu osnovnu formu argumenta. Konačno, u Alexy (2010b: 17–18), pokušao sam da zatvorim sistem dodavanjem trećeg osnovnog argumenta iz analogije ili poređenja slučajeva. Tri osnovna argumenta formiraju svaki za sebe vezu s pojmovima pravila, principa i slučaja.

18 BVerfGE 86, 1 (11).

19 BVerfGE 86, 1 (10).

20 BVerfGE 86, 1 (11).

21 BVerfGE 86, 1 (12).

22 BVerfGE 86, 1 (13).

23 BVerfGE 86, 1 (13).

24 BVerfGE 86, 1 (13).

25 Alexy (2002a: 66).

26 Borowski (2007: 68–70).

27 Möller (2007: 459).

28 Möller (2007: 459).

29 Möller (2007: 460).

30 Cakirakis (Tsakyrakis) prigovara analizi proporcionalnosti to da je “potpuno strana bilo kakvom moralnom rasuđivanju”; Tsakyrakis (2009: 474). To se ne odnosi na analizu koja je predstavljena ovdje. Naprotiv, slučaj je upravo suprotan.

31 Muler dalje tvrdi da mogu postojati slučajevi u kojima je balansiranje isključeno: Möller (2007: 460–461; 465–467). Iz perspektive teorije principa ti slučajevi mogu biti rekonstruisani ili kao slučajevi u kojima je apstraktna težina principa jednaka nuli, to jeste u slučajevima isključenih razloga, ili kao slučajevi u kojima je apstraktna težina principa beskonačna, što ima efekat kategoričkog ili apsolutnog ograničenja. O tom pitanju vidjeti: Alexy (2007b: 340–344).

32 Poscher (2007: 74).

33 Poscher (2007: 74).

34 Jestaedt (2012: ms. 28).

35 Jestaedt (2012: ms. 10).

36 Jestaedt (2012: ms. 10).

37 Jestaedt (2012: ms. 10).

38 Lerche (1997: 207).

39 Klement (2008: 761).

40 Jestaedt (2012: ms. 13).

41 Jestaedt (2012: ms. 13).

42 Primjer pozitivizacije proporcionalnosti jeste član 52 (1) (2) Povelje o osnovnim pravima Evropske unije.

43 O tom pitanju vidjeti: Alexy (2006: 17).

44 Alexy (2006: 18).

- 45 O tom pitanju vidjeti: Alexy (1996); Alexy (2006: 19–22).
- 46 Alexy (2010a: 173–174; 179).
- 47 Alexy (2002a: 83).
- 48 Alexy (2002a: 83–84).
- 49 BVerfGE 7, 377 (401).
- 50 BVerfGE 7, 377 (404-5).
- 51 O tom pitanju vidjeti “model pravila i principa” u: Alexy (2002a: 80–86).
- 52 Argument o dualnoj prirodi se može shvatiti kao rekonstrukcija teze Njemačkog federalnog ustavnog suda u onoj mjeri u kojoj princip proporcionalnosti izvire “u osnovi već iz prirode samih ustavnih prava” (*‘im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst’*); BVerfGE 19, 342 (349); 65, 1 (44); 76, 1 (50-1).
- 53 Alexy (2002b: 35–39); Alexy (2010a: 168–172).
- 54 Vidjeti, na primjer: Habermas (1996: 259); Schlink (2001: 460).
- 55 Skoriji odgovor se može pronaći u: Alexy (2010c: 26–32).
- 56 Jestaedt (2012: ms. 18); vidjeti takođe Poscher (2007: 76); Somek (2006: 135–136).
- 57 Opravdanje o kojem je riječ može biti veoma razrađeno; vidjeti, na primjer odluku BVerfGE 115, 320 (347-57), u kojoj je opravdanje procjene intenziteta interferencije napisano na deset strana.
- 58 Alexy (2010c: 32).
- 59 Barak (2006: 173).
- 60 Često se ističe prigovor da su elementi koji su predstavljeni varijablama Formule težine nesamjerljivi. Vidjeti, na primjer: Alder (2006: 717–718). Odgovor na to jeste da je samjerljivost na procjenama s obje strane balansa prepoznata s uobičajenog stanovišta, rječju, sa stanovišta ustava. Iz te perspektive, “nesamjerljivost” nije ništa do nesaglasnost; vidjeti: Alexy (2007a: 18).

References

Electronic reference

Robert Alexy, « Ustavna prava i proporcionalnost », *Revus* [Online], 22 | 2014, Online since 26 March 2014, connection on 27 March 2014. URL : <http://revus.revues.org/2814> ; DOI : 10.4000/revus.2814

Bibliographical reference

Robert Alexy, « Ustavna prava i proporcionalnost », *Revus*, 22 | -1, __ – __.

Author

Robert Alexy

Professor at the Christian Albrechts University, Kiel, Germany.



dr. dr. h. c. mult. Robert Alexy

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
 Juristisches Seminar
 Olshausenstr. 40
 24118 Kiel
 E-mail: alexy@law.uni-kiel.de

Prof.

Copyright

All rights reserved

Abstracts

Dva su osnovna shvatanja odnosa između ustavnih prava i analize proporcionalnosti. Prvo drži da postoji nužna veza između ustavnih prava i proporcionalnosti; drugo tvrdi da pitanje o tome

da li su ustavna prava i proporcionalnost povezani zavisi od toga šta su ustavotvorci zapravo odlučili, tj. zavisi od pozitivnog prava. Prva teza se može označiti kao “teza o nužnosti”, druga se može označiti kao “teza o kontingentnosti.” Prema tezi o nužnosti, legitimnost proporcionalnosti je pitanje prirode ustavnih prava, dok je prema tezi o kontingentnosti legitimnost proporcionalnosti pitanje tumačenja. U članku se zastupa teza o nužnosti. | Prethodna verzija ovog članka je objavljena u *Chinese Yearbook of Constitutional Law* (2010). 221–235.

Constitutional Rights and Proportionality

There are two basic views concerning the relationship between constitutional rights and proportionality analysis. The first maintains that there exists a necessary connection between constitutional rights and proportionality, the second argues that the question of whether constitutional rights and proportionality are connected depends on what the framers of the constitution have actually decided, that is, on positive law. The first thesis may be termed ‘necessity thesis’, the second ‘contingency thesis’. According to the necessity thesis, the legitimacy of proportionality analysis is a question of the nature of constitutional rights, according to the contingency thesis, it is a question of interpretation. The article defends the necessity thesis. | A previous version of this article has been published in *Chinese Yearbook of Constitutional Law*, Vol. 2010, 221–235.

Ustavne pravice in sorazmernost. Glede odnosa med ustavnimi pravicami in presojo sorazmernosti obstajata dva temeljna pogleda. Po prvem je med ustavnimi pravicami in sorazmernostjo nujna zveza, medtem ko je po drugem vprašanje povezanosti ustavnih pravic in sorazmernosti odvisno od dejanske odločitve ustavodajalca, tj. od pozitivnega prava. Prvi pogled lahko poimenujemo tudi kot »trditev o nujni zvezanosti«, drugega pa kot »trditev o nenujni zvezanosti«. Skladno s trditvijo o nujni zvezanosti je legitimnost presoje sorazmernosti vprašanje narave ustavnih pravic, medtem ko je skladno s trditvijo o slučajni zvezanosti to vprašanje razlage. Avtor v tem prispevku zagovarja trditev o nujni zvezanosti ustavnih pravic in sorazmernosti. | Starejša različica te razprave je objavljena v *Chinese Yearbook of Constitutional Law*, Vol. 2010, 221–235.

Index terms

Keywords : principles theory, proportionality analysis, constitutional rights, necessary connection, human rights, dual nature

Ključne besede (sl) : teorija načel, presoja sorazmernosti, ustavne pravice, nujna zveza, človekove pravice, dvojna narava

Ključne reči (sr) : teorija principa, analiza proporcionalnosti, ustavna prava, nužna veza, ljudska prava, dualna priroda