



Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

15 | 2011

Zakonoslovje

Posebne norme i derogacija

Nekoliko pojašnjenja glede načela lex specialis derogat generali

Special Norms and Derogation. Some Remarks on the Principle Lex Specialis

Derogat Generali

Silvia Zorzetto

Translator: Milan Franić



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/2028>

DOI: 10.4000/revus.2028

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 10 juin 2011

Number of pages: 43-67

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

Silvia Zorzetto, « Posebne norme i derogacija », *Revus* [Mrežno izdanje], 15 | 2011, Datum mrežne objave: 10 juin 2013, pristupljeno 01 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revus/2028> ; DOI : 10.4000/revus.2028

All rights reserved

Silvia Zorzetto

Posebne norme i derogacija

Nekoliko pojašnjenja glede načela *lex specialis derogat generali*

Načelo ili kriterij *lex specialis* kao sredstvo razrješavanja sukoba između normi samo je jedna od mogućih primjena ideje *lex specialis derogat legi generali*, no, ukoliko derogacija nije nužno povezana s pravnim antinomijama, može doći do derogiranja i među normama koje su međusobno kompatibilne. Specijalne i opće norme mogu biti međusobno kompatibilne ili inkompatibilne, s obzirom na njihov način deontološke kvalifikacije, te specijalne mogu derogirati opće, ili/i obrnuto, a derogacija može i izostati, ovisno o tome kako su propisana različita pozitivna prava uobličjenjem u norme koje se primjenjuju. Najzad, do derogacije može doći i zbog razloga različitih od odnosa specijalnosti/općenitosti među normama. Raspravu je na hrvatski jezik preveo Milan Franić.

Ključne riječi: specijalnost, derogacija, antinomija, *suum cuique tribuere*, pravni pojmovi

1 UVOD

Ideja *lex specialis derogat legi generali*, poznata i kao načelo *lex specialis* ili načelo specijalnosti, starog je porijekla i vrlo je uvriježena u kontinentalnoeuropskoj pravnoj kulturi. Danas se kriterij ili načelo specijalnosti uglavnom smatra i poima kao sredstvo razrješavanja pravnih antinomija, i to posebno onog oblika antinomije koju se uobičajeno naziva antinomija cjelovito-djelomično¹. U ovom radu polazim od tvrdnje da je razrješenje sukoba među normama samo jedna od mogućih primjena kriterija specijalnosti. U tom smislu istražiti ću dva aspekta ideje *lex specialis*: specijalnost (općenitost) normi (§ 2) i fenomen derogiranja između specijalnih i općih normi (§ 3)². Ne ulazeći posebno u odnose između kriterija specijalnosti i kriterija hijerarhije i kronologije, ograničit ću se na sljedeće zapažanje: kako to i proizlazi iz primjera koje ću izložiti, jedna od

1 Kao što je poznato, Alf Ross je među prvima uveo u uporabu izraz specijalnost u pravu, razmatrajući ga u kontekstu sukoba među normama: *On Law and Justice*, [1958], New Jersey, The Lawbook Exchange, Ltd., Clark, 2004, 129-130.

2 Opširnije o temama dotaknutim u ovom radu i o analizi ideje *lex specialis* na logičkom i povijesnom planu te o njenoj primjeni i pojavljivanju u kontekstu talijanske pravne misli dvadesetog stoljeća u mom radu: *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, ETS, 2010.

posebnih funkcija specijalnih normi nije derogiranje nego integriranje s kompatibilnim općenitijim normama radi upotpunjavanja, a koju funkciju obavljaju specijalne norme koje su hijerarhijski podređene ili vremenski kasnije, dopunjavajući ili precizirajući općenitije norme koje su hijerarhijski nadređene ili vremenski ranije.

U ovom radu pod „normama” podrazumijevam preskripcije dobivene posredstvom tumačenja odredbi i pravnih tekstova, odnosno njihovih mogućih značenja.

Specijalnost/općenitost je logičko-semantička kvaliteta koja se odnosi na sadržaj značenja pravnih odredbi te posebno na pojmove i pojedine komponente značenja norme: jedna norma je specijalna s obzirom na drugu normu, drugim riječima, označuje ju se kao specijalnu ili općenitu s obzirom na drugu normu. Utoliko, dvije norme stoje u posebnom logičko-pojmovnom odnosu koji se može korisno objasniti pozivom na *odnos uske implikacije* po C. I. Lewis-u³.

Ovaj odnos može se objasniti na primjeru čl. 19. Ustava Republike Slovenije, koji propisuje da svatko ima pravo na osobnu slobodu⁴. Ova norma pretpostavlja (u logičkom smislu) da svatko ima pravo na slobodu, utoliko što je pojam *osobne* slobode logički uključen u pojam slobode, slijedom čega bi bilo logički nekonzistentno i proturječno da svatko ima pravo na osobnu slobodu, ali ne i pravo na slobodu.

Norme sukladno kojima svatko ima pravo na slobodu i svatko ima pravo na osobnu slobodu stoje u odnosu logičke posljedice u kojem prva norma nužno prethodi drugoj, a koji odnos se može izraziti ovako: svatko ima pravo na osobnu slobodu *samo ako* ili *pod uvjetom da* ima pravo na slobodu. Odnos specijalnosti među normama zasniva se na temeljnom odnosu pojmova koje sadrže te norme: primjerice, na pojmovima sloboda i osobna sloboda.

Zasluga je prikazivanja odnosa specijalnosti kao uske implikacije u tome što ukazuje na to da odnos specijalnosti nije samo pitanje (sintakse) logike, već je i logičko-semantičko pitanje, utoliko što odnos specijalnosti/općenitosti među

3 Treba spomenuti da se taj odnos naziva još i formalna implikacija (B. Russell), stroga implikacija (A. Pasquinelli), namjerna implikacija (U. Klug) ili logička posljedica (L. Geymonat) te odgovara poimanju implikacije po R. Carnapu te „uopćenom uvjetovanju“ po W. V. O. Quineu, a na određeni način i pojmu implikacije kako ga izlaže Diodor Kronos i opisuje Krizip (J. M. Bochenski). Nadalje, objašnjava brojne logičke sheme koje su formulirali srednjovjekovni učenjaci (npr. Petar Abelard i Guglielmo Champeaux), kao i neki suvremeni učenjaci i logičari (npr. H. Reichenbach i S. E. Toulmin), a koje se mogu uobličiti sukladno njegovoj strukturi. Detaljnije u Zorzetto 2010 (1), cap. 2 i pripadajući bibliografski dodatak. Ovdje upućujem i na dva temeljna Lewisova rada: Clarence I. Lewis, *A Survey of Symbolic Logic*, Berkeley, University of California Press, 1918 i Clarence I. Lewis, Cooper H. Langford, *Symbolic Logic*, [1932], New York, Dover publ., 1950.

4 U ovom ću radu koristiti englesku verziju pod donjom poveznicom: <http://www.dz-rs.si/>. Art. 19 (*Protection of Personal Liberty*) ‘Everyone has the right to personal liberty’.

normama ovisi o odnosima koji se ustanovljuju među pojmovima tih normi. U paragrafu 2 pokazat ću, na nekoliko primjera, da se odnos specijalnosti među normama može temeljiti na odnosu među pojmovima koji propisuju činjenično stanje i/ili pravne učinke odnosno posljedice i/ili na odnosu među načinima deontološke kvalifikacije normi.

Derogacija je fenomen koji je različit i odvojen od odnosa specijalnosti/općenitosti, jer tu nije riječ o logičko-konceptualnom pitanju, nego o pozitivnopravnom pitanju, koje se tiče pravne osnove i, posebno, izvanpravnog opravdanja, tj. izbora norme koja regulira apstraktan ili konkretan slučaj koji se mora riješiti. Kriterij/načelo *lex specialis derogat legi generali* pravilo je primjene koje može i ne mora biti postavljeno određenim pozitivnopravnim poretком. Može biti izričito propisano odredbom, a može biti i implicitna/nepropisana norma, djelujući na općenit način na svaku normu, ili na određen način u granicama propisanog opsega i normi. Zbog toga, sukladno pozitivnim pravima, specijalne norme mogu derogirati, ali i nederogirati općenitije norme, a mogu čak i same biti derogirane od potonjih, na temelju suprotnog načela/kriterija *lex generalis derogat legi speciali*. U paragrafu 3. dat ću primjere za svaki od navedenih slučajeva.

Budući da norma A derogira drugu normu B, nužno je postojanje pravila primjene koje isključuje jednu od dvije norme, ukazujući da je baš ova druga norma primjenjiva na slučaj, i zahtijeva da obje norme imaju zajedničko područje reguliranja.

Ovo područje postoji u slučaju specijalnosti, kao i u slučaju interferencije među normama. Interferirane su, primjerice, odredbe čl. 116. i 117. Kaznenog zakona Republike Slovenije: tko oduzme život drugom ljudskom biću iz diskriminatorskih pobuda, kaznit će se kaznom zatvora u trajanju najmanje 15 godina; tko usmrti drugog, doveden bez svoje krivnje u stanje razdraženosti zbog napada ili teških uvreda od strane žrtve, kaznit će se kaznom zatvora u trajanju od 1 do 10 godina⁵. Ovdje se radi o odnosu „dvostrane ili recipročne” specijalnosti, s obzirom na to da svaka od ove dvije norme, izuzimajući jedan zajednički ele-

5 Engleski prijevod slovenskog Kaznenog zakona, koji je trenutno na snazi, dostupan je pod sljedećim poveznicom: http://www.wipo.int/clea/docs_new/pdf/en/si/si045en.pdf.

Riječ je o sljedećim člancima:

art. 116 (Murder) “Whoever murders another human being by taking his life 1) in a cruel or perfidious manner; 2) due to taking action in official acts to protect public security, or in a pre-trial criminal procedure, or due to decisions of state prosecutors, or due to the proceeding and decisions of judges, or due to criminal complaint, or testimony in a court proceeding; 3) because of violation of equality; 4) out of desire to murder, out of greed, in order to commit or to conceal another criminal offence, out of unscrupulous vengeance, or from other base motives; 5) with the act committed within a criminal organization to commit such offences, shall be sentenced to imprisonment for not less than fifteen years”; art. 117 (Voluntary Manslaughter) “Whoever kills another person through no fault of his own under provocation of assault or serious personal insult from that person shall be sentenced to imprisonment for not less than one and not more than ten years”.

ment (npr. usmrćenje drugog ljudskog bića), sadrži nešto posebno u odnosu na drugu normu, npr. dvije vrsne razlike sadržane su u načinu oduzimanja života (iz diskriminatornih pobuda / doveden bez svoje krivnje u stanje razdraženosti zbog napada ili teških uvreda od strane žrtve).

Da bi se izbjeglo združenu primjenu dviju interferiranih normi (a time i kumulaciju njihovih pravnih posljedica, npr. kazni) ne može se pozvati na načelo *lex specialis derogat legi generali* ili na njemu suprotno načelo *lex generalis derogat legi speciali*, s obzirom na to da niti jedna od ovih normi nije specijalna ili općenita u odnosu na onu drugu. Kriterij derogiranja mora biti drugačiji i zasnovati se na, primjerice, autoritetu donositelja, vremenu ili okolnostima donošenja ili čemu drugom.

Da je derogacija jedno, a odnos specijalnosti drugo, potvrđuje i činjenica da specijalne norme u mnogo slučajeva ne derogiraju općenitije norme, nego se integriraju s potonjima, nadopunjujući se, precizirajući i dodatno određujući pojedine njihove neodređene ili općenite aspekte (kao što je to slučaj, primjerice, u slovenskom pravu, među nekim normama koje reguliraju disciplinske postupke protiv radnika⁶).

2 SPECIJALNOST NORMI

2.1 Jedno logičko-konceptualno pitanje

Znanstvenici koji su se bavili i bave se temom specijalnosti u pravu polaze od jednog zajedničkog uvjerenja: jedna norma specijalna je u *korelaciji* s drugom normom (onom općenitom), kao što je svaka *vrsta* korelativna pripadajućem *rodu*, ili kao što je jedna logička kategorija *uključena* u drugu, ili kao što je jedno jedinstvo u cijelosti obuhvaćeno onim drugim koje je obuhvatnije. S druge strane, oko načela *lex specialis* mnogo je prijedora i kontroverzi. Prvi je korak njihovog rješavanja rasvijetliti u čemu se sastoji ta korelaciju među normama: što, dakle, znači da je jedna norma specijalna/opća u odnosu na onu drugu.

6 Cfr. Katja G. Šugman, *Slovenia, Principles of Criminal Procedure and their Application in Disciplinary Proceedings*, *Revue internationale de droit pénal*, (2003) 3, Vol. 74, 1063-1076 po kojoj su *Civil Servants Act* (O. J. RS, 56/02) i *Regulation on disciplinary proceedings in bodies of state administration, judiciary and local community* (O. J. RS, 58/03) *lex specialis* u odnosu na *Employment Relationships Act* (O. J. RS, 42/02): “*Lex generalis* in the field of the labour law, the *Employment Relationships Act* provides for the employer to serve the worker with a written charge (Art. 177/1 ERA). *Lex specialis* for the civil servants (including police and army) is more precise: the written decision on the opening of the proceedings containing the description of the alleged violation and the evidence to support it has to be served on the defendant (Art. 129 CSA and Art. 11 RDP)”.

Specijalnost/općenitost je kvaliteta/svojstvo normi u ovisnosti o njihovoj pojmovnoj strukturi. Specijalnost i općenitost su dvije alternativne, suprotstavljene i korelativne kvalitete normi: obje pretpostavljaju određenje jednog roda i jedne teorije relevantnosti međusobnih razlika. To znači da se neka norma ne može unaprijed smatrati specijalnom (*specialis*) ili općenitom (*generalis*) spram druge norme bez prethodnog određenja relevantnog roda i relevantnih vrsnih razlika među tim normama, tj. bez da se odredi koji su od pojmova sadržanih u tim normama rodni (*genus*), a koji vrsni (*species*). Posuđujući logičko nazivlje, ove pojmove možemo nazvati „odrednicama”, s obzirom na to da daju smisao normama i da se na njima zasniva specijalnost/općenitost među normama.

Shodno tomu, norme mogu biti specijalne ili opće s obzirom na logičko-semantičke odnose među pojmovima putem kojih se propisuje činjenično stanje i/ili pravni učinci odnosno posljedice i/ili s obzirom na logičke odnose koji postoje među načinima deontološke kvalifikacije tih normi.

2.2 Specijalne i opće norme: razvrstavanje

Slučaj *specijalnosti* s obzirom na *sâmo činjenično stanje* koje norma propisuje je, primjerice, sljedeći:

- *sporazum stranaka suprotan kogentnim normama* je ništetan;
- *sporazum stranaka koji isključuje ili ograničava odgovornost dužnika za namjeru ili krajnju nepažnju* je ništetan.

Druga norma je specijalna (sânim činjeničnim stanjem), propisujući da je sporazum stranaka o isključenju ili ograničenju dužnikove odgovornosti za namjeru i krajnju nepažnju suprotan kogentnoj normi; koja kogentna norma je u talijanskom pravu izričito stipulirana odredbom čl. 1299. talijanskog Građanskog zakonika. U ovom slučaju odrednice specijalnosti su pojmovi suprotnost kogentnim normama i isključenje odgovornosti za namjeru i krajnju nepažnju, koji su prethodno postavljeni u logički odnos inkluzije.

Slučaj specijalnosti s obzirom na *pravne učinke* odnosno *posljedice* normi sadržan je u sljedećem primjeru preuzetom iz talijanskog Građanskog zakonika (čl. 1227.)

- ako činidba nije uredno ispunjena nepažnjom vjerovnika i dužnika, *iznos naknade štete koji duguje dužnik umanjuje se razmjerno vjerovnikovoj krivnji*;
- ako činidba nije uredno ispunjena nepažnjom vjerovnika i dužnika, *naknada štete ne duguje se za one štete koje je vjerovnik mogao spriječiti postupajući uobičajenom pažnjom*.

Druga norma je specijalna (sâmom posljedicom) u odnosu na prvu, s obzirom na to da ona uzrokuje specifičniju posljedicu; drugim riječima, može se reći da je prva norma općenita u odnosu na drugu utoliko što predviđa opće-

nitiju posledicu. Dakle, ako krivnja vjerovnika iznosi 100%, na temelju prve norme dužnik nije obvezan naknaditi štetu jer je iznos naknade umanjen do nule. Ovdje se specijalnost temelji na pretpostavci kako nepostupanje uobičajenom pažnjom znači krivnju (krivnja=nepažnja): ako je dužnik 0% kriv, a vjerovnik 100%, štetu se moglo izbjeći da je vjerovnik bio postupao uobičajenom pažnjom.

Slučaj specijalnosti s obzirom na *činjenično stanje* i *pravne učinke/posljedice* normi sadrži sljedeći primjer:

- ako ugovor ne sadrži koji od *nužnih sastojaka*, *nevaljan* je;
- ako jedan bračni drug prodaje zajedničku nekretninu bez *nužnog* pristanka drugog bračnog druga, kupoprodajni ugovor *je pobojan*.

Druga norma (sadržana u čl. 184. talijanskog Građanskog zakonika) specijalna je u odnosu na prvu jer je pristanak drugog bračnog druga nužna pretpostavka kupoprodaje onih nekretnina koje čine bračnu stečevinu i jer je pobočnost ugovora jedan oblik nevaljanosti ugovora.

Primjeri za specijalnost s obzirom na *sâme načine deontološke kvalifikacije* normi su sljedeći:

- *dopušteno* je dati cijepiti vlastitu djecu;
- *obvezno* je dati cijepiti vlastitu djecu;
- i
- *dopušteno* je, ili je *moguće*, ne loviti divljač;
- *zabranjen* je lov divljači.

Norma *dopušteno* je dati cijepiti vlastitu djecu opća je u odnosu na normu *obvezno* je dati cijepiti vlastitu djecu jer, na logičkom planu, obveza pretpostavlja dopuštenost obvezne radnje: $P(x)$ je nužan uvjet, iako je sam nedostatan za nastanak $O(x)$. Jednako tako, zabrana činiti x pretpostavlja negativno dopuštenje činiti x , tj. dopuštenje ne činiti x : negacija dopuštenja izražava se još i modalitetom mogućnosti, pa se stoga može reći da je *zabrana* lova divljači specijalna norma u odnosu na *dopuštenje ne loviti divljač/mogućnost ne loviti divljač*.

Slučaj specijalnosti s obzirom na *modalitete deontološke kvalifikacije* i *činjenično stanje* normi sljedeći je primjer iz čl. 41. Ustava Republike Slovenije⁷:

- *dopušteno* je slobodno i javno *ispovijedati* vlastita religijska ili druga *vjerovanja*;
- *zabranjeno* je *obvezati* nekog na iznošenje vlastitih *religijskih vjerovanja*.

7 Art. 41 (Freedom of Conscience) "Religious and other beliefs may be freely professed in private and public life. No one shall be obliged to declare his religious or other beliefs. Parents have the right to provide their children with a religious and moral upbringing in accordance with their beliefs. The religious and moral guidance given to children must be appropriate to their age and maturity, and be consistent with their free conscience and religious and other beliefs or convictions".

Sukladno prvoj normi, *dopušteno* je slobodno i javno *ispovijedati* vlastita religijska ili druga *vjerovanja*, u smislu da je dopušteno iznositi ih, kao i ne iznositi ih (u engleskom prijevodu teksta odredbe stoji *may be freely professed*, pa bi ovdje izraz *may* ukazivao na deontološki način dopuštenja, kao i na deontološki način mogućnosti, s obzirom da se u izvornom slovenskom tekstu operira kategorijom sloboda (*svobodno*). Prva je norma općenita u odnosu na drugu jer zabrana obvezivanja nekog na iznošenje vlastitih religijskih vjerovanja pretpostavlja mogućnost, kao i mogućnost suzdržavanja od, javnog i slobodnog ispovijedanja vlastitih vjerovanja, uključujući i onih religijske naravi.

Slučaj specijalnosti s obzirom na *načine deontološke kvalifikacije* i na *pravne učinke/posljedice* normi sadržan je u sljedećem primjeru:

- tko pati od kakvog fizičkog oboljenja, *dopušteno mu je neizvršavanje vojne obveze*;
- tko pati od kakvog fizičkog oboljenja, *obavezan je obaviti zamjensku civilnu službu*.

U ovom je slučaju druga norma specijalna jer predviđa zamjensku obvezu u situaciji koju općenito regulira prva norma: obveza obavljanja zamjenske civilne službe pretpostavlja (logički) dopuštenje neizvršavanja vojne obveze.

Najzad, slučaj specijalnosti koji uključuje cjelovitu normu sadrži, primjerice, odredba čl. 8. st. 1. i 2. slovenskog Zakona o odvjetništvu⁸ koja propisuje sljedeće opće ovlaštenje: *only if a competent court issues a warrant, a search of a lawyer's office is permitted regarding the case files and objects which are explicitly stated in the search warrant*, i dvije posljedične specifikacije: 1) *the secrecy of other documents and objects must not be compromised*; 2) *a representative of the Bar Association of Slovenia must be present during a search of a lawyer's office*. Ove dvije odredbe pretpostavljaju (logički) općenitu dopuštenost pretrage odvjetničkih ureda pod propisanim uvjetima, s time da jedna odredba propisuje jednu specifičnu zabranu, a druga jednu specifičnu obvezu.

Navedeni primjeri pokazuju da specijalnost može biti postavljena na različite načine, ovisno o njenim odrednicama, odnosno o relevantnim rodnim pojmovima i relevantnim vrsnim razlikama. Ipak, u svakom slučaju, jedna norma će biti specijalna u odnosu na drugu normu ukoliko prva norma logički pretpostavlja drugu normu, tj. ako među određenjima sadržanim u tim normama postoji odnos logičkog slijeda, po kojem je predmet prve norme neka vrsta pripadna rodu druge norme ili je logički uključen u nj, ili obratno, predmet općenite norme logički je subordiniran predmetu specijalne norme.

⁸ O. J. RS, No. 18/93, 24/01, 54/08, 35/09; o specijalnosti odredbi sadržanih u citiranom članku u odnosu na opće postupovne odredbe vidi odluku slovenskog Ustavnog suda Up-2530/06-26, 15. travnja 2010.

Ovlaštenje na glasovanje je *nužan (jedini) uvjet* glasačke obveze, kao što je zabrana *povrede temeljnih ljudskih prava pretpostavka i nužan uvjet* u odnosu na zabranu *zlostavljanja djece*, jednako tako *ovlaštenje onog tko ne govori i ne razumije slovenski jezik* da mu se u postupku pred sudom osigura *prijevod* usmenih radnji poduzetih na raspravi pretpostavlja pravo na ostvarivanje i zaštitu prava na svoj *vlastiti jezik* u postupcima pred državom i njenim organima⁹.

2.3 Deontološki načini kao odrednice specijalnosti

Ako se kao odrednice specijalnosti pojavljuju načini deontološke kvalifikacije (te, eventualno, još i pojmovi koji određuju činjenično stanje/pravne učinke), tada su specijalne i opće norme nužno kompatibilne, i to na jedan poseban način, s obzirom da su prve logički posljedične drugima ili logički povezane s drugima.

U ovom slučaju specijalna norma ponavlja nešto što je već propisano onom općom (ako je cijepljenje obveza, onda je dopušteno učiniti to; ako je lov divljači zabranjen, onda je dopušteno ne činiti to), ali ona nije nepotrebna u smislu da je bez učinka i suvišna u odnosu na opću normu, utoliko što drukčije propisuje regulirano ponašanje: *obvezuje*, umjesto jednostavnog dopuštanja; *zabranjuje*, umjesto ostavljanja mogućnosti.

To vrijedi posebno kada se specijalnost ne odnosi samo na načine deontološke kvalifikacije, nego još i na predmet normativne regulacije.

Razmotrimo sada čl. 41. Ustava, koji uređuje slobodu savjesti. Iz ovog članka možemo izvesti sljedeće norme:

- 1) *dopušteno* je javno i privatno iznošenje vlastiti religijskih ili drugih vjerovanja;
- 2) roditeljima je *dopušteno* vlastita moralna i religijska vjerovanja prenositi djeci;

9 Engleska inačica čl. 102. slovenskog Zakona o parničnom postupku glasi kako slijedi: "(1) *The parties and other participants in the proceedings may use their language at hearings and during other oral procedural acts before the court. If the proceedings are not conducted in the language of a party or of other participants in the proceedings, they shall be provided, upon a motion filed to this effect or when the court finds that they do not understand the Slovene language, an oral translation of statements made at the hearing and an oral translation of documents used as evidence at the hearing.* (2) *The parties and other participants in the proceedings shall also be advised of their right to follow the oral proceedings in their own language through an interpreter. They may waive the right to translation by declaring that they understand the language in which the proceedings are being conducted. The advice provided to the parties concerning their rights in respect of the language and their statements in this regard shall be entered into the minutes of the hearing.* (3) *The translations shall be made by interpreters.*" Engleska inačica čl. 62. slovenskog Ustava (*Right to Use One's Language and Script*) određuje da: "*Everyone has the right to use his language and script in a manner provided by law in the exercise of his rights and duties and in procedures before state and other authorities performing a public function.*"

3) *obvezno* je da religijske i moralne poduke upućene djeci budu prikladne njihovoj dobi i sukladne njihovoj slobodi savjesti i njihovim vjerovanjima i religijskim uvjerenjima.

Sve su ove norme međusobno kompatibilne i poredane od veće prema manjoj mjeri općenitosti. Norma pod 2) specijalan je slučaj norme pod 1) s obzirom da je prenošenje djeci vlastitih religijski uvjerenja za roditelje jedan način iznošenja vlastitih vjerovanja u privatnom životu i u krugu obitelji. Norma pod 3) specijalna je u odnosu na (općenite) norme pod 1) i 2), tj. pretpostavlja ih utooliko što *obveza* da religijska i moralna poduka djece bude odgovarajuća njihovoj dobi i zrelosti i sukladna njihovoj slobodi savjesti i njihovim vjerovanjima ili religijskim uvjerenjima *pretpostavlja* da je roditeljima *dopušteno* prenositi djeci moralna i religijska vjerovanja, kao i ispovijedati potonja u privatnom životu.

Ipak, treba primijetiti kako iz ovog dopuštenja *ne proizlazi, pukom logičkom dedukcijom*, da religijske i moralne poduke upućene djeci moraju odgovarati njihovoj dobi i zrelosti i biti sukladne njihovoj slobodi savjesti i njihovim vjerovanjima ili religijskim uvjerenjima. Ovo je dodatni uvjet koji ovisi o konkretnom pravno-političkom izboru.

2.4 Ostale moguće deontološke relacije između specijalnih i općenitih normi

U svim ostalim slučajevima u kojima, naprotiv, odrednice specijalnosti nisu načini deontološke kvalifikacije, specijalne i opće norme mogu biti: (i) *kompatibilne* (obje dopuštaju ili obvezuju ili zabranjuju ili ovlašćuju); (ii) *inkompatibilne* (jedna zabranjuje, druga dopušta; jedna obvezuje, druga ovlašćuje, itd.); (iii) *logički neovisne s obzirom na načine deontološke kvalifikacije* (na primjer, jedna pripisuje dodatno specijalno/opće ovlaštenje, a druga dodatnu opću/specijalnu obvezu).

Ako je specijalna norma kompatibilna onoj općoj, tu možemo govoriti o suvišnosti, jer postoje dvije norme, od kojih svaka ponavlja (u cijelosti ili djelomično) sadržaj one druge. No, čak i u ovom slučaju ponavljanje ne mora biti suvišno ili beskorisno. Razmotrimo sljedeće norme: zabranjen pristup psima; zabranjen pristup psima na kratkoj uzici. Predviđanje ovakve specijalne norme isključuje mogućnost razlikovanja i tumačenja po kojem bi držanje psa na kratkoj uzici predstavljalo bitnu razliku na kojoj bi se zasnivala drukčija disciplina i, na primjer, dopuštanje pristupa.

Značajan primjer sadrži čl. 16. slovenskog Ustava, koji regulira privremeno suspendiranje i ograničavanje ljudskih prava i temeljnih sloboda zajamčenih samim Ustavom¹⁰. U tom članku mogu se razlučiti dvije norme u odnosu spe-

10 Art. 16 (Temporary Suspension and Restriction of Rights) "Human rights and fundamental freedoms provided by this Constitution may exceptionally be temporarily suspended or restricted

cijalnosti: opća norma, sukladno kojoj se ljudska prava i temeljne slobode predviđene Ustavom iznimno mogu privremeno suspendirati ili ograničiti u slučaju rata ili izvanrednog stanja; specijalna norma, sukladno kojoj ta prava i slobode mogu biti suspendirana ili ograničena samo za trajanja rata ili izvanrednog stanja i samo u ono mjeri koliko to zahtijevaju takve okolnosti. Druga je norma specijalna u odnosu na prvu jer ju logički pretpostavlja: to što ljudska prava i temeljne slobode zajamčene ustavom mogu biti suspendirane ili ograničene za trajanja rata ili izvanrednog stanja i samo u ono mjeri koliko to zahtijevaju takve okolnosti, logički pretpostavlja da ta prava i slobode mogu biti suspendirani ili ograničeni u slučaju rata ili izvanrednog stanja; te je također kompatibilna s općom normom: posebno precizira uvjete pod kojima su suspenzija i ograničenje dopušteni.

Ovdje razmotrena opća norma je na neki način specijalna i kompatibilna u odnosu na drugu općenitiju normu iz čl. 15. slovenskog Ustava, sukladno kojoj se ljudska prava i temeljne slobode ostvaruju neposredno na temelju Ustava i mogu se ograničiti samo na načine propisane Ustavom¹¹. Ove dvije norme su kompatibilne, budući da norma iz čl. 15. Ustava dopušta propisivanje određenih ustavnih ograničenja u pogledu ljudskih prava i temeljnih sloboda, dok norma iz čl. 16. Ustava predviđa suspenziju/ograničenje tih prava u određenim okolnostima (rat ili izvanredno stanje). U ovom slučaju, međutim, sadržaj specijalne norme nije izveden pukom logičkom dedukcijom, što ju ne čini beskorisnom ili suvišnom.

Ako specijalna i opća norma imaju suprotne ili proturječne načine deontološke kvalifikacije, javlja se problem i praktična dvojba u svim slučajevima koje regulira specijalna norma.

Dajemo primjer zabrane retroaktivnosti zakona, regulirane čl. 155. slovenskog Ustava¹². Iz ovog članka možemo izvesti sljedeće dvije norme:

during a war and state of emergency. Human rights and fundamental freedoms may be suspended or restricted only for the duration of the war or state of emergency, but only to the extent required by such circumstances and inasmuch as the measures adopted do not create inequality based solely on race, national origin, sex, language, religion, political, or other conviction, material standing, birth, education, social status, or any other personal circumstance”.

- 11 Art. 15 (*Exercise and Limitation of Rights*) “Human rights and fundamental freedoms shall be exercised directly on the basis of the Constitution. The manner in which human rights and fundamental freedoms are exercised may be regulated by law whenever the Constitution so provides or where this is necessary due to the particular nature of an individual right or freedom. Human rights and fundamental freedoms shall be limited only by the rights of others and in such cases as are provided by this Constitution”.
- 12 Art. 155 (*Prohibition of the Retroactive Effect of Legal Acts*) “Laws and other regulations and general legal acts cannot have retroactive effect. Only a law may establish that certain of its provisions have retroactive effect, if this is required in the public interest and provided that no acquired rights are infringed thereby”.

- zakoni ne mogu imati retroaktivan učinak ili retroaktivni zakoni su protuustavni;

- samo se zakonom može propisati da određene njegove odredbe imaju retroaktivan učinak, ako je to sukladno javnom interesu i ne vrijeđa stečena prava; ili, retroaktivne odredbe zakona koje vrijeđaju stečena prava i/ili nisu u skladu s javnim interesom, protuustavne su.

Da bismo analizirali te norme, prepisujemo ih ističući njihov deontološki način i predmet regulacije kako slijedi:

- *zabranjeno* je donositi retroaktivne zakone;

- *dopušteno* je donositi retroaktivne zakonske odredbe ako su sukladne javnom interesu i ne vrijeđaju stečena prava.

U ovom su slučaju norme inkompatibilne, s obzirom na to da jedna zabranjuje ono što druga dopušta. Druga norma sadrži iznimku, dopuštajući nešto što ona prva zabranjuje.

Prva je norma prohibitorna ili opća zabrana: odnosi se na svako donošenje retroaktivnih zakona, bez obzira na razlog i cilj njihova donošenja, kao i na područje njihove primjene.

Druga je norma permissivna ili specijalno dopuštenje odnosno iznimka, s obzirom na to da se odnosi na jednu posebnu situaciju u pogledu donošenja zakona: kada je donošenje nekog zakona opravdano s pozicije javnog interesa i ne dira u stečena prava. U tom su slučaju relevantne vrsne razlike koje karakteriziraju vrste: postojanje javnog interesa i nevrijeđanje stečenih prava.

Specijalne i opće norme mogu biti logički neovisne s obzirom na načine deontološke kvalifikacije. Primjerice, iz čl. 294. slovenskog Kaznenog zakona mogu se izvesti sljedeće norme¹³:

13 Engleska inačica propisuje kako slijedi:

art. 294 (*Criminal Association*) "(1) Whoever participates in a criminal association which has the purpose of committing criminal offences for which a punishment by imprisonment of more than three years, or a life sentence may be imposed, shall be punished by imprisonment of three months up to five years. (2) Whoever establishes or leads an association as referred to in the preceding paragraph, shall be punished by imprisonment of six months up to eight years. (3) A perpetrator of a criminal offence from the preceding paragraphs who prevents further commission of these offences or discloses information which has a bearing on the investigation and proving of criminal offences that have already been committed, may have his punishment for these offences mitigated, in accordance with Article 51 of this Penal Code".

Engleska inačica čl. 51. predviđa da:

"When conditions for the reduction of a sentence, as outlined in the preceding Article, are met, the sentence shall be reduced within the following limits: 1) if a prison sentence for a term of fifteen years is prescribed as the lowest limit for a specific offence, such a limit may be lowered by up to ten years of imprisonment; 2) if a prison sentence for a term of three or more years is prescribed as the lowest limit for a specific offence, such a limit may be lowered by up to one year of imprisonment; 3) if a prison sentence for a term of one year is prescribed as the lowest limit for a specific offence, such a limit may be lowered by up to three months of imprisonment; 4) if

- svakome tko sudjeluje u zločinačkoj organizaciji koja ima za cilj počinjenje kaznenih djela za koja je predviđena kazna zatvora u trajanju duljem od 3 godine ili za koja se može izreći kazna doživotnog zatvora, sudac *mora* izreći kaznu zatvora u trajanju od 3 do 5 godina;

- svakome tko sudjeluje u zločinačkoj organizaciji koja ima za cilj počinjenje kaznenih djela za koja je predviđena kazna zatvora u trajanju duljem od 3 godine ili za koja se može izreći kazna doživotnog zatvora i *tijekom istrage otkrije korisne informacije kojima se dokazuje počinjenje tih kaznenih djela*, sudac *može* ublažiti kaznu (u smislu čl. 51. slovenskog Kaznenog zakona).

U ovom slučaju druga norma daje posebno ovlaštenje (diskrecijsko ovlaštenje predviđeno čl. 51. slovenskog Kaznenog zakona), umjesto obveze izricanja sankcije koja je općenito predviđena prvom normom. Druga norma specifičnije propisuje činjenično stanje, pretpostavlja počinjenje kaznenog djela općenito obuhvaćenog prvom normom, ali, umjesto obvezivanja suca na izricanje određene kazne, dodjeljuje mu ovlaštenje ublažavanja kazne sukladno propisanim ograničenjima.

Zaključno, dakle, ukoliko odnos specijalnosti postoji između onog što norme propisuju, odnosno među nekim pojmovima tih normi, specijalne i opće norme mogu biti međusobno kompatibilne (kao u primjeru iz čl. 15. i 16. slovenskog Ustava) ili inkompatibilne (kao u primjeru iz čl. 155. slovenskog Ustava) ili neovisne (kao u primjeru iz čl. 294. slovenskog Kaznenog zakona), s obzirom na njihove načine deontološke kvalifikacije (ovlaštenje, obveza, zabrana, dopuštanje, itd.).

2.5 Specijalnost i pravednost (*suum cuique tribuere*)

Glavne su zasluge isticanja logičko-konceptualne dimenzije specijalnosti: djeluje obvezujuće na primjenjivača, tumača, pravnika ili suca, iznosi određene izbore (*značenjske i vrijednosne*), ukazuje na to da specijalnost normi *nije samo logičko pitanje*, već ima *značenjski temelj* i bitno ovisi o *polaznim pretpostavkama i sadržaju pojmova*, a što uvodi u igru *pravednost shvaćenu kao jednakost ili pravičnost*, kao i još dublje *vrijednosne izbore*.

S jedne strane, općenitost je pravednost u formalnom smislu, budući da pretpostavlja jednak tretman za sve koji pripadaju istoj kategoriji (i drukčiji tretman za sve ostale)¹⁴, s druge strane, specijalnost je također pravednost u smislu pravičnosti kao izdvojenog tretmana pojedinačnog slučaj. Općenitost kao formalna jednakost i specijalnost kao pravičnost dva su naličja pravednosti

a prison sentence for a term of less than one year is prescribed as the lowest limit for a specific offence, such a limit may be lowered by up to fifteen days of imprisonment; 5) if a prison sentence is prescribed as the lowest limit without the statutory terms being determined, a fine may be imposed in place of the prison sentence; 6) if a fine is imposed as the principal sentence, it may be reduced by up to fifteen daily amounts”.

14 Cfr. Chaïm Perelman, *La règle de justice*, u: *Dialectica*, 54/55, 1960, 230-238.

shvaćene kao *suum cuique tribuere*. Ali, u oba slučaja, izbor *koga* ili *što* tretirati jednako ili različito i *kakav* treba biti tretman pojedinih kategorija i individua ovisi o vrijednosnim izborima.

Odnos roda i vrste i logičke posljedice temeljni je način ljudskog mišljenja na svakom polju (kako i pokazuje njegova primjena u modernim empirijskim znanostima, kao što su zoologija, biologija, geologija, kao i u geometriji i matematici), pa ne čudi stoga što on postoji i u pravu. No, za razliku od logike i matematike i empirijskih znanosti, u *pravu* odlučiti što jest i što nije bitno, što se uračunava a što ne kao rod ili vrsna razlika, znači *regulirati jednako ili različito određena ponašanja ili kategorije ponašanja* u odnosu na *druge*, ili *tretirati jednako ili različito neke pojedince ili kategorije pojedinaca* u odnosu na *druge*.

Svođenje specijalnosti samo na logiku (kategorija) jedan je od načina prikriivanja značenjskih i vrijednosnih izbora koje obavlja tumač (sudac ili pravnik) kako bi kvalificirao normu kao specijalnu, opću ili drugačije. Radi osiguranja nearbitrarnosti i kontrolabilnosti pravnih rješenja, potrebno je istaknuti, pored logičke dimenzije, značenjske i vrijednosne izbore koji imaju odlučujuću ulogu prilikom kvalificiranja norme kao specijalne ili opće. Riječ je, dakle, o tome da se iskaže koji je to rod koji se pretpostavlja i koja je to odnosno koje su to vrsne razlike koje se smatra relevantnima. Kao i na svakom polju, u logici, matematici i u empirijskim znanostima, pa tako i u pravu, rodovi nisu dati zauvijek: ovisе o izborima i/ili teorijama. Međutim, ako, logički, svaka vrsta nužno nasljeđuje obilježja roda i razlikuje se od svake druge vrste vrsnom razlikom, onda potonja sadrži obilježje po kojem pripada ili ne pripada rodu: u pravu to nije niti nužno niti dostatno, nego o onome tko proučava, o tumaču, ovisi utvrđenje koje je od beskonačnih obilježja roda relevantno i konstitutivno za određenu vrstu.

Primjer koji dobro ukazuje na trodimenzionalnost specijalnosti (logika, semantika, i pravednost-vrijednosti) odluka je slovenskog Ustavnog suda, koja je pod pretpostavkom da „*persons with disabilities as an objectively disadvantaged social group must be ensured de facto equal treatment*” proglasila protuustavnima odredbe slovenskog Zakona o parničnom postupku u dijelu kojim je propušteno regulirati pravo slabovidnih osoba na pristup dokaznoj dokumentaciji i drugim pisanim procesnim radnjama, na njima odgovarajući način¹⁵. Sud je tako

15 Ustavni sud Republike Slovenije, predmet broj U-I-146/07-34, 13. studenog 2008., www.us-rs.si. Zanimljivo je napomenuti da prema slovenskom pravu Ustavni sud može zahtijevati od parlamenta ispravljanje nedostataka glede ustavnosti zakona i ustanoviti prijelazni režim dok se ovi nedostaci ne uklone, pa je u ovom slučaju Sud odredio da „1. *The Civil Procedure Act ... is inconsistent with the Constitution, as it does not regulate the right of blind and partially sighted persons to access court documents and written applications of parties and other participants in proceedings in a form that they are capable of perceiving.* 2. *The National Assembly is obliged to remedy the established inconsistency within a period of one year from the publication of this decision in the Official Gazette of the Republic of Slovenia.* 3. *Until the established inconsistency is remedied, courts in civil proceedings must ensure blind and partially sighted persons access*

odlučio ukazujući na to da je pravo na pristup procesnim radnjama uređeno na poseban način (posebnim zakonom) u odnosu na gluhe osobe i smatrajući da, na temelju načela jednakosti, a posebno načela jednakih šansi, propisanog čl. 14. Ustava, zakon mora “*create certain differences in order to abolish differences which are a result of traditional and long-lasting discrimination between people*”. Preciznije, Sud je smatrao da ako

general norm has discriminatory effects for this social group (...) [t]he requirement of the prohibition of discrimination namely in certain instances entails also the requirement of the implementation of a special legal position or special rights, including certain positive measures which should prevent a less favorable position or marginalization of the weakest links of society, and as well promote and create equal opportunities for such categories of people in order to ensure their participation in social life on an equal basis.

Međutim, često vrijednosni izbori i razmatranja o pravednosti ostaju skriveni. Primjerice, u jednom drugom slučaju slovenski Ustavni sud smatrao je da

The Employment Relations Act and the Enforcing the Public Interest in the Field of Culture Act have the relation of a general and a special regulation, respectively

na temelju uvjerenja da na polju umjetnosti i kulturnih aktivnosti rad ima posebnu narav (*special nature*) i, posebno u odnosu na kazališne glumce, sud je smatrao da

The particularities of the work and profession of theatre actors already follow from the nature of the matter and therefore this is not like any other type of work. The legislature could thus regulate their fixed-term employment relations differently than for other workers.¹⁶

Ta tvrdnja suda opterećena je tzv. naturalističkom pogreškom, utoliko što sud hini da iz prirode stvari proizlazi ono što je izbor odgovarajućeg shvaćanja pravednosti po kojem treba različito tretirati određenu kategoriju radnika. Ovdje se radi o skoku od činjenica k vrijednostima, koji skok ne ublažava to što obrazloženje suda prešutno sadrži tvrdnju da se ono što je iste naravi mora tretirati jednako, a ono što nije, različito. Ova tvrdnja, koja sadrži princip formalne pravednosti, nije dostatna za obrazloženje sudske odluke, koja, u krajnjoj liniji, ovisi o vrijednosnom izboru u pogledu rada, kako općenito, tako i onog na polju umjetnosti i kulturnih aktivnosti.

on their request to court documents and written applications of parties and other participants in proceedings in a form that they are capable of perceiving. Costs that are so incurred are to be paid from the funds of the court”.

16 Ustavni sud Republike Slovenije, broj predmeta U-I-278/07, O. J. RS, No. 94/2009.

3 DEROGACIJA IZMEĐU SPECIJALNIH I OPĆIH NORMI

3.1 Pitanje praktičnog opravdanja

Suprotno onom što se ponekad tvrdi, specijalne norme nisu po sebi derogirajuće spram onih općih. Za razliku od specijalnosti/općenitosti, derogacija nije logičko-konceptualno pitanje povezano sa sadržajem normi, već pozitivno-pravno pitanje koje se odnosi na izbor normi primjenom kojih će se odlučiti u nekom slučaju. Da bi se odlučilo u nekom slučaju (stvarnom ili zamišljenom), nužno je prethodno odrediti/izabrati normu koja će poslužiti kao temelj obrazloženja ili osnova za opravdanje. Alternativa koju rješava načelo *lex specialis* je mora li se, radi pravnog opravdanja, pribjeći (više) općenitoj i/ili (više) specijalnoj normi.

Primjerice, da bi smo znali kako se moramo ponašati u bogomolji, koju normu treba izabrati između specijalne, po kojoj je obvezno biti u potpunosti tišini u crkvi za vrijeme obreda, i opće, po kojoj je obvezno biti u tišini na svetim mjestima? Obje norme se odnose na situacije u kojima ljudi posjećuju i pohađaju sveta mjesta, pa je problematično utvrditi reguliraju li ovakve slučajeve obje ove norme ili pak samo jedna od njih. Ovisno o tome koju normu izaberemo, različita ponašanja bit će ispravna ili neispravna (u skladu s pravom ili protupravna).

Odgovor na pitanje: zašto ne pušiš lulu u dnevnoj sobi? može biti jer je u kući zabranjeno pušenje (specijalna prohibitorna norma) ili jer je zabranjeno pušenje *tout court* (opća prohibitorna norma). U ovom slučaju, u odsutnosti derogacije imamo dva konkurirajuća razloga nepušenja lule u dnevnoj sobi.

Odgovor na pitanje: ući ili ne ući na tuđe zemljište da bi se spasio život Tiziju? može biti: da, jer je u stanju nužde dopušteno stupiti na tuđe privatno zemljište; ili ne, jer je zabranjeno vrijeđati tuđe vlasništvo. U posljednjem slučaju, u odsutnosti derogacije po specijalnosti, subjekt je doveden u praktičnu dilemu između dvaju suprotnih normativnih odgovora.

Problem derogacije javlja se kad imamo više kompatibilnih razloga/normi, dakle konkurirajućih (kao u dva primjera sa šutnjom i pušenjem) ili kada, na protiv, imamo nekompatibilne razloge/norme (kao u posljednjem primjeru sa stanjem nužde). Dok u prvom slučaju derogacija regulira konkurenciju normi, u drugom rješava sukob među normama.

Načelo *lex specialis derogat legi generali* pravilo je prosudbe: meta-norma ili meta-pravilo u smislu da ono regulira postupak odlučivanja slučajeva (realnih ili zamišljenih radi misaone vježbe). Njegovi adresati su prvenstveno dužnosnici, u prvom redu suci, ali također i građani, budući da i njih zanima saznati regulira li određena ponašanja jedna ili više normi i je li jedina norma koja regulira određena ponašanja ona (više) specijalna ili pak ona (više) općenita.

3.2 Jedno pozitivnopravno pitanje. Neki primjeri derogacije i integracije između specijalnih i općih normi

Da bi se se odredilo je li primjenjiva norma ona opća i/ili ona specijalna, potrebna je od ovih *različita i odvojena treća norma* koja regulira primjenu konkurirajućih ili sukobljenih specijalnih/općih normi. U oba slučaja, bilo da je riječ o sukobu ili konkurenciji, o pozitivnom pravu ovisi koja norma – ona opća i/ili ona specijalna – upućuje na odluku o tome/služi da bi se odlučilo kako se u ovom slučaju mora ponašati.

U kontinentalnoeuropskoj pravnoj kulturi, i to ne samo onoj suvremenoj, poslovice ili maksima *lex specialis derogat legi generali* najpoznatiji je izraz pravila odlučivanja po kojem se prilikom pravnog opravdavanja mora upotrijebiti samo ona norma koja je (više) specijalna, isključujući svaku (više) općenitu normu.

i) Određeni poredak moći će, dakle, predvidjeti da svaka njegova specijalna norma derogira svaku njegovu općenitiju normu na razini cijelog poretka (ili njegovog određenog dijela).

Primjerice, u talijanskom pozitivnom pravu, u smislu čl. 15. Kaznenoga zakona, “*kad više kaznenih zakona ili više odredbi istog kaznenog zakona reguliraju istu materiju, specijalni zakon ili odredba derogira opći zakon ili odredbu, ako nije drukčije propisano*”, što znači da (ako nije drukčije propisano) *svaka specijalna kaznenopravna norma* mora derogirati eventualne općenitije kaznenopravne norme, a što vrijedi kako u pogledu sankcioniranja kaznenih dijela, tako i u pogledu sankcioniranja prekršaja.

U slovenskom kaznenom pravu nema odredbe analogne prethodno citiranoj odredbi kaznenog prava (no, treba se prisjetiti čl. 49. Kaznenog zakona Socijalističke Republike Slovenije, koji je bio na snazi do 1994., a propisivao je “svaka kazna oduzimanja slobode, novčana kazna ili druga sankcija izrečena za prekršaj, kao i svaka kazna i stegovna mjera oduzimanja slobode izrečena za vojno stegovno djelo, uračunat će se u kaznu izrečenu za kazneno djelo ako opis tog kaznenog djela odgovara opisu tog prekršaja ili tog vojnog stegovnog djela”¹⁷; sukladno ovoj odredbi, ako kazneno djelo uključuje prekršaj ili vojno stegovno djelo, kazne se ne kumuliraju, nego ih apsorbira ona koja je izrečena za predmetno kazneno djelo.

Načelo *lex specialis* može se pojaviti kao norma koju, iako nije izričito postavljena, primjenjuju tumači da bi međusobno uskladili norme poretka, kao što je to slučaj u primjeru između normi slovenskog Zakona o kaznenom postupku

17 Cfr. *Il Codice penale sloveno*, (uvod: Ljubo Bavcon; preveli: Zvonko Fišer, Natalina Folla, Marco Ukmar), Padova, CEDAM, 1998.

i normi koje sadrži *Act on European Arrest Warrant and Surrender Procedures Between Member States*, koji je prihvatio slovenski parlament 26. travnja 2004¹⁸.

Znakovit primjer na međunarodnom planu, i to baš u vezi WTO-a, sadrži čl. 2. Dodatka 2. *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, sukladno kojem:

The rules and procedures of this Understanding shall apply subject to such special or additional rules and procedures on dispute settlement contained in the covered agreements as are identified in Appendix 2 to this Understanding. To the extent that there is a difference between the rules and procedures of this Understanding and the special or additional rules and procedures set forth in Appendix 2, the special or additional rules and procedures in Appendix 2 shall prevail. In disputes involving rules and procedures under more than one covered agreement, if there is a conflict between special or additional rules and procedures of such agreements under review, and where the parties to the dispute cannot agree on rules and procedures within 20 days of the establishment of the panel, the Chairman of the Dispute Settlement Body provided for in paragraph 1 of Article 2 (referred to in this Understanding as the "DSB"), in consultation with the parties to the dispute, shall determine the rules and procedures to be followed within 10 days after a request by either Member. The Chairman shall be guided by the principle that special or additional rules and procedures should be used where possible, and the rules and procedures set out in this Understanding should be used to the extent necessary to avoid conflict¹⁹.

Sukladno toj odredbi, specijalna se pravila integriraju s onim općima, osim ako razlike među njima sprječavaju njihovu združenu primjenu, u kojem slučaju se primjenjuju samo ova prva, a druga se ne primjenjuju, a eventualni sukobi između međusobno specijalnih pravila (sadržanih u različitim sporazumima) rješavaju se na temelju načela da se suprotstavljena posebna pravila ne primjenjuju, nego se primjenjuju opća pravila.

ii) Određeni poredak moći će također odrediti da samo neke specijalne norme derogiraju samo neke opće norme, definirajući tako domet načela *lex specialis* na točno određeni način.

Primjerice, čl. 840. talijanskog Građanskog zakonika propisuje da se opća norma po kojoj se vlasništvo zemljišta proteže i na podzemlje, sa svim što se ondje nalazi, ne primjenjuje na rudnike i tresetišta.

U smislu čl. 83. slovenskog Ustava, zastupnici ne mogu biti podvrgnuti kaznenom progonu bez odobrenja Nacionalne skupštine, osim ako je zastupnik zatečen u počinjenju kaznenog djela za koje je zapriječena kazna zatvora u tra-

18 Cfr. O. J. RS no. 37/2004; http://www.law.uj.edu.pl/~kpk/eaw/raports/Questionnaire_Slovenia.pdf

19 Cfr. <http://www.wto.org/>. Za komentar vidi William Davey, *The Quest for Consistency: Principles Governing in the Interrelation of the WTO Agreements*, u: Stefan Griller (ur.), *At the Crossroads: the World Trading System and the Doha Round*, Wien-New York, Springer, 2008, 107-123.

janju duljem od 5 godina²⁰. Ta klauzula „osim ako” uvodi derogaciju u pogledu imuniteta parlamentarnih zastupnika, s obzirom na to da predviđa da se opća norma o nužnosti odobrenja ne primjenjuje pod određenim uvjetima (okolnost da je zastupnik zatečen u počinjenju kaznenog djela za koje je zapriječena kazna zatvora u trajanju duljem od 5 godina).

iii) Poretci mogu odrediti i da opća norma u određenoj situaciji derogira specijalne norme sukladno recipročnom načelu *lex generalis derogat legi speciali*.

Na primjer, u talijanskom pravu, u smislu čl. 9 Zakona br. 689. iz 1981., norme nacionalnog kaznenog zakonodavstva primjenjuju se umjesto autonomnih normi regija i provincija koje predviđaju administrativne sankcije.

Treba razmotriti i sljedeće odredbe *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, koji prileži Rezoluciji Opće skupštine UN 56/83 od 12. prosinca 2001²¹:

Art. 57 (*Responsibility of an international organization*) *These articles are without prejudice to any question of the responsibility under international law of an international organization, or of any State for the conduct of an international organization.*

Art. 58 (*Individual responsibility*) *These articles are without prejudice to any question of the individual responsibility under international law of any person acting on behalf of a State.*

Art. 59 (*Charter of the United Nations*) *These articles are without prejudice to the Charter of the United Nations.*

Te odredbe sadrže pravila primjene i određuju da se pred pravilima sadržanima u Rezoluciji ne uklanjaju pravila međunarodnog javnog prava i Povelje UN koja mogu biti, i vjerojatno jesu, općenitija od onih specijalnih sadržanih u Rezoluciji.

iv) Pozitivno pravo može odrediti i da se određene norme ne derogiraju međusobno i da specijalne norme i opće norme uređuju ravnopravno praktične izbore građana i odluke sudaca i javnih dužnosnika.

Tu se misli na stjecaj kaznenih djela u talijanskom i slovenskom kaznenom pravu (čl. 53. koji je u engleskoj inačici znakovito naslovljen *Concurrence of criminal offence*). Ostale pretpostavke stjecaja ili, preciznije rečeno, integriranja specijalnih i općih normi, proizlaze, primjerice, iz čl. 126-bis talijanskog Zakona o bankama, koji propisuje da se odredbama tog zakona koje se odnose na potrošački kredit „ne dira u odredbe“ talijanskog Zakona o potrošačima; ili

20 Art. 83 (*Immunity of Deputies*) „No deputy may be detained nor, where such deputy claims immunity, may criminal proceedings be initiated against him without the permission of the National Assembly, except where such deputy has been apprehended committing a criminal offence for which a prison sentence of over five years is prescribed”.

21 Cfr. http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf.

pak iz čl. 36. Ugovora o Europskoj uniji (ranije čl. 30. Ugovora o Europskoj zajednici) po kojem

*odredbe čl. 34. i 35. ne isključuju one zabrane i ograničenja uvoza, izvoza ili provoza koje su opravdane razlozima javnog morala; javnog reda; javne sigurnosti; skrbi o zdravlju i životu ljudi i životinja i o očuvanju biljnog svijeta; zaštite umjetničke, povijesne i arheološke baštine od nacionalnog značaja i zaštite industrijskog i komercijalnog vlasništva*²².

Izrazi poput „ne diraju u odredbe” ili „ne dovode u pitanje odredbe” te drugi slični izrazi, primjerice „Without prejudice to the following paragraphs” i tsl., ukazuju na to da se predmet regulacije uređuje kombiniranjem specijalnih i općih normi.

3.3 Tri načina izražavanja načela *lex specialis*

Dakle, svaki pravni poredak sadrži vlastite izbore po pitanju derogacije između specijalnih i općih normi. Mogu se razlikovati čak i tehnike jezičnog oblikovanja načela *lex specialis*.

Nastavno, razmatram tri primjera.

1) Derogacija između specijalnih i općih normi može biti izražena posredno, određujući da se opće norme primjenjuju u onoj mjeri u kojoj nešto nije posebno regulirano specijalnim normama ili nekim određenim propisom.

Čl. 56. Poslovnika Nacionalne skupštine Republike Slovenije

*At the meetings of working bodies, for issues not specifically regulated by these Rules of Procedure, the provisions of these Rules of Procedure that refer to sessions of the National Assembly apply mutatis mutandis*²³.

Ta odredba sadrži pravilo primjene koje se može ovako preformulirati: na radna tijela se primjenjuju (i) specijalne norme koje ih reguliraju i koje derogiraju opće norme koje se odnose na sjednice Nacionalne skupštine, sukladno načelu *lex specialis*; (ii) opće norme koje se odnose na sjednice Nacionalne skupštine, u nedostatku specijalnih normi. U tom slučaju, opće norme se primjenjuju *mutatis mutandis*, tj. uz odgovarajuće prilagodbe, cijeneći neizbježne razlike između sjednica Nacionalne skupštine i radnih tijela. Stoga, ta norma ovlašćuje tumača da provede potrebne izmjene kako bi regulaciju sjednice učinio primjenjivom na radna tijela.

22 Navedeni članci propisuju: čl. 34 (ranije čl. 28. Ugovora o Europskoj zajednici) „Zabranjuju se među državama članicama količinska ograničenja uvoza, kao i sve druge mjere takvog učinka.“; čl. 35 (ranije čl. 29. Ugovora o Europskoj zajednici) „Zabranjuju se među državama članicama količinska ograničenja izvoza, kao i sve druge mjere takvog učinka.“. Cfr. G.U. UE2010/C 83/01 od 30. ožujka 2010. Konsolidirana verzija Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o funkcioniranju Europske unije.

23 Cfr. <http://www.dz-rs.si/>

2) Načelo *lex specialis* može biti izraženo skraćeno putem formulacija poput, primjerice, „osim ako”, „unless”, „except” i sličnim frazama, poput, primjerice, „*Irrespective of the provisions of paragraphs ... of this article*”.

Tako čl. 64. Poslovnika Nacionalne skupštine Republike Slovenije propisuje kako slijedi:

(6) *The National Assembly may decide to extend the agenda only if the reasons for such have arisen after the convening of the session and if the deputies have been sent or submitted the material constituting the basis for placing the item on the agenda. (7) Under the conditions referred to in the preceding paragraph, the agenda of the session may only be extended to items provided in paragraph two of Article 58 of these Rules of Procedure*²⁴. (8) *Irrespective of the provisions of paragraphs six and seven of this article, the agenda may also be extended to deciding on the request referred to in paragraph ten of Article 21 of these Rules of Procedure.*

Stavkom 8. propisana je posebna norma, nekompatibilna onoj sadržanoj u stavcima 6. i 7. Dok stavci 6. i 7., uzeti zajedno, određuju da Nacionalna skupština može donijeti odluku o proširenju dnevnoga reda sjednice samo ako i) su se razlozi za proširenje dnevnoga reda pojavili nakon sazivanja sjednice, ii) zastupnici imaju na raspolaganju materijale za raspravu, iako tema nije uvrštena na dnevni red, iii) se radi o pitanju koje, u smislu čl. 92., ne trpi odgodu; stavak 8. propisuje da Nacionalna skupština može proširiti dnevni red sjednice i radi razmatranja određenih odluka Savjeta Predsjedništva Nacionalne skupštine (onih pod 2, 3, 5, 6, i uz određene uvjete, 1, iz čl. 21.) kad 1/50 zastupnika uskrati suglasnost. Da je stavkom 8. unesena iznimka (specijalna nekompatibilna norma) razvidno je iz riječi „also” (i) koja upućuje na ranije postojanje popisa kojem se time nešto dodaje.

U ovom slučaju načelo *lex specialis* regulira sukob između specijalne norme iz st. 8. i opće norme iz st. 6. i 7., sukladno kojoj Nacionalna skupština ne bi mogla proširiti dnevni red sjednice i na odluke Savjeta, s obzirom na to da tu ne bi bila riječ o pitanju koje ne trpi odgodu u smislu čl. 92.

3) Jedna druga redakcijska tehnika primijenjena je u sljedećim odredbama već spomenutog *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*²⁵.

²⁴ I to uzimajući u obzir “*issues that can not be postponed and can not be placed in time on the agenda of a regular session*”, s obzirom na to da “*a law is proposed for adoption by the urgent procedure*” ili “*the decision of the National Assembly is tied to a deadline provided by the Constitution, law, or these Rules of Procedure*” o “*in the event of issues related to the expiry of the term of office or confirmation of the election of a deputy and to the immunity of deputies or other holders of public office, or issues concerning elections, appointments, and dismissals*” ili najzad “*in the event of decisions referred to in Article 92 of the Constitution*”, a to je kad se glasuje po sustavu “*secret ballot*”.

²⁵ Cfr. http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf.

Art. 55 (*Lex specialis*) *These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law.*

Art. 56 (*Questions of State responsibility not regulated by these articles*) *The applicable rules of international law continue to govern questions concerning the responsibility of a State for an internationally wrongful act to the extent that they are not regulated by these articles.*

Tim je člancima uspostavljen precizan redoslijed primjene/derogacije između tri vrste normi: specijalne norme međunarodnog prava (općenito) imaju prednost pred svim dugim normama, uključujući i one sadržane u Rezoluciji UN-a; potom se primjenjuju norme sadržane u Rezoluciji UN-a; a samo ukoliko one ne reguliraju problem, primjenjuju se opće norme međunarodnog prava (općenito), koje, dakle, imaju tek supsidijarnu ulogu.

3.4 Razlozi derogiranja specijalnih/općih normi

Zanimljivo je primijetiti da je načelo *lex specialis derogat legi generali* neutralno u odnosu na razlog derogacije: ono nam govori da specijalna norma derogira onu opću, ali ne i zašto. Specijalne i opće norme mogu se i ne moraju derogirati iz razloga različitih od međusobne specijalnosti/općenitosti. Najzad, među specijalnim i općim normama problem derogacije javlja se bile one međusobno kompatibilne ili ne. U oba slučaja derogacija se opravdava različitim razlozima, kako to i pokazuju pozitivnopravni poretki različitih država, Europske unije i međunarodnog prava.

Ako su specijalne i opće norme međusobno inkompatibilne, derogacija je predviđena radi izbjegavanja sukoba između onih normativnih zahtjeva, rješenja i posljedica koji ne mogu ići zajedno (misli li se na norme humanitarnog prava o zaštiti ljudskih prava u općem međunarodnom pravu²⁶, znakovit primjer sadrži *General Interpretative Note* za Annex I A *WTO Agreement*, sukladno kojoj

In the event of conflict between a provision of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 and a provision of another agreement in Annex 1 A to the Agreement Establishing the World Trade Organization (referred to in the agreements in Annex 1A

26 Cfr. Heike Krieger, *A Conflict of Norms: The Relationship Between Humanitarian Law and Human Rights Law in the ICRC Customary Law Study*, *J Conflict Security Law* (2006) 11(2), 265-291, koji ispravno primjećuje da norme humanitarnog prava ne prevladavaju uvijek i sustavno, u cjelini, nad normama međunarodnog prava o zaštiti ljudskih prava, utoliko što specijalne norme mogu sadržavati iznimke u odnosu na one opće, ali mogu predstavljati i poseban oblik njihove primjene (v. 269-270).; Anja Lindroos, *Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis*, *Nordic Journal of International Law*, (2005), 74, 27-66, koji se posebno odnosi na analizu uporabe načela specijalnosti u praksi međunarodnih sudova (v. 48-64).

as the WTO Agreement), the provision of the other agreement shall prevail to the extent of the conflict.

U tom slučaju derogacija odgovara potrebama praktične racionalnosti, s obzirom na to da bi se u protivnom u praksi javljala dvojba.

Naprotiv, ako su specijalne i opće norme međusobno kompatibilne, pa mogu biti združeno primijenjene, derogacija isključuje združenu primjenu specijalnih i općih normi i tako izbjegava kumulaciju ili stjecaj normi i sankcija ili pravnih sredstava. U tom slučaju derogacija može biti pitanje svrhovitosti ili pravičnosti/pravednosti ili efikasnosti, ovisno o sadržaju norme. Derogacija između kompatibilnih specijalnih i općih normi koje predviđaju teške sankcije (posebno kaznene) obično odgovara zahtjevu proporcionalnosti/umjerenosti posljedice, s obzirom na to da bi odsutnost derogacije dovela do kumuliranja normi i sankcija (kazni). U svim drugim slučajevima, a pogotovo kad nije riječ o teškim sankcijama, razlozi derogacije istražuju se od slučaja do slučaja. Specijalna se norma može primijeniti isključenjem opće, primjerice, da bi se dodijelio privilegij (određenoj osobi ili kategoriji ljudi), ili da bi se propisao neki način djelovanja više specijalan od onog općenito postavljenog općom normom, ili da bi se uvelo neko pravno sredstvo koje je svrsishodnije/razumnije/ispravnije s ekonomske točke gledanja. Razmatranja takvog tipa odnose se na imovinske odnose (misli se, primjerice, na činjenicu da francusko i talijansko pravo tradicionalno smatraju zahtjev iz stjecanja bez osnove supsidijarnim i isključuju mogućnost njegova kumuliranja sa zahtjevom iz ugovorne osnove, dok je slika odnosa između odštetnog i ugovornog zahtjeva složenija²⁷).

Neovisno o njihovoj međusobnoj kompatibilnosti/nekompatibilnosti, u nekim će slučajevima specijalne ili opće norme biti derogirane i neće se primijeniti, ustupajući mjesto onim (općim ili specijalnim) normama koje je postavio određeni autoritet ili određena normativna vlast, kao što je to, primjerice, slučaj u odnosima između pravnog poretka Europske unije i pravnih poredaka zemalja članica ili na međunarodnom polju. Primjerice, čl. VIII Bilateralnog sporazuma SAD-a i Republike Ekvador o investicijama, u službenoj engleskoj inačici, propisuje da

*This Treaty shall not derogate from: (a) laws and regulations, administrative practices or procedures, or administrative or adjudicatory decisions of either Party; (b) international legal obligations; or (c) obligations assumed by either Party, including those contained in an investment agreement or an investment authorization, that entitle investments or associated activities to treatment more favorable than that accorded by this Treaty in like situations*²⁸.

Sporazum, dakle, propisuje da njegove norme ne mogu biti derogirane niti od strane vjerojatno općenitijih normi neugovornog međunarodnog prava,

27 Cfr. Paolo Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*², Torino, UTET, 2008, 69-70.

28 Cfr. <http://www.state.gov/documents/organization/43558.pdf>.

kako se navodi pod b); niti od strane jednostranih, a manje općenitijih normi od onih sadržanih u Sporazumu, kako je navedeno pod a), a koje se izvode iz propisa, upravne prakse i unutarnjih odluka; kao ni od onih navedenih pod c), gdje se uzimaju u obzir posebni sporazumi i odobrenja ulaganja. U tom slučaju razlog isključenja derogacije nije mjera općenitosti pravila, nego korisnost ugovora za njegove strane, a, pretpostaviti je, i očuvanje ravnopravnosti ugovornih strana.

Često se kao još jedan razlog zbog kojeg specijalne (ili opće) norme derogiraju opće (ili specijalne) norme navodi činjenica da se radi o volji ili namjeri zakonodavca. Ova je ideja izričito formilirana u nekim propisima, kao, primjerice, u gruzijskom Građanskom zakoniku, koji propisuje da

... If general norms provided in this Code are in conflict with special norms, then the special norms shall be applied (art. 2.2 Civil Legislation),

ali

A law of a general nature shall not repeal a special law unless such repeal was the direct intention of the legislator (Article 3.4 Entry of a Civil Law into Force).²⁹

To pozivanje na namjeru zakonodavca izražava jednu poluistinu, s obzirom na to da je, kako je to veći i navedeno, ovisnost derogacije o zakonodavstvu u različitim pravnim poretcima nesporna, pa se radi tek o metafori kojom se, faktički, na tumača prevaljuje zadatak da odredi trebali li i zašto primijeniti specijalne odnosno opće norme.

4 DVIJE NAPOMENE

Sukladno jednoj pomalo nejasnoj ideji³⁰, načelo specijalnosti služi tumačenju i utvrđivanju normi, razumijevajući pod „utvrđivanjem” proces koji sadrži pronalaženje i razgraničavanje jedne određene norme (preskripcije) unutar nekog pozitivnopravnog poretka.

29 Cfr. <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/arch/geo/CIVILCODE.pdf>

30 Anastasios Gourgourinis, *Lex Specialis in WTO and Investment Protection Law*, relazione tenuta alla *Society of International Economic Law (SIEL) Second Biennial Global Conference University of Barcelona, IELPO Programme*, 8-10 luglio 2010, <http://www.ssrn.com/link/SIEL-EL-2010-Barcelona-Conference.html>. Autor navodi da “*the principle of lex specialis derogat generali is ... often treated as an interpretative maxim of little, if any, normative bearing in its own name*” te ispravno primjećuje “*lex specialis/generalis qualification, as distinct from the lex specialis derogat generali principle, are indeed pertinent in cases where normative conflict is lacking, in the sense that speciality (rationae personae, rationae materiae, rationae temporis, or rationae loci) does not lead to setting-aside one norm by virtue of the other; rather, both norms, non-conflicting inter se, are in principle cumulatively applicable, speciality being limited to establishing relationships of priority, not in terms of derogation, but in the context of – qualification as part of the process of juridical reasoning*”.

S moje točke gledišta, ta ideja nije točna, s obzirom na to da, kako to i proizlazi iz prethodno izloženog, načelo specijalnosti djeluje tek kada su pravni izrazi već protumačeni i kada su dvije pravne norme već utvrđene, od kojih norme je jedna više specijalna spram one druge. Princip specijalnosti ne pomaže pri tumačenju pravnih izraza i utvrđivanju pravnih normi: on tek pretpostavlja da su te operacije već prethodno bile uspješno obavljene.

Štoviše, kako je to i rečeno, specijalnost je logičko-konceptualno pitanje koje uzima u obzir norme i pojmove, a ne riječi, iskaze, tekstove. Proizlazi da je neprecizan i metaforičan sud o određenom zakonskom članku ili cijelom propisu kao specijalnom ili općenitom i da je specijalnost/općenitost ovisna o odnosu među normama, dok nisu od značaja tekstualni izrazi koji kvalificiraju određeni iskaz, tekst ili ukupnost odredbi specijalnim ili općenitim, kao, primjerice, članci 5. i 9. slovenskog Kaznenog zakona, koji izričito propisuju odnos posebnog kaznenog zakonodavstva i općeg dijela Zakona³¹.

Naravno, to ne znači da je sintaksa pravnih tekstova beznačajna; ona je samo izraz sistematike samih normi. Sistematizacije u pravu ne ovise isključivo o odnosima posebnih i općih dijelova, o podpodjelama, nego i o tome kako su svi ovi jezično-tekstualni elementi shvaćeni od strane tumača s obzirom na rodove i vrsne razlike.

Na hrvatski jezik preveo

Milan Franić.

31 Art. 5 (*Special Personal Application*) "(1) If the statute determines that only persons with special characteristics, rights, or status shall be punished for a criminal offence, then the penal law shall apply to all such persons. (2) Special penal laws shall determine the criminal liability of minors (hereinafter, the minor) and legal persons. (3) A special law that defines the criminal liability of minors may also determine that persons, who were already adults at the time of committing a criminal offence but under the age of 21 (young adults), may be imposed criminal sanctions for minors instead of a sentence with regard to their personal development"; art. 9 (*Simultaneous Application of the General Part of This Penal Code and Other Penal Laws*) "(1) The provisions of the general part of this Penal Code shall apply also to criminal offences, defined by other laws or ratified and issued international agreements or European Union acts, unless otherwise determined therein. (2) If the laws that determine the criminal liability of minors, legal persons, or other special types of offenders or acts (special penal laws) simultaneously also mention the application of the general part of this Penal Code in their general provisions, then the existing Penal Code shall be applied".

Kratka napomena o autorici

Silvia Zorzetto doktorica je znanosti na polju opće teorije prava, trenutno zaposlena na Sveučilištu u Milanu. Objavila je sljedeće monografije: La ragionevolezza dei private. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa (Milano, 2008.); La norma speciale. Una nozione ingannevole (Pisa, 2010.). Sudjelovala je s prilogom u djelu La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari (Pisa, 2008.), u kojem je napisala uvod, a objavila je i više članaka u talijanskim stručnim časopisima.

