

# Zagrebačka pravna revija



Elektronički časopis poslijediplomskih studija  
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

Vol. 13 | Br. 2 | 2024

## ČLANCI

Od kriminalizacije do legalizacije homoseksualnosti u zemljama  
(post)socijalističkog pravnog kruga: povijest, pravna regulacija i  
nasljeđe

**Zrinka Erent-Sunko, Marta Dragičević Prtenjača**

Naknada štete za duševne boli u međunarodnom zračnom pravu

**Iva Savić, Anamarija Jukić**

Upravno pojednostavnjenje – velika očekivanja, dvojaki rezultati

**Angela Paleka**

A Counter-Majoritarian Critique Of Originalism

**Niko Jarak**

Utjecaj pretjeranog pravnog formalizma na mogućnost ostvarenja  
načela zabrane diskriminacije u upravnom pravu

**Tamara Bogdanović**

Dioklecijanov progon kršćana u kontekstu rimskog kaznenog  
prava

**Antonio Katavić**

Rješenje o nasljeđivanju – dokaz za prekid i preuzimanje  
postupka

**Marijan Šakota**

## PRIKAZI

International Memorial Course Marko Petrak: Roman Legal  
Tradition and Contemporary Legal Systems

**Ana Ivanišević, Ana Lončar, Mia Radalj**

**Zagreb Law Review**  
e-Journal of Postgraduate Studies of  
Faculty of Law, University of Zagreb

ISSN: 1848-6118

# ZAGREBAČKA PРАВNA REVIJA

**Elektronički časopis poslijediplomskih studija  
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu**



[revija.pravo.unizg.hr](http://revija.pravo.unizg.hr)

**Nakladnik / Publisher**

Sveučilište u Zagrebu Pravni fakultet / University in Zagreb Faculty of Law

**Glavni urednik / Editor-in-chief**

izv. prof. dr. sc. Zoran Burić

**Izvršni urednik / Executive editor**

dr. sc. Juraj Brozović

**Tehnički urednik / Technical editor**

Krunoslav Fučkor

**Uredništvo / Editorial board**

Izv. prof. dr. sc. Antun Bilić, izv. prof. dr. sc. Marko Bratković, izv. prof. dr. sc. Teo Giljević, izv. prof. dr. sc. Henrik-Riko Held, izv. prof. dr. sc. Marko Jurić, izv. prof. dr. sc. Barbara Preložnjak, izv. prof. dr. sc. Sunčana Roksandić, izv. prof. dr. sc. Iva Savić, izv. prof. dr. sc. Ružica Šimić Banović, izv. prof. dr. sc. Marko Turudić, izv. prof. dr. sc. Dora Zgrabljic Rotar, doc. dr. sc. Miran Marelja, doc. dr. sc. Trpimir Mihael Šošić

**Međunarodno uredništvo / International editorial board**

prof.dr.sc. Gordan Kalajdžiev, Pravni fakultet Justinijan Prvi, Sveučilište Sveti Kiril i Metodij u Skopju, Makedonija; prof.dr.sc. Barbara Kresal, Fakultet za socijalni rad, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; prof.dr.sc. Nele Matz-Luck, direktorica na Walther Schücking Institutu za međunarodno pravo, Sveučilište u Kielu, Njemačka; prof.dr.sc. Meliha Powlakić, Pravni fakultet, Sveučilište u Sarajevu, Bosna i Hercegovina; prof.dr.sc. Charles Szymanski, Pravni fakultet, Vytautas Magnus Sveučilište, Kaunas, Litva; prof.dr.sc. Katja Šugman Stubbs, Katja Šugman Stubbs, Pravni fakultet, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; associate prof. Polonca Kovač, Fakultet za javnu upravu, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija, Slovenija; izv. prof. dr. sc. Vasilka Sancin, Pravni fakultet, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; doc.dr.sc. Miloš Živković, Pravni fakultet Sveučilišta u Beogradu, Srbija; dr.sc. Paul Cardwell, profesor prava, Sveučilište Strathclyde, Glasgow, Škotska; dr.sc. Mitja Grbec, Fakultet za pomorstvo i promet, Portorož, Slovenija; prof. dr. sc. Jurij Toplak, Sveučilište u Mariboru, Slovenija; dr.iur. Nataša Hadžimanović, Max Planck Institut, Hamburg, Njemačka.

**Lektor / Copyeditor**

prof. dr. sc. Petar Vuković

**Lektor za engleski jezik / Copyeditor for English language**

Mark Davies

**Adresa uredništva / Editorial board contact address**

Zagrebačka pravna revija  
Sveučilište u Zagrebu Pravni fakultet  
Trg Republike Hrvatske 14, 10 000 Zagreb  
E-mail: zoran.buric@pravo.unizg.hr

*Izdavanje časopisa dijelom je financirano sredstvima  
Ministarstva znanosti, obrazovanja i mladih Republike Hrvatske*

# SADRŽAJ

## ČLANCI

### **Zrinka Erent-Sunko, Marta Dragičević Prtenjača**

Od kriminalizacije do legalizacije homoseksualnosti u zemljama (post)socijalističkog pravnog kruga: povijest, pravna regulacija i nasljeđe ..... 228

### **Iva Savić, Anamarija Jukić**

Naknada štete za duševne boli u međunarodnom zračnom pravu ..... 258

### **Angela Paleka**

Upravno pojednostavnjenje – velika očekivanja, dvojaki rezultati ..... 278

### **Niko Jarak**

A Counter-Majoritarian Critique Of Originalism ..... 296

### **Tamara Bogdanović**

Utjecaj pretjeranog pravnog formalizma na mogućnost ostvarenja načela zabrane diskriminacije u upravnom pravu ..... 323

### **Antonio Katavić**

Dioklecijanov progon kršćana u kontekstu rimskog kaznenog prava ..... 342

### **Marijan Šakota**

Rješenje o nasljeđivanju – dokaz za prekid i preuzimanje postupka ..... 365

## PRIKAZI

### **Ana Ivanišević, Ana Lončar, Mia Radalj**

International Memorial Course Marko Petrak: Roman Legal Tradition And Contemporary Legal Systems ..... 385

# CONTENTS

## ARTICLES

### **Zrinka Erent-Sunko, Marta Dragičević Prtenjača**

From the Criminalization to the Legalization of Homosexuality in (Post)Socialist Legal Systems: History, Legal Regulation, and Legacy..... 228

### **Iva Savić, Anamarija Jukić**

Compensation for Mental Injury in International Air Law ..... 258

### **Angela Paleka**

Administrative Simplification – High Expectations, Mixed Results ..... 278

### **Niko Jarak**

A Counter-Majoritarian Critique Of Originalism..... 296

### **Tamara Bogdanović**

The Impact of Excessive Legal Formalism on the Possibility of Enforcing the Principle of Non-Discrimination in Administrative Law..... 323

### **Anotnio Katavić**

Diocletian's Persecution of Christians in the Context of Roman Criminal Law..... 342

### **Marijan Šakota**

The Decision on Inheritance - Evidence for Stay and Takeover of Proceedings ..... 365

## REVIEWS

### **Ana Ivanišević, Ana Lončar, Mia Radalj**

International Memorial Course Marko Petrak: Roman Legal Tradition And Contemporary Legal Systems ..... 385

# ČLANCI



# OD KRIMINALIZACIJE DO LEGALIZACIJE HOMOSEKSUALNOSTI<sup>1</sup> U ZEMLJAMA (POST)SOCIJALISTIČKOG PRAVNOG KRUGA: POVIJEST, PRAVNA REGULACIJA I NASLJEĐE

*Pregledni znanstveni rad*

UDK 343.543(4-191.2)(4-11)

347.62-055.3(4-191.2)(4-11)

Primljeno: 16. siječnja 2025.

Zrinka Erent-Sunko\*

Marta Dragičević Prtenjača\*\*

---

*Rad analizira povijesni razvoj i put od kriminalizacije homoseksualnosti (ne i svih drugih osoba iz LGBTQ+ zajednice) u zemljama socijalističkog pravnog kruga, uključujući Albaniju, Bugarsku, Čehoslovačku (tj. Češku), Mađarsku, Poljsku, Rumunjsku, Rusiju te bivšu Jugoslaviju (SFRJ), do uređenja i legalizacije istospolnih zajednica u tim zemljama. Posebna je pozornost posvećena regulaciji tog pitanja kroz hrvatsku pravnu povijest. Marginalno su prikazana i suvremena rješenja i pristupi homoseksualnosti u ostalim postjugoslavenskim državama. U socijalističkim režimima homoseksualnost je često bila kriminalizirana ili tretirana kao psihički poremećaj, čime su istospolni odnosi bili predmet represije. Te su mjere imale dvostruku ulogu: promoviranje „moralnog napretka“ društva i oblikovanje socijalističkog građanina. Iako je, primjerice, Francuska već 1791. godine dekriminalizirala homoseksualne odnose, mnoge socijalističke države nastavile su s represivnim pristupom do liberalizacije stavova u 20. st. Liberalizacijski procesi u tim zemljama počeli su tek nakon pada socijalizma 1990-ih godina, a doživjeli su svoj vrhunac pristupanjem (određenih) postsocijalističkih država Europskoj uniji. Rad uspoređuje različite pravne pristupe i dinamiku promjena tijekom demokratske tranzicije. Proučavanje zakonodavnih uređenja i pravnih praksi*

---

<sup>1</sup> Pojam LGBTQ bio je nepoznat socijalističkom pravu, a pod tom kraticom je obuhvaćena lezbijska, gej, biseksualna, transrodna i queer zajednica (LGBTQ zajednica); eng. (lesbian, gay, bisexual, transgender, and queer community -LGBTQ community); za više vidjeti Duignan, Brian, Encyclopaedia Britannica; dostupna na:

<https://www.britannica.com/topic/lesbian-gay-bisexual-transgender-and-queer-community>, posjećeno 03.02.2025.

Postoje razne inačice tog pojma odnosno kratice pa tako neke od češće korištenih su LGBTI ili LGBTIQ, te LGBTQ+, tj. LGBTQIA+ koji nisu bili poznati socijalističkom pravu.

LGBTIQ je kratica za lezbijke, homoseksualne, biseksualne, transrodne, interseksualne, nebinarne i queer osobe. Vidjeti Mišljenje Europskog odbora regija – Unija ravnopravnosti: Strategija o ravnopravnosti LGBTIQ osoba 2020.–2025. (2022/C 61/08), Sl. EU, C 61, od dana 4. 2. 2022. toč. 2, dostupno na:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020IR5861> (04.02.2025.)

LGBTQIA+ je kratica za lezbijke, gay, biseksualne, transrodne, queer ili upitne, interseksualne, aseksualne i dr. osobe. Ovi pojmovi se koriste za opisivanje seksualne orijentacije ili rodnog identiteta osobe. Za više informacija vidjeti na: <https://gaycenter.org/community/lgbtq/>, posjećeno 03.02.2025.

\* Dr. sc. Zrinka Erent-Sunko, redovita profesorica na Katedri za Opću povijest prava i države, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet

\*\* Dr. sc. Marta Dragičević Prtenjača, izvanredna profesorica na Katedri za kazneno pravo, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet



*pomaže razumjeti ideološke okvire koji su oblikovali odnos prema homoseksualnoj zajednici u postsocijalističkim zemljama, ali i postavili određene temelje za razvoj prava LGBTQ+ zajednice.*

Ključne riječi: homoseksualnost; (post)socijalistički pravni sustavi; kaznena djela; dekriminalizacija; SFRJ

## 1. UVODNO O TEMI

Devedesetih godina prošlog stoljeća, nakon pada socijalističkih režima u Europi, počeo je proces tranzicije prema demokratskim društvenim uređenjima. Iako su se dogodile značajne političke promjene, one nisu odmah obuhvatile sva područja društvenih odnosa. Tranzicija je bila različite dinamike u područjima vezanima za osobne i intimne odnose, uključujući i pitanje pravne regulacije istospolnih odnosa. Dinamika je ovisila o mnogim čimbenicima. Naime, dotadašnji su sustavi instrumentalizirali spolne odnose u cilju izgradnje socijalizma, koja je ovisila o konsolidaciji režima, demografskom rastu i javnom zdravlju, ali i opasnostima koje su prijetile od tradicionalnih vrijednosti, utjecaja vjere i otvaranja kulturi Zapada.<sup>2</sup> Stoga je u nekim socijalističkim sustavima došlo do dekriminalizacije homoseksualnih odnosa na početku demokratskih promjena (npr. Ukrajina 1991. god.), u nekima desetljeće kasnije (Rumunjska 2002. god.). Valja istaknuti kako su neke socijalističke države te promjene implementirale u svoje pravne sustave još 60-ih i 70-ih godina 20. st. (Čehoslovačka, Bugarska),<sup>3</sup> dakle u vrijeme socijalizma, ali ne kao ljudska prava suvremenog demokratskog poretka.<sup>4</sup> Glede dinamike promjena neki su izvori u svojim istraživanjima javnih stavova posebice naveli kako su promjene u stavovima prema pravima *gay* osoba u *ex*-komunističkim državama spore i sporadične.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Vidi Massino, J., *Sexuality in Marxism and Socialism*, u: *Sexualities*, II. ed., Wiesner-Hanks, M. E., Kuefler, M., Cambridge University Press, 2024, str. 340–365.

<sup>3</sup> Tomović, I., *Nevidljivi progon: Homoseksualnost pred socijalističkom pravdom*, Podgorica, 2014, str. 31–34. Autor se bavi istraživanjem prava LGBT zajednice za trajanja socijalizma u Jugoslaviji od 1945. do dekriminalizacije. Istraživanje se prije svega odnosi na položaj homoseksualnih osoba u Crnoj Gori, pa predstavlja, kako je to rekao urednik izdanja Zeković, „ključan doprinos konačnom uspostavljanju i razvoju crnogorske LGBT historiografije“. Tomovićovo istraživanje, i stoga što vlada manjak literature koja se odnosi na pravo u socijalizmu (posebice u nekim područjima), valja istaknuti.

<sup>4</sup> U ustavnoj doktrini SSSR-a prof. Osakwe kao jednu od šest karakteristika prava navodi da se „ona zasnivaju na pripadnosti državi, a ne čovječanstvu, i stoga podrazumijevaju samo prava utvrđena zakonom“, te da „postoje samo dok država jamči zakonska prava u ustavima, zakonima i upravnim propisima“. Osakwe, C., *Soviet Human Rights Law under the USSR Constitution of 1977*, *Theories, Realities and Trends*, Tulane Law Review, vol. 56, br. 1, 1981, str. 249, 253, dostupno na:

<https://www.tulanelawreview.org/pub/volume56/issue1/soviet-human-rights-law-under-the-ussr-constitution-of-1977> (posjećeno 19. 12. 2024.).

<sup>5</sup> Tako Smith, T. W., Son, J., Kim, J., *Public Attitudes towards Homosexuality and Gay Rights across Time and Countries*, Williams Institute, 2014, dostupno na:

<https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Public-Attitude-LGBT-Int-Nov-2014.pdf> (posjećeno 5. 10. 2024.).

Iako su socijalističke države promicale ravnopravnost i emancipaciju u određenim područjima, mnogi su društveni odnosi bili podvrgnuti represiji pod krinkom zaštite ideoloških ciljeva, društvenog napretka ili općeg dobra.<sup>6</sup>

Zakonske mjere protiv istospolnih odnosa u socijalizmu imale su dvostruku funkciju. S jedne strane zakonodavci su takve odnose smatrali neprihvatljivima u skladu s ideološkim okvirom koji je promovirao „moralni napredak“ društva. S druge strane te su mjere služile kao preventivni i korektivni mehanizam, odnosno instrument oblikovanja socijalističkog građanina. U mnogim slučajevima osobe istospolne orijentacije bile su proglašavane bolesnima, a homoseksualnost je smatrana psihičkim poremećajem koji je trebalo liječiti.<sup>7</sup> To je omogućavalo izbjegavanje kaznenog progona kroz medicinsku stigmatizaciju i prisilno liječenje, koje su predstavljale dodatni oblik represije. Primjerice, mnogi su homoseksualci tijekom komunizama u Jugoslaviji progonjeni i slani na Goli otok,<sup>8</sup> osobito tijekom 50-ih i 60-ih godina, a osuđeni za homoseksualne odnose rijetko su bili pomilovani. Poznati slučaj iz Zagreba iz 1950. godine uključivao je grupu muškaraca uhićenih zbog odnosa s mlađim osobama,<sup>9</sup> koji su se branili tvrdeći da su homoseksualni zbog psihičkih problema, a sličnu obranu imao je i jedan optuženi u drugom slučaju,<sup>10</sup> u kojem je tvrdio da homoseksualnost ne bi trebala biti kriminalizirana, nego tretirana kao defekt, poput gluhoće.<sup>11</sup>

Dok su socijalistički režimi u velikom dijelu Europe homoseksualnost tretirali kao kazneno djelo, drugi dijelovi svijeta imali su drugačiji povijesni razvoj. Primjerice, Francuska je dekriminalizirala homoseksualnost već 1791. godine uvođenjem Kaznenog zakona koji je isključio privatnu sferu seksualnih odnosa među odraslima iz kaznenih zakona pod uvjetom da se ti odnosi temelje na obostranoj suglasnosti.<sup>12</sup> Ta zakonska liberalizacija proizašla je iz prekida veza između Crkve i države, čime je smanjen utjecaj

---

<sup>6</sup> Massino ne negira posvećenost socijalističkih sustava spolnoj ravnopravnosti, ali ističe kako je pristup spolnim odnosima bio više oblikovan potrebom konsolidacije režima, demografskog rasta, javnog zdravstva i narodne vlasti. Massino, J., *Sexuality in Marxism and Socialism*, str. 340–365.

<sup>7</sup> Npr. u SSSR-u se prema medicinskoj klasifikaciji usvojenoj 1970. god. homoseksualnost nalazila u dijelu Seksualne devijacije i poremećaji, uz fetišizam, pedofiliju, transvestizam i ekshibicionizam. Vidi Roldugina, I. „Not a Personal Matter“: Soviet Conservative Discourse on Homosexuality in the 1960s and 1970s, *Russian History*, 51 (1), 56–80, dostupno na <https://doi.org/10.30965/18763316-12340073> (posjećeno 22. 12. 2024.)

<sup>8</sup> Svi predmeti nisu sačuvani ili su propali zbog premještanja i lošeg čuvanja, no ostali su podaci o nekim registrima i upisnicima, pa je evidencija optužnica u 60-im i 70-im moguća. U Crnoj Gori ima više sačuvanih presuda jer su završavale na Vrhovnom sudu ili Prezidijumu Narodne skupštine FNRJ. Tako Tomović, Nevidljivi progon, str. 14.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> K 226/1949, bilj. 48.

<sup>11</sup> Vidi Tomović, Nevidljivi progon, str. 22.

<sup>12</sup> Sibalis, M. D., „The Regulation of Male Homosexuality in Revolutionary and Napoleonic France, 1789–1815“, *Homosexuality in Modern France, Studies in the History of Sexuality*, New York, 1996; online edn, Oxford Academic, 2011, str. 80–101, dostupno na:

<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195093032.003.0005> (posjećeno 11. 10. 2024.); Pastorello, T., *L'abolition du crime de sodomie en 1791: un long processus social, répressif et pénal*, Chantiers, *Histoires croisées du communisme italien et français*, 112–113, 2010, str. 197–208, dostupno na: <https://doi.org/10.4000/chrhc.2151> (posjećeno 15. 10. 2024.).

religije na zakonodavstvo. Francusko zakonodavstvo postalo je uzor mnogim europskim zemljama, uključujući i Njemačku, Nizozemsku, Belgiju, Španjolsku i Italiju.<sup>13</sup>

Međutim, procesi u Njemačkoj nakon njezina ujedinjenja doveli su do vraćanja represivnijeg pristupa regulaciji seksualnih odnosa. Pruske smjernice i potreba za stvaranjem jedinstvenog zakonodavstva za ujedinjenu Njemačku udaljile su njemačko pravo od liberalnih tendencija Napoleonova zakonika, što je rezultiralo donošenjem strožih zakona, poput Paragrafa 175., koji je kriminalizirao homoseksualnost.<sup>14</sup>

S druge strane, Rusija i Litva, iako ne kriminaliziraju homoseksualne odnose, sankcioniraju „propagandu“ homoseksualnosti.<sup>15</sup>

Cilj je ovog rada povijesnom i komparativnom metodom istražiti kaznenu regulativu homoseksualnosti u zemljama postsocijalističkog pravnog kruga (Albanija, Bugarska, Čehoslovačka, tj. Češka, Mađarska, Poljska, Rumunjska i Rusija<sup>16</sup>), uključujući i bivšu Socijalističku Federativnu Republiku Jugoslaviju, čiji je dio bila i Republika Hrvatska. Usporedbom pravnih sustava tih zemalja moguće je uočiti sličnosti i razlike u pravnoj regulaciji istospolnih odnosa, koje su u mnogim slučajevima poslužile kao pravna platforma za promjene u vremenu demokratske tranzicije. Važno je napomenuti da su socijalističke zemlje imale različite pravne pristupe pitanju homoseksualnosti, a te su razlike bile vidljive i u brzini i opsegu promjena nakon pada socijalizma 1990-ih godina.

## **2. UTJECAJ POVIJESNOG NASLJEĐA NA PRAVNU REGULATIVU I GOSPODARSKI RAZVOJ U KONTEKSTU PRAVA HOMOSEKSUALNIH (I DRUGIH LGBTQ+) OSOBA**

Kad se razmatra utjecaj nasljeđa socijalističkog i komunističkog razdoblja na kasniju pravnu regulativu istospolnih odnosa, važno je uzeti u obzir različite čimbenike, kao što su sastav stanovništva, obrazovna razina, gospodarska razvijenost, utjecaj vjerskih

---

<sup>13</sup> Međutim, sodomija je i dalje smatrana činom protiv prirode. Art. 33. i dalje se odnosio na djelo protiv javne pristojnosti, pri čemu je sudovima ostavljeno da utvrde što je to. Vidi i Johnson, S., *Sodomy law in France: How the 1791. French penal Code Decriminalized Sodomy without the Will of the People*, Portland State University, Young Historians Conference, 2020, dostupno na:

<https://pdxscholar.library.pdx.edu/younghistorians/2020/papers/12> (posjećeno 12. 10. 2024.). U južnoj Italiji sodomija je bila dekriminalizirana usvajanjem Napoleonova zakonika u Sardiniji.

<sup>14</sup> O Paragrafu 175. vidi Moeller, R. G., *Private Acts, Public Anxieties, and the Fight to Decriminalize Male Homosexuality in West Germany*, *Feminist Studies*, vol. 36, br. 3, 2010, (528–52), dostupno na: <http://www.jstor.org/stable/27919120> (posjećeno 12. 10. 2024.).

<sup>15</sup> Dekriminalizacija homoseksualnih odnosa u Ruskoj Federaciji uvedena je 1993., ali 2013. donesena je kao amandman na Zakon o zaštiti djece odredba o zabrani propagande netradicionalnih seksualnih odnosa maloljetnicima. Tim su zakonom predviđene novčane kazne za prekršitelje kako fizičke tako i pravne osobe, kao i za strance, kojima može biti izrečena i kazna zatvora te izгона. Vidi De Kerf, J., *Anti-Gay Propaganda Laws: Time for the European Court of Human Rights to Overcome Her Fear of Commitment*. *DiGeSt. Journal of Diversity and Gender Studies* 4, br. 1, 201, str. 35–48, dostupno na: <https://doi.org/10.11116/digest.4.1.2>. (posjećeno 15. 12. 2024.).

<sup>16</sup> Poljsku i Češku, uz Veliku Britaniju, Francusku, Švedsku i dr., uključila je i Hercog, D. u svojoj knjizi „Seksualnost u Europi“, Zagreb Pride, 2015.

zajednica, međunarodnih organizacija te opće javno mnijenje. Ti elementi oblikuju društvene stavove prema istospolnim zajednicama i pravni okvir unutar kojeg se ti odnosi reguliraju.

## 2.1. Utjecaj regionalnih organizacija (Europske unije i Vijeća Europe)

U mnogim bivšim socijalističkim zemljama pravne i društvene promjene nisu se dogodile odmah nakon pada komunističkih režima. Umjesto toga, rezultat su dugotrajnog procesa tranzicije, često potaknutog integracijom u međunarodne institucije, poput Europske unije. Pitanje zaštite prava osoba zbog njihova seksualnog opredjeljenja i borbe protiv diskriminacije po toj osnovi unutar Europske unije i Vijeća Europe važan je element tog tranzicijskog procesa. Ključni dokumenti EU-a, poput Povelje o temeljnim pravima Europske unije,<sup>17</sup> koja u članku 21. izričito zabranjuje diskriminaciju na temelju seksualne orijentacije, pružaju pravni okvir koji zemlje članice moraju poštivati. Nadalje se zaštita homoseksualnih osoba dodatno jača Direktivom Vijeća 2000/78/EZ o jednakom postupanju u zapošljavanju iz 2000. godine (dalje: Direktiva 2000/78/EZ),<sup>18</sup> koja osigurava ravnopravnost bez osoba na spolno opredjeljenje osoba u zapošljavanju i radnom okruženju.<sup>19</sup> Pravni sustavi bivših socijalističkih zemalja postupno su se prilagođavali tim standardima, potaknuti i obvezama koje proizlaze iz članstva u Europskoj uniji, što je ubrzalo liberalizaciju u pogledu prava homoseksualnih osoba, ali posljedično i prava drugih osoba LGBTQ+ zajednice. Europski sud pravde (ECJ) presudio je u slučaju *Coman protiv Rumunjske* iz 2018. da pojam „supružnici“ u kontekstu slobode kretanja unutar EU-a uključuje i istospolne supružnike. To je bila važna odluka, koja je osigurala priznavanje istospolnih brakova među državama članicama, barem u kontekstu prava na slobodu kretanja.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Povelja o temeljnim pravima Europske unije, 2016/C 202/02, od 7. lipnja 2016; dostupna na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=RO> (posjećeno 30. 9. 2024.).

<sup>18</sup> Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja, Sl. L EZ, L 303/16, od 2. 12. 2000.; dostupna na: <https://eur-lex.europa.eu/HR/legal-content/summary/equal-treatment-in-employment-and-occupation.html> (posjećeno 30. 9. 2024.).

<sup>19</sup> Recital 11, 12, 26, 29, 31 te čl. 1., čl. 2. st. 2.b, čl. 6. st. 2. Direktive 2000/78/EZ.

<sup>20</sup> Presuda ECJ-a *Coman protiv Rumunjske*, C-673/16 (Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton i Asociația Accept protiv Inspectoratul General pentru Imigrări i Ministerul Afacerilor Interne), od 5. lipnja 2018. godine; dostupna na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CJ0673> (posjećeno 30. 9. 2024.).

Ova odluka proizašla je iz slučaja Adriana Comana, rumunjskog državljanina, i njegova supruga, američkog državljanina, koji su sklopili brak u Belgiji. Kada su se Coman i njegov suprug pokušali preseliti u Rumunjsku, rumunjske vlasti odbile su priznati njihov brak tvrdeći da rumunjski zakon ne dopušta priznavanje istospolnih brakova. Coman se obratio Sudu pravde Europske unije tvrdeći da im je time uskraćeno pravo na slobodu kretanja unutar EU-a, koje je zajamčeno svim građanima EU-a i njihovim obiteljima. Sud je presudio u korist Comana odlučivši da sve države članice EU-a moraju poštovati pravo na slobodu kretanja i boravka unutar Unije, uključujući i priznavanje istospolnih brakova sklopljenih u drugim državama članicama. Ova odluka ne obvezuje sve članice da legaliziraju istospolne brakove, ali osigurava da u kontekstu slobode kretanja istospolni supružnici moraju imati ista prava kao i heteroseksualni parovi.

2021. godine je doneseno i Mišljenje Europskog odbora regija – Unija ravnopravnosti: Strategija o ravnopravnosti LGBTIQ osoba 2020.–2025 (dalje: Strategija o ravnopravnosti LGBTIQ)<sup>21</sup> kojim poziva Europsku komisiju da osigura poštivanje temeljnih načela Europske unije, da se u državama ne uvode i provode sustavne diskriminatorne inicijative, kao što su „zone bez LGBT-a”, usvojene u okviru „Povelje lokalnih vlasti o pravima obitelji” ili „Rezolucije protiv LGBT ideologije”,<sup>22</sup> što nije u skladu s načelom nediskriminacije. U tom kontekstu naglašava važnost uzajamne tolerancije u zajednicama te poduzimanje mjera za borbu protiv diskriminacije LGBTIQ osoba i naglašava da je rezolucijom Europskog parlamenta cijeli EU proglašen prostorom slobode za LGBTIQ osobe.<sup>23</sup>

God. 2023. donesen je i Prijedlog rezolucije (B9-0220/2023) o općoj dekriminalizaciji homoseksualnosti u svjetlu nedavnih događaja u Ugandi,<sup>24</sup> koja se ponajprije odnosi na situaciju u Ugandi, ali ima i globalni kontekst. Konkretno, osvrće se na zakon protiv homoseksualnosti koji je usvojen u Ugandi u ožujku 2023. te osuđuje njegovo donošenje. Taj zakon u Ugandi kriminalizira homoseksualne odnose i promoviranje homoseksualnosti te propisuje teške kazne, uključujući i doživotni zatvor i smrtnu kaznu. Međutim, rezolucija se također odnosi na globalni kontekst jer poziva na opću dekriminalizaciju homoseksualnosti širom svijeta. Europski parlament ističe potrebu za borbom protiv diskriminacije na temelju seksualne orijentacije ne samo u Ugandi već i u svim zemljama gdje takva zakonska ograničenja postoje. Navode se i pozitivni primjeri dekriminalizacije u raznim zemljama, kao i negativni trendovi u zemljama poput Čada, Nigerije i Bruneja, gdje su uvedeni stroži zakoni protiv homoseksualnosti. Zaključno, iako se rezolucija primarno bavi situacijom u Ugandi, njezina je poruka globalna, s pozivom na zaštitu prava homoseksualnih i drugih LGBTIQ osoba širom svijeta.

Uz EU, i Vijeće Europe kroz Europsku konvenciju o ljudskim pravima (dalje: EKLJP)<sup>25</sup> te praksa Europskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP) igra ključnu ulogu u zaštiti prava homoseksualnih i drugih LGBTQ+ osoba. Iako homoseksualnost nije izričito spomenuta u tekstu Konvencije, ESLJP joj pruža zaštitu kroz zaštitu prava na privatnost (članak 8. EKLJP-a) i putem zabrane diskriminacije (članak 14. EKLJP-a). ESLJP je u predmetu *Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva* iz 1981.<sup>26</sup> godine prvi put utvrdio da

---

Presuda je bila značajan korak naprijed za prava LGBT+ osoba unutar Europske unije, posebno u državama koje ne priznaju istospolne brakove. Ovom odlukom osigurano je da barem u kontekstu prava na slobodu kretanja unutar EU-a istospolni brakovi budu priznati i poštovani među državama članicama.

<sup>21</sup> Mišljenje Europskog odbora regija – Unija ravnopravnosti: Strategija o ravnopravnosti LGBTIQ osoba 2020.–2025. (2022/C 61/08), Sl. EU, C 61, od dana 4.2.2022. toč.8 i 9, str. 37, dostupno na: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020IR5861\(04.02.2025.\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020IR5861(04.02.2025.))

<sup>22</sup> Toč. 8, Strategije o ravnopravnosti LGBTIQ

<sup>23</sup> Toč. 9, Strategije o ravnopravnosti LGBTIQ

<sup>24</sup> Prijedlog rezolucije (B9-0220/2023) o općoj dekriminalizaciji homoseksualnosti u svjetlu nedavnih događaja u Ugandi, 18. 4. 2023. – (2023/2643(RSP)).

<sup>25</sup> (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, MU, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, 13/17.

<sup>26</sup> Presuda ESLJP-a *Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (zahtjev br. 7525/76) od 22. listopada 1981. godine; dostupna na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-94464%22%5D%7D> (posjećeno

kriminalizacija homoseksualnih odnosa krši pravo na privatnost prema članku 8. ECHR-a, a u predmetu *Oliari i drugi protiv Italije* (2015.)<sup>27</sup> presudio je da Italija krši prava istospolnih parova jer im ne pruža pravno priznanje, čime je otvoren put za uvođenje civilnih partnerstava ili brakova za istospolne parove. Izraženim stajalištima ESLJP je interpretirao ne samo da se pitanje homoseksualnosti i prava LGBTQ osoba ima sagledati pod već spomenutim člancima nego je i vrlo jasno pružio zaštitu protiv kriminalizacije homoseksualnosti. *Turković i Roksandić* ističu da se je razvoj njegove judikature usmjeren na zaštitu dostojanstva pojedinca, poglavito onih marginaliziranih i ranjivih skupina, među ostalim homoseksualaca i drugih LGBTI osoba, ponajprije po pitanju slobode govora, udruživanja i okupljanja.<sup>28</sup> Nadalje, *Turković i Roksandić* navode da ESLJP konstantno ističe nespojivost stigmatizacije, poticanja predrasuda i homofobije prema homoseksualcima i drugim LGBTI osobama, s jednakošću svih pred zakonom, pluralizmom i tolerancijom koji su temelji demokratskih društava.<sup>29</sup> U tom pogledu *Turković i Roksandić* izdvajaju dvije novije odluke ESLJP (iz 2023.), *Fedotova i dr. protiv Rusije*<sup>30</sup> i *Macaté protiv Litve*,<sup>31</sup> koje smatraju izrazito važnima za zaštitu i razvoj prava LGBTI osoba.<sup>32</sup>

Nadalje, važne su i preporuke Vijeća Europe, kao što je Preporuka CM/Rec(2010)5 Odbora ministara/ministrica državama članicama o mjerama za suzbijanje diskriminacije na osnovi seksualne orijentacije ili rodnog identiteta, kojom se pozivaju države članice na poduzimanje mjera protiv diskriminacije i pravno priznavanje istospolnih zajednica.<sup>33</sup>

Spomenuta međunarodna pravna tijela neka su od ključnih u oblikovanju zakonodavstava tranzicijskih zemalja, čime su potaknula društvene promjene i smanjila institucionalnu diskriminaciju. Međutim, brzina i opseg tih promjena često su ovisili o specifičnim uvjetima svake zemlje, uključujući i političku klimu i ekonomske prilike. Zemlje koje su

---

30. 9. 2024.), te Report of the Commission iz 1980. godine u tom predmetu, koji je dostupan na: [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:\[%22Dudgeon%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:[%22Dudgeon%22]}).

<sup>27</sup> Presuda ESLJP-a *Oliari i drugi protiv Italije* (zahtjev br. 18766/11 i 36030/11) od 21. srpnja 2015. godine; dostupna na:

[https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:\[%22001-156265%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:[%22001-156265%22]}) (posjećeno 30. 9. 2024.).

<sup>28</sup> Turković, K.; Roksandić, S. Demokracija danas: praksa Europskog suda za ljudska prava kao zrcalo razumijevanja razvoja LGBT politika i prava u Republici Hrvatska, str. 6, rad u postupku objave, ustupljen autoricama za potrebe pisanja ovog rada

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Za više vidjeti: presudu ESLJP-a, *Fedotova i dr. protiv Rusije*, (zahtj. br. 40792/10, 30538/14 i 43439/14), od dana 17. siječnja 2023.; dostupna na:

[https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:\[%22Fedotova%22\],%22itemid%22:\[%22001-222751%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:[%22Fedotova%22],%22itemid%22:[%22001-222751%22]}) (04.02.2025.)

<sup>31</sup> Presuda ESLJP, *Macaté protiv Litve*, (zahtj. br. 61435/19), od dana 23. siječnja 2023.; dostupna na: [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:\[%22macate%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-222072%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:[%22macate%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-222072%22]}) (04.02.2025.)

<sup>32</sup> Za više vidjeti Turković, Roksadnić, op. cit. 30., str. 8.

<sup>33</sup> Preporuka CM/Rec(2010)5 Odbora ministara/ministrica državama članicama o mjerama za suzbijanje diskriminacije na osnovi seksualne orijentacije ili rodnog identiteta; dostupna na: [https://ravnopravnost.gov.hr/UserDocsImages/arhiva/preuzimanje/dokumenti/ve/Preporuka%20CMRec\(2010\)5%20Odbora%20ministara%20ministrica%20dr%C5%BEavama%20%C4%8Dlanicama%20o%20mjerama%20za%20suzbijanje%20diskriminacije%20na%20osnovu%20seksualne%20orijentacije%20ili%20rodnog%20identiteta.pdf](https://ravnopravnost.gov.hr/UserDocsImages/arhiva/preuzimanje/dokumenti/ve/Preporuka%20CMRec(2010)5%20Odbora%20ministara%20ministrica%20dr%C5%BEavama%20%C4%8Dlanicama%20o%20mjerama%20za%20suzbijanje%20diskriminacije%20na%20osnovu%20seksualne%20orijentacije%20ili%20rodnog%20identiteta.pdf) (posjećeno 30. 9. 2024.).

težile članstvu u Europskoj uniji morale su usvojiti antidiskriminacijske politike kao dio pregovaračkog procesa.

## 2.2. Povezanost gospodarskog razvoja i regulacije prava homoseksualnih (i drugih LGBTQ+) osoba

Kombinacija pritisaka EU-a, Vijeća Europe i unutarnjih čimbenika potaknula je bivše socijalističke zemlje na liberalizaciju prava homoseksualnih i drugih LGBTQ+ osoba. Međutim, tempo reformi varirao je zbog njihova povijesno-političkog nasljeđa i financijske razvijenosti. Istraživanje Instituta Williams<sup>34</sup> pokazuje povezanost gospodarskog razvoja i prava homoseksualnih osoba u 39 država, uključujući i bivše komunističke zemlje. Ekonomski slabije razvijene države imaju niži stupanj regulacija prava homoseksualnih osoba,<sup>35</sup> dok bogatije zemlje postižu veći napredak.<sup>36</sup> Istraživanje pokazuje da kršenje prava tih osoba negativno utječe na ekonomski učinak jer smanjuje njihov doprinos gospodarstvu.<sup>37</sup>

Istraživanje Pew Researcha iz 2020. pokazuje da stavovi o homoseksualnosti variraju s obzirom na povijest i financijsku razvijenost zemalja.<sup>38</sup> U bogatijim zemljama, poput Švedske, Nizozemske i Njemačke, gdje je BDP po glavi stanovnika iznad 50 000 dolara, prihvaćanje je homoseksualnosti visoko. Nasuprot tome, u siromašnijim zemljama, poput Nigerije, Kenije i Ukrajine, gdje je BDP po glavi stanovnika ispod 10 000 dolara, prihvaćanje je ispod 20 %. Ti podaci pokazuju da ekonomski faktori znatno utječu na stavove prema homoseksualnosti, što oblikuje i pravnu regulativu u vezi s LGBTQ pravima.<sup>39</sup>

## 3. KOMPARATIVAN PRIKAZ

U okviru komparativnog prikaza istražiti će se pravni okviri koji su oblikovali regulativu homoseksualnosti u zemljama bivšeg socijalističkog bloka. Analiza će obuhvatiti kako zajedničke karakteristike tako i specifične razlike u zakonodavnim pristupima, pri čemu

---

<sup>34</sup> Vidi Lee Badget, M. V., Nezhad, S., Waaldijk, K., Rodgers, Yana van der Muelen, *The Relationship between LGBT Inclusion and Economic Development. An Analysis of Emerging Economies*, The Williams Institute, UCLA School of Law, Los Angeles, 2014, dostupno na: <http://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/lgbt-inclusion-and-development-november-2014.pdf> (posjećeno 3. 9. 2024.).

<sup>35</sup> Tako Štulhofer, A., Rimac, I., *Determinants of homonegativity in Europe*, *Journal of Sex Research*, 46 (1), str. 24–32.

<sup>36</sup> *Ibid.* Vidi tablice na str. 37 i 39.

<sup>37</sup> O tome Anderse, R., Fetner, T., *Inequality and Intolerance: Attitudes toward Homosexuality in 35 Democracies*, *American Journal of Political Science*, vol. 52, br., 4, 2008, 942–958.

<sup>38</sup> Informacije dostupne na: <https://www.pewresearch.org/global/2020/06/25/global-divide-on-homosexuality-persists/> (posjećeno 26. 9. 2024.).

<sup>39</sup> Ovi nalazi proizlaze iz istraživanja Pew Research Centra provedenog od 13. svibnja do 2. listopada 2019. godine, u kojem je sudjelovalo 38 426 ljudi. Istraživanje je nastavak izvještaja iz 2013. godine, koji je otkrio slične obrasce, uz zabilježen porast prihvaćanja homoseksualnosti u mnogim zemljama u obje godine. <https://www.pewresearch.org/global/2020/06/25/global-divide-on-homosexuality-persists/> (posjećeno 26. 9. 2024.).

će se posebno obratiti pozornost na promjene koje su nastale u kontekstu postkomunističkih i postsocijalističkih reformi. Ova istraživanja omogućit će dublje razumijevanje kako su povijesni i društveno-politički faktori utjecali na oblikovanje pravnih normi koje reguliraju istospolne odnose te kako su te norme evoluirale u skladu s promjenjivim društvenim okolnostima.

### 3.1. Albanija

Albanija je kao dio Osmanskog Carstva poštovala njegovo zakonodavstvo.<sup>40</sup> Homoseksualni odnosi dekriminalizirani su u Osmanskom Carstvu 1858. godine reformama u razdoblju Tanzimata, koje su se provodile od 1839. do 1876. godine.<sup>41</sup> Te su reforme imale za cilj modernizaciju uprave, vojske i svih aspekata državnog života.<sup>42</sup> Kazneni zakon iz 1858. godine<sup>43</sup> bio je izrađen po uzoru na francusko Napoleonovo pravo, konkretno Zakon iz 1810. godine, a u pogledu reguliranja homoseksualnih odnosa francusko pravo nije predviđalo kazne.<sup>44</sup> Taj pravni okvir ostao je na snazi do 1923. godine.

U komunističkoj Albaniji homoseksualni odnosi bili su kriminalizirani prema članku 137. Kaznenog zakona,<sup>45</sup> koji se odnosio na zločine protiv društvenog morala, kaznom do 10 godina<sup>46</sup> zatvora za tzv. pederastiju. Za razliku od SSSR-a ta se odredba odnosila jednako na muškarce i žene,<sup>47</sup> pri čemu se smatralo da muški homoseksualni odnosi ponižavaju žene, a takvi stavovi temelje se na teorijama iz Engelsova djela „Podrijetlo porodice, privatnog vlasništva i države“. Važno je napomenuti da je Albanija u razdoblju od 1945. do 1990. godine imala najvišu stopu fertiliteta u bivšim komunističkim zemljama, s prosječnom stopom od šest živorođene djece po ženi. Ta je statistika bila dio pronatalitetne politike, koja je bila prisutna i u drugim zemljama sličnog političkog uređenja.<sup>48</sup>

---

<sup>40</sup> Vidi Murray, S., Roscoe, W., *Islamic Homosexuality: Culture, History and Literature*, 1997, 340 str., dostupno na: <http://www.jstor.org/stable/j.ctt9gfm4> (posjećeno 2. 9. 2024.).

<sup>41</sup> Više Murnay, S., *Homosexuality in the Ottoman Empire, Historical Reflections, Eighteen-Century Homosexuality in Global Perspective*, vol. 33, br. 1, 2007, str. 101–116, dostupno na: <http://www-jstor.org/stable/41299403>, (posjećeno 28. 9. 2024.).

<sup>42</sup> Više Ishtiaq, H., *The Tanzimat: Secular Reforms in the Ottoman Empire*, 2011, dostupno na: <http://faith-matters.org> (posjećeno 29. 10. 2024.).

<sup>43</sup> Tekst The Imperial Ottoman Penal Code u prijevodu dostupan na: [https://ia601609.us.archive.org/22/items/TheImperialOttomanPenalCode/OttomanPenalCode\\_text.pdf](https://ia601609.us.archive.org/22/items/TheImperialOttomanPenalCode/OttomanPenalCode_text.pdf) (posjećeno 12. 1. 2025.)

<sup>44</sup> Pitanje homoseksualnih odnosa i šerijatskog prava posebno je pitanje, koje treba prepustiti stručnjacima i poznavateljima konkretnih područja. Informativno jedan od izvora Siraj al-Haqq Kugle, S., *Homosexuality in Islam, Critical Reflection on Gay, Lesbian and Transgender Muslims*, Oxford, 2010.

<sup>45</sup> Vidi Elezi, I. (ur.), *Drejta Penale a Republikes Popullore Socialiste te Shqiparise*, Tirana, 1982.

<sup>46</sup> Carey, H., F. (10 Oct 2014). *European Institutions, Democratization, and Human Rights Protection in the European Periphery*. Lexington Books. str. 349.

<sup>47</sup> Cela, A. (ed), *Penal Law in Albania*, Ilford, 1982.

<sup>48</sup> Vidi Falkingham, J., *Gjonfa, Fertility Transitorin Communist Albania, 1950–90*, *Population Studies*, vol. 55, br. 3, 2001, str. 309–318, dostupno na: <http://jstor.org/stable/3092868> (posjećeno 13. 9. 2024.).



Od 1995. godine homoseksualni odnosi više nisu kriminalizirani u albanskom Kaznenom zakonu, osim za slučajeve koji se odnose na seksualne delikte, kao što su čl. 102.a (homoseksualni odnosi bez suglasnosti) i čl. 103. (homoseksualni odnosi s osobama koje se ne mogu braniti).<sup>49</sup> Međutim, Albanija ostaje jedna od bivših komunističkih zemalja koje ne reguliraju registrirane zajednice istospolnih partnera ni istospolne brakove.<sup>50</sup>

### 3.2. Bugarska

Kao dio Osmanskog Carstva, Bugarska je, poput drugih dijelova Carstva, dijelila zajedničku legislativu. Važna promjena u pogledu homoseksualnosti dogodila se sredinom 19. stoljeća, kada su reforme iz razdoblja Tanzimata 1858. dekriminalizirale homoseksualne odnose.<sup>51</sup> Međutim, Kazneni zakon iz 1896. godine ponovno je regulirao to pitanje uvodeći kaznu od šest mjeseci zatvora za homoseksualne odnose među muškarcima iznad 16 godina starosti.<sup>52</sup>

Nadalje, dolaskom komunističkog režima 1940-ih zakonodavni okvir Bugarske postao je stroži. Kazneni zakon iz 1951. uveo je strože sankcije povećavajući kaznu za homoseksualne odnose na tri godine zatvora.<sup>53</sup> Ta je kriminalizacija bila usklađena s općim pristupom komunističkih država u istočnoj Europi, gdje su društveni odnosi podvrgnuti strogoj državnoj kontroli. Ipak, unatoč zakonodavnim ograničenjima, val liberalizma i reformi počeo je jačati u Bugarskoj. Osim oštrije kazne, zakon uvodi kao novinu i primjenu na odnose među ženama, odnosno više se djelo ne odnosi samo na homoseksualne odnose među muškarcima, kao do tada.<sup>54</sup>

Poseban preokret dogodio se 1964., kada su masovna uhićenja homoseksualaca (64 osobe) potaknula široku javnu raspravu. Vlasti su uhićenja koristile kao način da homoseksualnost prikažu kao „zlo zapadne kulture“,<sup>55</sup> ali to je izazvalo suprotan efekt – počelo se raspravljati o opravdanosti takvih mjera i prirodi same kriminalizacije.

---

<sup>49</sup> Vidi tekst Kaznenog zakona na engleskom jeziku:

<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/al/al037en.pdf> (posjećeno 25. 9. 2024.).

<sup>50</sup> Vidi The rights of LGBTI people in the European Union, dostupno na:

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747896/EPRS\\_BRI\(2023\)747896\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747896/EPRS_BRI(2023)747896_EN.pdf) (posjećeno 12. 1. 2025.).

<sup>51</sup> Tekst The Imperial Ottoman Penal Code u prijevodu dostupan na:

[https://ia601609.us.archive.org/22/items/TheImperialOttomanPenalCode/OttomanPenalCode\\_text.pdf](https://ia601609.us.archive.org/22/items/TheImperialOttomanPenalCode/OttomanPenalCode_text.pdf) (posjećeno 12. 1. 2025.).

<sup>52</sup> Bulgarian Legislation about Homosexuals, A Study by Bulgarian Helsinki Committee, dostupno na:

<https://www.bghelsinki.org/web/files/reports/144/files/2001-boev-bulgarian-legislation-about-homosexuals.pdf> (posjećeno 11. 1. 2025.).

<sup>53</sup> *Ibid.* Odbor navodi i djelo odnosa korištenjem sile, odnosa ovisnosti ili s osobom mlađom od 14 godina, za što je propisana kazna lišenja slobode od dvije do pet godina.

<sup>54</sup> Kunev, K., Преследването на хомосексуализма в историята, (The prosecution of homosexuality in history), списание Демократически преглед, брой 8-9 (Journal of Democratic Review, br. 8-9), 1995, str. 545.

<sup>55</sup> Imenica „zlo“ kao dio definicije homoseksualnih odnosa bila je i u leksikonu pojmova iz 1936. god. Vidi Genew-Puhalewa, I., Hebal-Jeziarska, M., Homosexuality in Czech and Bulgarian Lexicographic Description from the Socialist Period, Zeszyty Łużyckie 59, 2023, str. 203.

Diskusije koje su uslijedile rezultirale su revizijom Kaznenog zakona 1966. godine te se počeo razvijati stav prema kojemu se homoseksualnost tretirala kao medicinski problem, a ne kao kazneno djelo.<sup>56</sup>

Naime, nakon odredbi Kaznenog zakona 1951. i kodifikacije 1956. donesen je novi Kazneni zakon 1968., iz kojeg su izbačene sve odredbe koje su se odnosile na kriminalizaciju homoseksualnih odnosa između odraslih osoba.<sup>57</sup> U tom su Zakonu uz rješenja sovjetskog prava sadržane i zapadnoeuropske kaznenopravne tekovine. Ta je dekriminalizacija bila dio šireg procesa liberalizacije zakonodavstava u zemljama socijalističkog bloka, poput Rumunjske i Mađarske,<sup>58</sup> gdje se nastojalo uvesti mjere koje promoviraju veću socijalnu pravdu i zaštitu ranjivih skupina. Međutim, Bugarska je zadržala kaznene odredbe koje su homoseksualne odnose kažnjavale ukoliko su uključivale „darove i obećanja prednosti“, što je ostalo u članku 157. st. 4. Kaznenog zakona.<sup>59</sup>

Nakon pada komunizma i promjena koje su uslijedile 1990-ih Bugarska je donijela novi Ustav 1991. godine, kojim je brak definiran isključivo kao zajednica između muškarca i žene. Time su istospolni brakovi i dalje ostali nepriznati. Iako je Bugarska postala članica Europske unije 2007. godine, pravni okvir za istospolne zajednice nije se značajnije promijenio. Rasprave o reguliranju istospolnih zajednica, koje su se odvijale 2009., zaustavljene su zbog snažnog protivljenja, posebno od strane organizacija bliskih Bugarskoj pravoslavnoj crkvi, ali i drugim vjerskim zajednicama.<sup>60</sup> Unatoč europskim standardima i pritiscima, Bugarska se suočava s izazovima kada je riječ o pravima homoseksualaca i drugih LGBTQ+ osoba, a pitanje legalizacije istospolnih zajednica i dalje je otvoreno.

### 3.3. Čehoslovačka

U bivšoj Čehoslovačkoj homoseksualni odnosi bili su kažnjivi do 1961. godine,<sup>61</sup> kada je došlo do njihove dekriminalizacije. Prije toga, od 1852. godine,<sup>62</sup> Čehoslovačka je bila pod

---

<sup>56</sup> Više Pisankaneva, M., *The Forbidden Fruit : Sexuality in Communist Bulgaria*, dostupno na: [https://liternet.bg/publish14/m\\_pisankyneva/forbidden.htm](https://liternet.bg/publish14/m_pisankyneva/forbidden.htm) (posjećeno 12. 1. 2025.).

<sup>57</sup> Vidi Macura, M., *Population Policies in Socialist Countries of Europe*, *Population Studies*, vol. 28, br. 3, 1974, str. 374.

<sup>58</sup> Pisankaneva, M., *The Forbidden Fruit : Sexuality in Communist Bulgaria*, dostupno na: [https://liternet.bg/publish14/m\\_pisankyneva/forbidden.htm](https://liternet.bg/publish14/m_pisankyneva/forbidden.htm) (posjećeno 12. 1. 2025.).

<sup>59</sup> Tako Schroeder, F. C., *Eastern Europe*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 21, no. 2 (304-317), 1974, str. 311, dostupno na: <http://www.jstor.org/stable/839126> (posjećeno 2. 11. 2024.).

<sup>60</sup> Boele-Woelki, K., Fuchs, A., *Legal recognition of same-sex relationships in Europe*, Cambridge, 2012, str. 64.

<sup>61</sup> Kazneni zakon donesen 1950. temeljio se na „načelima sovjetskog prava, a definicija kaznenog djela temeljila se isključivo na materijalnom konceptu“. Tako Karabec, Z., Vlach, J., Hulmáková, J. i dr., *Criminal Justice System in the Czech Republic*, Institut pro komunikologiju i sociální prevencii, Praha, 2017, str. 14.

<sup>62</sup> Nakon Drugog svjetskog rata i režima uspostavljenog 1948. doneseno je nekoliko zakona: 1950. usvojeni su Kazneni zakon (Act no. 86/1950 Coll.), Zakon o kaznenom postupku (Act no. 87/1950 Coll.), Kazneno-upravni zakon (Act. no. 88/1950 Coll.), Zakon o kazneno-upravnom postupku (Act no. 89/1950 Coll.).

utjecajem austrijskog Kaznenog zakona,<sup>63</sup> koji je člankom 129. zabranjivao homoseksualne odnose.<sup>64</sup> Češka i Moravska, kao dijelovi Habsburškog Carstva, bile su podložne zakonima koji su se primjenjivali u Austriji, gdje je odredba o zabrani „neprirodnog spajanja između osoba istog spola“ ostala na snazi do 1971. godine.

Nakon promjena 1961. homoseksualni su odnosi sukladno čl. 244. KZ-a kriminalizirani ukoliko su uključivali osobe mlađe od 18 godina, ukoliko su izazivali javnu sablazan te ukoliko je jedna strana bila u stanju ovisnosti ili je primala novčanu naknadu za seksualni čin. Tek je 1990. godine Zakonom br. 175. ukinuta odredba članka 244., što je označilo daljnju liberalizaciju zakonodavstva.<sup>65</sup>

Kao i u mnogim drugim zemljama, kazneni progon homoseksualnih osoba u Čehoslovačkoj uglavnom se odvijao u većim gradovima, osobito u Pragu. U doba industrijalizacije mnogi homoseksualci iz manjih gradova i ruralnih područja preseljavali su se u veće urbane centre, gdje su se mogli „sakriti u masi“. U takvim sredinama razvila se subkultura unutar koje su utjecajne osobe — književnici, skladatelji, arhitekti i drugi — stvarale prostor za raspravu o dekriminalizaciji. Ovaj kulturni razvoj pridonio je jačanju pokreta za prava homoseksualnih osoba i stvaranju platforme koja je na kraju dovela do promjena u zakonodavstvu.<sup>66</sup>

Čehoslovačka je ubrzo nakon dekriminalizacije bila prepoznata na međunarodnim konferencijama, uz Francusku, Italiju, Švedsku i Poljsku, kao pozitivan primjer promjena u kaznenom pravu vezanih uz seksualne delikte i kaznena djela protiv obitelji.<sup>67</sup>

Godine 1990. uvedena je dobna granica od 15 godina za dobrovoljne seksualne odnose, čime su izjednačeni homoseksualni i heteroseksualni odnosi kad je riječ o dobnoj granici. Češka je 2001. godine *de facto* priznala istospolne zajednice omogućujući partnerima prava poput uzajamnog nasljeđivanja. Daljnji iskorak napravljen je 2006. godine, kada je

---

<sup>63</sup> Vidi razvoj kaznenog prava u Čehoslovačkoj u: Karabec, Z., Vlach, J., Hulmáková, J. i dr., *Criminal Justice System in the Czech Republic*, Institut pro komunikologiju i sociální prevenci, Praha, 2017, str. 13.

<sup>64</sup> *Analysis of the Situation of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Minority in the Czech Republic*, created through the combined efforts of members of the Working Group for the Issues of Sexual Minorities of the Minister for Human Rights and National Minorities, Dr. Džamila Stehlíková. The group was created within the framework of activity of the European Union „European Year of Equal Opportunities for All (2007)“, dostupno na: [https://vlada.gov.cz/assets/ppov/rlp/vybory/sexualni-mensiny/Analysis\\_EN.pdf](https://vlada.gov.cz/assets/ppov/rlp/vybory/sexualni-mensiny/Analysis_EN.pdf) (posjećeno 12. 1. 2025.).

<sup>65</sup> Više Fanel, J., *Gay historie*, Prague, 2000.

<sup>66</sup> Prag se i dalje navodi kao jedan od najotvorenijih gradova Zapadne Europe za *gay* populaciju. Vidi Torra, M. J., *Gay rights after the iron curtain*, *The Fletcher Forum of World Affairs* 22, br. 2, 1998, str. 85, dostupno na: <http://www.jstor.org/stable/45289040> (posjećeno 10. 1. 2025.)

<sup>67</sup> Vidi Ploscowe, M., *Report to the Hague Suggested Revision of Penal Law Relating to Seks crimes and Crimes Against the Family*, *Cornell Law Review*, vol. 50. br. 3, 425, str. 439.

Zakon br. 115.<sup>68</sup> omogućio registrirano partnerstvo, čime je Češka, kako neki ističu, postala prva država u regiji koja je pravno priznala istospolne zajednice.<sup>69</sup>

### 3.4. Mađarska

U Mađarskoj su homoseksualni odnosi između muškaraca bili zabranjeni još od 1878. godine, kada je Kazneni zakon (tzv. Csemegi) predviđao kaznu do jedne godine zatvora za takve odnose.<sup>70</sup> Homoseksualnost je dekriminalizirana tek 1962. godine,<sup>71</sup> no isprva samo za osobe starije od 20 godina.<sup>72</sup> Ta je dobna granica smanjena na 18 godina 1978., dok je od 2000. godine dobna granica za pristanak smanjena na 14 godina, čime su izjednačeni homoseksualni i heteroseksualni odnosi s obzirom na to pitanje.

Važan iskorak u pravnom priznavanju istospolnih parova dogodio se 1996. godine, kada je Mađarska priznala neregistriranu faktičnu zajednicu za heteroseksualne i homoseksualne parove. To priznanje uglavnom se odnosilo na reguliranje materijalnih i imovinskih pitanja zajedničkog života. Iako je to priznavanje označilo napredak u odnosu na prethodnu regulativu i društveni stav, ono nije utjecalo na status braka, koji je i dalje bio rezerviran isključivo za heteroseksualne parove.<sup>73</sup>

Godine 2009. Mađarska je dodatno proširila prava homoseksualnih osoba uvođenjem Zakona o registriranom partnerstvu, no taj se zakon primjenjivao isključivo na istospolne partnere.<sup>74</sup> Unatoč tim zakonodavnim promjenama brak ostaje institucija koja je zakonski dostupna samo heteroseksualnim parovima.

---

<sup>68</sup> Vidi tekst Zakona na: <https://portal.gov.cz/en/informace/establishment-of-a-registered-partnership-INF-83> (posjećeno 12. 1. 2025.).

<sup>69</sup> Više Kricková, L., Same-sex families' rights and the European Union: incompatible or promising relationship?, *International Journal of Law, Policy and The Family*, vol. 37, br. 1, 2003, dostupno na: <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebad001> (posjećeno 12. 1. 2025.).

<sup>70</sup> Originalni tekst Zakona na mađarskom vidi na:

<https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=87800005.TV&txtreferer=94500007>, Wolters Kluwer (posjećeno 12. 1. 2025.). Čl. 241. glasi: „Férfiak között véghezvitt fajtalanság, ugyszintén embernek állattal elkövetett fajtalansága: a természet elleni fajtalanság vétségét képezi, és egy évig terjedhető fogházzal büntetendő.“ Dakle, vidljivo je da se kvalificira kao protuprirodan čin. Ukoliko je djelo bilo počinjeno uz upotrebu sile ili prijetnje (čl. 242) te je za posljedicu imalo smrt žrtve, bila je propisana kazna doživotnog zatvora.

<sup>71</sup> Vidi Kadar, M., *Criminal Code of the Hungarian People's Republic*, trans. Pal Lamberg, Budapest, 1962. Tekst na mađarskom dostupan na: [https://jogkodex.hu/jsz/btk\\_1961\\_5\\_torveny\\_6483910](https://jogkodex.hu/jsz/btk_1961_5_torveny_6483910) (posjećeno 12. 1. 2025.).

<sup>72</sup> Takács, J., Tóth, T. P., Liberating Pathologization? The Historical Background of the 1961 Decriminalization of Homosexuality in Hungary, *The Hungarian Historical Review* 10, br. 2, 2021, str. 267–300, dostupno na: <https://www.jstor.org/stable/27115451> (posjećeno 15. 12. 2024.).

<sup>73</sup> Vidi više Curci, The evolution of the legal concepts of „family“ and „marriage“ in the EU legal system and its impact on society, *St. Thomas Law Review*, vol. 18, 2006.

<sup>74</sup> Tekst Zakona o registriranom partnerstvu „2009. évi XXIX. törvénya bejegyzett élettársi kapcsolatról, az ezzel összefüggő, valamint az élettársi viszony igazolásának megkönnyítéséhez szükséges egyes törvények módosításáról“ vidi na:

<https://web.archive.org/web/20220306002129/https://net.jogtar.hu/jogszabaly?dbnum=1&docid=A0900029.TV&mahu=1> (posjećeno 13. 1. 2025.).

Iako su homoseksualni odnosi dekriminalizirani 1962. godine, stavovi prema istospolnim zajednicama ostali su podijeljeni. U usporedbi s drugim postkomunističkim državama, poput Poljske ili Istočne Njemačke, Mađarska bilježi niži postotak stanovništva koje homoseksualnost smatra „pogrešnom“.<sup>75</sup> Posebno su mladi pokazali veći stupanj prihvaćanja, a pozitivan stav među mlađim generacijama ima tendenciju rasta. Nasuprot tome, starije stanovništvo, posebno početkom 1990-ih, imalo je izrazito nizak stupanj prihvaćanja, a promjena njihovih stavova bila je spora. Ovaj otpor promjenama među starijom populacijom može se, prema nekim izvorima, povezati s nasljeđem komunističkog pravnog sustava i dugotrajne društvene konzervativnosti.<sup>76</sup>

### **3.5. Poljska – evolucija ideoloških i kaznenopravnih stavova prema homoseksualnosti**

U razdoblju od 1795. do 1918. godine homoseksualni odnosi u Poljskoj bili su zabranjeni. Zanimljivo je da nakon donošenja Napoleonova zakonika 1804. godine,<sup>77</sup> koji nije regulirao homoseksualne odnose,<sup>78</sup> Varšava nije imala zabranu takvih odnosa. No nakon 1815. godine homoseksualni odnosi ponovno su postali zabranjeni u sva tri područja pod vlašću stranih sila. Važna promjena nastaje 1932. godine s donošenjem novog Kaznenog zakona, koji ne spominje homoseksualne odnose.<sup>79</sup> Time Poljska postaje jedna od prvih država koja je u novijoj povijesti dekriminalizirala homoseksualnost,<sup>80</sup> što može značiti da, osim u kontekstu stranih vlasti, Poljska nikada nije formalno zabranjivala te odnose. Ipak, zakon iz 1932. zadržava zabranu muške prostitucije, koja će biti dekriminalizirana tek 1969. godine. Donja dob za dobrovoljne istospolne odnose ostaje 15 godina, jednako kao i za heteroseksualne odnose.

Zakon iz 1948. godine dodatno potvrđuje jednake dobne granice za dobrovoljne spolne odnose među heteroseksualnim i homoseksualnim partnerima, kao što je to bilo regulirano Zakonom iz 1932. Unatoč pravnoj dekriminalizaciji, u razdoblju komunističkog režima provodili su se progoni homoseksualnih osoba pod izlikom političkih razloga. Osobito su intenzivni progoni bili evidentni 1985. godine, kada je pokrenuta tzv. „Operacija Hyacinth“, u kojoj je uhićeno između 10 000 i 12 000 homoseksualnih osoba. Tijekom te operacije mnogi su bili prisiljeni priznati svoju seksualnu orijentaciju, a njihovi su podaci pohranjeni u tzv. „ružičaste dosjee“, koji su mogli biti korišteni za moguće

---

<sup>75</sup> Prema podacima preuzetim od Smith, T. W., Son, J. K. J., *Public Attitudes towards Homosexuality and Gay Rights across Time and Countries*, Norc at the University of Chicago, The Williams Institute, 2014, str. 16.

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> U 19 st. pod utjecajem francuskog prava u cijelom je nizu pravnih sustava smanjeno zakonsko kažnjavanje za sodomiju. U zemljama u kojima su homoseksualni odnosi ostali zločin smrtnu kaznu zamijenile su blaže kazne, tj. sodomija više nije bila među teškim kaznenim djelima. Usp. *Homosexuality*, Stanford Encyclopedia of

Philosophy, str. 5, dostupno na: <http://plato.stanford.edu/entries/homosexuality> (posjećeno 30. 9. 2024.).

<sup>78</sup> Uglavnom se u literaturi spominje da je „u Code civilu vladala šutnja glede ove vrste odnosa“.

<sup>79</sup> Više u: Karczewski, K. *Transnational Flows of Knowledge and the Legalisation of Homosexuality in Interwar Poland*, *Contemporary European History*, vol. 33, br. 3, 2024, str. 849–866.

<sup>80</sup> Grabowska-Moroz, B., Wójcik, A., *Reframing LGBT rights advocacy in the context of the rule of law backsliding: The case of Poland*, *Intersections* 7(4), 2021, str. 87.

ucjene i daljnje političke represije.<sup>81</sup> Tek 1991. godine homoseksualnost je službeno izbrisana iz registra oboljenja te je prestala biti tretirana kao bolest.

Poljski Ustav iz 1997. godine zabranjuje diskriminaciju po bilo kojoj osnovi te istovremeno ograničava brak isključivo na heteroseksualne zajednice.<sup>82</sup> To je dovelo do daljnjih rasprava o pitanju istospolnih zajednica i mogućnosti registriranog partnerstva, što ostaje otvoreno pitanje u poljskom zakonodavstvu.

Pregled regulacije homoseksualnosti u Poljskoj pokazuje kako su politički, društveni i pravni okviri utjecali na status homoseksualne zajednice kroz vrijeme. Unatoč pravnim pomacima u Poljskoj kao pioniru u dekriminalizaciji homoseksualnosti (1932.) društvene predrasude i stigma prema homoseksualnosti i dalje postoje, što predstavlja izazov za daljnji razvoj prava i sloboda te zajednice.<sup>83</sup>

### **3.6. Rumunjska – ideološki i kaznenopravni aspekti homoseksualnosti kroz povijest**

Kazneni zakon iz 1864. godine u Rumunjskoj (Cuza zakon<sup>84</sup>) nije regulirao homoseksualne odnose jer je, po uzoru na francuski model, izostavio intervenciju u privatnu sferu seksualnih odnosa među odraslim osobama.<sup>85</sup> Međutim, situacija se počela mijenjati 1930-ih godina, kada su pod utjecajem kriminalizacije u SSSR-u donesene određene promjene u definiciji i ograničenju homoseksualnosti kako za muškarce<sup>86</sup> tako i žene. Naime, odnosi koji izazivaju javni skandal kažnjavali su se kako za žene tako i za muškarce zatvorom od šest mjeseci do dvije godine. Te su izmjene signalizirale početak pravne stigmatizacije homoseksualnosti.

Nakon Drugog svjetskog rata Rumunjska je slijedila model SSSR-a i na svojem je putu bila izoliranija od nekih drugih država istog političkog usmjerenja.<sup>87</sup>

---

<sup>81</sup> Tako Boele-Woelki, K., Fuchs, A., *Legal Recognition of Same Sex Relationships in Europe*, Cambridge, 2012, str. 58. O „Operaciji Hyacinth“ više u: Szulc, L., *Operation Hyacinth and Poland's Pink Files*, u: *Homosexual Activism in Communist Poland: Cross-Binder Flaws in Gay and Lesbian Magazines*, 2018, Palgrave Macmillan, 2017, str. 91–122.

<sup>82</sup> O homoseksualnosti u Poljskoj više Boczkowski, K., *Homoseksualizam*, Warsaw, 1992.

<sup>83</sup> Više o tom pitanju danas u: Grabowska-Moroz, B., Wójcik, A., *Reframing LGBT rights advocacy in the context of rule of law backsliding: The case of Poland*, *Intersection*, vol. 7, br. 4, 2021, str. 85–103. Posebice vidi poglavlje 3. *The rule of law backsliding in Poland*, str. 90–91.

<sup>84</sup> Donesen 30. 10. 1864. Codul penal român a fost promulgat și publicat la 30 Octomvrie 1864 și pus în aplicare la 1 Maiu 1865. Vidi tekst na: <https://lege5.ro/gratuit/g42tamju/codul-penal-din-1864> (posjećeno 17. 1. 2025.).

<sup>85</sup> Vidi Zamfir, I., *Between Holy Church and Holy Human Rights Life Stories of the Romanian LGBTQ+ Community after 1989 until Romanian Accession to the European Union*, *Aspasia*, vol. 17, 2023, str. 144. Uz francuski bilo je i drugih utjecaja. Neki izvori navode i utjecaj belgijskog, njemačkog i austrijskog kaznenog prava. Vidi Constantinescu, G., *Criminology and Modernization in Rumania during the Second Half of the Nineteenth Century*, *Philobiblon*, vol. XIX, br. 1, 2014, str. 198.

<sup>86</sup> Još 1878. čl. 242., posebice u slučaju silovanja.

<sup>87</sup> Naime, Rumunjska je 1948. postala tzv. „država satelit“, a pitanje roda i seksualnosti također je slijedilo sovjetski model, pa se na homoseksualne odnose gledalo kao na odnose suprotne revoluciji, a na partnere

Krajem 60-ih godina kaznena regulativa doživjela je strožu verziju donošenjem Kaznenog zakona 1968. Ta je nova regulativa kriminalizirala svaki oblik homoseksualnog ponašanja, dijelila je javno i privatno i ostala je na snazi gotovo četiri desetljeća. Čl. 200 tog zakona propisivao je kaznu zatvora od jedne do pet godina.<sup>88</sup> Bio je to način upliva i kontrole države i u privatnoj sferi.<sup>89</sup> Tek je 1996. godine došlo do dekriminalizacije homoseksualnosti u privatnoj sferi,<sup>90</sup> dok su javne manifestacije homoseksualnosti bile zabranjene sve do 2001. godine. Tada je, pod pritiskom Vijeća Europe, iz pravnog sustava Rumunjske konačno uklonjena i ta odredba, što je predstavljalo značajan korak prema liberalizaciji zakonodavstva u ovom području. Dakle, 2001. rumunjska je vlast usvojila uredbu No. 89/2001, koja stavlja izvan snage čl. 200. Kaznenog zakona, ali i prilagođava druge odredbe vezano za seksualne prijestupe kako bi se izbjegla diskriminacija. Uredba je stupila na snagu 2002. i njome su barem formalno ostvareni uvjeti koje je tražio i EU.<sup>91</sup> Međutim, neki su izvori i nakon dekriminalizacije isticali kako je Rumunjska imala najnegativniji stav prema homoseksualnosti u Europi.

Unatoč promjenama Rumunjska do danas nije uvela nijedan oblik registracije istospolnog partnerstva.<sup>92</sup>

### 3.7. Ideološki i kaznenopravni model homoseksualnosti u Rusiji i bivšem SSSR-u

Već 1716. godine Petar Veliki zabranio je homoseksualnost unutar vojske,<sup>93</sup> a od Kaznenog zakona Ruskog carstva 1832. godine ta je zabrana proširena i na ostalo muško<sup>94</sup> stanovništvo.<sup>95</sup> Prema odredbi članka 995. tog Zakona kazne su uključivale gubitak svih prava i imovine te progon u Sibir na razdoblje od četiri do pet godina.<sup>96</sup> U slučaju težih

---

u homoseksualnim vezama kao na buržoaziju koju je trebalo ukloniti iz javnog prostora. Vidi Dima, R., The unspeakable queerness in Romania's communist period: Lesbian and queer accounts beyond gay men's experiences. *Sexualities*, Sage Journals, 2024, dostupno na: <https://doi.org/10.1177/13634607241228110> (posjećeno 5. 1. 2025.).

<sup>88</sup> Zamfir, I., Between Holy Church and Holy Human Rights, *Life Stories of the Romanian LGBTQ+ Community after 1989 until Romanian Accession to the European Union*, *Aspasia*, vol. 17, br. 1, 2023, dostupno na: <https://www.berghahnjournals.com/view/journals/aspasia/17/1/asp170108.xml> (posjećeno 16. 1. 2025.).

<sup>89</sup> Takács, J., Tóth, T. P., Liberating Pathologization? The Historical Background of the 1961 Decriminalization of Homosexuality in Hungary, *Hungarian Historical Review* 10, br. 2, 2021, str. 275, dostupno na: <http://www.hunghist.org> DOI 10.38145/2021.2.267 (posjećeno 12. 1. 2025.).

<sup>90</sup> Izmijenjen je st. 1. čl. 200. te se kazneno djelo od tada odnosi na istospolne odnose počinjene javno ili one koji izazivaju javni skandal. Kazna je i dalje ostala od jedne do pet godina zatvora, a dodan je dio koji se tiče onih koji iniciraju ili potiču neku osobu na praksu istospolnih odnosa, kao i propagandu s tim ciljem. Vidi i: Andreescu, V., From legal Tolerance to Social Acceptance: Predictors of Heterosexism in Romania, *Revista Română de Sociologie*, serie nouă, vol. XXII, br. 3–4, București, 2011, str. 209–231.

<sup>91</sup> *Ibid.*, str. 213.

<sup>92</sup> [https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index\\_en.htm](https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index_en.htm) (posjećeno 17. 1. 2025.).

<sup>93</sup> Čini se da je zabrana donesena s drugima odredbama 1706. te da je kazna u početku bila spaljivanje, a poslije bičevanje. Tako Kondakov, A., An Approach to the History of Sexual Minority Discrimination in Russia, *Sortuz, Oñati journal of Emergent Socio-Legal Studies*, vol. 2, br. 2, 2008, str. 24.

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> *Ibid.*

prekršaja, poput silovanja, zavođenja maloljetnika ili osoba s mentalnim smetnjama (članak 996.), propisivala se kazna od 10 do 20 godina teškog rada u Sibiru.<sup>97</sup>

Homoseksualni odnosi dekriminalizirani su u Rusiji tek nakon Oktobarske revolucije,<sup>98</sup> kada je ukinut Krivični zakon Carske Rusije. Krivični zakoni RSFSR iz 1922. i 1926. godine nisu spominjali homoseksualnost kao kazneno djelo, no slični zakoni u Azerbajdžanu, Gruziji, Turkmenistanu i Uzbekistanu nastavili su kriminalizirati te odnose. U tim dijelovima SSSR-a posebna pozornost posvećivana je prevenciji i kažnjavanju „preživljavanja tog primitivnog običaja“.<sup>99</sup> Iako homoseksualnost više nije bila zakonski kažnjavana, službeno je i dalje smatrana bolešću.

S dolaskom Staljina i njegovim utjecajem na politiku SSSR-a situacija se dramatično promijenila.<sup>100</sup> G. G. Jagoda, jedan od ključnih političkih dužnosnika, predložio je mjere protiv muških homoseksualaca. Staljin je taj prijedlog proslijedio Politbiro, uz napomenu da takvu pojavu treba kazniti dekretom unutar sovjetskog zakonodavstva. Kao rezultat toga 7. 3. 1934. Kaznenom je zakonu dodan članak 121.,<sup>101</sup> koji zabranjuje mušku homoseksualnost (*muželožestvo*<sup>102</sup>) i propisuje kaznu do pet godina za počinitelje.<sup>103</sup> Točan broj postupaka koji su vođeni po čl. 121. nije poznat,<sup>104</sup> ali prvi dostupni podaci objavljeni su 1988. godine. Procjenjuje se da je bilo oko 1000 postupaka godišnje, a taj je broj opadao tijekom 1990-ih. Na primjer, 1987. godine osuđenih je muškaraca bilo 831, 1989. 539, a 1991. 462. Tijekom prvih šest mjeseci 1992. godine evidentirano je 227 osuda, pri čemu ih je samo 10 bilo prema članku 121.2., koji se odnosi na homoseksualne odnose protiv volje druge strane, uključujući i maloljetne ili mentalno bolesne osobe.<sup>105</sup>

---

<sup>97</sup> *Ibid.*, str. 25.

<sup>98</sup> Kada je ojačao pokret za prava homoseksualnih osoba, Marx i Engels bili su mrtvi, a stranke utemeljene na „marksizmu“ počele su se baviti uzrokom tih prava. Valja spomenuti da je prvi političar koji je javno zagovarao prava homoseksualnih osoba u nacionalnom zakonodavstvu bio August Bebel u Njemačkoj 1898. Vidi Retallack, A., August Bebel, A life for Social Justice and Democratic Reform, *Archiv für Socialgeschichte*, 58, 2018, str. 152.

<sup>99</sup> Healey, D., *Homosexual Desire in Revolutionary Russia*, Chicago, 2001, str. 126.

<sup>100</sup> Više Александрович, Иванов, В., *Контрреволюционные организации среди гомосексуалистов Ленинграда в начале 1930-х годов и их погром. Новейшая история России*, vol. 3, br. 8, 2013, str. 126–144.

<sup>101</sup> Do 1960. bila je to odredba čl. 154.a. Vidi tekst Kaznenog zakona RSFSR na: <http://www.cyberussr.com/rus/uk136-e.html> (posjećeno 17. 1. 2025.).

<sup>102</sup> Neki izvori ističu kako se radi o pojmu najbližijem pojmu pederastije. Tako De Jong, B., *An Intolerable Kind of Moral Degeneration: Homosexuality in the Soviet Union*, *Review of Socialist Law*, vol. 8, br. 1, 1982, str. 342, dostupno na: <https://doi.org/10.1163/187529882X00280> (posjećeno 15. 1. 2025.).

<sup>103</sup> Detaljno o tom razdoblju vidi: Healey, D., *Homosexual Desire in Revolutionary Russia*, Chicago, 2001. Od pet do osam godina ukoliko se radi o prisili ili korištenju položaja ovisnosti.

<sup>104</sup> Vidi o kaznenim postupcima Healey, D., *Homosexual Desire*, Chicago, 2001, str. 207; vidjeti i: <https://www.dw.com/en/germanys-criminalization-of-gay-sex-ended-30-years-ago/a-69360795> (posjećeno 26. 9. 2024.).

<sup>105</sup> Brojčani podaci, Semjonovič, *Sociolegal Control of Homosexuality: A Multi-Nation Comparison*, ur. West, D. J., Green, R., New York, London, 1997, str. 225. Vidi i brojčane podatke u: Valodzin, V., *Criminal Prosecution of Homosexuals in the Soviet Union (1946–1991): numbers and discourses*, EUI, Department of History and Civilization, EUI Working paper HEC 2020/02, str. 2–4, dostupno na: <https://cadmus.eui.eu> (posjećeno 18. 1. 2025.).



Ženska homoseksualnost, iako nije bila zakonski kažnjavana, također je bila stigmatizirana kao bolest.<sup>106</sup> Mlade žene koje su se smatrale homoseksualkama često su bile podvrgnute tretmanu u psihijatrijskim ustanovama, obično na tri mjeseca, a potom su bile upisane u posebne registre, što je rezultiralo dodatnom stigmatizacijom u društvu.<sup>107</sup>

Homoseksualnost je tijekom ovog razdoblja bila smatrana ne samo bolešću<sup>108</sup> već i povezana i s idejom kontrarevolucije, opisana kao „manifest moralne dekadencije“,<sup>109</sup> koju su prakticirali fašisti i aristokracija. Zakon iz 1933. godine ponekad se opisuje kao dio „seksualnog Termidora“ i opće represije,<sup>110</sup> što upućuje na širu društvenu i političku atmosferu straha i kontrole, koju je Staljin uspostavio.

Sovjetska javnost nije preispitivala opravdanost ponovne kriminalizacije homoseksualnosti. Naime, smatrala je to dijelom „moralne dekadencije“ i „prljavog fašističkog nacionalizma“, iako su o tome postojale rasprave. Poznat je i slučaj kada je 1934. britanski komunist Harry Whyte poslao pitanje Staljinu o mogućnosti da homoseksualna osoba bude član Komunističke partije.<sup>111</sup> Staljin nije odgovorio na taj upit, već se oslonio na članak Maksima Gorkog objavljen u novinama *Pravda* 23. svibnja 1934., u kojem se navodilo kako treba uništiti homoseksualce, pa će nestati i fašizam.<sup>112</sup> Ministar pravde Nikolaj Krylenko u svojem je govoru u Centralnom izvršnom komitetu iznio slične stavove.<sup>113</sup>

---

<sup>106</sup> O dvojbi glede ženske homoseksualnosti i kažnjavanju žena vidi: Valodzin, V., *Criminal Prosecution of Homosexuals in the Soviet Union (1946–1991): numbers and discourses*, EUI, Department of History and Civilization, EUI Working paper HEC 2020/02, str. 4, dostupno na: <https://cadmus.eui.eu> (posjećeno 18. 1. 2025.).

<sup>107</sup> Više Stella, F., *Lesbian Lives in Soviet and post Soviet Russia: Post/socialism and Gendered Sexualities*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2015, str. 47–52.

<sup>108</sup> Više Roldugina, I., „Not a Personal Matter“: Soviet Conservative Discourse on Homosexuality in the 1960s and 1970s, *Russian History*, vol. 51, br. 1, 2024, str. 56–80, dostupno na: <https://doi.org/10.30965/18763316-2340073> (posjećeno 5. 1. 2024.).

<sup>109</sup> Vidi Semjonovič, I., K., *The Sexual Revolution in Russia: from the age of the czars to today*, trans. Riordan James, New York, 1995, str. 72.

<sup>110</sup> Tako Semjonovič u: *Sociolegal Control of Homosexuality: A Multi-Nation Comparison*, ur. West, D. J., Green, R., New York, London, 1997, str. 223.

<sup>111</sup> Healey, D., *Homosexual Desire*, Chicago, 2001, str. 190.

<sup>112</sup> O Maksimu Gorkom vidi na: <https://thephilosopher.net/gorkiymaxim/> (posjećeno 22. 11. 2024.). U SSSR-u se homoseksualnost povezivala s nacizmom i fašizmom, dok je u Njemačkoj kriminalizacija homoseksualnosti započela 1934. godine. O ranijem razdoblju u povijesti Njemačke vidi Lauritsen, J., Thorstad, D., *The Early Homosexual Rights Movement (1864–1953)*, New York, 1974. Kazna za istospolne odnose bila je zatvor do deset godina, a odredba poznata kao „Odredba 175“ ukinuta je tek 1994. Poznati su stravični nacistički progoni homoseksualnih osoba, kao i masovno odvođenje u koncentracijske logore. Više Boisson, J., *Le triangle rose: la deportation des homosexuels, 1933–1945*, Paris, 1988, Gunter, Grau, *Hidden Holocaust: Lesbian and Gay Persecution in Nazi Germany*, London, 1995.

<sup>113</sup> Mogutin, Y., *Gay in gulag*, Sage Journals, 1995, str. 66–67, dostupno na: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1080/03064229508535832> (posjećeno 3. 12. 2024.). Vidi i Healey, D., *Homosexual Existence and Existing Socialism: New Light on the Repression of Male Homosexuality in Stalin's Russia*, *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, Duke University Press, vol. 8, br. 3, 2002, str. 349–378.

Pitanje odnosa između revolucije i liberalizacije tema je brojnih istraživanja koja kritički ispituju marksističku misao naglašavajući vezu između revolucije i puritanizma. Marksistički povjesničar *Hobsbawm* istaknuo je tu povezanost, ali je i upozorio da bi bilo pogrešno nazvati sovjetsku staljinističku vlast puritanskom s obzirom na to da je bila paralizirana strahom od ljubavi i erotizma.<sup>114</sup> Nadalje, *Kollontai*, istaknuta figura u partijskim redovima i bivša ambasadorica u Norveškoj, opravdavala je pravnu regulaciju i društvenu ulogu u odlučivanju o pitanjima homoseksualnosti. Naglasila je da je kroz povijest društvo postavljalo pravila koja određuju kada je i pod kojim okolnostima ljubav legalna, a kada je grešna ili kriminalna.<sup>115</sup>

Industrijalizacija i potreba za radnom snagom, kao i pronatalitetna politika, dodatno su učvrstile temelje zabrane istospolnih veza, a slične su se politike provodile i u drugim socijalističkim i komunističkim zemljama. Ukrajina je također promijenila svoje zakonodavstvo uvodeći odredbe koje su zabranjivale javne muške homoseksualne veze i mušku prostituciju, pri čemu nije bila određena minimalna kazna za ta djela.

Iako je homoseksualnost postala vidljiva već tijekom Gorbačovljevih reformi, osobito kroz politiku „glasnosti“, do dekriminalizacije u Rusiji došlo je tek 27. svibnja 1993. godine, pod vlašću Borisa Jeljcina,<sup>116</sup> i to nakon pritisaka Vijeća Europe. Tom dekriminalizacijom ukinuta je odredba 121. Kaznenog zakona, no prava homoseksualnih osoba ostala su i dalje nedovoljno regulirana. Ministarstvo zdravstva izbrisalo je homoseksualnost iz registra mentalnih bolesti tek 1999.,<sup>117</sup> ali stigmatizacija je ostala.<sup>118</sup> Prema nekim izvorima, mnoge osobe osuđene prema tom zakonu nisu bile puštene iz zatvora; zabilježeni su slučajevi homoseksualaca koji su ponovno osuđivani, zatvorenika koji nisu mogli biti locirani, kao i onih čiji su dokumenti nestali.<sup>119</sup>

Kazneni zakon usvojen 1996. (No. 63-FZ od 13. 6. 1996.) konačno je donio značajne promjene kako u smislu „prave“ dekriminalizacije tako i u pogledu ravnopravnosti spolova. Prema odredbi članka 132. propisana je ista kazna za homoseksualno i heteroseksualno silovanje, dok je do tada žrtva silovanja mogla biti samo ženska osoba. Za spolni odnos punoljetne osobe s osobom mlađom od 16 godina, prema članku 134., predviđena je kazna zatvora do 4 godine ili ograničenje slobode do 3 godine.<sup>120</sup>

---

<sup>114</sup> Cit. vidi Hobsbawm, E., J., *Revolutionaries : contemporary essays*, London, 1982, str. 218.

<sup>115</sup> Kollontai, A., *Theses on Communist Morality in the Sphere of Marital Relations: Selected Writings*, London, 1977, str. 225.

<sup>116</sup> Horne, S., Ovrebo, E., Levitt, H., *Leaving the Herd: The Lingering Threat of Difference for Same-Sex Desires in Postcommunist Russia*, *Sexuality Research and Social Policy*, 6, 2009, str. 88–102, dostupno na: <https://link.springer.com/article/10.1525/srsp.2009.6.2.88> (posjećeno 12. 12. 2024.).

<sup>117</sup> *Ibid.*, str. 90.

<sup>118</sup> Tako Kon, I., *Moonlight at dawn: Faces and masks of same-sex love*. Moskva, Russian Federation: Olimp, 2002.

<sup>119</sup> Vidi u dokumentu izbjeglica izjavu predstavnika Međunarodne komisije za ljudska prava homoseksualaca i lezbijki na: <http://www.refworld.org> (posjećeno 15. 9. 2024.).

<sup>120</sup> Vidi tekst Zakona na: <https://www.legal-tools.org/doc/8eed35/pdf/> (posjećeno 15. 12. 2024.).

Tek je 2003. godine izjednačena minimalna dobna granica za ulazak u seksualne odnose između homoseksualnih i heteroseksualnih osoba. Unatoč toj „mekšoj“ regulativi u današnjoj Rusiji prisutna je izrazita „*antigay*“ politika. Zaključak da je ta politika isključivo rezultat povijesnog nasljeđa mogao bi biti prejednostavan, no možemo se složiti da je prethodni razvoj znatno utjecao na njezine okvire.<sup>121</sup>

Ideološke osnove za liberalnu politiku postavio je Lenjin, koji je, barem kada je riječ o seksualnosti, promovirao liberalne stavove. Staljin je, s druge strane, zanemario taj liberalizam, kao i mnoge druge aspekte društvenog života.<sup>122</sup>

U međuvremenu je 2013. u Ruskoj Federaciji u cilju zaštite djece od informacija štetnih za njihovo zdravlje i razvoj donesen zakon<sup>123</sup> koji je poslije je nazvan „anti-LGBT zakonom“. Zakon je kritiziran od LGBTQ+ zajednice, kao i javnosti, jer se smatra oruđem za diskriminaciju, koje koincidira s porastom nasilja prema homoseksualnim i drugim osobama LGBTQ+ populacije.<sup>124</sup>

Može se reći da je u sovjetskoj Rusiji u 20. stoljeću biti *gay* smatrano vrstom vanjskog onečišćenja, odnosno privremenim poremećajem, koji je trebao biti prevladan daljnjim razvojem socijalističkog društva.<sup>125</sup> Neki izvori ističu kako je ostalo još dosta posla u osiguravanju prava seksualnim manjinama te kako bi taj posao trebao mijenjati svijest ljudi u prvom redu, a potom bi zakonodavna baza slijedila volju ljudi.<sup>126</sup>

#### **4. PRAVNA REGULATIVA I STANJE HOMOSEKSUALNOSTI U SOCIJALISTIČKOJ FEDERATIVNOJ REPUBLICI JUGOSLAVIJI I NJEZINIM REPUBLIKAMA**

Pravni okvir u Socijalističkoj Federativnoj Republici Jugoslaviji (SFRJ) vezan uz istospolne odnose može se, ovisno o kaznenopravnoj regulativi i stavu prema pitanju istospolnih odnosa, podijeliti na tri razdoblja: (1.) razdoblje nakon Drugog svjetskog rata do donošenja Zakona 1951. godine, (2.) razdoblje do donošenja Ustava 1974. te (3.) razdoblje razvoja zakonodavstva u pojedinim socijalističkim republikama sve do raspada SFRJ početkom 1990-ih i nadalje. Svaka od tih faza odražava promjene kako u regulaciji tako i u društvenim stavovima i političkom okruženju na saveznoj i na republičkim razinama.

---

<sup>121</sup> Usp. Essig, L., Bury Their Hurts, Some Thoughts on the Specter of Homosexuality Haunting Russia, QED, A Journal in LGBTQ Worldmaking, vol. 1, br. 3, 2004, str. 39.

<sup>122</sup> Vidi više Carleton, G., Sexual revolution in Bolshevik Russia, Pittsburgh, 2005, Healey, D., Homosexual desire in revolutionary Russia, The regulation of sexual and gender dissent, Chicago, 2001.

<sup>123</sup> Vidi Thoreson, R., From Child Protection to Children's Rights: Rethinking Homosexual Propaganda Bans in Human Rights Law, The Yale Law Journal, vol. 124, br. 4, 2015, str. 882–1345.

<sup>124</sup> Vidi Human Rights Watch, dostupno na: <https://www.hrw.org/news/2014/06/29/russia-anti-lgbt-law-tool-discrimination> (posjećeno 20. 12. 2024.).

<sup>125</sup> Tako u zaključku Essig, L., Bury Their Hurts, Some Thoughts on the Specter of Homosexuality Haunting Russia, QED, A Journal in LGBTQ Worldmaking, vol. 1, br. 3, 2004, 39–58.

<sup>126</sup> Kondakov, A., An Approach to the History of Sexual Minority Discrimination in Russia, Sortuz, Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies, vol. 2, br. 2, 2008, str. 28.

U prvoj fazi, u razdoblju prije 1951. godine, prije osnivanja socijalističke Jugoslavije 1945., primjenjivao se Kazneni zakon o zločinstvima, prestupcima i prekršajima iz 1852.,<sup>127</sup> koji je bio u uporabi na područjima Hrvatske i Slavonije kao dijelova Habsburškog Carstva. Taj je zakon regulirao ćudorednost, uključujući i homoseksualne odnose, koji su bili kažnjivi. Nakon osnivanja Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca 1918. godine Krivični zakon iz 1929. godine<sup>128</sup> zamijenio je prethodne propise, a njegova primjena također se odnosila na kaznena djela protiv javnog morala, što je uključivalo i homoseksualnost. *Dota* ističe da je homoseksualnost bila inkriminirana člankom 285. spomenutog zakona (Krivičnog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju iz 1929. godine), a sankcija za to kazneno djelo je bila strogi zatvor do pet godina za „protuprirodni blud između lica”.<sup>129</sup> Isti članak „inkriminirao je i 'neprirodne' heteroseksualne odnose, odnosno svaki analni penetrativni odnos bez obzira na spol partnera”.<sup>130</sup>

Međutim, kako to ističe *Dota*, Predsjedništvo AVNOJ-a je pred kraj rata „proglasilo nevažećima sve propise donesene prije napada na Kraljevinu Jugoslaviju u travnju 1941., kao i one proglašene od strane okupacijskih i kolaboracionističkih organa vlasti”,<sup>131</sup> a izrijeком je bilo dopušteno da se pravo iz predratnog razdoblja može „primjenjivati na odnose koji nisu uređeni važećim propisima”,<sup>132</sup> što je značilo da se mogu koristiti stari zakoni u materiji koja još uvijek nije bila pokrivena novom regulativom, kako ne bi nastao pravni vakuum i pravne praznine dok se ne donesu novi zakoni. No, unatoč tome kako to navodi *Dota*, pitanje (homo)seksualnosti, tj. seksualnog morala ostalo je otvoreno, zbog toga što je predratni zakon štitio kao pravno dobro svjetonazor i seksualnu etiku građanskog poretka i buržujske klase, odnosno seksualni moral tog vremena, pa je bilo pitanje kako će novi zakon (komunističke vlasti) imati stajalište prema tom pitanju.<sup>133</sup> Stoga je odluka o progonu tih osoba ovisila o (arbitrarnoj) odluci tijela progona i sudova.<sup>134</sup>

U drugoj fazi (1951.–1974.) prva veća promjena u regulaciji homoseksualnih odnosa dogodila se na samom početku 1951. godine donošenjem novog Kaznenog zakona. U ovom razdoblju, koje je obuhvaćalo tranziciju iz predratnog pravnog sustava u socijalistički, homoseksualni odnosi između muškaraca ostali su kriminalizirani, ali se počinje pojavljivati sve veća rasprava o tome kako se ta pitanja trebaju regulirati u skladu s novim socijalističkim moralnim normama. Tijekom tog razdoblja kaznena regulativa bila je jedinstvena na saveznoj razini, ali se situacija počinje mijenjati uoči donošenja Ustava

---

<sup>127</sup> Vidi tekst Zakona na:

[https://archive.org/details/kazneni\\_zakon\\_o\\_zlocinstvih\\_prestupciah\\_i\\_prekrhajih\\_1908-josip\\_silovic/page/n79/mode/2up](https://archive.org/details/kazneni_zakon_o_zlocinstvih_prestupciah_i_prekrhajih_1908-josip_silovic/page/n79/mode/2up) (posjećeno 3. 12. 2024.).

<sup>128</sup> Službene novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, godina XI, br. 33-XVI, Beograd, 1929.

<sup>129</sup> *Dota*, F. (2017), Javna i politička povijest muške homoseksualnosti u Socijalističkoj Hrvatskoj (1945. – 1989.), doktorska disertacija obranjena na Filozofskom fakultetu, Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb str. 86

<sup>130</sup> *Ibid.*

<sup>131</sup> *Ibid.*

<sup>132</sup> *Ibid.*

<sup>133</sup> *Ibid.*, str. 87.

<sup>134</sup> *Ibid.*

1974. godine. Naime, iako su homoseksualni odnosi bili kažnjivi, postojala je sve veća razlika između republika u odnosu na primjenu zakona i društvene stavove. SFRJ se, kao i druge socijalističke zemlje, suočavao s izazovom liberalizacije društva, ali i istovremenog očuvanja socijalističkih moralnih vrijednosti.

Treća faza obuhvaća razdoblje od 1974. do 1990. godine. Donošenje Ustava 1974. godine označilo je početak treće faze, kada su socijalističke republike dobile veće ovlasti da samostalno reguliraju različita pravna pitanja, uključujući i pitanja vezana uz moral i homoseksualnost. Tijekom tog razdoblja zakoni su se počeli razlikovati od republike do republike jer su republike počele razvijati vlastitu regulativu u skladu s lokalnim društvenim normama i specifičnostima. Ova decentralizacija postaje još izraženija kako se Jugoslavija približavala svojem raspadu početkom 1990-ih. Dok su neke republike počele uvoditi liberalniji pristup istospolnim odnosima, druge su zadržale konzervativniji stav. Razvoj zakonodavstva u toj fazi obilježen je i utjecajem društvenih promjena, ekonomskih izazova te političkih tenzija, koje su dovele do raspada Jugoslavije.

Nakon raspada SFRJ svaka od novih država nastavila je razvijati vlastiti pravni okvir u pogledu homoseksualnosti. Neke zemlje bivše Jugoslavije postupno su uvele dekriminalizaciju i zakonsku zaštitu homoseksualnih osoba, dok su druge zadržale restriktivniji pristup. Te razlike u pravnim okvirima uglavnom su bile odraz specifičnih političkih i društvenih okolnosti u svakoj novonastaloj državi. Zaključno, regulacija istospolnih odnosa u SFRJ prošla je kroz tri važne faze, od prvotne kriminalizacije do početaka liberalizacije u socijalističkim republikama. Decentralizacija koja je uslijedila nakon Ustava iz 1974. godine omogućila je svakoj republici da razvije vlastiti pristup ovom, kao i sličnim pitanjima, što je bilo vidljivo i u pravnim rješenjima nakon raspada Jugoslavije.

#### **4.1. Kaznena regulacija pitanja homoseksualnosti tijekom prvog razdoblja**

Kazneni zakon o zločinstvih, prestupih i prekršajih iz 1852. godine u dijelu pod nazivom „Zločinstva bludnosti suprot naravi“ u članku 129. jasno definira što se smatralo zločinom. Prema toj odredbi, „bludnost suprot naravi“ obuhvaćala je: a) bludne radnje sa životinjama i b) bludne radnje s osobama istog spola.

Članak (§) 130. tog zakona propisuje kaznu za navedene radnje navodeći: „kazna je teška tamnica od jedne do pet godina“. U slučaju da su tijekom izvršenja tih radnji korištena određena sredstva, kako je navedeno u članku (§) 125., kazna se povećava na pet do deset godina. Ukoliko su se dogodile određene otegotne okolnosti opisane u članku (§) 126., kazna bi mogla biti i veća.

Zakon iz 1852. godine zamijenjen je Krivičnim zakonom iz 1929.,<sup>135</sup> koji je dodatno regulirao pitanja bludnih radnji, uključujući i istospolne odnose. Prema tom zakonu bludne radnje s osobama mlađima od četrnaest godina ili u slučaju kada postoji odnos zavisnosti među osobama bile su posebno kažnjive. Kazna prema članku (§) 279. mogla je biti do dvanaest godina robije, ovisno o posljedicama takvih radnji. Ako su uz te radnje bile povezane okolnosti koristoljublja, počinitelj bi mogao biti kažnjen<sup>136</sup> strogim zatvorom do dvije godine ili robijom do pet godina.

Članak (§) 285. dodatno precizira kazne za „protuprirodni blud“ propisujući strogi zatvor za počinitelja ukoliko taj čin ne predstavlja teže kazneno djelo. Također, Zakon iz 1929. regulirao je i ponašanje koje uključuje javno iznošenje materijala koji vrijeđaju javni moral. Sukladno članku (§) 288. osoba koja drži javna predavanja ili proizvodi i distribuira materijale s teškim povredama javnog morala bit će kažnjena strogim zatvorom i novčanom kaznom. Bludna radnja prema Zakonu iz 1929. bila je definirana kao „takva radnja kojom učinilac ide na zadovoljenje svoje telesne pohote“.

Iako je 1945. godine došlo do promjena u društvenom poretku s uspostavom socijalističke vlasti, kažnjavanje homoseksualnih odnosa nastavilo se u skladu s Krivičnim zakonom Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine. Na temelju sudske prakse homoseksualni odnosi i dalje su bili definirani kao „protuprirodni blud“. Sudovi su smatrali da te odredbe nisu u suprotnosti s novim poretkom FNRJ pozivajući se na članak 4. Zakona o nevažnosti pravnih propisa, koji je omogućio primjenu starijih zakona ako nisu bili u suprotnosti s novim društvenim uređenjem.

Na taj način, unatoč promjenama nakon 1945. godine,<sup>137</sup> pravni sustav i dalje je zadržavao kaznene odredbe prema osobama koje su bile uključene u homoseksualne odnose oslanjajući se na pravnu praksu i zakonodavne okvire iz razdoblja Kraljevine Jugoslavije.

## 4.2. Homoseksualnost tijekom drugog razdoblja (od 1951.)

Praksa koja je omogućavala zloupotrebu zakona i obračunavanje s neprijateljima sustava, kao i sa sumnjivim pojedincima, nastavila se sve do donošenja novog Krivičnog zakona FNRJ iz 1951. godine (dalje: KZFNRJ ili Zakon).<sup>138</sup> Tim zakonom zadržana je kriminalizacija određenih homoseksualnih odnosa. U članku 186. zadržano je krivično

---

<sup>135</sup> Breberina, M. S., Ilić, K. I., Krivični zakonik za Kraljevinu Jugoslaviju od 27. januara 1929. godine sa izmenama i dopunama iz Zakona od 9. oktobra 1931. godine te rešidbama Stola sedmorice kao kasacionog suda u Zagrebu i apelacionog suda u Zagrebu, Tipografija, 1934, str. 212–221.

<sup>136</sup> Vidi tekst Zakona na:

[https://archive.org/details/kazneni\\_zakon\\_o\\_zlocinstvih\\_prestupcih\\_i\\_prekrasjih\\_1908-josip\\_silovic/page/n79/mode/2up](https://archive.org/details/kazneni_zakon_o_zlocinstvih_prestupcih_i_prekrasjih_1908-josip_silovic/page/n79/mode/2up) (posjećeno 3. 12. 2024.).

<sup>137</sup> Na temu povijesti muške homoseksualnosti u Hrvatskoj za vrijeme socijalizma doktorirao je Dota, F., Javna i politička povijest muške homoseksualnosti u socijalističkoj Hrvatskoj (1945.–1989.), doktorska disertacija obranjena 2017.

<sup>138</sup> Krivični zakon FNRJ iz 1951. godine, Službeni list 13/51. Vidi Kondor-Langer, M., Zaštita prava LGBT osoba: zakonodavstvo i policija, Kriminologija i socijalna integracija, vol. 23, br. 2, 2015, str. 287.

djelo protivprirodnog bluda, koje ima dva oblika: (a) nasilni protivprirodni blud (čl. 186. st. 1. KZFNJR) i (b) protivprirodni blud između lica muškog pola (čl. 186. st. 1. KZFNJR),<sup>139</sup> koji glasi: „za protuprirodni blud između osoba muškog pola, učinilac će se kazniti zatvorom do dvije godine“. Kazneno djelo sastoji se u vršenju protuprirodnog bluda među muškim osobama, a počinitelji su mogle biti samo osobe starije od 14 godina.<sup>140</sup> Nakon izmjena i dopuna Krivičnog zakona (1962., 1965., 1967.) u čl. 186. st. 2. smanjena je kazna zatvora na jednu godinu za protuprirodni blud između osoba muškog spola.

U teoriji krivičnog prava tog razdoblja postojale su rasprave o značenju termina „protuprirodni blud“. Prema tadašnjim pravnim tumačenjima prevladalo je mišljenje da se protuprirodni blud odnosio isključivo na „coitus per anum“.<sup>141</sup> Takva interpretacija zakona odražavala je restriktivan stav prema homoseksualnim odnosima u tom periodu, a zakonodavni okvir i dalje je omogućavao represivne mjere prema osobama homoseksualne orijentacije, unatoč određenim izmjenama i smanjenju kazni.<sup>142</sup> Ujedno je potrebno napomenuti da je nešto prije donošenja novog Ustava homoseksualnost 1973. skinuta s liste mentalnih poremećaja od strane Hrvatske liječničke komore.

### 4.3. Pitanje homoseksualnosti tijekom trećeg razdoblja (od 1974.)

Ustav iz 1974. godine donosi preokret u pravnom okviru Jugoslavije dajući veću samostalnost republikama, što se odrazilo i na regulaciju homoseksualnih odnosa.

Iste 1974. godine donesena je rezolucija na Međunarodnom kongresu za krivično pravo u Hagu. Prema toj rezoluciji homoseksualno ponašanje između odraslih osoba s obostranim pristankom ne bi trebalo biti predmetom krivičnog zakonodavstva. U četiri točke rezolucije navedeno je koje bi oblike homoseksualnog ponašanja trebalo kažnjavati,<sup>143</sup> a to su: homoseksualni odnosi uz nasilje, homoseksualni odnosi s osobama ispod utvrđene dobne granice te sa zloupotrebom položaja, uznemiravanje javnosti te prostitucija. Ta je rezolucija uslijedila nakon Preporuka Američkog instituta za pravo i Wolfendenova komiteta,<sup>144</sup> koji su također poticali liberalizaciju ovih pitanja.

---

<sup>139</sup> Radovanović, M., Đorđević, M. Krivično pravo – posebni deo, sedmo izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1977, str. 139.

<sup>140</sup> *Ibid.*, str. 139. Dota, F., Kažnjavanje slobode: zakonodavne i sudske prakse prema gej muškarcima u NR/SR Hrvatskoj (1945.–1977) // IV. kongres hrvatskih povjesničara, izlaganje, sažeci sa skupova, Zagreb, 2012.

<sup>141</sup> Vidi Garačić, A., Od zaštite dostojanstva ličnosti i morala do zaštite spolnih sloboda, Novine u kaznenom zakonodavstvu 2017. – Seminar u Opatiji, 2017, str. 2, dostupno na: [https://www.vsrh.hr/custompages/static/HRV/files/AGaracic-OdZastiteDostojanstvaLicnostiIMorala\\_2017-Opatija.pdf](https://www.vsrh.hr/custompages/static/HRV/files/AGaracic-OdZastiteDostojanstvaLicnostiIMorala_2017-Opatija.pdf) (posjećeno 19. 12. 2024.).

<sup>142</sup> O svrsi kažnjavanja i promjenama više u: Cvitanović, L., Svrha kažnjavanja u suvremenom kaznenom pravu, Zagreb, 1999.

<sup>143</sup> O krivičnim i političkim aspektima kriminalizacije vidi Stojanović, Zoran, Kriminalnopolitički aspekt inkriminiranja homoseksualnog ponašanja, Jugoslavenska revija za kriminologiju i krivično djelo, 1974.

<sup>144</sup> Tako Grubić-Radaković, L., Seksualna delinkvencija u suvremenom krivičnom pravu, dostupno na: <http://www.vsrh-hr> (posjećeno 4. 11. 2024.).

Donošenjem Krivičnog zakona (Socijalističke) Republike Hrvatske 1977. godine (dalje: KZRH)<sup>145</sup> homoseksualni su odnosi dekriminalizirani.<sup>146</sup> Ove promjene bile su usko povezane s ustavnim reformama koje su dovele do većih pomaka u liberalizaciji prava, uključujući i prava homoseksualnih osoba. Nakon Hrvatske, istospolni odnosi legalizirani su i u Sloveniji, Crnoj Gori te Vojvodini. U Sloveniji je već 1974. godine *Bavcon*, koji je bio i predsjednik Komisije za donošenje Krivičnog zakona Socijalističke Republike Slovenije, na Konferenciji Udruženja jugoslavenskog Krivičnog zakona predložio dekriminalizaciju homoseksualnosti.<sup>147</sup>

Situacija u Bosni i Hercegovini bila je slična. Izmjenama i dopunama Krivičnog zakona Republike BiH na snazi više nije čl. 93 KZ BiH, čime je došlo do dekriminalizacije homoseksualnih odnosa 1991. godine. Međutim, zbog političkih okolnosti u Republici Srpskoj dekriminalizacija se dogodila 1998., dok je u Federaciji BiH to ostvareno 1996. godine.<sup>148</sup> Unatoč dekriminalizaciji regulacija istospolnih zajednica ili brakova nije uvedena.<sup>149</sup>

U Makedoniji je dekriminalizacija istospolnih odnosa uslijedila 1996. godine, no ni tu nije došlo do regulacije istospolnih zajednica ili brakova.<sup>150</sup>

Najveći napredak u regulaciji istospolnih odnosa postigla je Slovenija, koja je dekriminalizirala odnose među istospolnim partnerima 1977. godine,<sup>151</sup> a zatim je 2006. godine uvela regulaciju istospolnih zajednica.<sup>152</sup> Brak je kao zajednica izjednačen za

---

<sup>145</sup> Krivični zakon Socijalističke Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 25/77, 50/1978, 25/1984, 52/1987, 43/1989, 8/1990, 54/1990, 9/1991, 67/1991, 71/1991, 25/1992, 33/1992, 39/1992, 77/1992, 91/1992, 37/1994, 28/1996, 30/1996; dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/zakonodavstvo/krivicni-zakon-republike-hrvatske/20/clanak-1> (posjećeno 1. 10. 2024.).

<sup>146</sup> Tako i Ritossa, D., Martinović, I., Spolni odnošaji bez pristanka i silovanje – teorijski i praktični problemi, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 21, br. 21, 2014 (509–548), str. 514. Autori navode da je došlo do pomaka u priznavanju slobode pojedinca dekriminalizacijom spolnih odnosa između osoba muškog spola.

<sup>147</sup> Tako Tomović, I., Nevidljivi progon: Homoseksualnost pred socijalističkom pravdom, Podgorica, 2014, str. 13.

<sup>148</sup> Ljudska prava LGBT osoba u kontekstu evropskih integracija, Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine, pr. Jeleč, N., istraživanje br. 196, 2015, str. 10.

<sup>149</sup> O učinjenom napretku od ulaska te upozorenjima i diskriminaciji vidi: Izvješće, <http://www.europarl.europa.eu/EPRS/EPRS-Briefing-557011-Rights> (posjećeno 21. 9. 2024.).

<sup>150</sup> O razvoju prava nakon dekriminalizacije Miškovska Kajevska, A., Jača represija, jači otpor: LGBT aktivizam i evropeizacija u Makedoniji, u: Preko duge u Evropu, LGBT aktivizam i evropeizacija na prostoru bivše Jugoslavije, ur. Bilić, B., Beograd, 2016, str. 107–107.

<sup>151</sup> Vidi za razvoj u Sloveniji Godzisz, P., Viggli, G., (ed.) Awareness of Anti-LGBT Hate Crime in the European Union, Warsaw, 2019, str. 178–198; Takács, J., Kuhar, R., Tóth, T. P., „Unnatural Fornication“ Cases Under State-Socialism: A Hungarian–Slovenian Comparative Social-Historical Approach. *Journal of Homosexuality*, vol. 64, br. 14, 2017, str. 1943–1960, dostupno na: <https://doi.org/10.1080/00918369.2016.1273719> (posjećeno 19. 12. 2024.).

<sup>152</sup> O razvoju prava nakon samostalnosti te inicijativi za registrirano partnerstvo vidi Uhar, R., Mencin, M., Same-Sex Partnership Debate in Slovenia: Between Declarative Support and Lack of Political Will, u: *The EU Enlargement and Gay Politics*, str. 147–172, dostupno na: [https://www.researchgate.net/publication/304403864\\_Same-sex\\_Partnership\\_Debate\\_in\\_Slovenia\\_Between\\_Declarative\\_Support\\_and\\_Lack\\_of\\_Political\\_0.1057/978-1-137-48093-4\\_7](https://www.researchgate.net/publication/304403864_Same-sex_Partnership_Debate_in_Slovenia_Between_Declarative_Support_and_Lack_of_Political_0.1057/978-1-137-48093-4_7) (posjećeno 22. 11. 2024.).



homoseksualne i za heteroseksualne partnere 2022., nakon odluke slovenskog Ustavnog suda. Time je Slovenija postala prva država među bivšim socijalističkim državama u Europi koja je regulirala istospolne brakove.<sup>153</sup>

Homoseksualni odnosi dekriminalizirani su u Srbiji 1994. godine.<sup>154</sup> Dobna granica za dobrovoljne heteroseksualne i homoseksualne odnose izjednačena je 2006. godine, pri čemu je spuštena na 14 godina. Međutim, dekriminalizacija nije bila praćena regulacijom istospolnih zajednica, registriranih zajednica ili brakova.<sup>155</sup> Na Kosovu je također 1994. došlo do dekriminalizacije homoseksualnih odnosa.<sup>156</sup>

Što se tiče Vojvodine, istospolni odnosi dekriminalizirani su 70-ih godina 20. stoljeća, nakon SR Hrvatske.<sup>157</sup> Međutim, nakon 1990. ponovo je došlo do kriminalizacije istospolnih odnosa, koja je trajala do 1994. godine.

#### 4.3.1. Republika Hrvatska<sup>158</sup>

Krivični zakon (S)RH<sup>159</sup> jasno je razgraničio pojam „protuprirodni blud“ (inkriminiran u čl. 88. KZRH) od „bludnih radnji“ (inkriminiranih u čl. 89. KZSRH) dekriminalizirajući dobrovoljne homoseksualne odnose među odraslim muškarcima, ali je zadržao sankcije u članku 88. za homoseksualne radnje prema djeci i maloljetnicima.<sup>160</sup> Ta je diferencijacija označila značajan pomak u pristupu pravnim pitanjima vezanima za seksualnu orijentaciju. U teoriji kaznenog prava tog razdoblja postojala su različita shvaćanja značenja termina „protuprirodni blud“. Prema jednom shvaćanju protuprirodnim bludom smatrana je svaka radnja kojom počinitelj na tijelu druge osobe zadovoljava svoj spolni

<sup>153</sup> Vidi na:

<https://www.pewresearch.org/religion/fact-sheet/gay-marriage-around-the-world/> (posjećeno 17. 1. 2025.).

<sup>154</sup> Početkom 20. st. propisi Kraljevine Srbije i Crne Gore ne kriminaliziraju homoseksualnost.

<sup>155</sup> Banović, D., Kovačević, D., *Sexual Orientation and Gender Identity in the Countries of the Former Yugoslavia*, 2022, dostupno na SSRN:

<https://ssrn.com/abstract=4637372> ili <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4637372> (posjećeno 11. 1. 2025.).

<sup>156</sup> *Ibid.* Neki autori, vjerojatno imajući u vidu da postoji znatna razlika između zakonske i stvarne promjene, navode samo da je na Kosovu došlo do dekriminalizacije 1990-ih. Vidi Vučković Juroš, T., *Socijalna isključenost seksualnih manjina u Hrvatskoj*, *Revija za socijalnu politiku*, vol. 22, br. 2, 2015, str. 198.

<sup>157</sup> Tada su dekriminalizirani homoseksualni odnosi u Sloveniji, Hrvatskoj i Crnoj Gori, dok su u BiH, Makedoniji, Srbiji i Kosovu ostali kriminalizirani.

<sup>158</sup> Istraživanje u ovom radu odnosi se prije svega na područje kaznenog prava i kaznenopravnu regulativu, odnosno kriminalizaciju i dekriminalizaciju. Javno mnijenje, izolirano djelovanje svakog od čimbenika koji su utjecali na regulativu, kao i razvoj u smislu daljnjeg djelovanja u području antidiskriminacije zbog prostornih mogućnosti, nisu obuhvaćeni ovim radom. Stoga radi cjelokupne slike valja uputiti na autore koji su se ovim pitanjem bavili u dugim područjima, izvan pravnog, te aktiviste. Vidi Vuletić, D., *Gay i lezbijska povijest Hrvatske, Od Drugog svjetskog rata do 1990.*, *Gordogan*, I (1), Zagreb, str. 106–123. Među novijim je istraživanjima i Dota, F., *Javna i politička povijest muške homoseksualnosti u socijalističkoj Hrvatskoj (1945.–1989.)*, doktorska disertacija obranjena na Filozofskom fakultetu u Zagrebu 2017.

<sup>159</sup> Vidi fusnota 107. preuzimanje i preimenovanje Kaznenog zakona, Dragičević Prtenjača, M., Vejnović, A., *Ratio legis zastare u Kaznenom pravu s naglaskom na problematiku njezine pravne prirode*, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, vol. 7, br. 1, 2016, str. 114.

<sup>160</sup> O tome Singer, M., Mikšaj-Todorović, Lj., Poldrugáč, Z., *Kriminal na štetu maloljetnika*, Zagreb, 1985, str. 149–152.

nagon u toj mjeri kao što se to „čini kod spolnog općenja“, ali na protuprirodan način.<sup>161</sup> Prema tom shvaćanju protuprirodan blud jako se približio shvaćanju pojma „bludnih radnji“. Prema drugom, koje je bilo i prevladavajuće mišljenje, protuprirodni blud odnosio se isključivo na „pederastiju, tj. uvlačenje muškog spolnog organa u čmar“.<sup>162</sup> Pravne rasprave naglašavale su da se pojam „protuprirodni blud“ zadržao kao terminološki anakronizam, koji potječe iz prethodnih pravnih sustava.<sup>163</sup>

Članak 88. KZSRH inkriminira dobrovoljni analni koitus između osoba muškog spola ako je riječ o punoljetnoj osobi i muškoj osobi koja je navršila 14. godina. Zatim je tim člankom inkriminiran i protuprirodan blud između muških osoba uporabom sile ili prijetnje, iskorištavanjem nemoći ili prinudom ili zloupotrebom položaja, a kažnjiv je i protuprirodni blud muške sobe s muškim djetetom (osoba koja je mlađa od 14 godina).<sup>164</sup> Postoje i kvalificirani oblici ovisno o tome je li došlo do uporabe sile i dr.<sup>165</sup>

Nakon demokratskih promjena i stjecanja neovisnosti 1990. godine Hrvatska je krenula prema liberalizaciji prava vezanih za homoseksualne odnose te u budućnosti i njihovoj legalizaciji. Inače je u Hrvatskoj legaliziran spolni odnošaj osoba starijih od 15 godina.<sup>166</sup> Zakon o istospolnim zajednicama<sup>167</sup> donesen je 2003. godine i njime su regulirana pitanja uzdržavanja i imovinskih odnosa između istospolnih partnera. Člankom 21. stavkom 1. toga zakona određeno je: „zabranjuje se svaka diskriminacija, izravna i neizravna, na osnovi istospolne zajednice kao i homoseksualne orijentacije“. Jedanaest godina poslije, 2014., donesen je i Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola (dalje: ZŽPOIS),<sup>168</sup>

<sup>161</sup> Bačić, F.; Šeparović, Z., Krivično pravo, posebni dio, Narodne novine, Zagreb, 1992, str. 119.

<sup>162</sup> Tako u tumačenju odredbe čl. 186. Krivičnog zakonika, Zagreb, 1969, str. 213.

<sup>163</sup> Tako Grubić-Radaković, L., Seksualna delinkvencija u suvremenom krivičnom pravu, str. 9, dostupno na: [https://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/GrubicRL\\_SeksualnaDelinkvencija.pdf](https://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/GrubicRL_SeksualnaDelinkvencija.pdf) (posjećeno 30. 9. 2024.).

<sup>164</sup> Bačić, Šeparović, 1992, str. 119.

<sup>165</sup> Bačić, Šeparović, 1992, str. 119. Vidjeti Djela protiv dostojanstva ličnosti i morala, u: Horvatić, Ž., Krivična djela protiv dostojanstva ličnosti i morala u novom jugoslavenskom krivičnom zakonodavstvu, Naša zakonitost, 3, Zagreb, 1978.

Članak 88. (članak 84.) Krivičnog zakona Socijalističke Republike Hrvatske

(1) Muškarac koji upotrebom sile ili prijetnjom (članak 79. stavak 1.), iskorištavanjem nemoći (članak 80. stavak 1.), prinudom (članak 81.) ili zloupotrebom položaja (članak 82. stavak 1. i 2.) izvrši protuprirodni blud s drugom muškom osobom, kaznit će se zatvorom od šest mjeseci do pet godina.

(2) Muškarac koji izvrši protuprirodni blud s muškim djetetom bit će kažnjen kaznom iz stavka 1.

(3) Ako je protuprirodni blud s muškim djetetom počinjen uz uvjete iz stavka 1., kazna će biti zatvor od jedne do deset godina.

(4) Punoljetna osoba koja izvrši protuprirodni blud s maloljetnom muškom osobom koja je navršila 14 godina, kaznit će se zatvorom od tri mjeseca do pet godina.

(5) Ako djelo iz stavaka 1., 2., 3. ili 4. dovede do teške tjelesne ozljede ili smrti, ako je više osoba sudjelovalo u djelu, ili ako je djelo počinjeno na posebno okrutan ili ponižavajući način, kazna za djela iz stavaka 1., 2. ili 4. iznositi će najmanje jednu godinu zatvora, dok za djelo iz stavka 3. kazna neće biti manja od tri godine zatvora.

<sup>166</sup> Vidjeti kazneno djelo spolne zlouporabe djeteta mlađeg od petnaest godina, čl. 158. Kaznenog zakona, Narodne novine, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21, 114/22, 114/23, 36/24.

<sup>167</sup> Zakon o istospolnim zajednicama, Narodne novine, br. 116/03.

<sup>168</sup> Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, Narodne novine, br. 92/14, 98/19.

koji, među ostalim, u čl. 6. st. 3. među načelima sadrži zabranu bilo kakva oblika izravne ili neizravne diskriminacije.<sup>169</sup>

Međutim, unatoč takvim zakonskim rješenjima u suvremenom hrvatskom pravu Europski sud za ljudska prava (dalje: ESLJP) postupao je zbog homofobnih postupanja 2023. godine protiv Hrvatske u čak dva predmeta – *Beus protiv Hrvatske*<sup>170</sup> te *Zahtila i Koletić protiv Hrvatske*<sup>171</sup> – koji, doduše, datiraju iz ranijih godina, *Beus* iz 2013, a *Zahtila i Koletić* iz 2016. godine. Dok je u predmetu *Beus protiv Hrvatske* utvrdio povredu prava podnositelja na zabranu diskriminacije prema članku 14., u vezi s procesnim aspektom članka 3., jer je podnositelj zahtjeva bio žrtva verbalnih napada i prijetnji zbog svoje seksualne orijentacije, a jedan od incidenata uključivao je fizički napad od strane nekoliko muškaraca koji su izvikivali homofobne uvrede. ESLJP je istaknuo da je reakcija policije na brojne prijave podnositelja stvorila dojam nekažnjivosti za djela uznemiravanja i nasilne zločine iz mržnje umjesto da se pokaže da takva djela nikako ne smiju biti tolerirana.<sup>172</sup>

U drugom predmetu, *Zahtila i Koletić*, ESLJP je donio odluku o brisanju zahtjeva s liste predmeta s obzirom na to da je tijekom postupka pred ESLJP-om Ustavni sud Republike Hrvatske usvojio ustavnu tužbu i utvrdio da je povrijeđen proceduralni aspekt članka 3. i članka 14. zbog neprovođenja učinkovite istrage u vezi s nasilnim homofobnim napadom. Stoga je ESLJP zaključio da daljnje ispitivanje zahtjeva nije potrebno, ali je naglasio obvezu državnih tijela da provedu istragu u skladu sa zahtjevima Konvencije. Također je upozorio da se zahtjev može vratiti na listu ukoliko državna tijela ne ispune tu obvezu.<sup>173</sup>

## 5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Nakon pada socijalističkih režima devedesetih godina većina država iz bivšeg socijalističkog bloka, osobito u Europi, započela je proces prilagodbe svojih zakonodavnih sustava europskim vrijednostima, uključujući i prava homoseksualne zajednice. Tranzicija nije odmah donijela liberalizaciju u pitanjima istospolnih odnosa. Razlike između država koje su uskladile svoje zakone s načelima EU-a i onih koje su zadržale ili ojačale stare represivne strukture značajne su. Komparativna analiza otkriva različite

<sup>169</sup> Zabrana diskriminacije temeljem spolne orijentacije sadržana u još nekoliko članaka tog zakona, primjerice čl. 46. st. 5., čl. 67. st. 2., čl. 69. ZŽPOIS-a.

<sup>170</sup> Presuda ESLJP-a *Beus protiv Hrvatske* (zahtjev br. 16943/17) od 21. ožujka 2023., dostupno na: [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:\[%22beus%22\],%22itemid%22:\[%22001-223643%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:[%22beus%22],%22itemid%22:[%22001-223643%22]}) (posjećeno 30. 9. 2024.).

<sup>171</sup> Odluka ESLJP-a *Zahtila i Koletić protiv Hrvatske* (zahtjev br. 63344/17), dostupno na: [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:\[%22zahtila%22\],%22itemid%22:\[%22001-229385%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:[%22zahtila%22],%22itemid%22:[%22001-229385%22]}) (posjećeno 30. 9. 2024.).

<sup>172</sup> Izvješće pučke pravobraniteljice za 2023. god., str. 198; [https://www.ombudsman.hr/hr/download/izvjesce\\_pucke\\_pravobraniteljice\\_za\\_2023\\_godinu/?wpdmdl=18399&refresh=66f53f74b9b281727348596](https://www.ombudsman.hr/hr/download/izvjesce_pucke_pravobraniteljice_za_2023_godinu/?wpdmdl=18399&refresh=66f53f74b9b281727348596) (posjećeno 26. 9. 2024.).

<sup>173</sup> Izvješće pučke pravobraniteljice za 2023. god., str. 198; [https://www.ombudsman.hr/hr/download/izvjesce\\_pucke\\_pravobraniteljice\\_za\\_2023\\_godinu/?wpdmdl=18399&refresh=66f53f74b9b281727348596](https://www.ombudsman.hr/hr/download/izvjesce_pucke_pravobraniteljice_za_2023_godinu/?wpdmdl=18399&refresh=66f53f74b9b281727348596) (posjećeno 26. 9. 2024.).

intenzitete promjena i specifične pravne izazove s kojima su se države suočavale dok su pokušavale prilagoditi svoje zakonodavne sustave modernim standardima ljudskih prava.

Kriminalizacija homoseksualnosti u doba komunizma bila je naslijeđena iz pretkomunističkog razdoblja, ali se nastavila i nadogradila pod utjecajem sovjetskog modela. Dok su neke bivše socijalističke države dekriminalizirale istospolne odnose već 70-ih godina 20. stoljeća, druge su nastavile s progonima smatrajući privatne homoseksualne odnose prijetnjom novom društvenom poretku. Te represivne mjere često su uključivale i medicinsku stigmatizaciju.

Proces dekriminalizacije istospolnih odnosa započeo je 60-ih godina, ali je trajao nekoliko desetljeća. Iako su neke zemlje, poput Češke i Hrvatske, usvojile progresivne zakone, druge su zadržale represivne mjere. Uvođenje liberalnijih zakona često je bilo rezultat pritiska međunarodnih organizacija, poput UN-a i EU-a, posebno tijekom pregovora za ulazak u Europsku uniju.

Hrvatska je 2003. donijela Zakon o istospolnim zajednicama, a 2014. Zakon o životnom partnerstvu, čime su značajno proširena prava istospolnih parova. Međutim, unatoč pravnim reformama, društveni stavovi prema homoseksualnoj zajednici još su pod utjecajem dugogodišnje stigmatizacije iz socijalističkog razdoblja. Dok su zemlje poput Poljske, Češke i Slovenije postigle veći stupanj prihvaćenosti homoseksualne zajednice, države poput Rusije i nekih srednjoazijskih zemalja usvojile su restriktivnije zakone, poput ruskog zakona protiv „homoseksualne propagande“ iz 2013. godine, što je otežalo položaj homoseksualnih osoba.

Unatoč pravnim reformama istraživanja pokazuju da je društvena prihvaćenost homoseksualnih osoba i dalje izazov u mnogim bivšim socijalističkim državama. Tradicionalne vrijednosti, religijski utjecaji i kulturne norme često oblikuju negativne stavove prema homoseksualnoj zajednici. U tom kontekstu pristupanje Europskoj uniji znatno je pomoglo u smanjivanju netolerancije i promicanju ljudskih prava iako su promjene u pravnom okviru brže od promjena u društvenim stavovima.

Zaključno, možemo reći da je pravna regulativa bivših socijalističkih država u pogledu homoseksualne zajednice doživjela znatne pomake od kraja 20. stoljeća. Ta evolucija, iako prepoznatljiva, često je podložna utjecaju socio-kulturnih čimbenika i kolektivne svijesti građana. Dok je nasljeđe netolerancije i dalje prisutno, procesi liberalizacije i integracije u europske strukture nude nadu za daljnje napretke u zaštiti prava homoseksualnih osoba.

## FROM THE CRIMINALIZATION TO THE LEGALIZATION OF HOMOSEXUALITY IN (POST)SOCIALIST LEGAL SYSTEMS: HISTORY, LEGAL REGULATION, AND LEGACY

*The paper analyzes the historical development and the path from the criminalization of homosexuality (not all other persons from the LGBTQ+ community) in the countries of the socialist legal circle, including Albania, Bulgaria, Czechoslovakia (i.e. the Czech Republic), Hungary, Poland, Romania, Russia and the former Yugoslavia (SFRJ) until the regulation and legalization of same-sex unions in these countries. Special attention was paid to the regulation of this issue through Croatian legal history. Contemporary solutions and approaches to homosexuality in other post-Yugoslav countries are also marginally presented. In socialist regimes, homosexuality was often criminalized or treated as a mental disorder, making same-sex relationships subject to repression. These measures had a dual role: promoting the „moral progress“ of society and shaping the socialist citizen. Although, for example, France already decriminalized homosexual relations in 1791, many socialist countries continued their repressive approach to liberalizing attitudes only in the 20th century. Liberalization processes in these countries began only after the fall of socialism in the 1990s, and reached their peak with the accession of certain (post-socialist) countries to the European Union. The paper compares different legal approaches and the dynamics of changes during the democratic transition. Studying legislative arrangements and legal practice helps to understand the ideological frameworks that have shaped the attitude towards the LGBTQ+ community in post-socialist countries.*

Keywords: homosexuality, (post)socialist legal systems, criminal acts, decriminalization, SFRY, LGBTQ+

**Zrinka Erent-Sunko**, PhD, Full Professor at the Department of General History of Law and State, University of Zagreb, Faculty of Law

**Marta Dragičević Prtenjača**, PhD, Associate Professor at the Department of Criminal Law, University of Zagreb, Faculty of Law

# NAKNADA ŠTETE ZA DUŠEVNE BOLI U MEĐUNARODNOM ZRAČNOM PRAVU

Pregledni znanstveni rad

UDK 341.226

347.824.2

347.426.4

Primljeno: 16. travnja 2024.

Iva Savić\*

Anamarija Jukić\*\*

---

*Varšavskom konvencijom iz 1929., a zatim i Montrealskom konvencijom iz 1999., uređeno je kompleksno i važno pitanje odgovornosti zračnog prijevoznika za štetu koje pretrpe putnici zbog smrti ili tjelesne ozljede uslijed međunarodnog zračnog prijevoza. Unatoč utvrđenim pravilima, iz pojedinih odredaba ovih konvencija kriju se nedoumice i nesuglasice budući da značenja i obujam pojedinih pojmova nisu jasni. S obzirom da o tome ovise i konačne odluke sudova o postojanju odgovornosti prijevoznika za nastalu štetu, izuzetno je bitno otkloniti postojeće nedoumice i postaviti jasno i jedinstveno tumačenje pojmova.*

*Jedna od takvih odredaba je i ona koja se tiče tjelesne ozljede, a čije su značenje i opseg predmet rasprava u pravnoj teoriji i sudskoj praksi sve do danas. Kao jedno od najvažnijih pitanja u vezi pojma tjelesne ozljede jest dvojba je li „tjelesno“ obuhvaća i duševno, odnosno obuhvaćaju li tjelesne ozljede i one duševne. Cilj ovoga rada je potanko problematizirati pojmove duševne boli i „duševnih povreda“, i njihovo značenje u teoriji i praksi zračnog prava, te se kroz prikaz sudske prakse kritički osvrnuti na postojeće pristupe priznavanju naknade štete koja se ne može okarakterizirati kao tjelesna, i naposljetku iznaći nedvosmislen konačan odgovor na to kompleksno pitanje.*

Ključne riječi: Montrealska konvencija; odgovornost prijevoznika; tjelesna ozljeda; mentalna ozljeda; duševne boli

---

## 1. UVOD

Putovanje zrakoplovom, kao i putovanje svakim drugim prijevoznim sredstvom, predstavlja opasnu aktivnost podložnu nesrećama. Kao posljedicu nesreća putnici mogu pretrpjeti različite štete, a kako bi ih se pravno zaštitilo i omogućilo im se ostvarivanje prava na naknadu pretrpljene štete, potrebni su pravni temelji koji uređuju ključna pitanja i sustav odgovornosti. U međunarodnom zračnom pravu odgovornost i sustav naknade štete putnicima uređeni su prvi put Konvencijom o ujednačavanju određenih pravila u međunarodnom zračnom prijevozu (Varšavska konvencija) iz 1929. godine. S obzirom na to da su razvoj zračnog prometa i zrakoplovna industrija kroz godine brzo napredovali, rješenja Varšavske konvencije modernizirana su Konvencijom o ujednačavanju određenih pravila u međunarodnom zračnom prijevozu (Montrealska

---

\* Dr. sc. Iva Savić, izvanredna profesorica na Katedri za pomorsko i općeprometno pravo, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet

\*\* Anamarija Jukić, odvjetnička vježbenica

konvencija) iz 1999. godine. Tijekom dugih sedamdeset godina, koliko je trebalo do donošenja nove konvencije, više se puta pokušavalo izmijeniti Varšavsku konvenciju, a posebno se isticala potreba za izmjenom upravo odredaba koje su se odnosile na uređenje odgovornosti prijevoznika. Naime, prema članku 17. Varšavske konvencije, odgovornost prijevoznika postojala je samo u slučaju smrti ili tjelesne ozljede putnika, a u sudskoj su se praksi, uz tužbene zahtjeve za naknadu štete za *tjelesne* ozljede, počeli pojavljivati i zahtjevi za naknadu štete za pretrpljene *duševne* boli. Sudovi su se tada našli pred zadatkom tumačenja pojma *tjelesna* ozljeda i njegova opsega. Rezultat je toga raznovrsna i neujednačena sudska praksa – jer dok su jedni zauzimali stav da je jedino tjelesna ozljeda nadoknativa prema Konvenciji, drugi su zauzimali potpuno suprotan stav i, široko tumačeći pojam tjelesne ozljede, priznavali naknadu štete i za duševne boli.

## 2. RAZVOJ PRAVNE REGULATIVE

Sveobuhvatna pravila za međunarodni zračni prijevoz, uključujući i ona o odgovornosti prijevoznika i o sustavu naknada šteta putnicima, obuhvaćena su temeljnim privatnopravnim konvencijama zračnog prava – Varšavskom i Montrealskom.

U samim počecima razvoja putničkog (komercijalnog) zračnog prometa, s obzirom na tehničke karakteristike tadašnjih zrakoplova, putovanja zrakoplovom smatrana su opasnim i podložnim nesrećama. Zbog toga je sigurnost opstanka i daljnjeg razvoja zračne industrije lako mogla biti dovedena u pitanje. Također, iz istog su razloga zračni prijevoznici bili izloženi tužbama od strane putnika za naknade pretrpljenih šteta. Komercijalna industrija koja se tek razvijala zahtijevala je pravnu zaštitu kako bi si mogla osigurati daljnji rast i razvoj.<sup>1</sup> Bilo je potrebno uspostaviti režim kojim bi se postigla ravnoteža između podrške rastućoj zrakoplovnoj industriji i postavljanja odgovarajućeg sustava naknada.<sup>2</sup>

Prvi međunarodnopravni instrument koji uređuje pravila međunarodnog zračnog prava rezultat je međunarodne konferencije održane u Varšavi 1929. godine.<sup>3</sup> Varšavska konvencija, potpisana 12. listopada 1929. godine,<sup>4</sup> primjenjuje se na svaki međunarodni prijevoz osoba, prtljage ili putnika izvršen zrakoplovom uz plaćanje<sup>5</sup> i ima dvojaki cilj. Prvi cilj, s obzirom na međunarodni karakter zračnog prometa i činjenicu da su njime

---

<sup>1</sup> McKay Cunningham, „The Montreal Convention: Can Passengers Finally Recover for Mental Injuries“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 41, br. 4 (2008): 1047.

<sup>2</sup> Isto v. Olena Bokareva, „The Meaning of „Accident“ under the Montreal Convention in light of CJEU Jurisprudence“, u: *Regulation of risk*, eds. Abhinayan Basu Bal, Trisha Rajput, Gabriela Argüello i David Langlet (Leiden; Boston: Brill Nijhoff, 2023), 157–184.

<sup>3</sup> Jean-Paul Boulee, „Recovery for mental injuries that are accompanied by physical injuries under article 17 of the Warsaw Convention: the progeny of Eastern airlines, Inc. V. Floyd“, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 24, br. 3 (1995): 502.

<sup>4</sup> Konvencija za izjednačavanje nekih pravila koja se odnose na međunarodni zračni prijevoz – Varšavska konvencija (Convention for the unification of certain rules relating to international carriage by air), Službene novine Kraljevine Jugoslavije br. 124-XXXVII/1931.

<sup>5</sup> Članak 1. Varšavske konvencije.

obuhvaćeni različiti pravni sustavi, kulture, običaji i jezici, bio je ujednačiti pravila koja uređuju međunarodni zračni prijevoz. Drugi cilj bio je ograničiti odgovornost zračnih prijevoznika i time potaknuti razvoj industrije. Stranke konvencije ipak su značajnije bile orijentirane na razvoj nove industrije i zaštitu zračnih prijevoznika nego na pružanje zaštite i naknade štete ozlijeđenim putnicima, i kao rezultat toga Varšavska konvencija usvojila je protekcionističku politiku, usmjerenu na ograničavanje odgovornosti zračnih prijevoznika.<sup>6</sup> No kako se zračna industrija razvijala i napredovala, tako su se pojavljivali moderniji i tehnološki napredniji zrakoplovi te je zračni promet postao znatno sigurniji. Uslijed tog rasta i napretka pravila Varšavske konvencije postala su zastarjela i bilo ih je potrebno modernizirati i uskladiti s tehnološkim naprecima same industrije. Zbog toga je Varšavska konvencija tijekom godina više puta mijenjana protokolima te su se uz protokole pojavljivale razne inicijative za adekvatnom izmjenom konvencije i jedinstvenim pravnim uređenjem međunarodnog zračnog prijevoza.<sup>7</sup> No unatoč tim inicijativama i pokušajima, i dalje je opstao zadatak da se globalno, jednim jedinstvenim tekstom, obuhvate najbolja rješenja i pravila za međunarodni zračni prijevoz. Konačno, 1999. godine, na diplomatskoj konferenciji održanoj u Montrealu, došlo je do usvajanja nove Konvencije o ujednačavanju određenih pravila u međunarodnom zračnom prijevozu –Montrealske konvencije.

Na samom početku održavanja diplomatske konferencije predsjednik konferencije odredio je smjer rasprave zalažući se za pomak u međunarodnoj politici od zaštite novonastalih zračnih prijevoznika prema zaštiti prava pojedinca na restituciju.<sup>8</sup> Kao ciljevi nove konvencije bili su istaknuti usklađivanje i osuvremenjivanje Varšavske konvencije i njezinih odredaba, osiguravanje zaštite putnika i njihovih interesa u zračnom prijevozu te postizanje ravnoteže između interesa zračnih prijevoznika i putnika. U usporedbi s Varšavskom konvencijom, koja je usvojila protekcionističku politiku u korist zračnih prijevoznika, Montrealska konvencija usmjerena je na putnike, odnosno na naknadu štete koju uslijed smrti ili tjelesne ozljede pretrpe putnici. Tome je tako jer izvorni cilj zaštite zrakoplovne industrije u razvoju više nije relevantan, budući da je putovanje zrakoplovom doseglo najviši stupanj sigurnosti.<sup>9</sup> Važno je istaknuti da je, uz Montrealsku konvenciju, i dalje na snazi i Varšavska konvencija. Zbog toga te s obzirom na gotovo identičan značaj obiju konvencija u pogledu odgovornosti prijevoznika, kao relevantna sudska praksa, kada se razmatra pitanje naknade štete putnicima, uzima se i praksa razvijena u skladu s rješenjima iz Varšavske konvencije i nova sudska praksa, koja se razvija u skladu s rješenjima Montrealske konvencije.

Iako je Montrealska konvencija značila napredak u osuvremenjivanju međunarodnog zračnog prava, ona još uvijek svoje korijene temelji na terminologiji i rješenjima

---

<sup>6</sup> Cunningham, „The Montreal Convention: Can Passengers Finally Recover for Mental Injuries“, 1044.

<sup>7</sup> O protokolima i inicijativama za izmjenom Varšavske konvencije više vidi: Nikoleta Radionov i Tomislav Novačić, „Aktualnosti u odgovornosti zračnog prijevoznika – stari interesi i nova rješenja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 39, 2002: 413–430.

<sup>8</sup> Cunningham, „The Montreal Convention: Can Passengers Finally Recover for Mental Injuries“, 1069.

<sup>9</sup> Slično Cunningham, *ibid.*, 1052.



Varšavske konvencije,<sup>10</sup> zbog čega se potencijalno otvara pitanje je li došlo vrijeme i za njezine ponovne izmjene, a o čemu će biti riječi dalje u tekstu.

Osim postojeće, široko prihvaćene međunarodnopravne regulative, rješenja Montrealske konvencije prihvaćena su i na razini Europske unije (dalje u tekstu: EU), odnosno europskog prava. Smisao takva rješenja jest na razini EU-a, ne oviseći o mogućim partikularnim interesima država članica, usvojiti jedinstvena rješenja, koja će vrijediti na području cijelog EU-a i koja neće praviti razliku između određenih vrsta letova s obzirom na njihovu narav. U tom je smislu 1997. godine donesena Uredba Vijeća (EZ) br. 2027/97 o odgovornosti zračnih prijevoznika u slučaju nesreća.<sup>11</sup>

EU je i sam stranka Montrealske konvencije, zajedno sa svim svojim državama članicama. Nakon stupanja na snagu Montrealske konvencije 2002. godine Uredba br. 2027/97 revidirana je i izmijenjena Uredbom br. 889/2002.<sup>12</sup> Tom Uredbom prihvaćena su rješenja Montrealske konvencije iz 1999. godine, čime je Montrealska konvencija postala dio prava EU-a i sva njezina rješenja na odgovarajući su način obvezna i primjenjiva u svim državama članicama EU-a, pa tako i u Republici Hrvatskoj. Prema članku 3. Uredbe 889/2002, „odgovornost zračnog prijevoznika Zajednice u pogledu putnika i njihove prtljage uređena je svim odredbama Montrealske konvencije koje se odnose na takvu odgovornost“.<sup>13</sup> Ovdje je bitno naglasiti da je time EU direktno osigurao primjenu pravila Montrealske konvencije i u svim državama članicama te na sve letove unutar EU-a, a ne samo „međunarodne“ – kako to Montrealska konvencija izvorno predviđa.

Druga bitna posljedica donošenja Uredbe EU-a jest njezin učinak na institucije EU-a. Naime, uslijed usvajanja Montrealske konvencije kao sastavnog dijela prava EU-a i Sud Europske unije (dalje u tekstu: Sud EU-a) i sudovi država članica pri donošenju svojih odluka dužni su poštivati i tumačiti odredbe Montrealske konvencije u njezinu duhu i razmatrati presude o sličnim pitanjima koje su donijeli najviši sudovi u drugim državama strankama konvencije.<sup>14</sup> U tom smislu sudovi su dužni i svoja tumačenja i presude uskladiti kako bi se postiglo jedinstveno tumačenje i primjena konvencije te održala pravna sigurnost. Upravo Sud EU-a ima vrlo važnu ulogu u tumačenju prava EU-a, pa tako i u tumačenju odredaba Montrealske konvencije. Samo tumačenje Sud EU-a daje kroz prethodni postupak, odnosno na inicijativu nacionalnih sudova država članica,<sup>15</sup> koji su

---

<sup>10</sup> Andrew Field, „Air travel, accidents and injuries: Why the new Montreal Convention is already outdated“, *Dalhousie Law Journal* 28, br. 1 (2005): 69.

<sup>11</sup> Uredba Vijeća (EZ) br. 2027/97 od 9. listopada 1997. o odgovornosti zračnih prijevoznika u slučaju nesreća, SL 285, 17. 10. 1997.

<sup>12</sup> Uredba (EZ) br. 889/2002 Europskog parlamenta i Vijeća od 13. svibnja 2002. o izmjeni Uredbe Vijeća (EZ) br. 2027/97 o odgovornosti zračnih prijevoznika u slučaju nesreća, SL 140, 30. 5. 2002. (dalje u tekstu: Uredba 889/2002).

<sup>13</sup> Članak 2. Uredbe 889/2002.

<sup>14</sup> Bokareva, The Meaning of „Accident“ under the Montreal Convention in light of CJEU Jurisprudence“, 179.

<sup>15</sup> Iva Savić, „Is the Court of Justice of the EU Rewriting the Montreal Convention?“, *Issues in aviation law and policy* 21, br. 1 (2021): 17.

tek nedavno počeli koristiti tu mogućnost u kontekstu primjene odredaba Montrealske konvencije, pa tako i članka 17.<sup>16</sup>

### 3. ODGOVORNOST PRIJEVOZNIKA ZA ŠTETU ZBOG SMRTI I TJELESNE OZLJEDE PUTNIKA

U fokusu analize ovoga pitanja jest članak 17. Montrealske (i Varšavske) konvencije, kojim se uređuje odgovornost prijevoznika za štetu zbog smrti i tjelesne ozljede<sup>17</sup> putnika. Članak 17. Varšavske konvencije glasi: „Prijevoznik je odgovoran za štetu nastalu u slučaju smrti, povrede ili svake druge tjelesne ozljede koju je pretrpio putnik kad se slučaj koji je prouzročio štetu dogodio na zrakoplovu ili tijekom svih operacija ukrcaja ili iskrcaja.“ Nakon što je donesena Montrealska konvencija, formulacija članka 17. minimalno je izmijenjena isticanjem isključivog uvjeta za odgovornost prijevoznika za štetu, odnosno da je „prijevoznik odgovoran za smrt ili tjelesnu povredu putnika isključivo pod uvjetom da se nesreća koja je prouzročila smrt ili ozljedu dogodila u zrakoplovu ili u tijeku bilo koje radnje ukrcaja ili iskrcaja“.<sup>18</sup> Takva izmjena bila je zanemariva i Montrealska je konvencija u samoj biti usvojila isti tekst. U odredbi članka 17. postavljena su tri uvjeta za odgovornost prijevoznika: (1) nesreća – koja uzrokuje (2) tjelesnu ozljedu, smrt ili tjelesnu manifestaciju ozljede putniku (3) tijekom ukrcaja, iskrcaja ili samog leta.<sup>19</sup> Kako ni u Varšavskoj ni u Montrealskoj konvenciji nije dana jasna i nedvosmislena definicija pojmova nesreće i tjelesne ozljede i što ti pojmovi sve obuhvaćaju, kroz povijest zračnog prava oni su često bili, i još uvijek jesu, fokus rasprava i raznih tumačenja u sudskoj praksi.<sup>20</sup>

#### 3.1. Pojam nesreće

Problematika pojma nesreće i postavljanja tužbenog zahtjeva prema članku 17. prvi je put razmotrena u sudskoj praksi SAD-a 1985. u predmetu *Air France protiv Saksa*, u kojem je Vrhovni sud SAD-a iznio jasnije značenje pojma nesreće. Tako je sud u presudi *Saks* definirao nesreću kao „nešto neočekivano ili kao neuobičajeni događaj ili događaj koji je

<sup>16</sup> Osvrt na ta tumačenja v. *infra*, poglavlje 4.3.

<sup>17</sup> Radi jasnijeg pregleda rada potrebno je naglasiti kako se u radu koristi izraz ozljeda, a koji je u uporabi u hrvatskom zakonodavstvu kojim je uređena odgovornost prijevoznika za nastale štete u zračnom pravu: „Za štetu nastalu zbog smrti ili tjelesne ozljede putnika (...)“ (čl. 78. st. 1. Zakona o obveznim i stvarnopravnim odnosima u zračnom prometu, NN 132/1998, 63/2008, 134/2009, 94/2013). Također, razumijevanja radi, ističe se da se u službenim prijevodima stranih pravnih izvora i prijevodima sudskih presuda kao istoznačnica izraza ozljeda koristi i izraz povreda, „ozljeda-povreda“, vidi: Ivo Padovan, ur., *Medicinski leksikon* (Zagreb: Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 1990), 632.

<sup>18</sup> Konvencija o ujednačavanju određenih pravila u međunarodnom zračnom prijevozu – Montrealska konvencija SL194, 18. 7. 2001.

<sup>19</sup> Steven R. Pounian i Blanca Rodriguez, „Recent developments in aviation law“, *Tort & Insurance Law Journal* 31, br. 2 (1996): 154.

<sup>20</sup> Ograničenje pojmova ukrcaja i iskrcaja prilično je dobro utvrđeno, a određuju se na temelju aktivnosti putnika u vrijeme nezgode, njihove lokaciju u to vrijeme i opsega u kojem je prijevoznik vršio kontrolu nad putnikom. Field, „Air travel, accidents and injuries: Why the new Montreal Convention is already outdated“, 85.

izvan putnika“.<sup>21</sup> U tom smislu odgovornost prema članku 17. Varšavske konvencije nastaje samo ako je ozljeda putnika uzrokovana neočekivanim ili neuobičajenim događajem ili događajem koji je „izvan putnika“.<sup>22</sup> Pri tumačenju pojma nesreće sud je uzeo u obzir da sam pojam nije definiran Varšavskom konvencijom, ali je i razmotrio pripremni rad i namjeru donositelja te sudsku praksu ostalih potpisnica Konvencije. Sud je uzeo u razmatranje i francuski tekst Varšavske konvencije te je zaključio da se pojam nesreća u pogledu svog francuskog pravnog značenja razlikuje od značenja pojma u Velikoj Britaniji, Njemačkoj ili Sjedinjenim Državama.<sup>23</sup> Dakle, dok se riječ nesreća često koristi za označavanje događaja ozljede osobe, također se ponekad koristi za opisivanje uzroka ozljede, a kada se riječ koristi u ovom drugom značenju, obično se definira kao slučaj, neočekivan, neobičan ili nenamjeren događaj.<sup>24</sup>

Ovo je bitno budući da iz zauzetog stava proizlazi da je nesreća uvjet za odgovornost prijevoznika za nastalu štetu. Iako je u kasnijoj sudskoj praksi definicija nesreće ponovno preoblikovana i tumačena na mnoge načine, ovaj rad neće se baviti problematikom definiranja nesreće, već autorice čitatelja upućuju na postojeću pravnu literaturu i sudsku praksu.<sup>25</sup>

### 3.2. Tjelesna ozljeda

Drugi uvjet odgovornosti prijevoznika za štetu koju pretrpi putnik jest postojanje tjelesne ozljede, smrti ili tjelesne manifestacije ozljede. I upravo kod definiranja tog uvjeta otvara se Pandorina kutija tumačenja i povezanog pojma duševnih boli.

Već je Varšavskom konvencijom iz 1929. godine, u članku 17., odgovornost prijevoznika za nastalu štetu ograničena isključivo na tjelesnu ozljedu. Međutim, pojam tjelesna ozljeda, jednako kao ni pojam nesreća, nije izričito definiran ni Varšavskom ni poslije Montrealskom konvencijom. To je dovelo do razvijanja različitih stavova nacionalnih sudova diljem država stranaka o pitanju značenja i obuhvata pojma tjelesne ozljede. Naime, kako se zračni promet razvijao, uslijed raznih zrakoplovnih nesreća pojavljivali su se najrazličitiji tužbeni zahtjevi. Osim tužbenih zahtjeva koji su se odnosili na naknadu nedvosmisleno *tjelesne* ozljede (primjerice prijelom noge uslijed pada pri proklizavanju na ulasku u zrakoplov),<sup>26</sup> počeli su se pojavljivati i tužbeni zahtjevi za naknadu štete pretrpljenih duševnih boli. Tako je, primjerice, u doba terorizma i otmica zrakoplova došlo i do porasta broja mnogih primjera emocionalnih odgovora na nesreće, ponekad

---

<sup>21</sup> 470 U.S. 392, *Air France v. Saks*, 1985.

<sup>22</sup> Field, „Air travel, accidents and injuries: Why the new Montreal Convention is already outdated“, 86.

<sup>23</sup> Bokareva, *The Meaning of „Accident“ under the Montreal Convention in light of CJEU Jurisprudence*, 186.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Vidi: Paul Stephen Dempsey i Michael Milde, *International Air Carrier Liability: The Montreal Convention of 1999*, McGill University Institute of Air & Space Law, 2005, str. 123–165; George Leloudas, *Risk and Liability in Air Law*, London: Informa London, 2009, 103 i dalje; Iva Savić i Vanja-Ivan Savić, „Religious injury“ under the Montreal Convention: The (un)usual case of an El Al flight from New York to Tel Aviv, *Issues in Aviation Law and Policy* 19, br. 1 (2019), 125, 131, 147.

<sup>26</sup> Field, „Air travel, accidents and injuries: Why the new Montreal Convention is already outdated“, 79.

opisanih kao mentalne ozljede kod putnika.<sup>27</sup> Upravo u tim slučajevima postavljalo se pitanje dopušta li Varšavska konvencija naknadu štete za mentalnu ozljedu (i kakvu).<sup>28</sup> Sudovi su, u nedostatku definicije tjelesne ozljede, donosili različite odluke, što je predstavljalo udaljavanje od cilja konvencije – ujednačavanja pravila i prakse, te je vodilo i u pravnu nesigurnost.

Prvi put tumačenje pojma tjelesna ozljeda konačno je iznio Vrhovni sud SAD-a u predmetu *Floyd protiv Eastern Airlinesa* 1991. godine.<sup>29</sup> Kako bi dao jasnije tumačenje, sud je krenuo od prvih nacрта i autentičnog francuskog teksta Varšavske konvencije i izraza *lesion corporelle* (tjelesna ozljeda). S obzirom na to da je definicije iz rječnika sud ipak smatrao preopćenitima za potrebe tumačenja konvencije,<sup>30</sup> okrenuo se razmatranju francuskog zakonodavstva, pravnih materijala i sudske prakse te je došao do zaključka da pojam *lesion corporelle* nije ni široko korišten pojam u francuskom pravu niti specifično obuhvaća mentalne ozljede.<sup>31</sup> Također, u presudi *Floyd* sud je istaknuo da nije pronašao nijednu odluku francuskog suda prije 1929. godine koja se odnosi na tumačenje pojma *lesion corporelle*, pa je zbog toga prihvatio njegovo usko tumačenje – da se sam pojam odnosi isključivo na tjelesne ozljede.<sup>32</sup> Takvo usko tumačenje bilo je i u skladu s ciljem Varšavske konvencije da se ograniči odgovornost prijevoznika i podupre daljnji razvoj zračne industrije.

Nakon takvih razmatranja sud je uzeo u obzir i povijest pregovaranja i donošenja Varšavske konvencije te je zaključio da je prijevod pojma *lesion corporelle* kao tjelesna ozljeda konzistentan s poviješću pregovaranja konvencije.<sup>33</sup> Uzimajući u obzir vrijeme donošenja konvencije i da njezini sastavljači najvjerojatnije i nisu bili upoznati s pojmom i postojanjem duševnih boli (mentalnih ozljeda), sud je zaključio kako zbog toga ni sastavljači ni potpisnice nisu razmatrali odgovornost za duševne boli.<sup>34</sup> Konačno, u presudi *Floyd* sud je kao temelj odgovornosti prijevoznika postavio uvjet postojanja smrti ili tjelesne ozljede, ali i tjelesne manifestacije ozljede, čime je dao tumačenje da pojam tjelesne ozljede isključuje duševne boli.

Svega nekoliko godina poslije, prilikom donošenja Montrealske konvencije, pojam tjelesne ozljede iz članka 17. bio je ponovno predmetom rasprave.<sup>35</sup> S obzirom na postojanje neujednačene sudske prakse tijekom godina primjene Varšavske konvencije

---

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> Cunningham, „The Montreal Convention: Can Passengers Finally Recover for Mental Injuries“, 1053.

<sup>29</sup> 499 U.S. 530, *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd*, 1991.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Boulee, „Recovery for mental injuries that are accompanied by physical injuries under article 17 of the Warsaw Convention“, 512.

<sup>32</sup> 499 U.S. 530, *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd*, 1991.

<sup>33</sup> Boulee, „Recovery for mental injuries that are accompanied by physical injuries under article 17 of the Warsaw Convention“, 511.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> O pojmu se kao takvom raspravljalo i prije, a u Guatemalski protokol na Varšavsku konvenciju iz 1971. čak je i ušao novi izraz u čl. 17., i to „osobne ozljede“ (engl. *personal injury*) umjesto dotadašnje tjelesne ozljede. Međutim, taj Protokol nikad nije stupio na snagu. V. čl. IV. Protokola o izmjeni Varšavske konvencije i Haaškog protokola, 1971.

želja većine delegata bila je promijeniti izraz tjelesne ozljede u korist njegova šireg tumačenja. Cilj je bio osigurati definiranje pojma koji bi zajamčio zasebnu naknadu štete za duševne boli putnika koje nisu nužno popraćene tjelesnom ozljedom ili njezinom fizičkom manifestacijom. Neki od sudionika konferencije predložili su da se u članak 17. doda izraz „ili mentalno“ tako da on glasi: „Prijevoznik odgovara za štetu pretrpljenu u slučaju smrti ili tjelesne ili mentalne ozljede putnika (...)“, dok su drugi predlagali uklanjanje izraza „tjelesne“ ističući da zasebno pojam „ozljeda“ obuhvaća i mentalna i tjelesna oštećenja.<sup>36</sup> Unatoč tome Montrealska konvencija u svojoj konačnoj verziji zadržala je varšavsko ograničenje na „tjelesnu“ ozljedu. Objašnjenje je bilo da bi zadržavanje istog izraza trebalo omogućiti državama potpisnicama da se i dalje oslanjaju na njega pri razvijanju sudske prakse. Kao potporu tome predstavnici SAD-a istaknuli su da je prevladavajući stav njihovih sudova kod tumačenja Varšavske konvencije da se duševna bol povezana s tjelesnim ozljedama općenito može nadoknaditi te da bi usvajanje novog samostalnog izraza značilo korak unatrag u odnosu na to dokle je dospjela sudska praksa SAD-a u vezi s tim pitanjem.<sup>37</sup>

#### 4. NAKNADA ŠTETE ZA DUŠEVNE BOLI

Što je sa štetama koje pretrpe putnici, a koje se ne mogu okarakterizirati kao tjelesne? Je li u tom slučaju riječ o duševnim bolima ili mentalnim ozljedama? Kako sudovi u takvim slučajevima odlučuju u postupcima za priznavanje naknade štete? Kako bi se došlo do odgovora na ta pitanja, autorice problematiziraju značenje i tumačenje pojmova duševne boli i mentalne ozljede te analiziraju različite pristupe priznavanja naknade štete za ozljedu koja se ne može okarakterizirati kao tjelesna.

##### 4.1. Problematika pojma duševne boli

Radi jasnijeg iznošenja teme rada i boljeg razumijevanja najprije je potrebno upozoriti na problematiku i razloge korištenja pojmova „duševna bol“ i „mentalna ozljeda“, naročito u kontekstu hrvatskog pravnog nazivlja i pravnog poretka.

Kad se razmatra pitanje naknade štete za ozljede koje nisu tjelesne, u hrvatskom građanskopravnom sustavu radi se o naknadi neimovinske štete, odnosno štete koja je nastala zbog povrede prava osobnosti.<sup>38</sup> Pojam prava osobnosti, koji označava neimovinske štete, uveden je u hrvatskom obveznom pravu izmjenama zakona iz 2006. godine i time je ukinuto taksativno sistematiziranje oblika i podoblika neimovinske štete,

---

<sup>36</sup> Cunningham, „The Montreal Convention: Can Passengers Finally Recover for Mental Injuries“, 1071.

<sup>37</sup> V. Cunningham, „The Montreal Convention: Can Passengers Finally Recover for Mental Injuries“, 1075.

<sup>38</sup> „Pod pravima osobnosti u smislu ovoga Zakona razumijevaju se prava na život, tjelesno i duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost osobnog i obiteljskog života, slobodu.“ Čl. 19. st. 2. Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/2005, 41/2008, 125/2011, 78/2015, 29/2018, 126/2021, 114/2022. (dalje u tekstu: ZOO).

koje je postojalo prema Zakonu o obveznim odnosima iz 1978. godine.<sup>39</sup> Jedan od oblika neimovinske štete prema tom Zakonu bile su upravo duševne boli, no iako je ukinuta takva sistematizacija, sam pojam duševnih boli još je uvijek u uporabi. Osim u zakonodavstvu, to je vidljivo i u sudskoj praksi, u kojoj se tužbeni zahtjevi za naknadu neimovinske štete nazivaju i zahtjevi za naknadu pretrpljenih duševnih boli. Štoviše, danas prema važećem Zakonu o obveznim odnosima sud u slučaju povrede prava osobnosti određuje pravičnu novčanu naknadu, pri čemu, odlučujući o visini naknade, „vodi računa o jačini i trajanju povredom izazvanih fizičkih boli, duševnih boli i straha“.<sup>40</sup> Dakle, bolovi i strah jedno su od mjerila težine povrede prava osobnosti. Sam pojam boli teško je jedinstveno definirati, ali bol prije svega označava neugodan osjet.<sup>41</sup> Tako se bol, kao posljedica oštećenja tkiva, pobliže označuje kao fizička bol, a neugodan duševni doživljaj, odnosno poremećaj duševnog mira, kao duševna bol.<sup>42</sup> Općeprihvaćena jedinstvena definicija i što se sve podrazumijeva pod pojmom duševne boli ne postoji. Pod pojmom duševne boli mogu se shvatiti, na primjer, žalost, tuga, potištenost<sup>43</sup> te, kao što proizlazi iz domaće sudske prakse, „osjećaj straha, osjećaj osobne ugroženosti i opasnosti za goli život, uznemirenosti, nespokojsstva i tjeskobe“.<sup>44</sup> Stoga je u nedostatku precizne jedinstvene definicije pojma duševne boli sudska praksa jedna od polaznih točaka pri definiranju i pojašnjavanju tog pojma. Stoga, iako je u hrvatskom zakonodavstvu uveden pojam povrede prava osobnosti, i dalje je u uporabi formulacija „zahtjev naknade štete za duševne boli“, kojom se može obuhvatiti zahtijevanje naknade štete u slučaju povrede bilo kojeg od prava osobnosti. Tako, u ovom kontekstu, kada bi se pred hrvatskim sudovima zahtijevala naknada štete za neke ozljede koje nisu tjelesne, govorili bismo o zahtjevu za naknadu štete za duševne boli. S druge strane, kada razmatramo pitanje naknade štete za ozljede koje nisu tjelesne u međunarodnoj sudskoj praksi i stranoj literaturi, za takve ozljede koristi se formulacija naknada štete za mentalne ozljede<sup>45</sup> (engl. *mental injuries*). Pojam *mentalne ozljede* pojavio se kao različit u odnosu na pojam *tjelesne ozljede* i pokušalo ga se uvesti kao samostalan pojam u Montrealsku konvenciju, ali neuspješno. Također, ni za pojam mentalnih ozljeda ne postoji jedna općeprihvaćena definicija. Mentalne ozljede teško se mogu jedinstveno definirati jer taj izraz obuhvaća „ozljedu ljudskog uma, duševnu bol, emocionalnu bol“,<sup>46</sup> „živčani šok, posttraumatski stresni poremećaj, depresiju i sve druge vrste duševnih tegoba, psihičkih i psihosomatskih

---

<sup>39</sup> O oblicima i podoblicima neimovinske štete više: Petar Klarić i Mladen Vedriš, *Građansko pravo* (Zagreb: Narodne novine, 2014), 591.

<sup>40</sup> Čl. 1100. st. 2. ZOO-a.

<sup>41</sup> Ivica Crnić, *Odštetno pravo: Zbirka sudskih rješidbi o naknadi i popravljaju štete s napomenama i propisima* (Zagreb: Zgombić & Partneri, 2008), 573.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> Dušan Zečević i Josip Škavić, *Osnove sudske medicine za pravnike* (Zagreb: Barbat, 1996), 279.

<sup>44</sup> Gžx-41/12, Naknada nematerijalne štete za duševne boli zbog povrede prava ličnosti, presuda Županijskog suda u Splitu, 2012.

<sup>45</sup> „Mentalan – koji se odnosi na psihu, duševni“, vidi: Ivo Padovan, ur., *Enciklopedijski rječnik humanog i veterinarskog medicinskog nazivlja* (Zagreb: Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2006), 988.

<sup>46</sup> I. R. Abeyratne Ruwantissa, „Mental Distress in Aviation Claims – Emergent Trends“, *Journal of Air Law and Commerce* 65, br. 2 (2000): 228.

ozljeda<sup>47</sup>. Upravo zbog nemogućnosti jedinstvenog definiranja, a zbog same kompleksnosti tog pojma, u analizi sudske prakse, znanstvenih radova i članaka koji se odnose na pitanje svih onih ozljeda koje nisu isključivo tjelesne uočeno je da se pojavljuje nekoliko različitih verzija pojma mentalne ozljede, kao što su: duševna bol (engl. *mental pain*), mentalna trauma (engl. *mental trauma*), psihička ozljeda (engl. *psychological injury*), emocionalna trauma (engl. *emotional trauma*), emocionalna ozljeda (engl. *emotional injury*), emocionalna bol (engl. *emotional pain*), emocionalni stres (engl. *emotional stress*), mentalna tjeskoba (engl. *mental anguish*) i duševna nevolja (engl. *mental distress*). Bez obzira na te različitosti, u nastavku rada radi jednostavnijeg pregleda teme kod analize sudske prakse koristit će se pojam mentalne ozljede.

## 4.2. Različiti pristupi priznavanja naknade štete za mentalne ozljede

Zbog kompleksnosti pojma mentalne ozljede i činjenice da ni Varšavska konvencija ni Montrealska konvencija ne ističu mentalnu ozljedu kao samostalan pojam pri uređenju odgovornosti zračnog prijevoznika, proširena je mogućnost usvajanja različitih tumačenja i nastanka neujednačene sudske prakse. Stoga ne čudi što su tijekom godina sudovi počeli razlikovati (a) naknadu štete za čisto mentalne ozljede, (b) naknadu štete za mentalne ozljede koje su popraćene tjelesnim ozljedama i (c) naknadu štete za mentalne ozljede koje proizlaze iz tjelesnih ozljeda. Osim toga, pojavila su se i pitanja izjednačavanja mentalne s tjelesnom ozljedom.

Postupno, tijekom razvoja sudske prakse, definirala su se četiri pristupa koja su istaknuta u presudi američkog suda u predmetu *Jack protiv Trans World Airlinesa* iz 1994. godine:<sup>48</sup> (1.) ne priznaje se naknada štete za čisto mentalne ozljede, (2.) priznaje se naknada štete za emocionalni stres sve dok postoji neka tjelesna ozljeda, (3.) priznaje se naknada štete za mentalne ozljede i stres ako uključuju stres zbog zrakoplovne nesreće i (4.) priznaje se naknada štete za mentalne ozljede koje proizlaze iz tjelesne ozljede.

### 4.2.1. Prvi pristup: Ne priznaje se naknada štete za čisto mentalne ozljede

Pitanje priznavanja naknade štete za čisto mentalne ozljede, tj. one ozljede koje nemaju vidljivih tjelesnih znakova,<sup>49</sup> bilo je predmet rasprave u mnogim ranijim sporovima. Sudovi nisu uvijek odlučivali da se naknada štete za čisto mentalne ozljede ne priznaje, već je bilo i primjera u kojima je naknada takve štete bila priznata.

Jedan od primjera jest predmet *Husserl protiv Swissaira*,<sup>50</sup> u kojem je američki okružni sud u New Yorku odlučivao o tužbenom zahtjevu za naknadu štete za mentalne ozljede koje

---

<sup>47</sup> Anthony Mercer, "Liability of Air Carriers for Mental Injury under the Warsaw Convention", *Air and space law* 28, br. 3 (2003): 148.

<sup>48</sup> 854 F. Supp. 654 (N.D. Cal. 1994), *Jack v. Trans World Airlines, Inc.*, 1994.

<sup>49</sup> Savić i Savić, "Religious injury" under the Montreal Convention", 135.

<sup>50</sup> 388 F. Supp. 1238 (S.D.N.Y. 1975), *Husserl v. Swiss Air Transport Company, Ltd.*, 1975.

su nastale kao posljedica otmice zrakoplova (tuženika). Tužiteljica Husserl ukrcala se na izravni let od Züricha do New Yorka, no ubrzo nakon polijetanja zrakoplov je otela arapska teroristička skupina, koja je pilota prisilila da sleti u blizini pustinjanskog područja u Ammanu u Jordanu. Tamo su putnici bili zatočeni 24 sata i tužiteljica je u tužbi tvrdila kako je zbog toga pretrpjela „tjelesnu ozljedu i jaku duševnu bol i tjeskobu zbog očekivanja teške ozljede i/ili smrti te da joj je mentalna trauma iskustva otmice uzrokovala razne psihičke i psihosomatske ozljede...“.<sup>51</sup> Prijevoznik je poricao svoju odgovornost prema članku 17. ističući kako je uvjet njegove odgovornosti postojanje tjelesne ozljede. Sud je pri donošenju odluke o odgovornosti prijevoznika pomno proučio povijest, jezik i namjeru donositelja Varšavske konvencije te je zaključio da su donositelji htjeli ograničiti potencijalnu odgovornost prijevoznika i olakšati oporavak ozlijeđenih putnika, ali da činjenica da vjerojatno nisu imali konkretan stav o tome obuhvaća li članak 17. mentalne ozljede nije dokaz njihove namjere da se mogućnost naknade za određenu ozljedu onemogući. Upravo zbog toga sud je konstatirao da pojam tjelesna ozljeda podrazumijeva mentalne ozljede te je u ovom predmetu utvrdio odgovornost prijevoznika i priznao naknadu štete za čisto mentalnu ozljedu.

Suprotan stav tomu zauzeo je Okružni sud u New Mexico u predmetu gotovo istog činjeničnog stanja – *Burnett protiv Trans World Airlinesa*.<sup>52</sup> U ovom slučaju zrakoplov je također bio otet i prisilno je sletio na pustinjsko područje Ammana, a i tužitelji su tvrdili slično: „kako su zbog zatočeništva od strane otmičara pretrpjeli teške emocionalne traume jer su bili u strahu za svoje živote“ te su zahtijevali naknadu štete za svoje čisto emocionalne ozljede.<sup>53</sup> Kako bi potkrijepio svoj stav da prema čl. 17. ne može priznati naknadu za čisto mentalne ozljede, osvrnuo se i na povijest donošenja konvencije te je konstatirao kako su donositelji namjeravali isključiti naknadu za čisto mentalne ozljede korištenjem uske definicije pojma *lesion corporelle*,<sup>54</sup> zbog čega se samo tjelesna ozljeda (a ne i mentalna ozljeda) mora smatrati nadoknadivom.<sup>55</sup>

Odluka Vrhovnog suda u Izraelu u predmetu *Teichner protiv Air Francea*<sup>56</sup> išla je u korist tužitelja, koji su potraživali naknadu štete za čisto mentalne ozljede uslijed pretrpljenog ekstremnog emocionalnog stresa.<sup>57</sup> Izraelski se sud pri donošenju presude priklonio širokom tumačenju pojma tjelesne ozljede, prema kojemu članak 17. obuhvaća i čisto mentalne ozljede. Svoj stav Vrhovni je sud argumentirao činjenicom da je u francuskom odštetnom pravu od 1929. godine bila dopuštena naknada za čisto mentalne ozljede i da

---

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> 368 F. Supp. 1152, *Burnett v. Trans World Airlines, Inc.*, 1973.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> Boulee, „Recovery for mental injuries that are accompanied by physical injuries under article 17 of the Warsaw Convention“, 507.

<sup>55</sup> Ruwantissa, „Mental Distress in Aviation Claims – Emergent Trends“, 254.

<sup>56</sup> Abdulla Hassan Mohamed, „Recovery for Emotional Distress Under International Air Transportation as Developed by the Common Law Courts“, *Louisiana Law Review* 82, br. 4 (2022): 1146.

<sup>57</sup> 38(3) PD 785, *Air France v. Teichner*, 1984. U ovom predmetu radilo se o otmici zrakoplova i zadržavanju putnika protivno njihovoj volji nekoliko dana. Zrakoplov zračnog prijevoznika Air France otet je na putu od Tel Aviva do Pariza 27. lipnja 1976. godine.



zbog toga nema razloga vjerovati da su francuski sastavljači namjeravali isključiti čisto mentalnu ozljedu iz opsega naknade prema članku 17. Konvencije.<sup>58</sup> Štoviše, sud je k tome nadodao i sljedeće: „u zapisniku Varšavske konferencije nije izričito istaknuto da je cilj Konvencije bio isključiti mogućnost naknade za određene vrste ozljede, pa bi bilo nepravedno zaključiti da su potpisnici namjeravali zabraniti naknadu za čisto mentalne ozljede, odnosno emocionalnu bol ili stres“.<sup>59</sup> Konačno, izraelski je sud držao da je za ekspanzivno tumačenje pojma tjelesne ozljede i članka 17., koji uključuje naknadu za čisto mentalnu ozljedu, poželjna sudska politika<sup>60</sup> koja bi osiguravala bolju zaštitu putnika.

Potpuno suprotan stav od izraelskog suda zauzeo je Vrhovni sud SAD-a u presudi *Floyd protiv Eastern Airlines*.<sup>61</sup> Putnici koji su preživjeli strmoglavo spuštanje zrakoplova uslijed kvara na motorima i čudesno mirno slijetanje zrakoplova tražili su naknadu za isključivo mentalne ozljede. S obzirom na to da nisu naveli da su pretrpjeli tjelesne ozljede ili tjelesna oštećenja kao posljedicu nesreće, tužitelji nisu mogli ostvariti pravo na naknadu štete.<sup>62</sup> Pri donošenju presude američki Vrhovni sud osvrnuo se i na presudu izraelskog suda u predmetu *Teichner* i glede argumenta da je priznavanje naknade štete za čisto mentalne ozljede poželjna sudska praksa, američki je sud istaknuo da ne postoje nikakvi dokazi koji bi upućivali na to da su potpisnice konvencije izričito razmatrale odgovornost za mentalne ozljede niti da su za njih imale posebnu namjeru uvrstiti mogućnost pravnog lijeka u konvenciju.<sup>63</sup> Zbog toga američki sud nije mogao pratiti praksu izraelskog suda te je presudio da se ne priznaje naknada za čisto mentalne ozljede. Ono što je važno, američki je sud ograničio svoju odluku na čisto mentalne ozljede ne dajući odgovor na pitanje u vezi s naknadom za mentalnu ozljedu popraćenu tjelesnim ozljedama, kao i pitanje u vezi s mentalnom ozljedom koja se poslije manifestira kao fizička ozljeda – „Ne izražavamo stajalište o tome mogu li putnici ostvariti pravo na naknadu za mentalne ozljede koje su praćene tjelesnim ozljedama.“<sup>64</sup>

Slijedom presude *Floyd* i u skladu s uvjetima za odgovornost prijevoznika koji su njome postavljeni 1994. godine definiran je prvi pristup – ne priznaje se naknada za čisto

---

<sup>58</sup> Yoran, "Recovery of Emotional Distress Damages Under Article 17 of the Warsaw Convention", 825.

<sup>59</sup> Yoran, "Recovery of Emotional Distress Damages Under Article 17 of the Warsaw Convention", 830.

<sup>60</sup> Boulee, „Recovery for mental injuries that are accompanied by physical injuries under article 17 of the Warsaw Convention”, 508.

<sup>61</sup> 499 U.S. 530, *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd*, 1991. Naime, na letu od Miamijsa do Bahama došlo je do kvara na motorima zrakoplova i posada je objavila da će zrakoplov morati prisilno hitno sletjeti. Zrakoplov se u jednom trenutku počeo spuštati abnormalnom brzinom prema Atlantskom oceanu, no piloti su u zadnjem trenutku ipak uspjeli ponovno pokrenuti jedan od motora i zrakoplov je sigurno sletio u Miami.

<sup>62</sup> Boulee, „Recovery for mental injuries that are accompanied by physical injuries under article 17 of the Warsaw Convention”, 510.

<sup>63</sup> 499 U.S. 530, *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd*, 1991.

<sup>64</sup> 499 U.S. 530, *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd*, 1991.

mentalne ozljede.<sup>65</sup> Taj pristup prihvatio je i američki sud nekoliko godina poslije u predmetu *Tseng protiv El Al Israel Airlines*.<sup>66</sup>

Smatramo da takav pristup ne bi trebalo u potpunosti prihvatiti jer bi se time drastično ograničila prava putnika u slučaju kad pretrpe isključivo mentalne ozljede. Takvim pristupom neopravdano bi se dala prednost naknadi štete za tjelesne ozljede, dok bi mentalne ozljede ostale u potpunosti zanemarene, što bi značilo i povredu ljudskog integriteta. Prihvatanjem takva pristupa putnici koji pretrpe isključivo mentalne ozljede ostali bi bez mogućnosti pravne zaštite, a da se pritom nije uzelo u obzir razmatranje ni same mogućnosti dokazivanja postojanja mentalnih ozljeda. To posebno vrijedi u kontekstu progresivnog razvoja moderne medicine, koja pruža različite metode kojima se može (pokušati) dokazati postojanje mentalne ozljede. Međutim, kako ćemo raspravljati poslije, pitanje nadoknadivosti štete od mentalne ozljede u međunarodnom zračnom prijevozu trebalo bi promatrati i šire od (samog) tjelesnog integriteta putnika.

#### **4.2.2. Drugi pristup: Priznaje se naknada štete za emocionalni stres sve dok postoji neka/nekakva tjelesna ozljeda**

Prema drugom pristupu naknada se priznaje za sve emocionalne stresove ako putnik uslijed nesreće pretrpi i nekakvu tjelesnu ozljedu, bez obzira na to postoji li veza između emocionalnog stresa i tjelesne ozljede.<sup>67</sup> U predmetu *Chendrimada protiv Air India*<sup>68</sup> američki sud potvrdio je upravo takav pristup. Naime, tužitelji Poovaiah i Lina Chendrimada trebali su putovati na letu Air India 110 iz New Yorka u Bombay, no prvotni je let bio otkazan i odgođen za jedan dan zbog dojave o bombi. Nakon što su s jednim danom kašnjenja krenuli prema željenoj destinaciji, na planiranom zaustavljanju u Delhiju njihovo daljnje putovanje ponovno je odgođeno zbog vremenskih uvjeta, zbog čega je zrakoplov bio prizemljen jedanaest i pol sati. Tužitelji su u tužbi naveli kako tijekom tog vremenskog raspona nisu smjeli napustiti avion kako bi otišli na terminal te da im osoblje nije dalo nikakvo jelo ili piće za okrijepu. Tužitelji su tvrdili kako su zbog toga postali slabi, osjećali mučninu, patili od jakih grčeva, bolova i tjeskobe te da su pretrpjeli pothranjenost, kao i mentalne ozljede. U tom smislu potraživali su naknadu štete za sve pretrpljeno prema članku 17. Varšavske konvencije. Tuženik je osporavao svoju odgovornost (tvrdeći kako u predmetnom slučaju i nije bilo nesreće) te je upozoravao na to da tuženici nisu pretrpjeli tjelesne ozljede, već samo mentalne. Sud se u ipak opredijelio za šire tumačenje članka 17., a glede postojanja nesreće zaključio je kako se u konkretnom predmetu radilo

---

<sup>65</sup> Mohamed, "Recovery for Emotional Distress Under International Air Transportation as Developed by the Common Law Courts", 1156.

<sup>66</sup> Tužiteljica je tvrdila kako je uslijed sigurnosne provjere kojoj je bila podvrgnuta bila uznemirena i emocionalno traumatizirana te da je bila vrlo uzrujana. Tužila je prijevoznika kako bi joj naknadio pretrpljene mentalne ozljede, no sud je njezin zahtjev odbio zbog izostanka dokaza o pretrpljenoj tjelesnoj ozljedi, čije je postojanje uvjet odgovornosti prijevoznika prema članku 17. Konvencije. Dakle, s obzirom na to da je tužiteljica isticala i tražila naknadu isključivo za mentalne ozljede, sud je odbacio njezin tužbeni zahtjev.

<sup>67</sup> 854 F. Supp. 654 (N.D. Cal. 1994), *Jack v. Trans World Airlines, Inc.*, 1994.

<sup>68</sup> 802 F. Supp. 1089 (S.D.N.Y. 1992), *Chendrimada v. Air India*, 1992.

o nesreći te je naveo: „svaka je ozljeda rezultat uzročnog lanca, a mi zahtijevamo samo da putnik može dokazati da je neka karika u lancu bila neobičan ili neočekivani događaj izvan putnika“.<sup>69</sup> Pri odlučivanju o priznavanju naknade štete za pretrpljene ozljede sud se osvrnuo i na presudu *Floyd* te je utvrdio da je prijevoznik odgovoran za nastalu štetu jer su tužitelji zadovoljili uvjete prema *Floydu* budući da su uz mentalne ozljede naveli i tjelesne manifestacije ozljede.<sup>70</sup> Značajno je ovdje spomenuti i da autori nacрта Varšavske konvencije u čl. 17. nisu upotrijebili izraz „šteta uzrokovana ... tjelesnom ozljedom“, već su postojanje odgovornosti vezali za „štetu pretrpljenu u slučaju (op. a.) ... tjelesne ozljede“, čime se ne ističe nužnost postojanja uzročne veze.<sup>71</sup> Upravo je to, naime, sud istaknuo u vezi s presudom *Floyd*, čiju je logiku preuzeo u ovom slučaju.<sup>72</sup>

Ponovno, i u ovom pristupu, iako se ne traži uzročna veza između mentalne i tjelesne ozljede, naknada štete priznat će se samo ako postoji neka, pa i bilo kakva, tjelesna ozljeda. Time se može dovesti u pitanje ozbiljnost tužbenih zahtjeva za naknadu štete, a u konačnici i pravilnost sudskih odluka o priznavanju naknade štete, s obzirom na to da je za ostvarivanje prava na naknadu štete od mentalnih ozljeda dovoljno postojanje bilo kakve tjelesne ozljede. Takav pristup smatramo apsolutno neprihvatljivim za zračnu industriju i putnički prijevoz kakav poznajemo danas budući da bi tako široko otvaranje vrata mogućim naknadama za duševne boli dovelo prijevoznike u potencijalno financijski neodrživ položaj.

#### **4.2.3. Treći pristup: Priznaje se naknada štete za mentalne ozljede i stres ako uključuju stres zbog zrakoplovne nesreće**

Posebnost ovog trećeg pristupa jest to što se emocionalni stres i strah, kao oblici mentalnih ozljeda, smatraju sastavnim elementom naknade štete za tjelesne ozljede. Strah, emocija koja se pojavljuje kao odgovor na neku opasnost i nelagodnu situaciju, psihički je fenomen doživljaja i često je popraćen tjelesnim manifestacijama kao što su, na primjer, ubrzanje bila, lupanje srca, bljedilo, ježenje kože, suhoća u grlu, kočenje i drhtanje, znojenje.<sup>73</sup> Stres i strah moraju se dogoditi paralelno s tjelesnom ozljedom, ili nakon tjelesne ozljede, kako bi se i za štetu od njih priznala naknada. Stoga se za stres i strah koji bi se dogodili prije pada zrakoplova i same tjelesne ozljede, prema ovom pristupu, ne bi moglo priznati pravo na naknadu štete.

---

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> „U donošenju ovog zaključka mi smo, naravno, utvrdili da manifestacija tjelesne ozljede, koja je preduvjet za tužbu prema *Floydu*, ne mora proizaći iz iznenada nanesene traume, već može, kao što se ovdje navodi, proizaći iz drugih uzroka zbog kojih je prijevoznik odgovoran.“ 802 F. Supp. 1089 (S.D.N.Y. 1992), *Chendrimada v. Air India*, 1992.

<sup>71</sup> *Isto v. Mohamed*, “Recovery for Emotional Distress Under International Air Transportation as Developed by the Common Law Courts”, 1179.

<sup>72</sup> *V. Boulee*, „Recovery for mental injuries that are accompanied by physical injuries under article 17 of the Warsaw Convention“, 516.

<sup>73</sup> *Padovan*, *Medicinski leksikon* (1990), 852.

Kako ni Varšavska konvencija ni Montrealska konvencija izričito ne definiraju opseg i elemente naknade štete na koju se može ostvariti pravo prema članku 17., neki su sudovi zauzeli stav da naknada štete za emocionalni stres treba biti priznata kad se radi o stresu povezanom s nesrećom, a ne samo onda kad se radi o stresu povezanom s ozljedom. Primjer iz američke sudske prakse za ovaj pristup jest presuda donesena u vezi sa slučajem srušenog zrakoplova prijevoznika *Korean Air Lines*. Zrakoplov je zalutao u sovjetski zračni prostor te ga je sovjetska vojska presrela i srušila projektilom, pri čemu je svih 269 putnika poginulo. Sud je tijekom postupka došao do zaključka da su putnici bili pri svijesti nakon što je zrakoplov prvotno pogođen projektilom, a do pada zrakoplova u more, kao i vjerojatno neko vrijeme nakon toga. Upravo zbog toga sud je izveo zaključak da su putnici najvjerojatnije pretrpjeli znatnu emocionalnu bol i strah od smrti, a u isto vrijeme i tjelesne ozljede (zbog brze dekompresije), što je sve u konačnici rezultiralo njihovom smrću. Posljedično, sud je zaključio: „*Ovo je bol i patnja popraćena tjelesnom ozljedom i logično mora biti priznata naknada za nju s obzirom na to da je u skladu s uvjetima iznesenim u Floydu.*“<sup>74</sup> Dakle, s obzirom na to da se u konkretnom slučaju radilo o emocionalnom stresu i strahu za život koji su bili istovremeni s nastankom tjelesnih ozljeda, sud je zauzeo stav kako u takvim situacijama treba priznati pravo na naknadu za mentalne ozljede, odnosno emocionalni stres. Takvim pristupom potencijalno se otvara put priznavanju samih mentalnih ozljeda, no ipak uz uvjet istovremenog postojanja tjelesne ozljede.

#### **4.2.4. Četvrti pristup: Priznaje se naknada štete za mentalne ozljede koje proizlaze iz tjelesne ozljede**

Naknada za mentalne ozljede, za emocionalne stresove i boli priznaje se ako takve ozljede proizlaze iz tjelesne ozljede, odnosno ako su uzrokovane tjelesnim ozljedama. Prema ovom pristupu nije moguće ostvariti pravo na naknadu za emocionalnu bol i strah povodom nesreće ili za bol i ozljede povezane sa strahom od skorog pada aviona.<sup>75</sup> Sukladno tome, putnik koji bi, na primjer, pri prisilnom slijetanju zrakoplova slomio ruku ili se porezao te bi zbog toga bio u strahu mogao bi ostvariti pravo na naknadu jer njegov strah (oblik mentalne ozljede) proizlazi iz tjelesne ozljede. Iz toga proizlazi da, sukladno ovom pristupu, putnik koji bi pretrpio samo strah i nelagodu bez ikakve tjelesne ozljede ili tjelesne manifestacije tog straha ne bi mogao ostvariti pravo na naknadu. Dakle, kao i u preostala tri pristupa, i ovdje je odlučna činjenica za priznavanje naknade štete za mentalne ozljede postojanje tjelesne ozljede.

Za ovaj pristup opredijelio se američki sud u predmetu *Jack protiv Trans World Airlines*.<sup>76</sup> Let iz New Yorka do San Francisca netom nakon polijetanja prisilno je prekinut jer je došlo

---

<sup>74</sup> 814 F. Supp. 592, In Re Korean Air Lines Disaster of Sept. 1, 1983, 1993.

<sup>75</sup> Max Chester, „The aftermath of the airplane accident: Recovery of damages for psychological injuries accompanied by physical injuries under the Warsaw Convention“, *Marquette Law Review* 84, br. 1 (2000): 239.

<sup>76</sup> 854 F. Supp. 654 (N.D. Cal. 1994), *Jack v. Trans World Airlines, Inc.*, 1994.F. Supp. 654 (N.D. Cal. 1994).

do požara u zrakoplovu. Požar je u potpunosti uništio zrakoplov, no svi su putnici preživjeli. U svojim tužbama za naknadu štete protiv prijevoznika tužitelji su isticali tjelesne ozljede i emocionalne traume koje su pretrpjeli. Sud je u presudi naveo: „*tužitelji s ozljedama nastalima uslijed slijetanja mogu ostvariti pravo na naknadu za pretrpljene ozljede i emocionalni stres koji proizlaze samo iz tjelesnih ozljeda ili tjelesnih manifestacija*“.<sup>77</sup> Zaključno, sud je istaknuo kako se odlučio za takav pristup jer su zahvaljujući njemu naknade putnicima mogle biti razumnije i predvidljivije,<sup>78</sup> što je ujedno ono što su sastavljači Konvencije i htjeli postići kako bi zaštitili rast i razvoj zrakoplovne industrije.

#### **4.3. Novi smjer(ovi) razvijanja sudske prakse i može li se izjednačiti mentalna i tjelesna ozljeda?**

Za kraj je bitno osvrnuti se na razvoj sudske prakse u novije vrijeme. Zanimljiv je primjer svakako presuda *Doe protiv Etihad Airwaysa* iz 2017. godine.<sup>79</sup> U tom predmetu tužiteljica Doe putovala je iz Abu Dhabija u Chicago. Tijekom leta njezin stolić s pladnjem ispred sjedala bio je otvoren jer je gumb za pričvršćivanje stolića za naslon ispao. Tužiteljica je gumb ubacila u džep naslona i, kada ju je stjuardesa prilikom slijetanja zamolila da stolić zatvori, tužiteljica je posegnula u džep kako bi izvadila gumb. Prilikom posezanja za gumbom ubola se na iglu koja je bila u džepu naslona. Zbog tog događaja tužiteljica je potraživala naknadu štete za „*svoju tjelesnu ozljedu i za svoje duševne nevolje, šok, poniženje, bolest, bijes i neugodu zbog prirodnih posljedica moguće izloženosti raznim bolestima*“.<sup>80</sup> Tuženik je poricao svoju odgovornost za mentalne ozljede tužiteljice ističući kako njezine mentalne ozljede proizlaze iz same nesreće, a ne iz tjelesne ozljede (rupice na prstu od uboda igle), no sud je ipak odlučio u korist tužiteljice i priznao joj pravo na naknadu štete i za tjelesne i mentalne ozljede te argumentirao da „*...tužiteljica ima pravo na naknadu štete za svoje duševne boli bez obzira na to jesu li te boli proizašle izravno iz njezine tjelesne ozljede ili općenitije nesreće koja je uzrokovala tjelesnu ozljedu. Tome je tako zato što je, u svakom slučaju, njezina duševna bol 'šteta pretrpljena u slučaju' – tj. 'u slučaju' tjelesne ozljede koja se može nadoknaditi.*“<sup>81</sup> Ovom je presudom svakako potvrđeno da se naknadu štete za mentalne ozljede može priznati kad postoji neki oblik tjelesne ozljede – idući pritom čak i dalje od četvrtog pristupa budući da je izričito naglašeno da to pravo postoji neovisno o tome jesu li duševne boli proizišle iz tjelesne ozljede. No takav pristup smatra se radikalnim i nije (još) zaživio.

Pri razmatranju pitanja naknade štete za mentalne ozljede u dosadašnjoj sudskoj praksi ipak dominira stav prema kojem se naknada štete za čisto mentalne ozljede ne priznaje. Neovisno o tome, kroz prikazane sudske presude vidljivo je koliko je praksa raznolika i da

<sup>77</sup> 854 F. Supp. 654 (N.D. Cal. 1994), *Jack v. Trans World Airlines, Inc.*, 1994.

<sup>78</sup> 854 F. Supp. 654 (N.D. Cal. 1994), *Jack v. Trans World Airlines, Inc.*, 1994.

<sup>79</sup> 870 F.3d 406 (6<sup>th</sup> Cir. 2017), *Doe v. Etihad Airways*, 2017.

<sup>80</sup> 870 F.3d 406 (6<sup>th</sup> Cir. 2017), *Doe v. Etihad Airways*, 2017.

<sup>81</sup> 870 F.3d 406 (6<sup>th</sup> Cir. 2017), *Doe v. Etihad Airways*, 2017.

su sudovi diljem svijeta zauzimali različite stavove o tom pitanju. Jedan je od takvih primjera i presuda u predmetu *Weaver protiv Delta Airlinesa* iz 2001. Posebnost je te presude u tome što je sud u fokus stavio medicinski aspekt ozljede. Naime, u tom predmetu tužiteljica K. Weaver putovala je od Londona prema Billingsu te su tijekom leta mehanički problemi na zrakoplovu doveli su do njegova prisilnog slijetanja. Nedugo nakon nesreće tužiteljici je dijagnosticiran posttraumatski poremećaj. U svojoj tužbi za naknadu štete Weaver je istaknula jedino štetu uslijed emocionalnih ozljeda i posttraumatskog stresnog poremećaja. Gledano s medicinske strane, posttraumatski stresni poremećaj po svojim svojstvima i medicinskoj kategorizaciji pripada mentalnim bolestima. Da je sud na taj način razmatrao navode tužiteljice, njezin zahtjev za naknadom štete ne bi bio prihvaćen. No s obzirom na to da je tužiteljica postavila zahtjev za naknadom štete tražeći naknadu za tjelesnu ozljedu, i to potkrijepila znanstvenim istraživanjima prema kojima posttraumatski poremećaj znači promjenu strukture moždanih stanica, odnosno ozljedu mozga,<sup>82</sup> sud je njezin zahtjev uvažio. Na temelju toga sud je priznao pravo na naknadu štete i utvrdio kako ozljeda mozga i strukturalne promjene moždanih stanica predstavljaju tjelesnu ozljedu,<sup>83</sup> čime je praktično izjednačio posttraumatski stresni poremećaj (mentalnu ozljedu) s tjelesnom ozljedom.

Na presudu *Weaver* osvrnuo se i britanski sud u predmetu *Morris protiv KLM Royal Dutch Airlines*.<sup>84</sup> U tom slučaju šesnaestogodišnja tužiteljica putovala je iz Malezije u Amsterdam.<sup>85</sup> U zrakoplovu je sjedila pored dvojice odraslih muškaraca koje nije poznavala i nakon obroka je zaspala. Nakon što se probudila, primijetila je ruku muškarca pored nje kako joj dodiruje bedro i koljena. Zbog tog događaja nakon leta joj je dijagnosticirana klinička depresija, od koje se liječila antidepresivima. Zbog svega toga oštećena je tužila prijevoznika za naknadu štete. Depresija, koja potpada pod psihičke bolesti prema medicinskim definicijama, i iako je bila dijagnosticirana, nije bila dovoljan razlog za priznavanje naknade štete jer tužiteljica nije tvrdila da je pretrpjela tjelesnu ozljedu.<sup>86</sup> Tako sud nije odlučio pratiti stav suda u presudi *Weaver* te je, utvrdivši depresiju mentalnom ozljedom, ujedno napravio i jasnu razliku prema tjelesnoj ozljedi te ih je odlučio ne izjednačiti. Jedan od komentatora presude lord Hobhouse, predstavnik Gornjeg doma parlamenta Velike Britanije, izrazio je nezadovoljstvo zbog razlikovanja mentalnih i tjelesnih ozljeda i istaknuo je kako se u predmetu *Weaver* upravo otvorio prostor za suprotno shvaćanje te da ne bi bilo ispravno odbiti naknadu štete za zahtjev temeljen na članku 17. Konvencije ako se fizičke promjene na mozgu mogu (fizički) utvrditi.<sup>87</sup> Nadalje, istaknuo je kako postoje tehnike za istraživanje funkcioniranja živog mozga i središnjeg živčanog sustava i da se fizičke promjene mogu skenirati i promatrati pomoću sofisticiranih instrumenata te se može pokazati da određeni psihijatrijski simptomi odgovaraju fizičkim promjenama u mozgu, pa je došao do zaključka da takve

---

<sup>82</sup> Mercer, "Liability of Air Carriers for Mental Injury under the Warsaw Convention", 156.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> EWCA Civ 790, B3/2000/3820, KLM Royal Dutch Airlines v. Morris, 2001.

<sup>85</sup> Field, „Air travel, accidents and injuries: Why the new Montreal Convention is already outdated“, 82.

<sup>86</sup> Field, „Air travel, accidents and injuries: Why the new Montreal Convention is already outdated“, 83.

<sup>87</sup> *Ibid.*

mentalne ozljede mogu biti tjelesne ozljede.<sup>88</sup> Iako je takav stav, izolirano gledano, uvjerljiv i smislen, i dalje ostaje pitanje što bi priznavanje naknade za štete zbog duševnih boli donijelo zračnom prijevozu.

Za kraj je nužno istaknuti presudu Suda EU-a u predmetu *BT protiv Laudamotion GmbH* od 20. listopada 2022. godine.<sup>89</sup> U ovom slučaju tužitelj je letio iz Londona za Beč, no prilikom polijetanja eksplodirao je lijevi motor zrakoplova, zbog čega su putnici bili evakuirani. Povrh toga tijekom evakuacije zračno strujanje desnog motora odbacilo je tužitelja nekoliko metara u zrak. Nakon svega tužitelju je dijagnosticiran posttraumatski stresni poremećaj, zbog čega je bio podvrgnut i liječenju. Tužitelj je potraživao naknadu troškova liječenja i naknadu neimovinske štete, a Vrhovni sud Republike Austrije (*Oberster Gerichtshof*), koji je odlučivao o njegovu zahtjevu, pred Sud EU-a postavio je sljedeće prethodno pitanje: „*Predstavlja li psihička smetnja putnika prouzročena nesrećom, koja se može izjednačiti s bolešću, 'tjelesnu povredu' u smislu članka 17. st. 1. (Montrealske konvencije)?*“

Sud EU-a osvrnuo se na pojam tjelesne ozljede iz članka 17. i iznio da „*pojam 'tjelesna povreda', upotrijebljen u tekstu članka 17. stavka 1. Montrealske konvencije, ne podrazumijeva nužno da su autori te Konvencije namjeravali isključiti odgovornost zračnih prijevoznika u slučaju 'nesreće' u smislu te odredbe kada su tom nesrećom putniku prouzročene psihičke povrede koje nisu povezane ni s kakvom tjelesnom povredom koja je istog uzroka*“.<sup>90</sup> Na tom tragu, a ne želeći putnika koji je pretrpio „*psihičku povredu*“ staviti u nepovoljniji položaj od onog koji je pretrpio tjelesnu povredu (para. 28), Sud je utvrdio da članak 17. treba tumačiti na način da se „*putniku za psihičku povredu koja mu je prouzročena nesrećom u smislu te odredbe, a koja nije povezana s tjelesnom povredom (...), mora naknaditi šteta na isti način kao i za takvu tjelesnu povredu ako oštećeni putnik dokaže da je došlo do povrede njegova psihičkog integriteta koja je takve težine ili takve jačine da utječe na njegovo opće zdravstveno stanje te koja se ne može ublažiti bez medicinskog liječenja*“.<sup>91</sup> Iako je Sud istaknuo ta dva uvjeta za priznavanje prava na naknadu štete, ne smatramo ih dovoljno preciznima i u njima vidimo previše slobodnog prostora za moguće fraudolozno ponašanje putnika (tužitelja). Šteta je što Sud nije odlučio slijediti nezavisnog odvjetnika de la Toura, koji je konkretno predložio da pojam „*tjelesne povrede*“ obuhvati i povredu psihičkog integriteta putnika „*ako tu povredu utvrdi medicinski vještak i ako ju je potrebno medicinski liječiti*“.<sup>92</sup>

Danim tumačenjem Sud EU-a načelno je, pod određenim uvjetima, ali ne uvjetujući to tjelesnom ozljedom, dopustio naknadu štete za duševne boli (psihičke povrede), čime je otišao i korak dalje od četvrtog pristupa. S donošenjem takve odluke pojavio se ozbiljan

<sup>88</sup> Field, „Air travel, accidents and injuries: Why the new Montreal Convention is already outdated“, 84.

<sup>89</sup> Presuda od 20.10.2022., *BT v. Laudamotion GmbH*, C-111/21, ECLI:EU:C:2022:808.

<sup>90</sup> C-111/21, *BT v. Laudamotion GmbH*, para. 25.

<sup>91</sup> C-111/21, *BT v. Laudamotion GmbH*, para. 33.

<sup>92</sup> V. Mišljenje nezavisnog odvjetnika Jeana Richarda de la Toura od 24. ožujka 2022., C-111/21, *BT protiv Laudamotion GmbH*, para. 52.

rizik da će Sud EU-a i nacionalni sudovi država članica početi stvarati paralelno, drugačije tumačenje konvencije,<sup>93</sup> što dovodi u pitanje i pravnu sigurnost, i još nas jednom podsjeća na manjkavost jezika u čl. 17. i potrebu za jasnim (re)definiranjem tjelesne ozljede.

## 5. ZAKLJUČAK

Kada čovjeka sagledamo kao cjelinu, njegovo je zdravlje jedna cjelovitost, koja uključuje i „tjelesno“ i „netjelesno“, odnosno mentalno. Iz te perspektive gledano, ne bi trebalo davati prednost jednom u odnosu na drugo te u tom smislu ne bi trebalo ni davati prednost tjelesnoj ozljedi pred mentalnom kad se razmatra ostvarivanje prava na naknadu štete. No pitanje je mogu li zračna industrija i međunarodnopravna regulativa podnijeti takav holistički pristup suvremenog društva.

Nesporno je da let zrakoplovom podrazumijeva izlaganje tijela određenom riziku i stresu i da se, unatoč činjenici da je zračni prijevoz statistički najsigurniji oblik prijevoza, mnogi ljudi boje letjeti zrakoplovom. Već i ova psihička stanja stresa i straha povlače za sobom mogućnost postojanja neke vrste „ozljede“ uslijed leta i na letu te otvaraju rizično područje rasprave o pravu na naknadu štete zbog mentalne ozljede. Ova komponenta, gledana pak u cjelini s „čisto tjelesnim“ dijelom, i dalje ostaje dvojben, upitna i podložna manipulaciji.

Gledano izolirano od zračnopravne regulative i tumačeći ovo pitanje šire, dok se na neki način – medicinskim, psihijatrijskim i psihološkim vještačenjima – može dokazati prisutnost mentalne ozljede kao posljedice nesreće, trebalo bi uzeti da takva mentalna ozljeda znači tjelesnu ozljedu. U tom smislu postoji i prostor da se, teoretski, mentalna ozljeda obuhvati pojmom tjelesne ozljede iz članka 17. i samim time bude nadoknativa. No je li to stvarno bila želja tvoraca Montrealske konvencije? Iako je putnicima postavljeno veliko ograničenje i praktična nemogućnost za mogućnost naknade štete zbog mentalnih ozljeda, što u nekim slučajevima može značiti i potpunu nemogućnost naknade nastale štete, to je nuspojava nemogućnosti da se normativno na drugačiji način isključi rizik neutemeljenog pozivanja na mentalne ozljede i korištenja pravom na naknadu štete nastale uslijed tih ozljeda. U tom smislu jedino u svojstvu putnika možemo pozdraviti suvremene pristupe sudova koji idu za priznavanjem prava na naknadu za mentalne ozljede nadajući se da se time neće početi stvarati prevelik financijski teret za zračne prijevoznike, koji bi se na kraju ponovno mogao prelomiti na leđima (tog istog) putnika.

---

<sup>93</sup> Tako Bokareva ovakav pristup Suda EU-a naziva „proeuropskim“ (V. Bokareva, *The Meaning of „Accident“ under the Montreal Convention in light of CJEU Jurisprudence* (2023): 179). Sličnu kritiku Sudu EU-a možemo uputiti i u slučaju tumačenja nesreće prema Montrealskoj konvenciji – v. Savić, *„Is the Court of Justice of the EU Rewriting the Montreal Convention?“*, 34.



## COMPENSATION FOR MENTAL INJURY IN INTERNATIONAL AIR LAW

*The Warsaw Convention from 1929 followed by the Montreal Convention from 1999 regulate the complex and important issue of air carrier liability for damages suffered by passengers due to death or bodily injury during international air transport. Despite the rules established therein, doubts and disagreements appear in regard to certain provisions of these conventions, as the meaning and scope of certain terms contained therein are not clear and unambiguous. Given that the final decisions of the courts on the existence of the carrier's liability for the resulting damage depend on it, it is extremely important to eliminate existing doubts and establish a clear and unified interpretation of those terms.*

*One of such provisions is the one concerning physical injury, whose meaning and scope are the subject of debates in legal theory and jurisprudence for decades. One of the most important questions in regard to the concept of physical injury is a doubt whether „physical“ also includes „mental“, i.e. whether physical injuries also include mental injuries. The aim of this paper is to problematize the concept of mental injuries“ and its meaning in the theory and practice of aviation law, and through the analysis of the case law, to look critically at the existing approaches in regard to the recognition of compensation for damage that cannot be characterized as physical. Finally, the paper aims to find an ultimate explanation and answer to that complex question.*

Key words: Montreal Convention; liability of the carrier; bodily injury; mental injury; emotional injury

**Iva Savić**, PhD, Associate Professor at the Department of Maritime and General Transport Law, University of Zagreb, Faculty of Law

**Anamarija Jukić**, legal trainee

# UPRAVNO POJEDNOSTAVNENJE – VELIKA OČEKIVANJA, DVOJAKI REZULTATI

*Pregledni znanstveni rad*

UDK 340.134(497.5)

338.246.027(4)EU

339.923:061.1](497.5:4 EU)

Primljeno: 25. svibnja 2024.

Angela Paleka\*

---

*Kroz desetljeća implementacije politike bolje regulacije, ponajprije od strane Organizacije za ekonomsku suradnju i razvoj (OECD) i Europske unije (EU), izrađene su brojne analize, studije i razvijeni različiti alati. Postignuća politika bolje regulacije uključuju uspostavu procjene učinaka propisa (RIA – Regulatory Impact Assessment) te povećanje transparentnosti i uključenosti prilikom izrade propisa. Jedan od segmenata bolje regulacije jest upravno pojednostavnjenje, kojim je predviđeno pojednostavnjenje propisa, formalnosti i procedura. U radu se pobliže opisuje koncept upravnog pojednostavnjenja, njegovi alati te povezanost s prekomjernom regulacijom/pozlaćivanjem (gold plating). Prikazuje se provedba politike boljih propisa u Republici Hrvatskoj (RH) te se analiziraju nastojanja za pojednostavnjenjem upravnog područja provedbe fondova EU-a, koje se smatra osobito kompleksnim. Radom se nastoji pridonijeti razumijevanju koncepta upravnog pojednostavnjenja i njegovu daljnjem razvoju.*

Ključne riječi: bolja regulacija, upravno pojednostavnjenje, upravni formalizam (*red tape*), administrativni troškovi i tereti, prekomjerna regulacija/pozlaćivanje (*gold plating*)

---

## 1. UVOD

Društvena gustoća, sve intenzivnija dioba rada, rast količine znanja, brz razvoj novih tehnologija, proširenje kruga legitimnih interesa,<sup>1</sup> globalizacija i u novije vrijeme deglobalizacija pridonose širenju obuhvata i kompleksnosti regulacije. Kako u sve kompleksnijem kontekstu pomiriti vrijednosti očuvanja života i prirode s vrijednostima ekonomičnosti, pitanje je s kojim se regulatori svakodnevno suočavaju. Pitanja regulacije posebno su zahtjevna u EU-u jer nastojanja za ostvarenjem zajedničkog tržišta pridonose širenju regulacije,<sup>2</sup> koja se dodatno komplicira kroz načela supsidijarnosti i višerazinskog upravljanja. Predvodnici politike kvalitetnije regulacije i upravnog pojednostavnjenja u prvom su redu OECD, a zatim i EU. Narativ regulacijskih politika polazi od neželjenih

---

\* Angela Paleka, doktorandica Poslijediplomskog doktorskog studija Javnog prava i javne uprave, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet

<sup>1</sup> Koprić, I., Marčetić, G., Musa, A., Đulabić, V., Lalić Novak, G., Upravna znanost, *Javna uprava u suvremenom europskom kontekstu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Studijski centar za javnu upravu i javne financije; suvremena javna uprava, Zagreb, 2014, str. 27–78.

<sup>2</sup> Musa, A., *Prilagodba procesa izrade propisa europskim integracijama: novine i izazovi*, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, vol. VI, no. 1, 2015, str. 3–40, str. 8.

učinka regulacije za poduzetnike, kao što su pretjerani upravni formalizam (*red tape*) i administrativni tereti (*administrative burden*), za koje se smatra da su prepreka razvoju gospodarstva.<sup>3</sup> Međutim, višedesetljetna nastojanja na području bolje regulacije pokazuju da su pitanja regulacije zahtjevnija te se usprkos brojnim implementiranim mjerama njihov uspjeh ne može jednoznačno tumačiti.

U radu se analizira razvojni put politika kvalitetnijih propisa i alata bolje regulacije s fokusom na upravnom pojednostavnjenju. Opisuje se koncept prekomjerne regulacije tzv. pozlaćivanja (*gold plating*), koji Europska komisija (EK) ističe kao prepreku pojednostavnjenju. Nadalje se prikazuje implementacija regulacijskih politika u Republici Hrvatskoj (RH) te se analiziraju inicijative za pojednostavnjenje područja provedbe fondova EU-a, koje je zbog svojih specifičnosti identificirano kao iznimno kompleksno za korisnike i za tijela u sustavu upravljanja. U posljednjem dijelu rada autorica iznosi pregled izazova s kojima se politika boljih propisa suočava, a zaključno i svoja razmišljanja o pitanju daljnjeg razvoja politike.

## 2. RAZVOJ REGULACIJSKIH POLITIKA

Razvojni put regulacijskih politika<sup>4</sup> i globalna politička i ekonomska kretanja neodvojivo su povezani. Kao jednostavno rješenje za kompleksan set problema koji su isplivali tijekom ekonomske i energetske krize 1970-ih godina, kada završava “zlatno doba” socijalne države,<sup>5</sup> uvode se instrumenti deregulacije, regulatorne giljotine i upravnog pojednostavljenja. Navedeni alati trebali su otkloniti probleme prevelikog obujma regulacije i skrivenih troškova zastarjele i nekvalitetne regulacije, koji predstavljaju prepreku razvoju poduzetništva. No mjere su u najboljem slučaju ostvarile dvojake rezultate, a u mnogim slučajevima deregulacija i menadžerski pristup javnoj upravi doveli su do povećanja opsega regulacije, kreiranja novih regulatornih organizacija, povećanja kompleksnosti, formalizma i specijalizacije regulacije.<sup>6</sup> Spoznaja da regulacija predstavlja kompleksnu općedruštvenu tematiku dovodi do preusmjerenja s kvantitete na kvalitetu propisa i proces njihova donošenja.<sup>7</sup> Slijedi faza regulacijskog menadžmenta,

<sup>3</sup> Negativna obojenost regulacije ističe se do mjere da se u literaturi pronalazi objašnjenje da „regulacija nije sama po sebi štetna“, OECD, *Overcoming Barriers to Administrative Simplification Strategies: Guidance for Policy Makers*, Regulatory Policy Division, 2009, str. 44.

<sup>4</sup> Za više o razvojnim fazama politika boljih propisa u OECD-u i EU-u vidjeti u: Koprić, I., Musa, A., Lalić Novak, G., *Europski upravni prostor*, Institut za javnu upravu, 2012, str. 187–193; OECD, *Regulatory Policies in OECD Countries: From Interventionism to Regulatory Governance*, 2002, [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-policies-in-oecd-countries\\_9789264177437-en](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-policies-in-oecd-countries_9789264177437-en) (pristup: 16. 5. 2024.), str. 19–25.

<sup>5</sup> Kao uzroci krize socijalne države, uz ekonomske, energetske i demografske teškoće, identificiraju se i brz tehnološki razvoj te utjecaj ideologije, odnosno političkih opcija koje se po svojem habitusu protive državnoj intervenciji u gospodarstvu. Za više vidjeti: Koprić, I., Marčetić, G., *Kriza socijalne države, reforme javne uprave i hrvatsko upravno osoblje*, Hrvatska javna uprava, god. 2 (2000), br. 1, str. 25–82.

<sup>6</sup> Hood, C., James, O., Scott, C., *Regulation of Government: Has it increased, is it increasing, should it be diminished?* Public Administration, vol. 78, br. 2, Blackwell Publishers Ltd., Oxford, 2000, str. 283–304; Džinić, J., *Regulacijska tijela i regulacija: neki problem u pogledu (ne)donošenja uredbi za izvršenje zakona*, Hrvatska i komparativna javna uprava, 11 (3), 651–680, 2011, str. 654–655.

<sup>7</sup> Koprić i sur., 2012, str. 188.

koja je usmjerena na poboljšanja institucija uključenih u procese regulacije. Politika bolje regulacije razmatra odnos države i gospodarstva, a „uloga države se shvaća na način da ona treba svojom regulacijom olakšati gospodarski razvoj, te izbjegavati pretjerane, neodgovarajuće i za gospodarstvo i građane tegobne propise“.<sup>8</sup>

Pitanja kvalitetnije regulacije u fokusu su OECD-a od sredine 1990-ih godina, dok usmjerenje EU-a u tom pogledu jača usvajanjem Lisabonske strategije u 2000. godini<sup>9</sup> i Bijele knjige o europskom upravljanju iz 2001.<sup>10</sup> U dokumentima se ističe poveznica bolje regulacije i gospodarskog rasta i razvoja, razrađuju se načela za novi koncept europskog upravljanja, koji se uspostavlja kao odgovor na demokratski deficit. Izvještaj Mandelkern grupe o boljoj regulaciji iz 2001.<sup>11</sup> uspostavlja načela bolje regulacije: nužnost, proporcionalnost, supsidijarnost, transparentnost, odgovornost, pristupačnost i pojednostavnjenje, kao i područja bolja regulacije, koja će se u narednim godinama na razini EU-a razrađivati kroz posebne dokumente, uspostavu programa, savjetodavnih radnih skupina te međuinstitucijske sporazume.<sup>12</sup> U razdoblju od nešto više od dva desetljeća agende za bolju regulaciju komunikacijske poruke EK kretale su se od „doing less but doing better“, preko „deliver better rules for better results“, „big on big things and smaller on smaller things“ do „doing less more efficiently“, bolja regulacija postala je nakratko pametna regulacija („smart regulation“),<sup>13</sup> a alati bolje regulacije kontinuirano se dopunjuju.

Bolja je regulacija „prvo ideja, drugo skup alata i treće rastući institucionalni aparat“,<sup>14</sup> čiji su ciljevi „osigurati da se donošenje politika EU-a temelji na dokazima; pojednostavnjivati i poboljšavati zakonodavstvo EU-a te izbjegavati nepotrebna opterećenja; uključivati

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, str. 187.

<sup>9</sup> Zaključci Europskog vijeća sa sastanaka u Lisabonu 23.–24. 3. 2000. godine dostupni su na: <https://www.europarl.europa.eu/bulletins/pdf/1s2000en.pdf> (pristup: 16. 5. 2024.).

<sup>10</sup> European Commission, *European Governance – A White Paper*, COM(2001) 428, 2001, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/DOC\\_01\\_10](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/DOC_01_10) (pristup: 16. 5. 2024.).

<sup>11</sup> European Commission, *Mandelkern Group on Better Regulation (2001) Report on Better Regulation*, Final Report, 2001, <https://www.smartreg.pe/reportes/Mandelkern%20Report%20on%20Better%20Regulation%202001.pdf> (pristup: 16. 5. 2024.).

<sup>12</sup> Nastojanja EK na području kvalitetnije regulacije uključuju Program za prikladnost i učinkovitost propisa (*The Regulatory Fitness and Performance Programme – REFIT*), uspostavu ekspertnih skupina za podršku i savjetodavnu pomoć pri implementaciji agende za bolju regulaciju (Skupina na visokoj razini za administrativne terete – *High Level Group on Administrative Burdens*, Radna skupina za supsidijarnost, proporcionalnost i „Činiti manje, ali učinkovitije“ – *Task Force on Subsidiarity, Proportionality and ‘Doing less more efficiently’*, Odbor za nadzor regulative – *Regulatory Scrutiny board*, Platforma REFIT, koju je kasnije zamijenila Platforma *Fit for Future*), platformu Iznesite svoje mišljenje: može jednostavnije! (*Have Your Say: Simplify!*), a potpisani su i međuinstitucijski sporazumi između Europskog parlamenta, Vijeća EU-a i EK o boljoj izradi zakonodavstva (Međuinstitucijski sporazum o boljoj izradi zakonodavstva, Vijeća Europske unije i Europske komisije o boljoj izradi zakonodavstva (Interinstitutional Agreement on better law-making (2003/C 321/01), Međuinstitucijski sporazum o boljoj izradi zakonodavstva, 12. 5. 2016., L 123).

<sup>13</sup> Schout, A., Schwieter, C., *Two decades of Better Regulation in the EU Commission – Towards evidence-based policymaking?*, 2018, The Hague: Clingendael Policy Brief, str. 1–18.

<sup>14</sup> Alemanno, A., *How Much Better is Better Regulation?*, European Journal of Risk Regulation, br. 3, str. 1–24, 2015, str. 7.

građane, poduzeća i dionike u postupak donošenja odluka<sup>15</sup>. Ona preispituje svrsishodnost postojećih propisa, potrebu za novom regulacijom i moguće alternative regulaciji. Bolja regulacija počiva na načelima sveobuhvatnosti, koherentnosti, proporcionalnosti, participacije, pristupu baziranom na dokazima, neovisnosti u smislu prikupljanja dokaza, transparentnosti, održivosti, supsidijarnosti i proporcionalnosti, strateškom pristupu okrenutom budućnosti.<sup>16</sup> Agenda se kontinuirano nadograđuje u skladu s politikama EU-a, pa se kao potpora recentnim nastojanjima digitalne i zelene tranzicije te u skladu s UN-ovim ciljevima održivog razvoja i europskim zelenim planom ističu načela „ne nanosi bitnu štetu“, a u skladu s Komunikacijom o digitalnom kompasu za 2030. načelo „digitalizacije kao standarda“.<sup>17</sup>

Regulacijske politike OECD-a i EU-a pretpostavljaju da je kvaliteta regulacijskog okvira od presudne važnosti za razvoj gospodarstava<sup>18</sup> i da su pretjerani administrativni tereti prepreka inovativnosti i konkurentnosti poduzetništva.<sup>19</sup> Primarna su ciljna skupina politike gospodarstvenici, ponajviše mali i srednji poduzetnici, koji zbog svoje veličine „nerazmjerno trpe zbog zakonodavnih i administrativnih opterećenja“.<sup>20</sup> Na navedenim premisama i metodološkom pristupu zasnovanom na kvantifikaciji i monetizaciji<sup>21</sup> osmišljeni su instrumenti bolje regulacije.

### 3. ALATI BOLJE REGULACIJE

Važniji alati bolje regulacije jesu javne konzultacije, procjena učinaka propisa, alternative formalnom zakonodavstvu i upravno pojednostavnjenje. Procjena učinaka propisa predstavlja sveobuhvatan alat koji pomaže nositeljima predloženih propisa i programa pri informiranom donošenju odluka baziranom na dokazima. Uključuje sveobuhvatnu

<sup>15</sup> Mrežna stranica Bolja regulativa, [https://commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation\\_hr](https://commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation_hr) (pristup: 16. 5. 2024.).

<sup>16</sup> European Commission, Better regulation toolbox 2023, [https://commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation/better-regulation-guidelines-and-toolbox\\_en](https://commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en) (pristup: 16. 5. 2024.), str. 8 i 9.

<sup>17</sup> European Commission, Commission staff working document Better regulation Guidelines, SWD(2021) 305 final, 2021, str. 5–6.

<sup>18</sup> Vidjeti primjerice: European Commission, Better Regulation for Growth and Jobs in the European Union, COM(2005) 97 final, 2005,

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0097:FIN:en:PDF> (pristup 16. 5. 2024.), str. 3; Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, Dugoročna konkurentnost EU-a: perspektiva nakon 2030., COM(2023) 168 final, 2023, str. 18–20.

<sup>19</sup> Vidjeti primjerice: European Commission, Implementing the Community Lisbon programme: A strategy for the simplification of the regulatory environment, COM(2005) 535 final, 2005, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0535> (pristup 16. 5. 2024.), str. 2; High Level Group on Administrative Burdens, Cutting Red Tape in Europe, Legacy and outlook, Final Report, 2014,

[https://commission.europa.eu/system/files/2016-05/final-report-of-the-high-level-group\\_july2014\\_en.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2016-05/final-report-of-the-high-level-group_july2014_en.pdf) (pristup: 16. 5. 2024.), str. 8, 27.

<sup>20</sup> Vidjeti primjerice: European Commission, Implementing the Community Lisbon programme: A strategy for the simplification of the regulatory environment, 2005, str. 3.

<sup>21</sup> Voermans, W., *To measure is to know: the quantification of regulation*, Theory & Practice of Legislation 3, br. 1, str. 91–112, 2015, str. 107–112.

analizu stanja, problema koji se predlaže riješiti, moguća rješenja (normativna i nenormativna), utjecaj na adresate prijedloga, učinke na gospodarstvo i društvo, procjenu administrativnih troškova, prethodni test malog i srednjeg poduzetništva. Procjena se radi prije donošenja zakona i nakon određenog vremena implementacije, a kako bi se analizirali rezultati i učinci propisa. Sastavni dio procjene učinaka propisa čini proces javnih konzultacija. Ideja je uključiti zainteresiranu javnost u raspravu i omogućiti davanje mišljenja i prijedloga prije procesa upućivanja propisa u zakonodavnu proceduru i prije donošenja važnih dokumenata. Restriktivni okvir regulacije ne predstavlja nužno najbolji pristup rješavanju pojedinih društvenih izazova, stoga se prije donošenja propisa razmatraju alternative zakonodavstvu, kao što su ekonomski instrumenti, koregulacija (podjela odgovornosti između države i industrije), volonterski pristup, informiranje i edukacija.<sup>22</sup>

#### 4. UPRAVNO POJEDNOSTAVNENJE

Upravno pojednostavnjenje jest „pregled i pojednostavljenje propisa, posebno podzakonskih akata, formalnosti i procedura, kojima javna vlast prikuplja informacije i djeluje na odluke poduzetnika, da bi se olakšalo djelovanje tržišta, smanjila opterećenja koja poduzetnicima stvaraju pretjerana količina i nerazumljivost propisa, te tako smanjili upravni tereti za gospodarstvo i potakao gospodarski razvoj“.<sup>23</sup> Ideja je pronalazak ravnoteže između zaštite javnog interesa i zaštite slobode poslovanja, uz minimalne troškove za poduzeća. Upravne formalnosti važan su alat za pružanje javnih usluga i provedbu politika. No s proširenjem obuhvata i kompleksnosti regulacije proširuju se i administrativne obveze građana i poduzeća, pa rastući broj i kompleksnost administrativnih zahtjeva prerasta u problematiku pretjeranog upravnog formalizma (*red tape*), što se manifestira kroz nepotrebnu papirologiju i pretjerane administrativne procedure. Primarna su ciljna skupina upravnog pojednostavnjenja poduzeća, a sve veći broj mjera odnosi se na građane, javnu upravu i neprofitni sektor. Programi upravnog pojednostavnjenja smatraju se politički neutralnima jer bi intencija smanjenja nepotrebnih administrativnih tereta trebala biti komplementarna ciljevima regulacije, što pridonosi popularnosti mjera na političkom spektru. Kao indikatori uspješnosti implementiranih mjera ističu se smanjenje obujma propisa i administrativnih tereta, uštede za poduzeća te rezultati međunarodnih istraživanja lakoće poslovanja, kao što su

---

<sup>22</sup> OECD, *Reviews of Regulatory Reform, Regulatory Policies in OECD Countries: From Interventionism to Regulatory Governance*, OECD, 2002, str. 135–142.

<sup>23</sup> Koprić i sur., 2012, str. 199.

*Doing Business Report* Svjetske banke<sup>24</sup> i *Global Competitiveness Report* Svjetskog ekonomskog foruma.<sup>25</sup>

Alati upravnog pojednostavnjenja primjenjuju se na procese diseminacije informacija ciljnim skupinama, na omogućavanje i olakšavanje transakcija povezanih s regulacijom između uprave i poduzeća i građana te pohranu i razmjenu informacija između tijela javne uprave,<sup>26</sup> a mjere uključuju pojednostavnjenje i poboljšanje propisa, jedinstveno upravno mjesto, optimizaciju procesa, korištenje informacijsko-komunikacijskih tehnologija (IKT) i smanjenje administrativnih tereta.

#### 4.1. Pojednostavnjenje i poboljšanje propisa

Ugovori, povelje, međunarodni sporazumi, uredbe, direktive, odluke, preporuke, komunikacije, zelene i bijele knjige, različiti standardi i drugi obvezujući i neobvezujući dokumenti čine golemu zbirku regulacije u EU-u. Pojednostavnjenjem se nastoji olakšati razumijevanje propisa i procedura, približiti ih adresatima i poboljšati njihovu primjenu, a za ostvarenje navedenih ciljeva koriste se ukidanje (*repeal*), kodifikacija (*codification*), preinake (*recasting*) i korištenje uredbi umjesto direktiva.<sup>27</sup> Ukidanjem se iz pravnog sustava izbacuju zastarjeli i nepotrebni propisi ili odredbe koji ne donose društvene koristi, u zakonodavne prijedloge uključuju se odredbe o pregledima i reviziji propisa, a moguće je uvođenje automatskog isteka roka (*sunset clause*). Kodifikacija je objedinjavanje odredbi iz različitih propisa u jedan tekst, što pridonosi smanjenju obujma propisa, tekstovi postaju čitljiviji i razumljiviji za korisnike, povećava se pravna sigurnost i transparentnost te se olakšava primjena propisa. Preinakom se mijenjaju pravni akti, uklanja se suvišnost, povećava jasnoća i dosljednost pravila. Korištenjem uredbi umjesto direktiva dolazi do neposredne primjene i usklađene provedbe na nacionalnoj razini. Pojednostavnjenje propisa jedan je od ciljeva programa REFIT, koji identificira mogućnosti za pojednostavnjenje propisa, procedura i ukidanje nepotrebnih administrativnih tereta pritom ne zadirući u ciljeve propisa.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> *Doing Business* sagledava utjecaj regulacije na lakoću poslovanja poduzeća u odnosu na pokretanje poslovanja, dobivanje dozvola, pristup financijama, svakodnevno poslovanje i pravnu sigurnost poslovanja. Istraživanja su se radila u 190 zemalja od 2003. godine, a izvještaj je ukinut u 2021. godini. (Priopćenje dostupno na: <https://www.worldbank.org/en/news/statement/2021/09/16/world-bank-group-to-discontinue-doing-business-report>, pristup: 16. 5. 2024.) Svjetska je banka u međuvremenu pokrenula projekt *Business Ready (B-READY)*, a objava prvog izvještaja planirana je u rujnu 2024. godine. Više na: <https://www.worldbank.org/en/businessready> (pristup: 16. 5. 2024).

<sup>25</sup> *Global Competitiveness Report* procjenjuje konkurentnost kroz 12 područja (institucije, infrastruktura, IKT, makroekonomska stabilnost, zdravlje, vještine, tržište proizvoda, tržište rada, financijski sustav, veličina tržišta, poslovna dinamika, sposobnost inovacija). *Global Competitiveness Report 2019*, <https://www.weforum.org/publications/global-competitiveness-report-2019/> (pristup: 16. 5. 2024.).

<sup>26</sup> OECD, Cutting Red Tape, National Strategies for Administrative Simplification, 2006, [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/cutting-red-tape\\_9789264029798-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/cutting-red-tape_9789264029798-en#page1) (pristup: 16. 5. 2024.), str. 60.

<sup>27</sup> Koprić i sur., 2012, str. 200; European Commission, Implementing the Community Lisbon programme 2005, str. 6–8.

<sup>28</sup> Rezultati u razdoblju od 2015. do 2022. godine uključuju 274 zakonske inicijative s ugrađenim mjerama pojednostavnjenja i rasterećenja te 210 evaluacija i provjera prikladnosti, European Commission, The

#### 4.2. Jedinствeno upravno mjesto, optimizacija procesa i upotreba IKT-a

Jedinствeno upravno mjesto (*one stop shop*) predstavlja jedinstveni komunikacijski kanal, u fizičkom ili elektroničkom obliku (*on-line* platforme), gdje korisnici na brz i jednostavan način mogu doći do informacija i obaviti potrebne transakcije s upravom, čime se nastoji odgovoriti na sve veću kompleksnost javne uprave i složenost zahtjeva regulacije. Usmjereniji način komunikacije zahtijeva promišljanje o procesima u tijelima koja su nadležna za pojedinu informaciju i u upravnom mjestu koje te informacije pruža jedinstvenim glasom. Sveobuhvatna analiza i potom optimizacija procesa važni su koraci upravnog pojednostavnjenja. Digitalizacija optimiziranih procesa olakšava razmjenu informacija i druge transakcije, kao što su ispunjavanje i predaja obrazaca, prikupljanje i obrada podataka, izvještavanje i sl.

Tehnološki napredak omogućio je značajne pomake u području upravnog pojednostavnjenja, pa je danas većina administrativnih usluga dostupna putem *on-line* alata. IKT olakšava rad javnih servisa, povezivanje i razmjenu informacija između javnih tijela te između javnih tijela s jedne strane i građana i poduzeća s druge. Nove tehnologije stvaraju pritisak za daljnje pojednostavnjenje administrativnih postupaka, ali i puno više od toga, pa tako OECD vidi eUpravu kao ključan alat za „transformaciju vlade, tj. put prema vladi koja je troškovno učinkovitija, pruža kvalitetne usluge usmjerene na korisnika i koristi IKT za veće uključivanje građana u kreiranje politika“.<sup>29</sup> Jedinствeni digitalni pristupnik (*Single Digital Gateway – SDG*) predstavlja značajniju inicijativu EU-a u području digitalizacije koja je uspostavljena u svrhu jačanja unutarnjeg tržišta EU-a, a kroz portal *Your Europe*<sup>30</sup> građani i poduzeća mogu pristupiti informacijama, administrativnim postupcima te dobiti podršku pri rješavanju problema.

#### 4.3. Smanjenje i uklanjanje administrativnih tereta

Administrativni troškovi i administrativni tereti važni su pojmovi koncepta upravnog pojednostavnjenja. „Administrativni su troškovi troškovi poduzeća, tijela javne vlasti i građana koji nastaju ispunjavanjem zakonskih obveza davanja informacija o svojim aktivnostima tijelima javne vlasti ili privatnim osobama (obveze obavješćivanja); Administrativni su troškovi zbroj administrativnog tereta, tj. informacija koje se prikupljaju isključivo zbog zakonske obveze da se to učini i uobičajenih troškova poslovanja.“<sup>31</sup> Administrativni tereti mogu biti štetni ako nisu primjereni ciljevima koji se nastoje ostvariti te ako iziskuju nerazmjerne troškove.

---

European Union's action to simplify legislation, *Annual Burden Survey 2022*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2023, str. 8.

<sup>29</sup> OECD, 2009, str. 22.

<sup>30</sup> Portal *Your Europe*, dostupan na: [https://europa.eu/youreurope/index\\_hr.htm](https://europa.eu/youreurope/index_hr.htm) (pristup: 16. 5. 2024.).

<sup>31</sup> High Level Group on Administrative Burdens, 2014, str. 28.



Važnost kvantifikacije administrativnih troškova i tereta ističe se po principu „*what gets measured gets done*“. Općeprihvaćeni model za mjerenje administrativnih tereta i procjene koristi od njihova ukidanja jest Standardni troškovni model (*Standard Cost Model – SCM*). Alat je razvijen u Nizozemskoj, a njegova primjena raširena je u članicama EU-a i OECD-a. SCM mjeri administrativne terete poduzeća uzrokovane regulacijom tako da raščlanjuje odredbe propisa koji se odnose na obveze dostave informacija, podataka, izvršavanje administrativnih procedura i plaćanje naknada te postavlja unificirane standarde mjerenja administrativnih tereta. SCM procjenjuje trošak administrativne aktivnosti putem formule: cijena (tarifa x vrijeme potrebno za dovršetak administrativne aktivnosti) x količina (broj poduzeća na koja se aktivnost odnosi i učestalost aktivnosti).<sup>32</sup>

S obzirom na učestalost administrativnih aktivnosti i broj poduzeća na koja se one odnose, ukupni razmjeri administrativnih tereta na razni EU-a procjenjuju se u milijardama eura, pa su stoga i procjene ušteda mjera rasterećenja jednako impresivne. U 2007. godini zacrtan je cilj smanjenja administrativnih tereta koji proizlaze iz propisa EU-a za poduzeća za 25 % do 2012. godine, s procjenama ušteda od 30 milijardi eura.<sup>33</sup> Dio država članica već je prethodno zacrtao ambiciozne ciljeve smanjenja administrativnih tereta. Nizozemska, kao jedna od predvodnica inicijativa smanjenja administrativnih tereta, ostvarila je ambiciozni cilj od 25 % smanjenja za poduzeća u 2007. godini.<sup>34</sup> Na razini EU-a u 2012. godini ostvareni su ciljevi smanjenja administrativnih tereta za poduzeća koji proizlaze iz zakonodavstva EU-a za 25 %, s procijenjenom godišnjom uštedom od 30,8 milijardi eura.<sup>35</sup>

Mjerljivost, pretpostavljena objektivnost, atraktivnost političkih poruka s obećanjem jačanja konkurentnosti gospodarstava i značajnih ušteda za poduzetnike razlozi su za popularnost mjera smanjenja administrativnih tereta. No usprkos uloženim sredstvima i ostvarenim ciljevima politike izostaje zadovoljstvo poduzeća kao krajnjih korisnika mjera.<sup>36</sup> Istovremeno, procjena administrativnog tereta u državama članicama pokazala se skupom i kompleksnom, a kako se njegove koristi u praksi nisu mogle jasno i

<sup>32</sup> European Commission, *Action Programme for Reducing Administrative Burdens in the EU*, Delivering on promises, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2010, str. 7.

<sup>33</sup> Capgemini, Deloitte and Ramboll Management, *EU Project on Baseline Measurement and Reduction of Administrative Costs: Final Report*, 2010, str. 50; Kovač, P., Đulabić, V., Čičin-Šain, N., *Removal of administrative barriers through the recent procedural simplifications in Slovenia and Croatia*, DANUBE: Law, Economics and Social Issues Review, ISSN 1804-8285, De Gruyter, Warsaw, vol. 8, br. 4, str. 207–228, 2017, str. 210.

<sup>34</sup> OECD, *Why is Administrative Simplification So Complicated*, looking beyond 2010, OECD 2010, [https://www.oecd-ilibrary.org/governance/why-is-administrative-simplification-so-complicated\\_9789264089754-en](https://www.oecd-ilibrary.org/governance/why-is-administrative-simplification-so-complicated_9789264089754-en) (pristup: 16. 5. 2024.), str. 34.

<sup>35</sup> Europska komisija, Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, Bolja regulativa: zajedničkim snagama za bolje zakonodavstvo, COM(2021) 219 final, 2021, str. 8.

<sup>36</sup> Primjerice, u Nizozemskoj je izostalo oduševljenje poduzetnika, štoviše „poduzetnici su frustrirani sporim pomacima i nerješavanjem problema koji su za njih uistinu važni“. OECD, 2010, str. 34. Navedeno upućuje na problem percepcije dionika u procesu – ono što regulatori smatraju da predstavlja najveće opterećenje i gdje vide značajne prilike za uštede ne mora koincidirati s onim što poduzetnici smatraju otegotnim, iritantnim i nepotrebnim. Važan pojam u tom kontekstu jesu troškovi gnjavaže (*hassle costs, irritation costs*), za više vidjeti: European Commission, *Better regulation toolbox 2023*, 2023, str. 503–508.

nedvojbeno dokazati, postavilo se pitanje vrijednosti za novac provedenih mjera. Iskustvo iz razdoblja 2007.–2012. pokazalo je da pristup usmjeren isključivo na smanjenje troškova nije svrsishodan te je pokrenut program REFIT, kojim se nastoji ostvariti ravnoteža troškova i koristi regulacije.

Kao dodatnu mjeru upravnog pojednostavnjenja u 2021. godini EK je uvela pristup „jedan za jedan“ (*one-in-one-out*), koji predviđa da se za svaki novi administrativni teret koji se uvodi otkloni jedan postojeći iz istog područja djelovanja. Iako ne dovodi do ukupnog smanjenja administrativnog tereta, to umanjuje rizik povećanja administrativnog tereta.<sup>37</sup> Mjera nije automatska ni isključivo tehničkog karaktera, temelji se na procjeni troškova i ušteda s ciljem kontrole ukupnog tereta koji je nametnut poduzećima i građanima, a očekuje se da će inicijative predložene za pristup „jedan za jedan“ smanjiti ukupne administrativne terete za 7,3 milijardi eura.<sup>38</sup> Upravno pojednostavnjenje visoko je na agendi EK i u 2023. godini, pa tako EK kao svoje prioritete ističe daljnje pojednostavnjenje i smanjenje administrativnog opterećenja kroz smanjenje obveza izvješćivanja za 25 %, uz očuvanje povezanih ciljeva politika.<sup>39</sup>

#### 4.4. Upravno pojednostavljenje i prekomjerna regulacija/pozlaćivanje

Upravno pojednostavnjenje predstavlja zajedničko nastojanje institucija EU-a i nacionalnih, regionalnih i lokalnih vlasti te podrazumijeva primjerenu provedbu propisa EU-a u državama članicama, što može ugroziti prekomjerna regulacija/pozlaćivanje (*gold plating*). Europska komisija definira pozlaćivanje kao postupak u kojem država članica prilikom prenošenja direktive ili provedbe propisa EU-a implementira dodatne zahtjeve, obveze ili standarde koji nadilaze minimalne zahtjeve EU-a.<sup>40</sup> Pozlaćivanje dovodi po povećanja administrativnih tereta i ograničenja za poduzeća te se radi o legalnoj, ali u načelu negativnoj praksi, koja podriva nastojanja upravnog pojednostavnjenja.<sup>41</sup> Nedovoljna koordinacija između tijela, inercija, nedosljednosti u regulatornom okviru, averzija od rizika i strah od pogrešaka neki su od uzroka pozlaćivanja,<sup>42</sup> ali ono može nastati i kao primjeren odgovor na nacionalne interese, pravne standarde ili tradiciju država članica te stoga ocjena predstavlja li pozlaćivanje negativnu praksu zahtijeva pažljivu procjenu. Neujednačena primjena definicije pozlaćivanja, kao i zahtjevnost u razlučivanju prakse pozlaćivanja od neučinkovitosti u provedbi propisa, otežavaju

---

<sup>37</sup> RegWatchEurope, *Joint Opinion on the European Commission's Communication on Better Regulation: Joining forces to make better laws*, 29. 4. 2021., <https://www.regwatcheurope.eu/wp-content/uploads/2021/06/RWE-Opinion-final-1.pdf> (pristup: 16. 5. 2024.), str. 5.

<sup>38</sup> Europska unija, *Annual Burden Survey 2022*, 2023, str. 14–15.

<sup>39</sup> Komunikacija Komisije, *Dugoročna konkurentnost EU-a: perspektiva nakon 2030.*, 2023, str. 19.

<sup>40</sup> European Commission, 2017, str. 89.

<sup>41</sup> Tsipouri, L. J., *Smart Governance of the internal market for business*, A report to the European Economic and Social Committee – Group I, 2014, str. 22–23.

<sup>42</sup> Tsipouri, L. J., 2014, str. 24–25; Böhme K., Holstein F., Toptsidou M., Zillmer S., *Research for REGI Committee – Gold-Plating in the European Structural and Investment Funds*, European Parliament Directorate for Structural and Cohesion Policies, 2017, str. 27–37.

objektivnu raspravu o prisutnosti i značaju pozlaćivanja.<sup>43</sup> EK je mišljenja da praksa predstavlja značajan problem te se obvezuje nakon donošenja zakonodavnih akata pomagati državama članicama u ispravnom prenošenju prava EU-a u nacionalno zakonodavstvo, uz upozorenje da se suzdržavaju od „još uvijek učestalog dodavanja suvišnog regulatornog ili administrativnog opterećenja te nepotrebnog opterećivanja poduzeća i građana pri prenošenju direktiva EU-a u nacionalno pravo (tzv. 'prekomjerna regulacija')“.<sup>44</sup>

#### 4.5. Politika boljih propisa u RH

RH je još u pretpristupnom razdoblju preuzela alate politike boljih propisa.<sup>45</sup> Projekt Vlade Republike Hrvatske Hitrorez pod sloganom „manje propisa, više slobode“ provodio se od 2006. do 2008. godine te je kroz inventuru i preispitivanje važećih propisa u svrhu uklanjanja prepreka razvoju poduzetništva iznjedrio preporuke za pojednostavnjenje, ukidanje ili zadržavanje pojedinog propisa. Hitrorez je kroz 799 preporuka predložio ukidanje ili pojednostavnjenje 55 % gospodarskih propisa, predviđene su administrativne uštede u iznosu od više od milijardu kuna godišnje, no implementirano je tek 195 preporuka.<sup>46</sup> Korak prema pojednostavnjenju napravljen je s novim Zakonom o općem upravnom postupku iz 2009. godine (NN 47/2009) „kroz smanjenje broja normi, uvođenje novih pravnih instituta i proširenje obuhvata zakona“.<sup>47</sup> Iste godine donesen je Kodeks savjetovanja sa zainteresiranom javnošću u postupcima donošenja zakona, drugih propisa i akata (NN 140/09), a daljnji pomaci ostvareni su usvajanjem Zakona o procjeni učinaka propisa (NN 90/11), Zakona o pravu na pristup informacijama (NN 25/13) te uspostavom središnjeg državnog portala za savjetovanje s javnošću e-Savjetovanja.<sup>48</sup> U 2014. godini uspostavljen je sustav e-Građani (<https://gov.hr/>) s tri osnovne komponentne: Središnji državni portal, Nacionalni identifikacijski i autentifikacijski sustav i Osobni korisnički pretinac. Broj korisnika sustava, kao i broj usluga dostupnih na sustavu, kontinuirano raste.<sup>49</sup> Platforma e-Poslovanje predstavlja proširenje sustava e-Građani te poslovnim subjektima omogućuje elektroničku komunikaciju s javnom upravom s ciljem olakšanja poslovanja. Digitalizacija se potiče i kroz Uredbu o uredskom poslovanju (NN 75/2021), koja definira da se dopisivanje između javnopravnih tijela i

<sup>43</sup> Atthoff, K., Wallgren, M., *Clarifying Gold-plating – Better Implementation of EU Legislation*, Board of Swedish Industry and Commerce for Better Regulation (NNR) and the Swedish Better Regulation Council (Regelrådet), 2012, [https://nnr.se/wp-content/uploads/Clarifying\\_gold\\_plating\\_november\\_2012.pdf](https://nnr.se/wp-content/uploads/Clarifying_gold_plating_november_2012.pdf) (pristup: 16. 5. 2024.), str. 38–39.

<sup>44</sup> Komunikacija Komisije, Dugoročna konkurentnost EU-a: perspektiva nakon 2030., 2023, str. 19–20.

<sup>45</sup> Za povijesni pregled implementacije politike boljih propisa u RH vidjeti: Musa, A., 2015.

<sup>46</sup> Rezultati projekta HITROREZ, Stručna i tehnička podrška posebnoj jedinici za HITROREZ: Središnji državni ured za e-Hrvatsku, letak, [https://rdd.gov.hr/UserDocsImages/MURH\\_migracija%20s%20weba/Arhiva%20projekata/Rezultati%20projekta%20HITROREZ.pdf](https://rdd.gov.hr/UserDocsImages/MURH_migracija%20s%20weba/Arhiva%20projekata/Rezultati%20projekta%20HITROREZ.pdf) (pristup: 16. 5. 2024.), str. 13; Koprić i sur., 2012, str. 200.

<sup>47</sup> Kovač i sur., 2017, str. 212.

<sup>48</sup> Portal e-Savjetovanja, <https://esavjetovanja.gov.hr/ECon/Dashboard> (pristup 16. 5. 2024.).

<sup>49</sup> U svibnju 2022. više od 1 646 000 korisnika koristi platformu e-Građani, <https://rdd.gov.hr/vijesti/drzavni-tajnik-grsic-elektronicke-usluge-na-platformi-e-gradjani-koristene-su-samo-u-2021-godini-vise-od-33-5-milijuna-puta/1934> (pristup: 16. 5. 2024.).

između javnopravnih tijela te fizičkih i pravnih osoba obavlja primarno elektroničkim putem.

Vlada RH odlukama iz 2014. godine<sup>50</sup> i 2017. godine (NN 60/2017) usvojila je SCM metodologiju za mjerenje i ciljano smanjenje administrativnog opterećenja gospodarstva, a aktualne mjere administrativnog i fiskalnog rasterećenja planirane su unutar Nacionalnog plana oporavka i otpornosti 2021.–2026.<sup>51</sup> S ciljem administrativnog rasterećenja i poboljšanja poslovne klime Vlada RH usvojila je 2016. godine, na preporuku Svjetske banke, Zaključak u svrhu provedbe reformske mjere ukidanja upotrebe pečata te je osnovala Radnu skupinu za praćenje njezine provedbe. Procijenjeno administrativno rasterećenje uštede iznosilo je oko šest milijuna kuna samo za ukidanje pečata u procesu pokretanja poslovanja, a u obrazloženju Zaključka navodi se da od svih članica EU-a pečat, uz RH, koriste još samo Irska i Grčka.<sup>52</sup> Prema istraživanju Global entrepreneurship monitor Croatia iz 2023. godine, ukidanje pečata pokazalo se kao zahtjevan pothvat,<sup>53</sup> što upućuje na kompleksnost regulacijskog aparata.

U prosincu 2023. godine usvojen je Zakon o instrumentima boljih propisa (NN 155/2023) s ciljem unapređenja kvalitete zakona i drugih propisa, unapređenja instrumenata politike boljih propisa (planiranje zakonodavnih aktivnosti, procjena učinaka propisa i vrednovanje propisa, savjetovanje s javnošću), a sve „kako bi se osiguralo poštivanje načela vladavine prava, pravne sigurnosti, razmjernosti, ekonomičnosti, jednostavnosti i jasnoće korištenjem instrumenata politike boljih propisa“.<sup>54</sup> U veljači 2024. godine usvojena je Uredba o metodologiji i postupku provedbe instrumenata politike boljih propisa (NN 19/2024), koja propisuje metodologiju i sadržaj obrazaca koji se trebaju primjenjivati u postupku provedbe instrumenata politike boljih propisa.

#### 4.6. Pojednostavnjenje kohezijske politike

Kohezijska je politika glavna investicijska politika EU-a. Provođi se u okviru podijeljenog upravljanja na način da se upravljanje fondovima delegira na države članice, dok je EK

---

<sup>50</sup> Vlada Republike Hrvatske, Odluka o odabiru Standard Cost Model (SCM) metodologije za mjerenje administrativnog opterećenja radi provedbe pilot projekta, 26. 11. 2014., <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages/2016/Sjednice/2014/195%20sjednica%20Vlade/195%20-%2019.pdf> (pristup: 16. 5. 2024.).

<sup>51</sup> Nacionalni plan oporavka i otpornosti 2021.–2026., <https://planoporavka.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Plan%20oporavka%20i%20otpornosti%20C%20srpanj%202021..pdf?vel=13435491> (pristup: 16. 5. 2024.), 2021, str. 107–108.

<sup>52</sup> Vlada Republike Hrvatske, Zaključak u svrhu provedbe reformske mjere ukidanja pečata, 4. 5. 2016., <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//2016/Sjednice/2016/18%20sjednica%20Vlade//18%20-%202a.pdf> (pristup: 16. 5. 2024.).

<sup>53</sup> Za više vidjeti: „Pod povećalom 5. Priča o pečatu – epilog, epizode i vremenska dimenzija djelovanja“, Global Entrepreneurship Monitor Croatia, Što čini Hrvatsku (ne)poduzetničkom zemljom? GEM Hrvatska 2022., CEPOR – Centar za politiku razvoja malih i srednjih poduzeća i poduzetništva, 2023, <https://www.cepor.hr/gem-global-entrepreneurship-monitor/> (pristup: 16. 5. 2024.), str. 88–89.

<sup>54</sup> Hrvatski sabor, Konačni prijedlog Zakona o instrumentima politike boljih propisa, 9. 11. 2023., [https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2023-11-09/195101/PZ\\_548.pdf](https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2023-11-09/195101/PZ_548.pdf) (pristup: 16. 5. 2024.), str. 16.

odgovorna za izvršenje proračuna. Provedba kohezijske politike u državama članicama smatra se posebno otegotnom i kompleksnom,<sup>55</sup> a mjere pojednostavnjenja predlagane su za sva programska razdoblja od 2000. godine do danas.<sup>56</sup> U tu svrhu EK je osnovala Skupinu na visokoj razini zaduženu za praćenje pojednostavnjenja za korisnike Europskih strukturnih i investicijskih fondova (ESIF),<sup>57</sup> uspostavila elektronički forum za razmjenu ideja – *Simplify ESIF Platform*,<sup>58</sup> izrađen je niz studija i drugih dokumenata, a stručna mišljenja i prijedloge pojednostavnjenja iznjedrili su i Europski revizorski sud,<sup>59</sup> Odbor regija,<sup>60</sup> Europski parlament<sup>61</sup> te Vijeće.<sup>62</sup>

U provedbi kohezijske politike administrativni su troškovi troškovi tijela u sustavu upravljanja fondovima EU-a, a administrativni su tereti troškovi korisnika fondova EU-a.<sup>63</sup> Kompleksnost sektorskih i horizontalnih propisa i procedura i učestale revizorske provjere doprinose snažnom usmjerenju na zakonito i ispravno postupanje, a „kultura nepovjerenja i kontrola postupno je dovela do povećanja administrativnih troškova i tereta i pozlaćivanja od strane nacionalnih i programskih tijela“.<sup>64</sup> Nastojanja za pojednostavnjenjem usko su povezana i s nastojanjima za smanjivanjem stope pogrešaka u provedbi fondova te idu u smjeru pronalaska ravnoteže između zakonitog i ispravnog postupanja i ostvarivanja rezultata i učinaka. Kao važnija područja za pojednostavnjenje identificirani su usklađivanje, jasnoća, pravodobna dostupnost i postojanost pravila, racionalizacija tijela u sustavima upravljanja, prekomjerna regulacija, racionalizacija postupaka dodjele i provedbe projekata, pojednostavnjene mogućnosti financiranja te učinkovitije revizije i kontrole.<sup>65</sup>

---

<sup>55</sup> Primjerice, Odbor regija mišljenja je da je provedba kohezijske politike prekomjerno regulirana, da je razina administrativnog opterećenja i kontrola neprihvatljiva te da sve više narušava ravnotežu između koristi i troškova provedbe ESIF-a. Europski odbor regija, Mišljenje Europskog odbora regija o temi – Budućnost kohezijske politike nakon 2020. – *Za snažnu i učinkovitu europsku kohezijsku politiku nakon 2020.*, (2017/C 306/03), 2017, str. 11, 17–18.

<sup>56</sup> Europski revizorski sud, *Pojednostavnjenje provedbe kohezijske politike u razdoblju nakon 2020.*, Informativni dokument, svibanj 2018., Europska unija, 2018, str. 9.

<sup>57</sup> Commission Decision of 10. 7. 2015 setting up the High Level Group of Independent Experts on Monitoring Simplification for Beneficiaries of the European Structural and Investment Funds, C(2015) 4806 final.

<sup>58</sup> Dostupno na: <https://ec.europa.eu/futurium/en/simplify-esif/terms/all/ESIF%20simplification.html> (pristup: 16. 5. 2024), napomena – platforma je arhivirana

<sup>59</sup> Europski revizorski sud, 2018; Europski revizorski sud, Tematsko izvješće 07/2020, *Provedba kohezijske politike: troškovi su razmjerno niski, ali nema dovoljno informacija za procjenu ušteta ostvarenih zbog pojednostavnjenja*, Ured za publikacije Europske unije, 2020.

<sup>60</sup> European Committee of the Regions, *Simplification measures in the Cohesion policy proposals for 2021-2027 and impact of the CoR political work*, European Union, 2018.

<sup>61</sup> Europski parlament, Rezolucija Europskog parlamenta od 26. studenoga 2015. Prema pojednostavljenoj kohezijskoj politici usmjerenoj na učinak za razdoblje 2014.–2020. (2015/2772(RSP)), 2015; Europski parlament, Rezolucija Europskog parlamenta od 13. lipnja 2017. Temelji za kohezijsku politiku EU-a nakon 2020. (2016/2326(INI)), 2017.

<sup>62</sup> Vijeće Europske unije, Zaključci o kohezijskoj politici, 14481/22, 2022.

<sup>63</sup> European Commission, Spatial Foresight & t33, *New assessment of ESIF administrative costs and burden*, Final Report, 2018, str. 9.

<sup>64</sup> European Committee of the Regions, 2018, str. 18.

<sup>65</sup> Europski revizorski sud, 2018, str. 28–48.

Tendencije kvantifikacije i monetizacije mjera pojednostavnjenja vidljive su i kod ESIF-a. Studija iz 2012. godine ocjenjuje da predložene izmjene propisa za razdoblje 2014–2020. mogu dovesti do smanjenja administrativnih troškova od 7 % te smanjenja administrativnih tereta od 20 %, <sup>66</sup> a studija iz 2017. godine za isto razdoblje predviđa smanjenje administrativnih troškova od 2 do 5 % (0,5 – 1,3 milijardi eura ušteda) i smanjenje administrativnih tereta između 9 i 15 % (1,2 – 1,9 milijarde eura ušteda). <sup>67</sup> EK je za financijsko razdoblje 2021.–2027. predložila 80, odnosno 74 mjere pojednostavnjenja <sup>68</sup> te je iznijela procjenu smanjenja administrativnih troškova za Europski fond za regionalni razvoj i Kohezijski fond za 20–25 % ekstenzivnim korištenjem pojednostavnjenih mogućnosti troškova te za 2–3 % racionalizacijom kontrola i revizija. <sup>69</sup> No optimizam EK o pitanju pojednostavnjenja nije u jednakoj mjeri prisutan kod Europskog revizorskog suda i država članica. Usprkos najavama smanjenja većina država članica očekivala je u razdoblju 2014.–2020. povećanje administrativnih troškova navodeći kao najvažnije čimbenike „broj pravnih akata EU-a i poteškoće u njihovu tumačenju te broj zadaća čije se izvršenje nalaže tijelima država članica u zakonodavstvu“. <sup>70</sup> Činjenica da se obujam propisa i smjernica kohezijske politike povećava potkrepljuje mišljenja država članica. <sup>71</sup> Europski revizorski sud, uz kritiku metodološkog pristupa EK pri iznošenju procjena ušteda, ističe da „nije sigurno kakav će biti učinak predloženih mjera pojednostavnjenja za razdoblje 2021.–2027.“ <sup>72</sup> Iako određene mjere pridonose jednostavnijoj provedbi ESIF-a (u većem dijelu za korisnike, u manjem za institucije), na temelju mišljenja Europskog revizorskog suda i država članica te s obzirom na nedostupnost rezultata prethodnih mjera pojednostavnjenja <sup>73</sup> ostaje otvoreno pitanje ostvaruju li implementirane mjere željene rezultate.

## 5. IZAZOVI BOLJE REGULACIJE I UPRAVNOG POJEDNOSTAVNJENJA

Politike i alati bolje regulacije i upravnog pojednostavnjenja smatraju se općeprihvatljivima i poželjnima. Nesumnjivo je da su načela i metode bolje regulacije pridonijeli jačanju transparentnosti, uključenosti, otvorenosti, strateškom pristupu izrade i primjene propisa. No demokratski je proces složen i skup, a širenjem obuhvata

---

<sup>66</sup> Europska komisija, *Measuring the impact of changing regulatory requirements to administrative cost and administrative burden of managing EU Structural Funds (ERDF and Cohesion Funds)*, European Union, 2012, str. 68.

<sup>67</sup> European Commission, Sweco, T33, Spatial Foresight, *Use of new provisions on simplification during the early implementation phase of ESIF, Final Report*, 2017, str. 17–25.

<sup>68</sup> Priručnici o pojednostavnjenju dostupni su na:

[https://ec.europa.eu/regional\\_policy/en/information/publications/factsheets/2018/simplification-handbook-80-simplification-measures-in-cohesion-policy-2021-2027](https://ec.europa.eu/regional_policy/en/information/publications/factsheets/2018/simplification-handbook-80-simplification-measures-in-cohesion-policy-2021-2027) (pristup: 16. 5. 2024.).

<sup>69</sup> Europski revizorski sud, 2020, str. 27.

<sup>70</sup> *Ibid.*, str. 26.

<sup>71</sup> „Između razdoblja 2007.–2013. i 2014.–2020. broj stranica koje sadržavaju propise i smjernice udvostručio se s 1732 stranice na njih 3889. U usporedbi s programskim razdobljem 2000.–2006. količina propisa danas je veća za 50 %, a broj dokumenata sa smjernicama za 570 %... Prema navodima Komisije smjernice se uglavnom izrađuju na zahtjev država članica.“ Europski revizorski sud, 2018, str. 29–30.

<sup>72</sup> Europski revizorski sud, 2020, str. 26–30.

<sup>73</sup> *Ibid.*, str. 25.

regulacije i uključivanjem sve više dionika u raspravu uklanjanje administrativnih formalizama postaje sve zahtjevnije i skuplje.<sup>74</sup> Značajna sredstva uložena u politiku bolje regulacije, niz razvijenih metoda i alata, nove institucionalne strukture i slojevi administracije donose nove izazove i dovode do propitivanja sadržajnih i procesnih postavki politike.

Upozorava se na upitnost presudne uzročno-posljedične veze između regulacije i konkurentnosti gospodarstva, na nedostatak dokaza da propisi negativno utječu na profitabilnost poduzeća i predstavljaju prepreku razvoju poduzetništva, a pojedine kampanje za smanjenje upravnog formalizma ocjenjuju se kao PR spinovi kojima se nastoji oslabiti progresivni zakonodavni okvir na području zaštite građana i okoliša.<sup>75</sup> <sup>76</sup> Upozorava se i na pretežno negativnu karakterizaciju regulacije, koja se manifestira kroz odabir riječi (birokracija, administrativni tereti, nepotrebna papirologija)<sup>77</sup> i ponavljajuću argumentaciju o negativnom utjecaju na gospodarstvo, dok se nedovoljno ističu pozitivni aspekti regulacije, kao što su poboljšanja u svim društvenim aspektima<sup>78</sup> i rješavanje važnih izazova. Ističe se da bi bilo poželjno utvrditi indikatore uspješnosti koji obuhvaćaju širu društvenu sliku te nadilaze striktno ekonomske aspekte.<sup>79</sup> Naglašava se da bi mjere bolje regulacije trebalo preusmjeriti na vrednovanje postižu li propisi EU-a zadane ciljeve, a postoje i mišljenja da bolja regulacija ne ostvaruje rezultate od značaja za gospodarstvo te da bi zapravo trebala predstavljati smjernice za donošenje politika.<sup>80</sup> U odnosu na institucionalno pozicioniranje politike upozorava se na „pitanje odnosa instrumenata bolje regulacije i javnog prava, posebice ustavnog prava i sudske kontrole ustavnosti i zakonitosti“.<sup>81</sup> Iako je bolja regulacija inicijativa EK, ona zahtijeva suradnju EK,

---

<sup>74</sup> Voermans, W., *The Sisyphus Paradox of Cutting Red Tape and Managing Public Risk*, Utrecht Law Review, vol. 4, br. 3., str. 128–144, 2008, str. 142–143.

<sup>75</sup> TUC, *Slaying the red tape myths, Debunking the employers' 'red tape' claims*, ESAD March 2006, <https://www.tuc.org.uk/sites/default/files/extras/redtape.pdf> (pristup: 16. 5. 2024.), str. 1–10.

<sup>76</sup> Uvid u gradaciju problema s kojima se poduzetnici suočavaju pruža istraživanje Europske centralne banke i EK, prema kojem mali i srednji poduzetnici u EU-u kao najznačajnije probleme s kojima se suočavaju u 2022. godini ističu dostupnost kvalificirane radne snage i iskusnih menadžera (27 %), troškove proizvodnje ili rada (18 %) i pronalazak kupaca (12 %), dok se regulacija (EU-a, nacionalna, regulacija industrije) nalazi na četvrtom mjestu (9 %). European Commission, Kantar in cooperation with Global Data Collection Company, *Survey on the access to finance of enterprises (SAFE), Analytical Report 2022*, Publications Office of the European Union, 2022, str. 118–120.

<sup>77</sup> Regonini, G., *Administrative Simplification Between Utopia And Nightmare*, str. 105–124, u: *Utopian Discourses Across Cultures: Scenarios in Effective Communication to Citizens and Corporations*, eds. Bait, M., Brambilla, M., Crestani, V., Peter Lang GmbH, 2016, str. 106.

<sup>78</sup> BEUC, The European Consumer Organisation, *Better regulation – maximizing the net benefit of legislation for society as a whole, BEUC's reaction to the European Commission's 2021 Communication*, 2022, [https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2022-020\\_better\\_regulation.pdf](https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2022-020_better_regulation.pdf) (pristup: 16. 5. 2024.), str. 2. Voermans ističe da druga generacija politike bolje regulacije nema u tolikoj mjeri izražen jednostrani pogled na regulaciju, već naglašava ravnotežu troškova i koristi. Voermans, W., *The Revenue of Regulation*, Published in Bubyeon Magazine, 2012, (8) vol. 32, str. 21–23.

<sup>79</sup> Voermans, W., *Beating about the Bush in 'Better Regulation'*, u: *Fit for the Future; Reflections from Leiden on the Functioning of the EU* (str. 69–88), Chapter: 5 Publisher: Eleven international Publishing: The Hague, Editors: Bernard Steunenbergh, Wim Voermans and Stefaan Van den Bogaert, 2016, str. 81–82.

<sup>80</sup> Vogel, L., Van den Abeele, E., *Better Regulation: a critical assessment*, Report 113, European Trade Union Institute, 2010, str. 71.

<sup>81</sup> Musa, 2015, str. 35.

Parlamenta, Vijeća i država članica, a moguće i određenu kontrolu navedenih dionika od strane EK, što dovodi u pitanje „kompatibilnost reforme s principima diobe vlasti, posebno institucionalne ravnoteže“.<sup>82</sup>

Problematičnim se ocjenjuje odabir metodologije, odnosno pretjerano naglašavanje ekonomskih i troškovnih aspekata propisa, u odnosu na koristi koje je ionako teže kvantificirati,<sup>83</sup> a uočava se i nedostatak procjena opcija nereguliranja, posebice u dijelu eksternalija.<sup>84</sup> Iako je digitalizacija nesporno od značajne koristi u postupcima upravnog pojednostavnjenja, ističe se da ona nije cilj sama po sebi ni panacea za sve društvene probleme, da je energetska intenzivna, da dovodi do novih rizika te da njezina implementacija ne bi trebala biti bez alternativa s obzirom na digitalni jaz.<sup>85</sup> Upućuje se i na važnu ulogu privatnih savjetodavnih tvrtki, koje su isporučitelji niza tematskih studija za potrebe Europskih institucija u kreiranju politike, a kako su one u redovitom poslovanju ujedno i posrednici između poduzeća (i građana) i države, postavlja se pitanje je li provedba mjera koje nastoje pojednostavniti odnos poduzetnika s državom u njihovu interesu.<sup>86</sup> <sup>87</sup> Ističe se i da su studije nerijetko prekomplicirane i razumljive samo „insajderima“<sup>88</sup> te da odabir složenih metoda bolje regulacije, usprkos pretpostavljenoj objektivnosti, dovodi do procjena koje nisu uvijek nesporne.<sup>89</sup> Država je odgovorna za javno upravljanje, pa kod implementacije mjera rasterećenja mora biti jasno tko preuzima odgovornost za novonastale društvene rizike, koji možebitno negativno utječu na javni interes.<sup>90</sup>

Politika bolje regulacije zahtijeva ulaganja na razini EU-a i na nacionalnoj razini, njezina primjena stvara nove strukture i administrativne procedure, dodatno radno opterećenje za službenike, produljuje postupke, a svaka promjena iziskuje prilagodbu i nove početne troškove. Uvođenje detaljnih procedura i alata kao dodatnih administrativnih slojeva zakonodavnom okviru dovodi do teže ispravne primjene propisa, postaje sve zahtjevnije paziti na sve detalje u svakodnevnom radu službenika, što dovodi do opasnosti od proceduralnog sljepila i zanemarivanja sadržaja u korist forme.<sup>91</sup> Negativne posljedice takva pristupa vidljive su na primjeru Italije – „dvadeset godina inicijativa za pojednostavnjenje otkriva kako se san može pretvoriti u novu noćnu moru, proizvođači suprotno od očekivanog. Zapravo, stotine mjera koje su poduzele vlade na suprotnim krajevima političkog spektra, koje uključuju različite razine vlasti, imenovanje ministara i gradskih vijećnika za pojednostavljenje te značajne ljudske i financijske resurse,

---

<sup>82</sup> Alemanno, A., 2015, str. 1.

<sup>83</sup> Voermans, W., 2015, str. 111, RegWatchEurope, 2021, str. 1–10, str. 6.

<sup>84</sup> BEUC, 2022, str. 2.

<sup>85</sup> *Ibid.*, str. 4.

<sup>86</sup> Regonini, G., 2016, str. 117.

<sup>87</sup> Thaler, R. H., Sunstein, Cass, R., *Nudge, The Final Edition*, Penguin Random House, UK, 2021, str. 172.

<sup>88</sup> Vogel, L., Van den Abeele, E., 2010, str. 6.

<sup>89</sup> *Ibid.*, str. 31–35.

<sup>90</sup> Kovač i sur., 2017, str. 224.

<sup>91</sup> Đulabić, V., *Modernizacija općeg upravnog postupka u Hrvatskoj 2009. godine*, pogovor, str. 215–227. U: Koprić, I., Đulabić, V., *Modernizacija općeg upravnog postupka i javne uprave u Hrvatskoj*, Institut za javnu upravu Zagreb, Državno veleučilište u Zagrebu, 2009, str. 222.



proizvele su slojeve pravila koja su stvorila goleme troškove kreatorima politika, a da nisu donijela nikakvu značajnu korist.<sup>92</sup>

Upozorava se i na nedostatak vrednovanja politika bolje regulacije. Iako alati bolje regulacije predviđaju vrednovanje propisa i politika EU-a, takvo vrednovanje ne zahtijeva se za samu politiku bolje regulacije, pa izostaju sustavna propitivanja i ocjene uspješnosti.<sup>93</sup> Neprestani proces produkcije propisa očekivan je proizvod kompleksnih društava i brzih tehnoloških promjena, postojeća pravila stvaraju potrebu za novim pravilima, pa proizlazi da je „autonomna inflacija pravila bezvremenska“.<sup>94</sup> No ako je bolja regulacija osmišljena s ciljem smanjenja i pojednostavnjenja propisa, logično je zapitati se može li se taj cilj ostvariti stvaranjem nove regulacije, dodatnim slojevima procedura i širenjem administracije.

## 6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Regulacija ima iznimno važnu ulogu u modernim društvima, a od posebnog je značaja u EU-u. Njezina je svrha rješavanje društvenih izazova i maksimizacija društvenog blagostanja. Obujam je propisa impozantan, pravila su kompleksna, dolaze iz različitih izvora, koordinacija između institucija i drugih dionika zahtjevna je, pa ujednačena pravila i procedure donošenja propisa jačaju legitimitet političkih odluka i umanjuju demokratski deficit. Bolja regulacija putem procjene učinaka propisa, savjetovanja s javnošću, korištenjem jedinstvenih upravnih mjesta, pojednostavnjenjem propisa, smanjenjem nepotrebnih administrativnih formalnosti, korištenjem IKT-a, nesumnjivo pridonosi jačanju načela transparentnosti, otvorenosti, partnerstva, odgovornosti i ekonomičnosti. No usprkos značajnim utrošenim sredstvima, novoformiranim institucijama i brojnim implementiranim mjerama, u praksi se ostvaruju dvojaki rezultati, pa ne iznenađuju kritike pristupa koje propituju temeljne postavke politike, metodološki pristup i nedostatak ocjene uspješnosti. Donose li mjere upravnog pojednostavnjenja očekivane rezultate te koji su izazovi implementacije pojednostavnjenja u sve kompleksnijim društvima, neka su od pitanja koja se u radu obrađuju.

Bolja regulacija nastoji ostvariti rezultate kroz atomizaciju procesa, kvantifikaciju i monetizaciju administrativnih tereta, izradu i implementaciju novih procedura, smjernica i alata, a istovremeno se dodaju slojevi administracije u sustav u kojem se ionako kontinuirano povećava obujam i složenost regulacije te se pred službenike stavljaju novi zahtjevi. Čini se da bi za daljnji razvoj upravnog pojednostavnjenja bilo korisno prigriliti kompleksnost društva, orijentirati se na pronalazak prihvatljive razine rizika, odnosno neizvjesnosti koje društvo u određenom području može podnijeti, a u kreiranju mjera primjenjivati bihevioralne spoznaje. Javna bi uprava, po mišljenju autorice, trebala biti početna točka za implementaciju mjera za upravno pojednostavnjenje, iz koje bi se dalje

<sup>92</sup> Regonini, G., 2016, str. 106.

<sup>93</sup> Ističe se da bi takve evaluacije bile vrlo zahtjevne. Za više vidjeti: Voermans, W., 2016, str. 77–84.

<sup>94</sup> Voermans, W., 2008, str 128.

razrađivale mjere pojednostavnjenja za građane i poduzetnike. U tom smislu digitalizacija može biti od pomoći, ali na način da se osmišljavaju sveobuhvatna ili povezana rješenja, uz poštivanje načela interoperabilnosti.

Suvremene demokracije zahtijevaju sve veći stupanj sigurnosti i zaštite života i okoliša, pa se pred regulatore stavljaju izazovi da na što ekonomičniji i učinkovitiji način isporuče sve više kompleksnih usluga. Komisijin sustav bolje regulacije, po mišljenju OECD-a, jedan je od najnaprednijih sustava na svijetu. U tom kontekstu bilo bi korisno u budućim istraživanjima utvrditi koliko je regulacija uistinu bolja zbog bolje regulacije te opravdavaju li rezultati uložena sredstva. Nakon desetljeća provedbe politike bolje regulacije čini se da je pogodan trenutak za podvlačenje crte i objektivnu ocjenu kako temeljnih postavki politike tako i uspješnosti mjera, uspostavu sustavnih vrednovanja te modifikaciju politike u skladu s rezultatima. Uvažavajući značaj svih načela bolje regulacije, autorica je mišljenja da bi, uz kontinuirano vrednovanje politike, uporište svakog daljnjeg djelovanja primarno trebalo biti načelo zdravog razuma.

## **ADMINISTRATIVE SIMPLIFICATION – HIGH EXPECTATIONS, MIXED RESULTS**

*Throughout decades of implementing better regulation policies, primarily by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) and the European Union (EU), numerous analyses, studies, and various tools have been developed. The achievements of better regulation policies include the establishment of Regulatory Impact Assessment (RIA) and increased transparency and inclusiveness in the regulatory process.*

*One segment of better regulation is administrative simplification, which aims to streamline regulations, formalities, and procedures. This paper provides a detailed description of the concept of administrative simplification, its tools, and its connection to overregulation/gold plating. It examines the implementation of better regulation policies in the Republic of Croatia (RC) and analyzes efforts to simplify the administrative framework for implementing EU funds, which is considered particularly complex.*

*The paper seeks to contribute to the understanding of the concept of administrative simplification and its further development.*

Keywords: better regulation, administrative simplification, red tape, administrative costs and burdens, overregulation/gold

**Angela Paleka**, Doctoral candidate in the Postgraduate Doctoral Program in Public Law and Public Administration, University of Zagreb, Faculty of Law

# A COUNTER-MAJORITARIAN CRITIQUE OF ORIGINALISM

Izvorni znanstveni rad

UDK 342.41.01

340.131.01

340.132.6

Primljeno: 11. lipnja 2024.

Niko Jarak\*

---

*The paper aims to demonstrate that the interpretive theory of originalism is based on a majoritarian conception of democracy which is antithetical to the basic counter-majoritarian premise of the US Constitution. The criticism focuses on the counter-majoritarian argument proposed in favour of originalism, according to which the main counter-majoritarian feature of the Constitution relates to the semantic stability of its content, which is then methodologically implemented in constitutional interpretation through the concept of fixed meaning. It is argued that this proposition is in fact purely procedural since it equates the idea of limiting political majorities in relation to the rights of minorities with the requirement of a supermajority in the constitutional amendment process – hindering the implementation of substantive constitutional values such as equality and fundamental rights protection. A counter-majoritarian argument against originalism based on the institutional role of courts is developed in order to show that originalism marginalizes judicial input in the development of constitutional doctrine. It follows that originalism effectively removes the counter-majoritarian power from the framework of checks and balances, giving wide latitude to democratic branches of government, and opening the door to tyranny of the majority.*

Keywords: originalism, constitutional interpretation, counter-majoritarian difficulty, constitutional democracy, judicial review

---

## 1. INTRODUCTION

In 2022, the Supreme Court of the United States of America (Supreme Court) issued its ruling in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*.<sup>1</sup> This decision explicitly overruled the well-known precedent *Roe v. Wade*<sup>2</sup> and thus removed the protection of a woman's right to terminate a pregnancy from the remit of the federal Constitution. In practice, this meant that the issue of access to abortion was left to regulatory choices of each state after nearly 50 years of federal protection. Although this jurisprudential shift greatly disrupted the tectonics of women's rights across the United States (US), it hardly came as a surprise. The 2020 confirmation of Amy Coney Barrett to the Supreme Court

---

\* Niko Jarak, Assistant at the Department for Constitutional Law, University of Zagreb, Faculty of Law. The theoretical framework developed in this article has been applied to selected case law of the US Supreme Court in Jarak, N., Horvat Vuković, A., Originalism and the Democratic Process: Majoritarian Arguments in the Case Law of the US Supreme Court, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 45, n. 3, 2024.

<sup>1</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 U.S. (2022), slip opinion, available at [https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392\\_6j37.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf) accessed 13 March 2023.

<sup>2</sup> *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973).

cemented the 6-3 (super)majority in favour of the justices nominated by Republican presidents.<sup>3</sup> In one way or another, these “conservative” justices all foster originalism,<sup>4</sup> an interpretive theory which holds that constitutional interpretation ought to determine the original meaning of constitutional provisions, i.e. the meaning ascribed to the provision when it was adopted. From the perspective of originalism, the right of a woman to undergo an abortion cannot be embedded in the due process clause of the 14<sup>th</sup> amendment to the Constitution, as this guarantee of liberty was not understood to include protection of abortion at the time it was ratified.<sup>5</sup> The regressive recourse to “history and tradition”<sup>6</sup> in determining the original meaning of constitutional provisions is the main methodological trademark of originalism. Therefore, the overruling of *Roe v. Wade* can be characterized as “the triumph of originalism”<sup>7</sup> and, considering the current composition of the Supreme Court, originalism is the new normal in constitutional interpretation.

In the majority opinion in *Dobbs*, Justice Alito set forth that “[i]t is time to heed the Constitution and return the issue of abortion to the people’s elected representatives”.<sup>8</sup> This dictum illustrates a fundamental misconception of originalism – its preference for majoritarian decision-making which disregards the proper role of the judicial function in constitutional democracy.<sup>9</sup> Originalists claim that certain contemporary issues, such as the use of contraceptives,<sup>10</sup> same-sex marriage,<sup>11</sup> or gender equality<sup>12</sup> are not part of the original meaning of the Constitution, and consequently do not qualify for judicial protection. Even if those issues touch upon the most sensitive and private aspects of the

---

<sup>3</sup> Justices Thomas, Roberts, Alito, Gorsuch, Kavanaugh and Barrett have all been nominated by a Republican president. See Supreme Court of the United States: <https://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx> accessed 10 March 2023.

<sup>4</sup> Justices Thomas, Gorsuch, Kavanaugh and Barrett are self-proclaimed originalists. Justice Alito describes himself as a “practical originalist”. Chief Justice Roberts has often joined opinions that relied on originalist methodology. See Wurman, I., “What Is Originalism? Did It Underpin the Supreme Court’s Ruling on Abortion and Guns? Debunking the Myths” <https://theconversation.com/what-is-originalism-did-it-underpin-the-supreme-courts-ruling-on-abortion-and-guns-debunking-the-myths-186440> accessed 13 March 2023.

<sup>5</sup> *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* 597 U.S. (2022).

<sup>6</sup> See Siegel, R., *Memory Games: Dobbs’s Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism— and Some Pathways for Resistance*, vol. 101, no. 5, *Texas Law Review*, 2023, pp. 1127 – 1204.

<sup>7</sup> Alicea, J. J., “An Originalist Victory” <https://www.city-journal.org/dobbs-abortion-ruling-is-a-triumph-for-originalists> accessed 4 March 2023.

<sup>8</sup> *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* 597 U.S. (2022), Opinion of the Court, p 7.

<sup>9</sup> Although Justice Alito’s statement could be regarded as a classic argument of respect for federalism, I see it primarily as an issue of relocating the decision on abortion to the appropriate decision-making forum in a qualitative sense rather than in the sense of the vertical division of powers – the right to decide on abortion should be granted to democratic (hence “legitimate”) institutions as opposed to undemocratic fora (the courts). This is also evident in the concurring opinion of Justice Kavanaugh in which he states that the abortion problem “will be re-solved by the people and their representatives in the democratic process in the States or Congress”, thus accepting that a federal authority (Congress) is a potential decision-maker regarding the issue of abortion. *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* (Kavanaugh, J., concurring), p. 10.

<sup>10</sup> *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* (Thomas, J., concurring), p. 3.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> See Robson, R., “Justice Scalia’s Legacy on Gender Equality: No Need to Remember the Ladies” <https://ohrh.law.ox.ac.uk/justice-scalias-legacy-on-gender-equality-no-need-to-remember-the-ladies/> accessed 13 March 2023.

lives of individuals, and as such should be classified as issues of fundamental rights, originalism posits that those phenomena are to be resolved in the democratic process.

This paper demonstrates that the theory of originalism is inherently majoritarian and thereby antithetical to the basic premise of the US Constitution – the protection of minorities from unrestrained majority rule. In other words, originalism accepts that majority rule is the main feature of the US legal system, and as such is “normatively superior to other values”, including equality.<sup>13</sup> Chemerinsky termed this idea as the “majoritarian paradigm”,<sup>14</sup> while Dworkin called it the “majoritarian premise”.<sup>15</sup>

The criticism focuses on the flawed counter-majoritarian justification for originalism developed by Justice Scalia which claims that judicial interpretations of the Constitution that diverge from its original meaning allow judges to infuse majoritarian preferences into constitutional doctrine.<sup>16</sup> Consequently, the concept of fixed meaning guarantees that the content of a constitutional provision will be stable and insulated from capricious majority rule, at the same time accepting that its alterations can be achieved only by constitutional amendment.<sup>17</sup> It will be argued that this argument is purely procedural because it equates the counter-majoritarian character of the Constitution with the requirement of a supermajority in amending the Constitution. As a corollary, originalists marginalize the substantive counter-majoritarian features of the Constitution, such as guarantees of equality and fundamental rights protection, which are safeguarded in the institutional architecture based on checks and balances that necessitates the counter-majoritarian role of the judiciary. The meaning of constitutional provisions is not fixed upon their adoption but is rather defined in institutional practice by all three branches of government. To that extent, constitutional interpretation necessarily requires judges to rebalance power in society and protect the legitimate interests of the minor party without being bound by a fixed original meaning. As will be elaborated, originalism marginalizes the role of courts as the main guardians of substantive counter-majoritarian values by insisting on the concept of fixed meaning.

The argument is divided into two parts. It is argued in the second section that originalism is a theory of constitutional interpretation that is inherently majoritarian. In the third section, a counter-majoritarian argument based on the institutional role of the judiciary in constitutional democracy is developed as an argument against originalism. Concluding remarks follow.

---

<sup>13</sup> Chemerinsky, E., *Foreword: The Vanishing Constitution*, Harvard Law Review, vol. 103, no. 1, 1989, p. 75.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> Dworkin, R., *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, New York, 1996, pp. 15 – 16.

<sup>16</sup> Scalia, A., *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law: An Essay*, Princeton University Press, Princeton, 1997, p. 47.

<sup>17</sup> *Ibid.*

## 2. ORIGINALISM AS A MAJORITARIAN THEORY OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION

Originalism posits that constitutional provisions have acquired fixed meaning upon their adoption which in turn limits constitutional doctrine.<sup>18</sup> In interpreting the Constitution, judges should strive to identify that fixed meaning by determining the original public meaning of the wording of the provision at the time of its adoption.<sup>19</sup> Modern-day policy considerations in light of societal development generally cannot be used in interpretation as a gateway to rewrite the original public meaning of constitutional provisions.<sup>20</sup> The question is why not? The answer is found in the theoretical justification for originalism and (how convenient) in the context of its original emergence. The answer to the question “why should judges apply originalism” also reveals its underlying majoritarian paradigm.

The aim of this section is to demonstrate that originalism is based on a majoritarian conception of democracy. The argument is divided into three subsections. The first considers the reactionary genesis of originalism. The second links the majoritarian matrix of originalism to the theoretical framework of counter-majoritarian difficulty. The third subsection provides a critique of the concept of the fixed meaning of constitutional provisions as a counter-majoritarian guarantee.

### 2.1. The Origin of Originalism

Originalism is a reactionary theory that emerged as a critical response to the “liberal” constitutional jurisprudence of the Warren Court developed from the 1950s to the late 1960s.<sup>21</sup> Robert Bork’s 1971 article “Neutral Principles and Some First Amendment

---

<sup>18</sup> The first central point of originalism is known as the fixation thesis, or the proposition that the meaning of constitutional provisions is fixed upon their adoption and cannot transcend their “semantic content” by interpretation. Solum, L. B., *What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory* in Huscroft, G., Miller, B. W. (eds), *The Challenge of Originalism*, Cambridge University Press, pp. 33 – 34. The second central point of originalism is the contribution thesis, or the idea that historical meaning of constitutional provisions should control (and thus serve as a limitation to) the legal meaning expressed through constitutional doctrine. Solum, L. B., *What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory* in Huscroft, G., Miller, B. W. (eds), *The Challenge of Originalism*, Cambridge University Press, p. 35; Whittington, K.E., *Originalism: A Critical Introduction*, Fordham Law Review, vol. 82., no. 2, 2013, p. 377.

<sup>19</sup> There are two main methodological approaches to originalism – the idea of identifying the framers’ intent and the idea of discovering the original meaning of a constitutional provision as understood by the public at the time of its ratification. As Whittington notes, originalism “has now largely coalesced around original public meaning as the proper object of interpretive inquiry.” Whittington, op. cit. (fn. 18), p. 380.

<sup>20</sup> See *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen* 597 U.S. \_\_\_ (2022), Opinion of the Court, slip opinion, p. 8, available at [https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-843\\_7j80.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-843_7j80.pdf)

<sup>21</sup> Chemerinsky, E., *Worse Than Nothing: The Dangerous Fallacy of Originalism*, Yale University Press, New Haven and London, 2022, p. 19. The era during which Justice Warren served as the Chief Justice of the Supreme Court (1953-1969) is recognized as the most “liberal” era of the Supreme Court of all time. Among other things, its rulings expanded the rights of criminal defendants (*Miranda v Arizona* 384 U.S. 436 (1966), *Mapp v. Ohio* 367 U.S. 643 (1961), *Gideon v. Wainwright* 372 U.S. 335 (1963)), endorsed racial equality (*Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954), *Loving v. Virginia* 388 U.S. 1 (1967)), paved the way for constitutional protection of reproductive rights (*Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965)), and affirmed separation of the church and state (*Engel v. Vitale* 370 U.S. 421 (1962)). The “liberal jurisprudence” continued throughout the first years of the Burger Court (1969 – 1986), including protection of the right to

Problems”<sup>22</sup> inaugurated the ideas that would become known as originalism roughly a decade later.<sup>23</sup> In this highly influential article, which was used as intellectual artillery against *Roe v. Wade* in 1973,<sup>24</sup> Bork attempted to lay down his main criticism of the Warren Court, focusing on the treatment of the 1<sup>st</sup> amendment in Supreme Court case law. Generally, Bork was concerned with the issue of the legitimacy of judicial authority in a model of governance which entails “popular consent to limited government by the Supreme Court”.<sup>25</sup> As Bork argued, the “Madisonian model” of constitutional governance is essentially based on a majoritarian premise with a counter-majoritarian corrective.<sup>26</sup> The Constitution accommodates both the majoritarian and the counter-majoritarian elements in order to prevent two extremes – “the tyranny of the majority and the tyranny of the minority”.<sup>27</sup> The former “occurs if legislation invades the areas properly left to individual freedom”, while the latter “occurs if the majority is prevented from ruling where its power is legitimate”.<sup>28</sup> Additionally, neither the majority nor the minority should be given the power to “define the freedom of the other” due to their conflicting interests.<sup>29</sup> The “dilemma” generated by a system which juxtaposes majority rule to individual freedom in search of accommodation is resolved by vesting the power to define “the respective spheres of majority and minority freedom” in the Supreme Court.<sup>30</sup>

Bork further argues that the resolution of the dilemma embodied in the Supreme Court, as envisaged by the “Madisonian model”, is necessarily based on the popular acceptance of the Supreme Court’s power to govern.<sup>31</sup> Specifically, the Supreme Court’s power to govern is legitimate “only if it has, and can demonstrate in reasoned opinions that it has, a valid theory, derived from the Constitution, of the respective spheres of majority and minority freedom. If it does not have such a theory but merely imposes its own value choices, or worse if it pretends to have a theory but actually follows its own predilections, the Court violates the postulates of the Madisonian model that alone justifies its power. It then necessarily abets the tyranny either of the majority or of the minority”.<sup>32</sup>

Therefore, Bork asserts that justices (and judges generally) should have a valid theory of constitutional interpretation to constrain themselves from imposing their own value choices in adjudication. Moreover, Bork claimed that the then latest Supreme Court jurisprudence demonstrated it had no coherent theory of constitutional interpretation to enhance its legitimacy in defining spheres of majority and minority freedom. The notion

---

abortion (*Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973)) and upholding affirmative action as constitutional (*Regents of the University of California v. Bakke* 438 U.S. 265 (1978)).

<sup>22</sup> Bork, R., *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, vol. 47, no. 1, Indiana Law Journal, 1971,

<sup>23</sup> Chemerinsky, op. cit. (fn. 21), p. 3. The approach was first known as interpretivism.

<sup>24</sup> Ibid, p. 4.

<sup>25</sup> Bork, op. cit. (fn. 22), p. 2.

<sup>26</sup> Ibid, p. 3.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Ibid.



of courts overstepping their power and delivering rulings not on the basis of law but based on their personal convictions or ideologies is also known as judicial activism.<sup>33</sup> Bork's criticism of the Warren Court's "judicial activism" offered a solution to the judicial power grab in a principled exercise of constitutional interpretation that aims to extrapolate the framers' intent, which would later be known as the early version of originalism.<sup>34</sup>

As Bork wrote elsewhere, "[t]he Court headed by Chief Justice Earl Warren from 1953 to 1969 occupies a unique place in American law. It stands first and alone as a legislator of policy, whether the document it purported to apply was the Constitution or a statute. Other Courts had certainly made policy that was not theirs to make, but the Warren Court so far surpassed the others as to be different in kind".<sup>35</sup> The intellectual origin of originalism is an articulation of dissatisfaction with the underlying principles (or the alleged lack thereof) in the case law of the Warren Court which broadened individual liberties to the detriment of majority rule. Originalism is thus best understood as a theory of constitutional interpretation devised to limit "raw judicial power"<sup>36</sup> which lacked legitimacy to restrain policymaking by democratically elected officials. Hence, Bork yearned for a theory of constitutional interpretation that would make judicial review more democratic.<sup>37</sup>

After revisiting the origins of originalism and describing it as a theory that emerged from the criticism of (liberal) judicial activism, aiming to limit the discretion of the Supreme

---

<sup>33</sup> Judicial activism is an ambivalent term. It is often described simply as an opprobrium, or a pejorative rhetorical tool used both by conservatives and liberals to express substantive disagreement with a certain decision. Smith, S. D., *Judicial Activism and Reason*, in Pereira Coutinho, L., La Torre, M., Smith, S.D. (eds), *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Springer, 2015, p. 22. Chemerinsky generally accepts that judicial activism is a rhetorical device used to discredit a decision one does not agree with. However, Chemerinsky gives a more workable definition of judicial activism: "I often have the sense that 'judicial activism' is just a label for the decisions that people don't like. But we can define judicial activism and restraint in functional terms: a decision is activist if it strikes down laws and restrained if it upholds them; it is activist if it overrules precedent and restrained if it follows precedent; it is activist if it rules broadly and restrained if it rules narrowly". Chemerinsky, op. cit. (fn. 21), p. 19. It should also be noted that judicial activism in its practical sense is a value-neutral label since it has been associated both with "liberal" as well as "conservative" rulings of the Supreme Court. The infamous case *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905) in which the Supreme Court struck down a law setting minimum working hours for bakers has been described as "conservative" judicial activism. The *Lochner* era of the Supreme Court, encompassing *Lochner* and its progeny, is often labelled as right-wing judicial activism in which the Supreme Court consistently struck down laws that pursued economic measures of the New Deal on the basis that it violated freedom of contract protected by the due process clause. See Bernstein, D. E., *Lochner v. New York: A Centennial Retrospective*, Washington University Law Quarterly, vol. 83, no. 5, 2005, pp. 1469 – 1527. On the other hand, many decisions of the Warren Court have been labelled as "liberal" judicial activism. One of the most disputed decisions from the perspective of conservative legal commentators is *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965), protecting the freedom of married couples to buy and use contraceptives on the basis of the implied right to privacy.

<sup>34</sup> The early version of originalism was concerned with identifying the framers' intent. See supra fn. 19 and Berger, R., *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Liberty Fund, Indianapolis, 2nd edition, 1997, p. 410.

<sup>35</sup> Bork, R., *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Free Press, New York, 1990, p. 69.

<sup>36</sup> This phrase was used in the dissenting opinion by Justice White in *Doe v. Bolton* 410 U.S. 179 (1973), p. 222.

<sup>37</sup> Chemerinsky, op. cit. (fn. 21), pp. 30 – 31.

Court, the central two points of the argument will be addressed. First, originalism is the progeny of the idea known as counter-majoritarian difficulty. Second, the theoretical framework of counter-majoritarian difficulty is inherently majoritarian.

## 2.2. Justifying Originalism: Judicial Review Through the Lens of Counter-Majoritarian Difficulty

The term counter-majoritarian difficulty was coined by Bickel in his 1962 book “The Least Dangerous Branch” where it was stated that “judicial review is a deviant institution in American democracy”.<sup>38</sup> The prerogative of judicial review gives courts the power to strike down laws enacted by the legislature on the basis of their incompatibility with the Constitution.<sup>39</sup> According to Bickel, “when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it”.<sup>40</sup> In a nutshell, the argument framed as counter-majoritarian difficulty purports that “[j]udicial review conflicts with democracy because it permits unelected judges to invalidate actions taken by representative branches of government”.<sup>41</sup>

The tension between democracy and judicial review became “the central obsession of modern constitutional scholarship” ever since the idea of counter-majoritarian difficulty entered academic discourse.<sup>42</sup> The debate mostly consists of either defending the counter-majoritarian role of judicial review or arguing against it on the basis of “democratic deficit”.<sup>43</sup> However, understanding judicial review through the lens of counter-

<sup>38</sup> Bickel, A. M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven and London, 2<sup>nd</sup> edition, 1986, p. 18.

<sup>39</sup> It should be noted that the power of judicial review is not part of the text of the Constitution. On the contrary, it was established by the Supreme Court in the renowned 1803 case *Marbury v. Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Chief Justice John Marshall described the logic behind judicial review in the following words: “So if a law be in opposition to the constitution: if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law: the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If then the courts are to regard the constitution; and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature; the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply”. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), p. 178.

<sup>40</sup> Bickel, op. cit. (fn. 38), pp. 16 – 17.

<sup>41</sup> Hutchinson, D. L., *The Majoritarian Difficulty: Affirmative Action, Sodomy, and Supreme Court Politics*, Minnesota Journal of Law and Inequality, vol. 23, no. 1, 2005, p. 1.

<sup>42</sup> Friedman, B., *The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, vol. 73, no. 2, New York University Law Review (1998), p 334.

<sup>43</sup> Zoffer, J. P., Grewal, D. S., *The Counter-Majoritarian Difficulty of a Minoritarian Judiciary*, California Law Review Online, vol. 11, 2020, p. 459. The most productive defence of judicial review was put forth by John Hart Ely in his theory of representation reinforcement. Zoffer, J. P., Grewal, D. S., *The Counter-Majoritarian Difficulty of a Minoritarian Judiciary*, California Law Review Online, vol. 11, 2020, p. 459. The theory of “representation reinforcement” claims that “[w]here the mechanisms of democracy themselves have failed, courts can find a warrant in the Constitution for intervening”. Dorf, M. C., *The Majoritarian Difficulty and Theories of Constitutional Decision-Making*, University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, vol. 13, no. 2, 2010, p. 288. Specifically, Ely asserts that the Supreme Court should correct “process failures” of the democratic representatives which curtail political freedoms because then the Supreme Court “does not

majoritarian difficulty – as a deviant institution of the US legal system – is possible only if one has a purely majoritarian vision of democracy. In other words, the view that judicial review is a deviant institution of the US constitutional model rests on the “majoritarian paradigm” which is based on “the belief that democracy is the essence of the American constitutional order”.<sup>44</sup> As Chemerinsky explains, “Bickel defined democracy as majority-rule – decisionmaking by electorally accountable officials”.<sup>45</sup> Moreover, “the majoritarian paradigm” is the source of the idea that judicial review, or “judicial value imposition – is in tension with American democracy”.<sup>46</sup> Therefore, theories of judicial review which accept the analytical framework of counter-majoritarian difficulty view judicial review as antagonistic to democracy defined as majority rule. Instead of understanding majority rule and judicial review as cooperative models of implementing constitutional ideals, counter-majoritarian difficulty distils majoritarian decision-making as the ultimate constitutional value “normatively superior to other values”.<sup>47</sup> At the same time, counter-majoritarian guarantees which stem from equally important constitutional values, such as equality, are conceptualized as aberrations that halt majority rule. Dworkin argues that the “majoritarian conception of democracy” generates the idea that “judicial review compromises democracy” and hence “the central question of constitutional theory must be whether and when that compromise is justified”.<sup>48</sup> When one understands judicial review as a threat to democracy, the majoritarian paradigm emerges as the underlying premise of constitutional law. Judicial review is no longer a vital component of constitutional democracy that can be a pushback force when the majority oversteps its area of authority. Instead, judicial review in its misunderstood form is the object of theories of interpretation which aim to reduce it to a constitutional exception and synchronize it with majority rule. The majoritarian paradigm does not rule out exceptions to democracy defined as majoritarian decision-making.<sup>49</sup> However, the majoritarian paradigm embraces that it is “always unfair when a political majority is not allowed to have its way”.<sup>50</sup> In that context, judicial review is understood as an incongruity in a majoritarian system.

Originalism is a theory of constitutional interpretation rooted in the framework of counter-majoritarian difficulty.<sup>51</sup> Bork attempted to respond to Bickel’s argument of counter-majoritarian difficulty and to “reconcil[e] judicial review with electoral democracy” by claiming “that originalist judicial review is democratic because the people consented to adopt the Constitution, and originalism just follows what was agreed to by

---

invade the democratic process; instead, it ‘reinforces’ the representation of disenfranchised and vulnerable classes”. Hutchinson, *op. cit.* (fn. 41), p. 11.

<sup>44</sup> Chemerinsky, *op. cit.* (fn. 13), p. 74.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>48</sup> Dworkin, *op. cit.* (fn. 15), p. 18.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>50</sup> *Ibid.*, pp. 16 – 17.

<sup>51</sup> See also Freeman, S., *Original Meaning, Democratic Interpretation, and the Constitution*, Philosophy & Public Affairs, vol. 21, no.1, Winter, 1992, pp. 3 – 42.

ratification”.<sup>52</sup> The need for reconciling judicial review with electoral democracy reveals “the originalist premise that American democracy should be defined as majority rule or that this concept of democracy must be reconciled with judicial review”.<sup>53</sup> The link between the framework of counter-majoritarian difficulty and originalism is also evident in the basic justification of originalism which says that originalism is a theory that can “constrain the courts and limit the circumstances under which judges could invalidate the actions of the popular branches”.<sup>54</sup> As a theory which aims to constrain judges from judicial activism, originalism is essentially a “majoritarian critique[] of judicial activism”.<sup>55</sup> Originalists hence purport to have found the answer to the question of how to exercise judicial review that is as compatible as possible with democracy defined as majority rule. This question is rooted in Bickel’s basic argument that “judicial review may, in a larger sense, have a tendency over time seriously to weaken the democratic process”.<sup>56</sup> If judicial review is a deviant institution because it is a “counter-majoritarian check on the legislature and the executive”,<sup>57</sup> then originalism is a majoritarian check on judicial review. Originalism accepts the criticism of judicial review from the perspective of counter-majoritarian difficulty and internalizes the mission of making judicial review more democratic, at the same time redefining the constitutional mandate of the judiciary.

The argument advanced in this subsection can be summarized as follows. Originalism came to be as a reactionary theory of constitutional interpretation born from criticism of the “activist” jurisprudence of the Supreme Court in a certain historical context. Originalists accept the proposal that judicial review is a deviant institution in so far as it contravenes democratic decision-making. In order to make judicial review more democratic, originalists claim that applying originalism limits judicial discretion, which in turn makes the substance of judicial decisions closer to the societal consensus accepted upon the ratification of the Constitution.<sup>58</sup> By advancing “the myth of judicial restraint”,<sup>59</sup> originalism embodies the modern incarnation of formalism.<sup>60</sup> Originalists claim that their theory is desirable since it can “yield determinate results”.<sup>61</sup> Chemerinsky reminds us that “[f]ormalism is impossible in constitutional law”, notwithstanding its alluring promise of determinacy.<sup>62</sup> The non-originalist position does not advocate for an unbridled judiciary that has no theory of consistent constitutional interpretation. On the contrary, non-

---

<sup>52</sup> Chemerinsky, op. cit. (fn. 21), pp. 77 – 78.

<sup>53</sup> Ibid, p. 78.

<sup>54</sup> Sherry, S., *Why We Need More Judicial Activism*, Vanderbilt Public Law Research Paper No. 13-3, 2013, p. 5, available at SSRN: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2213372](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2213372) accessed 13 March 2023.

<sup>55</sup> Ibid, p. 4.

<sup>56</sup> Bickel, op. cit. (fn. 38), p. 21.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> Chemerinsky, op. cit. (fn. 21), p. 78.

<sup>59</sup> Ibid, p. 19.

<sup>60</sup> Ibid, p. 167.

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> Ibid. Chemerinsky explains how throughout the 20th century legal realism “demolished formalism” by demonstrating how adjudication is “inherently discretionary” because “all legal rules are value choices”. Chemerinsky, op. cit. (fn. 21), pp. 167 – 168. For further discussion on formalism, see Schauer, F., *Formalism*, The Yale Law Journal, vol. 97, no. 4, 1988, pp. 509 – 548.

originalists explain that originalism advances a false promise of judicial restraint due to its scepticism of the legitimacy of judicial power to strike down democratically enacted laws.<sup>63</sup>

After establishing that originalism is rooted in the idea of counter-majoritarian difficulty, which embraces the majoritarian paradigm, the next subsection will address the counter-majoritarian argument offered in favour of originalism. That argument is paradoxically also rooted in majoritarianism.

### **2.3. The Fixed Meaning of Constitutional Provisions as a Counter-Majoritarian Guarantee**

Originalism strives to make judicial review more democratic in order to mitigate counter-majoritarian difficulty. However, originalism nominally accepts the counter-majoritarian premise of the Constitution. Originalists justify the interpretive search for original meaning with a counter-majoritarian argument that was very clearly formulated by Justice Scalia, writing in his academic capacity:

“If the courts are free to write the Constitution anew, they will, by God, write it the way the majority wants; the appointment and confirmation process will see to that. This, of course, is the end of the Bill of Rights, whose meaning will be committed to the very body it was meant to protect against: the majority. By trying to make the Constitution do everything that needs doing from age to age, we shall have caused it to do nothing at all.”<sup>64</sup>

Several conclusions can be drawn from this argument. First, the alternative to originalism is constitutional evolution by interpretation. Justice Scalia adamantly rejects that approach because evolutive<sup>65</sup> constitutional interpretation would be guided by the sentiments of the majority. As a corollary of accepting constitutional evolution by interpretation, elected officials would fill judicial seats with candidates whose vision of society corresponds to the views of the majority that elected those officials. Second, allowing the courts to interpret the Constitution in light of current understandings of fundamental rights boosted by social progress marks the ultimate devaluation of the Bill of Rights. This is so because the Bill of Rights is an undemocratic guarantee of individual freedom which serves as an exception to majority rule and is insulated from majoritarian interference by the supermajority.<sup>66</sup> It follows that the counter-majoritarian quality of the

---

<sup>63</sup> See Chemerinsky op. cit. (fn. 21), p. 185.

<sup>64</sup> Scalia, op. cit. (fn. 16), p. 47.

<sup>65</sup> The term “evolutive interpretation” is borrowed from the case law of the European Court of Human Rights. It denotes a dynamic approach to interpretation of the ECHR which takes into account new developments and policy changes. See Schabas, W. A., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 47 – 48.

<sup>66</sup> Amending the US Constitution is regulated by Article V of the Constitution. The process consists of two stages – the proposal and ratification. In the proposal stage, either both Houses of Congress must pass the proposal by a two-thirds majority, or Congress should call a constitutional convention on the request of two-thirds of the States. In the ratification stage, three-fourths of State legislatures, or three-fourths of State

Bill of Rights ends once courts abandon the original meaning because the content of constitutional provisions would inevitably be adjusted through interpretation to suit the will of the current majority. Eventually, constitutional evolution by interpretation would make the Bill of Rights legally worthless as it would no longer have immutable meaning. Instead, its meaning would be prone to evolution via judicial interpretations in a manner that follows dominant societal views. Under this framework, the concept of fixed meaning emerges as a methodological tool which can allegedly secure minority rights against majoritarian infringements by ensuring that the content of constitutional provisions remain stable. In other words, fixed meaning should limit judges from responding with approval to majoritarian sentiments, which in turn preserves the immutability and insulation of constitutional content.<sup>67</sup>

Justice Scalia reiterates a weighty argument – the Constitution cannot be interpreted in a manner which corresponds to a purely majoritarian vision of society.<sup>68</sup> However, the originalist counter-majoritarian argument allows exactly for that since it conceptualizes the stability of the content of constitutional provisions as a constitutional value which protects the minority from majoritarian infringements. The meaning of a constitutional provision is fixed at the time of its adoption – it absorbs dominant social views of that point in history. Any interpretive adjustment of that meaning to suit the spirit of the Constitution and to rebalance power in contemporary society is not legitimate. This is a formalistic argument<sup>69</sup> which reduces the counter-majoritarian nature of the Constitution to a procedural trait<sup>70</sup> and disregards a whole range of substantive values expressed through general constitutional principles. The procedural requirement of the supermajority in amending the Constitution does not disqualify judicial protection of groups that have historically not been considered as oppressed and constitutionally protected. This is because fundamental rights protection should not depend on the will of a supermajority to amend the Constitution.<sup>71</sup> Evolutive judicial protection of fundamental rights is a substantive constitutional value that does not disparage the function of the amendment process but rather complements it.<sup>72</sup> In the end, preserving the semantic stability of constitutional content through fixed meaning will not protect the minority – it is the judiciary with its institutional capacity to define the content in specific disputes that will protect the minority.

---

ratifying conventions must ratify the proposal. See National Archives - The Constitution of the United States: A Transcription <https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript> accessed 13 March 2023.

<sup>67</sup> Somewhat contradictorily, Justice Scalia is concerned that judges might act as an extension of the electoral majority, while at the same time arguing for a more democratic approach to constitutional interpretation.

<sup>68</sup> It should be noted that constitutional evolution by interpretation does not lead to majoritarian interpretations of the Constitution that endanger its counter-majoritarian quality. See Chemerinsky, E., *Interpreting the Constitution*, Praeger, New York, 1987, pp. 113 – 115.

<sup>69</sup> Justice Scalia defends formalism with an oversimplistic statement of how “[t]he rule of law is about form”. Scalia, op. cit. (fn. 16), p. 25.

<sup>70</sup> The Constitution can be amended only by a supermajority.

<sup>71</sup> Chemerinsky, op. cit. (fn. 21), 113.

<sup>72</sup> See *ibid*, p. 112.

The basic idea that the fixed meaning of constitutional provisions should coordinate instances in which the interests of the majority clash with the rights of the minority is deeply flawed. Under originalism, judicial review is reduced to a portal to a certain point in time that can transfer the mindset of past generations which lived when the Constitution or constitutional amendments were enacted to current controversies. The historical understanding expressed in fixed meaning should answer the question of whether protecting a distinct minority is worthy of curbing majority rule. Originalism has this basic deficiency since it purports to resolve the counter-majoritarian difficulty. As explained above, originalism emerged as an alternative to the liberal jurisprudence of the Warren Court. The main target of its criticism was case law developing implied rights in the Constitution which protected the rights of individuals that were not secured in the democratic process. This line of case law which originalists renounce as a constitutional abomination illustrates the majoritarian conception of judicial review that is bound by the concept of fixed meaning.

The landmark 1965 Supreme Court ruling in *Griswold v. Connecticut*<sup>73</sup> struck down a Connecticut law which criminalized the purchase and use of contraceptives for married persons. The Supreme Court found that the prohibition contained in the law infringed the right to privacy implicitly protected by the Constitution. As Justice O. Douglas wrote in the famous majority opinion, “specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance”.<sup>74</sup> Furthermore, numerous rights contained in the Bill of Rights “create zones of privacy”.<sup>75</sup> Justice O. Douglas identified various reflections of the right to privacy in, inter alia, the 3<sup>rd</sup> amendment’s prohibition of the quartering of soldiers in any house in times of peace without the consent of the owner, or in the 4<sup>th</sup> amendment’s guarantee against unreasonable searches and seizures.<sup>76</sup> This implied independent right to privacy served as a legal basis to protect married couples from criminal liability for buying and using contraceptives. The implied right to privacy was later used as a legal basis for other cases, including *Eisenstadt v. Baird*<sup>77</sup> and *Roe v. Wade*. The jurisprudence of penumbra enabled the Supreme Court to interpret the Constitution functionally, by subsuming social phenomena under general<sup>78</sup> constitutional guarantees of individual liberty, and respecting the spirit of the Constitution. The “penumbral reasoning” as “reasoning-by-interpolation” is a tool used for identifying the constitutional rights that are not part of the simple textual premise of the Constitution.<sup>79</sup> Rather, penumbral rights penetrate

---

<sup>73</sup> *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965).

<sup>74</sup> *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965), Opinion of the Court, p. 484.

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> *Eisenstadt v. Baird* 405 U.S. 438 (1972). The ruling extended the right to use contraceptives to unmarried persons.

<sup>78</sup> On the principled nature of constitutional norms, see Dworkin, R., *The Model of Rules*, *The University of Chicago Law Review*, vol. 35, no. 1 (Autumn, 1967), pp. 14 - 46; Dworkin, R., *Hard Cases*, *Harvard Law Review*, vol. 88, no. 6, 1975, pp. 1057 - 1109.

<sup>79</sup> Reynolds, G. H., *Penumbra Reasoning on the Right*, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 140, no. 4, 1992, p. 1334.

through the wording of multiple constitutional provisions. The constitutional edifice consists both of written guarantees of an open-textured<sup>80</sup> nature as well as its derivations that give them concrete expression. Thus, a penumbral reading of the Constitution deploys constitutional provisions as functional avenues of protection instead of limited textual guarantees which have historically been taken from the hands of the majority.

Originalists reject this sort of interpolation in constitutional interpretation. Bork described reliance on the implied right to privacy in *Griswold v. Connecticut* as the “creation of a new device for judicial power to remake the Constitution”.<sup>81</sup> Moreover, Bork considered the penumbral reasoning which identified the right to privacy in the penumbra of the Constitution as “the construction of a constitutional time bomb”.<sup>82</sup> Originalists find that reading the guarantees of individual liberties in the Constitution as a set of broad principles which are not historically condensed is too dangerous as it leads to unrestrained judicial power. Bork’s analysis of *Griswold v. Connecticut* reveals a constrained vision of the judiciary which asks for a formalistic rather than a functionalist reading of constitutional rights: “Where constitutional materials do not clearly specify the value to be preferred, there is no principled way to prefer any claimed human value to any other. The judge must stick close to the text and the history, and their fair implications, and not construct new rights”.<sup>83</sup> Bork stated that Justice O. Douglas performed “the miracle of transubstantiation” as he failed to demonstrate “how a series of specified rights combined to create a new and unspecified right” is capable of encompassing the right of married couples to purchase and use contraceptives.<sup>84</sup> The criticism also included a slippery slope argument to attack the invocation of the right to privacy of such general extent, claiming that it could lead to the construction of a “general constitutional right to be free of legal coercion”.<sup>85</sup> The sum of Bork’s criticism of penumbral reasoning is contained in the following conclusion: “Every clash between a minority claiming freedom and a majority claiming power to regulate involves a choice between the gratifications of the two groups. When the Constitution has not spoken, the Court will be able to find no scale, other than its own value preferences, upon which to weigh the respective claims to pleasure”.<sup>86</sup> It follows that adherence to original meaning in those instances urges the courts not to protect the minority, but to leave the issue to the democratic process – the majority.<sup>87</sup> This idea could also be expressed as constitutional “absence” or “silence”.<sup>88</sup> If the Constitution is silent on a single issue, meaning that it does not regulate it explicitly, as in the case of abortion or contraception,

---

<sup>80</sup> Indeterminacy of open-textured law generates the need for interpretation. See Chemerinsky, op. cit. (fn. 21), pp. 181 – 184.

<sup>81</sup> Bork, op. cit. (fn. 35), p. 99.

<sup>82</sup> Ibid, p. 95.

<sup>83</sup> Bork, op. cit. (fn. 22), p. 8.

<sup>84</sup> Ibid, pp. 8 – 9.

<sup>85</sup> Ibid, p. 9.

<sup>86</sup> Ibid.

<sup>87</sup> Ibid, p. 10.

<sup>88</sup> Langford, C. L., *Scalia v. Scalia: Opportunistic Textualism in Constitutional Interpretation*, The University of Alabama Press, Tuscaloosa, 2017, p. 101.



that issue is by virtue of historical constitutional choice left to the political process. Hence, no interpolation by interpretation could substitute the democratic principle of majority rule in making such value choices. However, when courts decide to leave an issue to the democratic process, a value choice is made – majority interests triumph over minority interests.<sup>89</sup> On the other hand, it is clear that the Constitution contains broad principles of a general nature, and it is not an exhaustive list of individual rights that can be perceived by wording only.<sup>90</sup> Originalists claim that the Constitution does not protect those rights which are not part of the original meaning of the Constitution. Formalistic logic takes those rights out of the judicial arena and leaves them to platforms of majority rule. Instead of protecting the current minority, originalists at the same time protect the historical majority's understanding of constitutional guarantees, and the current majority.<sup>91</sup> The idea that the historical majority's understanding of social relations should remain authoritative is untenable since the ignorance and prejudice of historical majorities often go hand in hand with the interest of the current majority, and to the detriment of the current minority. Notwithstanding this reality, once the courts abandon original meaning, the originalist constitution departs from the legitimate understanding of exceptions to democracy as understood by its ratifiers. In other words, it stops being a truly legitimate counter-majoritarian document, and becomes a tool for "legislating policy from the bench"<sup>92</sup> that constructs new exceptions to democracy without legitimacy. Understood in originalist terms, the Bill of Rights becomes "another expression of [majoritarianism]".<sup>93</sup>

Justice Scalia once stated that courts should not "invent new minorities that get special protections".<sup>94</sup> Originalists claim that protecting only those minorities that historical majorities thought to be deserving of protection is a constitutional value that should be preserved because nobody agreed to protect other minorities.<sup>95</sup> The majoritarian paradigm is evident – judges are bound by the original meaning in order not to expound the limits to majority rule set by the historical majority. The concepts of "minority" as well as "majority" are understood in a fixed historical sense, instead of in a general sense.

---

<sup>89</sup> Courts deferring to the legislature could be described as judicial passivism, which is only the flip side of judicial activism. See Goldner Lang, I., *Towards 'Judicial Passivism' in EU Migration and Asylum Law?* in Čapeta, T., Goldner Lang, I., Perišin, T., *The Changing European Union: A Critical View on the Role of Law and Courts*, Hart Publishing, Oxford, 2022, pp. 175 – 192. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3597017> accessed 10 March 2023.

<sup>90</sup> As an example, it should be noted that originalists do not question judicial protection of the implied right to travel from one state to another. See *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (Kavanaugh, J., concurring), p. 10.

<sup>91</sup> See Chemerinsky, op. cit. (fn. 21), p. 78.

<sup>92</sup> Bork, op. cit. (fn. 35), p. 16.

<sup>93</sup> Singh, R., "Justice Scalia's Philosophy Wasn't Just Immoral, It was Contradictory" <https://www.prospectmagazine.co.uk/world/justice-scalia-philosophy-wasnt-just-immoral-it-was-contradictory-us-supreme-court> accessed 13 March 2023.

<sup>94</sup> Politico, "Antonin Scalia: Don't Invent Minorities" <https://www.politico.com/story/2013/08/antonin-scalia-dont-invent-minorities-095692> accessed 13 March 2023.

<sup>95</sup> To draw a parallel, Yoshino wrote about "pluralism anxiety" in constitutional law, referring to judicial reluctance to protect new kinds of different people, both in the context of immigration, which opens the door to people of different ethnic, cultural or religious backgrounds, as well as in the context of the emerging visibility of traditionally oppressed groups. See Yoshino, K., *The New Equal Protection*, Harvard Law Review, vol. 124, no. 3, 2011, pp. 747 – 803.

Taking as authoritative the views of a “largely agrarian society where slaves existed in many states”<sup>96</sup> regarding the dynamic development of fundamental rights issues leaves numerous vulnerable minorities without constitutional protection.

Under this conceptual background, fixed meaning is revealed not merely as “a meaning” (i.e. the specific content of a provision) but as an interpretive concept which stems from a purely procedural understanding of the counter-majoritarian premise, and which serves to project dominant social attitudes, including prejudice, into constitutional provisions. It solidifies (historical) majoritarian judgments as constitutional truths which can be challenged only in the prescribed amendment procedure. Consequently, the protection of minority rights is supposed to depend on a concept that is epistemically convoluted<sup>97</sup> and that aims to democratise judicial review.

After arguing that the concept of fixed meaning is inherently majoritarian, in the next section it will be argued that the counter-majoritarian essence of the Constitution comes to fruition in the institutional arrangement of checks and balances. It will be explained how originalism fails to grasp that the supermajority did not limit legislative majorities through the fixed (substantive) content of constitutional provisions. Legislative majorities were rather limited by the institutional framework in which these open-textured guarantees will be defined in a manner that will optimally achieve the balance of power in society.<sup>98</sup> This institutional architecture assigns to the judiciary the paramount role in defining the content of constitutional provisions in a manner which protects the minority from majoritarian infringements in general, not just in a historical sense.

### **3. THE ROLE OF JUDICIAL REVIEW IN CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: A COUNTER-MAJORITARIAN ARGUMENT AGAINST ORIGINALISM**

In this section, a counter-majoritarian argument against originalism is developed. The first subsection lays down the conceptual differences between democracy defined as majority rule, and constitutional democracy. The second subsection argues that courts are counter-majoritarian institutions that ought to interpret the Constitution to restrain the democratic branches of government once the majority invades the protected area of minority freedom, without being bound by fixed original meaning.

#### **3.1. Embracing Constitutional Democracy – Rejecting the Majoritarian Paradigm**

The majoritarian paradigm – democracy defined as majority rule – in which judicial review is a counter-majoritarian deviation is not the underlying value of a society

---

<sup>96</sup> Chemerinsky, op. cit. (fn. 21), p. 93.

<sup>97</sup> Ibid, p. 44 et seq.

<sup>98</sup> See Madison, J., *The Federalist no. 51* (first published in 1878) in Madison, J., Hamilton, A., Jay, J., *The Federalist Papers*, Penguin Books, London, 1987, pp. 318 – 322.

governed by a constitution.<sup>99</sup> A constitution inherently poses limitations on majoritarian decision-making through counter-majoritarian features. Therefore, majority rule subordinated to counter-majoritarian mechanisms constitutes a constitutional or liberal democracy.

Dworkin juxtaposes “the majoritarian conception of democracy” to the “constitutional conception of democracy”.<sup>100</sup> The majoritarian conception of democracy accepts the majoritarian premise, while the constitutional conception of democracy rejects it.<sup>101</sup> Dworkin defines the majoritarian premise as a position according to which democracy should mean “that collective decisions always or normally be those that a majority or plurality of citizens would favor if fully informed and rational”.<sup>102</sup> On the other hand, the constitutional conception of democracy supposes “that collective decisions be made by political institutions whose structure, composition, and practices treat all members of the community, as individuals, with equal concern and respect”.<sup>103</sup> The constitutional conception of democracy holds the “equal status of citizens” as the utmost value, consequently accepting that both majoritarian institutions as well as correctives of majority rule have an equally important status.<sup>104</sup> When majoritarian institutions fail to respect “democratic conditions” which secure “equal status for all citizens” – other non-majoritarian institutions should reinforce those conditions without objection “in the name of democracy”.<sup>105</sup> While striking down laws as unconstitutional is perceived as a “moral regret” from the majoritarian perspective, the constitutional conception of democracy accepts it as an avenue of securing equal status for all citizens.<sup>106</sup>

In his 1997 article “The Rise of Illiberal Democracy”, Zakaria distinguishes between democracy and constitutional liberalism.<sup>107</sup> Democracy is “about the procedures for selecting government”, namely “competitive, multiparty elections” based on majority rule.<sup>108</sup> On the other hand, constitutional liberalism relates to “government’s goals” which entail protecting the “individual’s autonomy and dignity against [the] coercion” of “state, church, or society”.<sup>109</sup> Constitutional liberalism is a notion which consists of philosophical ideas of equality and individual liberty (“liberalism”), as well as the tradition of the rule of law (“constitutional”).<sup>110</sup> Zakaria argues that “constitutional liberalism has led to democracy, but democracy does not seem to bring constitutional liberalism”.<sup>111</sup> For

---

<sup>99</sup> Chemerinsky, *op. cit.* (fn. 13), p. 64.

<sup>100</sup> Dworkin, *op. cit.* (fn. 15), p. 17.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> *Ibid.*, pp. 17 - 18.

<sup>107</sup> Zakaria, F., *The Rise of Illiberal Democracy*, *Foreign Affairs*, vol. 76, no. 6, 1997, pp. 22 – 43.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>109</sup> *Ibid.*, pp. 25 – 26.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 28.

example, the Austro-Hungarian Empire was a “liberal autocracy”.<sup>112</sup> Today, liberal autocracies do not exist since embracing liberalism has ultimately generated democracy.<sup>113</sup> On the other hand, the phenomenon of “illiberal democracies” demonstrates how majoritarianism does not necessarily lead to respect for individual rights.<sup>114</sup> Democracy centres on “accumulation and use” of power.<sup>115</sup> Constitutional liberalism revolves around “limitation of power”.<sup>116</sup> Zakaria further describes the American legal system as “based on an avowedly pessimistic conception of human nature”, characterized by its undemocratic features, most prominently visible in the Supreme Court which consists of “nine unelected men and women with life tenure”.<sup>117</sup> Democracy itself is not a system which generates liberal values, such as respect for individual rights. Constitutional liberalism is a concept which limits governmental authority by respecting individual liberty, and democracy is a set of procedural mechanisms which constitutes the government according to majoritarian preferences.

Chemerinsky differentiates the substantive definition of democracy from its purely procedural counterpart.<sup>118</sup> The procedural, and hence incomplete, definition of democracy is equated with majority rule – the idea that “all decisions should be subject to control by electorally accountable officials”.<sup>119</sup> According to Chemerinsky, this simplistic, procedural definition of democracy is “descriptively inaccurate and normatively not desirable”.<sup>120</sup> The Constitution is “an antimajoritarian document reflecting a distrust of government conducted entirely by majority rule”.<sup>121</sup> Moreover, an authoritative constitution which lays down the structure of government and protects fundamental rights “achieves desirable goals” – “it prevents dictatorship, lessens the likelihood of tyranny, maximizes protection of minorities”, protects fundamental rights, and also serves as a “powerful unifying symbol of society”.<sup>122</sup> Therefore, the substantive definition of democracy includes values which a constitution stands for. In answering the question why US society should be governed by a constitution, Chemerinsky uses several theories of social contract, including the theory of political liberalism crafted by John Rawls.<sup>123</sup> In a nutshell, Rawls conceptualizes the process of selecting the governing principles of our society by relying on concepts of “original position” and “veil of ignorance”.<sup>124</sup> The original position is a hypothetical state in which individuals debate upon which principles to

---

<sup>112</sup> Ibid, p. 29.

<sup>113</sup> Ibid p. 28.

<sup>114</sup> Ibid. Zakaria gives numerous examples of “illiberal democracies” in Latin America, Africa, and parts of Asia, where democracy has been preserved but constitutional liberalism has been abandoned.

<sup>115</sup> Ibid, p. 30.

<sup>116</sup> Ibid.

<sup>117</sup> Ibid, p. 39.

<sup>118</sup> Chemerinsky, op. cit. (fn. 68), p. 2.

<sup>119</sup> Ibid.

<sup>120</sup> Ibid, Preface, p. ix.

<sup>121</sup> Ibid, p. 2.

<sup>122</sup> Ibid, p. 27.

<sup>123</sup> Ibid, pp. 33 – 35. Chemerinsky also considers criticism of Rawls’s theory, concluding that “Rawls’s theory justifies the existence of a constitution only if basic principles of liberal ideology are accepted”. Chemerinsky, op. cit. (fn. 68), p. 35.

<sup>124</sup> Rawls, J., *Political Liberalism: Expanded Edition*, Columbia University Press, New York, 2005, p. 22 – 27.

govern themselves.<sup>125</sup> The debate is characterized by the veil of ignorance – nobody is aware of their personal factors, such as race, sex, or wealth, that would determine their place in society.<sup>126</sup> Once the individuals do not know whether they would be part of the powerful majority, or would be the weaker party, the position for bargain is fair.<sup>127</sup> Rawls argues that individuals behind the veil of ignorance would decide to be governed by a liberal constitution based on the principle of limited power and equality.<sup>128</sup> Constitutional governance which combines majoritarian and counter-majoritarian mechanisms is therefore based on the underlying substantive value of equality which places the individual as part of a collective of individuals in the centre.

The US Constitution does not place majority rule as the highest principle upon which society is organized. It rather establishes a system in which majoritarian “precepts about the good life” do not become “universally binding”.<sup>129</sup> Under constitutional democracy, “counter-majoritarian guarantees ultimately protect individual agents active in all spheres of social life and their pursuance of whatever they may consider a good life”.<sup>130</sup>

Madison highlighted the difference between a “pure democracy” and a “republic”.<sup>131</sup> In defending the premise of the US Constitution, Madison developed the notion of “faction”.<sup>132</sup> A faction consists of a number of citizens who are united by “common passions or interests”, “adverse to the rights of other citizens, or to the permanent and aggregate interests of the community”.<sup>133</sup> Citizens forming the faction can belong either to a minority or a majority.<sup>134</sup> Madison argues that causes of faction cannot be removed since removing them would mean either “destroying the liberty” or “giving to every citizen the same opinions, the same passions, and the same interests”.<sup>135</sup> Instead of removing the cause of faction, the objective is to control its effects.<sup>136</sup> When a faction consists of a minority, the principle of democracy defeats it.<sup>137</sup> However, when a faction consists of a majority, a “pure democracy” can find no cure for it.<sup>138</sup> Madison further claims that “a republic” can “secure the private rights and public goods” from the danger of faction, at the same time preserving “the spirit and the form of popular government”.<sup>139</sup> The main force to withhold the effects of faction is found in the federal composition of the republic

---

<sup>125</sup> Ibid.

<sup>126</sup> Ibid, p 23.

<sup>127</sup> Ibid, pp. 22 – 27.

<sup>128</sup> Ibid.; Chemerinsky, op. cit. (fn. 68), pp. 33 – 35.

<sup>129</sup> Rodin, S., *Liberal Constitutionalism, Rule of Law and Revolution by Other Means*, *Il Diritto dell'Unione Europea*, no. 2, 2021, p. 230.

<sup>130</sup> Ibid, p. 224.

<sup>131</sup> Madison, J., *The Federalist no. 10* (first published in 1878), in Madison, J., Hamilton, A., Jay, J., *The Federalist Papers*, Penguin Books, London, 1987, p. 126.

<sup>132</sup> Ibid, pp. 122 – 128.

<sup>133</sup> Ibid, p. 123.

<sup>134</sup> Ibid.

<sup>135</sup> Ibid.

<sup>136</sup> Ibid, p. 125.

<sup>137</sup> Ibid.

<sup>138</sup> Ibid, p. 126.

<sup>139</sup> Ibid, pp. 125 – 126.

– the “influence of factious leaders may kindle a flame within their particular States but will be unable to spread general conflagration through the other States”.<sup>140</sup> The larger size of the republic would generate a plurality of interests as well as institutional avenues to accommodate those interests. The structure of government should be designed to sustain the effects of a majority faction that threatens the rights of the minority and the public good. The US system of governance provides “three cures” to control a majority faction: “federalism, separation of powers and judicial review”.<sup>141</sup> Judicial review is a vital part of constitutional democracy envisaged to protect the minority from a majority faction. When democracy is not understood in “purely procedural” terms as majority rule with unfortunate counter-majoritarian deviations from that rule, but as a system of government based on substantive values of equality, mutual respect, and protection of individual rights, judicial review does not have to be adjusted to suit the majoritarian paradigm.<sup>142</sup> Constitutional democracy does not mechanically combine majority rule with counter-majoritarian exceptions – it presupposes a set of underlying values that express the need for upholding the equality and dignity of all individuals in a society. Those basic values are then safeguarded through constitutional mechanisms which encompass both majoritarian decision-making and counter-majoritarian avenues.<sup>143</sup>

After establishing the difference between majoritarian democracy and constitutional democracy, it is necessary to assess the counter-majoritarian nature of courts as institutions. The constitutional mandate ascribed to the judiciary diverges from the originalist vision of judicial review. The courts are not supposed to safeguard the stability of content of constitutional provisions without enforcing general counter-majoritarian values. The substantive counter-majoritarian value dictates the judiciary to protect the minority against a majority faction.

### **3.2. Courts as Counter-Majoritarian Institutions: Protecting the Minor Party**

All government officials and institutions engage in constitutional interpretation.<sup>144</sup> The question is who gets the last word?<sup>145</sup>

The legislative branch interprets the Constitution while exercising its authority to legislate, which entails elaborating broad constitutional provisions into statutes, and its other prerogatives. The executive interprets the Constitution when it enforces the law. Both powers are based on democratic legitimacy derived from the electorate. Courts, on the other hand, are not democratically accountable to the people.

---

<sup>140</sup> Ibid, p. 128.

<sup>141</sup> Rodin, op. cit. (fn. 129), p. 219.

<sup>142</sup> Chemerinsky, op. cit. (fn. 68), pp. 6 – 7.

<sup>143</sup> Chemerinsky, op. cit. (fn. 13), pp. 75 – 76.

<sup>144</sup> Chemerinsky, op. cit. (fn. 68), p. 81.

<sup>145</sup> Ibid.

Chemerinsky argues that the judiciary should be the authoritative interpreter of the Constitution for several reasons, including the following.<sup>146</sup> The Constitution is a counter-majoritarian document which should be interpreted in a counter-majoritarian manner.<sup>147</sup> The judiciary is best equipped to provide protection from majoritarian pressures due to its insulation from politics.<sup>148</sup> Judicial interpretation takes into account the “long-term interests” of society in contrast to the “immediate interests” pursued by the current majority.<sup>149</sup> Furthermore, the judiciary deploys a decision-making method preferable for defining the content of constitutional provisions.<sup>150</sup> Judges are required to base their decisions on arguments and legal reasoning, and to explain their reasons for reaching a particular decision.<sup>151</sup>

It follows that separation of powers combined with checks and balances<sup>152</sup> generates an interpretive triangle in which all three branches of government take part.<sup>153</sup> The legislative and the executive branch engage in constitutional interpretation with the aim to achieve the interests of their electorate. The system of checks and balances constitutes the judiciary as the undemocratic, and also the authoritative interpreter of the Constitution.<sup>154</sup>

The counter-majoritarian argument against originalism from the position of constitutional democracy asserts that courts should define the content of constitutional provisions by engaging in constitutional interpretation. The content of constitutional provisions was never meant to acquire a fixed meaning in order to be antidemocratic. In other words, the counter-majoritarian character of the Constitution is not equated with the pure procedural requirement of a supermajority in amending the Constitution. Counter-majoritarian features of the Constitution substantively relate to achieving the equality of all citizens, especially of those in the minority who cannot benefit from the democratic process. This counter-majoritarian premise is implemented in the institutional design which enables all three branches of government to define the meaning of constitutional provisions. The judiciary is the authoritative interpreter tasked with limiting the democratic branches of power when their actions infringe upon minority rights. To flesh out the argument, two points will be addressed.

---

<sup>146</sup> Ibid.

<sup>147</sup> Ibid, p. 35.

<sup>148</sup> Ibid, p. 86.

<sup>149</sup> Ibid, p. 89.

<sup>150</sup> Ibid.

<sup>151</sup> Ibid.

<sup>152</sup> A system in which power is distributed among the three branches of government in an overlapping manner in order to prevent accumulation of power that could lead to tyranny. See Madison, op. cit. (fn. 98), pp. 318 – 322.

<sup>153</sup> See Bader Ginsburg, R., *Speaking in a Judicial Voice*, New York University Law Review, vol. 67, no. 6, 1992, p. 1198.

<sup>154</sup> In *Marbury v. Madison*, Chief Justice John Marshall proclaimed the following: “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each”. See *Marbury v. Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), p. 177.

First, the judiciary is counter-majoritarian in its institutional capacity. Hamilton described the judicial branch as “the least dangerous to the political rights of the Constitution” since it cannot exercise its authority on its own.<sup>155</sup> The legislature “commands the purse” and “prescribes the rules” of conduct, while the executive “holds the sword of the community”.<sup>156</sup> The judiciary has “neither force nor will but merely judgment”.<sup>157</sup> The execution of its decisions depends on the executive branch of government. The judiciary is institutionally devised in such a way as to be independent of political majorities. Courts are not democratic institutions, which means that the people cannot influence them directly in the same way as they can replace officials in democratic institutions through elections. Considering that courts are not democratic, but instead counter-majoritarian institutions, their institutional setup as “the weakest power” means that “the general liberty of the people can never be endangered from that quarter”.<sup>158</sup> In separating the judiciary from the other two powers, constitutional design enables judicial review to emerge as the guarantee of the supremacy of the Constitution. Hamilton defends declaring acts contrary to the Constitution as void by invoking hierarchy, comparing the relationship between the statutes and the Constitution to the one between a servant and its master.<sup>159</sup> When a particular statute – a subordinate authority – contravenes the Constitution – the superior authority – judges should adhere to the latter.<sup>160</sup> The Constitution expresses the will of all the people, while statutes express the will of a current legislative majority.<sup>161</sup> The power of judicial review makes the courts an “intermediate body between the people and the legislature” that can “keep the latter within the limits assigned to their authority”.<sup>162</sup> In other words, the judiciary is institutionally counter-majoritarian since its legitimacy does not depend on the results of elections, as its main task is to limit the democratic branches of power.

Second, the main substantive counter-majoritarian value enshrined in the Constitution relates to the power of the judiciary as an institution to control the effects of a majority faction by defining the content of constitutional provisions. The supermajority limited legislative majorities and itself primarily by establishing an institutional framework to define the content of the Constitution, not by petrifying power structures that existed in a certain historical context. It is true that the Constitution is composed of a set of principles which have been elevated by the supermajority from majoritarian decision-making. That procedural trait is closely intertwined with the importance of judicial review – the Constitution lays down the rules of the game which the players cannot change out of convenience. Once the democratic branches break the rules, the counter-majoritarian power corrects the breach and restores the rules. However, the judiciary cannot limit the

---

<sup>155</sup> Hamilton, A., *The Federalist no. 78* (first published in 1878) in Madison, J., Hamilton, A., Jay, J., *The Federalist Papers*, Penguin Books, 1987, p. 437.

<sup>156</sup> *Ibid.*

<sup>157</sup> *Ibid.*

<sup>158</sup> *Ibid.*

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 438.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 439.

<sup>161</sup> *Ibid.*

<sup>162</sup> *Ibid.*, pp. 438-439.



democratic branches of government effectively if its counter-majoritarian tool is supposed to be synchronized with majoritarian decision-making. As explained above, originalism requires the courts to uphold the will of historical majorities to the detriment of current minorities. If the Constitution is textually “silent”<sup>163</sup> on certain issues, the judiciary should not protect the minority but rather falsely proclaim its neutrality in the name of democracy. That neutrality is false since the minority will inevitably lose in the democratic process.<sup>164</sup> Institutionally, courts should protect the minority.

Protecting the minority as a constitutional value is important because it amounts to protecting the weaker party.<sup>165</sup> Protection of a weaker party is omnipresent in legal regulation – it is visible in consumer protection, competition law, rules on shifting the burden of proof, etc.<sup>166</sup> The constitutional mandate of courts reflects the underlying idea that the counter-majoritarian essence of a constitution substantively relates to protecting the minority as a weaker party in society.<sup>167</sup> It should also be noted that a minority is not a purely statistical category.<sup>168</sup> On the contrary, the sociological definition of a “minority group” entails individuals who are discriminated against on the basis of their common identity.<sup>169</sup> Therefore, although women are not statistically in the minority, the systemic discrimination they suffer collectively on the basis of their identity makes them holders of a “minority group status”.<sup>170</sup> The US Constitution is not value neutral in respect of power balance between the stronger and the weaker party, especially regarding the possible misuse of that power against the weaker party.<sup>171</sup> It seeks to prevent the side-effects of “prejudice against discrete and insular minorities”.<sup>172</sup> The “tyranny of the majority”<sup>173</sup> is inevitable in the absence of counter-majoritarian institutions.<sup>174</sup> This means that the minority cannot follow its own vision of a “good life”<sup>175</sup> when the majority is unrestrained by the need to respect the fundamental rights of every individual. For these reasons, courts are supposed to be “bulwarks of a limited Constitution against

---

<sup>163</sup> Langford, op. cit. (fn. 88), p. 101.

<sup>164</sup> Desmond Tutu said the following about false neutrality: “If you are neutral in situations of injustice, you have chosen the side of the oppressor. If an elephant has its foot on the tail of a mouse and you say that you are neutral, the mouse will not appreciate your neutrality”. Available at Oxford Reference: <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/acref/9780191843730.001.0001/q-oro-ed5-00016497;jsessionid=28B8F7C1C4D628647261B657205CCA86> accessed 10 March 2023.

<sup>165</sup> Rodin, op. cit. (fn. 129), p. 215.

<sup>166</sup> Ibid, p. 216. Rodin further explains that legislation which protects the stronger party has no significant effect since the stronger party is part of the majority that could achieve its goals without protection by legislation (pp. 215 – 216).

<sup>167</sup> Ibid, p. 215.

<sup>168</sup> Hacker, H. M., *Women as a Minority Group*, Social Forces, vol. 30, no. 1, 1951, p. 60.

<sup>169</sup> Ibid.

<sup>170</sup> Ibid.

<sup>171</sup> See Rodin, op. cit. (fn. 129), pp. 215 – 216.

<sup>172</sup> *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 (1938), Opinion of the Court, p. 153. The famous footnote 4 in the majority opinion written by Justice Stone states that the Supreme Court should use a strict standard of review when a law is, inter alia, motivated by prejudice against “discrete and insular minorities”.

<sup>173</sup> The notion was first used in De Tocqueville, A., *Democracy in America* (first published in two volumes in 1835 and 1840), Mansfield, H. C., Winthrop, D. (eds), The University of Chicago Press, Chicago, 2000.

<sup>174</sup> Hamilton, op. cit. (fn. 155), p. 440.

<sup>175</sup> Rodin, op. cit. (fn. 129), p. 224.

legislative encroachments”.<sup>176</sup> Moreover, courts should “guard the Constitution and the rights of individuals from the effects of those ill humors” that have a tendency to oppress “the minor party in the community”.<sup>177</sup> Disqualifying the power of courts to define the meaning of constitutional provisions (and insisting to simply proclaim it) leaves the weaker party without protection.

Hamilton declared that “no man can be sure that he may not be tomorrow the victim of a spirit of injustice, by which he may be a gainer today”.<sup>178</sup> This account also illustrates the flexibility of constitutional arrangements content wise.<sup>179</sup> The content of constitutional provisions is susceptible to interpretation which inherently makes it manipulable.<sup>180</sup> The landmark Supreme Court decision in *Brown v. Board of Education*<sup>181</sup> which *de iure* ended racial segregation in schools illustrates this point. Several originalists have tried to reconcile *Brown* with originalist methodology.<sup>182</sup> However, many scholars have demonstrated that the original understanding of the 14<sup>th</sup> amendment did not prohibit racial segregation.<sup>183</sup> In fact, the same Congress that passed the 14<sup>th</sup> amendment also voted for school segregation.<sup>184</sup> The 1896 decision *Plessy v. Ferguson*<sup>185</sup> which upheld racial segregation is today considered as one of the worst Supreme Court decisions of all time. In contrast, *Brown* is celebrated as one of the most important Supreme Court decisions which paved the way for racial equality before the law. The original understanding of the 14<sup>th</sup> amendment clearly did not prohibit racial segregation in schools. Some originalists have accepted that *Brown* is not based on the original meaning of the 14<sup>th</sup> amendment.<sup>186</sup> According to the originalist formula, the Supreme Court should not have protected the racial minority from inhumane segregation because that would have amounted to an illegitimate exercise of judicial authority that would curb majority rule. In spite of that, *Brown* is an example of a decision based on the counter-majoritarian capacity of the Supreme Court as an institution. Resorting to fixed meaning in that case would not have resulted in upholding the substance of the Constitution, which relates to protecting the minority from a racist majority faction. The Supreme Court in *Brown* defined the content of the 14<sup>th</sup> amendment contrary to the interpretations of legislative and executive power which were in accordance with its original understanding. The phrase “separate but equal” inaugurated by *Plessy v. Ferguson* is not a principle of equality but of contempt. The Supreme Court thus fulfilled its constitutional mandate by serving

---

<sup>176</sup> Hamilton, op. cit. (fn. 155), p. 440.

<sup>177</sup> Ibid, p. 440.

<sup>178</sup> Ibid, p. 441.

<sup>179</sup> See Chemerinsky, op. cit. (fn. 21), pp. 181 – 184.

<sup>180</sup> Compare e.g. Strauss, D. A., *The Living Constitution*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 2 – 3.

<sup>181</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954).

<sup>182</sup> E.g. Wurman, I., *A Debt Against the Living: An Introduction to Originalism*, Cambridge University Press, New York, 2017, p. 108. See McConnell, M. W., *The Originalist Case for Brown v. Board of Education*, Harvard Journal of Law and Public Policy, vol. 19, no. 2, 1995, pp. 457 – 464.

<sup>183</sup> McConnell, op. cit. (fn. 182), p. 457.

<sup>184</sup> Chemerinsky, op. cit. (fn. 21), pp. 98 – 99.

<sup>185</sup> *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1896). The decision held that racial segregation (in transportation) was constitutional as long as facilities for both races were equal in quality.

<sup>186</sup> McConnell, op. cit. (fn. 182), p. 457.

as a limit to majority rule which contradicted the Constitution. The equal protection clause of the US Constitution which states that no State shall “deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”<sup>187</sup> could have been interpreted using originalist methodology that would have allowed racial segregation. The Supreme Court instead decided to protect the minority.

The counter-majoritarian role of judicial review understood in a substantive, institutional manner makes a case against originalism. The judiciary cannot act as a counter-majoritarian institution if its power to shape constitutional doctrine is bound by the historical meaning of constitutional provisions. The majority and the minority are not static categories.<sup>188</sup> The aim of a constitution is not to fit a whole historical era into a document. Its purpose is rather to elevate certain values that can be institutionally operationalized to accommodate conflicting interests in society – procedurally it allows the majority to make value-choices while ensuring respect for minority rights. To some extent, this argument is similar to Ely’s claim that the US Constitution is less concerned with elaborating the exact content of substantive provisions because it primarily established a system of governance based on separation of powers, and in order to guarantee a fair decision-making process.<sup>189</sup> Therefore, the exact content of constitutional provisions in institutional practice will depend on the current state of affairs in society. Courts as counter-majoritarian institutions in the system of government are supposed to give substance to constitutional provisions with respect to protecting the minority by balancing competing constitutional rights.<sup>190</sup> Balancing the interests of the majority with the rights of the minority is a weighty institutional endeavour. Originalists claim that the Constitution has already done the balancing through its content that has acquired fixed meaning – and this premise is inherently majoritarian because it asks whose rights the majority wished to protect. In fact, the open-textured nature of constitutional principles leaves the exercise of balancing to institutions. In constitutional adjudication, courts, as counter-majoritarian institutions, have to balance constitutional rights without being bound by majoritarian preferences and traditions that originalism infuses into constitutional doctrine. Those traditions are just one variable that should be taken into account while balancing competing constitutional values – not its necessary outcome.<sup>191</sup>

Constitutional democracy normatively rejects the position articulated by Justice Scalia, according to which judges should not write into the Constitution any new minorities that

---

<sup>187</sup> 14th Amendment to the US Constitution. See National Archives – The Constitution of the United States: A Transcription <https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript> accessed 13 March 2023.

<sup>188</sup> Chemerinsky mentions “past majorities” in Chemerinsky, *op. cit.* (fn. 21), p. 78.

<sup>189</sup> Ely, J. H., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge and London, 14<sup>th</sup> edition, 2002, pp. 88 – 101. However, Ely argued that judicial review is democratic when it reinforces representation of oppressed minorities, hence attempting to reconcile judicial review with majoritarianism. See *supra* fn. 43; Chemerinsky, *op. cit.* (fn. 13), p. 72. For this reason, Ely wrongfully disregarded substantive values that are foundational to the notion of political process and to the institutional framework established to balance it. See Chemerinsky (fn. 13), p. 72.

<sup>190</sup> Chemerinsky, *op. cit.* (fn. 21), pp. 71 – 74.

<sup>191</sup> See *ibid*, pp. 177 – 178.

deserve special protection. The minority does not have to be qualitatively defined in the Constitution due to the shifting nature of power dynamics.<sup>192</sup> In fact, the equal protection clause of the US Constitution operationalizes the principle of equality towards all – with no enumeration of specific protected characteristics pertaining to individuals.<sup>193</sup> The minority is simply the weaker, outnumbered party vulnerable to majority faction. The legitimate interests of the minority will not be infringed by a majority faction as long as courts act as counter-majoritarian institutions willing to shape, upgrade, or ameliorate the content of constitutional provisions to ensure the pervasiveness of its underlying values. The absence of explicit constitutional language which protects or forbids certain conduct does not disqualify the judicial protection of the minority in the concerned dispute. As explained above, the Supreme Court in *Brown* shaped the equal protection clause of the 14<sup>th</sup> amendment to protect the racial minority despite the absence of clear language (or historical practice) prohibiting racial segregation.

The counter-majoritarian nature of the Constitution has its substantive dimension – it provides for protecting the minority – and it is safeguarded through institutional design based on checks and balances. Judicial review is a “veto point”<sup>194</sup> which necessarily limits the democratic branches of government in policymaking through counter-majoritarian interpretations. To that extent, “[j]udicial review ensures that the judiciary has the same opportunity as the other two branches to prevent the government from acting unconstitutionally”.<sup>195</sup> Eliminating the interpretive input of the judiciary in the development of constitutional doctrine means that counter-majoritarian power is effectively removed from the framework of checks and balances. The two remaining democratic branches of government are then free to violate zones of minority freedom. Marginalization of the judiciary as a counter-majoritarian institution leads to tyranny of the majority.

#### 4. CONCLUSION

This paper has critically reassessed originalism as a theory of constitutional interpretation in US constitutional law. The starting premise was that originalism is based on a majoritarian conception of democracy. In an endeavour to synchronize judicial review with majoritarian decision-making, originalism posits that the object of

---

<sup>192</sup> It is interesting to note that some constitutions have open-ended clauses in relation to protected characteristics, such as Article 15 (1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms (Canadian Charter of Rights and Freedoms, s 7, Part 1 of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c 11.), available at <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-12.html> accessed 10 March 2023, or Article 14 of the Constitution of the Republic of Croatia (published in the Official Gazette nos. 56/90, 135/97, 8/98, 113/2000, 124/2000, 28/2001, 41/2001, 76/2010 and 5/2014). Furthermore, Article 14 of the ECHR (The European Convention on Human Rights 1950, 87 UNTS 103; ETS 5) contains an open-ended non-discrimination clause, available at [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf) accessed 10 March 2023.

<sup>193</sup> Chemerinsky, op. cit. (fn. 21), p. 104; Dworkin, R., *Comment* in Scalia, op. cit. (fn. 16), p. 126.

<sup>194</sup> See Watkins, D., and Lemieux, S. E., *Compared to What? Judicial Review and Other Veto Points in Contemporary Democratic Theory*, Perspectives on Politics, vol. 13, no. 2, 2015, pp. 312 – 326.

<sup>195</sup> Sherry, op. cit. (fn. 54), p. 2.

constitutional interpretation is to identify the authoritative original meaning of constitutional provisions. This interpretive methodology is justified by a counter-majoritarian argument that is purely procedural – originalism protects the content of constitutional provisions from evolution by judicial interpretation, thus allegedly safeguarding the essence of constraints upon democracy enacted by the supermajority. The consequence of employing this methodology is that many issues which require the balancing of competing constitutional values are left to the democratic process, leaving the rights of the minority to the mercy of majority rule.

The paper then developed a counter-majoritarian argument against originalism that is consistent with the basic normative elements of constitutional democracy. The separation of powers under the US Constitution provides for a complex framework of checks and balances in which all three branches of government are supposed to define the content of constitutional provisions. The judiciary is the counter-majoritarian branch in its institutional capacity and as such is supposed to protect the minority as the weaker party in society with counter-majoritarian interpretations that limit majority rule. Effective judicial protection of the minority is the substantive value which distinguishes constitutional democracy from its purely procedural counterpart – the majoritarian vision of democracy. Limiting the judicial input of a counter-majoritarian nature in the development of constitutional doctrine inevitably gives broader latitude to democratic institutions, leading to tyranny of the majority. Consequently, the fixed meaning of constitutional provisions is not a force that can (or was supposed to) coordinate the delicate dynamic between the majority and the minority. Instead, that force is found in the institutional design which enables all three branches of government to shape the meaning of law, with the judiciary acting as the counter-majoritarian institution. The reign of originalism does not accept the substantive premise of the Constitution. Living under a constitution means living in a liberal democracy, and no theory of constitutional interpretation should aspire to change its DNA.

## PROTUVEĆINSKA KRITIKA ORIGINALIZMA

*U radu se nastoji pokazati kako se interpretativna teorija originalizam temelji na majoritarnoj koncepciji demokracije koja je antitetična temeljnoj protuvećinskoj postavci Ustava SAD-a. Fokus kritike je na protuvećinskom argumentu ponuđenom u korist originalizma, prema kojemu se temeljno protuvećinsko svojstvo Ustava odnosi na semantičku stabilnost njegova sadržaja, a koje se metodološki implementira u ustavno tumačenje kroz koncept fiksnog značenja. Tvrdi se kako je ova pozicija zapravo isključivo proceduralna zato što izjednačuje ograničavanje političkih većina naspram prava manjina sa zahtjevom kvalificirane većine u postupku ustavne revizije – onemogućavajući implementaciju materijalnih ustavnih vrijednosti kao što su jednakost i zaštita temeljnih prava. Razvija se protuvećinski argument protiv originalizma utemeljen na institucionalnoj ulozi sudova da bi se pokazalo kako originalizam marginalizira sudski doprinos razvoju ustavne doktrine. Slijedi kako originalizam u stvarnosti uklanja protuvećinsku vlast iz okvira provjera i ravnoteža, ostavljajući široku diskreciju demokratskim granama vlasti i otvarajući vrata tiraniji većine.*

Ključne riječi: originalizam, tumačenje ustava, protuvećinska poteškoća, ustavna demokracija, sudbeni nadzor

**Niko Jarak**, asistent na Katedri za ustavno pravo, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet

# UTJECAJ PRETJERANOG PRAVNOG FORMALIZMA NA MOGUĆNOST OSTVARENJA NAČELA ZABRANE DISKRIMINACIJE U UPRAVNOM PRAVU

Pregledni znanstveni rad

UDK 342.722/.724:35.077.2/.3(497.5)

341.231.145(4)

341.645.5(4)

Primljeno: 28. studenog 2023.

Tamara Bogdanović\*

*U ovom radu analizira se na koji način pretjerani pravni formalizam u smislu strogo gramatičkog tumačenja normi utječe na ostvarivanje načela zabrane diskriminacije u upravnim postupcima i upravnim sporovima u Hrvatskoj. Autorica prvo detektira pretjerani pravni formalizam u smislu strogo gramatičkog tumačenja normi kao prepreku za ostvarenje načela zabrane diskriminacije u smislu neopravdanog nejednakog postupanja javnopravnih tijela prema građanima te kao optimum mogućnosti za ostvarenje navedenog načela ističe vladavinu prava u smislu jednakog i zakonitog postupanja javnopravnih tijela prema svim građanima.<sup>1</sup> Temeljem četiri izdvojene presude Europskog suda za ljudska prava, od koje su dvije označene kao vodeći slučajevi, te više presuda iz nacionalnog upravnog prava analiziraju se prepreke koje mogu nastati u primjeni postojećih zakona koji u sebi sadrže odredbe s diskriminirajućim učinkom, i to zbog toga što se zakonske odredbe koje su nedorečene ili dvojbene tumače na pretjerano formalistički način, te načini prevladavanja tih prepreka.*

Ključne riječi: zabrana diskriminacije, pretjerani pravni formalizam, vladavina prava, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, upravno pravo

## 1. UVOD

U ovom se radu kroz analizu dostupne upravnosudske prakse želi pokazati da država, i to kroz donošenje nepotpunih ili dvojbenih zakonskih odredaba, te državna tijela i sudovi, i to kroz gramatičko tumačenje zakonskih odredaba, mogu diskriminatorno postupati te da je takva postupanja moguće otkloniti.

Na temelju relevantnih slučajeva iz prakse Europskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) i upravnosudske prakse analizira se u kojoj je konkretnoj situaciji primjene zakona i u kojem stupnju rješavanja upravnih stvari došlo do neuvažavanja načela zabrane diskriminacije (npr. u primjeni Zakona o obveznom zdravstvenom osiguranju, Zakona o porezu na promet na nekretnina, Zakona o strancima, Zakona o porodnom

\* Tamara Bogdanović, univ. spec. iur. (europsko pravo), sutkinja Upravnog suda u Zagrebu

<sup>1</sup> Vidi šire u radu Lauc, Z. *Načelo vladavine prava u teoriji i praksi*, 29. svibnja 2015., <https://hrcak.srce.hr/file/264175> (pristup: svibanj 2024.).

dopustu majki koje obavljaju samostalnu djelatnost i nezaposlenih majki, Zakona o udomiteljstvu).

Cilj je rada dokazati da je u pojedinačnim slučajevima u hrvatskom upravnom pravu pretjerani pravni formalizam u smislu neuvažavanja važećih procesnih načela, kao što je načelo svrhovitosti u tumačenju norme, načelo proporcionalnosti u primjeni zakona i načelo materijalne istine u smislu sagledavanja svih posebnih okolnosti nekog konkretnog slučaja, do sada bio zapreka za ostvarivanje načela zabrane diskriminacije te da se radi o problemu koji je uočen u sudskoj praksi, naročito od strane Ustavnog suda Republike Hrvatske i ESLJP-a. Potrebno je naglasiti da u svim slučajevima u kojima možemo uočiti nejednako postupanje od strane države postoje pravni alati u smislu postojećih propisa, znanstvene teorije i europske sudske prakse koji su dostupni državnim tijelima, sudovima i pojedincima, bez obzira na to želi li pojedinac ostvariti svoje pravo iz nekog upravnog područja, a da ne bude diskriminiran, ili se radi o službenim osobama ili sucima koji primjenjuju i tumače zakone u upravnim postupcima i upravnim sporovima i koji su dužni otkloniti diskriminaciju ukoliko je ona već nastala.

Mišljenje je autorice da je za ostvarenje zaštite ljudskih prava općenito vrlo važno da u trodiobi vlasti navedenoj u Ustavu Republike Hrvatske<sup>2</sup> sudska vlast bude uvažavana kao treća neovisna vlast, čija je svrha biti korektiv zakonodavne i izvršne vlasti, jer se u praksi događa da se izvršna vlast pokušava postaviti kao superiorna sudskoj vlasti, npr. time što uvjeti za rast plaća sudaca sukladno troškovima života nisu propisani u Zakonu o plaći i drugim materijalnim pravima pravosudnih dužnosnika,<sup>3</sup> već takve odluke ovise o volji izvršne vlasti, ili npr. time što se od sudaca očekuje da svoje pravne stavove ne objašnjavaju i ne iznose u javnosti, već samo u obrazloženjima presuda, te se često u javnom prostoru od strane političara znalo isticati da se nepravomoćne presude ne bi trebale komentirati, što je u suprotnosti s načelima javnosti i transparentnosti presuda, čije se izreke javno objavljuju. Rješenje problema da sudska vlast i u praksi bude uvažavana kao treća neovisna vlast autorica vidi u tome što izvršna vlast sudsku vlast ne bi trebala doživljavati kao prijatnu i kritiku svom izvršnom djelovanju, već kao zaštitu od bilo kakvih nezakonitosti, nepravilnosti i neproporcionalnosti kojima nositelji izvršne vlasti, kao i obični građani, mogu biti izloženi u bilo kojem stadiju djelovanja.

U prilog toj tezi ističe da i Spano<sup>4</sup> kao zvijezdu vodilju Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljem tekstu: Konvencija)<sup>5</sup> navodi upravo vladavinu

<sup>2</sup> Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, 56/1990, 135/1997, 08/1998, 113/2000, 124/2000, 28/2001, 41/2001, 55/2001, 76/2010, 85/2010 i 05/2014.

<sup>3</sup> Zakon o plaći i drugim materijalnim pravima pravosudnih dužnosnika, Narodne novine, 10/1999, 25/2000, 01/2001, 30/2001, 59/2001, 114/2001, 116/2001, 64/2020, 153/2002, 154/2002, 17/2004, 08/2006, 142/2006, 34/2007, 134/2007, 146/2008, 155/2008, 39/2009, 155/2009, 14/2011, 154/2011, 12/2012, 143/2012, 100/2014, 147/2014, 120/2016, 16/2019, 71/2023 i 35/2024.

<sup>4</sup> Vidi šire u: Spano, R., *The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the Judiciary*, February 4th 2021, str. 3 i 7, <https://doi.org/10.1111/eulj.12377> (pristup: lipanj 2022.).

<sup>5</sup> Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 18/1997, 6/1999 – proć. tekst, 8/1999 – ispr., 14/2002, 1/2006 i 2/2010.



prava i neovisnost pravosuđa posebno ističući da je temeljna moralna ideja vladavine prava, koja leži u srži konvencijske zaštite, poštivanje osobne autonomije i isključivanje proizvoljne uporabe vladine moći u smislu da nijedan čovjek nije iznad zakona. Nadalje, ističe da je pojam diobe vlasti između izvršne vlasti i pravosuđa preuzeo sve veću važnost u sudskim presudama, kao i neovisnost pravosuđa, jer bez neovisnih sudaca konvencijski sustav ne može funkcionirati, pa stoga vladavina prava zahtijeva da konačnu odluku o sadržaju zakona, kada se pojave sporovi, ne iznesu oni na vlasti, već neovisni i nepristrani suci.

Iz navedenog proizlazi da je vladavina prava nužan preduvjet za uspostavu načela jednakosti i nediskriminacije te da su zaštita ljudskih prava i vladavina prava proporcionalno povezane i međusobno ovisne, kao i da se ostvaruju i rastu zajedno, ali se u međusobnom učinku mogu i smanjivati i nestati.<sup>6</sup> Stoga je vrlo važno, a to je i jedan od proklamiranih ciljeva Europske unije (u daljem tekstu: EU), jačati neovisnost sudbene vlasti, a posebno upravnih sudaca, koji imaju vrlo težak zadatak biti brana nezakonitom postupanju države, iza kojeg često stoje politički moćni pojedinci i vladajuće stranke, dok bi iza sudaca trebali stajati samo oni sami, njihovo pravno znanje i ljudska savjest.

## **2. PREPREKE I POTICAJI OSTVARENJU NAČELA ZABRANE DISKRIMINACIJE**

Jedna od glavnih prepreka ostvarenju načela zabrane diskriminacije u upravnosudskoj praksi jest pretjerani pravni formalizam te autorica u svom istraživanju zaključuje da se u hrvatskoj znanstvenoj literaturi ne radi o često korištenom i istraživanom pojmu, što primjećuje i Staničić,<sup>7</sup> koji iznosi primjere sudskih odluka u postupcima javne nabave te na temelju njih zaključuje da pretjerani pravni formalizam u hrvatskom pravu nedvojbeno postoji i predstavlja negativnu pojavu.

Autorica smatra da je pravni formalizam nužna pretpostavka za ostvarivanje načela zakonitosti i pravne sigurnosti, koja se štite člankom 6. Konvencije u smislu predvidljivosti primjene pravne norme i čiji bi sadržaj trebao biti razumljiv svim adresatima na koje se odnosi, dakle svim građanima, dok je pretjerani pravni formalizam arbitrarna primjena prava, odnosno primjena prava suprotna zdravom razumu,<sup>8</sup> koja ne uzima u obzir svrhu norme koja se primjenjuje i specifične okolnosti nekog pravnog slučaja na koji se norma primjenjuje.

Rodin<sup>9</sup> je također istakao pretjerani pravni formalizam kao prepreku pravilnom prihvaćanju i primjeni prava EU-a u cjelini te je dao analizu uzroka tog problema upravo

---

<sup>6</sup> Vidi šire u: Vasiljević, S., *Temeljna prava i vladavina prava u EU: izazovi prije i nakon pridruživanja // Pravo i politika EU: stara pitanja novi odgovori*, Zagreb, HAZU, 2020.

<sup>7</sup> Vidi šire u: Staničić, F., *Pretjerani pravni formalizam i postupci javne nabave*, Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb, vol. 67, br. 3–4, 2017, str. 531–564, str. 540.

<sup>8</sup> Vidi šire u: Rajko, A., *Argument zdravog razuma*, portal IUSINFO, 15. travnja 2021., <https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/CLN20V01D2021B1497> (pristup: siječanj 2023.).

<sup>9</sup> Vidi šire u: Rodin, S., *Diskurs i autoritarnost u europskoj i postkomunističkoj pravnoj kulturi*, Politička misao, vol. XLII, br. 3, 2005, str. 41–64, str. 44 i 49.

u državama koje u povijesti nisu pripadale zapadnim demokracijama, a među njima je i Hrvatska. Navodi da pravo nije određeno tekstem, jer se u pravnu analizu uvode regulatorni ciljevi i politike, da sudionici pravnog diskursa imaju različitu moć i različite sposobnosti da pridonesu definiciji prava i da je jednom definirano pravo podložno stalnoj reinterpetaciji kroz pravni i politički diskurs, a upravo se Konvencija od 1950. primjenjivala prateći društveni kontekst te je time opravdala svoj naziv „živi instrument“. Autorica se slaže sa zaključkom da su se postkomunistički i postsocijalistički pravni sustavi pri harmonizaciji prava susreli s problemom pukog preuzimanja pravnih normi, a da nije uzeto u obzir da pravna pravila nužno imaju drugačije značenje u različitim kontekstima standarda znanja u smislu različite pravne kulture i socijalnog naslijeđa u shvaćanju uloge suca i tumačenju pravnih normi.<sup>10</sup>

Mańko<sup>11</sup> opisuje pojam pretjeranog pravnog formalizma i njegovih uzroka i posljedica u poljskoj pravnoj kulturi te ističe da se pretjerani pravni formalizam očituje u promišljanju što se smatra pravom, na koje se autoritete može pozvati u pravnoj argumentaciji te u pogledu same uloge suca koji odlučuje o slučaju. Koncept pravne interpretacije ograničava se na odgonetavanje unutrašnjeg značenja teksta, a svrha zakona ili neke odredbe traži se samo ukoliko gramatička interpretacija uzrokuje apsurdnu posljedicu. Sudac silogistički podvodi neko činjenično stanje pod pravnu normu, pri čemu nema razmišljanja o samoj svrsi pravila ili balansiranja između različitih načela ili interesa. Inzistira se na zakonskoj formi, a ne na sadržaju i svrsi, te takav sudac tužbu odbacuje i zbog najmanje formalnosti.

Navedene situacije pretjeranog pravnog formalizma već su uočene i u hrvatskoj sudskoj praksi, u postupcima javne nabave,<sup>12</sup> u građanskim sudskim postupcima<sup>13</sup> i u raznim drugim sudskim postupcima,<sup>14</sup> a u ovom se radu posebno upozorava na primjere iz upravnosudske prakse.

Potrebno je naglasiti da se u javnom prostoru sudske odluke, ovisno o kutu gledanja onoga tko ih komentira, često ocjenjuju političkima, dok suci smatraju da su njihove odluke samo zakonite i u skladu s vladavinom prava. U takvim se situacijama nalaze i upravni suci jer njihova nadležnost često uključuje rješavanje sporova u kojima su akteri na neki od načina upravo političari i druge javne osobe u raznim vrstama sporova koji se mogu odnositi na zakonitost njihovih djelovanja u privatnom i javnom životu. Te osobe mogu imati utjecaj i na javno mnijenje upravo s obzirom na to da je smisao upravnog spora ocjena zakonitosti postupanja državnih tijela kroz mnogobrojne pojedinačne ili opće upravne akte koje donose ili nekada i ne donose državna tijela (npr. šutnja administracije i razna postupanja

---

<sup>10</sup> Vidi Hofweber u: K. Korta, E. Sosa i J. Arrozola, 1999, cit. prema *ibid.*

<sup>11</sup> Vidi šire u: Mańko, R., *Weeds in the Gardens of Justice? The Survival of Hyperpositivism in Polish Legal Culture as a Symptom/Sinthome*, *Pólemos*, vol 7. br. 2, 2013, str. 207–233, str. 219 i 220.

<sup>12</sup> Staničić, *op. cit.* u bilj. 7.

<sup>13</sup> Vidi šire u: Verović, J., *Pretjerani pravni formalizam kao povreda prava na pošteno suđenje*, portal IUSINFO, str. 5 i 6, 2. lipnja 2022., <https://www.iusifo.hr/strucni-clanci/preterani-pravni-formalizam-kao-povreda-prava-na-posteno-sudenje> (pristup: lipanj 2022.).

<sup>14</sup> Rodin, *op. cit.* u bilj. 9.

u kojima se i ne donose upravni akti), kao i zaštita pojedinaca u ostvarivanju njihovih zakonskih prava i nametanju obveza od strane države. U izvješću Europske komisije o vladavini prava u Republici Hrvatskoj za 2021.<sup>15</sup> istaknuto je da je percepcija neovisnosti sudstva i dalje vrlo niska te je zabilježeno skraćivanje trajanja postupaka i smanjenje zaostalih predmeta, ali su potrebna daljnja poboljšanja kako bi se riješili ozbiljni izazovi učinkovitosti i kvalitete.

Posnerovi<sup>16</sup> su zaključili da se svaki zakonski tekst mora protumačiti kao bilo koji drugi oblik komunikacije, potrebno je uzeti u obzir duh vremena i specifične okolnosti te upotrijebiti više vrsta jezičnih i kulturoloških alata, a jedini test ispravnosti suđenja u pojedinim sudskim slučajevima jest vrijeme, jer su one sudske odluke koje se kasnije preglasaju ili ignoriraju samim time pale na testu vremena.

Za razliku od pretjeranog pravnog formalizma, koji predstavlja prepreku, vladavina prava utkana u pravni okvir EU-a predstavlja poticajnu okolnost za ostvarenje načela zabrane diskriminacije. Zaštita temeljnih ljudskih prava, među kojima je i pravo na jednakost i nediskriminaciju, kao bitnih elemenata nužnih za stabilnost vladavine prava, spominje se u članku 3. i 14. Ustava Republike Hrvatske te u ključnim dokumentima Ujedinjenih naroda, Vijeća Europe i EU-a. ESLJP kroz primjenu Konvencije pred države članice postavlja zahtjev da djeluju kao demokracije vođene vladavinom prava te, prema riječima Omejec,<sup>17</sup> Konvencija predstavlja ustavni instrument europskog javnog poretka u području ljudskih prava.

Prema stajalištu Europske komisije vladavina prava znači da sva tijela javne vlasti uvijek djeluju u okviru ograničenja utvrđenih zakonom, u skladu s vrijednostima demokracije i temeljnih prava te pod nadzorom neovisnih i nepristranih sudova.<sup>18</sup> Uključuje načela kao što su zakonitost, pravna sigurnost, zabrana proizvoljnog izvršenja izvršnih ovlasti, učinkovita sudska zaštita, koju osiguravaju neovisni i nepristrani sudovi, učinkovito sudsko preispitivanje, uključujući i poštovanje temeljnih prava, dioba vlasti i jednakost svih pred zakonom.<sup>19</sup>

Diskriminacija najčešće pogađa najranjivije skupine društva te uvelike ovisi o tolerantnosti i društvenoj svijesti o potrebi prihvaćanja razlika i uključivanja svih u pravni

---

<sup>15</sup> Izvješće Europske komisije o vladavini prava u Republici Hrvatskoj za 2021., Izvješće Europske komisije o vladavini prava u Republici Hrvatskoj za 2021., <https://transparency.hr/hr/novost/izvješće-europske-komisije-o-vladavini-prava-u-rh-za-2021.-915>, 21. prosinca 2022.

<sup>16</sup> Vidi šire u: Posner, R. A., *Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution*, Case Western Reserve Law Review, vol. 37, 1986, str. 179–217, str. 186 i 187.

<sup>17</sup> Vidi šire u: Omejec, J., *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Strasburški aquis, drugo dopunjeno izdanje*, Zagreb, Novi informator d. o. o., 2014, str. 873–979.

<sup>18</sup> Europska komisija, Jačanje vladavine prava u Uniji (Nacrt djelovanja), Komunikacija Europske komisije Europskom parlamentu, Europskom vijeću, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, COM (2019) 343 final, 17. 7. 2019. U okviru predmeta C-72/15 Rosneft Sud EU-a utvrdio je da je samo postojanje učinkovite pravne zaštite bit vladavine prava.

<sup>19</sup> Komunikacija Komisije Europskom parlamentu i Vijeću: Novi okvir EU-a za jačanje vladavine prava od 11. 3. 2014., COM (2014) 158 final.

život države kao socijalne zajednice. Vasiljević i Vinković<sup>20</sup> ističu da je koncept jednakosti ili ravnopravnosti jedan od najsloženijih u pravnoj teoriji i sudskoj praksi.

Barić i Vincan<sup>21</sup> navode da su u ime jednakosti kroz povijest izborne mnoge moralne pobjede, kao što je ukidanje ropstva, ukidanje feudalnih privilegija, širenje općeg biračkog prava, stavljanje rasne diskriminacije izvan zakona i emancipacija žena, te da je Aristotel smatrao da su davanje prava svakoj osobi u smislu pravednosti i podjednako tretiranje osobe u smislu jednakosti ekvivalentni pojmovi.

Prema autoričinu mišljenju, ideal svih pravnika trebala bi biti jednakost koja je što bliža pravdi, a uzevši u obzir izvjesnu relativnost navedenih pojmova, koji se u stvarnom životu neizbježno procjenjuju u međusobnom prožimanju objektivnosti i subjektivnosti onoga tko to pokušava sagledati i procijeniti. Zaključak je da je formalno načelo jednakosti utjelovljeno na način da slične treba tretirati slično ili da jednake treba tretirati jednako, iz čega je i nastalo pravilo zajedničko svim suvremenim državama da su sve osobe pred zakonom jednake,<sup>22</sup> pa se prema tome zakon mora primjenjivati jednako prema svima, ali uvijek uz uvažavanje specifičnih okolnosti i svrhe zakona, iz čega proizlazi da je cilj što pravednije primijeniti zakon.

Prema članku 14. Konvencije, koja je na snazi u odnosu na Republiku Hrvatsku od 5. studenoga 1997., uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osigurati će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost. Iz sadržaja navedenog članka razvidno je da do diskriminacije načelno mora doći u kontekstu zaštite nekog drugog konvencijskog prava, kao što je npr. pravo na privatni i obiteljski život iz članka 8. Konvencije ili pravo vlasništva iz članka 1. Protokola 1, u čemu mogu postojati iznimke u smislu samostalne povrede članka 14. Konvencije, ali kojima se autorica posebno ne bavi u ovom radu.<sup>23</sup>

Osim izričito navedenih osnova diskriminacije autorica naglašava da izraz druga okolnost tu listu čini otvorenom te da druga okolnost može biti nečija životna dob, rodni identitet, seksualna orijentacija, zdravlje i invalidnost, roditeljski i bračni status, imigracijski status, status s obzirom na zaposlenje, obrazovni status, pristup socijalnim i političkim pravima ili bilo koja druga okolnost koja se pojavila ili će se tek u budućnosti pojaviti kao osnova diskriminacije.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> Vidi šire u: Vasiljević, S.; Vinković, M., *Temeljna prava i zabrana diskriminacije u praksi europskih i nacionalnih sudova*, Narodne novine, Zagreb, 2019, str. 43 i 44.

<sup>21</sup> Vidi šire u: Barić, S.; Vincan, S., *Ustavno-pravno načelo jednakosti i pravno uređenje istospolnih zajednica*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 50, br. 1, 2013, str. 84.

<sup>22</sup> Barić i Vincan, *op. cit.* u bilj. 21, str. 87.

<sup>23</sup> Vidi Vodič kroz članak 14. Europske konvencije o ljudskim pravima i članak 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju, *Zabrana diskriminacije*, ažuriran 28. veljače 2023., str. 7 i 8.

<sup>24</sup> Vidi članak 1. Zakona o suzbijanju diskriminacije, Narodne novine, 85/2008 i 112/2012.

Člankom 1. Protokola broj 12 uz Konvenciju, koji je na snazi u odnosu na Republiku Hrvatsku od 1. travnja 2005., propisana je opća zabrana diskriminacije te se prema pratećem izvješću s objašnjenjima uz navedeni Protokol radi o uživanju prava izrijeckom priznatih pojedincu u domaćem zakonodavstvu, tj. prava koje može izvirati iz neke javne obveze javne vlasti prema domaćem pravu.

Daka<sup>25</sup> navodi da se iz presuda ESLJP-a može zaključiti da se najviše antidiskriminacijskih slučajeva odnosi na jednakost spolova, rasno podrijetlo ili seksualnu orijentaciju, ali očekuje da će opseg zaštićenih osnova u budućnosti evoluirati sukladno brzinskim promjenama u društvu.

ESLJP se u svojim presudama<sup>26</sup> koristi formulacijom da mora postojati razlika u postupanju s pojedincima u istoj ili relevantno sličnoj situaciji koja se temelji na prepoznatljivom obilježju te iz prakse tog suda proizlazi da se izravna ili neposredna diskriminacija temelji na manje povoljnom ili štetnom postupanju prema pojedincu ili skupini pojedinaca na osnovi zabranjenih diskriminacijskih osnova navedenih u članku 14. Konvencije. Neizravna ili posredna diskriminacija postoji onda kada su praksa, propisi ili pravila, zahtjevi ili uvjeti, naizgled neutralni, ali nepovoljno utječu na određene skupine, pa ta vrsta zabrane diskriminacije od države zahtijeva da uvažava relevantne razlike među skupinama, npr. u predmetu Oršuš i dr. protiv Hrvatske<sup>27</sup> diskriminatornom je utvrđena mjera smještanja romske djece u posebne razredne odjele na temelju njihova nedovoljnog poznavanja hrvatskog jezika.

Kod formalne ili pravne jednakosti prema pojedincima se mora jednako postupati, pri čemu se i sličnosti i razlike trebaju uzeti u obzir, jer bi u suprotnom dosljednost postupanja bila nedostatna za osiguranje opće jednakosti, dok materijalna ili supstancijalna jednakost zahtijeva da se prema pojedincima u različitim situacijama postupa različito, jer se traži jednakost rezultata na način da pravo osigura svim pojedincima jednaku mogućnost uzimajući u obzir njihove različite početne pozicije i dobivanje pristupa željenim rezultatima.<sup>28</sup>

Naime, prema konvencijskoj praksi,<sup>29</sup> postojanje jednakosti utvrđuje se usporedbom položaja jednih i drugih u sličnim situacijama, a ukoliko postoji nejednakost, ona mora biti opravdana na temelju kriterija testa diskriminacije. Test diskriminacije zahtijeva odgovore na pitanja postoji li različito postupanje prema osobama u analognim ili relevantno sličnim situacijama ili propust da se različito postupa prema osobama u

---

<sup>25</sup> Vidi šire u: Daka, M., *Reflections on the Principle of Equal Treatment in EU Law and the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union and the European Convention on Human Rights*, 9 Acta Universitatis Sapientiae: Legal Studies, vol. 9, 2020, str. 15.

<sup>26</sup> Vodič, *op. cit.* u bilj. 23, str. 16–21.

<sup>27</sup> ESLJP, Oršuš i drugi protiv Hrvatske (Veliko vijeće), zahtjev broj 15766/03 od 16. ožujka 2010., t. 152.–153.

<sup>28</sup> Omejec, *op. cit.* u bilj. 17.

<sup>29</sup> ESLJP, Jurčić protiv Hrvatske, zahtjev br. 54711/15 od 4. veljače 2021., Guberina protiv Hrvatske, zahtjev br. 23682/13 od 22. ožujka 2016., Pajić protiv Hrvatske, zahtjev br. 68453/13 od 23. veljače 2016. itd.

relevantno različitim situacijama ako postoji legitiman cilj i jesu li primijenjena sredstva razmjerna tom cilju ili podnositelj snosi nerazmjernan teret te premašuje li razlika u postupanju marginu diskrecije države.<sup>30</sup>

Stoga bi, ukoliko bi bili zadovoljeni i ostali koraci iz testa razmjernosti, dakle legitiman cilj, sredstva razmjerna tom cilju, nepostojanje nerazmjernog tereta na strani podnositelja te da razlika u postupanju, ukoliko postoji, ne premašuje marginu diskrecije države, bilo dopušteno različito postupanje, koje bi kao legitiman cilj imalo ispravljanje činjeničnih nejednakosti (npr. legitiman cilj može biti zaštita nacionalne manjine ili zaštita romske djece) ili provođenje mjera gospodarske ili socijalne politike.

ESLJP će analizirati je li se pojavila razlika u postupanju između osoba u usporedivoj situaciji ili je li prema osobama koje nisu u usporedivoj situaciji postupano na jednak način. Naime, razlika u postupanju diskriminatorna je ukoliko nema legitiman cilj ili ukoliko nema razumnog odnosa proporcionalnosti između korištenih sredstava i željenog cilja.<sup>31</sup>

Iz presuda ESLJP-a proizlazi da podnositelj prvo mora pokazati i uvjeriti sud da je vrlo moguće da je došlo do razlike u postupanju. U tom slučaju tužena je država dužna dokazati da je razlika u postupanju bila opravdana, a sve u cilju da države na sebe preuzmu odgovornost za jednako postupanje, a da se istovremeno žrtvama diskriminacije olakša dokazivanje. Standard dokaza u slučajevima diskriminacije smješten je između dva standarda dokaza, onog „vaganja vjerojatnosti i onog izvan razumne sumnje“, te nema procesnih zapreka za dopuštenost dokaza, jer se zaključci zasnivaju na procjeni svih dokaza, uključujući i činjenice i očitovanja stranaka, te je stupanj uvjerenosti donošenja zaključka povezan sa specifičnošću slučaja.<sup>32</sup>

Danisi<sup>33</sup> zaključuje da je ESLJP kroz svoje presude isticao da konvencijska prava moraju biti tumačena i branjena na način da uzimaju u obzir društvene promjene, da zaštita ljudskih prava mora biti praktična i učinkovita, te je s vremenom proširio opseg zabranjenih postupanja u primjeni načela zabrane diskriminacije.

Vijeće Europe izdalo je tako Standarde u borbi protiv diskriminacije na osnovi seksualne orijentacije i rodnog identiteta, u kojima se navode najčešće predrasude te se na njih odmah daju i znanstveni odgovori.

Kao primjer navodi se predrasuda da je homoseksualnost bolest i devijacija osobnosti, iako većina znanstvenika smatra da je homoseksualnost prirodna varijanta ljudskog

---

<sup>30</sup> Vodič, *op. cit.* u bilj. 23, str. 16.

<sup>31</sup> Molla Sali v. Grece, Application no 20452/14, ECLI:CE:ECHR:2018:1219JUD002045214, para. 133. & para. 135., Burden v. United Kingdom, Application no 13378/05, ECLI:CE:ECHR:2008:0429JUD001337805, para. 60.

<sup>32</sup> Omejec, *op. cit.* u bilj. 16.

<sup>33</sup> Vidi šire u: Danisi, C., *How Far Can the European Court of Human Rights Go in the Fight against Discrimination – Defining New Standards in Its Nondiscrimination Jurisprudence*, International Journal of Constitutional Law, vol. 9, br. 3–4, 2011, str. 793–807, str. 806 i 807.

ponašanja, a Svjetska zdravstvena organizacija prije gotovo dvadeset godina zaključila je da se ne radi o bolesti, zatim predrasuda da je homoseksualnost u porastu, a u stvari se radi samo o tome da postaje vidljivija u društvu.<sup>34</sup>

Kao jedna od predrasuda navodi se i tvrdnja da zakonsko priznanje istospolnih zajednica predstavlja opasnost za tradicionalnu obitelj, iako ta činjenica nije ni od kakva utjecaja na odluku pojedinaca da stupe u brak ili imaju djecu. Također nema nikakvih znanstvenih dokaza da propaganda može preobratiti mlade ljude u homoseksualce, kao što neheteroseksualno orijentirani ljudi sami po sebi ne mogu predstavljati nikakvu veću opasnost za djecu od heteroseksualaca.<sup>35</sup>

Nadalje, kao predrasuda navodi se tvrdnja da homoseksualci traže posebna prava, dok se zapravo radi o pravima koja su zajamčena svim ljudskim bićima u međunarodnim propisima koji se odnose na ljudska prava.<sup>36</sup>

Navedena je zatim i predrasuda da zaštita mladih ljudi zahtijeva nejednako postupanje prema homoseksualcima iako je ESLJP utvrdio da samo homoseksualno iskustvo ne dovodi do promjene spolne orijentacije s obzirom na to da se u većini slučajeva seksualna orijentacija oblikuje i prije puberteta.<sup>37</sup>

U odnosu na predrasudu da zaštita tradicionalne obitelji opravdava diskriminaciju protiv istospolnih partnera ESLJP je smatrao da, uz primjenu strogog testa proporcionalnosti, vlade moraju obrazložiti zašto je potrebno isključiti istospolne parove iz prava i povlastica priznatih tradicionalnim obiteljima u svrhu njihove zaštite.<sup>38</sup>

Autorica smatra da bi svim praktičarima upravnog prava bilo jako korisno upoznati se s prethodno iznesenim standardima Vijeća Europe u kojima se opisuje što se sve smatra predrasudama koje otežavaju borbu protiv diskriminacije.

### **3. PRIMJERI SUDSKE PRAKSE RELEVANTNI ZA OSTVARENJE NAČELA ZABRANE DISKRIMINACIJE U ODNOSU NA REPUBLIKU HRVATSKU**

#### **3.1. Praksa Europskog suda za ljudska prava**

U vremenu pisanja ovog rada najnovija presuda ESLJP-a bila je Jurčić protiv Hrvatske,<sup>39</sup> koja je označena kao vodeći slučaj (*key case*).<sup>40</sup> Njome je utvrđena povreda članka 14. Konvencije u odnosu na zabranu diskriminacije na temelju spola u vezi s člankom 1.

---

<sup>34</sup> Standardi Vijeća Europe, str. 69.

<sup>35</sup> Standardi Vijeća Europe, str. 70.

<sup>36</sup> Standardi Vijeća Europe, str. 72.

<sup>37</sup> ESLJP, *S. L. v. Austria*, 2003, par. 43.

<sup>38</sup> ESLJP, *Karner v. Austria*, 2004.

<sup>39</sup> ESLJP, *Jurčić protiv Hrvatske*, zahtjev broj 54711/15 od 4. veljače 2021.

<sup>40</sup> *Key case* – vodeći slučaj oznaka je ESLJP-a za novoustanovljenu praksu suda od šireg značaja.

Protokola broj 1, tj. po osnovi prava vlasništva, i to kao izravna diskriminacija na temelju spola. Upravni se postupak vodio zbog odbijanja zahtjeva tužiteljice da joj se prizna pravo na naknadu plaće zbog bolovanja zbog komplikacija u trudnoći, i to nakon samo mjesec dana od početka zasnivanja radnog odnosa, s obzirom na to da je netom prije zasnivanja radnog odnosa tužiteljica bila podvrgnuta *in vitro* oplodnji, čiju uspješnost nije mogla predvidjeti, te je kao bitna istaknuta činjenica da je tužiteljica prije toga četrnaest godina bila zaposlena i da je imala uredne uplate za zdravstveno osiguranje.

ESLJP u presudi spominje članak 10. odredbe Direktive 92/85/EEC od 19. listopada 1992. o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja na radu trudnica i radnica koje su nedavno rodile ili doje, o zabrani otkaza takvim osobama, osim u slučaju postojanja osnovanih razloga, koji moraju biti pisano obrazloženi, i na članak 29. navedene Direktive, koji obvezuje države članice da uzmu u obzir cilj jednakosti između muškaraca i žena kada sastavljaju i primjenjuju zakone, propise, upravne odredbe, politike i aktivnosti u područjima na koja se odnosi Direktiva. Nadalje, spominje sudsku praksu Suda EU-a, i to predmet Dekker,<sup>41</sup> u kojem se radilo o ženi koja se prijavila za posao i bila je najbolji kandidat, ali nije primljena jer je bila trudna, te je kao razlog poslodavac naveo da bi sam morao platiti troškove njezina roditeljnog dopusta, zbog čega si ne bi mogao priuštiti zamjenu za vrijeme njezine odsutnosti. Međutim, sud je zauzeo stav da svako nepovoljno postupanje direktno ili indirektno povezano s trudnoćom ili majčinstvom predstavlja izravnu diskriminaciju na temelju spola. Zatim spominje predmet Webb,<sup>42</sup> u kojem je sud zauzeo stav da zaštita osigurana pravom zajednice za žene tijekom trudnoće i poslije rođenja djeteta ne može ovisiti o tome je li prisutnost te osobe na poslu tijekom majčinstva nužna za pravilan rad tvrtke u kojoj je zaposlena, jer bi svako suprotno tumačenje direktivu učinilo neučinkovitim. Nadalje spominje i predmet Tele Danmark,<sup>43</sup> u kojem je sud zaštitu proširio i na odsutnost s posla zbog trudnoće i na ugovore na određeno vrijeme. U presudi se obrazlaže da otkaz radnici zbog trudnoće predstavlja izravnu spolnu diskriminaciju, i to bez obzira na prirodu i opseg ekonomskih gubitaka poslodavca zbog takve zaposlenice, jer činjenica je li ugovor sklopljen na određeno ili neodređeno vrijeme nema utjecaj na diskriminatorni karakter takva otkaza budući da u oba slučaja postoji nemogućnost zaposlenice da ispuni ugovor zbog trudnoće. Zatim spominje predmet Brown,<sup>44</sup> u kojem je zaključeno da su poremećaji i komplikacije koji mogu uzrokovati nesposobnost za rad uključeni u stanje trudnoće i time čine specifičan oblik tog stanja. Nadalje spominje predmet McKenna,<sup>45</sup> u kojem je izraženo shvaćanje da se ženi zbog bolesti vezane uz trudnoću može smanjiti plaća pod uvjetom da je na jednak način smanjena i plaća muškarcu koji je odsutan zbog bolesti, a iznos te plaće ne smije biti tako nizak da narušava cilj zaštite trudnice. Konačno, spominje i predmet Mayr,<sup>46</sup> u kojem je u presudi zaključeno da otkaz ženi zbog toga što se

<sup>41</sup> Sud EU-a, *Dekker*, C-177/88 od 8. studenoga 1990, ECLI:EU:C:1990:383.

<sup>42</sup> Sud EU, *Webb*, C-32/93 od 14. srpnja 1994, ECLI:EU:C:1994:300.

<sup>43</sup> Sud EU, *Tele Danmark*, C-109/00 od 4. listopada 2001, ECLI:EU:C:2001:513.

<sup>44</sup> Sud EU, *Brown*, C-394/96 od 30. lipnja 1998, ECLI:EU:C:1998:331.

<sup>45</sup> Sud EU, *McKenna*, C-191/03 od 8. rujna 2005, ECLI:EU:C:2005:513.

<sup>46</sup> Sud EU, *Mayr*, C-506/06 od 28. veljače 2008, ECLI:EU:C:2008:119.



podvrgnula važnoj fazi oplodnje *in vitro* predstavlja izravnu diskriminaciju na temelju spola.

ESLJP je zaključio da podnositeljicu zahtjeva treba usporediti sa svim trudnicama, bez obzira na način oplodnje, koje su sklopile ugovor o zaposlenju i nakon toga zatražile naknadu plaće zbog bolovanja radi komplikacija u trudnoći (t. 58.). Pri tome se ESLJP pozvao na osnovna načela da je za svrhu članka 14. Konvencije nejednako postupanje diskriminatorno ako nema objektivnog i razumnog opravdanja, ako ne slijedi zakonit cilj ili nema razumnog odnosa proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi postići<sup>47</sup> (t. 62.). Istaknuto je da je za primjenu članka 14. Konvencije nužno da postoji razlika u postupanja na osnovi određene karakteristike<sup>48</sup> te da se načelno poštuje politika zakonodavčeva izbora, osim ako je očito bez razumnih temelja<sup>49</sup> (t. 64.). Kod jednakosti spolova margina diskrecije ili margina prosudbe država članica, u smislu dopuštenog prostora nacionalne regulatorne autonomije danog državama članicama pod uvjetom da se nacionalna mjera ili praksa primjenjuje na nediskriminirajući način te da prolazi test proporcionalnosti, uska je te u takvim situacijama načelo proporcionalnosti zahtijeva da je izabrana mjera prikladna cilju i nužna u danim okolnostima<sup>50</sup> (t. 65.). Ističe se da je uvođenje mjera zaštite majčinstva osnovno za ostvarivanje načela jednakosti muškaraca i žena te da su nadležna tijela propustila objasniti kako je tužiteljica mogla svjesno zaključiti prijevarni ugovor o zaposlenju kada nije mogla znati hoće li zaista zatrudnjeti te kada domaće pravo omogućava rad trudnicama, a poslodavcu zabranjuje da traži bilo kakve informacije u vezi s trudnoćom ili naloži drugoj osobi da traži takve informacije (t. 76. i 81.).

Iz navedene presude možemo zaključiti da upravna tijela i sudovi nisu uzeli u obzir širu sliku jer predmetni radni odnos i kasnije korištenje prava na bolovanje koje proističe iz tog radnog odnosa nisu povezali s tužiteljčinim ranijim radnim stažem niti su posebno ispitali postoje li u ovom slučaju elementi prijevarnog postupanja u smislu prekršajnog ili kaznenog prava ili ništavosti ugovora u smislu radnog prava te stoga nisu uspjeli obrazložiti da se u konkretnom slučaju radilo o opravdanoj i nužnoj diskriminaciji žene na temelju spola.

Dakle, zaključak je da neuzimanje u obzir svih relevantnih okolnosti i nestavljanje na vagu relevantnih načela ulazi u pojam pretjeranog pravnog formalizma, zbog čijeg je utjecaja povredu zabrane diskriminacije na temelju spola nastalu u upravnom postupku otklonio tek ESLJP u predmetnoj presudi koristeći riječ stereotip u negativnom kontekstu uskogrudnog razmišljanja i predrasuda. U presudi se izričito navodi da, prema shvaćanju

<sup>47</sup> Vidi opširnije u presudi ESLJP, *Molla Sali v. Greece*, broj 20452/14 od 19. prosinca 2018., par. 133 i 135.

<sup>48</sup> Vidi opširnije u presudi ESLJP, *Fabian v. Hungary*, broj 78117/13 od 6. rujna 2017., par. 113.

<sup>49</sup> Vidi opširnije u presudi ESLJP, *Carson and others v. United Kingdom*, broj 42184, ECHR 2010., par. 61.

<sup>50</sup> Vidi opširnije u presudi ESLJP-a *Emel Boyraz v. Turkey*, broj 61960/08, od 2. prosinca 2014., par. 51.

ESLJP-a, spolni stereotipi takve vrste predstavljaju ozbiljnu zapreku za ostvarenje stvarne sadržajne rodne jednakosti, koja je jedan od glavnih ciljeva članica Vijeća Europe.<sup>51</sup>

Važno je naglasiti da je iz te presude razvidan utjecaj prakse i prihvaćanje obrazloženja primjene standarda i načela zabrane diskriminacije u području radnog prava koja je razradio Sud EU-a na konkretni postupak iz područja upravnog prava od strane ESLJP-a.

Na temelju te presude u odnosu na Republiku Hrvatsku u postupku WECL<sup>52</sup> 24. ožujka 2022. utvrđena je istovjetna povreda u predmetima Ručević protiv Hrvatske, zahtjev br. 1082/20, Banović protiv Hrvatske, zahtjev br. 17951/20, i Lukežić protiv Hrvatske, zahtjev br. 20805/20, te je nakon toga u sva tri predmeta između stranaka zaključena nagodba. Radi se o postupku koji je tek nedavno uveden u rad ESLJP-a s ciljem bržeg rješavanja predmeta u kojima se traži utvrđivanje povrede nekog članka Konvencije u vezi s činjeničnim stanjem u odnosu na koje je prema određenoj državi već u nekom ranijem predmetu, označenom kao vodeći predmet, zauzet pravni stav da se radi o vrsti systemske povrede. Možemo to nazvati vrstom oglednog spora u kojem se, ukoliko se prepozna da činjenice novog predmeta odgovaraju činjenicama iz ranijeg predmeta u kojem je već utvrđena povreda, ispunjava unaprijed formulirani obrazac za tu situaciju te se vladi i podnositelju zahtjeva dostavlja prijedlog nagodbe, a u slučaju njezina prihvaćanja predmet ne završava donošenjem presude, već sklapanjem nagodbe, čiji je sadržaj, prema pravilima rada ESLJP-a, uvijek tajan.

Ranija vrlo značajna presuda ESLJP-a kojom je utvrđena izravna diskriminacija zbog povezanosti s drugom osobom na temelju invaliditeta djeteta po osnovi prava vlasništva bila je Guberina protiv Hrvatske,<sup>53</sup> također označena kao vodeći slučaj. Činjenice su predmeta da je otac djeteta s invaliditetom podnio zahtjev za oslobođenje od plaćanja poreza na promet nekretnina pri kupnji druge nekretnine, tj. kuće, radi rješavanja stambenog pitanja, jer je obitelj do tada živjela na trećem katu bez lifta, te je utvrđeno postojanje povrede članka 14. Konvencije u vezi s člankom 1. Protokola 1 zbog pretjeranog pravnog formalizma nacionalnih sudova i upravnih tijela. Naime, porezne su vlasti zahtjev odbile jer je raniji stan površinom bio dovoljno velik za cijelu obitelj i imao je svu potrebnu infrastrukturu. ESLJP je utvrdio da nisu uzete u obzir specifičnosti konkretnog slučaja, tj. tužiteljeve stambene potrebe u odnosu na dijete s invaliditetom, pa je time tužitelj diskriminiran u odnosu na sve druge osobe koje stječu nekretninu radi zadovoljenja stambenih potreba, a koje su oslobođene poreza na promet nekretnina ako postojeća nekretnina ne zadovoljava njihove stambene potrebe, s obzirom na to da su kao zakonski kriteriji bili propisani kvadrati nekretnine ovisno o broju članova obitelji, a ne situacija prilagodbe stanovanja osobi s invaliditetom.

---

<sup>51</sup> „In the Court' view, gender stereotyping of this sort presents a serious obstacle to the achievement of real substantive gender equality, which as already stated, is one of the major goals in the member States of the Council of Europe“ – citat iz presude Jurčić protiv Hrvatske, zahtjev br. 54711/15 od 4. veljače 2021.

<sup>52</sup> WECL – *well established case law*.

<sup>53</sup> ESLJP, Guberina protiv Hrvatske, zahtjev br. 23682/13 od 22. ožujka 2016.

U presudi je zaključeno da su nadležna tijela dužna uzeti u obzir sve specifične okolnosti slučaja i izbjegavati automatsku primjenu zakona (t. 89., 91. i 92.).

Iste godine u predmetu Pajić protiv Hrvatske<sup>54</sup> ESLJP je donio presudu kojom je u odnosu na RH utvrđena povreda članka 14. zabrane diskriminacije u vezi s člankom 8. Konvencije, tj. prava na poštivanje privatnog i obiteljskog života, s obrazloženjem da se radilo o automatskoj primjeni prava. U konkretnom slučaju upravni postupak vodio se zbog zahtjeva tužiteljice, državljanke Bosne i Hercegovine, za privremeni boravak u RH u svrhu spajanja obitelji, jer se već nekoliko godina nalazi u stabilnoj istospolnoj vezi s partnericom iz RH, koja za nju predstavlja obitelj. Zahtjev je odbijen jer prema Zakonu o strancima<sup>55</sup> istospolna zajednica ne predstavlja obitelj. ESLJP je zaključio da je činjenica da su podnositeljica i njezina djevojka bile u vezi već nekoliko godina te da su se redovito posjećivale dovoljna da se utvrdi kako se podnositeljica i njezina djevojka nalaze u stabilnoj vezi koja potpada pod konvencijski pojam obitelji.

ESLJP nije našao opravdanja za državu i zaključio je da je važeći Zakon o strancima diskriminatoran jer predviđa različito postupanje između istospolnih i heteroseksualnih parova s obzirom na to da je pravo na privremeni boravak u RH u svrhu spajanja obitelji isključivo rezervirano za heteroseksualne parove. ESLJP ističe da zaključak o iscrpljivanju domaćih pravnih lijekova mora biti s nekim stupnjem elastičnosti i bez pretjeranog formalizma (t. 42.) te naglašava da domaća tijela prilikom postupanja po zahtjevu za privremeni boravak nisu u dovoljnoj mjeri ispitala podnositeljčinu situaciju, već su se automatizmom pozvala na odredbe Zakona o strancima iz kojih proizlazi da istospolna zajednica ne predstavlja obitelj (t. 89., 91. i 92.).

Dakle, i u ovoj je presudi sud, koristeći termin pretjerani formalizam i automatska primjena zakona, upozorio na pretjerani pravni formalizam kod primjene prava primijenjen i u pristupu rješavanju slučaja i od strane upravnih tijela i kasnije sudova.

Još ranije, 2013., ESLJP je u predmetu Topčić-Rosenberg protiv Hrvatske<sup>56</sup> utvrdio povredu članka 14. zabrane diskriminacije, i to ponovno u vezi s člankom 8. Konvencije, zbog primjene mjerodavnog prava na pretjerano formalan i nefleksibilan način. U ovom slučaju upravni se postupak vodio zbog zahtjeva tužiteljice za priznanje prava na korištenje porodiljnog dopusta samozaposlene osobe nakon posvojenja trogodišnjeg djeteta. Zahtjev je odbijen sukladno Zakonu o porodnom dopustu majki koje obavljaju samostalnu djelatnost i nezaposlenih majki<sup>57</sup> jer se radi o djetetu starijem od jedne godine.

U presudi je primijećeno da se različitost postupanja prema podnositeljici kod ostvarivanja prava na porodni dopust kao poslovnoj ženi koja obavlja samostalnu djelatnost temeljila na njezinu statusu posvojiteljice te su joj uskraćeni pravo na porodni

---

<sup>54</sup> ESLJP, Pajić protiv Hrvatske, zahtjev br. 68453/13 od 23. veljače 2016.

<sup>55</sup> Zakon o strancima, Narodne novine, 79/2007 i 36/2009.

<sup>56</sup> ESLJP, presuda Topčić-Rosenberg protiv Hrvatske, zahtjev br. 19391/11 od 14. studenoga 2013.

<sup>57</sup> Zakon o porodnom dopustu majki koje obavljaju samostalnu djelatnost i nezaposlenih majki, Narodne novine, 24/1996, 109/1997, 82/2001 i 30/2004.

dopust i s time povezane novčane potpore nakon što je posvojila svoje dijete, iako biološke majke takvo pravo imaju od dana rođenja djeteta do godine dana života djeteta. ESLJP je zauzeo shvaćanje da je svrha roditeljskog ili porodnog dopusta omogućiti majci da ostane kod kuće i brine se o djetetu te je time posvojiteljica u sličnoj situaciji kao i biološki roditelj. Slijedom navedenoga zaključeno je da su domaća tijela primijenila mjerodavno pravo na pretjerano formalan i nefleksibilan način jer su zanemarila opća načela priznata Zakonom o radu, koji je uzeo u obzir da položaj biološke majke u trenutku poroda odgovara položaju posvojiteljice neposredno nakon posvojenja. (t. 46.). Prema tome, ne nalazeći nijedno objektivno i razumno opravdanje za različitost postupanja prema podnositeljici kao posvojiteljici prilikom odobravanja njezina prava na porodni dopust nakon posvojenja djeteta u odnosu na biološku majku, koja takvo pravo ima od poroda, ESLJP smatra da takvo različito postupanje predstavlja diskriminaciju (t. 47.).

Iz presude je razvidno da ESLJP u obrazloženju utvrđene povrede zabrane diskriminacije u vezi s pravom na privatni život izričito koristi termin primjene mjerodavnog prava na pretjerano formalan i nefleksibilan način.

### 3.2. Praksa hrvatskih sudova

Ovakva obrazloženja ESLJP-a utjecala su i na promjenu stava Ustavnog suda Republike Hrvatske (u daljem tekstu: Ustavni sud), koji je 2015. u svojoj odluci<sup>58</sup> zaključio da je Upravni sud RH pretjerano formalistički primijenio članak 11. točku 10. Zakona o porezu na promet nekretnina<sup>59</sup> kada je zaključio da tužitelj nije kupio stan u Rijeci radi rješavanja stambenog pitanja s obzirom na to da su njegova supruga i sin ostali živjeti u tom stanu, a on se privremeno odselio kod roditelja u Mali Lošinj iz poslovnih razloga, a ti njegovi navodi u postupku uopće nisu ispitivani.

Ustavni je sud 2016. u svojoj vrlo često citiranoj odluci<sup>60</sup> izrazio stajalište da su nadležna tijela i sudovi dužni tumačiti sve mjerodavne propise u njihovoj ukupnosti, stalno imajući na umu da njihove odluke ne smiju dovoditi do nerazumno i objektivno neopravdanog ishoda za samu stranku, a ponajmanje kršiti ustavna prava stranaka ili objektivne vrijednosti hrvatskog ustavnog poretka.

Kasnije je 2017. uslijedila i vrlo važna odluka Ustavnog suda<sup>61</sup> o izjednačavanju izvanbračnih drugova s bračnima u pogledu primjene poreznih zakona prilikom odlučivanja o oslobađanju od plaćanja poreza na promet nekretnina, poreza na nasljedstvo i darove, priznavanja osobnog odbitka poreza na dohodak za uzdržavanog člana, a upravo da bi se otklonila diskriminacija u poreznim stvarima na temelju obiteljskog statusa. U obrazloženju odluke navodi se da Ustavni sud više ne može prihvaćati administrativnu i sudsku praksu uskog i mehaničkog tumačenja pojma „bračni

<sup>58</sup> Ustavni sud Republike Hrvatske, odluka broj U-III-1311/2014 od 17. srpnja 2015.

<sup>59</sup> Zakon o porezu na promet nekretnina, Narodne novine, 69/1997, 26/2000, 127/2000 i 153/2002.

<sup>60</sup> Ustavni sud Republike Hrvatske, odluka broj U-III-5989/2013 od 9. veljače 2016.

<sup>61</sup> Ustavni sud Republike Hrvatske, odluka broj U-III-3034/12 od 21. veljače 2017.

drug“ u primjeni Zakona o porezu na promet nekretnina<sup>62</sup> jer ne nalazi nijedno objektivno i razumno opravdanje za različitost postupanja prema podnositelju kao izvanbračnom drugu prilikom primjene odredbi o oslobađanju od plaćanja poreza na promet nekretnina.

Prvostupanjski sud otklonio je povredu zabrane diskriminacije u vezi s člankom 1. Protokola 1 Konvencije u presudi Upravnog suda u Zagrebu<sup>63</sup> u upravnoj stvari oslobođenja plaćanja poreza na nasljedstvo prvog nasljednog reda prema ugovoru o dosmrtnom uzdržavanju. Naime, u tada važećem Zakonu o porezu na promet nekretnina<sup>64</sup> kao temelj oslobođenja od plaćanja poreza na promet nekretnina bio je naveden ugovor o doživotnom uzdržavanju, ali ne i ugovor o dosmrtnom uzdržavanju, pa je sud zaključio da je propis trebalo tumačiti na način da se on odnosi i na potomka iz uspravne linije koji nekretninu stječe na temelju ugovora o dosmrtnom uzdržavanju, a kako je to pravilno uneseno u važeći Zakon o porezu na promet nekretnina.<sup>65</sup> Naime, kod oba ugovora radi se o istom obiteljskom odnosu, koji rezultira istim imovinskim posljedicama obveze uzdržavanja i stjecanja nekretnine, te je jedina razlika trenutak stjecanja nekretnine, pa je upitno koji bi to opravdani razlog mogao postojati da te dvije osnove stjecanja nekretnina rezultiraju različitim utvrđenjima nepostojanja i postojanja porezne obveze.

Presudom Visokog upravnog suda Republike Hrvatske (u daljem tekstu: Visoki upravni sud)<sup>66</sup> potvrđena je prvostupanjska presuda Upravnog suda u Zagrebu<sup>67</sup> kojom su poništena rješenja upravnih tijela te je presudom usvojen zahtjev tužiteljica za upis činjenice sklopljenog istospolnog braka u inozemstvu u registar životnog partnerstva. U obrazloženju se navodi da je prvostupanjski sud pravilno ocijenio da je odbijanjem zahtjeva tužiteljica za upis činjenice sklopljenog istospolnog braka u inozemstvu u registar životnog partnerstva u Republici Hrvatskoj došlo do diskriminacije na osnovi spolne orijentacije prema tužiteljicama jer se radi o različitom postupanju u neosobnom kontekstu prema osobama u usporedivim situacijama bez objektivnog i razumnog opravdanja. Naime, u usporedivoj situaciji bračni drugovi koji sklope brak u inozemstvu mogu, sukladno odredbi članka 40. Zakona o državnim maticama,<sup>68</sup> u Republici Hrvatskoj upisati činjenicu sklapanja braka u inozemstvu u maticu vjenčanih, osim iznimke u odnosu na konzularne brakove sklopljene u trećim državama, dok tužiteljice koje su sklopile istospolni brak u inozemstvu ne mogu taj brak upisati u registar životnog partnerstva kao ekvivalentan službenoj evidenciji, koju također vode matičari, iako bi to bilo moguće da su životno partnerstvo sklopile u Republici Hrvatskoj.

Slijedom navedenog ocijenjeno je mehaničkim obrazloženje tuženika da je zahtjev tužiteljica pravilno odbijen pozivom na točku 13.2. Naputka o vođenju registra životnog

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, Zakon o porezu na promet nekretnina.

<sup>63</sup> Upravni sud u Zagrebu, presuda broj 1561/18 od 4. lipnja 2019.

<sup>64</sup> *Ibid.*, Zakon o porezu na promet nekretnina.

<sup>65</sup> Zakon o porezu na promet nekretnina, Narodne novine, 115/2016 i 106/2018.

<sup>66</sup> Visoki upravni sud Republike Hrvatske, presuda broj Usž-1717/20 od 3. lipnja 2020.

<sup>67</sup> Upravni sud u Zagrebu, presuda broj UsI-1279/19 od 3. ožujka 2020.

<sup>68</sup> Zakon o državnim maticama, Narodne novine, 96/1993 i 76/2013.

partnerstva,<sup>69</sup> prema kojoj se životna partnerstva ili istospolni brakovi hrvatskih državljana sklopljeni u inozemstvu upisuju kao bilješke u matici rođenih, a da pritom tuženik nije uzeo u obzir članak 37. stavak 4. Zakona o životnom partnerstvu osoba istog spola,<sup>70</sup> prema kojem životni partneri imaju jednaka postupovna prava i status u svim sudskim i upravnim postupcima kao i bračni drugovi. Time je tuženik ujedno i zanemario odredbu članka 1. i članka 2. Zakona o suzbijanju diskriminacije<sup>71</sup> jer nije dao obrazloženje da bi se stavljanje tužiteljica u nepovoljniji položaj na osnovi spolne orijentacije na opisani način moglo objektivno opravdati legitimnim ciljem zbog kojega bi takvo postupanje tuženika bilo primjereno i nužno.

Vasiljević<sup>72</sup> ističe da je presuda Upravnog suda u Zagrebu<sup>73</sup> u upravnoj stvari davanja dozvole za obavljanje udomiteljstva izazvala velik interes stručne javnosti upravo u kontekstu narušavanja vladavine prava s obzirom na to da je u presudi zaključeno da je centar za socijalnu skrb primijenio isključivo formalističko, odnosno gramatičko tumačenje o udomiteljstvu, pa je posljedično tome iz njega isključio istospolne partnere.

Ustavni sud donio je početkom 2020. odluku<sup>74</sup> kojom odbija zahtjev jedne petine zastupnika u Hrvatskom saboru za ocjenu suglasnosti s Ustavom članka 9. točke 3., članka 11. stavka 3. i članka 13. stavka 2. Zakona o udomiteljstvu<sup>75</sup> i rješenje kojim se ne prihvaćaju prijedlozi za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom članka 9. točke 3. i članka 11. stavka 3. tog Zakona iako je utvrdio da osporene zakonske odredbe iz kojih je izostavljena određena društvena skupina proizvode generalne diskriminatorne učinke prema istospolno orijentiranim osobama koje žive u životnim i neformalnim životnim partnerstvima, što je ustavnopravno neprihvatljivo. Naime, sudovi i druga tijela dužni su osporene zakonske odredbe tumačiti i primjenjivati na način koji će svim osobama pod jednakim uvjetima omogućiti sudjelovanje u javnoj usluzi udomljavanja, dakle neovisno o tome živi li potencijalni udomitelj u životnom ili neformalnom životnom partnerstvu. Ta je odluka izazvala i četiri izdvojena mišljenja. Navedenom odlukom Ustavnog suda javnopravnim tijelima dana je uputa da se trebaju koristiti svojom ovlašću da samostalno popunjavaju pravne praznine kada proizvode opće diskriminatorne učinke i time izravno primjenjuju Ustav, čime se osnažuje ideja teleološkog, a ne gramatičkog i formalističkog tumačenja u primjeni propisa.

Najnovija presuda Visokog upravnog suda<sup>76</sup> u upravnoj stvari izdavanja mišljenja o podobnosti i prikladnosti za posvojenje djece od strane osoba koje su sklopile životno partnerstvo upućuje na daljnji odmak od pretjeranog pravnog formalizma od strane sudova. Naime, upravna su tijela zahtjev odbila jer pozitivni propisi Republike Hrvatske

<sup>69</sup> Naputak o vođenju registra životnog partnerstva, Narodne novine, 147/2014.

<sup>70</sup> Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, Narodne novine, 92/2014 i 98/2019.

<sup>71</sup> Zakon o suzbijanju diskriminacije, Narodne novine, 85/2008 i 112/2012.

<sup>72</sup> Vasiljević, vidi *op. cit.* u bilj. 6.

<sup>73</sup> Upravni sud u Zagrebu, presuda broj UsI-1699/18 od 19. prosinca 2019.

<sup>74</sup> Ustavni sud Republike Hrvatske, odluka broj U-I-144/2019 i dr. od 29. siječnja 2020.

<sup>75</sup> Zakon o udomiteljstvu, Narodne novine, 115/18.

<sup>76</sup> Visoki upravni sud Republike Hrvatske, presuda broj Usž-2402/21 od 20. travnja 2022.

izrijekom ne omogućuju posvojenje osobama koje su sklopile životno partnerstvo, a sud je zaključio da ne postoji legitimni cilj zaštite interesa djeteta jer će se interes konkretnog djeteta da bude posvojeno procjenjivati u postupku usvojenja i pri odabiru posvojitelja upisanih u registar, pa je iz navedene presude razvidno da je Visoki upravni sud primijenio teleološko, a ne gramatičko tumačenje.

#### **4. ZAKLJUČAK**

Izneseni primjeri zorno prikazuju koliko su pretjerani pravni formalizam i zabrana diskriminacije danas aktualne teme, koje još nisu dobile svoj konačni ishod, jer smo tek na putu odmicanja od primjene zakona na pretjerano formalistički način i ostvarivanja načela zabrane diskriminacije u praksi, bez obzira na to što su već dulje vrijeme usvojeni zakonski i ustavni okviri za pravilnu primjenu načela zabrane diskriminacije u upravnom pravu. U svakodnevnom radu potrebno je mnogo više pozornosti obratiti na vaganje ponekad suprotstavljenih procesnih načela i pravičnost u odnosu na cjelovit ishod upravnog postupka ili upravnog spora.

Možemo zaključiti da država, i to kroz donošenje nepotpunih ili dvojbenih zakonskih odredaba, te upravna tijela i sudovi, i to kroz tumačenje zakonskih odredaba na pretjerano formalistički način, mogu diskriminatorno postupati, ali da upravna tijela i kasnije upravni sudovi imaju sve alate, kao što je primjena Zakona o suzbijanju diskriminacije, Ustava Republike Hrvatske, Konvencije i Protokola 12, Osnivačkih ugovora i Povelje o temeljnim pravima, da ne dopuste da bilo koja osoba pred tijelima državne vlasti bude na bilo koji način i po bilo kojoj osnovi diskriminirana.

Potrebno je napomenuti da je, iako je pravni položaj Konvencije formalno iznad Zakona, a ispod Ustava Republike Hrvatske, još 2000. sam Ustavni sud prvi put u svojoj odluci<sup>77</sup> Konvenciji u praksi dao kvaziustavni položaj, da je zabrana diskriminacije sadržana i u članku 14. Ustava te da je Zakonom o suzbijanju diskriminacije, u članku 1. stavku 1., propisan cilj Zakona i da su zabranjene osnove diskriminacije, a da je u stavku 2. i 3. navedeno što se sve smatra diskriminacijom.

Iz sadržaja svih do sada citiranih međunarodnih i domaćih propisa razvidno je da Ustav (... i druge osobine), Konvencija (... i druge okolnosti) i Protokol 12 (... i drugi status) imaju otvorenu klauzulu zabranjenih diskriminacijskih osnova, za razliku od akata EU-a (Povelja i osnivački ugovori) i Zakona o suzbijanju diskriminacije, koji imaju zatvorenu klauzulu zabranjenih osnova za diskriminaciju.

Iz prethodnih presuda ESLJP-a u kojima je utvrđena povreda načela zabrane diskriminacije u odnosu na Republiku Hrvatsku iz upravnog prava razvidno je da je ESLJP u proteklih desetak godina upozoravao upravne sudove na nedopustivost pretjeranog pravnog formalizama u primjeni prava koristeći termine stereotip u smislu predrasuda,

---

<sup>77</sup> Ustavni sud RH, odluka U-I-745/99 od 8. studenoga 2000. (točka 4. i 8.).

automatska primjena prava, pretjerano formalan i nefleksibilan način primjene prava, što je uvijek pratilo i neuzimanje u obzir svih relevantnih okolnosti ili specifičnih okolnosti slučaja, zanemarivanje općih načela ili nestavljanje na vagu relevantnih načela.

Ustavni sud vrlo često u proteklih deset godina u svojim odlukama, a neke od njih prethodno su citirane u ovom radu,<sup>78</sup> uporno ponavlja da su sudovi dužni tumačiti domaće pravo u skladu s konvencijskim standardima i prihvatiti nova načela za tumačenje prava i nove sudske tehnike za rješavanje slučajeva.

Vasiljević zaključuje da primjeri diskriminatornih postupanja iz sudske prakse pokazuju da, unatoč brojnim zakonskim rješenjima, u stvarnosti nismo uspjeli dosegnuti standarde ravnopravnosti koji su prisutni u razvijenim državama članicama, čemu je očigledno doprinijelo nepostojanje nadzornog mehanizma nakon pristupanja EU-u, pa se radi o ograničenom napretku, iako socijalne države u Europi imaju ne samo obvezu suzdržavanja od povreda temeljnih prava nego i prisilnu pozitivnu obvezu njihove zaštite i promicanja, s obzirom na to da je jednaka razina zaštite temeljnih ljudskih prava u svim državama članicama nužan preduvjet za stabilnost vladavine prava i daljnju integraciju.<sup>79</sup>

Pretjerani se pravni formalizam stoga do sada u pojedinačnim slučajevima pokazao kao zapreka ostvarenju načela zabrane diskriminacije u upravnim postupcima i upravnim sporovima. Radi se o problemu koji je uočen u sudskoj praksi, naročito od strane Ustavnog suda i ESLJP-a, te se u ovom radu pokušalo upozoriti na načine ispravljanja takvih pravnih situacija, za što je svakako potrebno podići i kod državnih službenika i kod upravnih sudaca standard znanja ustavnog i europskog prava,<sup>80</sup> i to zato što je praksa ESLJP-a i Suda EU-a bila i ostala putokaz za donošenje odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske.

S obzirom na javne kritike sudskih presuda i hrvatske sudbene vlasti općenito te na sadržaj odluka ESLJP-a na temu pretjeranog pravnog formalizma i zabrane diskriminacije u odnosu na Republiku Hrvatsku, smatram da bi rješavanju problema pojave pretjeranog pravnog formalizma u suđenju doprinijelo uvođenje puno više praktičnog obučavanja studenata u smislu rada na konkretnim sudskim premetima i eventualno uvođenje posebnog predmeta na pravnim fakultetima u Hrvatskoj u smislu stjecanja vještina funkcionalne interpretacije odredaba raznih propisa, kao što npr. na Sveučilištu u Edinburghu postoji predmet „Kako pravnički razmišljati?“, te bi daljnji korak za unapređenje situacije svakako bila provedba cjeloživotnog obrazovanja i državnih službenika i upravnih sudaca, i to podjednako i u teoriji i praksi, čemu bi moglo pomoći i uvođenje posebne katedre za ljudska prava.

---

<sup>78</sup> Ustavni sud Republike Hrvatske, odluka broj U-III-5989/2013 od 9. veljače 2016.

<sup>79</sup> Vasiljević, *op. cit.* u bilj. 5.

<sup>80</sup> Vidi šire u: Rodin, S., Bogdanović, T., Senjak, K., *Priručnik Europski standardi u upravnom postupku*, Ministarstvo pravosuđa RH, Pravosudna akademija, Zagreb, 2008.



## **THE IMPACT OF EXCESSIVE LEGAL FORMALISM ON THE POSSIBILITY OF ENFORCING THE PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION IN ADMINISTRATIVE LAW**

*This paper analyzes how excessive legal formalism, in the sense of the overly strict application of legal norms, affects the realization of the principle of non-discrimination in administrative procedures and administrative disputes in Croatia.*

*The author first identifies excessive legal formalism as an obstacle to the realization of the principle of non-discrimination, particularly in cases where administrative bodies unjustifiably treat citizens unequally. The paper emphasizes the rule of law, highlighting equal and lawful treatment by administrative bodies as the optimal means of ensuring the principle of non-discrimination.*

*Based on four judgments of the European Court of Human Rights, two of which are considered key cases, as well as several judgments from national administrative law, the paper examines the obstacles that may arise when existing legal provisions have discriminatory effects due to vague or ambiguous wording. It further explores how these provisions, when interpreted in an excessively formalistic manner, can hinder non-discriminatory application and discusses possible solutions for overcoming these challenges.*

Keywords: non discrimination, excessive legal formalism, rule of law, European Convention on Human Rights, administrative law

**Tamara Bogdanović**, univ. spec. iur. (European Law), judge of the Administrative Court in Zagreb

# DIOKLECIJANOV PROGON KRŠĆANA U KONTEKSTU RIMSKOG KAZNENOG PRAVA

Pregledni znanstveni rad

UDK 272"03"  
343.31(37)  
343.24/.29(37)  
929 Diocletianus

Primljeno: 22. veljače 2024.

Antonio Katavić\*

*U domaćoj literaturi primjetan je nedostatak znanstvenog proučavanja Dioklecijanovih progona kršćana i njihova smještanja pod konture tadašnjeg rimskog kaznenog prava. Stoga će se u ovom radu dati sumaran prikaz razloga njihova progona te će se ukratko istražiti i pružiti pregled tadašnjeg rimskog kaznenog prava. U radu će se, nakon uvodnog dijela i prikazivanja organizacije Rimskog Carstva u tadašnjem rimskom društvu te razloga progona, analizirati postojeći izvori o progonu s naglaskom na ediktima, koje je na početku 4. stoljeća donio car Dioklecijan, uz prikazivanje kazni koje su kršćanima izricane u kognicijskom kaznenom postupku, te će se zaključno prikazati svrha kažnjavanja koja se namjeravala postići njihovim kažnjavanjem.*

Ključne riječi: kršćani, Dioklecijan, edikti, upravitelj provincije, *crimen lease maiestatis*

## 1. UVOD

Car Dioklecijan (Gaj Aurelije Valerije Dioklecijan) bio je prvi car Rimskog Carstva (284. – 305.) u razdoblju dominate,<sup>1</sup> a ostao je upamćen po mnogobrojnim reformama koje je poduzeo.<sup>2</sup> Naime, tijekom 3. stoljeća Rimsko je Carstvo bilo obilježeno raznim gospodarskim, vojnim, društvenim i političkim krizama te se nijedan car suočen s takvim enormnim teškoćama nije dugo zadržao na vlasti. Dioklecijan se odlučio oštro uhvatiti u koštac s tim krizama te sustavno riješiti probleme. Budući da je ovaj rad usmjeren prvenstveno na kaznenopravna pitanja velikih progona kršćana u doba cara Dioklecijana,

\* Antonio Katavić, univ. spec. iur. (kaznenopravne znanosti), doktorand Poslijediplomskog doktorskog studija Kaznenopravne znanosti, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet

<sup>1</sup> Politička povijest Rima se dijeli na četiri razdoblja: 1. kraljevstvo (754. pr. n. e. – 509. pr. n. e.); 2. republiku (509. pr. n. e. – 27. pr. n. e.); 3. principat (27. pr. n. e. – 284. n. e.); 4. dominat (284. – 565.). Vidi u: Šarac, M., Lučić, Z. *Rimsko privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006, str. 25.

<sup>2</sup> Dioklecijan je provodio velike reforme u Rimskom Carstvu te je početno proveo vojnu reformu na način da je vojsku podvrgnuo centralnoj vlasti te je znatno povećao broj legija. Također je učvrstio granice Rimskog Carstva, izgradio vojne putove, poboljšao prirodne barijere, izgradio utvrde na granicama, materijalno opremio vojsku te vojnicima povećao plaće. Osim na vojnom i političkom planu, proveo je i gospodarske reforme na način da je fiksirao (zamrznuo) cijene osnovnih proizvoda uslijed velike inflacije koja je prijetila Rimskom Carstvu Ediktom o cijenama iz 301. godine. U pogledu administrativnih reformi Dioklecijan je postavio temelje birokratiziranog državnog aparata na način da je odvojio vojna od civilnih pitanja, a sve s ciljem povećanja centralne kontrole raznih aspekata društvenog upravljanja, te je uspostavio provincijsku vladavinu. Vidi više o tome u: Cameron, A., *The Later Roman Empire*, Fontana Press, London, 1993, str. 30–39.

na spomenute krize i njihovo rješavanje u Rimskom Carstvu u drugoj polovici 3. stoljeća osvrnut ćemo se tek sporadično. Cilj je ovoga rada sumarno prikazati najvažnije odrednice kaznenopravnog progona kršćana u doba cara Dioklecijana te pružiti kratak pregled glavnog razloga njihova progona u pogledu odbijanja prinošenja javnih žrtava, čime kršćani ne samo što su remetili božji mir te su zbog toga bili smatrani glavnim krivcima za sve loše što se tada događalo u Rimskom Carstvu već su na taj način i činili jedno od najtežih kaznenih djela – uvredu carskog veličanstva.

Dioklecijan je proveo i značajne političke reforme tako što je uveo tetrarhiju, a teritorij Rimskog Carstva podijelio je na četiri prefekture, i to Orijent, Ilirik, Italiju s Afrikom i Galiju. Njih je podijelio na 12 dijaceza, koje su se konačno dijelile na 106 provincija.<sup>3</sup> Car je bio neograničeni vladar (*dominus et deus*<sup>4</sup>) i jedini zakonodavac, koji je pritom preuzeo orijentalni despotski ceremonijal s jedne strane te birokratiziranu državnu strukturu s druge strane. Prefekturama su upravljala četvorica vladara,<sup>5</sup> uz zajedničko zakonodavstvo na razini cijeloga Rimskoga Carstva. Dioklecijan je imao naslov augusta kao najvišu titulu, uz Maksimijana, koji je upravljao zapadnim dijelom carstva iz današnjeg Milana (Italija), dok su ostala dvojica tetrarha, koji su upravljali prefekturama Ilirik i Galija, imali nižu titulu cezara.<sup>6</sup> Dioklecijan je izravno vladao Orijentom kao istočnim područjem tadašnjeg Rimskog Carstva iako je kao apsolutistički vladar orijentalnog tipa upravljao cijelim Rimskim Carstvom iz svoje prijestolnice Nikomedije (današnja Turska).<sup>7</sup>

Tijekom Dioklecijanove vladavine (284.–305.), osim do spomenutih kriza, dolazi i do povećanog širenja kršćanstva i kršćanskih zajednica na području Rimskog Carstva, što je smatrano prijetnjom tadašnjem državnom uređenju. Prema nekim izvorima, broj kršćana u Rimskom Carstvu oko 250. godine iznosio je oko 1,1 milijun, a pred Dioklecijanove progone kršćana taj je broj iznosio oko 6 milijuna.<sup>8</sup> Naime, rimsko je društvo sve do dolaska na vlast Konstantina I. Velikog (306.–337.) bilo većinski pogansko društvo, koje je bilo politeističko, nasuprot kršćanstvu, koje je obilježavao monoteizam. U to vrijeme bilo je uobičajeno da Rimljanin štuje razna božanstva, a kršćanstvo kao monoteistička religija bilo je isključivo<sup>9</sup> te nije dopuštalo – sukladno prvoj Božjoj zapovijedi – vjerovanje u druge bogove osim u jednoga i svemogućeg Boga,<sup>10</sup> što će uvelike oblikovati razlog zbog kojega su kršćani poslije bili progonjeni od cara Dioklecijana.

---

<sup>3</sup> Vidi više o tome u: Barnes, Timothy D., *The New Empire of Diocletian and Constantine*, Harvard University Press, Cambridge – London, 1982, str. 195–225.

<sup>4</sup> Gospodar i bog, pa odatle dolazi i naziv *dominat*. Vidi više o tome u: *op. cit.* u bilj. 1, str. 44.

<sup>5</sup> Odatle dolazi naziv tetrarhija. Vidi više o tome u: Bošković I., *Svi hrvatski Dioklecijani*, Croatica et Slavica Iadertina, Zadar, IV, 2008, str. 402.

<sup>6</sup> Vidi više o tome u: Horvat, M., *Rimsko pravo*, Sveučilište u Zagrebu – Pravni fakultet, Zagreb, 1998, str. 430.

<sup>7</sup> Vidi više o tome u: *op. cit.* u bilj. 3, str. 49.

<sup>8</sup> Vidi više o tome u: Boko, J., *Dioklecijan. Biografija kontroverznog rimskog cara: reformator ili progonitelj kršćana?*, Profil, Zagreb, 2016, str. 171.

<sup>9</sup> Vidi više o tome u: Lalošević, V., *Cum esset persecutio: Dioklecijanovo doba na području između Akvileje i dunavskog limesa u mučeničkim legendama*, Književni krug, Split, 2018, str. 347–372.

<sup>10</sup> Prva zapovijed dana Mojsiju na brdu Sinaj glasila je: “Ja sam Gospod, Bog tvoj, koji sam te izveo iz zemlje egipatske, iz kuće ropstva. Nemoj imati drugih bogova uz mene.” (Izlazak 20, 2–17).

Dioklecijanu je kao poborniku tradicionalnih vrijednosti stalo do toga da obnovi vjeru u antičke religijske vrijednosti, odnosno u politeizam te poštivanje svih antičkih običaja, koji su pak bili nespojivi s vjerovanjima kršćana. Smatrao je da će tek obnovom antičkih religijskih vrijednosti poganskog društva zajamčiti red u državi, političku i društvenu stabilnost rimskog društva te na taj način ostvariti prijeko potrebni *pax deorum*.<sup>11</sup> Dioklecijan je bio strogo i iskreno privržen tradicionalnoj rimskoj politeističkoj religiji te je kao restaurator tradiciju postavio kao apsolutni kriterij istine, moralnosti i reda.<sup>12</sup> Srž razloga za velike progone kršćana u doba cara Dioklecijana treba tražiti u odbijanju kršćana da prinose žrtve poganskim bogovima. Naime, poganski Rimljani diljem Rimskog Carstva prinostili su razne žrtve svojim bogovima jer su vjerovali kako se jedino redovitim prinošenjem žrtava može postići mir bogova, a odbijanjem samo izazvati bijes bogova, koji će poremetiti *pax deorum*, te su kršćane u tom slučaju držali odgovornima za sve nedaće koje su se dogodile u Rimskom Carstvu.<sup>13</sup>

Osnovna karakteristika rimske religije bilo je, dakle, poštivanje formi, odnosno raznih rituala, a sve kako bi se zaštitilo rimsko društvo od negativnih posljedica. Rituali koji su nama ovdje interesantni upravo su žrtvovanja, koja su poznavala više vrsta. Naime, postojale su ljevanice, čija se žrtva sastojala od raznih tekućina (npr. vino, med, voda i sl.), kao i paljenice. Paljenice su bile najsvečanijeg karaktera te su se sastojale od spaljivanja raznih prinosa, kao što su npr. pokloni, hrana, životinje i sl. Žrtve su se najčešće prinostile u zoru, a životinje koje su se prinostile bogovima morale su biti bez mane kako se ne bi izazvala srdžba bogova te su morale dobrovoljno ići prema žrtveniku na način da bi ih se ondje namamilo solju ili hranom. Žrtvene životinje bile su okićene vijencima, uz pozlaćene rogove. I žrtvovatelji su morali biti čisti te su se morali oprati i okaditi dimom sumpora, lovora ili tamjana prije žrtvovanja, a nosili su bijelu odjeću, uz pokrivalo za glavu iz poštovanja prema bogovima. Cijeli postupak odvijao se u tišini kako bi se čula ritualna molitva te se u konačnici životinja posipala žrtvenom smjesom i ubijala sjekirom od strane roba.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> *Pax deorum* značio je božanski mir te je predstavljao stanje u kojem su antički bogovi zadovoljni prakticiranjem antičkih religioznih običaja (npr. žrtvovanje). U slučaju nepracticiranja navedenog dolazilo bi do srdžbe bogova (*ira deorum*), što se negativno odražavalo na cjelokupno rimsko društvo, koje je umnogome ovisilo o božanskom miru. Vidi više o tome u: Satterfield S., *Prodigies, The Pax Deum and the Ira Deum*, *The Classical Journal*, vol. 110, nbr. 4, 2015, str. 431–445.

<sup>12</sup> Vidi o tome u: Jozić, B., *Problem religijske ne/tolerancije, Kršćanstvo u Rimskom carstvu do Julijanove vladavine*, Laus Split, 1995, str. 16.

<sup>13</sup> Vidi više o tome u: De Ste Croix, G. E. M., *Christian Persecution. Martyrdom. Orthodoxy*, Oxford University Press, 2006, str. 105–152.

<sup>14</sup> Vidi više o tome u: M. Matasović, *Rimska svakodnevica, Život i vjerovanja u antičkom Rimu*, Latina et Graeca, Zagreb, 2022, str. 157–164.

Dakle, iznimno je važno naglasiti kako romanisti smatraju da je odbijanje kršćana da javno prinose žrtve poganskim bogovima glavni razlog najvećeg<sup>15</sup> progona kršćana u Rimskom Carstvu.<sup>16</sup>

Na tom tragu zasigurno se može navesti kako G. de Ste Croix smatra kako je odbijanje prinošenja javnih žrtava glavni razlog progona kršćana.<sup>17</sup> Jednako tako, i James B. Rives navodi kako je odbijanje prinošenja javnih žrtava bilo glavni razlog progona kršćana, dok su također postojali i neki drugi razlozi progona (npr. povezanost sa židovima, odbijanje sudjelovanja u javnom životu rimskog društva, pozivanje na monopol kršćana u pogledu moralnosti, fanatizam, tajni rituali i slično).<sup>18</sup> Nadalje, mogu se pronaći i navodi kako su rimski poganski svećenici kršćane promatrali kao prepreku koja im stoji na putu izvršavanja, odnosno efikasnosti poganskih običaja (žrtovanje). Carevi su stoga smatrali kako je kršćanstvo nekompatibilno s poganskim običajima te je također predstavljalo razlog njihova progona.<sup>19</sup>

Potvrdu navedene činjenice možemo pronaći i u djelima tadašnjih mislilaca, pa je tako Porfirije iz Tira u poznatom djelu *Protiv kršćana* naveo kako mu je kod kršćana posebno smetalo obožavanje Isusa kao ljudskog bića (dok je, prema njegovu mišljenju, Bog netjelesan) i odbijanje štovanja rimskih bogova. Slično Arnobije,<sup>20</sup> Laktancijev učitelj, navodi kako su tradicionalne svečanosti dolaskom kršćana izložene ismijavanju te su sveti institucionalni obredi pokleknuli pred praznovjermem novih religija.<sup>21</sup>

---

<sup>15</sup> Potrebno je istaknuti da su i prije cara Dioklecijana postojali progoni kršćana, no oni su bili izrazito nesistematični te lokalnog karaktera. Tek se od dolaska na vlast cara Decija (249.–250.) može govoriti o univerzalnim progonima kršćana u cijelom Rimskom Carstvu, koji su poprimili najoštrij značaj upravo za vrijeme cara Dioklecijana. Pomalo je paradoksalna činjenica kako se pozicija kršćana u svega nekoliko godina promijenila u korist kršćana. Naime, donošenjem Milanskog edikta 313. godine dodatno je legaliziran položaj kršćana u odnosu na Galerijev edikt o toleranciji kršćana od 311. godine (vidi više o tome u: Milotić, I., *Milanski edikt; prijevod, komentar i studija*, Kršćanska sadašnjost, Zagreb, 2013, str. 32–39) te se nakon toga pomalo počelo s procesuiranjem počinitelja kaznenih djela protiv kršćanske religije, a osobito nakon donošenja edikta cara Teodozija 380. godine, kojim je kršćanstvo *de facto* postalo službena religija Rimskog Carstva.

<sup>16</sup> Jedan od najboljih primjera značenja javnih žrtvovanja datira iz kratkotrajne vladavine cara Decija (249.–250.), koji je svojim ediktom iz 249. godine uveo obvezu svim stanovnicima Rimskog Carstva da moraju prinostiti žrtve poganskim bogovima, a lokalni su magistrati imali obvezu posvjedočiti i sastaviti ispravu o tome da su prinošene žrtve uz prijetnju progonom od strane viših magistrata, što je moglo u konačnici rezultirati i smrtnom kaznom. Vidi više o tome u: *op. cit.* u bilj. 12, str. 33–34, te u: A. Franzen, *Pregled povijesti crkve*, Kršćanska sadašnjost, Zagreb, 1988, str. 49.

<sup>17</sup> Vidi više o tome u: G. de Ste. Croix, *Aspects of the „Great“ Persecution*, *The Harvard Theological Review*, vol. 47, br. 2, 1954, str. 75–113.

<sup>18</sup> Vidi više o tome u: J. B. Rives, *The Persecution of Christians and Ideas of Community in the Roman Empire*, u: G. A. Cecconi i C. Gabrielli (ur.), *Politiche religiose nel mondo antico e tardoantico: Poteri e indirizzi, forme del controllo, idee e prassi di tolleranza*, Atti del Convegno internazionale di studi (Firenze, 24–26 settembre 2009), Bari: Edipuglia 2011, str. 199–217.

<sup>19</sup> Vidi o tome u: P. S. Davies, *The Origin and Purpose of the Persecution of AD 303*, *The Journal of Theological Studies*, April 1989, New Series, vol. 40, br. 1, str. 92.

<sup>20</sup> Arnobije (oko 250. – oko 327.) bio je učitelj retorike u Siki (Numidija, prokonzulska Afrika), koji je u pedesetoj godini prešao na kršćanstvo te je u svojem poznatom djelu *Protiv pogana (Adversus nationes)* branio kršćanstvo i pobijao poganstvo. (Vidi više o tome u: Simmons, Bland M., *Arnobius of Sicca: Religious Conflict and Competition in the Age of Diocletian*, Oxford University Press, Oxford, 1995, str. 1–46.)

<sup>21</sup> *Op. cit.* u bilj. 8, str. 172–173.

Posebice treba spomenuti Laktancija,<sup>22</sup> koji je u svojem djelu *De mortibus persecutorum* (O smrtima progonitelja) naveo da je car Dioklecijan prisilio svoju kćer Valeriju i ženu Prisku da se okaljaju žrtvama, a da su se suci raštrkali po svim hramovima te prisiljavali stanovništvo na žrtvovanje i u tu svrhu pred sudačkim tribunalom postavljali žrtvenike, što dodatno govori u prilog značenja žrtvovanja rimskim božanstvima, kao i kasnijeg izricanja smrtnih kazni kršćanima.<sup>23</sup> Slično i drugi romanisti drže da je prinošenje žrtava rimskim bogovima imalo velik društveni značaj.<sup>24</sup>

Nadalje, u relevantnoj literaturi također se mogu pronaći potvrde gornjih navoda kako su kršćani progonjeni zbog ateizma, odnosno upravo zbog neprinošenja javnih žrtava poganskim božanstvima. Odbijanjem prinošenja žrtava kršćani su probudili strah u poganskom društvu jer su se pogani bojali kako će se poganski bogovi osvetiti cjelokupnom rimskom društvu zbog neprinošenja žrtava. U tom smislu također je zanimljivo kako židovi nisu bili progonjeni kao kršćani iz razloga što su židovi bili spremni prinosi žrtve Jahvi te se moliti Jahvi za cara, dok kršćani nisu htjeli ni moliti za cara, a kamoli se moliti caru ili poganskim bogovima.<sup>25</sup>

## 2. PRAVNI TEMELJ PROGONA KRŠĆANA

Nakon uvodnog razmatranja s navođenjem razloga zbog kojih su kršćani u Rimskom Carstvu bili progonjeni prelazimo na kaznenomaterijalnu analizu, a početno na pitanje pravnog temelja velikog progona kršćana u doba cara Dioklecijana.

U tom smislu potrebno je uvodno navesti kako je načelo kažnjivosti kršćana *per se* bilo prisutno već u doba principata, kada su kršćani bez postojanja zasebnog zakona ili kaznenog djela bili kažnjavani za ispovijedanje ili priznavanje kršćanstva, što se utvrđivalo na način da se smatralo kako su kršćani one osobe koje ne prinosе žrtve

---

<sup>22</sup> Laktancije (250.–325.) bio je učitelj retorike na dvoru cara Dioklecijana u Nikomediji, koji se poslije preobratio na kršćanstvo te se iz tog razloga njegova naučavanja trebaju uzeti s rezervom (osobito u dijelu hvaljenja Konstantina Velikog), ali se ipak smatra jednim od najznačajnijih tumača kršćanskih progona tog vremena i nezaobilazni izvor za analiziranje progona kršćana u doba cara Dioklecijana. (Vidi o tome u: *op. cit.* u bilj. 9, str. 64 i 65.)

<sup>23</sup> Laktancije, *O smrtima progonitelja*, Književni krug, Split, 2005, str. 47 i 49.

<sup>24</sup> Tako O. F. Robinson (*The Criminal Law of Ancient Rome*, John Hopkins University Press, 1995, str. 95) tvrdi da su Rimljani u svrhu zdravlja svojeg društva trebali prinositi žrtve rimskim bogovima na tradicionalni način, koji je uključivao žrtvovanje u hramovima. Kod L. F. Janssen (*“Superstitio” and the Persecution of Christians*, *Vigiliae Christianae*, 1979, vol. 33, br. 2, str. 132–133) može se pronaći podatak kako kult ličnosti cara nije bio toliko bitan za progon kršćana te kako se razlozi progona ne smiju tražiti u politici, već u religiji, budući da je u rimskom društvu vladao strah kako im poganski bogovi više neće pružati zaštitu ukoliko ne prime žrtve. Kod istog izvora pronalazi se i kraći pregled Mommsenove teorije, koja navodi kako su kršćani odbijanjem prinošenja žrtava uveli strani kult koji je izazvao nacionalnu apostaziju tradicionalne (poganske) rimske religije.

<sup>25</sup> Vidi o tome u: *New Catholic Encyclopedia*, sv. 12, ur. T. Carson i J. Cerrito, Washington 2003, str. 315. Slični navodi mogu se pronaći i kod H. Jedin, koji sumarno opisuje kako je Dioklecijan u početku imao tolerantniji odnos prema kršćanima te kako je pod utjecajem Galerija i Hierkola nakon poduzimanja vojnih, gospodarskih i državnih reformi odlučio prisiliti kršćane (religijska reforma i obnavljanje starih rimskih vrijednosti) na prinošenje žrtava kako bi zadovoljio poganske bogove i obnovio pogansku religiju. (Vidi više o tome u: H. Jedin i J. Dolan, *History of the Church*, vol. 1, New York, 1965, str. 394–398.)

rimskim božanstvima te koje se nisu odrekle kršćanstva. O tome nam najbolje svjedoči pismo Plinija, upravitelja pokrajine Bitinije između 111. i 113. godine, upućeno caru Trajanu, u kojem je Plinije pitao cara da mu objasni kako kažnjavati kršćane jer njihovo kažnjavanje u to doba nije bilo normativno detaljizirano. Radilo se, dakle, o istinskom *extra ordinem* kaznenom djelu, čiji je sadržaj znatno varirao.<sup>26</sup> Procesuiranje kršćana dobiva svoje pravne temelje tek dolaskom na vlast cara Decija,<sup>27</sup> dok su kršćani prije Decija bili procesuirani za samu činjenicu što je netko bio kršćanin, odnosno zbog negativnih misli ljudi o kršćanima, a ne zbog zahtjeva rimskog kaznenog prava.<sup>28</sup>

Kršćani su u doba cara Dioklecijana bili optuživani te osuđivani za kazneno djelo uvrede carskog veličanstva, odnosno za *crimen laesae maiestatis*. Razlog progona kršćana za navedeno kazneno djelo proizlazi iz toga što si je car Dioklecijan pripisao božansko podrijetlo te nadjenuo ime Jovije (Jupiterov sin), iz čega proizlazi njegov božanski autoritet vladara Rimskog Carstva. U tom pogledu potrebno je navesti kako se odavanje počasti caru smatralo manifestacijom zahvalnosti podanika, odnosno pokazivanjem odanosti podanika svojem gospodaru, te se car pojavljuje kao objekt kulta cara, koji je na taj način stvoren.<sup>29</sup> Stoga je neizvršavanjem žrtvovanja, osim bogova, napadnut i car Dioklecijan kao sin vrhovnog rimskog boga Jupitera, što je predstavljalo akt protiv države, odnosno uvredu carskog veličanstva, kao kazneno djelo. Predmetno kazneno djelo kao *ultima ratio societatis* štitilo je vrijednost Rimskog Carstva kao države te je predstavljalo oblik pobune protiv države, odnosno njezinu izdaju.<sup>30</sup> Ono je bilo jedno od najtežih kaznenih djela u Rimskom Carstvu te je često završavalo izricanjem smrtno kazne. Prvu značajniju<sup>31</sup> normativizaciju tog kaznenog djela poduzeo je već August (27. pr. n. e. – 14. n. e.), koji je s *lex Iulia maiestatis* detaljnije regulirao kaznenopravna pitanja tog kaznenog djela. Uvođenjem postupka *cognitio extra ordinem*<sup>32</sup> dolazi do ekstenzivnog tumačenja tog kaznenog djela, pa se progon provodi zbog izgovaranja ili pisanja uvredljivih riječi

<sup>26</sup> Vidi više o tome u: Jaramaz–Reskušić, I., *Kaznenopravni sustav u antičkom Rimu*, Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu, Ministarstvo unutarnjih poslova, Zagreb, 2003, str. 277–279.

<sup>27</sup> Vidi *supra*, str. 4, bilj. 15.

<sup>28</sup> Vidi više o tome u: T. D. Barnes, *Legislation against the Christians*, *The Journal of Roman Studies*, vol. LVIII, 1968, str. 32–50.

<sup>29</sup> Vidi više o tome u: A. Marccone, *La politica religiosa: dall'ultima persecuzione alla tolleranza*, *Storia di Roma*, vol. 3.1, Torino, 1993, str. 228–230.

<sup>30</sup> Kada bismo kazneno djelo uvrede carskog veličanstva pokušali staviti u današnje normativne okvire Republike Hrvatske, zasigurno bismo mogli zaključiti kako bi ono potpalo pod glavu kaznenih djela protiv Republike Hrvatske.

<sup>31</sup> Lucije Apulej Saturnin utemeljio je 103. godine pr. n. e. putem *Lex Appuleia de maiestate* kazneno djelo uvrede carskog veličanstva, dok je u razdoblju republike Sula (88. pr. n. e. – 79. pr. n. e.) donio *Lex Cornelia de maiestate*, kojim je 81. pr. n. e. uspostavio nadležnost *quaestio perpetua de maiestate* kao posebnog stalnog porotnog kaznenog suda, koji je bio nadležan za progon navedenog kaznenog djela. Vidi više o tome u: *op. cit.* u bilj. 26, str. 91 i 95.

<sup>32</sup> Termin se odnosi na izvanredni postupak inkvizitornog tipa, koji je polako zamijenio redovni sustav porotnih sudova akuzatornog tipa. Provodili su ga uglavnom sami carevi, senat te carski službenici (provincijski upravitelji), a više riječi o njemu bit će u nastavku ovog rada. (Vidi više o tome u: *op. cit.* u bilj. 26, str. 181–236.)

upućenih caru, oskvrnjivanja carskih kipova ili slika, kao i drugih činova koji nisu bili čak ni indirektno propisani Augustovim zakonom.<sup>33</sup>

Kada govorimo o pravnim izvorima temeljem kojih je poduziman tadašnji kaznenopravni progon, valja podsjetiti da je u to vrijeme egzistiralo više izvora prava – edikti, reskripti, dekreti i mandate kao vrste carskih konstitucija, zatim pravo sadržano u djelima klasičnih pravnika te drevni običaji. Budući da se ovo istraživanje bavi postklasičnim razdobljem rimskog prava, kada je car bio jedini zakonodavac, carski edikti s općeobvezujućom pravnom snagom – poput zakona u suvremenom smislu te riječi – predstavljali su glavni izvor prava, odnosno pravni temelj za progon i kažnjavanje kršćana.<sup>34</sup>

Tako je car Dioklecijan donio četiri edikta o progonu kršćana koji su, uz važeću *lex Iulia maiestatis*, predstavljali legislativnu srž progona kršćana u doba njegove vladavine. Budući da ti edikti nisu sačuvani, o njihovu sadržaju, kao i o načinu progona kršćana, može se zaključivati iz tekstova onovremenih pisaca (osobito Euzebija<sup>35</sup> i Laktancija),<sup>36</sup> zatim iz mučeničkih legendi<sup>37</sup> te ostalih gore navedenih izvora.

Velik progon kršćana u doba cara Dioklecijana ozbiljnije<sup>38</sup> je započeo u Nikomediji 23. veljače 303., kada su, tijekom svečanosti Terminalija,<sup>39</sup> rimski vojnici provalili u crkvu koja se nalazila na uzvisini i bila je vidljiva iz carske palače te su je opljačkali i sravnili sa zemljom. Idućeg je dana javno izvješten prvi edikt kojim je Dioklecijan propisao da će pripadnicima kršćanske religije biti oduzeta njihova čast i dostojanstvo te da će kršćani

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, str. 239.

<sup>34</sup> Vidi više o tome u: *op. cit.* u bilj. 6, str. 434–436.

<sup>35</sup> Euzebije Cezarejski bio je biskup iz Cezareje (danas područje Izraela), koji je bio jedan od najznačajnijih pisaca kršćanske povijesti, a bilježio je i progone kršćana na početku 4. stoljeća. Vidi više o tome u: Young, F., Ayres, L., Louth, A., *Cambridge History of Early Christian Literature*, Cambridge University Press, 2004, str. 266–273.

<sup>36</sup> Iako su Euzebije i Laktancije bili kršćanske provenijencije, što izaziva određenu sumnju glede objektivnosti/vjerodostojnosti njihovih djela, danas ostaju nezamjenjiv izvor kod proučavanja progona kršćana na početku 4. stoljeća s obzirom na to da su živjeli te pisali o progonima kršćana upravo u proučavanom periodu povijesti. (Vidi o tome u: *op. cit.* u bilj. 9, str. 64 i 65.)

<sup>37</sup> Slično kao djela Euzebija i Laktancija, mučeničke legende obavijene su velom dvojbene vrijednosti te je u tom smislu Hippolyte Delehaye, belgijski isusovac i poznati hagiograf (1859.–1941.), podijelio akte mučenika na šest grupa po svojoj vjerodostojnosti, od vjerodostojnih izvora kao prve grupe do tendencioznih krivotvorina bez vrijednosti kao šeste grupe. Pojedine legende koje će se koristiti u ovom radu pripadaju u 3. i 4. grupu, kamo spadaju prerade originalnih dokumenata te dokumenti koji sadrže kombinaciju realnih i irealnih elemenata, pa će kod legendi biti naglašen oprez koji je nužan kod procjene vjerodostojnosti. Vidi više o tome u: *op. cit.* u bilj. 9, str. 43.

<sup>38</sup> Kada se koristi riječ ozbiljnije, onda se misli na početke Dioklecijanovih progona, koji su bili usmjereni na suzbijanje kršćanstva među vojnicima te na carskom dvoru i zabranu sklapanja brakova između pogana i kršćana, gdje je Dioklecijan uveo obvezno žrtvovanje rimskim bogovima, uz prijetnju otkazom i gubitkom svih povlastica ukoliko se odbije žrtvovati. Ozbiljniji progoni koji su doveli i do donošenja edikata te rezultirali smrću kršćana uslijedili su tek nakon što se problem žrtvovanja te sve veće ekspanzije kršćanstva nije uspio riješiti ovim manje invazivnim metodama. Vidi više o tome u: *op. cit.*, bilj. 9, str. 95–107, i u *op. cit.* u bilj. 26, str. 398.

<sup>39</sup> Terminalije su označavale svečanost koju su Rimljani 23. veljače iskazivali u čast boga granica Terminija. Vidi više o tome u: Martinić-Jerčić, Zdravka, *Tragom rimskog panteona, Božanska zaštita poljoprivrede u Rimu, Latina et Graeca*, vol. 2, br. 7, 2005, str. 48–51.



biti podvrgnuti mučenju neovisno o staležu kojemu pripadaju,<sup>40</sup> da će protiv njih biti valjana svaka parnica,<sup>41</sup> a da oni neće moći ništa poduzeti zbog učinjenih im nepravdi, brakolomstva, pljačke; konačno, da neće imati slobodu ni pravo glasa.<sup>42</sup> Euzebije Cezarejski dodatno navodi da je prvi edikt sadržavao kako naredbu da se crkve razore tako i obvezu na predaju i spaljivanje svetih knjiga<sup>43</sup> te konfiskaciju crkvenih dobara.<sup>44</sup> Osim toga, bitna normativna odrednica edikta bila je i zabrana okupljanja kršćana, što je značilo da su bila zabranjena i kršćanska društva.<sup>45</sup>

Nakon što prvi edikt nije urodio plodom te nije prisilio kršćane na žrtvovanje rimskim bogovima, car Dioklecijan odlučio je još razornije djelovati prema kršćanima. Prema pisanju Laktancija, cesar Galerije<sup>46</sup> uz pomoć tajnih pomoćnika podmetnuo je požar u carskoj palači te je za taj čin optužio kršćane i tako potaknuo njihove daljnje progone. U carskoj prijestolnici Nikomediji smaknuti su svećenici i đakoni, zajedno s biskupom Antimom. Potom je, iste 303. godine, donesen drugi edikt o progonu kršćana.<sup>47</sup> U njemu su pripadnici klera (đakoni, svećenici i biskupi) jasno obvezani na žrtvovanje rimskim bogovima, a za slučaj nepoštivanja takve carske naredbe zapriječeno im je zatvaranjem. U tom kontekstu Laktancije piše da su svećenici i pomoćnici uhićeni te osuđeni bez dokaza ili priznanja, a da su tamnice bile prepune.<sup>48</sup>

Slijedom navedenog, Dioklecijan je ujesen 303. godine donio treći edikt, kojim je dodatno razradio pravila utamničenja pripadnika klera kako bi oslobodio mjesta u zatvorima za počinitelje drugih kaznenih djela. Trećim ediktom pripadnicima klera ostavljena je mogućnost da se oslobode okova u slučaju da pristanu prinositi žrtve rimskim bogovima. Oni koji su to odbili bili su, prema pisanju Euzebija, u velikom opsegu izloženi mučenju.<sup>49</sup> Budući da se može pretpostaviti da su temeljem trećeg edikta pripadnici klera koji su javno prinosili žrtve rimskim bogovima bili oslobođeni, odnosno da nisu bili progonejeni jer više nije bilo opasnosti ni od rušenja poretka ni od izazivanja srdžbe bogova, opravdano bi se moglo zaključiti da Dioklecijanov cilj nije bilo istrebljenje kršćana zbog

---

<sup>40</sup> To je posebno znakovito jer su u razdoblju principata pripadnici višeg staleža (*honestiores*), za razliku od pripadnika nižeg staleža (*humiliores*), bili izuzeti od mogućnosti mučenja. Vidi u: *op. cit.* u bilj. 26, str. 229. Mogućnost mučenja i za pripadnike višeg staleža jasno označava težinu kaznenog djela (uzimajući u obzir staleško društveno uređenje tadašnjeg vremena) uvrede carskog veličanstva kod progona kršćana, odnosno značaj efikasnog kaznenog progona protiv kršćana za očuvanje Rimskog Carstva.

<sup>41</sup> Ovdje je vidljiv gubitak pravne zaštite kršćana, što dodatno govori o težini njihova kažnjivog čina.

<sup>42</sup> *Op. cit.* u bilj. 23, str. 43 i 45.

<sup>43</sup> Euzebije Cezarejski, *Crkvena povijest*, Knjiga VIII. Poglavlje II., 40, dostupno putem: [https://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/0265-0339\\_Eusebius\\_Caesariensis\\_Church\\_History\\_EN.pdf](https://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/0265-0339_Eusebius_Caesariensis_Church_History_EN.pdf) (4. prosinca 2022.).

<sup>44</sup> *Op. cit.* u bilj. 29, str. 235.

<sup>45</sup> *Op. cit.* u bilj. 15, str. 42.

<sup>46</sup> Galerije je bio jedan od četvorice tetrarha Rimskog Carstva (293.–311.), koji je bio iznimno okrutan prema kršćanima i posebno je poticao Dioklecijana na progone. Vidi u: *op. cit.* u bilj. 23, str. 35 i 45.

<sup>47</sup> Pretpostavlja se da je ovaj edikt bio izdan u proljeće ili ljeto 303. godine. Vidi u: *Keresztes, Paul, From the Great Persecution to the Peace of Galerius, Vigiliae Christianae*, vol. 37, br. 4, 1983, str. 382.

<sup>48</sup> *Op. cit.* u bilj. 23, str. 47.

<sup>49</sup> *Op. cit.* u bilj. 43, 6.31.

toga što su bili kršćani ili (izravno) zbog njihova monoteističkog vjerovanja, već uslijed očuvanja postojećeg poretka Rimskog Carstva te uspostave *pax deorum*.

S obzirom na to da kršćani većinom i dalje nisu prinostili javne žrtve rimskim bogovima te da se držalo da srdžba bogova raste, Dioklecijan je četvrtim ediktom, koji je donesen u proljeće 304. godine,<sup>50</sup> uveo opću obvezu žrtvovanja za sve stanovnike Rimskog Carstva. Objavom tog završnog edikta postalo je i više nego jasno kako je Dioklecijanu smetala upravo činjenica što kršćani odbijaju prinostiti žrtve rimskim bogovima te je sada odlučio uvesti jasnu obvezu svih stanovnika Rimskog Carstva da prinose žrtve rimskim bogovima u javnim prilikama. Žrtvenici su, kako to navodi Laktancije,<sup>51</sup> bili postavljeni i u sudnicama, pred sudačkim tribunalom, te bi stranke u sudskom postupku prvo trebale prinijeti žrtve rimskim bogovima, a tek nakon toga iznosile bi svoju obranu. Budući da je zahvatio cjelokupno kršćansko stanovništvo Carstva, četvrti je edikt rezultirao najvećim progonom kršćana ikad poduzetim.<sup>52</sup>

Premda su edikti bili obznanjeni u cijelom Rimskom Carstvu, njihova primjena nije bila jednaka u njegova sva četiri dijela. Naime, edikti su se provodili više na istoku negoli na zapadu, i to kako zbog činjenice da je njihova primjena bila prepuštena upraviteljima provincija kao stvarnim nositeljima vlasti na toj upravno-sudbenoj razini, od kojih su mnogi bili imenovani na te pozicije upravo zbog svoje nemilosrdnosti prema kršćanima, tako i zbog činjenice da su vladari na istoku općenito bili brutalniji prema kršćanima te motivirani jačom željom za obnovom stare rimske religije u odnosu na vladare sa zapada. Tako je pod Galerijem, kojega je Dioklecijan 305. imenovao vrhovnim carem, odnosno augustom, te njegovim cesarom Maksiminom Dajom, progon kršćana u razdoblju od 305. do 311. dosegao vrhunac: naime, nije tu bilo samo izvanredno mnogo mučenika već se i smrtna kazna izvršavala nečovječno i okrutno. S druge strane, budući da ne postoje dokazi o sustavnim progonima kršćana na zapadu temeljem drugih edikata osim prvoga, moglo bi se zaključiti kako je samo prvi edikt bio u potpunosti primijenjen na području zapadnog dijela Rimskog Carstva. Naime, na zapadu se Dioklecijanovi edikti pod augustom Maksimijanom i cesarom Konstancijem Klorom nisu provodili previše revno. Osobito je Konstancije Klor, koji je vladao na području Britanije i Galije, progon kršćana usmjerio – sukladno prvom ediktu – više prema rušenju manjih crkava, a pritom nije dijelio ni antipatiju ostalih vladara prema kršćanima, točnije rečeno, u kršćanima nije vidio prijetnju državi, pa ih nije ubijao.<sup>53</sup> Konačno, 305. godine, kada su se Dioklecijan i Maksimijan povukli s vlasti, progon kršćana na zapadu uglavnom je bio obustavljen. Na istoku s jedne strane Galerije, uvidjevši da je njegova borba neuspješna, obustavlja progon te u travnju 311. godine u Sardiki izdaje glasoviti edikt o toleranciji, kojim je konačno priznao kršćanstvu pravo na opstanak, a s druge strane Dajevo nastavljanje progona kršćana uskoro biva okončano Konstantinovom političko-vojnom pobjedom 312. godine,

<sup>50</sup> Davies navodi kako je četvrti edikt objavljen na području vladavine Galerija (Ilirik) te kako je bio upravo na tom području prvo primijenjen. *Op. cit.* u bilj. 19, str. 74.

<sup>51</sup> *Op. cit.* u bilj. 23, str. 49.

<sup>52</sup> *Ibid.*, str. 45.

<sup>53</sup> Vidi više o tome: *op. cit.* u bilj. 9, str. 100–102.

odnosno objavom *Milanskog programa tolerancije*, koji je 313.godine u obliku reskripta poslao svim upraviteljima istočnih provincija – u cijelom Carstvu kršćanstvu je priznata potpuna ravnopravnost s ostalim religijama.<sup>54</sup>

### 3. TIJELA KAZNENOG PROGONA KRŠĆANA

Nakon izlaganja o pravnim temeljima i razlozima progona kršćana, kao i određenja kaznenog djela za koje su kršćani bili gonjeni, nužno se osvrnuti na onovremenu upravno-sudsku strukturu te pokušati odgovoriti na pitanje koji su to subjekti, odnosno tijela, bili zaduženi za kaznenopravni progon kršćana u doba cara Dioklecijana. Premda su carevi imali apsolutnu vlast te su mogli samostalno provoditi kaznene postupke (posebice one većeg društvenog značaja), vrlo su često zbog efikasnosti prenosili svoje ovlasti na upravitelje nižih upravno-sudskih, odnosno teritorijalnih jedinica. Naime, ovlasti su najčešće prenosili na upravitelje točno određenih područja, kao što su bili službenici/prefekti za područje grada Rima i Italije te posebice upravitelji provincija. Početkom 4. stoljeća uspostavljen je hijerarhijski uređen sudski postupak, pa su za lakša kaznena djela u prvom stupnju sudili municipalni suci, protiv čijih se presuda žalba upućivala upraviteljima provincije kao nadređenim sucima. Za teža kaznena djela (uključujući i kazneno djelo uvrede carskog veličanstva) u prvom su stupnju bili nadležni upravitelji provincija, čije su presude u drugom stupnju, temeljem žalbe, nadzirali vikari dijaceze kao upravitelji hijerarhijski više upravno-sudske, odnosno teritorijalne jedinice, a u konačnici sam car. Iznimku su predstavljali upravitelji provincija koji su bili prokonzulskog ranga, jer su oni bili izravno podređeni caru, koji je nadzirao njihov rad te je odlučivao povodom žalbi na njihove presude. U tom kontekstu treba istaknuti da je Dioklecijan 294. godine naredio upraviteljima provincija da, temeljem ovlaštenja o prenošenju svoje sudske nadležnosti na niže carske službenike, točno odrede vrstu i prirodu sudskih postupaka koje će povjeriti službenicima nižeg ranga (tzv. *iudices pedanei*) u slučajevima preopterećenosti javnim obvezama i/ili velikim brojem aktivnih sudskih postupaka.<sup>55</sup>

Upravitelji provincija sudili su u gradovima koji su bili sjedišta provincija, i to samostalno, bez porotnika. Ponekad su im u radu pomagali pravni stručnjaci ili konzistorij, koji je bio sastavljen od visokih carskih službenika te osoba od povjerenja. Premda mišljenja takvih stručnjaka nisu imala obvezujuću pravnu snagu, upravitelji provincija uzimali su ih u obzir zbog njihova političko-pravnog autoriteta. Štoviše, spomenuti su stručnjaci imali enorman utjecaj na rad upravitelja provincija te su ponekad izricali presude bez znanja upravitelja potpisujući ih u njihovo ime.<sup>56</sup>

Što se tiče progona kršćana, upravo su upravitelji provincija preuzeli ulogu sudaca u najvećem broju slučajeva te su imali i mogućnost izricanja smrtnih kazni, odnosno *ius*

<sup>54</sup> Vidi više o tome: *op. cit.* u bilj. 16, str. 51–57.

<sup>55</sup> Vidi više o tome: *op. cit.* u bilj. 26, str. 437–445.

<sup>56</sup> *Ibid*, str. 440.

*gladii*. Naime, u dijelu literature sporno je pitanje jesu li upravitelji provincija imali pravo izricanja smrtne kazne ili je navedeno pravo bilo pridržano samo carevima.<sup>57</sup> Uzimajući u obzir da je Rimsko Carstvo u vrijeme cara Dioklecijana bilo teritorijalno rasprostranjeno od današnje Velike Britanije pa sve do Bliskog istoka i sjevera Afrike, logički se može zaključiti kako nije bilo organizacijski jednostavno osigurati izricanje smrtne kazne kršćanima koji su se nalazili u raznim dijelovima Rimskog Carstva u smislu promptnog dolaska careva ili traženja njihove suglasnosti za izricanje smrtne kazne i da se u tom smislu ovlast izricanja smrtne kazne neminovno morala prebaciti na upravitelje provincija. U prilog navedenom promišljanju govori i Karakalin edikt iz 212. godine (*Constitutio Antoniana*) u dijelu gdje se navodi kako upravitelj provincije unutar granica svoje provincije ima veće ovlasti od bilo koga osim cara.<sup>58</sup> Također se navodi kako oni koji upravljaju provincijama imaju pravo izricanja, između ostalog, i smrtne kazne.<sup>59</sup> Budući da u izvorima rimskog prava nije moguće pronaći dokaze o ukidanju navedenih odredbi o ovlastima upravitelja provincija u razdoblju cara Dioklecijana, lako se može zaključiti kako su upravitelji provincija u tijeku velikih progona kršćana zadržali ovu značajnu ovlast.

#### 4. TEMELJNA OBILJEŽJA KOGNICIJSKOG POSTUPKA S OSVRTOM NA PROGON KRŠĆANA

U pogledu provođenja postupka potrebno je podsjetiti na to da je već u razdoblju principata došlo do korjenite promjene procesnih zasada rimskog kaznenog postupka, odnosno uvođenja izvanrednog kaznenog postupka pod nazivom *cognitio extra ordinem*. Zbog neefikasnosti te kompliciranosti sudskog postupka republikanskih stalnih kaznenih porotnih sudova od razdoblja principata dolazi do postupne afirmacije izvanrednog kaznenog postupka, koji je dao veće ovlasti carevima kao apsolutnim vladarima te njihovim produženim rukama na terenu (prefekti, vikari dijeceza i upravitelji provincija).

Afirmacija *cognitio extra ordinem* bila je postupna sve do dolaska na vlast cara Dioklecijana, koji je uveo isključivost provođenja tog oblika kaznenog postupka,<sup>60</sup> koji se odlikuje inkvizitornom prirodom, za razliku od akuzatorne prirode postupka koji se odvijao pred stalnim kaznenim porotnim sudovima.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> Vidi više o tome u: P. Garnsey, *The Criminal Jurisdiction of Governors*, The Journal of Roman Studies, vol. LVIII, 1968, str. 51–59. Navedeni izvor prikazuje argumente različitih autora koji se ne slažu u pogledu navedenog pitanja, ali u konačnici zauzima stav kako je od početka 3. stoljeća *ius gladii* bilo priznato upraviteljima provincija.

<sup>58</sup> Ulp. *lib. 39 ad edictum* u: D.1.18.4., vidi o tome također i u: G. Mousourakis, *A Legal History of Rome*, Routledge, New York and London, 2007, str. 133.

<sup>59</sup> Ulp. *lib.1 opiniorum* u: D.1.18.6.8.

<sup>60</sup> *Op. cit.* u bilj. 9, str. 118.

<sup>61</sup> Unatoč isključivoj primjeni i unifikaciji izvanrednog kaznenog postupka za vrijeme cara Dioklecijana, W. D. Aston (*Problems of Roman Criminal Law*, Journal of the Society of Comparative Legislation, vol. 13, br. 2. Cambridge University Press, 1913, str. 229) ističe da je u praksi sve do cara Honorija 423. godine povremeno dolazilo do korištenja stalnih porotnih kaznenih sudova.

Izvanredni kazneni postupak koji se provodio kod progona kršćana u razdoblju cara Dioklecijana obilježavala je njegova inkvizitorna priroda: postupak je bio pokretan te vođen po službenoj dužnosti u izostanku privatne inicijative. U kritičnom periodu postojali su irenarsi te ostali carski službenici, koji su kao tadašnji svojevrsni redarstvenici te državni odvjetnici mogli podnositi službene kaznene prijave protiv kršćana zbog povrede carskog veličanstva. No takva vrsta tijela progona nije dala značajniji doprinos s obzirom ne to da su i sve ostale osobe mogle podnositi prijave (*delatio*) te se ne može govoriti o institucionalnoj mreži tijela kaznenog progona u današnjem smislu te riječi. Kazneni postupak počinjao je istragom, koja nije bila strogo odvojena od dokaznog postupka u suvremenom smislu riječi, a počinjala je dostavom obavijesti o počinjenom kaznenom djelu, koja je mogla doći od bilo koje osobe. No prijavljivanje nije bilo olako jer je u slučaju nedokazanih optužbi ili klevete prijavitelju prijetila kazna koja se mogla izreći počinitelju kaznenog djela da je bio osuđen. Nadležni carski službenik morao je jedino stvoriti *notitia criminis*, odnosno osobno uvjerenje o postojanju elemenata koji terete osumnjičenika, kako bi se osumnjičenik mogao dovesti pred suca, odnosno upravitelja provincije.<sup>62</sup> Osobitu ulogu u istočnom dijelu Rimskog Carstva imali su irenarsi, koji su imali zadatak da uz pomoć naoružanih policajaca uhićuju osumnjičenike za počinjenje kaznenih djela te da ih ispituju. O ispitivanju su irenarsi vodili iscrpan izvještaj (*ellogium*) te su ga dostavljali na daljnje postupanje i verifikaciju upravitelju provincije. Izvještaj je sadržavao činjenični opis počinjenog kaznenog djela uvrede carskog veličanstva, uz pravnu kvalifikaciju kaznenog djela i podatke o ispitivanju osumnjičenika te njegovoj istovjetnosti.<sup>63</sup> Prijave koje su dolazile od strane građana bile su rasterećene formalnosti te su svi građani koji su smatrali da je došlo do uvrede carskog veličanstva od strane kršćana njihovim odbijanjem prinošenja žrtava rimskim bogovima (navedeno je vrijedilo i za druga teška kaznena djela) mogli izravno podnijeti prijavu upravitelju provincije (prijava nije morala biti u pisanom obliku), koja se upisivala u sudski registar, te bez upućivanja nižem sudskom službeniku nadležnom za zaprimanje kaznenih prijava,<sup>64</sup> i tako dati početni impuls provođenju kaznenog postupka. Iako je navedeno vrijedilo za kazneno djelo uvrede (*iniuria*), moglo bi se navesti kako nakon toga u carskim konstitucijama više nisu zabilježene formalnosti kod prijavljivanja kaznenih djela, pa se lako može izvesti zaključak da je navedeno vrijedilo i za prijave protiv kršćana.<sup>65</sup>

Nakon netom opisanog dijela kaznenog postupka započinjao je dokazni postupak, koji je u cijelosti bio obilježen aktivnošću upravitelja provincije kao redovnog suca kod progona kršćana, što je bilo u skladu s tadašnjim tendencijama k naglašenoj efikasnosti provođenja kaznenog postupka inkvizitornog tipa. Dakle, težište procesne aktivnosti bilo je u rukama upravitelja provincije kao redovitog suca, koji je imao znatne ovlasti u pogledu

---

<sup>62</sup> Jaramaz Reskušić, I., Medančić, T., *Cognitio extra ordinem u rimskom pravu*, Pravnik: časopis za pravna i društvena pitanja, vol. 40, br. 82, 2006, str. 101–102.

<sup>63</sup> Jaramaz Reskušić, I., *Osnovna obilježja kaznenog postupka u sustavu cognitio extra ordinem*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 43, br. 3–4/2006, str. 448.

<sup>64</sup> *Cod. Iust.* 9.2.8. (Dioklecijan i Maxim, bez datuma).

<sup>65</sup> *Op. cit.* u bilj. 63, str. 451.

prikupljanja i izvođenja dokaza. Od dokaznih sredstava najznačajniji su bili personalni dokazi, odnosno iskazi svjedoka i osumnjičenika. Nakon ispitivanja svjedoka prešlo bi se na ispitivanje osumnjičenika, odnosno kršćana.<sup>66</sup> Otegotna okolnost za kršćane krila se u činjenici što su bili osumnjičeni, optuženi te u konačnici osuđeni za jedno od najtežih kaznenih djela tog doba, odnosno za uvredu carskog veličanstva, koje je bilo najbližije suvremenom konceptu izdaje te urote protiv države. Tome je dodatno pridonijela okolnost uvođenja izvanrednog kaznenog postupka, koji je raskinuo formalne okove te je omogućio slobodnije tumačenje bića kaznenog djela uvrede carskog veličanstva, a pod navedeno se mogla podvesti neposlušnost kršćana u pogledu prinošenja žrtava rimskim bogovima i izazivanja božje srdžbe. Navedeno je dovelo do toga da je ispitivanje okrivljenika (ovdje kršćana) često bilo praćeno torturom, koja se osobito vezivala uz teška kaznena djela.<sup>67</sup>

Naime, ispitivanje pod mukama u pravilu je bilo rezervirano za pripadnike društvenog sloja *humiliores*, dok je za pripadnike *honestiores* bilo isključeno, osim u slučajevima teških kaznenih djela, uključujući, dakako, i uvredu carskog veličanstva. Značajno je istaknuti da se na dokazima pribavljenima isključivo priznanjem do kojega se došlo primjenom torture nije mogla temeljiti osuđujuća presuda upravitelja provincije: naime, uz takvo priznanje bilo je potrebno prikupiti i dodatne inkriminirajuće dokaze protiv osumnjičenika jer je isključivi dokaz moglo biti jedino spontano i slobodno priznanje.<sup>68</sup> Premda je, osim toga, Dioklecijan, po uzoru na Marka Aurelija te postulate klasičnog prava konstitucijom iz 290.–291. propisao mogućnost izuzeća primjene torture za pojedine pripadnike viših društvenih slojeva (*deukurione*),<sup>69</sup> činjenica da im je prvim ediktom o progonu kršćana 303. godine ukinuo sve društvene i pravne povlastice te ih i normativno izložio mukama torture upućuje na okolnost da je Dioklecijan posegnuo za restriktivnijim metodama kada je ostao bez oružja kojim je mogao natjerati kršćane na prinošenje žrtava rimskim bogovima.

Za vrijeme trajanja istrage kršćani su boravili u zatvorima, što bi bio pandan današnjem istražnom zatvoru. Naime, rimsko društvo nije poznavalo zatvor u značenju kaznenopravne sankcije, već je zatvor postojao isključivo u obliku čuvanja osumnjičenika do završetka dokaznog postupka, te tzv. izvršni zatvor, koji je služio za preventivno čuvanje osuđenika do izvršenja kazne, što bi u kontekstu progona kršćana značilo do izvršenja njihova smaknuća. Svojevrsni istražni zatvor nametao bi upravitelj provincije od početka formalnog dokaznog postupka (podizanja formalne prijave) do njegova završetka u obliku izvršnog zatvora te je trajao sve do smaknuća kršćana. Načelno, kod određivanja istražnog zatvora u obzir su uzimane razne okolnosti (čast, imovinsko stanje, ugled i sl.) te je zaobilazanje istražnog zatvora bilo omogućeno osumnjičenicima koji bi pružili osiguranje odgovarajućim jamcima.<sup>70</sup> Što se tiče cara Dioklecijana i njegove želje

<sup>66</sup> Više o tome, v. *ibid.*, str. 457–459.

<sup>67</sup> Vidi više o tome u: *ibid.*, također vidi i u: *op. cit.* u bilj. 26, str. 229.

<sup>68</sup> Vidi više o tome u: *op. cit.* u bilj. 62, str. 103.

<sup>69</sup> *Cod. Iust.*, 9.41.7-15. (Dioklecijan i Maxim, 286. godine).

<sup>70</sup> Vidi više o tome u: *op. cit.* u bilj. 26, str. 393–396.

za obnavljanjem antičkih, posebice religijskih, vrijednosti Rimskog Carstva te za efikasnim progonom kršćana, a uzimajući u obzir kako reskript Antonina Pija (sredina 2. stoljeća), koji je zauzeo stav da se ne smije narediti pritvaranje optuženika koji je spreman dati jamce, osim u slučaju teškog kaznenog djela,<sup>71</sup> tako i činjenicu da je Dioklecijan prvim ediktom ukinuo povlastice kršćanima, moglo bi se zaključiti da su kršćani u vrijeme velikog progona automatski bili smješteni u istražni zatvor odlukom upravitelja provincije jer su bili optuženi zbog počinjenja tada najtežeg političkog kaznenog djela – uvrede carskog veličanstva.

Nakon provedbe ispitivanja pod mukama te prikupljanja ostalog dokaznog materijala (izjave svjedoka, vještačenja, pregledavanje isprava i slično) slijedilo bi donošenje presude. U postupku donošenja presude bitan je bio element javnosti. Naime, presude su se izricale javno u prisutnosti okrivljenika, a uz to su morale biti sastavljene u pisanom obliku. Pisani otpravak presude u promatranom je razdoblju morao biti napravljen u roku od godinu dana od završetka dokaznog postupka.<sup>72</sup>

Prema pravilima kognicijskog postupka osuđenik bi nakon donošenja presude mogao uložiti žalbu protiv presude upravitelja provincije. Žalba se mogla uložiti u usmenom obliku neposredno nakon njezina izricanja ili u roku od 2 ili 3 dana nakon primitka pisanog otpavka presude. Žalbenom sucu dostavljao se cijeli spis kako bi se mogla donijeti što kvalitetnija odluka o žalbi.<sup>73</sup> O žalbi je u pravilu odlučivao vikar dijaceze ili pretorijanski prefekt, dok je u slučaju upravitelja provincije prokonzulskog ranga o žalbi odlučivao sam car,<sup>74</sup> točnije rečeno tetrah, sukladno Dioklecijanovoj reformi državnog ustrojstva Rimskog Carstva, odnosno podjeli na tetrahije.<sup>75</sup> Međutim, u svjetlu Dioklecijanovih edikata o progonima kršćana teško bismo mogli zamisliti da je osuđenim kršćanima bilo omogućeno ulaganje žalbe na presudu.<sup>76</sup>

## 5. KAŽNJAVANJE KRŠĆANA

### 5.1. Vrste kazni protiv kršćana

Kazne koje su, sukladno onovremenom sustavu mjera kažnjavanja, prijetile kršćanima zbog počinjenja kaznenog djela izrazitog političkog značaja – uvrede carskog veličanstva

---

<sup>71</sup> *Ibid.*, str. 393.

<sup>72</sup> *Ibid.*, str. 452.

<sup>73</sup> *Cod. Iust.* 7.62.5-11 (Dioklecijan i Maxim, bez datuma); *Ulp. lib. 1 de appellationibus u:* D. 49.4.1.15.

<sup>74</sup> *Op. cit.* u bilj. 26, str. 441.

<sup>75</sup> *Vidi supra*, str. 2.

<sup>76</sup> Mogućnost ulaganja žalbe na presudu kroz rimsku je pravnu povijest u nekim situacijama bila isključena, pa je tako bilo npr. u slučajevima kada su osuđeni robovi ili kada je počinitelj osuđen zbog teškog kaznenog djela (vidi više o tome u: *op. cit.* u bilj. 26, str. 232–236), što u kombinaciji s prvim ediktom cara Dioklecijana, kojim su kršćani izgubili sve povlastice te osobito slobodu, uz izričite navode da kršćani više neće imati ni pravo glasa te da će protiv njih biti valjana svaka parnica i da oni neće moći ništa učiniti zbog toga, jasno nameće zaključak kako kršćani nisu imali pravo žalbe najkasnije nakon donošenja prvog edikta. Vidi više o tome *supra*, str. 8 i 9.

– bile su vrlo teške. Naime, glavne kazne mogle su biti jednostavna smrtna kazna (*poena capitis*) i *summa supplicia* kao izvanredna kazna *sui generis*, odnosno kazna tjelesnog mučenja do smrti.<sup>77</sup>

Smrt kao kazna u slučaju uvrede carskog veličanstva, kako to proizlazi iz Paulovih *Sententia*, primjenjivala se na dvojaki način: naime, pripadnici nižih društvenih slojeva, tzv. *humiliores*, bivali su bacani divljim zvijerima ili su živi spaljivani (kao oblici *summa supplicia*), a pripadnici viših društvenih slojeva, tzv. *honestiores*, bivali su dekapitirani (kao oblik jednostavne smrtno kazne).<sup>78</sup> U tom smislu potrebno je istaknuti kako činjenicu da se Paulove Sentencije odnose na pravo razdoblja kasnog principata u kojemu je autor živio (3. stoljeće) tako i činjenicu da se u pogledu izricanja smrtnih kazni Dioklecijan u velikoj mjeri koristio upravo sustavom kazni iz tog pravno-povijesnog razdoblja, odnosno da je tek kasnije, dolaskom na vlast Konstantina Velikog, došlo do stanovitih promjena u sustavu kazni, posebice do oblikovanja široko shvaćene kapitalne kazne (*poena capitalis*), koja je obuhvaćala kako smrtnu kaznu dekapitacijom mačem tako i s njom izjednačeni pooštreni način usmrćenja, odnosno *vivicrematio* kao jedini preživjeli kasnoklasični oblik *summa supplicia*.<sup>79</sup> Stoga navedeni izvor rimskog prava itekako treba uzeti u obzir kod razmatranja kaznenopravnih sankcija koje su nametane kršćanima.

Način izvršenja smrtno kazne bila je dekapitacija (odrubljivanje glave) mačem, i to – prema Laktancijevim riječima<sup>80</sup> – primijenjena samo na osobe kojima su njihove stare zasluge pribavile pravo na blagu smrt. Navedeni način izvršenja smrtno kazne bio je jedini pravno regulirani način izvršenja smrtno kazne u razdoblju principata.<sup>81</sup> Premda je takav način izvršenja kazne načelno vrijedio i u razdoblju cara Dioklecijana, ukidanjem svih povlastica kršćanima propisanim njegovim prvim ediktom o progonu kršćana bio je otvoren put primjeni pooštrenog usmrćenja kršćana neovisno o njihovu društvenom položaju.

Promatranjem različitih relevantnih izvora jasna je podudarnost izvještavanja o smrtnoj kazni, osim u slučaju legendi kršćanskih mučenika.<sup>82</sup> Naime, prema tom izvoru većina kršćana bila je pogubljena dekapitacijom, a to svjedoči o poštivanju njihova društvenog položaja kao moguće posljedice činjenice da je primjena prava uvelike ovisila o osobi upravitelja provincije, odnosno njegovu tumačenju Dioklecijanovih edikata, pa čak i o njihovu poštivanju. Ostali kršćani bili su pogubljeni spaljivanjem, bacanjem zvijerima, probadanjem kopljem te utapanjem. Iz navedenog je vidljiva s jedne strane velika podudarnost s pravnim izvorima glede dekapitacije kršćana koji su pripadali skupini tzv.

---

<sup>77</sup> Osim tih glavnih kazni, postojala je i mogućnost izricanja sporednih kazni. Više o tome u nastavku ovog rada, *infra*, str. 20 i 21.

<sup>78</sup> Paul. *Sent.* 5,29,1.

<sup>79</sup> *Op. cit.* u bilj. 26, str. 534–542.

<sup>80</sup> *Op. cit.* u bilj. 23, str. 67.

<sup>81</sup> *Op. cit.* u bilj. 26, str. 340.

<sup>82</sup> *Op. cit.* u bilj. 9, str. 297–299.



*honestiores*, a s druge strane određena diskrepancija glede utapanja, koje je predstavljalo oblik *summa supplicia* za pripadnike skupine tzv. *humiliores*, ali i razapinjanja na križ.

*Summa supplicia* predstavljala je pooštreni i glavni oblik usmrćenja kršćana, a inače je bila rezervirana za najteža kaznena djela te za pripadnike skupine tzv. *humiliores*.<sup>83</sup> Navedena kazna tjelesnog mučenja do smrti uključivala je dugotrajnu i višestruku patnju osuđenika, odnosno sporu, krajnje bolnu i nečasnu smrt, za razliku od dekapitacije mačem kao brze, bezbolne i časne smrti rezervirane za pripadnike skupine tzv. *honestiores*.

Najčešća kazna obuhvaćena složenicom *summa supplicia*, nametana kršćanima (pripadnicima skupine tzv. *honestiores*) zbog kaznenog djela uvrede veličanstva, bila je razapinjanje na križ (*crux*).<sup>84</sup> Navedena kazna bila je iznimno brutalna, a uključivala je svlačenje osuđenika do gola, uz prekrivanje genitalija, vezivanje osuđenika ili pribijanje njegovih ekstremiteta čavlima na drveni stup u obliku križa te ostavljanje na križu do nastupa smrti. Smrt je nastupala relativno sporo i vrlo bolno u razmaku od nekoliko sati ili dana te je uzrok smrti najčešće bila dehidracija, izgladnjenje, gušenje, sepsa te iskrvarenje. U slučaju kada smrt ne bi brzo nastupila maljem bi se osuđeniku lomile noge kako bi se težina pridržavanja tijela prebacila na ruke, zbog čega bi disanje bilo posebice otežano, a smrt ubrzana.<sup>85</sup>

Osim toga, kao jedan od kaznenih oblika *summa supplicia* primjenjivala se protiv kršćana (slobodnjaka, pripadnika bilo kojeg društvenog sloja) i *damnatio ad bestias*. Navedena kazna podrazumijevala je izlaganje, odnosno bacanje nenaoružanog osuđenika divljim zvijerima, medvjedima ili bikovima u amfiteatar, koje je rezultiralo – trenutačno ili s odgodom – nedostojnom, bolnom i okrutnom smrću.<sup>86</sup>

Što se tiče *summa supplicia* vatrom, treba naglasiti da se spaljivanje živog osuđenika (*crematio* ili *vivicomburium*) već od Neronove pa sve do Konstantinove vladavine protiv kršćana primjenjivalo često, i to kao uobičajena mjera njihova kažnjavanja. Prema svjedočanstvima klasičnih pravnika ta je kazna poprimila karakter najtežeg kaznenog oblika obuhvaćenog složenicom *summa supplicia*. Ona se, naime, sastojala od prethodnog bičevanja osuđenika te odijevanja u specijalni odjevni predmet, koji je bio natopljen smolom ili sumporom kako bi izgaranje vatre bilo što efikasnije, a javno izvršenje takva usmrćenja pružilo zastrašujući primjer eventualnim budućim sljedbenicima kršćanske vjere.<sup>87</sup>

U pogledu gore iznesenog navoda o utapanjima kršćana, koji proizlazi iz mučeničkih legendi, potrebno je istaknuti da je kazna utapanja bila korištena u ranijim razdobljima

<sup>83</sup> *Op. cit.* u bilj. 26, str. 340–341.

<sup>84</sup> Paul. *Sent.* 5,22,1.

<sup>85</sup> Vidi više o tome putem URL poveznice: *How did the crucifixion kill* <https://www.theguardian.com/science/2004/apr/08/thisweekssciencequestions> (dostupno 4. siječnja 2023.).

<sup>86</sup> *Op. cit.* u bilj. 26, str. 346–349, posebice bilj. 1066.

<sup>87</sup> Vidi više o tome: *ibid.*, str. 350–352 i posebice bilj. 1087.

rimске pravno-političke povijesti, i to za ocoubojstvo (*parricidium*) u obliku drevne kazne *poena cullei*, koja se sastojala od zašivanja osuđenika u vreću zajedno s pijetlom, psom, majmunom i zmijom otrovnicom te bacanja u more ili rijeku. Takva kazna utapanja ponovno je oživjela u konstituciji cara Konstantina iz 318. godine, kojom je bila propisana za kazneno djelo ocoubojstva, ali ne i za uvredu carskog veličanstva, odnosno izdaju.<sup>88</sup>

Izložene glavne kazne bile su popraćene sporednim kaznama, od kojih je najčešće primjenjivana tjelesna kazna bičevanja. Naime, kršćani su prije smaknuća bili odvedeni na bičevanje, kojim se ne samo dodatno otežavalo samo usmrćenje nego se i naglašavala težina počinjenog kaznenog djela.<sup>89</sup> Iako nisu pronađeni izravni nedvojbeni dokazi koji bi govorili u prilog činjenici da je imovina kršćana upravo u vrijeme cara Dioklecijana bila konfiscirana u obliku sporedne kazne, temeljem uobičajene prakse povodom kapitalnih kaznenih djela te činjenice što je iz prvog edikta proizlazilo da se crkvi oduzimala imovina u tijeku velikih progona, zasigurno se može navesti kako je njihova imovina bila konfiscirana kao nužna posljedica osude za uvredu carskog veličanstva.<sup>90</sup> Naime, konfiskacija je bila redovna sporedna kazna koja se u tadašnje vrijeme izricala počiniteljima djela *crimen lese maiestatis* uz glavnu smrtnu kaznu.<sup>91</sup> O primjeni konfiskacije prema kršćanima upravo u vrijeme cara Dioklecijana mogao bi se izvući zaključak i iz činjenice što je Dioklecijan 297. godine donio edikt protiv manihejaca,<sup>92</sup> kojim je izričito propisao oduzimanje njihove imovine u korist državne blagajne – fiska, a kojim se u stanovitoj mjeri (što proizlazi iz sadržaja edikta) služio i kasnije 303. godine, kada je započeo Veliki progon kršćana.<sup>93</sup>

U pogledu konfiskacije zasigurno se zna da su kršćanima temeljem prvog edikta oduzimate nekretnine koje su služile za organizirana misna slavlja, kao i pobožni liturgijski predmeti u smislu crkvenih dobara kršćanske zajednice, a ne njihova osobna imovina, koja nije bila usko vezana uz misna slavlja, o čemu nam najbolje svjedoči Milanski

<sup>88</sup> *Ibid.*, str. 541.

<sup>89</sup> *Ibid.*, str. 383.

<sup>90</sup> Vidi više o tome: *ibid.*, str. 386–393.

<sup>91</sup> C. Williamson, Crimes Against the State, u: *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, ur. P. J. du Plessis, C. Ando i C. Tuori, Oxford: Oxford University Press 2016, str. 340–341. Vidi također i u: C. Gizewski, Maiestas, u: *Der neue Pauly. Enzyklopädie der Antike*, Band 7 (Lef – Men), Stuttgart: Verlag J. B. Metzler, 1999, str. 710–712, te u: *Ulpianus, Disputations, Book VIII.*, D.48.4.11., a gdje se navodi kako je kod postupka zbog uvrede veličanstva, čak i u slučaju smrti okrivljenika za vrijeme kaznenog postupka, pristupano konfiskaciji njegove imovine od nasljednika neovisno o tome što okrivljenik nije bio osuđen. Također više o tome vidi i u: Cloud, J. D., *The Text of Digest XLVIII, 4 Ad Legem Iuliam Maiestatis*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, vol. 80, 1963, str. 206–232. Jednako tako i Garcia zaključuje kako sporedna kazna konfiskacije nije trebala biti izričito stipulirana u normativnom okviru, već su je carevi redovno izricali upravo uz političke zločine (na čijem je pijedestalu upravo zločin uvrede carskog veličanstva) temeljem svojih diskrecijskih ovlasti, odnosno *ratione imperii*. (Vidi o tome u: A. B. Zaera Garcia, *Confiscation of assets as an accessory penalty*, Revista Dialogos Mediterraneos, br. 22, 2022, str. 111.)

<sup>92</sup> Perzijska religija, koja se sastoji u temeljnom vjerovanju da je Bog stvoritelj svega duhovnog, dok je Sotona stvoritelj materijalnog. Navedena religija zagovara asketski život, uz odbacivanje materijalnih dobara. (Vidi više o tome u: I. Pilar, *Bogomilstvo kao religijozno-povijesni te kao socijalni i politički problem*, PILAR, Časopis za društvene i humanističke studije, godište II, 2007, br. 4(2), str. 121–145.)

<sup>93</sup> Vidi o tome u: Sitek, B., *Confiscation and nationalization as a timeless device of religious intolerance*, Studia Prawnoustrojowe, br. 25, 2014, str. 106.

edikt iz 313. godine, kojim je bilo jasno propisano kako se kršćanskoj zajednici moraju vratiti konfiscirana dobra bez ikakve naplate ili odštetnog zahtjeva. U jednom dijelu Milanskog edikta, navodi se: "... što je zakonito pripadalo njihovoj zajednici – to jest crkvama, a ne pojedinom čovjeku... vratiš istim tim kršćanima, to jest njihovoj zajednici i okupljalištima..."<sup>94</sup>

Nakon izvršenja smrtne kazne tijela osuđenika u pravilu su se predavala obitelji na njihov zahtjev<sup>95</sup> kako bi ih mogli pokopati te na taj način izraziti minimum pijeteta. Međutim, budući da su kršćani smatrani rušiteljima *pax deorum*, visoki carski službenici i sami carevi nastojali su onemogućiti stvaranje kulta kršćanskih mučenika te su uskraćivali predaju tijela usmrćenih kršćana njihovim obiteljima i prijateljima. Ta je uskrata – već prema Ulpijanovu svjedočanstvu – bila moguća upravo kod zločina izdaje, odnosno uvrede carskog veličanstva.<sup>96</sup> Njihova tijela najčešće su bila izložena na poznatim javnim mjestima u središtima provincijskih gradova kako bi neko vrijeme davala jasnu poruku cjelokupnom stanovništvu u slučaju počinjenja takvih zločina te su kasnije ili odmah bila bačena u more ili rijeke te eventualno potajno pokopana.<sup>97</sup>

Konačno, nakon izlaganja kaznenopravnih sankcija koje su izricane kršćanima zbog uvrede carskog veličanstva potrebno je ukratko analizirati navode iz drugog i trećeg edikta o progonu kršćana kojima su pripadnici klera bili masovno zatvarani.<sup>98</sup> Naime, iz navedenih Dioklecijanovih edikata proizlazi da je kršćanima bila izricana kazna zatvora, a da su, prema Laktancijevim riječima, na takvu kaznu kršćani bili osuđivani bez dokaza.<sup>99</sup> Kako je već pojašnjeno, nametanje zatvora rijetko je služilo u svrhe kažnjavanja, a pojedina odstupanja mogla su se pronaći kod manje teških kaznenih djela.<sup>100</sup> Značajan izvor predstavlja Ulpijanov odlomak sačuvan u Digestama,<sup>101</sup> u kojem se navodi da su upravitelji provincija često posezali za primjenom kazne zatvora, iako je ona bila zabranjena. Učeni je pravnik stoga sugerirao da bi se zatvorom trebalo služiti samo u preventivne svrhe čuvanja osumnjičenika (tzv. istražni zatvor). Na temelju analize antičkih natpisa o ediktima te Ulpijanovih promišljanja može se pretpostaviti da su kršćani stavljani u okove odlukama upravitelja provincija, iako je takva praksa bila nezakonita zbog činjenice da je za djelo uvrede carskog veličanstva trebalo izreći propisanu kaznu – jednostavnu smrtnu kaznu ili neki kazneni oblik obuhvaćen pojmom *summa supplicia*. No uzme li se u obzir činjenica da se u zapadnom dijelu Rimskog Carstva progon kršćana nije provodio istom žestinom kao u njegovu istočnom dijelu, posebice za vrijeme vladavine cara Dioklecijana te još okrutnijeg cezara Galerija, a da su upravitelji

<sup>94</sup> *Op. cit.* u bilj. 23, str. 119–123.

<sup>95</sup> Paul. *lib. 1 Sent. u.*: D. 48.24.3.

<sup>96</sup> *Ibid.*; Ulp. *lib. 9 de officio proconsulis*, u: D. 48.24.1.

<sup>97</sup> Vidi slično i više o tome putem URL poveznice: <https://bibleinterp.arizona.edu/articles/2018/02/smi428014> (dostupno 8. siječnja 2023.).

<sup>98</sup> Budući da nisu sačuvani tekstovi drugog, trećeg i četvrtog edikta, u nastavku je potreban oprez kod apsolutnog prihvaćanja njihovih odredbi, o kojima su svjedočili uglavnom Laktancije i Euzebij.

<sup>99</sup> Vidi *supra*, str. 9.

<sup>100</sup> *Op. cit.* u bilj. 26, str. 398–403.

<sup>101</sup> Ulp. *lib. 9 de off. procon.*, u: D. 48.19.8.9

provincija imali široke sudbene ovlasti, moguće je da su u slučaju kršćana zanemareni tadašnji postulati načela legaliteta te da su upravitelji na svoju ruku izricali kaznu zatvora tijekom važenja drugog i trećeg Dioklecijanova edikta. Ovdje se može uzgredno dodati da su kršćani na kaznu zatvora gledali kao na još jednu polugu prema vječnom spasenju te je zatvor za njih dobio ritualna obilježja, odnosno predstavljao je cestu prema vječnom životu i spasenju, a ne puko sekularno oduzimanje slobode.<sup>102</sup>

Na kraju valja konstatirati da, sukladno izloženom katalogu kazni, oduzimanje časti i privilegija kršćanima, propisano prvim Dioklecijanovim ediktom, nije bilo predviđeno kao uobičajena kazna koju bi presudom izricao upravitelj provincije u kognicijskom kaznenom postupku. Naime, oduzimanje časti i ugleda te ostalih privilegija koje su uživali slobodni stanovnici Rimskog Carstva pojavilo se kao autonomna kazna – *infamia* – tek u postklasičnom periodu za vladavine Konstantina Velikog.<sup>103</sup> Stoga se može zaključiti da su upravitelji provincija činjenicu da neka osoba odbija javno prinositi žrtve rimskim bogovima tumačili kao njezinu manifestaciju pripadnosti kršćanskoj vjeri/zajednici te su joj izvan redovnog sudskog postupka *de facto* oduzimali pripadajuće slobode i privilegije smatrajući je kršćaninom, odnosno građaninom drugog reda, što je u konačnici imalo velikog učinka na njezina prava u kaznenom postupku, kako su gore opisana.

## 5.2. Svrha kažnjavanja

U nastavku rada nužno je odvojeno sagledati koja su to bila filozofska promišljanja u pogledu ciljeva što se točno htjelo postići kažnjavanjem kršćana, a sve kako bi se stekao potpuni uvid u politiku kažnjavanja tadašnjeg vremena. Od razdoblja cara Dioklecijana carsko zakonodavstvo bilo je zaokupljeno oblikovanjem represivne politike, koja je dominantno usmjerena na pitanja generalne prevencije kroz egzemplarnost kazne, dok je pitanje ostvarenja retributivne pravde postavljeno u drugi plan. Tragovi retributivno-osvetničke funkcije kazne bili su apsorbirani u preventivnoj funkciji kažnjavanja, dok je funkcija popravljanja, odnosno rehabilitacije počinitelja kaznenih djela, ostala na razini akcesorne sastavnice.<sup>104</sup>

Dakle, u promatranom razdoblju vladavine Dioklecijana<sup>105</sup> svrha kažnjavanja bila je dvodimenzionalne prirode, odnosno preventivno-retributivna, s naglaskom na

---

<sup>102</sup> Vidi više o tome u: Olsen, M., *Philosophies of Imprisonment in Late Antiquity*, Constructing the Past, vol. 9, br. 1, čl. 7, 2008, str. 30–46.

<sup>103</sup> *Op. cit.* u bilj. 26, str. 551.

<sup>104</sup> *Ibid.*, str. 572, 607–608.

<sup>105</sup> Razdoblje cara Dioklecijana zasigurno spada u razdoblje dominata (vidi o tome u: *op. cit.* u bilj. 26, str. 437), ali je kod kaznenopravnih pitanja njegova era bila obilježena mnogim reliktima iz razdoblja kasnog principata (jer je car Dioklecijan htio osnažiti te obnoviti staru rimsku religiju, vidi o tome u: *op. cit.* u bilj. 9, str. 99 i 100) te se u velikoj mjeri služio pravnim propisima principata. Tek je kasnije Konstantin Veliki započeo veću obnovu pravnog sustava u duhu dominata, koja je bila prožeta vezom između moralno-etičkih zapovijedi kršćanske religije i rimskog kaznenog prava (vidi više o tome u: *op. cit.* u bilj. 26, str. 454, 465, 482 i 518, i u: Mousourakis G., *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*, Springer, 2015, str. 84, 93 i 94) i njezinim konačnim zaposjedanjem na pijedestal rimskog društva nakon što je ediktom cara Teodozija iz 380. godine kršćanstvo postalo službena religija Rimskog Carstva (vidi o tome u: Krasić, S.,

generalnoj prevenciji. Sam Dioklecijan naveo je kako upravitelj provincije ne smije opozvati kaznu koju je u svojoj presudi izrekao,<sup>106</sup> iz čega se može zaključiti kako javni interes nalaže obvezu kažnjavanja osuđenika te kako je cilj takve kazne i odmazda zbog učinjenog djela, odnosno retribucija.<sup>107</sup> Iz gore navedenog jasno je kako su kršćanima uslijed uvrede carskog veličanstva izricane smrtne kazne, bilo u obliku dekapitacije bilo pooštrene naravi, uz primjenu mučenja kao najteže kazne, pa se iz toga također može zaključiti kako je cilj kažnjavanja bilo kažnjavanje kršćana upravo zbog težine počinjenog zločina, odnosno odmazda.<sup>108</sup>

Iz netom elaboriranog također bi se mogao izvući zaključak da je i samo rimsko društvo smatralo potrebnim kazniti kršćane zbog narušavanja *pax deorum*, odnosno poslati jasnu poruku da odbijanje javnog prinošenja žrtava rimskim bogovima neće proći nekažnjeno te da javni interes nalaže nužnost njihova kažnjavanja kao *ultima ratio societatis* u onim slučajevima kada kršćani pred sudskim tribunalom odbiju prinostiti žrtve te tako spasiti svoj život, iz čega bi se mogao podredno izvući zaključak o retributivnosti kažnjavanja kršćana. Naime, kršćani su svojim odbijanjem prinošenja žrtava narušili *pax deorum* te su na taj način potencijalno prouzročili negativne posljedice po rimsko društvo, pa su iz navedenog razloga u očima Rimljana svakako zaslužili kaznu kao posljedicu svojih nedjela.

Osim retributivnog elementa, svrha kažnjavanja bila je i u generalnoj prevenciji, odnosno odvraćanju ostalih od počinjenja kaznenih djela, o čemu se nedvojbeni dokazi mogu pronaći kako u opisanoj težini kazne zapriječene kršćanima tako i u načinu izvršenja smrtnih kazni. Preventivna je svrha vidljiva iz gore navedene težine kazne jer se u tadašnjem društvu smatralo kako će upravo smrtna kazna odvratiti od počinjenja istovrsnih kaznenih djela ostale počinitelje iz razloga što bi se svi ljudi najviše trebali bojati za svoj život. Takva oštra kazna trebala je odvratiti i sve ostale od počinjenja kaznenih djela te ih dovesti na put poštivanja pravila ponašanja rimskog društva. Navedena svrha kažnjavanja također je vidljiva i iz činjenice da su se smrtne kazne u svim oblicima izvršavale javno te je cilj bio da što više građana vidi izvršenje brutalne kazne kako bi se na taj način pokušalo preventivno utjecati na njihovo buduće ponašanje. To je najbolje vidljivo iz kazne bacanja kršćana zvijerima, koje su se najčešće odvijale u amfiteatrima koji su mogli primiti enormno velik broj gledatelja.<sup>109</sup> Pripadnici nižeg društvenog statusa temeljem dualnog sustava kažnjavanja (odnos pripadnika *honestiores/humiliores*) često su bili prepušteni fizičkoj ranjivosti u amfiteatrima te su

---

*Historičnost "Milanskog edikta" iz 313. godine*, Rad Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti, Razred za društvene znanosti, br. 516 = 50, 2013, str. 41).

<sup>106</sup> *Cod. Iust.* 9,47,14 (Dioklecijan i Maxim, bez datuma).

<sup>107</sup> *Op. cit.* u bilj. 26, str. 578.

<sup>108</sup> Tako Krzysztof Amielanczyk navodi da težina kazne, osim odvrćajućeg, ima i retributivni učinak. Vidi o tome u: Amielanczyk, K., *Purposes and Functions of Public Punishment in Roman Law in the Perspective of Justinian's Codification*, *Studia Prawnicze Kul*, 4 (80), 2019, str. 29.

<sup>109</sup> Najpoznatiji rimski koloseum mogao je primiti između 40 000 i 73 000 gledatelja. Vidi u: D. Gutierrez, Bernard Frischer, E. Cerezo, I. A. Gomez, E. Sobreviela. *Virtual Crowds in a Digital Colosseum*, *Virtual Retrospect*, 2005, Robert Vergnieux, Nov 2005, Biarritz, France, str. 142.

Rimljani u okviru svojeg poimanja pravde izvršavanjem smrtne kazne pripadnicima *humiliores* putem većeg broja gledatelja postizali egzemplarnu svrhu kažnjavanja, čiji je motiv bio da će se, što više gledatelja nazoči smaknuću kršćana, to lakše postići generalna prevencija kao svrha kažnjavanja.<sup>110</sup>

U pogledu rehabilitacije, odnosno popravljivanja osuđenih kršćana, zasigurno se iz svega navedenog može uočiti da takva svrha kažnjavanja nije pronalazila zastupljenije mjesto. Rehabilitacija se u doba Dioklecijanovih progona kršćana nije javljala kod samog kažnjavanja, već u ranijoj fazi, prije pokretanja postupka, što je razvidno iz četiri edikta o kažnjavanju kršćana. Naime, iz četiri edikta jasno je da je Dioklecijan tražio od kršćana da javno prinose žrtve rimskim bogovima te bi u tom slučaju bili oslobođeni torture kognicijskog postupka, iz čega je vidljiva barem djelomična milost cara Dioklecijana i prvenstvena namjera da se obnovi narušeni *pax deorum*, a tek podredno, ukoliko bi kršćani odbili prinostiti žrtve, primjenjivale bi se kaznenopravne sankcije lišavanja njihovih života.

Konačno, može se zaključiti da je svrha kažnjavanja kršćana u doba cara Dioklecijana bila u skladu s postklasičnim tendencijama: naime, svrha kažnjavanja bila je retributivno-odvraćajuća, s primarnim i snažnim naglaskom na generalnoj prevenciji putem zastrašivanja budućih počinitelja.

## 6. ZAKLJUČAK

Proučavanjem relevantnih vrela – djela antičkih pisaca, fragmenata učenih pravnika te carskih konstitucija, kao i djela modernih romanista – zasigurno se može reći da su kršćani u razdoblju velikog progona poduzetog početkom 4. stoljeća od strane cara Dioklecijana bili progonjeni zbog nepoštivanja dugogodišnje tradicije rimskog politeističkog društva, koju je Dioklecijan u četvrtom ediktu iz 304. godine i normativno uredio kao opću pravnu obvezu, točnije rečeno, zbog odbijanja javnog prinošenja žrtava rimskim božanstvima, a osobito kapitolijskoj trijadi (Jupiter, Junona i Minerva), utemeljenog na osnovnim postulatima kršćanske religije, odnosno prvoj zapovijedi Dekaloga. Odbijanje prinošenja žrtava remetilo je božji mir te je pravno bilo kvalificirano kao kazneno djelo uvrede carskog veličanstva (*crimen laesae maiestatis*), koje je ulazilo u kategoriju kaznenih djela političke prirode kao svojevrsan čin izdaje, odnosno pobune protiv ustrojstva Rimskog Carstva i samog cara, ali i sigurnosti države, te se nalazilo na pijedestalu onoga što bismo danas nazvali katalogom kaznenih djela. Nakon što bi kršćani zbog odbijanja javnog prinošenja žrtava rimskim bogovima kao oblika navedenog kaznenog djela bili prijavljeni upravitelju provincije, započinjao bi inkvizitorni kognicijski kazneni postupak (*cognito extra ordinem*), koji je vođen po službenoj dužnosti te je obilježen ne samo nastojanjem da se putem ispitivanja pod mukama iznudi priznanje od kršćana već i širokim sudačkim ovlastima upravitelja provincije, koje su uključivale i

---

<sup>110</sup> Vidi više o tome u: Carucci, M., *The Spectacle of Justice in the Roman Empire*, Ch. 12: *The Impact of the Justice in Roman Empire*, Brill – Leiden, 2019, str. 212–233.

pravo izricanja smrtne kazne kršćanima zbog uvrede carskog veličanstva. Pritom bi optuženi kršćani tijekom provođenja kaznenog postupka bili smješteni u zatvoru, koji bismo s obzirom na njegovu funkciju mogli nazvati istražnim zatvorom. Kazna koja je bila zapriječena kršćanima bila je smrtna kazna kao glavna mjera kažnjavanja (uz mogućnost izricanja sporednih kazni u obliku oduzimanja imovine te mučenja prije izvršenja smrtne kazne), a koja je kršćanima u pravilu bila izricana u obliku pooštrene kazne kao *summa supplicia*, i to u obliku bacanja zvijerima, razapinjanja na križ i živog spaljivanja. Odrublivanje glave – kao jednostavna, brza, pa i časna smrt – bilo je u pravilu rezervirano za pripadnike viših društvenih slojeva (*honestiores*), čijim se povlasticama kršćani nisu mogli služiti zbog prvog Dioklecijanova edikta o progonu kršćana. Kazne su izricane prvenstveno kako bi se utjecalo na sve stanovnike rimske države da ne čine takva kaznena djela u budućnosti, dakle, radilo se o generalnoj prevenciji kao temeljnoj svrsi kažnjavanja. Generalna prevencija postizana je prvenstveno putem težine kazni, koje su izricane kršćanima zbog svojevrzne izdaje, a osobito u teškom obliku *summe suppliciae*, koji je donosio sporu i iznimno bolnu smrt. Nju su kršćani, međutim, shvaćali kao katarzu i vjersko mučeništvo, koje im je pružalo sigurnu ulaznicu u prostore vječnog života, a ne kao puku sekularnu kaznu. Osim težinom propisanih i izricanih kazni, prevencija se postizala i putem njihova javnog izvršavanja, koje je uvijek tražilo što veći broj dionika koji će promatrati izvršenje smrtne kazne kako bi se njihovo okrutno smaknuće što bolje urezalo u pamćenje svim prisutnim osobama te na taj način spriječilo takvo kažnjivo ponašanje u budućnosti.

Dakle, kršćani su bili progonjeni iz razloga što nisu prinosili žrtve poganskim božanstvima, a nisu ih prinosili zbog kršćanskog vjerovanja u zabrane prinošenja takvih žrtava, pa je uslijed snažne namjere cara Dioklecijana da obnovi stare, prvenstveno religijske vrijednosti rimskog društva te uspostavi *pax deorum*, koji su upravo kršćani remetili svojim odbijanjem javnog prinošenja žrtava rimskim božanstvima, došlo do njihova progona. Na taj su način kršćani, suvremenom terminologijom govoreći, ispunili biće kaznenog djela uvrede carskog veličanstva, za koje ih je Rimsko Carstvo žestoko progonilo, a osobito revno u njegovu istočnom dijelu.

## DIOCLETIAN'S PERSECUTION OF CHRISTIANS IN THE CONTEXT OF ROMAN CRIMINAL LAW

*This paper outlines the relevant criminal law rules and briefly discusses the main reasons for the prosecution of Christians during the Diocletian era (284-305 A.D.). It demonstrates that the Christians' persistent refusal to participate in public ritual sacrifices led to the Great Persecution, which was ordered by Emperor Diocletian, with the legal support of four edicts that served as the legal regulations of the time.*

*The first edict revoked the rights and privileges of Christians, including the destruction of churches. The second edict mandated the imprisonment of clergy. The third was an addition to the second, and the final edict required all citizens to perform public sacrifices.*

*Christians were prosecuted for the crime of *crimen laesae maiestatis*, or the insult to imperial majesty, which was a form of treason or rebellion against the Roman Empire. Defendants were held in custody during the criminal proceedings and were tortured to extract confessions, which were necessary for a verdict. These proceedings were entirely under the authority of the Governor of the Province and were held in the main city of the Province. The Governor delivered the verdict in the name of the Emperor and sentenced Christians to capital punishment in various forms. One of the most cruel forms, *summa supplicia*, involved slow and painful death, and it was primarily applied to individuals from the lower social class, or *humiliores*.*

*The main purpose of these punishments was general deterrence—aiming to instill fear among the population to prevent future crimes. This objective was primarily achieved through public executions and the severity of the punishments.*

Keywords: Christians, Diocletian, Edicts, Governor of the Province, *crimen laesae maiestatis*

**Antonio Katavić**, univ. spec. iur. (Criminal Law Sciences), Doctoral Candidate in the Postgraduate Doctoral Program in Criminal Law Sciences, University of Zagreb, Faculty of Law



# RJEŠENJE O NASLJEĐIVANJU – DOKAZ ZA PREKID I PREUZIMANJE POSTUPKA

Stručni rad

UDK 347.65

347.937

347.952

Primljeno: 7. veljače 2024.

Marijan Šakota\*

---

*Prekid parničnog i ovršnog postupka zbog smrti stranke dovodi do promjene legitimacije za vođenje i nastavak postupka. Takva promjena aktivne ili pasivne legitimacije dolazi kada su predmet postupka prenosiva prava ili obveze. U tim slučajevima potrebno je dokazati da su ispunjene zakonske pretpostavke za prekid postupka. Formalnopravni način dokazivanja tih činjenica jest pravomoćno rješenje o nasljeđivanju, koje se donosi u ostavinskom postupku. Na temelju takva rješenja utvrđuje se tko je zbog smrti stranke stekao nasljedno pravo i što ulazi u sastav ostavine te koja su prava stekle druge osobe. U ovršnom postupku takav način utvrđivanja tih činjenica važan je zbog primjene načela strogog formalnog legaliteta jer se ovrha može odrediti samo u korist osobe, ili u odnosu na osobu, koja je u ovršnoj ispravi označena kao ovrhovoditelj ili ovršenik.*

---

Ključne riječi: ovrha, prekid postupka, rješenje o nasljeđivanju, načelo formalnog legaliteta

---

## 1. UVOD

Smrt stranke dovodi do prekida postupka jer se postupak ne može nastaviti zbog prestanka pravne osobnosti umrle osobe. Prestankom pravne osobnosti umrla osoba više ne može biti nositeljica prava i obveza. Svojevrzni nastavak pravne osobnosti ostvaruje se nasljeđivanjem, odnosno stjecanjem nasljednog prava. Kada se prekinuti postupci nastavljaju, mora postojati pravna osnova na temelju koje nasljednici preuzimaju prava i obveze, određeni oblik legitimacije za vođenje postupka i općenito za sudjelovanje u pravnom prometu, dokaz o tome da su pravni sljednici preminule osobe. To je potrebno kako bi stekli legitimaciju za sudjelovanje u postupku, položaj stranke kada su predmet postupka prenosiva prava i obveze. Potrebno je i u slučaju kada stupaju u ovršni postupak kao ovršenici odnosno dužnici umjesto prvobitnog ovršenika. U tom slučaju trebale bi se ispuniti sve opće pretpostavke za stjecanje pravnog položaja stranke koje su vezane za pravnu i stranačku sposobnost. Kada se govori o nasljednicima kao strankama u postupcima koji se nastavljaju, trebao bi biti ispunjen još jedan uvjet, a to je da su pravomoćnim rješenjem o nasljeđivanju proglašeni nasljednicima i da je utvrđeno koji im dio ostavine pripada. To je nužno kako bi se mogla utvrditi vrijednost imovine koju su naslijedili, što je osnovna pretpostavka za utvrđivanje njihove odgovornosti za dugove ostavitelja. Rješenje o nasljeđivanju predstavljalo bi dokaz o njihovu pravnom položaju,

---

\* Marijan Šakota, viši sudski savjetnik na Općinskom sudu u Osijeku

osnovu za stjecanje postupovnog položaja stranke i legitimaciju u pravnom prometu. Ovdje se u prvom redu misli na postupke o prenosivim pravima, dakle subjektivnim pravima ostavitelja, koja i nakon njegove smrti prelaze na nasljednike.

Odredbe Zakona o nasljeđivanju u tom slučaju postavljaju određena ograničenja kako u pogledu imovine na kojoj se provodi ovrha tako i u pogledu odgovornosti za naslijeđene dugove, a položaj nasljednika u okvirima ovršnog postupka može biti specifičan i zbog jednog od osnovnih načela ovršnog postupka, načela strogog formalnog legaliteta.

## 2. PRAVNI POLOŽAJ NASLJEDNIKA – ZAKON O NASLJEĐIVANJU

Jedna od osnovnih odredaba koja određuje pojam nasljednika sadržana je u čl. 4. st. 1. Zakona o nasljeđivanju (ZN). Prema njoj je nasljednik ona osoba koja je smrću ostavitelja stekla nasljedno pravo.<sup>1</sup> Tu odredbu trebalo bi promatrati zajedno s odredbama iz čl. 2. st. 1. i čl. 3. st. 1. ZN-a kako bi se zaključilo da su sve fizičke osobe koje stječu nasljedno pravo ravnopravne kada je nasljeđivanje u pitanju i kako do nasljeđivanja dolazi *ex lege*<sup>2</sup> u trenutku smrti ostavitelja. One su ravnopravne i u odnosu na pravni temelj nasljeđivanja jer se ne pravi razlika između zakonskih i oporučnih nasljednika. Svi imaju položaj nasljednika bez obzira na kojem pravnom temelju nasljeđuju. Nasljeđivanje na temelju zakona pravilo je, a nasljeđivanje na temelju oporuke iznimka.

Prvobitno se nameće zaključak da je za stjecanje legitimacije dovoljno utvrditi samo činjenicu ostaviteljeve smrti. Njegovom smrću došlo je do nasljeđivanja po sili zakona, pa za stjecanje pravnog položaja stranke u prekinutim postupcima nije potrebno da se ispune bilo koji drugi uvjeti. Nije potrebna ni formalna isprava kojom se to dokazuje jer se nasljedno pravo stječe na temelju zakonske odredbe. Ovdje se u prvom redu misli na ispravu kojom bi nasljednici dokazali svoj položaj u pravnom prometu. To nije u potpunosti prihvatljivo ako se uzmu u obzir odredbe iz čl. 129. st. 1. i 2., čl. 174. i čl. 226. st. 1. ZN-a.

Prema odredbi iz čl. 129. st. 1. ZN-a nasljednikom se postaje u trenutku ostaviteljeve smrti. Nasljednik stječe nasljedno pravo po načelu *ipso iure*<sup>3</sup> te po sili zakona na njega prelazi

---

<sup>1</sup> Zakon o nasljeđivanju, Narodne novine, br. 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013, 33/2015 i 14/2019 – u nastavku ZN, čl. 4. st. 1.

<sup>2</sup> Stjecanje prava i obveza po načelu *ex lege* (po sili zakona) podrazumijeva da je osnova za stjecanje nekog prava ili obveze propisana izričitom zakonskom odredbom. Ona predstavlja titulus, tj. naslov, na temelju kojeg se stječu prava i obveze i takvo stjecanje u pravnom prometu nije potrebno dokazivati nekom ispravom o sadržaju prava ili obveze, već je dovoljno pozvati se na zakonsku odredbu koja je na snazi.

<sup>3</sup> Gavella, N.; Belaj, V., Nasljedno pravo, Narodne novine d. d., Zagreb, 2008.

Autori navode: „Načelo je našeg nasljednog prava da se stjecanje do kojeg dolazi zbog ostaviteljeve smrti zbiva *ipso iure*, naime samim djelovanjem pravnih normi bez ikakvog posebnog čina stjecanja.“ Autori navode kako se načelo primjenjuje za stjecanje subjektivnog nasljednog prava i svega onoga što nasljednik stječe na temelju toga prava te da je primjenom načela omogućeno nasljeđivanje ostavitelja u trenutku njegove smrti. Može se zaključiti da je djelovanje načela *ipso iure* usmjereno na to da se ostvari određeni stupanj sigurnosti u pravnom prometu jer ne dolazi do prekida pravnih odnosa koji su postojali do smrti ostavitelja, dolazi do prelaska prava i obveza na nasljednike. Jednako tako, autori navode: „Problem je, da

ostavina, čime postaje njegovo nasljedstvo. Za stjecanje pravnog položaja nasljednika i njegovu legitimaciju u pravnom prometu potrebno je samo utvrditi činjenicu smrti. Ako se na tu odredbu nadoveže ona iz čl. 174. ZN-a koja propisuje što se utvrđuje u ostavinskom postupku, može se zaključiti da su činjenica smrti, stjecanje nasljednog prava i ostavine samo pretpostavke na temelju kojih nasljednici stječu legitimitet u pravnom prometu. Taj legitimitet ne mogu dokazati bez formalne isprave i potreban je kako bi se nastavili ostaviteljevi pravni odnosi. Iako je zakonska odredba osnova za stjecanje, pravni položaj ne može se dokazati bez pravomoćnog rješenja o nasljeđivanju. Bitno je naglasiti da se prema navedenoj odredbi u ostavinskom postupku utvrđuje tko su nasljednici, što čini ostavinu te koja još prava iz ostavine pripadaju nasljednicima, zapisovnicima i drugim osobama. Kada se uz navedeno analizira i uspoređi sadržaj odredbe iz čl. 226. st. 1. ZN-a, koja propisuje da sud rješenjem o nasljeđivanju utvrđuje tko je ostaviteljevom smrću postao njegov nasljednik i koja su prava time stekle i druge osobe, za legitimaciju nasljednika u pravnom prometu nije dovoljno samo utvrditi činjenicu ostaviteljeve smrti. Utvrđivanjem samo te činjenice ne može se dokazati tko je postao nasljednik, već je potrebno provesti ostavinski postupak.

Ostavinski postupak pokreće se zbog smrti fizičke osobe, a potom se redovito vodi kako bi se utvrdila i zaštitila ostavina te mjerodavno utvrdili nasljednopravni učinci smrti, osobito tko je zbog ostaviteljeve smrti postao njegov sveopći sljednik (nasljednik, stjecatelj ošasne ostavine), je li neka osoba steklo pravo na izdvajanje iz ostavine svoga doprinosa ostaviteljevoj imovini i dr.<sup>4</sup>

Sadržaj tih odredaba upućuje na to da se u ostavinskom postupku, koji je definiran kao izvanparnični postupak, svakako mora utvrditi tko su nasljednici. Formalni je način donošenje rješenja o nasljeđivanju, kojim se mora utvrditi tko je smrću ostavitelja postao njegov nasljednik i koja su prava stekle druge osobe. Takvo rješenje svakako predstavlja

---

se u trenutku ostaviteljeve smrti redovito još ne zna pouzdano tko je već postao po sili zakona (*ipso iure*) ostaviteljevim nasljednikom. To će se naknadno utvrditi putem ostavinskog postupka (redovito), odnosno u parnici (u slučajevima određenim zakonom). No, redovito ipak postoji barem približno točna predodžba o tome tko to najvjerojatnije jest... Stoga će trebati utvrditi tko (tko sve i u kojem dijelu) je zaista ostaviteljev nasljednik...“ Iz navedenog bi se prvo mogao izvesti zaključak kako autori kumuliraju načela *ipso iure* i *ex lege* kada govore o stjecanju do kojeg dolazi uslijed smrti ostavitelja. Iako su ta dva načela, ako promatramo posljedice koje izazivaju u pravnom prometu, dosta slična, bitno je navesti da je ipak načelo *ipso iure* šire ako se uzme u obzir sadržaj pravnih normi na koje se može primijeniti. Naime, ako se uzme da načelo *ex lege* podrazumijeva da nešto postoji na temelju zakona i proizlazi iz zakona, može se zaključiti da ono što postoji na temelju zakona ne mora nužno biti pravo, već neka obveza i sl., kao i to da svako pravo nije nužno sadržano u zakonu niti proizlazi iz zakonske odredbe. Suprotno tome, načelo *ipso iure* upravo zahtijeva da nešto proizlazi iz samog prava, koje može i ne mora biti sastavni dio zakonske odredbe.

<sup>4</sup> Gavella, N.; Belaj, V., Nasljedno pravo, Narodne novine d. d., Zagreb, 2008.

Prema mišljenju autora bitna je funkcija ostavinskog postupka utvrđenje (deklaracija) činjenica koje su vezane uz nasljednopravne učinke smrti osobe, kao i poduzimanje određenih radnji radi zaštite ostavine. Takva deklaratorna funkcija ostavinskog postupka karakteristična je za sve pravne poretke u kojima do nasljeđivanja dolazi po sili zakona, a pravni položaj nasljednika stječe se *ipso iure* (nasljednikom se postaje samom činjenicom smrti ostavitelja, djelovanjem odredbe iz čl. 129. st. 1. ZN-a bez posebnog čina stjecanja). Za stjecanje ostavine i nasljednog prava nije potreban i sam čin predaje u posjed kako bi nasljednik stekao stvari, prava i obveze koje mu pripadaju na temelju njegova nasljednog prava, već samo utvrđenje nasljednopravnih učinaka koje izaziva smrt ostavitelja.

dokaz kojim se nasljednik legitimira kao osoba koja umjesto ostavitelja nastavlja biti nositelj prava i obveza. Na temelju takve isprave dokazuje se da nasljednik preuzima položaj koji je ostavitelj imao u trenutku smrti. Ovdje se u prvom redu misli na sva ona prava i obveze koji su sastavni dio ostavine, odnosno dio prava i obveza koji su nasljeđivanjem prešli na nasljednika.

Za pravni položaj nasljednika bitne su i sve one druge odredbe na temelju kojih se može odrediti tko je nasljednik i na kojem pravnom temelju nasljeđuje ostavitelja te kakav je sadržaj njegova prava. Tako je odredbama iz čl. 8. st. 1. i 2. ZN-a propisano nasljeđivanje koje je uvjetovano krvnim srodstvom ili civilnom vezom ostavitelja i nasljednika. Pri tome se misli na zasnivanje posvojenja, braka i postojanje izvanbračne veze kao nekih od pretpostavaka da se zbog njihova postojanja stekne i nasljedno pravo. Tim odredbama propisano je tko su zakonski nasljednici, dakle koje osobe nasljeđuju na temelju zakona. Može se reći da je krug zakonskih nasljednika „povlašten i zaštićen“ u odnosu na odredbe ZN-a koje sadrže pravila o nužnim nasljednicima i nužnim nasljednim dijelovima jer im daju pravo naslijediti ostavitelja u slučajevima kada im je nasljedno pravo ograničeno zbog oporučnih nasljednika.

Oporučni su nasljednici osobe koje nasljeđuju na temelju oporuke, odnosno ostaviteljeva očitovanja volje, i oni ne moraju s ostaviteljem biti povezani krvnim srodstvom ili nekom civilnom vezom da bi ga naslijedili. Nužni nasljednici ne razlikuju se od oporučnih nasljednika kada je u pitanju postupovno ovlaštenje za vođenje postupka jer se u oba slučaja mora utvrditi da su nasljednici i koji dio ostavine na njih prelazi, pogotovo ako je riječ o imovinskim pravima ostavitelja o kojima se vodi parnični ili koji drugi građanski postupak.

Kada govorimo o oporučnom nasljeđivanju, potrebno je navesti da ZN ne sadrži odredbu kao što je to slučaj s odredbom iz čl. 8. st. 1. i 2. ZN-a na temelju koje bi se moglo odrediti tko nasljeđuje ostavitelja, ali sadrži odredbu iz koje proizlazi da ostavitelj oporukom može odrediti da ga naslijedi bilo koja osoba. Ostavitelj s tom osobom ne mora biti u krvnom srodstvu niti nasljeđivanje mora biti uvjetovano postojanjem neke druge činjenice u smislu civilne povezanosti. Takav sadržaj odredbe iz čl. 43. ZN-a u skladu je s činjenicom da oporučno nasljeđivanje po svojoj pravnoj prirodi predstavlja očitovanje volje, pravni posao na temelju kojeg ostavitelj upravlja svojom imovinom u slučaju smrti. Potrebno je navesti da odredba iz čl. 43. st. 2. ZN-a u sebi sadrži i oborivu presumpciju da se nasljednikom smatra osoba u čiju je korist ostavitelj oporukom raspolagao, odnosno kojoj je ostavio određeno pravo, stvar ili obvezu. S obzirom na to da je oporuka pravni posao kojim ostavitelj raspolaže svojom imovinom za života, njezine odredbe podložne su osporavanju, pa tako i odredbe o određivanju nasljednika. Radi se o subjektivnom pravu koje ostavitelja ovlašćuje da raspolaže imovinom, imovinskim i drugim pravima kako ga je volja te da druge ograniči ili čak u potpunosti isključi. Svrha takva subjektivnog prava jest izazivanje dopuštenih pravnih učinaka nakon njegove smrti na temelju valjanog očitovanja volje. Bilo koje drugo rješenje, suprotno sadržaju pravila iz odredbi čl. 43. st. 1. i 2. ZN-a, predstavljalo bi ograničavanje subjektivnog prava u raspolaganju imovinom, što

u području građanskog prava ne bi bilo prihvatljivo. To ne bi bilo prihvatljivo ni zbog primjene načela dispozitivnosti.<sup>5</sup>

Kako se tumačenjem pojedinih odredaba ZN-a ne bi skrenula pozornost s teme ovoga rada, potrebno je još spomenuti i mogućnost određivanja zamjenika nasljedniku te određivanje zapisa ili naloga. Radi se o osobama koje bi s obzirom na sadržaj njihovih ovlaštenja imale postupovni položaj kao i nasljednici. Njihov bi se položaj morao utvrditi rješenjem o nasljeđivanju. On predstavlja sukcesiju u širem smislu ako ih promatramo kao osobe koje nakon smrti ostavitelja preuzimaju položaj koji je on imao u pravnom prometu u pogledu onoga što im iz ostavine pripada. Oni bi na temelju pravomoćnog rješenja o nasljeđivanju dokazivali svoju legitimaciju u pravnom prometu, pa samim time i u postupcima koji se vode. Ovdje se misli na specifično ovlaštenje zapisovnika da od osobe u čiju je korist ostavitelj raspolagao zahtijeva neko davanje, činjenje, trpljenje ili propuštanje, pa bi, u slučaju da se o sadržaju tog prava vodi sudski ili neki drugi postupak, zapisovnik svoj postupovni položaj morao dokazati pravomoćnim rješenjem o nasljeđivanju ili posebnim rješenjem o zapisu. Takav zaključak izveden je iz odredbe čl. 179. ZN-a, kao i iz odredbe čl. 230. st. 1. ZN-a. Zapisovnici su osobe kojima mogu pripasti stvari i prava koji su sastavni dio ostavine, ali ne na temelju nasljednog prava, već na temelju posebnog prava na zapis. Može se zaključiti da se i zapisom nastavlja pravni položaj ostavitelja koji je u pravnom prometu imao u trenutku smrti. Pravne posljedice rješenja o nasljeđivanju i rješenja o zapisu imale bi slične, ako ne i iste učinke jer se na temelju takvih odluka utvrđuje tko će preuzeti ostaviteljeva prava i obveze.

Radi postizanja određenog stupnja sigurnosti u pravnom prometu svrsishodno je zahtijevati da nasljednici i druge osobe koje ostvaruju neko pravo iz ostavine svoj položaj dokazuju pravomoćnim rješenjem o nasljeđivanju. Kada su u pitanju zapisovnici, čak i pravomoćnim rješenjem o zapisu ako pravo na zapis nije sporno i kada to pravo nije obuhvaćeno rješenjem o nasljeđivanju.

Potrebno je navesti i kako je u čl. 124. ZN-a propisano tko je sposoban biti nasljednikom, pa je tako, među ostalim, propisano da nasljednik može biti samo osoba koja je živa u trenutku otvaranja nasljedstva i dijete koje je začeto ako se rodi živo, dok pravne osobe mogu biti samo oporučni nasljednici i stjecati prava na zapise ako im to nije ograničeno na temelju odredbe nekog drugog zakona.

Sposobnost fizičke osobe da bude nasljednik nadovezuje se na negativne činjenice nedostojnosti za nasljeđivanje ili odricanja od nasljedstva. Potrebno je kratko navesti da u slučajevima u kojima su se ostvarile zakonske pretpostavke uslijed kojih je nasljednik nedostojan naslijediti ostavitelja one sprječavaju nasljeđivanje, pa samim time i ne dolazi do sukcesije. Radi se o osobama koje su inače sposobne biti nasljednikom, ali zbog postojanja zakonskih pretpostavki koje to ne dopuštaju ne dolazi do nasljeđivanja. Pravni

---

<sup>5</sup> Osnovno obilježje načela dispozitivnosti jest da pravni subjekt, fizička ili pravna osoba koja sudjeluje u pravnom prometu samostalno i vlastitim očitovanjem volje određuje sadržaj i okvire pravnih poslova kako bi ti poslovi imali željene pravne učinke.

položaj takva nasljednika u okvirima ovog rada nije značajan. Jednako tako, nije značajan ni pravni položaj nasljednika koji se valjanim očitovanjem volje odrekao nasljedstva.

Ako pođemo od zaključka da za pozivanje nasljednika na preuzimanje parničnog postupka nije potrebno pravomoćno rješenje o nasljeđivanju, postavlja se pitanje kakve bi posljedice to moglo imati na postupak koji je u tijeku. Sud će nastaviti postupak u odnosu na osobe koje su u smrtovnici navedene kao presumirani zakonski nasljednici jer bi to bila jedina javna isprava na temelju koje bi se takva činjenica mogla utvrditi. U tom slučaju sud ne bi imao saznanja o tome postoji li oporuka, jesu li osobe navedene u smrtovnici uistinu i nasljednici, jesu li dostojne naslijediti, odnosno jesu li se valjano odrekle od nasljedstva. Ako postoji bilo koja od navedenih činjenica, ona bi predstavljala negativnu pretpostavku za nastavljanje prekinutog parničnog postupka.

Nastavljanje parničnog postupka prije donošenja rješenja o nasljeđivanju moglo bi izazvati još ozbiljnije teškoće u ovršnom postupku. U skladu s čl. 21. Ovršnog zakona (OZ)<sup>6</sup> u tom se postupku podredno primjenjuju odredbe Zakona o parničnom postupku (ZPP)<sup>7</sup> jer OZ ne sadrži odredbe o prekidu postupka zbog smrti stranke. Odredbe OZ-a propisuju posebna pravila o tome na koji se način i pod kojim pretpostavkama može utvrditi prijenos ili prelazak tražbine, odnosno na koji se način nastavlja postupak, ako tijekom postupka dođe do promjene na strani vjerovnika ili dužnika.

### 3. PREKID POSTUPKA ZBOG SMRTI STRANKE

Do prekida postupka po sili zakona dolazi kada jedna stranka umre ako se postupak vodi o nasljednim pravima, dakle pravima koja se mogu prenositi na druge subjekte u pravnom prometu. Smrt stranke samo je jedan od razloga zbog kojih dolazi do prekida postupka. Kada se u ovom radu govori o prekidu postupka, misli se na prekid parničnog i ovršnog postupka isključivo zbog smrti stranke. Ovršni se postupak u širem smislu može sagledati kao nastavak parničnog postupka ako je ovršna isprava pravomoćna sudska odluka. Taj postupak u praksi predstavlja prisilno ostvarivanje tražbine, novčane ili nenovčane, u slučajevima kada tuženik dobrovoljno ne ispuni ono što je naloženo sudskom odlukom. Takva sudska odluka, ovisno o vrsti postupka koji se vodio pred sudom, može biti presuda ili rješenje. Prekid ovršnog postupka zbog smrti stranke izaziva iste pravne posljedice kao i prekid parničnog postupka. Odredbe OZ-a ne sadrže posebna pravila koja bi sud morao primijeniti, pa se primjenjuju odredbe ZPP-a (v. čl. 21. st. 1. OZ-a).

Jedan od osnovnih razloga za prekid postupka jest smrt stranke, i to proizlazi iz odredbe čl. 212. st. 1. ZPP-a, što dovodi do toga da sud ni ostali sudionici ne mogu poduzimati parnične radnje dok ne nastupe zakonske pretpostavke da se postupak nastavi. Zbog

---

<sup>6</sup> Ovršni zakon, Narodne novine, br. 112/2012, 25/2013, 93/2014, 55/2016, 73/2017, 131/2020, 114/2022, 06/2024 – u nastavku OZ.

<sup>7</sup> Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, br. 53/1991, 91/1992, 58/1993, 112/1999, 88/2001, 117/2003, 88/2005, 02/2007, 84/2008, 96/2008, 123/2008, 57/2011, 148/2011, 25/2013, 89/2014, 70/2019, 80/2022, 114/2022, 155/2023 – u nastavku ZPP.

prekida postupka prestaju teći i svi rokovi, a početak će teći nanovo kada se postupak nastavi.<sup>8</sup> Većina razloga koji dovode do prekida postupka tiče se osobnih stanja ili okolnosti neke od stranaka u postupku ili njihovih zastupnika. U čl. 215. st. 1. ZPP-a propisano je, među ostalim, da se prekinuti postupak nastavlja kada nasljednik ili skrbnik ostavine preuzmu postupak ili kad ih sud na prijedlog protivne strane ili po službenoj dužnosti pozove da to učine.<sup>9</sup>

### **3.1. UTVRĐIVANJE ČINJENICE SMRTI RADI DONOŠENJA ODLUKE KOJOM SE POSTUPAK NASTAVLJA**

Već samim čitanjem odredbe iz čl. 215. st. 1. ZPP-a, bez detaljnije analize i teleološkog tumačenja, uočava se da je radi donošenja odluke na temelju koje se postupak nastavlja potrebno utvrditi određene činjenice. Utvrđivanje tih činjenica trebalo bi se svesti na to tko je nasljednik umrle stranke ili skrbnik ostavine. Da bi se izveo zaključak o tome na koji se način takve činjenice utvrđuju, potrebno je primijeniti odredbe ZPP-a koje sadrže pravila o dokazima i izvođenju dokaza u parničnom postupku. Dokazi se predlažu i izvode radi utvrđivanja činjenica o kojima ovisi primjena materijalnog ili postupovnog prava, odnosno radi dokazivanja spornih činjenica na kojima stranke u postupku zasnivaju svoje zahtjeve. Činjenice koje su vezane za to tko je nasljednik ili skrbnik ostavine trebale bi se utvrditi isključivo na temelju pravomoćnog rješenja o nasljeđivanju i rješenja o postavljanju skrbnika nasljednicima (skrbnik ostavine) jer zakon tako propisuje (v. čl. 128. i 226. ZN-a).

Iz sadržaja odredaba čl. 128. ZN-a proizlazi da će sud rješenjem postaviti skrbnika nasljednicima kad su oni nepoznati ili nepoznatog boravišta, odnosno nedostupni, kao i u ostalim slučajevima kad je to potrebno,<sup>10</sup> dok je u čl. 226. st. 1. ZN-a, kako je to već ranije navedeno, propisano da sud rješenjem o nasljeđivanju utvrđuje tko je ostaviteljevom smrću postao njegov nasljednik.<sup>11</sup> Ako do nastavka postupka dolazi po službenoj dužnosti, sud bi u postupku utvrđivanja činjenica o tome tko je nasljednik i je li postavljen skrbnik ostavine, od kojih zavisi nastavak postupka, morao primijeniti odredbe iz čl. 220.–221. a ZPP-a i one iz čl. 230. ZPP-a.

Činjenicu smrti stranke u postupku, kao i činjenice vezane za okolnost postoje li nasljednici, mogle bi se utvrditi i uvidom u smrtovnicu ili izvadak iz matice umrlih. Ako bi se odluka donijela na temelju podataka iz smrtovnice ili izvataka iz matice umrlih, takva odluka mogla bi imati nedostatke zbog kojih se ne bi mogla ispitati ako se uzme u obzir odredba iz čl. 192. st. 3. ZN-a. U ovom slučaju odluka je rješenje kojim se postupak nastavlja i koje je po svojoj pravnoj naravi konstitutivno jer se postupak nastavlja u odnosu na osobu koja nije bila stranka u postupku.

---

<sup>8</sup> ZPP, čl. 214.

<sup>9</sup> ZPP, čl. 215. st. 1.

<sup>10</sup> ZN, čl. 128.

<sup>11</sup> ZN, čl. 226. st. 1.

Navedena odredba propisuje mogućnost da ostavinskom sudu bude dostavljena smrtovnica koja je nepotpuna ili samo izvadak iz matice umrlih. U tom slučaju ostavinski je sud dužan zapisnikom utvrditi sve potrebne podatke.<sup>12</sup> U čl. 193. st. 1. ZN-a propisani su nužni podaci koji moraju biti navedeni u smrtovnici, dok su u st. 2. navedenog čl. ZN-a propisani podaci koji mogu, ali ne moraju, biti navedeni u smrtovnici. Upravo su podaci koji mogu, ali ne moraju, biti navedeni u smrtovnici oni na temelju kojih bi se moglo utvrditi tko su nasljednici i što ulazi u sastav ostavine. Može se dogoditi da službena osoba koja sastavlja smrtovnicu ne zna ili ne navede sve podatke, zbog propusta ili neznanja osobe koja prijavljuje činjenicu smrti, zbog same delikatnosti situacije u kojoj se ta osoba nalazi uslijed smrti bliske osobe. Zbog toga se može pojaviti slučaj u kojem će sudu biti dostavljena nepotpuna smrtovnica (npr. u smrtovnici nije navedeno izvanbračno dijete ostavitelja, koje ga nasljeđuje kao zakonski nasljednik, ili nije popisana sva imovina koju je ostavitelj imao u trenutku smrti). Na temelju takve smrtovnice ne bi se moglo utvrditi tko su nasljednici, a rješenje kojim se postupak nastavlja ne bi bilo zakonito jer odlučne činjenice ne bi bile točno i potpuno utvrđene. Mogle bi se utvrditi samo neke činjenice koje su vezane za smrt ostavitelja i njegovu imovinu, ali bi tako utvrđeno činjenično stanje bilo nepotpuno, posebice ako u smrtovnici ne bi bili navedeni svi nasljednici. Isto vrijedi i za izvadak iz matice umrlih jer bi ti podaci trebali biti istovjetni onima koji su navedeni u smrtovnici, ako nije došli do pogreške ili propusta u njihovu sastavljanju.

Iako bi smrtovnica i izvadak iz matice umrlih bili javne isprave u smislu čl. 230. st. 1. ZPP-a, sud takve isprave ne bi trebao upotrijebiti za utvrđivanje nasljednika. Ne bi trebao ni na temelju tako utvrđenih činjenica donijeti odluku kojom se postupak nastavlja jer se jedino u ostavinskom postupku mogu utvrđivati činjenice i podaci koji su vezani za smrt stranke, nasljednike, sastav ostavine i dr. Ovdje bi još trebalo dodati kako se u skladu s čl. 192. st. 4. ZN-a smrtovnica smatra javnom ispravom samo u pogledu podataka koji su preuzeti iz matice umrlih.<sup>13</sup> Iz odredbe čl. 18. Zakona o državnim maticama ne proizlazi da bi se ti podaci odnosili na osobe koje nasljeđuju ostavitelja ni na podatke o imovini ili dugovima koje je ostavio. Dakle, i analizom navedenih odredaba toga zakona može se izvesti zaključak kako smrtovnica ne predstavlja javnu ispravu u odnosu na podatke o tome tko su nasljednici i koja imovina ulazi u sastav ostavine, pa se u parničnom ili nekom drugom postupku smrtovnica ne bi mogla smatrati javnom ispravom u tom dijelu.

Ako bi parnični sud izveo dokaz saslušanjem svjedoka (v. čl. 235. i 236. ZPP-a), npr. zakonskih ili oporučnih nasljednika, osoba s kojima je ostavitelj živio i dr., kako bi utvrdio tko je nasljednik i što sve ulazi u sastav ostavine i na temelju tako izvedenog dokaza donio odluku kojom se postupak nastavlja, takva odluka bila bi nezakonita jer je suprotna čl. 174. i 226. ZN-a. U tom bi slučaju i odluka o tužbenom zahtjevu bila nezakonita. Sve činjenice koje bi bile utvrđene u parničnom postupku predmet su ostavinskog postupka i utvrđuju se samo u ostavinskom postupku, što nesporno proizlazi iz odredaba ZN-a. U ovom slučaju ne bi se mogao primijeniti ni čl. 12. ZPP-a, kojim je propisano da sud u

---

<sup>12</sup> ZN, čl. 192. st. 3.

<sup>13</sup> ZN, čl. 192. st. 4.



parničnom postupku može odlučivati o tome postoji li neko pravo ili pravni odnos, dakle konkretno postoji li nasljedno pravo ili pravni odnos nasljeđivanja, ako o tom pitanju nadležni sud ili neko drugo tijelo nije donijelo odluku jer je posebnim propisom, u ovom slučaju odredbama ZN-a, drugačije određeno.<sup>14</sup> Navedenim člankom propisano je ovlaštenje parničnog suda da u okvirima parničnog postupka utvrđuje određene činjenice koje s obzirom na nadležnost u parničnom postupku ne bi mogao utvrđivati. One bi se morale odnositi na prethodno rješavanje pitanja postoji li neko pravo ili pravni odnos, o kojima ovisi konačna odluka parničnog suda. U parničnim postupcima u kojima je postupak prekinut zbog smrti stranke donošenje presude o tužbenom zahtjevu ili donošenje rješenja o obustavi postupka zavisi od prethodnog rješavanja pitanja postoje li osobe koje su nasljeđivanjem stekle stvar ili pravo koje je objekt tužbenog zahtjeva, odnosno postoji li nasljedno pravo, jer je to osnovna pretpostavka da bi se postupak mogao nastaviti. Kod prekida postupka odluka kojom se postupak nastavlja mora sadržavati činjenice vezane za smrt stranke i osobe koje su njezinom smrću stekle prava i obveze kako bi mogle preuzeti prekinuti postupak. Ako bi sud primijenio navedeni članak i u okvirima parničnog postupka utvrdio da postoji nasljedno pravo, morao bi i utvrditi tko je nasljednik te koja mu prava i obveze nasljeđivanjem pripadaju. Takva bi odluka u žalbenom postupku bila podložna preispitivanju, posljedično i ukidanju, jer je suprotna odredbama ZN-a, na temelju kojih se te činjenice utvrđuju isključivo u ostavinskom postupku. Bila bi podložna nepotpuno i pogrešno utvrđenom činjeničnom stanju ako svjedoci ne bi dali istinite ili potpune podatke o tome tko su nasljednici i što sve ulazi u sastav ostavine. Sve bi to dovelo do ukidanja presude zbog bitnih povreda odredaba postupka, posebice onih koje se odnose na pogrešno ili nepotpuno činjenično stanje.

Ovo ne bi predstavljalo problem u slučaju kada bi se parnični postupak vodio o pravu koje je prešlo na točno određenu osobu jer npr. stranka ima samo jednog nasljednika, u tom slučaju ne bi bilo spornih činjenica. Problem bi se uvijek mogao javiti kada postoji više osoba koje su stekle nasljedno pravo ili u slučaju oporučnih nasljednika, kada zakonski nasljednici osporavaju oporuku, odnosno u bilo kojem slučaju kada postoji spor o tome tko su nasljednici i što sve ulazi u sastav ostavine. Isto bi vrijedilo i ako postoji pravo na zapis, pravo na izdvajanje iz ostavine i sl. U slučaju takva spora ostavinski sud mora uputiti osobu čije pravo smatra manje vjerojatnim da pokrene parnicu pred nadležnim sudom (v. čl. 222.–225. ZN-a). Rezultat te parnice bila bi presuda na temelju koje bi se moglo utvrditi tko je nasljednik, postoji li nasljedno pravo i sl., a takva presuda zamijenila bi pravomoćno rješenje o nasljeđivanju te bi predstavljala osnovu za legitimaciju nasljednika u pravnom prometu. Ovdje se u prvom redu misli na one slučajeve u kojima se ne može donijeti djelomično rješenje o nasljeđivanju. Tada ne bi postojali uvjeti za provođenje ostavinskog postupka. Nakon što bi parnica bila pravomoćno dovršena, ostavinski bi se postupak nastavio. U nastavku postupka donosi se rješenje o obustavi jer je u parničnom postupku pravomoćno odlučeno o spornim pitanjima iz ostavinskog postupka.

---

<sup>14</sup> ZPP, čl. 12.

S obzirom na to da se na temelju odredbe iz čl. 21. OZ-a u ovršnom postupku supsidijarno primjenjuju odredbe ZPP-a, sve ranije navedeno odnosi se i na ovršni postupak. Opisana pravna situacija u ovršnom postupku može dovesti do još ozbiljnijih pravnih posljedica u slučaju kada dolazi do promjene dužnika, odnosno kada nasljednik nastavlja postupak umjesto prvobitnog ovršenika. Ovršenik je dužnik iz prvobitnog građanskog ili upravnog postupka, postupka koji je prethodio ovršnom postupku, pa bi u ovršni postupak morala stupiti ona osoba za koju je nesporno utvrđeno da je nasljednik, jer bi svako drugo rješenje bilo nezakonito.

## **3.2. PREKID I NASTAVLJANJE OVRŠNOG POSTUPKA**

### **3.2.1. Načelo strogog formalnog legaliteta i javna isprava**

Jedno od načela koja se primjenjuju u okviru načela traženja istine jest načelo formalnog legaliteta. To načelo odnosi se na legitimaciju za pokretanje postupka i na postojanje tražbine koja se ovršava ili osigurava te određenih obilježja tražbine. Ono se tiče i određenih obilježja ovršne isprave na temelju koje se može predlagati ovrha, odnosno osiguranje. U ovrsi na temelju ovršne isprave postojanje tražbine i legitimacija stranaka mogu biti utvrđene samo na temelju te isprave i određenih dopunskih ovršnih isprava. Jednako tako, u ovršnom se postupku prestanak tražbine i nedopustivost ovrhe ili nepostojanje legitimacije stranaka mogu dokazivati, u pravilu, samo javnim ili javno ovjerovljenim ispravama, odnosno pravomoćnom presudom donesenom u parnici na koju je upućena osoba koja to ne može dokazati na temelju propisanih isprava.<sup>15</sup>

Ovdje je odmah bitno uočiti koje dosege načelo formalnog legaliteta ima kada se govori o legitimaciji za vođenje postupka. Prema tom načelu postojanje ili nepostojanje legitimacije za vođenje ovršnog postupka može se dokazivati u pravilu samo javnim ili javno ovjerovljenim ispravama, odnosno pravomoćnim sudskim odlukama, pravomoćnim odlukama nadležnog upravnog tijela ili bilo kojom ispravom koja je zakonom propisana kao ovršna isprava (v. čl. 23. i 24. OZ-a).

Načelo strogog formalnog legaliteta, kada je u pitanju aktivna ili pasivna legitimacija stranka, sadržano je u odredbama čl. 32. OZ-a.<sup>16</sup> Ta odredba, kao jedno od osnovnih pravila koje bi sud trebao primjenjivati u ovršnom postupku, propisuje na koji se način ovrha može predlagati i određivati u korist osobe koja u ovršnoj ispravi nije označena kao vjerovnik ili dužnik i na temelju kojih se isprava dokazuje procesna legitimacija takvih osoba. Stranke u postupku, ako tijekom postupka dođe do promjene na strani vjerovnika ili dužnika, moraju javnom ili javno ovjerovljenom privatnom ispravom dokazati da je došlo do prijenosa tražbine. Stranke moraju dokazati i da je tražbina na drugi način na njih prešla ako nije došlo do prijenosa. Prelazak tražbine s jedne osobe na drugu ostvaruje

<sup>15</sup> Dika, M., Građansko ovršno pravo, I. knjiga, Opće građansko ovršno pravo, Narodne novine d. d., Zagreb, 2007.

<sup>16</sup> OZ, čl. 32.

se upravo nasljeđivanjem. U tom smislu dolazi do prijelaza jer prava i obveze umrle osobe prelaze na onoga tko je stekao nasljedno pravo. Ta vrsta prijelaza tražbine u ovršnom postupku dokazuje se rješenjem o nasljeđivanju. Ako se promjena na strani vjerovnika ili dužnika ne može dokazati tim ispravama, dokazuje se pravomoćnom odlukom donesenom u parničnom postupku. Javna bi isprava u slučaju prekida postupka zbog smrti ovrhovoditelja ili ovršenika bila pravomoćno rješenje o nasljeđivanju kojim je utvrđeno da je umrla osoba (ostavitelj) bila ovršnom ispravom legitimirana kao ovrhovoditelj ili ovršenik, dakle osoba koja je bila stranka u ovršnom postupku. Ovdje se može uočiti da je zakonodavac imao u vidu važnost pravne osnove na temelju koje se dokazuje legitimacija za nastavak postupka jer je kao iznimku od općeg pravila propisao da se činjenica vezana uz promjenu na strani vjerovnika ili dužnika iznimno može dokazati pravomoćnom odlukom donesenom u parničnom postupku. Takva odluka trebala bi biti presuda kojom se utvrđuje da su tražbina ili pravo prešli na drugu osobu. Takva je odredba u skladu i s pravilima koja propisuje ZN (v. čl. 222.) u slučajevima kada postoji spor oko činjenica o kojima ovisi neko pravo jer se u tom slučaju prekida postupak i stranke se upućuju na parnicu ili postupak pred nadležnim upravnim tijelom.

### 3.2.2. Javno ovjerovljena privatna isprava

Javno ovjerovljena privatna isprava odnosila bi se na slučajeve kod kojih dolazi do pristupanja dugu, preuzimanja ispunjenja, ustupa tražbine (v. čl. 80., 101.–103. Zakona o obveznim odnosima) ili u bilo kojem drugom slučaju kada se tražbina prenosi na drugu osobu, a takav se prijenos dokazuje privatnom ispravom koja je javno ovjerovljena. Privatne isprave bile bi one isprave koje sastavljaju fizičke ili pravne osobe i kojima se dokazuju određene činjenice, preuzimaju prava i obveze i sl., pod uvjetom da se pri sastavljanju tih isprava ne izvršava neko javno ovlaštenje. U praksi bi sve takve isprave morao potvrditi (ovjeriti) javni bilježnik i one bi imale učinak ovršnih isprava, odnosno javnobilježničkog akta. U smislu čl. 59. Zakona o javnom bilježništvu<sup>17</sup> te bi isprave bile i ovršne isprave prema odredbama OZ-a, a ako uzmemo u obzir odredbu iz čl. 59. st. 4. ZJB-a, moglo bi se govoriti o javnoj ispravi *sui generis*. Privatna bi isprava na taj način, potvrđivanjem i dopunom u smislu dodavanja javnobilježničkog akta, postala javna isprava *ex lege*. Navedenom odredbom propisano je da će se potvrda privatnih isprava proširiti javnobilježničkim aktom ako privatna isprava po svojem obliku i sadržaju ne odgovara propisima javnobilježničke isprave i propisima o sadržaju javnobilježničkog akta, a u tom će slučaju taj akt potpisati i javni bilježnik te će on postati sastavni dio privatne isprave.<sup>18</sup> Iz navedenog proizlazi da će tako potvrđene privatne isprave imati snagu javnobilježničkog akta, odnosno snagu javnih isprava. U smislu odredaba iz čl. 2., 3. i 59. ZJB-a nije sasvim jasno određena granica između javne isprave koju na temelju zakonskih ovlaštenja sastavlja javni bilježnik i privatne isprave u smislu odredbe iz čl. 59.

<sup>17</sup> Zakon o javnom bilježništvu, Narodne novine, br. 78/1993, 29/1994, 162/1998, 16/2007, 75/2009, 120/2016, 57/2022 – u nastavku ZJB.

<sup>18</sup> ZJB, čl. 59.

st. 4. ZJB-a. U slučaju potvrde privatne isprave, uz dodavanje javnobilježničkog akta, ta isprava postaje javnobilježnički akt, a takav je akt javna isprava.

Bitno je naglasiti da se u ovršnom postupku legitimacija za vođenje i nastavak postupka dokazuje na temelju javne isprave ili javno ovjerovljene privatne isprave, a iznimno i pravomoćne presude. To bi trebao biti slučaj i u parničnom postupku, samo što se zbog djelovanja načela formalnog legaliteta u ovršnom postupku legitimacija zahtijeva izričitom zakonskom normom. Nedostatak pravomoćnog rješenja o nasljeđivanju, druge javne ili javno ovjerovljene privatne isprave ili presude u okvirima ovršnog postupka dovodi do nedostatka legitimacije za vođenje postupka. U tom bi se slučaju ovrha trebala obustaviti na temelju čl. 72. st. 2. OZ-a.<sup>19</sup> Kad osoba koja je u prijedlogu za ovrhu označena kao ovrhovoditelj ili ovršenik ne bi bila u ovršnoj ispravi navedena kao vjerovnik ili dužnik, ovrha se ne bi mogla odrediti ni provesti zbog nedostatka legitimacije. Taj bi nedostatak bilo moguće otkloniti samo na temelju javne ili javno potvrđene privatne isprave iz koje proizlazi da je došlo do prijenosa ili prijelaza tražbine, odnosno do promjene na strani ovrhovoditelja ili ovršenika. Navedeno vrijedi i u slučaju kada je ovršni postupak u tijeku prekinut zbog smrti jedne od stranaka. U protivnom se ovršni postupak koji je u tijeku obustavlja jer se ovrha ne može provesti s obzirom na to da bi provedba ovrhe bila suprotna čl. 32. OZ-a. U tom bi slučaju prijedlog za ovrhu trebalo odbaciti zbog nedostatka aktivne ili pasivne legitimacije.

#### **4. ZAKLJUČAK I PRAVNO SHVAĆANJE VRHOVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE**

##### **4.1. Zaključak Vrhovnog suda Republike Hrvatske**

Na internetskim stranicama VSRH 27. studenog 2019. objavljen je izvod iz zapisnika, poslovni broj: Su-IV-245/2019-3, sa sastanka predsjednika građanskih odjela županijskih sudova i Građanskog odjela Vrhovnog suda Republike Hrvatske. Pod rednim brojem 5. naveden je zaključak da za pozivanje nasljednika da preuzmu parnični postupak ne mora postojati pravomoćno rješenje o nasljeđivanju.<sup>20</sup>

Takav zaključak relevantan je u smislu odredbe iz čl. 3. st. 1. ZN-a, koja predstavlja opće pravilo. Prema tome pravilu nasljednikom se postaje u trenutku smrti fizičke osobe. Ako se uzme u obzir samo činjenica smrti kao osnovna pretpostavka za pozivanje nasljednika da preuzmu postupak, onda zaključak može biti prihvaćen jer je dovoljno samo utvrditi da je netko umro. Upravo primjena samo općih pravila dovodi do nejednakog tumačenja i pogrešne primjene ostalih odredaba ZN-a. Izdvojiti samo opće pravilo i na temelju njega donijeti zaključak nije prihvatljivo. Činjenicu smrti, promatranu u okvirima odredaba ZPP-a koje propisuju prekid i nastavak postupka, bilo je potrebno analizirati s obzirom na sadržaj ostalih odredaba ZN-a koje propisuju na koji se način utvrđuje tko je smrću

<sup>19</sup> OZ, čl. 29. st. 2.

<sup>20</sup> <https://www.vsrh.hr/zakljucci-gradjanski-odjel.aspx> (19. siječnja 2024.).

ostavitelja postao nasljednik i što ulazi u sastav ostavine. Jednako tako, bilo je potrebno i u širem smislu analizirati odredbe ZPP-a kako bi se sagledale i usporedile pravne posljedice koje bi mogle nastupiti. Bez primjene ostalih relevantnih odredaba ZN-a i ZPP-a izostaje povezanost pravnih pravila, normi jednog pravnog sustava i jedne grane prava. Trebalo je uzeti u obzir svrhu, smisao i cilj ostavinskog postupka, kao i pravne posljedice koje nastaju njegovom provedbom, a nadovezuju se na činjenicu smrti. Ovdje se misli na povezanost pravila parničnog i ostavinskog postupka u užem smislu kao normativnog okvira za postupanje u istom pravnom sustavu, odnosno nasljednog prava i građanskopostupovnog prava u širem smislu kao normi koje spadaju u istu granu prava. Smrt stranke bitna je činjenica koja se u parničnom postupku mora utvrditi, kao i činjenica jesu li stvar ili pravo koji su predmet tužbenog zahtjev istovremeno i predmet ostavinskog postupka. Mora se utvrditi i ulaze li te stvari u ostavinsku masu, odnosno tko je nakon smrti stranke postao legitimiran nastaviti postupak, zbog čega se odredbe ZPP-a o prekidu postupka moraju povezati s odredbama ZN-a. Povezivanje je nužno jer se bez odredaba ZN-a u parničnom postupku na pravilan način ne mogu utvrditi činjenice važne za donošenje odluke kojom se postupak nastavlja. Situacija je jednostavnija kada se donosi odluka kojom se postupak prekida jer je činjenicu smrti moguće utvrditi na temelju javne isprave, na temelju podataka iz smrtovnice, jer ona predstavlja javnu ispravu samo u odnosu na podatke koji su vezani uz dan, mjesto i vrijeme smrti.

Smisao i cilj odredaba ZN-a jest da se u posebnom ostavinskom postupku utvrde sve važne činjenice koje su vezane za nasljeđivanje fizičke osobe. Smisao i cilj odredaba ZPP-a o prekidu postupka jest utvrditi jesu li ispunjene pretpostavke za prekid postupka, odnosno pretpostavke za nastavljanje prekinutog postupka. S obzirom na to da se postupak koji je prekinut zbog smrti stranke nastavlja isključivo kada nasljednik preuzme postupak, više je nego vidljiva povezanost odredaba ZPP-a s odredbama ZN-a. Parnični postupak ne može se nastaviti dok nasljednik ne preuzme postupak, a nasljednik je ona osoba za koju je sud pravomoćnim rješenjem o nasljeđivanju utvrdio da je smrću ostavitelja stekla nasljedno pravo. Iz navedenog se može izvesti zaključak kako se prije pravomoćnosti rješenja o nasljeđivanju ne može dokazati da je netko ostaviteljev nasljednik, bez obzira na opća pravila koja su sadržana u čl. 3. st. 1. i čl. 4. st. 1. ZN-a. Prema općem pravilu u trenutku smrti fizičke osobe stječe se nasljedno pravo, a stjecanje prava ne mora istovremeno značiti i mogućnost ostvarivanja prava. U trenutku smrti još se ne zna tko je nasljednik i hoće li se odreći nasljednog prava. Treba uočiti razliku između stjecanja prava i ostvarivanja prava u odnosu na njegov sadržaj. Kada je riječ o nasljednom pravu, treba se uzeti da je pravo ostvareno u onom trenutku kada nasljednik faktički može raspolagati ovlastima koje mu to pravo daje. Treba uzeti da je u punom opsegu stekao nasljedno pravo kada mu je omogućeno raspolaganje stvarima i pravima koja mu iz ostavine pripadaju. U protivnom samo stjecanje prava ne bi trebalo izazivati nekakve posljedice jer je upravo cilj stjecanja prava mogućnost nositelja stečenog prava da u punom opsegu ostvaruje sadržaj prava koje mu pripada. Prema odredbama ZN-a, nasljednik će svoje pravo moći ostvariti tek nakon što se pravomoćnim rješenjem o nasljeđivanju utvrdi tko je nasljednik i što mu iz ostavine pripada. Trebalo bi se smatrati da je pravo ostvareno u punom opsegu

i kada ostaviteljevi vjerovnici mogu zahtijevati isplatu duga od nasljednika. Da bi oni to mogli, potrebno je utvrditi jesu li pojedini sastavni dijelovi ostavine opterećeni dugovima. Na nasljednika prelaze ostaviteljevi dugovi do visine vrijednosti naslijeđene imovine, pa vjerovnici stječu pravo potraživati ispunjenje od osobe koja je nasljednik tek nakon što se u ostavinskom postupku utvrdi postoje li dugovi, koji su dijelovi ostavine opterećeni dugovima, a to se u pravilu utvrđuje rješenjem o nasljeđivanju.

Zaključak je relevantan u smislu odredaba iz čl. 4. st. 1. i 4. ZN-a jer i one predstavljaju opća pravila. Proizlazi da je bitno utvrditi činjenicu koja je vezana samo za trenutak smrti fizičke osobe, odnosno ostavitelja, i onu koja se odnosi samo na stjecanje nasljednog prava. Postavlja se pitanje na koji se način i na temelju kakvih dokaza utvrđuju činjenica smrti i činjenica da je netko stekao nasljedno pravo? Treba li smatrati da je netko stekao nasljedno pravo iako u trenutku stjecanja sadržaj nasljednog prava nije određen niti nasljednik može faktično izvršavati sadržaj prava koje mu pripada po sili zakona?

Ovdje je još potrebno i naglasiti kako je uz stjecanje nasljednog prava vezano i pravo nasljednika da se odrekne stečenog prava. S obzirom na to da se u trenutku stjecanja još uvijek ne zna tko je ostaviteljev nasljednik, a uzimajući u obzir i pravo odricanja, pojavljuje se određeni stupanj neizvjesnosti u vremenskom razmaku od trenutka smrti do trenutka kada sud utvrdi tko je nasljednik. Ta okolnost može negativno utjecati na postupke u tijeku, zbog čega je zakonodavac i uveo institut prekida postupka zbog smrti stranke te je propisao da se postupak nastavlja kada nasljednik preuzme postupak ili kad ga sud pozove da to učini. Ovdje bi trebalo definiciju nasljednika promatrati u okvirima stjecanja nasljednog prava i prava na odricanje koje se na njega nadovezuje jer je neizvjesno tko je nasljednik, je li dostojan naslijediti i hoće li se odreći nasljednog prava. Sve te okolnosti izravno utječu na postupke u tijeku jer bi se ti postupci s obzirom na navedeni zaključak trebali nastaviti, bez obzira na to što ostavinski postupak nije pravomoćno završen.

Ako se zaključak promatra kroz načelo ekonomičnosti postupka, koji se u parničnom postupku ostvaruje primjenom čl. 10. st. 1. ZPP-a,<sup>21</sup> može se pretpostaviti kako je razlog njegova donošenja bila intencija da parnični postupci traju kraće i da se završe u razumnom roku. Poznato je da već dugi niz godina postoji problem trajanja sudskih postupaka te nastojanja da se sudski postupci pravomoćno završe u razumnom roku. Pokretanje i provedba ostavinskog postupka mogu biti povezani s nizom okolnosti koje izravno utječu i na parnični postupak jer je potrebno određeno vrijeme da se ostavinski postupak provede te da se donese rješenje o nasljeđivanju. Za to vrijeme parnični je postupak prekinut i ne mogu se poduzimati parnične radnje, a poduzete radnje nemaju pravne učinke, osim onih koje ne trpe odgodu. Protiv rješenja o nasljeđivanju nezadovoljna stranka može izjaviti žalbu, čime se odgađa pravomoćnost, a i samo trajanje postupka produljuje se jer o žalbi protiv rješenja odlučuje županijski sud. Ipak, iako treba voditi računa o trajanju postupka, potrebno je radi pravne sigurnosti sačekati da rješenje o nasljeđivanju postane pravomoćno. Odluke ostavinskog suda bitne su za zakonito

---

<sup>21</sup> ZPP, čl. 10. st. 1.

odlučivanje u parničnom postupku i parnični bi ih sud svakako morao uzeti u obzir zbog pravila o nadležnosti u ostavinskom postupku i zbog zakonskih odredaba na temelju kojih samo ostavinski sud utvrđuje tko je nasljednik, što ulazi u sastav ostavine te koja su prava stekle i druge osobe. Osim zbog pravne sigurnosti koja se ostvaruje provedbom ostavinskog postupka, taj je postupak važan i zbog zaštite imovinskih prava i obveza koji ulaze u sastav ostavine. Zbog smrti ostavitelja javlja se određeni rizik zbog pravne praznine koja nastaje dok se ne pokrene ostavinski postupak i ne poduzmu radnje s ciljem da se omogući upravljanje ili čuvanje ostavine, ako je to potrebno.

#### 4.2. Pravno shvaćanje Vrhovnog suda Republike Hrvatske

Na internetskim stranicama VSRH 24. svibnja 2021. objavljen je izvod iz zapisnika, poslovni broj: Su-IV-16/2021-11, s četvrte sjednice Građanskog odjela Vrhovnog suda Republike Hrvatske. Pod rednim brojem 2. navedeno je pravno shvaćanje da se ovrha protiv nasljednika ne može odrediti bez pravomoćnog rješenja o nasljeđivanju ako je dužnik umro prije pokretanja postupka.<sup>22</sup>

Analizirajući sadržaj pravnog shvaćanja s obzirom na učinak koji se želi postići, može se reći da djelomično ublažava posljedice ranije navedenog zaključka jer se ipak uzima u obzir pravna osnova i legitimitet za određivanje ovrhe protiv ovršenikovih nasljednika. Takvo shvaćanje ima uporište u odredbama iz čl. 32. OZ-a koje u sebi sadrže načelo strogo formalnog legaliteta jer propisuju da se ovrha može odrediti samo protiv osobe koja je u ovršnoj ispravi navedena kao dužnik, odnosno na prijedlog i u korist osobe koja je navedena kao vjerovnik.

Kad se ima u vidu zaključak VSRH i sve ono što je već navedeno te sam sadržaj pravnog shvaćanja, može se uočiti kako je ono usklađeno sa zaključkom jer se i shvaćanje ne odnosi na ovršne postupke koji su u tijeku. Ono obuhvaća samo slučajeve kada je ovršenik umro prije pokretanja postupka, i to pod uvjetom da u trenutku pokretanja nije doneseno pravomoćno rješenje o nasljeđivanju. Činjenica smrti koja je vezana za tijek postupka, odnosno trenutak podnošenja prijedloga za ovrhu, ne bi trebala predstavljati kriterij prema kojem se u ovršnom postupku dokazuje legitimitet stranaka. Ako iz navedenih pretpostavki zaključimo suprotno, proizlazi da sud može odrediti ovrhu protiv nasljednika preminulog ovršenika bez obzira na to postoji li pravomoćno rješenje o nasljeđivanju ili ne kada je ovršenik umro nakon pokretanja postupka. *Argumentum a contrario* u svojem širem smislu usklađen je i podržava ranije navedeni zaključak jer proizlazi da je za prekid i nastavak ovršnog postupka potrebno samo utvrditi činjenicu smrti. Iz shvaćanja i zaključka ne proizlazi na koji način i kako utvrditi tu činjenicu, ali je sasvim jasno da za utvrđivanje te činjenice nije potrebno pravomoćno rješenje o nasljeđivanju. Kada govorimo isključivo i samo o činjenici smrti, zaključak i shvaćanje mogu se prihvatiti jer činjenica smrti može biti utvrđena na temelju podataka iz

<sup>22</sup> <https://www.vsrh.hr/pravna-shvacanja-gradjanski-odjel.aspx> (19. siječnja 2024.).

smrtovnice ili izvotka iz matice umrlih. U ovršnom postupku potrebno je i utvrditi je li tražbina koja se prisilno ostvaruje dug koji je zajedno sa stjecanjem nasljednog prava prešao na ovršenikova nasljednika. Ovo neće predstavljati problem ako ostavitelja nasljeđuje samo jedna osoba, jer se u tom slučaju do stupnja vjerojatnosti može zaključiti da je ta osoba nasljednik, osim ako se u ostavinskom postupku ne utvrdi da se nasljednik odrekao nasljedstva ili da je nedostojan naslijediti. Odricanje ili nedostojnost sprječavaju stjecanje nasljednog prava – dok odricanje djeluje retroaktivno, za nedostojnog se nasljednika smatra da je umro prije ostavitelja.

Problemi mogu nastati ako je ovrha određena npr. na nekretnini, a ovršenik umre tijekom ovršnog postupka, prije donošenja rješenja o dosudi nekretnine. Rješenje o dosudi nekretnine donosi se u posljednjem stadiju ovršnog postupka, kada je završena javna dražba i kada sud utvrđuje tko je stekao pravo vlasništva prodane nekretnine. U tom rješenju sud određuje upis prava vlasništva u zemljišnu knjigu u korist kupca. Ovršni bi sud primjenom odredaba ZPP-a, u skladu s pravnim shvaćanjem i ranije navedenim zaključkom VSRH, trebao prekinuti postupak ako je ovršenik umro nakon podnošenja prijedloga za ovrhu i nastaviti postupak te ovrhu odrediti protiv nasljednika iako nije doneseno pravomoćno rješenje o nasljeđivanju.

Ako uzmemo u obzir odredbe iz čl. 119., 120. i 128. ZV-a te činjenicu da se pravo vlasništva nekretnine stječe zbog smrti vlasnika, pravni temelj za stjecanje zbog smrti vlasnika jest nasljeđivanje. Dokaz o stjecanju prava vlasništva nasljeđivanjem jest pravomoćno rješenje o nasljeđivanju. S obzirom na to da je nekretnina objekt prava vlasništva, ono se prema općem pravilu koje je sadržano u odredbi iz čl. 120. st. 1. ZV-a stječe uknjižbom u zemljišnu knjigu. Isprava na temelju koje će se dopustiti uknjižba tako stečenog prava vlasništva u zemljišnu knjigu jest isključivo pravomoćno rješenje o nasljeđivanju. Stjecanje prava vlasništva nasljeđivanjem nekretnine i opće pravilo prema kojem se za stjecanje vlasništva nekretnine traži upis u zemljišnu knjigu može izazvati određene nedoumice. Prema odredbi iz čl. 128. st. 1. ZV-a vlasništvo naslijeđenih stvari stječe se otvaranjem nasljedstva, uz daljnji uvjet da zakonom nije drugačije određeno. Takva odredba dopušta tumačenje da se zakonom može odrediti drugačiji način stjecanja prava vlasništva kada je nasljeđivanje pravni temelj stjecanja. Smatram da se odnosi na slučajeve u kojima je za stjecanje prava vlasništva potreban upis u neki javni upisnik, pa tako i u zemljišnu knjigu, dakle kada nije dovoljna samo predaja u posjed. S obzirom na opće pravilo iz čl. 120. st. 1. ZV-a i uvjetnu odredbu iz čl. 128. st. 1. ZV-a to bi se moglo odnositi i na stjecanje prava vlasništva nekretnine kada je nasljeđivanje pravni temelj stjecanja. U trenutku otvaranja nasljedstva ne zna se tko je nasljednik i koji će dio imovine naslijediti, utvrđenja iz rješenja o nasljeđivanju djeluju retroaktivno, pa tako i pravo vlasništva nekretnine. Smatra se da je nasljednik stekao pravo vlasništva u trenutku ostaviteljeve smrti, a rješenjem se to samo deklarira. U trenutku ostaviteljeve smrti fiktivno dolazi do stjecanja prava vlasništva kako bi se osigurao kontinuitet, iako to još nije utvrđeno. Vidljivo je da se u pravni promet unosi određeni stupanj nesigurnosti i neizvjesnosti jer se ne primjenjuje opće pravilo prema kojem se vlasništvo nekretnine



stječe uknjižbom, a unosi se pravna kategorija izvanknjižnog vlasništva kada je nasljeđivanje pravni temelj stjecanja.

S obzirom na to da je ovršenik morao biti upisan u zemljišnu knjigu kao vlasnik nekretnine koja je predmet ovršnog postupka, takva nekretnina ulazi u ostavinsku masu i raspoređuje se nasljednicima bez obzira na zabilježbu pokretanja ovrhe (v. čl. 84. OZ-a). Ovrhu je potrebno zabilježiti u zemljišnoj knjizi kako bi ovrhovoditelj stekao pravo namirenja ako se promijeni vlasnik nekretnine. U tom slučaju zemljišnoknjižni sud može dopustiti upis prava vlasništva u korist nasljednika iako je upisana zabilježba ovrhe i ovršivosti tražbine jer se ne radi o raspolaganju ovršenika, već o stjecanju prava vlasništva na temelju odluke suda.

Ako se prihvate shvaćanje i zaključak VSRH, ovršni postupak koji je u tijeku morao bi se nastaviti prije nego što je doneseno pravomoćno rješenje o nasljeđivanju, što bi u praksi moglo izazvati probleme oko zakonitosti odluka koje sud donosi u ovršnom postupku, kao i teškoće u vidu ograničavanja prava vlasništva, bilo kupcima koji su stekli pravo vlasništva na temelju rješenja o dosudi bilo nasljednicima koji su to pravo stekli nasljeđivanjem.

Nije sasvim jasno zašto je važno postojanje pravomoćnog rješenja o nasljeđivanju ako je ovršenik umro prije pokretanja postupka, odnosno podnošenja prijedloga za ovrhu, a ne i ako je umro tijekom postupka. Postojanje aktivne legitimacije za pokretanje sudskog postupka trebalo bi biti jednako važno u trenutku pokretanja postupka kao i u trenutku donošenja rješenja na temelju kojeg se prekinuti postupak nastavlja. U protivnom bi tužbu ili prijedlog za ovrhu trebalo odbaciti s obzirom na to da se postupak ne može voditi kada tužitelj nije živ niti bi se postupak mogao nastaviti dok pravomoćnim rješenjem nije utvrđeno tko su nasljednici. Aktivna ili pasivna legitimacija za sudjelovanje u postupku mora postojati do pravomoćnog okončanja postupka, pa s obzirom na to da se prije pokretanja postupka mora dokazati postojanje legitimacije, ono bi se trebalo dokazivati i tijekom postupka, kada nastupe okolnosti zbog kojih jedna od stranaka više nema položaj stranke, odnosno kada zbog smrti prestane postojati legitimacija za vođenje postupka ili sudjelovanje u postupku.

Rješenje o nasljeđivanju uvijek bi trebalo biti tzv. dopunska ovršna isprava, kad osoba koja je u njoj označena kao vjerovnik ili dužnik umre, jer se jedino na temelju toga rješenja mogu utvrditi sve bitne činjenice koje su vezane za nastavak pravne osobnosti umrle fizičke osobe, odnosno prijelaz prava i obveza, bez obzira na to je li ovršenik umro prije ili nakon pokretanja ovršnog ili nekog drugog postupka. Ovo se ne odnosi na slučajeve u kojima je do prijenosa prava ili obveza došlo na nekom drugom pravnom temelju, različitom od nasljeđivanja, prije smrti fizičke osobe. Jedino se na temelju rješenja o nasljeđivanju sa sigurnošću može utvrditi tko je zbog smrti fizičke osobe stekao nasljedno pravo i koji je sadržaj toga prava, odnosno koja su prava stekle druge osobe.

## 5. ZAKLJUČAK

Selektivnom analizom sudske prakse utvrđeno je da županijski sudovi postupaju u skladu sa zaključkom i pravnim shvaćanjem VSRH, što je i njihova zakonska obveza, te smatraju kako nije potrebno pravomoćno rješenje o nasljeđivanju da bi se prekinuti postupak nastavio. Uočeno je ipak da se, kada je doneseno pravomoćno rješenje o nasljeđivanju, odlučne činjenice koje se tiču smrti stranke, imovine, dugova i nasljednika utvrđuju uvidom u ostavinske predmete i pravomoćno rješenje, što je pozitivno. Jednako tako, razlikuju se postupovni i materijalni položaj nasljednika. Smatraju da svaki zakonski nasljednik ima postupovnu legitimaciju za vođenje postupka, bez obzira na to hoće li on pravomoćnim rješenjem o nasljeđivanju biti utvrđen kao nasljednik, a da pritom ne uzimaju u obzir pravo na odreknuće, nedostojnost ili prihvatao kao konstitutivni element nasljeđivanja. Uzima se u obzir opće pravilo koje propisuje da se nasljedno pravo stječe zbog smrti i u trenutku smrti fizičke osobe. Takav stav može biti opravdan razlozima ekonomičnosti postupka, ali se sudski postupci izlažu riziku netočno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja u slučaju da se nasljednik odrekne nasljednog prava, postane nedostojan ili ne naslijedi dugove. U cijelosti se zanemaruje svrha i cilj ostavinskog postupka, zbog čega u prvome redu izostaje povezanost pravila ZPP-a i ZN-a. Nije sasvim jasno na koji se način utvrđuje legitimacija nasljednika da kao stranke stupe u već pokrenute postupke svojih prednika niti na koji se način utvrđuje sastav ostavine, tko je od više nasljednika preuzeo odgovornost za dugove ili naslijedio imovinu koja je opterećena dugom. Odgovornost za dugove opravdava se činjenicom solidarne odgovornosti za ostaviteljeve dugove iako je odgovornost sunasljednika ograničena visinom vrijednosti naslijeđene imovine. Uočeno je da se taj prigovor ne prihvaća u stadiju postupka u kojem se donose rješenja o prekidu i nastavljanju postupka. Sudovi smatraju da se on može isticati u daljnjem tijeku postupka, što može biti otegotno za osobe koje nisu nasljednici, kao i za same nasljednike. Mogu se pojaviti dodatni troškovi, a sam će postupak trajati dulje. Radi pravne sigurnosti bilo bi korisnije da postoji pravomoćno rješenje o nasljeđivanju kao dokaz i osnova za legitimaciju nasljednika u pravnom prometu.

## THE DECISION ON INHERITANCE - EVIDENCE FOR STAY AND TAKEOVER OF PROCEEDINGS

*The stay of civil and enforcement proceedings due to the death of a party results in a change in the identification for conducting and continuing the proceedings. Such a change in plaintiff or defendant occurs when the subject of the procedure involves transferable rights or obligations. In these cases, it is necessary to demonstrate that the legal conditions for the stay of the proceedings have been met. The formal legal way to prove these facts is through a final decision on inheritance, which is made in the non-litigation probate procedure. Based on this decision, it is determined who, due to the death of a party, acquired the right to inherit, what is included in their inheritance, and what rights other persons have acquired. In the enforcement procedure, this method of determining these facts is important due to the principle of strict formal legality, as the execution can only be ordered in favor of the person, or in relation to the person, who is specified in the enforcement title document as the execution creditor or debtor.*

Keywords: execution, stay of the proceedings, decision on inheritance, principle of formal legality

**Marijan Šakota**, Senior Judicial Advisor at the Municipal Court in Osijek

PRIKAZI

# INTERNATIONAL MEMORIAL COURSE MARKO PETRAK: ROMAN LEGAL TRADITION AND CONTEMPORARY LEGAL SYSTEMS

2nd issue: Roman Law of Obligations: from Principles to Specifics,  
from Antiquity to Modern Codifications  
Dubrovnik, 11.-13. listopada 2024.

*Prikaz*

*UDK 34(37)(047)*  
*347.4/.5(37)(047)*  
*929 Petrak, M. (047)*

Primljeno: 31. listopada 2024.

**Ana Ivanišević, Ana Lončar, Mia Radalj\***

U Interuniverzitetskom centru u Dubrovniku (*IUC*) od 11. do 13. listopada 2024. u organizaciji Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu održano je drugo izdanje skupa *International Memorial Course Marko Petrak: Roman Legal Tradition and Contemporary Legal Systems*. Ovogodišnja tema bilo je rimsko obvezno pravo, sa svojim načelima i posebnostima, uključujući i razvoj od antike do suvremenih kodifikacija. Skup je stoga bio tematski naslovljen *Roman Law of Obligations: from Principles to Specifics, from Antiquity to Modern Codifications*. Skup je bio održan u spomen i u čast istaknutog nastavnika i znanstvenika s Pravnog fakulteta u Zagrebu, pokojnog prof. dr. sc. Marka Petraka. Na skupu su sudjelovali vodeći europski stručnjaci u području rimskog prava, profesori, znanstvenici te studenti diplomskih i poslijediplomskih studija. Tako se u Dubrovniku okupilo više od četrdeset predstavnika iz niza europskih sveučilišta: Padova, Torino, Passau, Beč, Budimpešta, Ljubljana, Krakov, Varšava itd. Suorganizatori skupa s našeg Pravnog fakulteta, matične institucije prof. dr. sc. Marka Petraka, bili su prof. dr. sc. Tomislav Karlović i izv. prof. dr. sc. Henrik-Riko Held. Organizatorima i sudionicima pridružila se i ove godine majka Marka Petraka, prof. dr. sc. Jelka Petrak s Medicinskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu. Doprinos Marka Petraka rimskom obveznom pravu, kao još jednoj disciplini u kojoj je bio posebno cijenjen stručnjak, dao je smjernice za odabir tema izlaganja te sudjelovanje u raspravama. Na taj su se način izlaganja međusobno nadopunjavala te se do kraja skupa zadana tema zaista iscrpno i kvalitetno obradila. Osim nastavnika, svoje teme izlagali su i studenti poslijediplomskog studija, a nakon izlaganja dobili su korisne savjete i smjernice koje će im svakako poslužiti u budućem znanstvenom radu.

---

\* Studentice sveučilišnog integriranog prijediplomskog i diplomskog studija Pravo, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet

Skup je otvorila prof. dr. sc. Magdalena Apostolova Maršavelski, profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu u miru te dugogodišnja predstojnica Katedre za rimsko pravo, koja je bila i mentorica Marka Petraka. Iznimno dirljivim riječima, koje su bile pune profesionalnog uvažavanja i prijateljske naklonosti, prof. dr. sc. Apostolova Maršavelski prisjetila se suradnje i prijateljstva s Markom Petrakom, njegove marljivosti, svestranosti i uspješnosti, ali i dobre i vedre naravi.

Radni dio skupa počeo je s dva pozvana predavanja. Prvo, naslovljeno *Banking, credit and paper money in classical Roman law*, održala je Éva Jakab (*Károli Gáspár Református Egyetem, Budapest*). Autorica se usredotočila na problematiku novčanih transakcija i novca u antičkom Rimu, odnosno pitanje postojanja papirnatom novca ili vrijednosnih papira. Isticanjem važnosti utjecaja helenističke kulture na rimsko pravo postavila je važno pitanje relevantnosti isprava *chirographa* u novčanim transakcijama. Jedan od ciljeva prezentiranog istraživanja jest otkrivanje jesu li takve isprave bile konstitutivnog karaktera ili samo dokaz transakcije. Ta je problematika u tom smislu izazov za uobičajene paradigme o papirnatom novcu i vrijednosnim papirima, koji se inače vezuju uz razvoj u razvijenom srednjem vijeku. Izgleda da je, kao i u mnogim drugim područjima, rimsko antičko pravo ipak poznavalo određene temelje i natruhe sustava koji će se dalje razvijati u naknadnim razdobljima.

Drugo pozvano predavanje, naslovljeno *Of sold inheritances and a spy's memoirs – the (ir)rationalities of an account of profits*, održao je Sebastian Martens (*Universität Passau*). *Account of profits*, institut pripadan *common law* sustavima, obrazložen je u kontekstu rimskog obveznog prava te izazova vezanih uz suvremeno pravo stjecanja bez osnove. Analizirana je problematika prilagođavanja tog pravnog sredstva suvremenim europskim kontinentalnim pravnim sustavima. Tako je praćenjem povijesnog razvoja suvremenih pravila te razradom pojedinačnih slučajeva napravljena koherentna analiza pravnog područja kojemu je s jedne strane engleski *common law*, a s druge rimska pravna tradicija.

Nakon kratkog predaha Janez Kranjc (*Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Univerza v Ljubljani*) analizirao je sve uloge prisege u rimskom pravu svojim predavanjem naslovljenim *The role of oath (iusiurandum) in Roman law*. Autor je na temelju analize brojnih izvora rimskog prava pobliže razradio različite oblike prisege (na vjernost, na poštivanje zakona ili osobi, prisege koje je pretor ugradio u postupak itd.). Sljedeća tema bavila se litiskontestacijom, pa je Antonio Leo de Petris (*Università di Macerata*) u svojem predavanju *The litis contestatio as a way of extinguishing correal obligations* jasno opisao problematiku različitih shvaćanja oko uloge litiskontestacije u Justinijanovu pravu i u prethodnim razdobljima. Obrađeni su brojni tekstovi iz Justinijanovih Digesta koji se bave tim pitanjem.

Marko Sukačić (Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku) održao je predavanje naslovljeno *D. 18,6,9 (Gaius libro decimo ad edictum provinciale) – Why should the seller pay for the trees?* U izlaganju je bio razrađen specifičan primjer koji je opisao Gaj u svojem komentaru provincijalnog edikta, gdje je silina vjetrova oborila stabla na zemljištu koje se

prodaje. Nakon opisivanja situacije u kojoj kupac nije svjestan takva nedostatka, postavlja se pitanje smatra li Gaj nestala stabla skrivenim nedostatkom prodane nekretnine, a šutnju prodavatelja prikrivanjem postojećeg materijalnog nedostatka. Taj problem vezan je uz pitanje definira li načelo *caveat emptor* na ispravan način pravila upravljanja rizikom za uskraćene informacije i događaje koji se zbivaju tijekom predugovornih pregovora kod prodaje nekretnine u klasičnom rimskom pravu.

Nadalje, Enrico Sciandrello (*Università di Torino*) u svojem izlaganju *Real contracts in Roman legal experience* bavio se važnošću realnih ugovora. Ističe kako je kategorija realnih ugovora u stvarnosti imala uži opseg nego što se inače smatra. Karakterističan element za te ugovore bila je upravo *datio rei* te je stoga autor postavio pitanje zašto se ta kategorija širi i na ugovore kao što su ostava, posudba te zalog. Analizom izvora pružio je svoje shvaćanje razloga uključivanja različitih vrsta pravnih poslova u kategoriju realnih ugovora. Prvi je dan skupa svojim izlaganjem zatvorio jedan od suorganizatora Tomislav Karlović (Sveučilište u Zagrebu). Predavanjem naslovljenim *Conclusion and dissolution of contracts inter absentes in Roman law* analizirana je tema ugovora *inter absentes*, odnosno ugovora među odsutnima. Problem koji nastaje jest pitanje trenutka kada su takvi ugovori bili sklopljeni te učinaka očitovanja volja između odsutnih stranaka. Analizom tekstova klasičnih rimskih pravnika istražili su se učinci očitovanja volje, posebno u slučajevima odustajanja od ugovora.

Drugi dan skupa nastavio je već započete zanimljive rasprave o obveznom pravu rimske pravne tradicije. Prvo izlaganje, *Laziness and the performance of contract law in Roman law*, održao je Franciszek Longchamps de Brier (*Uniwersytet Jagielloński w Krakowie*). Autor se u svojem izlaganju usredotočio na pitanje je li lijenost mogla biti relevantan čimbenik u obveznim odnosima u rimskom pravu. Koristeći se antičkim izvorima, posebno klasičnog rimskog prava, uvaženi su različiti termini za lijenost te se primijetilo kako je navedena kategorija imala relevantnost u okviru nepažnje i nemara, posebno kod odgovornosti za štetu, ali i vezano uz standarde očekivanja i dužnosti u izvršavanju ugovornih obveza. Ovim izlaganjem tako je na zanimljiv način iznesen prikaz lijenosti kao pojave koja je na određeni način stigmatizirana od strane zakona.

Nastavno na to izlaganje, sljedeću temu (*Pollicitatio in the reflection of Roman jurists*) predstavio je Marco Falcon (*Università di Padova*). U tom izlaganju izložen je institut *pollicitatio* te su razrađeni njegovi u teoriji sporni učinci (problematika jednostranosti ili dvostranosti obvezivanja). Sljedeće istraživanje, *The nature of services and the nature of obligations. Roman law and the Western legal tradition*, izložio je Grzegorz Blicharz (*Uniwersytet Jagielloński w Krakowie*). Tu je predstavljen novi pogled na rimsko značenje specifičnog djela (*opus*) te usluga i radova (*operae*), čime se problematiziralo uobičajeno razlikovanje ugovora *locatio conductio operis* i *operarum*. Autor je u tom kontekstu analizirao rimske i grčke korijene podjele između *obligation de résultat* i *obligation de moyens*.

U nastavku skupa János Erdődy (*Pázmány Péter Katolikus Egyetem, Budapest*) održao je predavanje s temom *Lex Laetoria (Plaetoria) and its appearance in the Drusilla lawsuit*. Analizom primarnih izvora *lex Laetoria*, koji obuhvaćaju izvore papirusa iz oaze Faiyum otprilike s prijelaza iz 3. u 2. st., te *chirographum*, koji je dio tužbe Drusille iz 2. st., autor je pružio izniman uvid u praktične aspekte te problematike. Mattia Milani (*Università di Padova*) izlaganjem *Fiducia in Roman law and its legacy in modern legal systems* predstavio je svoje istraživanje instituta *fiducia* te njegove trajne relevantnosti u modernim pravnim sustavima. Posebno se usredotočio na razmatranja zašto su njemački pravници iz 19. st. oživili relevantnost rimskih pravnih izvora o fiduciji, što se, dakako, odrazilo na relevantnost tog instituta u modernim pravnim sustavima.

Iduće izlaganje, *The liability of ships' masters, innkeepers and stable keepers for loss suffered by guests and passengers*, održala je Mirna Dajak (Sveučilište u Splitu). Autorica je analizirala osnovna obilježja i svrhe tužbi *actio furti et damni adversus nautas, caupones et stabularios* te *actio ex recepto*, razlike u njihovoj primjeni, kontroverzna pitanja koja ih prate, kao i mogućnost primjene nekih drugih tužbi. Igor Adamczyk (*Uniwersytet Warszawski*) održao je izlaganje naslovljeno *Favor debitoris. The idea of debtor protection in comparison with other favores*. Cilj navedenog izlaganja bilo je istražiti problematiku je li *favor debitoris* uopće izvorno rimski koncept te može li se kvalificirati kao *ius singulare*. Nadovezujući se na tematiku prethodnog izlaganja, Vid Žepić (*Univerza v Ljubljani*) u svojem izlaganju izložio je temu *Datio in solutum necessaria as a manifestation of favor debitoris in Roman postclassical law*. Izloženi su specifični primjeri *datio in solutum necessaria*, uz ilustraciju sveobuhvatnosti načela *favor debitoris* te načina na koji je ono značajno oblikovalo razvoj rimskog prava tijekom postklasičnog razdoblja. Drugi dan skupa svojim izlaganjem *Mutuuum – between real and consensual elements* zatvorila je Ivana Vlašić (Sveučilište u Mostaru). Tu su analizirani elementi realnosti zajma, uz naglašavanje trenutka primopredaje predmeta zajma i uzimanje u obzir i konsenzualnosti te objašnjavanje njihova suodnosa.

Treći i posljednji dan skupa započeo je predavanjem koje je održao José-Domingo Rodríguez Martín (*Universität Wien*), koji je izložio svoje istraživanje naslovljeno *The reception of Roman terminology in Byzantine law of obligations*. U izlaganju je predstavljena ključna uloga bizantskog prava (*ius graeco-romanum*) u rimskoj pravnoj tradiciji općenito. Na specifičnim je primjerima prikazana problematika transmisije pojedinih termina i koncepata, posebno kod prijevoda s latinskog na grčki i obrnuto. Vukašin Stanojlović (Univerzitet u Beogradu) izložio je svoje istraživanje naslovljeno *The intricacies of cautio usufructuaria: tracing its roots and impact in Roman legal tradition*. Ovim izlaganjem ispitana je problematika nastanka i evolucije *cautio usufructuaria*, njezina pravna priroda i oblici. Sljedeće predavanje, *Some observations on the Franco-Italian Draft Code of Obligations, 1927*, održala je Silvia Schiavo (*Università di Ferrara*). Autorica je analizirala važan projekt Vittorija Scialoje za izradu nacrtu zakonika obveznog prava, koji, iako svojevremeno nije bio dobio odgovarajuću političku potporu u Italiji i Francuskoj, jest utjecao na neka druga zakonodavstva. Općenito je to bio jedan primjer



daljnjeg približavanja obveznopравnih sustava unutar iste pravne tradicije, odnosno onoga što se uobičajeno naziva europski *ius commune*. U tom je smislu predstavljen projekt koji se ogleda i u recentnijim pokušajima harmonizacije privatnog prava u Europi.

Janko Paunović (*Universität Wien*) u svojem izlaganju *Reception of Roman legal wisdom through the work and writings of Valtazar Bogišić* predstavio je svoje istraživanje osmog odjeljka šeste knjige Općeg imovinskog zakonika za Kneževinu Crnu Goru, uz naglasak na Bogišićeve pravne regule (tzv. *zakonjače*). Nadalje, svoje istraživanje, naslovljeno *Quinam damnum dent – AI and liability*, predstavili su Mirza Hebib i Nasir Muftić (Univerzitet u Sarajevu). Autori su u analizi povezali kazuistiku klasičnog rimskog prava i suvremene izazove vezane uz umjetnu inteligenciju i odgovornost za štetu naglasivši trajnu relevantnost rimskog prava. Aleksander Grebieniow (*Uniwersytet Warszawski*) u svojem je izlaganju predstavio istraživanje naslovljeno *The historical argument in the modern law of obligations*. Autor se posebno bavio korištenjem rimskog prava, odnosno rimske pravne znanosti u suvremenim povijesno-kritičkim komentarima obveznog prava, te je u tom smislu naglašena relevantnost povijesnih argumenata u suvremenim pravnim raspravama. Posljednje izlaganje na skupu održao je Henrik-Riko Held (Sveučilište u Zagrebu) na temu *Cessio in practice – ius commune and ABGB in the Croatian experience*. Ovim izlaganjem posebno je analiziran povijesni razvoj instituta *cessio* na našim prostorima. Fokus je stavljen na javnobilježničke isprave iz srednjovjekovne prakse, kao i na sudsku praksu u primjeni ABGB-a u Hrvatskoj, a sve u cilju boljeg razumijevanja manje poznatih smjerova razvoja instituta *cessio* unutar šireg europskog konteksta *ius commune*.

Skup je prigodnim riječima zatvorio Franciszek Longchamps de Bériér. Istaknuo je sve vrijednosti ovoga skupa: komemoriranje Marka Petraka, velikog znanstvenika i nastavnika, dobrog čovjeka i prijatelja, ali i trajno održavanje relevantnosti tema iz rimskog prava i rimske pravne tradicije u pravnom obrazovanju, posebno na europskoj i međunarodnoj razini.

Kao što je više sudionika reklo na samom tečaju, budući da je ovo njegovo drugo izdanje, skup se zapravo već sada pretvorio u tradiciju, a svi sudionici izrazili su želju za nastavkom njezina održavanja. Važnost skupa nije samo u izlaganjima i obrađenim temama već i u nastavnicima i znanstvenicima (sadašnjim i budućim) te studentima, koji su svojim okupljanjem sinergijski odali počast pokojnom prof. dr. sc. Marku Petraku. Unatoč različitim pozadinama i razini bavljenja rimskim pravom, svi sudionici bili su vođeni istim ciljem: znati više. Skup je bio svojevrsno ostvarenje te težnje, koja je zvijezda vodilja prema novim doprinosima, ali i pamćenju postojećih. *Homines dum docent discunt* sjevremenska je istina, a mi se nadamo nastavku njezina ostvarivanja kroz održavanje te tradicije, s istom posvećenošću i voljom, još dugi niz godina.