

UDK 618:141.318.8:27-18:342.4:342.7(497.5)"2017"

Primljeno: 26. 6. 2017.

Prihvaćeno: 27. 2. 2018.

Izvorni znanstveni rad

## KRITIKA KONCEPCIJE PRAVEDNOSTI USVOJENE U RJEŠENJU USTAVNOG SUDA O TZV. »ZAKONU O POBAČAJU«

Petar POPOVIĆ

Pontificia Università della Santa Croce  
Piazza di Sant'Apollinare 49, IT – 00186 Roma  
p.popovic@pusc.it

### Sažetak

U ovom se radu s gledišta pravne filozofije, te širega filozofskog pristupa iznalaženju ispravne koncepcije pravednosti u odnosima moralnosti i prava, analizira Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske od 21. veljače 2017. o sukladnosti tzv. »Zakona o pobačaju« iz 1978. godine s Ustavom Republike Hrvatske. Iz obrazloženja Rješenja Ustavnog suda autor izlučuje određena rukovodeća načela Suda kako bi pokušao ustaviti argumentacijski okvir pravednosti koji je Sud zauzeo u pristupu spornom pitanju dopustivosti pobačaja. Ta se ustavnosudska načela potom uspoređuju s načelima političke koncepcije pravednosti američkoga političkog filozofa Johna Rawlsa. Autor kritički ukazuje na pravno-antropološke implikacije određene slike ljudske osobe podrazumijevane u rawlsijanskom argumentacijskom okviru pravednosti, a koja se temelji u pojmu neuvjetovane slobode autonomnog sebstva. Uslijed brojnih manjkavosti pristupa spornom pitanju pobačaja koji polazi od tzv. »negativne« antropologije, autor ukazuje na obilježja alternativne koncepcije pravednosti, koja bi polazila od pravne dimenzije »pozitivnih« određenja o antropološkim datostima ljudske osobe.

*Ključne riječi:* ustavno pravo, Ustavni sud, teleološko tumačenje, pobačaj, pravo na život, koncepcija pravednosti.

### Uvod

Prevladavajuća koncepcija pravednosti koja, negdje od sedamdesetih i osamdesetih godina prošlog stoljeća, na akademskoj ili državničkoj razini djelovanja nastoji harmonizirati suprotstavljene vrijednosne poglede na dopustivost

pobačaja nadahnjuje se na tzv. »negativnoj« liberalnoj antropologiji.<sup>1</sup> S druge strane, poslijeratni društveni kontekst u kojem su nastali temeljni dokumenti o ljudskim pravima bio je obilježen svojevrsnim »političkim realizmom«<sup>2</sup> u kojem su se države stranke tih dokumenata, sučelice tragičnim totalitarnim zatiranjem ljudskog dostojanstva, mogle usuglasiti oko određenih, dominantno jusnaturalističkih, shvaćanja naravi ljudskih prava.<sup>3</sup> Istodobno, u tadašnjem političko-filozofskom kontekstu prevladavala je koncepcija pravednosti koja je počivala na perfekcionistačkim<sup>4</sup> načelima: država je normirala pravne implikacije određene (uvjetno rečeno, liberalne ili konzervativne) slike ljudske osobe koju je smatrala nespornom i ispravnom za svoje građane.

*Zakon o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece*<sup>5</sup> iz 1978. godine (dalje u tekstu: »Zakon o pobačaju«) svakako nije promulgiran u kontekstu širokog prigrljivanja i promicanja ljudskih prava općenito, a napose jednakosti i autonomije žene prema tada aktualnoj liberalnoj antropološkoj matrici Zapadnog svijeta. Štoviše, taj se Zakon danas općenito teorijski smješta u matricu promicanja socijalističkih ciljeva, tada paradigmatičkih na ovim prostorima, a kojima se nastojalo što je više moguće proširiti raspoloživost žene radi njezina potpunijeg uključenja u kontekst »samouprave« ekonomske proizvodnje.<sup>6</sup> Zakon se, uz manje izmjene, u temeljnom pravcu svojih materijalnopравnih odredbi nastavio primijenjivati u izmijenjenom, demokratskom kontekstu poštivanja stečevine međunarodnih standarda ljud-

<sup>1</sup> Pod pojmom »negativna« filozofske antropologije podrazumijeva se postavka o »radikalnoj neodređenosti ljudske naravi«, kao vrhovnom filozofsko-antropološkom kriteriju za oblikovanje pravnih normi. Prema takvoj postavci pojedinac bi općenito bio pravno ovlašten potvrđivati autonomnu slobodu vlastitog sebstva kao vrhovnu pozitivnu kategoriju osobne i socijalne ontologije, uslijed nemogućnosti utvrđivanja *bilo koje druge* pozitivne datosti ljudske naravi kao prethodnog pravnog pitanja. Usp. Russell HITTINGER, *Human Nature and States of Nature in John Paul II's Theological Anthropology*, u: Daniel ROBINSON – Gladys M. SWEENEY – Richard GILL (ur.), *Human Nature in its Wholeness: A Roman Catholic Perspective*, Washington, D.C., 2006., 10, 18–20.

<sup>2</sup> Usp. Mary Ann GLENDON, *Knowing the Universal Declaration of Human Rights*, u: *Notre Dame Law Review*, 73 (1998.) 5, 1175; Mary Ann GLENDON, *The Rule of Law in the Universal Declaration of Human Rights*, u: *Northwestern Journal of International Human Rights*, 2 (2004.) 1, 2.

<sup>3</sup> Usp. Mary Ann GLENDON, *Rights Babel: The Universal Rights Idea at the Dawn of the Third Millennium*, u: *Gregorianum*, 79 (1998.) 4, 611–624.

<sup>4</sup> O perfekcionizmu kao zaštiti *same mogućnosti* pravnog uvažavanja određenih antropoloških standarda, vidi u: Joseph RAZ, *Facing Diversity: The Case of Epistemic Abstinence*, u: *Philosophy and Public Affairs*, 19 (1990.) 1, 4.

<sup>5</sup> Zakon o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece, u: *Narodne novine*, 18/1978., 31/1986., 47/1989., 88/2009.

<sup>6</sup> Usp. Dalida RITOSSA, *Prijeperi o pravu na pobačaj u Republici Hrvatskoj*, u: *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 26 (2005.) 2, 977.

skih prava samostalne Republike Hrvatske. Ustavni sud Republike Hrvatske tijekom dvadeset i šest godina odlučivao je o suglasnosti toga Zakona s Ustavom Republike Hrvatske. Dana 21. veljače 2017. godine konačno je donio Rješenje,<sup>7</sup> kojim se ne prihvaćaju prijedlozi za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom navedenog Zakona, te se nalaže Hrvatskom saboru da u roku od dvije godine donese novi zakon o predmetnom pitanju pobačaja u skladu s utvrđenjima iz Rješenja. Ovaj rad objavljuje se u drugoj godini tijeka navedenog roka.

U državama Zapadnog svijeta prijepori o znanstvenoj, moralnoj i pravnoj kvalifikaciji dopustivosti pobačaja traju neprekinuto i usporedno s postojanjem pravnih određenja o predmetnom pitanju. Stoga nam se čini kako je nedavno reaktiviranje šire predmetne rasprave u hrvatskom ustavnopravnom kontekstu zapravo više ukorijenjeno u dugogodišnjem stavljanju »pod tepih« šireg pravnog i društvenog promišljanja ovog pitanja, kao uostalom i u svojevrsnoj globalnoj evoluciji dosega prirodnih i društvenih znanosti relevantnih za to pitanje, nego u lokalnom odbljescu tzv. »konzervativne revolucije«<sup>8</sup> Zapadnog svijeta.

<sup>7</sup> Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj U-I-60/1991 i dr., od 21. veljače 2017. i Izdvojeno mišljenje, u: *Narodne novine*, 25/2017.

<sup>8</sup> Uporaba pojma »konzervativna revolucija« često smjera skupnom i jednoznačnom etiketiranju međusobno nespojivih pojavnosti. Za okvir ovog rada, smatramo važnim tek skrenuti pažnju kako pri uporabi toga pojma najviše zabrinjava nediferencirano stavljanje »u isti koš« artikulacije određenih antropoloških odrednica jusnaturalističkog utemeljenja prava (na koje upućujemo u nastavku ovog rada) sa stavovima koji predstavljaju klasične primjere radikalne transgresije jusnaturalističkih standarda (primjerice, stavovima spolne ili rasne nesnošljivosti ili otvorenog nasilja u bilo kojem obliku). O razlučivanju ove nediferenciranosti, primjerice, vidi u: Matthew ROSE, *The Anti-Christian Alt-Right*, u *First Things*, 281 (2018.) 3, 29–34. S druge strane, govoreći o pravnim instrumentima zaštite od oblika nesnošljivosti na temelju tzv. »rodnog« (*gender*) identiteta, u teoriji (kao i, čini se, u zakonodavnoj praksi) je zastupljen argument kako je potrebno primijeniti drugačiji splet specifičnih kriterija interpretativnog razlučivanja, jer ti instrumenti mogu smjerati zaštitu od nepravdne diskriminacije, ali mogu također potencijalno ukazivati na odrednice nametanja svim građanima obrazaca aktivnog podržavanja određenog novog spolnog »pravovjerja«, a što bi sačinjavalo prekorachenje opsega protudiskriminacijskih mjera. Za ovaj argument vidi, primjerice, u: Ryan T. ANDERSON, *Disagreement is not Always Discrimination: On Masterpiece Cakeshop and the Analogy to Interracial Marriage*, u: *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 16 (2018.) 1, 123–145; Ryan T. ANDERSON, *A Brave New World of Transgender Policy*, u: *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 41 (2018.) 1, 343–351; Ryan T. ANDERSON, Shields, *Not Swords*, u: *National Affairs*, 35 (2018.) 1, 74–89; Ryan T. ANDERSON – Sherif GIRGIS, *Against the New Puritanism: Empowering All, Encumbering None*, u: John CORVINO – Ryan T. ANDERSON – Sherif GIRGIS, *Debating Religious Liberty and Discrimination*, New York, 2017, 162–206; Sherif GIRGIS – Robert P. GEORGE – Ryan T. ANDERSON, *What is Marriage?*, u: *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 34 (2010.) 1, 245–287.

Ovaj rad nastoji identificirati obilježja koncepcije pravednosti u pristupu pravnom statusu pobačaja koja je usvojena u argumentaciji Ustavnog suda, kako proizlazi iz teksta njegova Rješenja. Susljedno će biti predstavljen niz kritika takvoj koncepciji sa stajališta pravne i političke filozofije, te će se ujedno ukazati na odrednice adekvatnije alternativne koncepcije pravednosti u predmetnom spornom pitanju normativnog statusa pobačaja. Temeljna argumentacija rada predstavlja, dakle, tek pravno-filozofski i preklapajući političko-filozofski vidik mogućeg kritičkog čitanja Rješenja Ustavnog suda.

### **1. Analiza pravne ocjene iz Rješenja Ustavnog Suda o tzv. »Zakonu o pobačaju«, teleološka metoda tumačenja teksta Ustava i usvojeni argumentacijski okvir pravednosti**

Argumentacijski okvir Rješenja Ustavnog suda u pogledu sukladnosti tzv. »Zakona o pobačaju« s Ustavom nužno uključuje primjenu načela tumačenja ustavnih normi, budući da rješenje spornog pitanja o sukladnosti ne proizlazi nedvosmisleno iz cjeline ili iz pojedinačnih izravno primjenjivih odredbi teksta Ustava,<sup>9</sup> odnosno citiranih odredaba relevantnih obvezujućih međunarodnih ugovora.<sup>10</sup> U Rješenju je primjetno kako su pri pravnoj ocjeni primijenjene gotovo sve ustaljene metode tumačenja izvora prava ustavnog nadzora: *jezična, logička i povijesna* (odnosno, subjektivno-statička ili genetička) metoda (toč. 42.–44.1. Rješenja), zatim *sustavna* metoda (toč. 41.1. i 41.2. primijenjeno na toč. 42.–44.1. Rješenja), te *komparativna* metoda (vidjeti, u odnosu na komparativno pravo i ustavnosudsku praksu, toč. 23.–25. i 30.–32. Rješenja).<sup>11</sup>

<sup>9</sup> O Ustavu Republike Hrvatske kao ključnom pravnom izvoru odlučivanja i izrazu autonomije Ustavnog suda, vidi u: Duška ŠARIN, Položaj Ustavnog suda Republike Hrvatske s motrišta diobe vlasti i ustavne garancije njegove neovisnosti, u: *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 62 (2012.) 5–6, 1388.

<sup>10</sup> O međunarodnim dokumentima obvezujućima za Republiku Hrvatsku u pogledu predmetnog spornog pitanja, kao i za relevantnu sudsku praksu proizašlu iz primjene dotičnih dokumenata, vidi u: toč. 26.–26.1. i toč. 26.3.–29. Rješenja. O mogućnosti i značaju odlučivanja Ustavnog suda o suglasnosti zakona sa sklopljenim, potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima, vidi u: Branko SMERDEL, *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, Zagreb, 2013., 431–432.

<sup>11</sup> O navedenim uobičajenim i nespornim metodama tumačenja ustavnog teksta (izuzev spornosti dometa komparativne metode, ukoliko bi se komparativna rješenja ustavnih poredaka i unutardržavnog prava drugih država nekritički preuzela i primijenila u hrvatskom ustavnopravnom poretku) vidi u: Davor KRAPAC, *Postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske: ustrojstvo i proceduralni elementi ustavnog nadzora*, Zagreb, 2014., 28–34; Duško VRBAN, *Država i pravo*, Zagreb, 2003., 469–473; Duško VRBAN, *Metodologija prava i pravna tehnika*, Osijek, 2013., 65–70; Žaklina HARAŠIĆ, *Sudska argumentacija*, Split, 2010.

Smatramo, međutim, kako je Ustavni sud u Rješenju primijenio također i široko shvaćanje *teleološke* metode tumačenja ustavnog teksta.<sup>12</sup> Čak i ukoliko je Sud na temelju navedenih nespornih metoda tumačenja ustavnog teksta smatrao kako argumentacijski slijedi jedino moguće pravno rješenje koje bi bilo sukladno Ustavu i obvezujućim međunarodnim ugovorima, odnosno koje bi zrcalilo kriterije prakse sudbenih tijela za provedbu tih ugovora (ponajprije Europskog suda za ljudska prava), mišljenja smo kako iz obrazloženja Rješenja proizlazi da je pritom bila odlučujuća primjena teleološke metode tumačenja ustavnog teksta.<sup>13</sup>

Naime, Ustavni sud je u Rješenju ukazao kako je pravo žene na tzv. »reproduktivno samoodređenje«, koje uključuje slobodnu odluku o tome »kako će se njezina trudnoća razvijati« i »želi li je iznijeti do kraja«, obuhvaćeno pravom na privatnost iz čl. 35. Ustava (toč. 44.1. Rješenja). S druge strane, »nerodeno biće« uživalo bi, prema argumentaciji Suda, ustavnu zaštitu prava na život svakoga ljudskog bića iz čl. 21. st. 1. Ustava, ali »samo do one mjere do koje se ne sukobljava s navedenim pravom žene na privatnost«, te »nije zaštićeno tako da ima prednost ili veću zaštitu« u odnosu na dotično pravo žene (toč. 41.1. Rješenja).<sup>14</sup> U svojem nalogu Zakonodavcu da u roku od dvije godine od dono-

<sup>12</sup> Prema *povijesnoj* (odnosno subjektivno-statičkoj ili genetičkoj) metodi tumačenja istražuje se nakana donositelja pravnog propisa koji se tumači (npr. ustavotvorca ili zakonodavca), te se s tim ciljem istražuju povijesni uvjeti, okolnosti, pripremni materijali (*travaux préparatoires*) i postupak donošenja dotičnog propisa. Nasuprot tome, *teleološka* metoda (odnosno, ciljna, objektivno-dinamička ili funkcionalna metoda) umjesto racionalizacije *napisanog* normativnog teksta traži ispravno tumačenje *cilja*, odnosno *svrhe* kojoj je pravna norma namijenjena u *današnjem, aktualnom dinamičko-evolutivnom kontekstu njezine primjene*. Radi se doista o vjerojatno »najvažnijoj« (Krapac) ili »posebno pogodnoj« (Vrban) specifičnoj metodi ustavnog sudovanja, primjenjivoj nakon što tekst ustavne norme, unatoč uporabi navedenih ostalih metoda tumačenja, ostane nejasan (klasični stav primjene teleološke metode), ili se, pak, teleološka metoda primjenjuje usporedno s ostalim metodama već od samog početka procesa tumačenja ustavnog teksta (radikalni stav). O teleološkom tumačenju, vidi u: Davor KRAPAC, *Postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske*, 30, 35; Duško VRBAN, *Država i pravo*, 473; Žaklina HARAŠIĆ, More about teleological argumentation in law, u: *Pravni vjesnik*, 31 (2015.) 3–4, 23–48; Aleksander PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht, 2009., 329–331.

<sup>13</sup> Sud će, u jednom trenutku obrazloženja Rješenja, i sam priznati kako se »našao u središtu prijepora o kojem ne postoji jedinstven stav [...] u [...] pravu [...], kao što je razvidno iz pozadine problematike prekida trudnoće, naprijed detaljno navedene« (toč. 41. Rješenja).

<sup>14</sup> U svom napatku Zakonodavcu, Ustavni sud pobliže određuje kako se, primjerice, zakonodavno rješenje prema kojem se »prekid trudnoće može obaviti na zahtjev žene do isteka 10. tjedna trudnoće« (toč. 46. Rješenja) ima smatrati suglasnim s navedenom ustavnom zaštitom prava na život »nerodjenog bića« koju to »biće« uživa samo »do one mjere do koje se ne sukobljava s navedenim pravom žene na privatnost« (toč. 45. Rješenja).

šenja Rješenja donese novi zakon za pravno uređenje predmetnog pitanja (br. II. izreke i toč. 50. obrazloženja Rješenja), Ustavni sud utvrđuje kako navedena postavka sukobljenih pravnih interesa predstavlja ustavni okvir unutar kojega »zakonodavac ima slobodu diskrecije u postizanju pravedne ravnoteže« (toč. 45. Rješenja).

Navedeni slijed argumentacije Suda, prikazan u obrazloženju Rješenja, bitno je obilježen pravno-logičkim prazninama, čije popunjavanje ne proizlazi nedvosmisleno iz relevantnih odredbi Ustava Republike Hrvatske, odnosno iz obvezujućih odredbi međunarodnih ugovora i kriterija prakse sudbenih tijela nastalih u okviru njihove primjene. Ove pravno-logičke praznine potrebno je popuniti iskazima o pojedinostima primjene *teleološke* metode tumačenja Ustava. Rješenje Ustavnog suda u svom obrazloženju – iako tek povremeno, implicitno i vrlo nesustavno – navodi elemente takvih iskaza.

Prije predstavljanja elemenata iskaza o primjeni *teleološke* metode tumačenja Ustava u Rješenju Ustavnog suda vrijedi spomenuti kako navedena metoda tumačenja ustavnog teksta općenito *može*, ili čak *mora* uključivati određene stavove o društveno-vrijednosnoj funkciji relevantnog ustavnog teksta. Teleološki okvir tumačenja ustavnopravne norme uvijek ostaje bitno povezan ne samo s institucionalnim pravnim okvirom koji proizlazi iz ustavnog teksta,<sup>15</sup> nego i s ostalim metodama tumačenja tog teksta.<sup>16</sup> Ipak, prema ustavnopravnoj teoriji, u primjeni teleološke metode dopušteno je postavljanje određenog *aksiološkog okvira*, odnosno *vrijednosnog usmjerenja*, koje će biti odlučujuće pri rješavanju predmetnog spornog slučaja. Takav aksiološki okvir predstavljao bi jezgru – primjenjivu na sporno pitanje koje je predmet tumačenja ustavne norme – vrijednosnog sklopa konkretne društvene zajednice u kojoj je ustavni tekst na snazi, kako bi se definirao način pristupa vrijednosti, odnosno interesu koji se želi ustavnim odredbom zaštititi.<sup>17</sup> U teoriji se ističe kako teleološki okvir tumačenja može legitimno uključivati ustavnosudsku procjenu određenog rukovodećeg *svjetonazorskog pravnog načela*<sup>18</sup> – u slučajevima kad je to *doista nužno* kako bi se sporno pitanje riješilo – ukoliko dotično svjetonazorsko

<sup>15</sup> Usp. Neil MacCORMICK, *Argumentation and Interpretation in Law*, u: *Ratio Juris*, 6 (1993.) 1, 25–26.

<sup>16</sup> Usp. Davor KRAPAC, *Postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske*, 35.

<sup>17</sup> Usp. Duško VRBAN, *Država i pravo*, 473; Duško VRBAN, *Metodologija prava i pravna tehnika*, 94; Žaklina HARAŠIĆ, *Sudska argumentacija*, 71–72.

<sup>18</sup> Tzv. *svjetonazorsko pravno načelo* sadržavalo bi određeni svjetonazorski pristup koji nije ekspliciran kao takav u pravnom sustavu, ali se upravo ustavnosudskom argumentacijom prevodi u pravni standard. Usp. Mark VAN HOECKE, *Law as Communication*, Oxford – Portland, 2002., 171.



pravno načelo uživa široki konsezus u društvu, te stoga i može zadobiti institucionalnu podršku.<sup>19</sup> U pitanjima, međutim, u kojima postoji više sukobljenih primjenjivih tzv. svjetonazorskih pravnih načela, u teoriji se, nadalje, ističe kako tumač ustavnopravnog teksta tada utvrđuje objektivni cilj tog teksta putem određenoga argumentacijskog okvira koji može jamčiti postizanje pravedne ravnoteže sukobljenih vrijednosti, sukladno njihovom odnosnom značenju i vrijednosnom statusu.

Takav *argumentacijski okvir pravednosti* odražava temeljne vrijednosti pravnog sustava u spletu s konsenzualnim i trajnim »dubokim«<sup>20</sup> vrijednostima i temeljnim načelima zreloga demokratskog društva, važećima u vrijeme tumačenja ustavnog teksta.<sup>20</sup> Sastavnice argumentacijskog okvira pravednosti su, dakle, određene vrijednosti ili kriteriji procjene spornog pitanja, poput, primjerice, konačno opredjeljenje za perfekcionistačke vrijednosti ili, pak, za neki drugi kriterij pravednosti u pristupu.<sup>21</sup> Nalazimo se, naime, u graničnom području primjenjivog pozitivnog prava i vrijednosnih temelja prava. U tom području teleološko tumačenje susreće se s tzv. *deontološkom* argumentacijom, prema kojoj utvrđivanje objektivnog cilja ustavnopravne norme nužno mora uključivati i usvajanje određenog »načela ispravnosti ili pravednosti kojeg se, s gledišta tumača norme, potrebno pridržavati u pogledu rješavanja predmetne situacije ili pitanja«<sup>22</sup>.

U dijelu Rješenja Ustavnog suda koje se odnosi na davanje pravne ocjene predmetnog ustavnopravnog spornog pitanja (toč. 21.–52. Rješenja) izrijeком se na više mjesta navode argumenti koji su svodljivi na barem tri djelomično preklapajuća vrhovna načela određenog argumentacijskog okvira pravednosti, oblikovanog primjenom teleološke metode tumačenja ustavnog teksta.

Najcitiranije takvo vrhovno načelo u Rješenju polazi od činjenice nepostojanja širokog, nacionalnog ili globalnog, konsenzusa oko pitanja dopustivosti pobačaja. Sud naglašava kako navedena činjenica nepremostivog pluralizma mogućih pristupa predmetnom pitanju (toč. 22., 26. i 41. Rješenja) obilježava ne samo moralnu dimenziju statusa pobačaja u stavu pojedinca i društva, nego, također, bitno premrežuje aktualne ustavnopravne i zakonodavne raspra-

<sup>19</sup> Usp. *Isto*.

<sup>20</sup> Usp. Aharon BARAK, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton, 2005., 90, 167, 381–382.

<sup>21</sup> Ova dva primjera uzeti su prema: Jerzy WROBLEWSKI, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, 1992., 106. Drugi primjeri kriterija procjene spornog pitanja unutar argumentacijskog okvira pravednosti mogu uključivati, primjerice, očuvanje sigurnosti države i društvenih odnosa, određenu viziju pravednosti, pravičnost, itd. Usp. Aharon BARAK, *Purposive Interpretation in Law*, 381.

<sup>22</sup> Neil MACCORMICK, *Argumentation and Interpretation in Law*, 25.

ve (toč. 21. i 41. Rješenja). Iz činjenice nepremostivog pluralizma međusobno isključujućih moralnih i svjetonazorskih pristupa pitanju pobačaja Ustavni sud izvodi načelo prema kojem pojedinačne postavke takvih partikularnih pristupa »ne mogu biti isključiva osnova za pravno uređenje određenog pitanja« (toč. 22. Rješenja). Prema argumentaciji Ustavnog suda, postoji određena inherentna nelegitimnost takvoga pravnog razrješenja činjenice nepremostivog svjetonazorskog pluralizma kojim bi se pravna norma priklonila nekom od različitih pristupa pitanju dopustivosti pobačaja i tako uredila područje koje »svaki pojedinac, u skladu sa svojim pravom na samoodređenje poima i prosuđuje« (toč. 22. Rješenja).

Sljedeće vrhovno operativno načelo u argumentaciji Ustavnog suda blisko je prethodnom, te se ogleda u činjenici postojanja imperativa zauzimanja određenog pristupa pravnom rješavanju predmetnog pitanja, unatoč činjenici da je to pitanje društveno obilježeno nepremostivim pluralizmom mogućih pristupa. Sud prepoznaje kako postoji nužnost usvajanja određenog argumentacijskog okvira pravednosti za pravnu regulaciju toga pitanja – u tom se smislu smatra kako ono posjeduje pripadajuću pravnu dimenziju (toč. 22. i 41. Rješenja).<sup>23</sup>

Treće načelo oslanja se na prethodna dva načela. Naime, budući da se pravnim uređenjem pitanja obilježenog činjenicom nepremostivog pluralizma zasigurno neće »razriješiti sve dileme i podjele koje to pitanje izaziva u društvu« (toč. 22. Rješenja), temeljni cilj pravnog sustava sastoji se u težnji da se pravnim uređenjem »ne produbljuje, već ublažava društvene podjele te približava i harmonizira vrijednosti i stavove koje zastupaju pojedine društvene skupine« (toč. 23. i 41. Rješenja). Budući kako pritom »složenost i osjetljivost odnosa prava i morala odražava i opterećuje rješavanje pitanja prekida trudnoće«, Sud je svoje Rješenje temeljio na uvjerenju kako se »moralni stavovi [...] ne moraju nužno pretočiti u pravne norme«, te da »moralne dužnosti [...] prelaze granice zakona« (toč. 22. Rješenja). Zaključno, produbljenje društvenih podjela se zaustavlja, a partikularni stavovi harmoniziraju, ukoliko će koncepcija

<sup>23</sup> Sud priznaje kako se srž pravnog problema u predmetnom spornom pitanju nalazi »u tome što se iskonsko moralno i svjetonazorsko pitanje pokušava 'prelomiti' tako što će ga se urediti (prisilnom) pravnom normom«. Ono doista mora biti na odgovarajući način pravno uređeno, ali je »iluzorno očekivati« da će pripadajuća pravna dimenzija predmetnog spornog pitanja uključivati priklanjanje nekom od moralnih pogleda na to pitanje, odnosno »arbitriranje« između suprotstavljenih svjetonazora (toč. 22. i 41. Rješenja). Iznalaženje pripadajuće pravne domene predmetnog spornog pitanja u Rješenju Suda zasigurno ne počiva na prethodnim moralnim dužnostima (usp. toč. 22. Rješenja), već Sud tu domenu, kako proizlazi iz cjeline Rješenja, treba oblikovati unutar određenog argumentacijskog okvira pravednosti i primijeniti na predmetno sporno pitanje.



pravednosti – koja će uvjetovati pravna rješenja – apstrahirati od pojedinačnih moralnih stavova o predmetnom spornom pitanju.

Ukratko, Sud ukazuje na nužnost iznalaženja takve koncepcije pravednosti kojom će se sustavno otkloniti mogućnost usvajanja nekog od različitih moralnih pristupa pitanju dopustivosti pobačaja (prvo načelo), na način koji je aprioran i obvezujući za oblikovanje konkretnog pravnog rješenja tog pitanja (drugo načelo), kako bi se zaustavilo daljnje produbljenje društvenih podjela i harmoniziralo partikularne suprotstavljene stavove (treće načelo).

## 2. Ishodišna analiza »pozadinskog« argumentacijskog okvira pravednosti iz Rješenja Ustavnog suda

Navedena tri načela »pozadinskog« argumentacijskog okvira pravednosti u pristupu rješavanju predmetnog spornog pitanja predstavljaju svojevrsnu presliku, ili barem blisku podudarnost s temeljnim postulatima tzv. »političke koncepcije pravednosti« američkoga političkog filozofa Johna Rawlsa (1921. – 2002.). U potrazi za idealnim sustavom društvene suradnje slobodnih i jednakih građana, koja može biti žarište preklapajućeg konsenzusa u društvu obilježenu činjenicom razložnog pluralizma,<sup>24</sup> Rawls je u svojim djelima oblikovao niz temeljnih smjernica koje bi morale jamčiti ostvarenje pravednosti u suvremenom demokratskom društvu. Okviri ovog rada otklanjaju mogućnost, ali i potrebu cjelovitijeg predstavljanja Rawlsovih temeljnih ideja. Ograničit ćemo se na navođenje dijelova Rawlsove argumentacije koji će biti dostatni za odgovarajuće shvaćanje onih njegovih teorijskih smjernica koje su istovjetne ili vrlo bliske operativnim načelima iz Rješenja Ustavnog suda.

Prema Rawlsu, svaki građanin u suvremenoj demokratskoj kulturi pri- anja uz određenu *obuhvatnu doktrinu*, odnosno posjeduje sklop shvaćanja o tome »što je u ljudskom životu vrijedno«<sup>25</sup>. Uslijed političkih i društvenih uvjeta u kojima su zajamčena osnovna prava i slobode, suvremeno demokratsko društvo svjetonazorski je obilježeno temeljnom činjenicom *razložnog pluralizma* »obuhvatnih vjerskih, filozofskih i moralnih doktrina što [...] nije puko povijesno postojeće stanje koje uskoro može nestati; to je trajno obilježje javne kulture demokracije«<sup>26</sup>. Istodobno, prema Rawlsu, činjenica da kao građani posjedujemo određenu vjersku, filozofsku ili moralnu obuhvatnu doktrinu s pripadajućom koncepcijom dobra, »nije razlog da predložimo ili da očekuje-

<sup>24</sup> Usp. John RAWLS, *Politički liberalizam*, Zagreb, 2000., 3–4.

<sup>25</sup> *Isto*, 12.

<sup>26</sup> *Isto*, 32.

mo da drugi prihvate koncepciju pravednosti koja daje prednost onima koji imaju to uvjerenje«<sup>27</sup>. Teza o upitnosti prevlačenja privatnih svjetonazora na pravno-političku domenu središnja je teza Rawlsove političke koncepcije pravednosti.<sup>28</sup> Zbog nepostojanja razložne obuhvatne doktrine koju bi potvrđivali svi građani, Rawls smatra kako argumentacijski okvir pravednosti u dobro uređenom demokratskom društvu »mora biti koncepcija ograničena na [...] domen[u] političkoga«<sup>29</sup>. Koncepcija pravednosti koju predlaže morala bi se oslanjati isključivo na *političke* ideje prihvatljive svim građanima, bez pretpostavljanja ili približavanja određenoj obuhvatnoj doktrini. Taj argument Rawls naziva idejom prvenstva *ispravnoga*<sup>30</sup> nad idejom obuhvatne koncepcije *dobra* (eng. »*priority of right over good*«).<sup>31</sup> Takva temeljna smjernica Rawlsova sustava u potpunosti odgovara prvom načelu »pozadinskog« argumentacijskog okvira pravednosti iz obrazloženja Rješenja Ustavnog suda.

Nadalje, Rawlsova ideja o prvenstvu »ispravnoga« nad »dobrom« nužno sadrži ugrađenu matricu koja definira specifičnu ulogu *prava* u odnosu na pitanja moralnosti koja bi bila obilježena nepremostivim razložnim pluralizmom u pristupu. Naime, u njegovom sustavu, ljudska prava, pozitivno pravo, te općenito vladavina prava »konstruirani« su tek *a posteriori*, dakle *nakon* primjene prve smjernice, tj. načela prvenstva »ispravnoga« nad »dobrom«.<sup>32</sup> Rawls se koristi idejom tzv. »osnovne strukture društva« za označavanje sklopa glavnih političkih, društvenih i ekonomskih institucija kojima se, *a posteriori*, sukladno matrici prvenstva »ispravnoga« nad »dobrom«, »dodjeljuju fundamentalna prava i dužnosti«<sup>33</sup>. Unatoč činjenici nepremostivosti razložnog društvenog pluralizma, postoji *imperativ prikladnog pravnog uređenja* osnovne strukture društva, jer, u protivnom, društveni proces može »prestati biti pravedan«<sup>34</sup>. Pravna dimen-

<sup>27</sup> *Isto*, 21.

<sup>28</sup> Čitatelj će prepoznati kako je ova teza poprilično rasprostranjena u javnom diskursu. Rawls je svakako autor koji je svojim tekstovima ponajviše pridonio opojmovljenju i institucionaliziranju ove teze, kako u pravnoj i političkoj teoriji, tako i, posrednim utjecajem privlačnosti argumentacije, u institucionalnoj praksi.

<sup>29</sup> John RAWLS, *Politički liberalizam*, 34.

<sup>30</sup> Rawlsova uporaba pojma »*right*« (»*ispravnost*«) izvorno ukazuje na proceduru »*ispravnosti*« ishoda primjene načela praktične razložnosti, na koju bi, općenito, svaki sudionik određenog problema mogao pristati u odgovarajuće postavljenoj polaznoj situaciji. Usp. John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge – London, 1971., 110–111; John RAWLS, *Justice as Fairness*, u: *The Philosophical Review*, 67 (1958.) 2, 178; John RAWLS, *Justice as Reciprocity*, u: John RAWLS, *Collected Papers*, Cambridge – London, 1999., 222–223.

<sup>31</sup> Usp. John RAWLS, *Politički liberalizam*, 157.

<sup>32</sup> Usp. John RAWLS, *A Theory of Justice*, 4, 31, 235–239; John RAWLS, *Justice as Fairness: Political, not Metaphysical*, u: *Philosophy and Public Affairs*, 14 (1985.) 3, 249–250.

<sup>33</sup> Usp. John RAWLS, *Politički liberalizam*, 10, 231.

<sup>34</sup> Usp. *Isto*, 238.

zija »osnovne strukture društva«, prema Rawlsu, postaje nepravednom ukoliko bi se priklonila određenoj razložnoj obuhvatnoj doktrini. Naprotiv, postaje pravednom ukoliko je »regulirana političkom koncepcijom pravednosti«<sup>35</sup>, u kojoj, opet, politička domena »ispravnoga« (te, *a posteriori*, prava) ima prednost nad pojedinačnim obuhvatnim idejama »dobra«. Specifično pravna domena određenog pitanja regulirana je prema apriornoj matrici u kojoj bilo koji pojam »dobroga« (čak i ukoliko se, kako Rawls kaže, oslanja »na potpuno poznavanje činjenica«)<sup>36</sup> može u konačnici biti nadjačan i isključen iz »osnovne strukture društva«, ukoliko se ne uklapa unutar granica »ispravnosti« kao političke ideje koncepcije pravednosti prihvatljive svim građanima. Taj slijed Rawlsovih ideja predstavlja teorijski model iskaza o osnovnim obilježjima pripadajuće pravne domene spornih pitanja u pogledu kojih postoji nepremostiva činjenica razložnog pluralizma. U tom smislu, on odgovara drugom načelu argumentacijskog okvira pravednosti iz obrazloženja Rješenja Ustavnog suda.

Iskustvena polazišna točka Rawlsove koncepcije pravednosti određena je na sljedeći način. Demokratsku misao posljednjih stoljeća obilježava duboko »nesuglasje oko pravednog ustroja temeljnih institucija demokratskog društva u modernim uvjetima«<sup>37</sup>. Na putu prema zaustavljanju produbljiivanja tog društveno destabilizirajućeg sukoba, a nadonosno i prema postizanju preklapajućeg konsenzusa u društvu, Rawls tvrdi kako »ne postoji bolji način da se razradi politička koncepcija pravednosti za osnovnu strukturu« od stavljanja obuhvatnih (vjerskih, filozofskih, moralnih) doktrina, odnosno pojedinačnih svjetonazora i vizija »dobra« iza tzv. *vela neznanja* u svojevrsnom »izvornom položaju«<sup>38</sup>. Ovaj slijed ideja zrcali treće načelo argumentacijskog okvira pravednosti iz obrazloženja Rješenja Ustavnog suda.

Smještajući praksu ustavnog sudovanja u svoj teorijski okvir, Rawls će u jednom trenutku tvrditi kako bi ustavni suci trebali razviti političku koncepciju pravednosti nalik njegovoj, u svjetlu koje valja tumačiti ustavni tekst i riješiti tzv. važne slučajeve. Odmah će dodati i kako se jedino tako »mogu proglasi zakonodavca proglasiti ustavnima ili neustavnima i samo tako oni imaju razložnu osnovu za svoje tumačenje vrijednosti i standarda što ih ustav utjelovljuje«<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> *Isto*, 39.

<sup>36</sup> Usp. John RAWLS, *A Theory of Justice*, 448–449.

<sup>37</sup> John RAWLS, Kantovski konstruktivizam u moralnoj teoriji, u: *Politička misao*, 41 (2004.) 3, 5–6.

<sup>38</sup> Usp. John RAWLS, *Politički liberalizam*, 23.

<sup>39</sup> *Isto*, 148.

### 3. Rawlsova politička koncepcija pravednosti i pripadajuća ideja ljudske osobe

Iako će Rawls tvrditi kako njegova »politička koncepcija pravednosti« sadrži određene pozitivne *supstancijalne* vrijednosti,<sup>40</sup> jer ishod njegove *procedure* uključuje i »opis određenih političkih vrлина [...] kao što su vrлина uljudnosti i tolerancije, razločnosti i osjećaja za pravičnost«<sup>41</sup>, njegova teorija nastoji biti sustavno i podjednako udaljena od svake pojedinačne obuhvatne doktrine. Primijenjeno na naše predmetno pitanje, središnji cilj njegova sustava, baš kao i Rješenja Ustavnog suda, obilježen je primjenom *procedure* koja isključuje svako pozitivno, filozofsko-antropološko i vrijednosno određenje o pitanju »kada počinje ljudski život«, ili o susljednom pitanju inherentne pravne dimenzije zaštite ljudskog života nerođenog djeteta od trenutka začeća, pa i o pitanju konkretnog sadržaja prava žene na reproduktivno samoodređenje unutar prava na privatnost.<sup>42</sup>

Ukoliko doista, kako opetovano tvrdi Rawls,<sup>43</sup> »ne postoji bolji način« za razrješenje spornih pitanja u suvremenim demokratskim uređenjima od njegove koncepcije pravednosti, tada se pojedinačni sadržaji obuhvatnih doktrina (tzv. »perfekcionistački standardi«) isključuju iz procesa odlučivanja samo zbog puke društvene činjenice sukoba obuhvatnih doktrina, a ne zbog njihove istinske znanstvene ili filozofske podloge.<sup>44</sup> Drugim riječima, ako je praktičnim znanstvenim konsenzusom utvrđena istovjetnost ljudskog života nerođenog djeteta od njegova/njezinog začeća, ali postoji bitno nesuglasje oko moralne vrijednosti i pravne zaštite tog života, tada bismo, prema Rawlsovoj teoriji, morali političkom koncepcijom pravednosti urediti ravnotežu spornog pitanja apstrahirajući od objektivno postojeće istinske podloge o trenutku nastanku ljudskog života.

Takva koncepcija pravednosti nosi u sebi jasne implikacije u pogledu *pripadajuće ideje ljudske osobe*. U daljnjem tijeku rada želimo usredotočiti analizu

<sup>40</sup> Isto, 387; John RAWLS, *The Idea of Public Reason Revisited*, u: John RAWLS, *The Law of Peoples. With The Idea of Public Reason Revisited*, Cambridge, 1999., 141.

<sup>41</sup> John RAWLS, *Politički liberalizam*, 173–174.

<sup>42</sup> Navedeni pristup *proceduralne* pravednosti Ustavni sud očigledno shvaća kao širi sustavni postupovni kriterij, budući da ukazuje na primjenu ovog kriterija ne samo na vlastito postupanje, već također i općenito na postupanje tijela državne vlasti. Naime, u dijelu obrazloženja naloga Zakonodavcu za pravnim uređenjem predmetnog pitanja, Sud tvrdi kako u pogledu odgovora »na pitanje kada počinje život« Zakonodavac tek treba utvrditi smatra li odgovor na njega uopće »nužnim ili svrhovitim za dopustivost ili nedopustivost prekida trudnoće« (toč. 33. Rješenja).

<sup>43</sup> Vidi, primjerice: John RAWLS, *Politički liberalizam*, 23, 202.

<sup>44</sup> Ovo je pogotovo relevantno u pogledu pribavljenih znanstvenih medicinskih nalaza konzultiranih autoriteta, navedenih u Rješenju Ustavnog suda, a koji su praktično jednoglasni u stavu kako život počinje začetom (toč. 5.6.–5.7. Rješenja).

upravo na ovu pozadinsku ideju ljudske osobe, jer, kako kod Rawlsa, tako i kod Rješenja Ustavnog suda, argumentacija koja se prikazuje kao tek proceduralna, bitno nesvjetonazorska i kao takva vrijednosno poželjna za političko društvo, zapravo nužno poprima pravno-antropološka obilježja određene slike ljudske osobe. U Rawlsovu sustavu, ljudska osoba se, kao subjekt koji sudjeluje u svaranju političke koncepcije pravednosti ili »objekt« na kojeg se ta koncepcija primjenjuje, dosljedno razdvaja na dvije (ili čak tri) dimenzije: javno-političku dimenziju u kojoj ona prihvaća političku koncepciju pravednosti, navodno prihvatljivu svim građanima, te privatnu dimenziju u kojoj je osoba podržavateljica određene obuhvatne svjetonazorske doktrine (kao treću dimenziju uzimamo i sâmú metafizičku dimenziju osobe o čijem konkretnom sadržaju postoji nepremostivo razložno nesuglasje).<sup>45</sup>

U teoriji je istaknuto kako navedeno dualističko shvaćanje ljudske osobe, prema kojem se ona nužno pravno-antropološki dijeli na privatnu i političku sferu djelovanja, i sâmú podrazumijeva određeni središnji filozofsko-antropološki standard, s kojim bismo trebali uskladiti pravne standarde. Taj središnji »implicitni« standard je određena »ideja o autonomiji«<sup>46</sup>, odnosno, ideja o tome kako je temeljno obilježje ljudske osobe njezin filozofsko-antropološki status *neuvjetovanog autonomnog sebstva*. Naime, ukoliko tvrdimo kako je vrhovni pravno-antropološki standard taj da se osobi mora učiniti dostupnim pravedan pristup svim onim putevima samoodređenja u pogledu kojih ne bi postojao društveni konsenzus o njihovoj štetnosti za prava i slobodu drugih, tada je temeljna filozofsko-antropološka odrednica takve slike ljudske osobe određena ideja o neuvjetovanoj autonomiji. Ova tvrdnja poprima još znakovitiji smisao kada ju preoblikujemo u sljedeći zahtjev: nepostojanje društvenog konsenzusa u pogledu određenog *dobra* – primjerice, ljudskog života nerođenog djeteta od trenutka njegova/njezina začeca – diskvalificira bilo kakvo pravno određenje koje bi počivalo na postavci potvrđivanja tog dobra, ali ne zbog njegove utvrđene neistinitosti, nego zbog puke činjenice nepostojanja društvenog konsenzusa o tom pitanju. Rawls će to nazvati prvenstvom »ispravnoga« nad »dobrom«. Uz obrazloženje u ostatku ovog rada, mi ćemo to nazvati lošom filozofskom antropologijom, te manjkavom političkom i pravnom filozofijom.

<sup>45</sup> Usp. Russell HITTINGER, John Rawls: The Basis of Social Justice and Intercultural Dialogue, u: *Doctor Communis*, 10 (2007.) 1–2, 152–153.

<sup>46</sup> Martin RHONHEIMER, Liberal Image of Man and the Concept of Autonomy, u: Martin RHONHEIMER, *The Common Good of Constitutional Democracy: Essays in Political Philosophy and on Catholic Social Teaching*, Washington, D.C., 2013., 38.

#### 4. Ideja ljudske osobe u Rawlsovoj i ustavnosudskoj koncepciji pravednosti – daljnje implikacije u pogledu spornog pitanja pobačaja

##### 4.1. Ljudski zametak kao »pozadinsko činjenično pitanje« apriorno prepušteno neuvjetovanom autonomnom sebstvu privatne sfere pojedinca

Detalji ovakve slike ljudske osobe, s pripadajućim središnjim standardom neuvjetovanog autonomnog sebstva, postaju jasniji u brojnim daljnjim antropološkim implikacijama. Primjerice, aktualnost *neuvjetovanog autonomnog sebstva* žene postaje, unutar opsega specifičnog pitanja pobačaja, vrhovnim dobrom javne sfere, bez obzira na ispravnost vrijednosnog zaključivanja temeljem znanstvene potvrde o početku ljudskog života začecem. Ljudski zametak tada se *a priori* smatra »pozadinskim činjeničnim pitanjem«<sup>47</sup>, čija se pravna dimenzija u konačnici svodi na prepuštanje privatnoj odluci neuvjetovane autonomije pojedinca unutar zakonski određenog razdoblja. Posljedično, to znači da je ustavnopravni poredak, u nekoj nedavnoj povijesnoj točki tijeka ustavnog sudovanja, postao na konačan način određen *teleološkim* tumačenjem ustavnog nadzora kao čuvara vrhovnog prava na neuvjetovanu autonomiju pojedinca u područjima društvenog nesuglasja. Neuvjetovana autonomija pojedinca postaje ustavnopravnim kriterijem koji nadvladava sve druge uključene interese, čak i ukoliko to znači izvlaštenje u korist privatnih osoba onih odluka koje nesporno spadaju u bitni doseg pružanja zaštite javne vlasti, poput, primjerice, zaštite od potencijalnog korištenja moći usmrćivanja<sup>48</sup> i prekida ljudskog života.<sup>49</sup>

Postavljanje neuvjetovane autonomije pojedinca kao vrhovnog antropološkog, i, slijedom toga, ustavnopravnog kriterija uključuje u pogledu spornog pitanja pobačaja još neke pravno-antropološke implikacije, apriorne u odnosu na bilo kakvu deliberaciju o istinosnom karakteru čina pobačaja i njegove pravne dimenzije. Prva implikacija jest ta da je ljudski zametak u svojoj biti – *apriorno*, prije nego što se uopće postavi pitanje njegova antropološkog i pravnog statusa – pojmljen kao *in abstracto* lišen prava na život, i to *apsolutno*

<sup>47</sup> David S. CRAWFORD, *Recognizing the Roots of Justice in the Family*, u: *Communio*, 34 (2007) 3, 408

<sup>48</sup> Usp. Russell HITTINGER, *The First Grace: Rediscovering the Natural Law in a Post-Christian World*, Wilmington, 2007., 137. Takve praktične posljedice rawlsijanske koncepcije pravednosti navele su Hittingera na razmišljanje kako »muškarci i žene ne mogu biti korisnicima privatne franšize uporabe moći usmrćivanja i još uvijek biti dijelom poretka koji se može smatrati političkim«, *Isto*, 137–139.

<sup>49</sup> Pitanje eutanazije, koje bi u određenom smislu predstavljalo srodno sporno pitanje, trebalo bi biti očevidnije u dijelu trenutka prekida ljudskog života za one građane koji ospravaju kako pobačaj označuje takav prekid.



do granice koju utvrđuje zakon, odnosno *relativno* nakon toga uz određene kvalificirane uvjete, sve do trenutka u kojem pobačaj više uopće nije zakonski dopušten. Druga implikacija ogleda se u činjenici kako sve trudne žene koje odluče *ne* izvršiti pobačaj (odnosno, prema shvaćanju tih žena, *ne primjeniti ustavnosudski dodijeljenu privatnu franšizu moći usmrćivanja prema vlastitom djetetu*) zapravo koriste *istovjetno* pravo na neuvjetovani autonomni odabir kao i žene koje odluče izvršiti pobačaj. Istodobno, pravo na život njihova nerođenog djeteta nalazi se *in concreto* u podjednakom (bes)pravnom položaju<sup>50</sup> kao i »nerođeno biće« iz Rješenja Ustavnog suda koje »nije zaštićeno tako da ima prednost ili veću zaštitu« u odnosu na pravo žene na privatnost (toč. 41.1. Rješenja).

#### 4.2. Muška spolnost kao pravno-antropološki normativni ideal spolnosti

Zagovornici dostupnosti pobačaja od šezdesetih godina prošlog stoljeća do današnjih dana prikazuju pobačaj kao inherentnu pretpostavku ženina prava na spolnu jednakost.<sup>51</sup> Bez ulaženja u detaljni pregled povijesti kulturološkog nastanka takve predodžbe ili u detaljni prikaz kontrastirajućeg pogleda *pro-life* zalagateljica za jednakost žena,<sup>52</sup> promatranje pobačaja kao nužnog sastavnog dijela prava na jednakost žene (u strukturalnom spletu s pravom žene na privatnost intimnog života) sadrži niz snažnih antropoloških tvrdnji. Činjenica »reproduktivne« ili »spolne« asimetričnosti žene i muškarca<sup>53</sup> sadr-

<sup>50</sup> Russell HITTERER, Resolving Conflicting Normative Claims in Public Policy, u: Randall R. RAINEY – Gerard MAGILL (ur.), *Abortion and Public Policy: An Interdisciplinary Investigation Within the Catholic Tradition*, Omaha, 1996., 82.

<sup>51</sup> »Prema izvanredno snažnoj dogmi našeg vremena, biti protivan/protivna pobačaju znači izložiti se prozivanju kako si protiv 'žene'«, Erika BACHIOCHI, Introduction, u: Erika BACHIOCHI (ur.), *The Cost of Choice: Women Evaluate the Impact of Abortion*, San Francisco, 2004., XIII. »U akademskim pravnim krugovima i općenito među *pro-choice* dijelom feminističkog pokreta, tvrdnja kako jednakost žena zahtjeva pravo na pobačaj postala je aksiom«, Erika BACHIOCHI, Embodied Equality: Debunking Equal Protection Arguments for Abortion Rights, u: *Harvard Journal of Law & Public Politics*, 34 (2011.) 3, 890.

<sup>52</sup> »Tijekom sedamdesetih godina prošlog stoljeća] neki od mojih studenata počeli su me pitati jesam li feministkinja. Moj odgovor je, tada kao i danas, 'da' – ako se pod tim podrazumijeva kako sam posebno zainteresirana za niz pitanja koje na nerazmjern način pogađaju žene. Ali kao majka troje, tada mlade djece morala sam priznati kako sam bila zbunjena skupinama koje su tvrdile kako zastupaju žene [...] Organizirani feminizam nije sadržavao gotovo nikakvu poruku ženama poput mene, koje su pokušavale 'žonglirati' između posla i obiteljskih obveza«, Mary Ann GLENDON, From Culture Wars to Building a Culture of Life, u: Erika BACHIOCHI (ur.), *The Cost of Choice*, 8.

<sup>53</sup> Pod »reproduktivnom« ili »spolnom« asimetričnošću se u ovom argumentu podrazumijeva i stavlja u fokus samo »temeljna stvarnost da su potencijalni učinci spolnog odnosa daleko izravniji i ozbiljniji za žene nego za muškarce«, odnosno puka činjenica kako na »žene trudnoća utječe na način na koji ne utječe na muškarce«. Usp. Erika

ži u sebi imperativ prijevoda te biološke i antropološke datosti u strukturirajući pravni kriterij za oblikovanje čitavog pravnog sustava koji želi u središte postaviti ljudsku osobu cijeneći sve njezine (uključujući i spolne) posebnosti. Međutim, što kada se temeljna činjenica »reproduktivne«, odnosno »spolne« asimetričnosti promatra kroz isključivi vid vrhovnog antropološkog kriterija neuvjetovane autonomije pojedinca? Paradigmatsko smještanje prava na pobačaj unutar spleta ženina ljudskog prava na jednakost i prava na privatnost intimnog života tada zapravo dovodi do iščitavanja pravnog standarda prema kojem bi *muško* spolno-reproduktivno iskustvo i *muško* tijelo, odjeljenije od fizioloških implikacija začeca i biološki posve odijeljeno od činjenice rađanja, bilo postavljeno kao *normativni ideal spolnosti*.<sup>54</sup> U pravnoj teoriji je iskazan stav prema kojem bi putativno ustavno pravo na pobačaj, umjesto promicanja autentične jednakosti žene, zapravo postalo zaprekom njezinoj jednakosti. Naime, pravo na pobačaj kao ustavnopravni standard iščitavalo bi se kao normativni zahtjev upućen ženi za njezinim »ukalupljenjem« u ideal »neuvjetovanog« muškarca, kako bi se ona mogla ravnopravno s tim idealom »natjecati u javnoj sferi«, s posljedicom oblikovanja klime kulturalne (a također i ekonomske, obrazovne, radnopravne...) nenaklonjenosti trudnoći i majčinstvu.<sup>55</sup> Posljedice takvog pristupa<sup>56</sup> objedinjene su pojmom »obestjelovljene teorije spolne jednakosti«<sup>57</sup>.

---

BACHIOCHI, Women, Sexual Asymmetry and Catholic Teaching, u: *Christian Bioethics*, 19 (2013.) 2, 152; Erika BACHIOCHI, A Putative Right in Search of a Constitutional Justification: Understanding *Planned Parenthood v. Casey's* Equality Rationale and How it Undermines Women's Equality, u: *Quinnipiac Law Review*, 35 (2017) 4, 120.

<sup>54</sup> Usp. Erika BACHIOCHI, Embodied Equality, 893, 940. »Pro-choice teoretičari prava tvrde kako su protivnici pobačaja oni koji, na biološko-deterministički način, oblikuju pravnu doktrinu iz bioloških činjenica. Ipak, upravo ti isti teoretičari odabiru određenu biološku stvarnost – »odijeljenu« mušku spolnost – za utvrđivanje ideala o tome kako bi spolna jednakost trebala izgledati kad se radi o trudnoći«, *Isto*, 917; »Nije čudo da su sufragistkinje u devetnaestom stoljeću smatrale pobačaj kao napad na žene upravo kao 'žene' [...] Oponašanje muške reproduktivne odijeljenosti nije im se uopće činilo kao feministički zahtjev«, Erika BACHIOCHI, Women, Sexual Asymmetry and Catholic Teaching, 153.

<sup>55</sup> Usp. Erika BACHIOCHI, A Putative Right in Search of a Constitutional Justification, 108, 147–148. Ova pravna implikacija ukazuje kako proceduralna koncepcija pravednosti, iz koje potječe, zapravo uključuje određeni implicitni seksizam, jer se muška spolnost uzima kao antropološka paradigma ljudske spolnosti. O tome vidi u: Francis J. BECKWITH, *Defending Life: A Moral and Legal Case Against Abortion Choice*, Cambridge, 2007., 112.

<sup>56</sup> Primjerice, izjava »u potpunosti [se] slažem s tvrdnjom kako ženina jednakost s muškarcima ovisi, u vrlo značajnoj mjeri, o reproduktivnoj i tjelesnoj kontroli koju pobačaj pruža«, Kate GREASLEY, *Arguments about Abortion. Personhood, Morality, and Law*, Oxford, 2017., 98.

<sup>57</sup> Usp. Erika BACHIOCHI, A Putative Right in Search of a Constitutional Justification, 140.

#### 4.3. Obiteljsko-pravne implikacije

Daljnja obiteljsko-pravna implikacija postavke o vrhovnom kriteriju neuvjetovane autonomije pojedinca može se prepoznati iz oklijevanja ustavnih sudova (uključujući i Ustavni sud Republike Hrvatske) u korištenju uvriježenih obiteljskopравnih pojmova subjekata iz odnosa roditeljske skrbi u slučajevima pobačaja, poput »majka« (»trudna žena«, toč. 40 Rješenja), »dijete« (»nerodeno biće«, toč. 41. i 45. Rješenja) ili »otac« (praktično odsutan iz razmatranja Suda u obrazloženju Rješenja). Unatoč pribavljanju savjetodavnih mišljenja od triju Katedri *obiteljskog prava* s različitih pravnih fakulteta u Republici Hrvatskoj,<sup>58</sup> terminologija Suda ukazuje na zauzeti stav o spornom pitanju pobačaja prema kojem se ne smatra kako su nužno nastali aktualni, niti potencijalni obiteljsko-pravni odnosi roditeljske skrbi. Odnosno, smatra se kako je bilo koja sastavnica obiteljske konfiguracije odnosa roditeljske skrbi nastala samo ukoliko im uključeni pojedinci, pojmljeni ponajprije kao neuvjetovano autonomno sebstvo, pridaju takvo obilježje. Udaljavanje predmetnog spornog pitanja pobačaja od klasične terminologije obiteljskog prava potvrđuje naprijed navedena razmatranja o načinu na koji se javno-političke (ovdje: ustavnosudske) odluke nužno projiciraju unatrag na privatnu sferu i sadrže implicitne odrednice o antropološkom statusu osobe. Usredotočenjem na traženje ravnoteže između prava žene i interesa *društva* (toč. 45.1. Rješenja), Ustavni sud odabrao je pristup rješavanju spornog pitanja pobačaja kroz okvir koji nije obiteljsko-pravni.<sup>59</sup>

### 5. Kritika načela rawlsijanskog i ustavnosudskog argumentacijskog okvira pravednosti i smjernice za postavljanje alternativne koncepcije pravednosti

#### 5.1. Prvo načelo: »nelegitimnost razrješenja činjenice nepremostivog svjetonazorskog pluralizma priklanjanjem nekom od različitih obuhvatnih pristupa pitanju (ne)dopustivosti pobačaja«

Neodgovarajuća je i manjkava koncepcija pravednosti prema kojoj bi pravna dimenzija statusa pobačaja počivala isključivo na »negativnim« antropološ-

<sup>58</sup> Ukupno su zapravo bila zatražena mišljenja četiriju Katedri obiteljskog prava, nasuprot tek jednom mišljenju Katedre ustavnog prava Pravnog fakulteta u Zagrebu (vidjeti toč. 5.1.–5.4. Rješenja).

<sup>59</sup> O pitanju povezanosti statusa pobačaja i obiteljskog prava općenito, kao i primjerično u američkoj ustavnosudskoj praksi vidi: Helen M. ALVARÉ, *Gonzales v. Carhart: Bringing Abortion Back into the Family Law Fold*, u: *Montana Law Review*, 69 (2008.) 2, 409–445.

kim datostima, odnosno, na onome što o ljudskoj osobi »ne možemo reći«. Takvoj koncepciji svakako se može sučeliti antropološki sadržajnije alternativni pristup, koji bi također bio utkan u razložan argumentacijski okvir pravednosti. U tom smislu začuđuje marginalizacija prirodnoznanstvenih nalaza s područja medicinske etike u Rješenju Ustavnog suda (toč. 5.6. i 5.7. Rješenja), kao i – u bitnom dijelu preklapajućih – stručnih mišljenja Katedri za obiteljsko pravo, koja ukazuju na nužnost usvajanja daleko širega argumentacijskog okvira pravednosti od onog koji je primjenjen u pravnoj ocjeni Suda.

Nadalje, mogli bismo uputiti kritiku zauzetoj rawlsijanskoj koncepciji pravednosti utoliko što se zbog svojih »preuskih« antropoloških implikacija uvelike podudara upravo s onim obuhvatnim svjetonazorskim doktrinama koje se i same zalažu za određenu inačicu tzv. »negativne« antropologije.<sup>60</sup>

Potom, u rawlsijanskom argumentacijskom okviru pravednosti doista nije jasno zbog čega stranke u tzv. »izvornom položaju« – gdje se obuhvatne doktrine i sve datosti konkretnog egzistencijalnog i društvenog položaja građana stavljaju, kao preduvjet odabira načela pravednosti, iza tzv. »vela neznanja« – ne uzimaju u obzir mogućnost da će u stvarnom životu neke od njih biti nerođeno dijete u, primjerice, četvrtom tjednu, ili danu nakon začeća.<sup>61</sup> Bilo bi zanimljivo vidjeti koji odabir je spreman opravdati svaki od nas, građana, kad bi u takvom vaganju načela pravednosti, u rawlsijanskom »izvornom položaju«, uzeo u obzir ne samo mogućnost da će u stvarnom životu netko od nas biti žena koja ostaje trudna, već također da će *svatko od nas* biti nerođeno dijete, npr. u četvrtom tjednu, ili danu nakon začeća.

Iako bi empatijski vid takvog pristupa doista trebao ostati dijelom prosudbe uvjeta društvene pravednosti u nizu središnjih i kolateralnih pitanja u svezi s pobačajem, Rawls dotični pristup nije izrijeком uzeo u obzir, a niti je, zapravo, mogao. Naime, kako to opetovano ističe njegov kritičar, John Finnis, Rawls je manjkav u svojem opravdanju pretpostavke da »načela koja *ne bismo*

<sup>60</sup> Rawlsova politička koncepcija pravednosti, iako želi biti podjednako udaljena od svih obuhvatnih doktrina, »evakuirala toliko antropološkog sadržaja da, po automatizmu, pogoduje onim obuhvatnim pogledima kojima je upravo to temeljna postavka«, Russell HITTINGER, John Rawls: The Basis of Social Justice and Intercultural Dialogue, 152. Čak i pojedini politički filozofi, koji su zagovornici široke liberalizacije prava na pobačaj, kritizirali su Rawlsa tvrdeći kako je, u konačnici, njegov metodološki pristup otklonjena od pojedinačnih i međusobno suprotstavljenih moralnih načela neodrživ upravo u spornom pitanju pobačaja, jer je njegova politička koncepcija pravednosti ipak svediva na određena obuhvatna moralna načela. Usp. Matthew H. KRAMER, *Liberalism with Excellence*, Oxford, 2017, 92–97, 108–110.

<sup>61</sup> Usp. Sidney CALLAHAN, Abortion and the Sexual Agenda, u: Robert M. BAIRD – Stuart E. ROSENBAUM (ur.), *The Ethics of Abortion: Pro-Life vs. Pro-Choice*, Amherst, 2001, 169.

odabrali u izvornom položaju moraju nužno biti nepravična, odnosno neodgovarajuća načela pravednosti u stvarnom svijetu<sup>62</sup>. Slijedom učestalog priziva na činjenicu kako »ne postoji bolji način«, rawlsijanska koncepcija pravednosti zapravo počiva na pretpostavci kako *ne može postojati* usporedni, kontrastirajući i jednostavno *pravedniji* argumentacijski okvir koji bi uključivao bitno različita načela od njegova političkog liberalizma.<sup>63</sup> Upravo zbog toga nam se čini kako je Ustavni Sud pri odlučivanju o Rješenju svakako trebao sagledati rawlsijansku koncepciju pravednosti iz više kritičkih kuteva i razmotriti svrshodnost koncepcija pravednosti koje bi joj bile alternativne.

### 5.2. Drugo načelo: »oblikovanje pripadajuće pravne domene spornog pitanja pobačaja kroz političku koncepciju pravednosti«

Rawlsijanska proceduralna koncepcija pravednosti, koja počiva na prvenstvu »ispravnoga« pred »dobrom« (sa snažnim implikacijama, kako smo vidjeli, na specifično *pravnu* domenu), ipak nužno uključuje rizik teorijskog pomaka »od realističnog ili objektivnog shvaćanja prava ka apstraktnijem i subjektivnom shvaćanju«, u kojem pravo apstrahira od svog stvarnosnog objekta.<sup>64</sup>

Nasuprot tome, postavlja se pitanje postojanja koncepcije pravednosti koja bi bila alternativna Rawlsovoj, a ujedno i podrazumijevala tvrdnju o *dobru* koje posjeduje inherentnu *pravnu* dimenziju. Pritom se cilj zaštite određenog *pravnog dobra* nipošto ne bi poistovjećivao sa svojevrsnim »paternalističkim« ozakonjenjem cjeline *moralne* dimenzije određene obuhvatne doktrine. Naime, moralno usavršavanje pojedinca u cjelini njegovih čina – baš kao niti integralno ozakonjenje obuhvatnih doktrina – *nije* izravni i prvotni predmet prava.<sup>65</sup> Prema suvremenoj formulaciji klasičnog pravnog

<sup>62</sup> John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980., 109; John FINNIS, »Public Reason« and Moral Debate, u: John FINNIS, *Reason in Action. Collected Essays: Volume I*, Oxford, 2011., 262; John FINNIS, Duties to Oneself in Kant, u: John FINNIS, *Human Rights and the Common Good. Collected Essays: Volume III*, Oxford, 2011., 50.

<sup>63</sup> Usp. Michael SANDEL, A Response to Rawls's Political Liberalism, u: Michael SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, 1998., 203–210.

<sup>64</sup> Usp. Grégor PUPPINCK, Abortion and the European Convention on Human Rights, u: *Irish Journal of Legal Studies*, 3 (2013.) 2, 149.

<sup>65</sup> Primjerice, prema francuskom filozofu prava i predstavniku suvremenog neoklasičnog (tomističkog) pravnog realizma, Michelu Villeyu, pravo je »samo jedan određeni moment moralnosti«, jer je izravni predmet prava »objektivna postavka pravednih odnosa«, a ne »prodiranje u nakane koje čovjeka čine subjektivno pravednim«. Vidjeti Michel VILLEY, Epitome of Classical Natural Law (Part One), u: *Griffith Law Review*, 9 (2000.), 88 (kurziv moj). O nutarnjoj povezanosti, ali i različitim dimenzijama moralnog i civilnog zakona, vidi u: Robert P. GEORGE, *Making Men Moral*, Oxford, 1993. O različitosti i

realizma,<sup>66</sup> pravo je shvaćeno kao predmet *pravednosti*,<sup>67</sup> ali ne u rawlsijanskom smislu gdje je pravo tek konstrukt apriorne ideje pravednosti. Pravo je, naime, predmet pravednosti utoliko što je ono *sama* dugovana (u najširem smislu) »stvar« (odnosno dugovana objektivna *stvarnost*, lat. »res *iusta*«) pod određujućim vidom njezine *prispadnosti* naslovniku na temelju valjanog naslova (zakona, ugovora, običaja, *naravi* stvari).<sup>68</sup> Naravne antropološke datosti ljudske osobe, prema ovom pravcu jusnaturalističke filozofije prava, predstavljaju pravni naslov uspostave određenih dobara (npr. ljudskog života, tjelesnog integriteta, slobode savjesti...) kao *pravnih dobara* koja se, unutar odnosa pravednosti, dujuju njihovom naslovniku.<sup>69</sup>

Primjenjivo na sporno pitanje pobačaja, cilj prava ogledao bi se, na tragu ovih razmišljanja, u utvrđivanju žarišta pravne domene spornog pitanja statusa pobačaja kao *pravnih dobara* koje je potrebno na odgovarajući način zaštititi.

Žarišta pravne dimenzije čina pobačaja utvrđuju se u obliku prethodnih *pravnih* pitanja.<sup>70</sup> Jedno od takvih prethodnih pitanja je svakako ono o statusu ljudskog života kod zametka, i to ne u smislu tek potencijala života, već u punom smislu *aktualnosti života s potencijalom*.<sup>71</sup> Drugo prethodno pitanje svakako bi se odnosilo na utvrđivanje konkretnog sadržaja tzv. reproduktivnog samoodređenja, odnosno reproduktivne pravednosti. Naime, »reproduktivno samoodređenje« klasičan je pojmovni primjer tzv. »nedovoljno određenog prava« (eng. »*under-specified right*«) koje sadrži pravni zahtjev za negativnom slo-

---

ograničenijem opsegu ciljeva civilnog zakona u odnosu na naravni zakon također vidi: IVAN PAVAO II., *Evangelium vitae – Evanđelje života. Enciklika o vrijednosti i nepovredivosti ljudskog života* (25. III. 1995), Zagreb, 2003., br. 71.

<sup>66</sup> Za temeljne postulate ove teorijske struje u filozofiji prava vidi u: Michel VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 2013., 242–248; Michel VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 2002., 109–188; Michel VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne*, 19–50; Michel VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, 1983., 37–79, 93–104; Javier HERVADA, *Critical Introduction to Natural Law*, Montréal, 2006., 25–31; Javier HERVADA, *What is Law? The Modern Response of Juridical Realism: An Introduction to Law*, Montréal, 2009., 43–44, 48–49; Javier HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, EUNSA, 1992., 198–199, 230–232.

<sup>67</sup> Usp. Toma AKVINSKI, *Summa Theologiae*, pars II-II, q. 57, a. 1–2.

<sup>68</sup> Usp. Javier HERVADA, *Critical Introduction to Natural Law*, 25–26; Michel VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, 243.

<sup>69</sup> Usp. Javier HERVADA, *Critical Introduction to Natural Law*, 124; Javier HERVADA, *What is Law?*, 143–144.

<sup>70</sup> Usp. Dubravka HRABAR, Pravo na pobačaj – pravne i nepravne dvojbe, u: *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 65 (2015.) 6, 792, 795, 828.

<sup>71</sup> Usp. Robert P. GEORGE, *Conscience and Its Enemies: Confronting the Dogmas of Liberal Secularism*, Wilmington, 2013., 179. »Život je materijalna stvarnost prije nego što se konfiguriira kao individualno pravo«, Grégor PUPPINCK, *Abortion and the European Convention on Human Rights*, 149.



bodom kao granicom intervencije države i trećih subjekata, a da nitko, zapravo, ne može s jasnoćom odrediti točan pravni sadržaj dotičnog prava.<sup>72</sup> Možda se u određenoj akademskoj literaturi ili nekim sferama civilnog društva ovim izričajem danas često, ili gotovo isključivo podrazumijeva splet argumenata kojima se promiče dopustivost pobačaja.<sup>73</sup> No iz samog izričaja »reproduktivnog samoodređenja«, pogotovo ukoliko se koristi kao »nedovoljno određeno pravo« bez preciziranja konkretnog sadržaja u međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima, nipošto ne proizlazi kako se pritom nekoga ovlašćuje na subjektivni pravni zahtjev u pogledu dopustivosti izvršenja pobačaja.<sup>74</sup>

S druge strane, pravo na život neupitno je postavljeno u Ustavu Republike Hrvatske kao krovna ustavna vrijednost i preduvjet svim ljudskim pravima. Kao takvo, ono je doista od strukturirajućeg značaja u odnosu na ostala prava. Svaki izričaj prava na samoodređenje u okviru prava na privatnost, pa tako i konkretni sadržaj prava na »reproduktivno samoodređenje«, omeđen je pravom na život.<sup>75</sup> Ključno pitanje, dakle, ostaje prepoznavanje prava na život nerođenog djeteta od trenutka začeća, koje se utvrđuje na razini prethodnog pravnog pitanja. Sustavan odgovor na navedeno pitanje prelazi okvire ovog rada koji promatra tek pravno-filozofski vidik koncepcija pravednosti u političkoj filozofiji. U svakom slučaju, postavljanje prava na život nerođe-

<sup>72</sup> »Govorimo o situaciji u kojoj se ističu određeni zahtjevi za ostvarenjem prava [...] prije nego bilo tko (uključujući i osobu koja ističe zahtjev) zna u čemu se konkretno predmetno pravo sastoji«, Russell HITTINGER, *The First Grace*, 117.

<sup>73</sup> Tako primjerice u: Ivana RADAČIĆ, *Regulacija pobačaja – praksa Europske komisije za ljudska prava i Europskog suda za ljudska prava u svjetlu globalnih standarda*, u: *Zagrebačka pravna revija*, 5 (2016.) 3, 251–270.

<sup>74</sup> U međunarodnim ugovorima namjerno se nedovoljno jasno utvrđuje opseg i sadržaj sastavnica prava povezanog s odlukom o trudnoći i rađanju djece – primjerice u čl. 16. st. 1. toč. e) Konvencije o uklanjanju svih oblika diskriminacije prema ženama, iz 1979. godine – a koje se ponegdje objedinjuju krovnim pojmom »reproduktivnog samoodređenja«. Na taj način iz normativnog teksta proizlazi za države stranke određeni prostor diskrecije kako bi vlastitim zakonodavstvom sadržajno odredile one sastavnice čije pojedinsti tekst međunarodnog ugovora ne želi prejudicirati. »Ne postoji apsolutno niti jedna odredba u CEDAW konvenciji [o uklanjanju svih oblika diskriminacije prema ženama iz 1979. godine] koja nalaže dopustivost pobačaja ili kontracepcije na zahtjev, spolno obrazovanje bez uključenja roditelja, ili bilo koje drugo kontroverzno pitanje povezano s reproduktivnim pravima. CEDAW konvencija ne stvara nikakvo međunarodno pravo na pobačaj. Naprotiv, CEDAW konvencija je očigledno neutralna po pitanju pobačaja, dopuštajući da države potpisnice same donesu javne mjere u tom pitanju...«, Harold HONGJU KOH, *Why America Should Ratify the Women's Rights Treaty (CEDAW)*, u: *Case Western Reserve Journal of International Law*, 34 (2002.) 3, 272.

<sup>75</sup> »Članak 21. [Ustav Republike Hrvatske] prvi je članak naveden u odjeljku 2. Osobne i političke slobode i prava, glave III. Zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda. Pravo na život preduvjet je svim ostalim pravima jer sva ostala ljudska prava i slobode iz njega proizlaze« (toč. 42. Rješenja).

nog djeteta od trenutka začeća u središte ustavnopravne zaštite predstavljalo bi strukturirajuće načelo oblikovanja pojedinih instituta pravnog sustava u koncentričnim krugovima, počevši od žarišta samog prava na život, pa prema ostalim interpeliranim subjektima (ženi čije pravo na život nije ugroženo, ocu, državi). Takvom ustavnopravnom konfiguracijom postigli bi se stvarni uvjeti za institucionalno ostvarenje »prava da se ne pobaci«<sup>76</sup>, bilo kao zahtjeva nerođenog djeteta *erga omnes*, bilo kao strukturirajućeg zahtjeva trudne žene prema ostalim, iz njezine specifične perspektive, interpeliranim subjektima: ocu u raznolikosti životnih situacija njegove uloge, s jedne, te cjelini pravnog sustava države, s druge strane.

### 5.3. Treće načelo: »ublažavanje društvenih podjela i harmonizacija suprotstavljenih vrijednosti zabacivanjem pojedinačnih sojetonazora i vizija 'dobra' iza tzv. vela neznanja«

Ukoliko bismo u argumentacijski okvir pravednosti ugradili zaštitu pravne domene jusnaturalističkih datosti, tada razlozi za prisvajanje takvog okvira pravednosti, u pitanju normativnog statusa pobačaja, a zbog činjenice društvenog nesuglasja i potencijalne teorijske apriorne primjene »vela neznanja«, nužno moraju biti *javni* razlozi.

Nužnost *javnosti* razloga prisvajanja određenog argumentacijskog okvira pravednosti ponajprije proizlazi iz samog *javnog* društvenog značaja materije na koju se taj okvir primjenjuje. Naime, pravno-filozofski gledano, već sama činjenica traženja pravedne ravnoteže ustavnog prava na život i prava na privatnost, te činjenica kako se tom ravnotežom određuje tko se ima smatrati članom društvene zajednice s pripadajućim statusnim, obiteljskim, imovinskim i drugim pravima, ukazuje na barem (još) jedan razlog zbog kojeg normativni status pobačaja *nije* privatna stvar *niti je derogabilan* na privatnu sferu.<sup>77</sup>

Nadalje, u teoriji se upozorava na nužnost *javnog načina* opravdanja razloga iz argumentacijskog okvira pravednosti pred građanima, i to u cjelosti jasnim i dohvatljivim razumskim kriterijima. Time se ne isključuje da dotični razlozi mogu biti tipično smješteni u određenu obitelj obuhvatnih svjetonazor-

<sup>76</sup> Usp. Grégor PUPPINCK, Abortion and the European Convention on Human Rights, 146; Christophe FOLTZENLOGEL – Claire de LA HOUGUE – Grégor PUPPINCK, La prévention de l'avortement: garantir le droit de ne pas avorter, u: Grégor PUPPINCK (ur.), *Droit et prévention de l'avortement en Europe*, Bordeaux, 2016., 73–105.

<sup>77</sup> Nasuprot ovim tvrdnjama vidi: Dalida RITOSSA, Taking the Right to Abortion in Croatia Seriously – One of the Basic Constitutional Rights or a Rudiment of the Right to Reproduction, u: *Cardozo Journal of Law and Gender*, 13 (2007) 2, 278.

skih doktrina. Ali opravdanje prihvaćanja tih razloga ne proizlazi – niti smije proizlaziti – *isključivo* i »po automatizmu« iz činjenice prigrljivanja tih doktrina. Slijedom toga, u teoriji se posve opravdano tvrdi kako za argumentacijski okvir pravednosti nije moguće uzimati kao presudne *isključivo* one razloge koji se temelje samo na »autoritetu promatranom samom u sebi (religioznom ili drugom), ili na 'tajnom znanju', ili na putativnim istinama objavljenima samo eliti (ili odabranima), a koji načelno ne bi bili drugačije dostupni racionalnim osobama«<sup>78</sup>. Razlozi iz opisanih prethodnih pravnih pitanja moraju se, dakle, ugraditi u *javne* razloge kako bi oblikovali argumentacijski okvir prihvatljiv i razumski dostupan za građane čiji svjetonazor pripada različitoj obitelji obuhvatnih moralnih (ili vjerskih) doktrina.<sup>79</sup> Ustavni sud je u svom Rješenju propustio na odgovarajući način pravno vrjednovati antropološke datosti i javne razloge iz stručnih mišljenja s područja medicinske etike, odnosno obiteljskog prava (toč. 5.2.–5.4. i 5.6.–5.7. Rješenja). Smatramo kako su dotični javni razlozi razumski dohvatljivi. Kao takvi oni predstavljaju javnu platformu koja posjeduje potencijal harmonizacije i razložnog dijaloga barem s djelomično preklapajućim stavovima o pitanju prava na život nerođenog djeteta mnogih građana čiji svjetonazor pripada različitim, pa čak i načelno suprotstavljenim obiteljima moralnih, filozofskih ili vjerskih obuhvatnih doktrina, a koji se u ozračju tzv. »kulturalnog rata« i povezanih medijskih šumova ne uspijevaju prepoznati i kristalizirati. Sud je, međutim, u svom Rješenju preferirao načelo ublažavanja društvenih podjela i harmonizacije suprotstavljenih vrijednosti stavljajući »pod tepih« (odnosno, Rawlsovim rječnikom, iza »vela neznanja«) pravnu dimenziju filozofsko-antropoloških datosti, i to prije nego što su te datosti uopće vrednovane javnim razlozima.

Nadalje, nužnost opravdanja argumentacijskog okvira pravednosti *javnim* razlozima ukazivala bi ujedno i na svrsishodnost promatranja pravne regulacije statusa pobačaja pod imperativnim vidom cjelovitog društvenog pristupa predmetnom spornom pitanju. Pitanje normativnog statusa pobačaja, naglašeno je u teoriji, »ne može biti razmršeno od širih pitanja socijalne pravednosti«<sup>80</sup>. Štoviše, pravna dopustivost pobačaja doista se može, kad je promatramo na razini ovako shvaćene *javnosti* razloga, pokazati kao svojevrsni »alibi«, pravni »izgovor« društva da nikad ne stekne dublji uvid u stvarne

<sup>78</sup> Robert P. GEORGE, *In Defense of Natural Law*, New York, 1999., 221.

<sup>79</sup> Martin RHONHEIMER, *The Political Ethos of Constitutional Democracy and the Place of Natural Law in Public Reason: Rawls's »Political Liberalism« Revisited*, u: Martin RHONHEIMER, *The Common Good of Constitutional Democracy*, 192–193, 239–240.

<sup>80</sup> Usp. Mary Ann GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law*, 55.

razloge zbog kojih neke žene osjećaju kako ne mogu zadržati nerođeno dijete.<sup>81</sup> Posredstvom takvog »izgovora« ljudska se osoba u konkretnosti svojih antropoloških datosti i društvene situacije – umjesto u žarište – postavlja na periferiju strukturirajućih kriterija za oblikovanje pravnog sustava. Društvo koje se zalaže za jednakost i dostojanstvo žene promatralo bi jednostavnu činjenicu »reproduktivne« ili »spolne« asimetričnosti muškarca i žene kao privilegirajuću i pravno strukturirajuću povodom opravdanih zahtjeva žena i muškaraca da se jednakost spolova u pravnom sustavu zrcali u njezinu uvažavanju, a ne da se ta činjenica tretira kao obespravljajuća, diskriminirajuća ili tek svediva na ekonomsku »cost-benefit« procjenu.<sup>82</sup>

### Zaključna razmatranja

U ovom radu nastojali smo izlučiti elemente argumentacijskog okvira pravednosti koje je Ustavni sud zauzeo u Rješenju te smo u sljedećem koraku utvrdili istovjetnost tih elemenata s temeljnim načelima Rawlsove političke koncepcije pravednosti. Budući da smo potom ukazali na ideju ljudske osobe implicitnu u Rawlsovom sustavu, ustavnosudsko Rješenje također je nađeno kao bremenito navedenom manjkavom slikom ljudske osobe. Slijedom toga, ukoliko ovaj rad ne pridonese metodološkom razuvjeravanju osoba koje prigranjuju neki oblik rawlsijanske koncepcije pravednosti, nadamo se kako je barem uspješno ukazao na usvajanje oblika upravo takve koncepcije pravednosti od strane Ustavnog suda. Naime, opredjeljenjem za navedenu koncepciju i bez izričitog citiranja Rawlsa i njegovih tekstova, u hrvatskom je ustavnopravnom sustavu usvojen argumentacijski okvir pravednosti koji sadrži naprijed opisanu implicitnu antropološku sliku ljudske osobe. Kritike koje su, u nastavku članka, upućene pojedinačnim načelima Rawlsove koncepcije pravednosti, sadrže, s druge strane, određene elemente koji su, prema našem sudu, trebali biti konzultirani i razmotreni povodom teleološkog tumačenja relevantnih ustavnih odredaba u predmetnom pitanju pobačaja. Nadamo se kako smo tim kritikama otklonili rawlsijansku, a posredno i ustavnosudsku isključivost u prisvajanju inačice teleološke metode tumačenja ustavnog teksta prema kojoj

<sup>81</sup> Usp. Mary Catherine WILCOX, Why the Equal Protection Clause Cannot »Fix« Abortion Law, u: *Ave Maria Law Review*, 7 (2008.) 1, 328. »Društveno 'oslanjanje' na pobačaj kao prijetvorni čimbenik uravnoteženja spolne i reproduktivne asimetrije između muškaraca i žena spriječilo je razvoj autentičnih rješenja za niz obiteljskih i kulturalnih pitanja na sjecištu ženinog povećanog sudjelovanja u javnoj sferi«, Erika BACHIOCHI, A Putative Right in Search of a Constitutional Justification, 152.

<sup>82</sup> Usp. Erika BACHIOCHI, Women, Sexual Asymmetry and Catholic Teaching, 161.

»ne postoji bolji način« za definiranje načela pravednosti u spornom pitanju normativnog statusa pobačaja.

*Summary*

**A CRITIQUE OF THE CONCEPTION OF JUSTICE ADOPTED IN THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT ON THE SO-CALLED »ABORTION LAW«**

Petar POPOVIĆ

Pontifical University of the Holy Cross  
Piazza di Sant'Apollinare 49, IT – 00186 Roma  
p.popovic@pusc.it

*This article analyses the 21 February 2017 decision of the Constitutional Court of the Republic of Croatia on the accordance of the so-called »Abortion Law« from 1978 with the provisions of the Constitution of the Republic of Croatia. The analysis proceeds from a specific perspective of legal philosophy, but also includes broader philosophical issues of establishing a conception of justice for the interrelation between law and morality. The author extrapolates certain guiding principles from the rationale of the Court's decision in order to synthesize the main features of the argumentative frame of justice adopted by the Court. These guiding principles are then identified as being very similar to the principles of the political conception of justice, famously established by John Rawls in his political philosophy. The author then critically assesses certain anthropological implications and the background view of the human person underlying the Rawlsian argumentative frame of justice, which focuses on the central concept of unencumbered freedom of a wholly autonomous »self«. After indicating numerous deficiencies of an approach to the legal regulation of abortion which is grounded in a »negative« anthropology, the author indicates certain characteristics of an alternative conception of justice which would adopt the juridical dimension of the »positive« determinations of anthropology of the human person as the point of departure.*

**Keywords:** constitutional law, Constitutional Court, teleological interpretation, abortion, right to life.