

## Ivana Tucak<sup>1</sup>, Tomislav Nedić<sup>2</sup>

<sup>1,2</sup> Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Pravni fakultet, Stjepana Radića 13, HR-31000 Osijek

<sup>2</sup> Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Centar za integrativnu bioetiku, Trg Svetog Trojstva 3, HR-31000 Osijek

<sup>1</sup> itucak@pravos.hr, <sup>2</sup> tmedic@pravos.hr

# Pokojne osobe kao nositelji subjektivnih prava

## Sažetak

Jedno je od temeljnih pitanja teorije i filozofije prava što znači imati pravo, odnosno tko se može smatrati nositeljem subjektivnih prava. Paralelnim razvitkom bioetičke doktrine, navedeno pitanje o nositeljima subjektivnih prava sve se više aktualizira, pa se tako postavlja pitanje mogu li nositelji subjektivnih prava biti i životinje, drveće, fetusi, buduće generacije ili strojevi (umjetna inteligencija). Također, navedeno se pitanje odnosi i na pokojne osobe gdje se, preliminarno, također postavlja zahtjevno pitanje o krajnjoj točki života te konačnom nastupanju smrti. Kritičkom razradom postavki suvremenih teoretičara prava u kontekstu dviju ključnih teorija – teorije volje i teorije interesa – te njihovih međusobnih razlika, u radu se pokušava ponuditi prikaz o pokojnicima kao potencijalnim nositeljima subjektivnih prava. U tom se pogledu navedena pravnoteorijska razrada promatra reflektivno u kontekstu građanskopravne doktrine o subjektivnim pravima, kao jednim od temeljnih područja unutar općeg dijela građanskog prava. Pravni subjektivitet pokojnika promatra se i u okviru problematike (postmortalne zaštite) prava osobnosti, ali se isto tako postavlja pragmatički u odnosu na recentnu tuzemnu sudsku praksu, kao i praksu Europskog suda za ljudska prava, gdje su se pojavila zanimljiva pravna pitanja koja impliciraju pitanje o pokojnim osobama kao nositeljima subjektivnih prava.

## Ključne riječi

pokojnik, subjektivna prava, smrt, interesna teorija, voljna teorija, pijetet, prava osobnosti

## 1. Uvod<sup>1</sup>

Izraz »pravo« ima veliku težinu u moralnim, političkim i pravnim raspravama.<sup>2</sup> Jedno je od temeljnih pitanja teorije i filozofije prava što znači imati pravo, odnosno tko može biti nositeljem subjektivnih prava. Može se reći da je u suvremenoj zapadnoj pravnoj znanosti, unatoč svim postojećim razlikama, danas paradigmatski primjer fizičke osobe – kao nositelja subjektivnih prava – sljedećih obilježja: mora biti riječ o ljudskom biću; koje je rođeno, živo u danom trenutku te je sposobno osjećati.<sup>3</sup> Pravnu osobnost pored fizičkih

1

Ovaj je rad financirao Pravni fakultet Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku internim znanstveno-istraživačkim projektima IP-PRAVOS-23 »Suvremena pitanja i problemi zaštite i promoviranja ljudskih prava« i IP-PRAVOS-7 »Građansko materijalno i procesno pravo u 21. stoljeću – postojeće stanje i tendencije u budućnosti«.

2

Matthew Henry Kramer, »Do Animals and Dead People Have Legal Rights?«, *Canadian*

*Journal of Law & Jurisprudence* 14 (2001) 1, str. 29–54, ovdje str. 31, doi: <https://doi.org/10.1017/s0841820900002368>.

3

Visa A. J. Kurki, »Why Things Can Hold Rights? Reconceptualizing the Legal Person«, u: Visa A. J. Kurki, Tomasz Pietrzykowski (ur.), *Legal Personhood. Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Springer, Cham 2017., str. 69–89, ovdje str. 75, doi: [https://doi.org/10.1007/978-3-319-53462-6\\_5](https://doi.org/10.1007/978-3-319-53462-6_5).

osoba imaju i pravne osobe koje se ne mogu smatrati osobama u naravnom smislu riječi.<sup>4</sup> No, danas se rasprava o tome tko može biti nositelj subjektivnih prava sve više usložnjava, postavlja se pitanje o tome mogu li to biti životinje, drveće, fetusi, buduće generacije ili strojevi (umjetna inteligencija).<sup>5</sup>

Kad je riječ o odgovoru na to pitanje, postoje velike razlike između dviju najznačajnijih teorija o subjektivnim pravima: između teorije volje – ili, kako je neki autori nazivaju, teorije o pravima kao o izboru – i teorije interesa ili koristi, ali i unutar svake od tih teorija. Po teoriji volje, koja stavlja naglasak na autonomiju pojedinca, nositelj subjektivnog prava može biti samo onaj tko može vršiti »normativno bitne izbore koji se odnose na ponašanje nekog drugog«,<sup>6</sup> tj. onaj tko ima »nadzor« nad ponašanjem druge strane u pravnom odnosu (nositeljem korelativne dužnosti).<sup>7</sup> Model nositelja subjektivnih prava po teoriji volje, stoga, dosta je uzak i obuhvaća samo punoljetne osobe koje nemaju duševne smetnje.<sup>8</sup> Životinje, djeca, komatozni ili dementni pojedinci nisu »sposobni oblikovati i izraziti svoje želje s elementarnim stupnjem preciznosti i pouzdanosti« potrebnim za izvršavanje pravne vlasti zahtijevanja ili odricanja od ispunjenja korelativne pravne dužnosti.<sup>9</sup> Po teoriji interesa, svako biće koje ima interese može imati i subjektivna prava. Dominantna je vrijednost u teoriji interesa dobrobit što omogućuje bitno proširenje koncepta nositelja subjektivnih prava u odnosu na teoriju volje.<sup>10</sup> Interes se može definirati na više načina. Ako se u obzir ponajprije uzimaju »želje« njihovih nositelja, govorimo o subjektivnoj koncepciji interesa, a ako, prije svega, uzimamo u obzir ono što je »dobro za njihove nositelje neovisno o njihovim željama«, govorimo o objektivnoj koncepciji interesa.<sup>11</sup> Nositelj subjektivnih prava, prema interesnoj teoriji, onaj je »entitet« koji je podložan nekoj šteti »kao nositelj projekata, želja, ciljeva ili strasti«.<sup>12</sup>

Važno je u ovom kontekstu spomenuti i Hansa Kelsena, koji problematici pravne osobnosti prilazi s drukčije pozicije od tradicionalne pravne znanosti. Njegov je pristup apstraktniji.<sup>13</sup> Imati pravnu osobnost je, po Kelsenovu mišljenju, istovjetno s posjedovanjem subjektivnih prava i obveza, biti nositelj prava i obveza nije nešto različito od tih prava i obveza.<sup>14</sup>

U sporovima koji se vode između zastupnika teorije volje i teorije interesa jedno važno pitanje sve donedavno nije bilo predmet velikih rasprava: mogu li preminuli biti nositelji (makar ograničenog broja) subjektivnih prava.<sup>15</sup> Njihova se situacija razlikuje od ostalih potencijalnih nositelja subjektivnih prava, poput stabala ili strojeva, zato što su oni u prošlosti bili priznati kao nositelji subjektivnih prava, ali su u trenutku smrti izgubili taj status jer su, po uvriježenom mišljenju, ostali bez psihičkih sposobnosti koje su nužne za posjedovanje subjektivnih prava.<sup>16</sup>

Postavlja se izričito pitanje imaju li pokojnici ustavna prava.<sup>17</sup> Tako Fred O. Smith Jr. ispituje ovu mogućnost u ustavnom pravu Sjedinjenih Američkih Država u kontekstu slučajeva u kojima su policijski službenici prikrivali upotrebu vatrenog oružja prema nenaoružanim pripadnicima afroameričke populacije (iznošenje neistina te podmetanje dokaza, primjerice, slučaj *Whitehurst v. Wright*).<sup>18</sup> Štiti li ustav povredu privatnosti preminulih pojedinaca i njihove reputacije?<sup>19</sup> Pitanje ustavnih prava pokojnika postavlja se i kad je posrijedi jednakost. Tako se u predmetu *Martin v. Unknown U. S. Marshals*,<sup>20</sup> pred saveznim okružnim sudom u New Jerseyju, našlo pitanje o tome obavlja li se autopsija pripadnika rasnih manjina s pozornošću manjom nego što je to slučaj kad je riječ o autopsiji bijelaca.<sup>21</sup> Pravni poreci na taj način odražavaju promjene u vrijednostima suvremenih društava, odnosno promijenjena

stajališta o smrti.<sup>22</sup> Za razliku od prijašnjih povijesnih razdoblja u kojima je smrt bila očekivana i svakodnevna pojava, u suvremenom svijetu u kojemu je ljudima dostupna napredna medicinska pomoć zbog koje žive duže nego ikad prije, strah od smrti sve je izraženiji.<sup>23</sup>

Rad je podijeljen u dva glavna dijela. U prvom dijelu pružit će se kritički i analitički prikaz suvremenih teoretičara prava koji raspravljaju o pokojnicima kao potencijalnim nositeljima subjektivnih prava. Drugi dio rada propituje problematiku zaštite pokojne osobe u kontekstu pozitivnog prava, osobito građanskog prava te doktrinarnih razmatranja o subjektivnim građanskim pravima, kao i pravima osobnosti. Također, drugi dio rada razrađuje relevantnu tuzemnu sudsku praksu (tzv. predmet »Osječkih grobara«) te praksu Europskog suda za ljudska prava. No, prije ovih rasprava ukazuje se na važnost preciznog određenja trenutka smrti te na kontroverze koje i danas prate ovo pitanje.

4

Karel Beran, »The Person at Law from the Point of View of Pure Legal Science«, *The Lawyer Quarterly* 3 (2013) 1, str. 29–42, ovdje str. 29.

5

Carl Wellman, *Real Rights*, Oxford University Press, New York 1995., str. 176–177.

6

M. H. Kramer, »Do Animals and Dead People Have Legal Rights?«, str. 29; Kirsten Rabe Smolensky, »Rights of the Dead«, *Hofstra Law Review* 37 (2009) 3, str. 763–803, ovdje str. 768.

7

K. R. Smolensky, »Rights of the Dead«, str. 769.

8

C. Wellman, *Real Rights*, str. 176–177.

9

M. H. Kramer, »Do Animals and Dead People Have Legal Rights?«, str. 30.

10

O teoriji volje i teoriji interesa vidi: Cécile Fabre, »Posthumous Rights«, u: Matthew Henry Kramer *et al.* (ur.), *The Legacy of H. L. A. Hart. Legal, Political, and Moral Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 2008., str. 225–238, ovdje str. 225–226; Ivana Tucak, *Hohfeldova analitička teorija prava*, Pravni fakultet, Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek 2016.

11

C. Fabre, »Posthumous Rights«, str. 227.

12

Ibid.

13

K. Beran, »The Person at Law from the Point of View of Pure Legal Science«, str. 30.

14

Ibid. Za više vidi: Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, prev. Max Knight, University of California Press, Berkeley 1967., str. 172.

15

C. Fabre, »Posthumous Rights«, str. 226.

16

C. Wellman, *Real Rights*, str. 176–177.

17

Fred O. Smith Jr., »The constitution after death«, *Columbia Law Review* 120 (2020) 6, str. 1471–1548, ovdje str. 1473–1474, doi: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3495166>.

18

*Whitehurst v. Wright* 592 F.2d 834 (5th Cir. 1979)

19

F. O. Smith Jr., »The constitution after death«, str. 1484.

20

*Martin v. Unknown U.S. Marshals* 965 F. Supp. 2d 502 (D.N.J. 2013).

21

F. O. Smith Jr., »The constitution after death«, str. 1485.

22

K. R. Smolensky, »Rights of the Dead«, str. 788, 802–803.

23

Ibid., str. 788.

## 2. Smrt kao proces

Budući da smrt pojedinca označava i njegov gubitak statusa nositelja subjektivnih prava, ključno je utvrditi kada ona nastupa. U pravnom kontekstu, smrt se proglašava u točno određenom trenutku, međutim, u biološkom smislu smrt je proces: mišići, koža i koštane stanice mogu nastaviti živjeti još nekoliko dana nakon prestanka rada srca.<sup>24</sup> Odabir trenutka kada će smrt biti proglašena arbitran je i ima svoju povijest,<sup>25</sup> te se i dalje razvija.<sup>26</sup> U vezi s trenutkom smrti nema »objektivno točnih odgovora« nego je riječ o vrijednosnim sporovima.<sup>27</sup> Pojam smrti je normativan, razlikuje se od države do države, mijenja se s vremenom, a osobito je to bio slučaj nakon uvođenja novih dijagnostičkih tehnika i olakšanog pristupa zdravstvenoj zaštiti.<sup>28</sup> Povijesno gledajući, utvrđivanje smrti bio je i praktični problem jer ljudi nisu imali dovoljno precizna sredstva s pomoću kojih bi utvrdili je li ona zaista nastupila, tako da je i opasnost da nekog živog pokopaju bila stvarna.<sup>29</sup>

U kontekstu se definiranja smrti prijeloman trenutak dogodio 1968. godine kada je *ad hoc* odbor osnovan na Medicinskom fakultetu Sveučilišta u Harvardu objavio izvješće prema kojem se trenutak smrti treba određivati po neurološkim kriterijima<sup>30</sup> – treba se temeljiti na prestanku rada mozga.<sup>31</sup> Ova definicija smrti odgovara društvu koje povezuje individualni identitet s mozgom.<sup>32</sup> Definicija odgovara i transplantacijskoj medicini jer pruža mogućnost uzimanja organa od osobe koja, premda se nalazi na mehaničkim ventilatorima, još diše i srce joj kuca.<sup>33</sup> Nedugo nakon donošenja ovog izvješća, moždana je smrt u različitim inačicama prihvaćena kao definicija smrti u svim federalnim jedinicama Sjedinjenih Američkih Država.<sup>34</sup> Posljedice uvođenja ovakvog načina određivanja smrti, osim radi ciljeva transplantacijske medicine te pojedinih iznimno rijetkih slučajeva, poput održanja trudnoće žene koja se nalazi u stanju moždane smrti, sastoje se u tome da liječnici u tom trenutku prestaju koristiti raspoložive metode održavanja tjelesnih funkcija osobe<sup>35</sup> te, istodobno, obitelj gubi mogućnost to zahtijevati od liječnika.<sup>36</sup>

Danas, nakon proteka pola stoljeća od donošenja ovog izvješća, moždana smrt sve se više propituje. U tom kontekstu posebno je važno spomenuti slučaj dvanaestogodišnje Amerikanke Jahi McMath. Ona je 2013. godine u oaklandskoj bolnici nakon operativnog zahvata pretrpjela jako krvarenje koje je dovelo do nedostatnog dotoka kisika u mozak.<sup>37</sup> Njezina majka Nailah Winkfield nije prihvatila liječničku dijagnozu moždane smrti te je sa svojim pravnim zastupnikom zauzela stav da čak i ako su moždane funkcije njezine kćeri prestale, što je istodobno dovodila u pitanje pred Visokim sudom Kalifornije, Okrug Alameda (*Superior Court of the State of California, County of Alameda*), ona je živa sve dok diše i postoji cirkulacija, makar uz pomoć ventilatora.<sup>38</sup> Otada sve više obitelji propituje pravila vezana uz moždanu smrt.<sup>39</sup> Pojedini autori ukazuju na postojanje tri glavna prigovora protiv moždane smrti:<sup>40</sup>

1. neusklađenost medicinskih i zakonskih zahtjeva;
2. nužnost da liječnici ishode pristanak obitelji prije dijagnoze moždane smrti;
3. uvažavanje priziva savjesti u vezi s utvrđivanjem moždane smrti.

Kad je posrijedi treći prigovor, traži se da liječnici ne mogu proglasiti moždano mrtvom osobu koje je protiv toga uložila priziv savjesti. Uskraćivanjem medicinske potpore u tom trenutku krše se njezine temeljne vrijednosti.<sup>41</sup>

### 3. Interesna i voljna teorija o subjektivnim pravima pokojnika

Pitanje mogu li se pokojnici smatrati nositeljima subjektivnih prava razmotrit ćemo u ovom poglavlju u okviru interesne ili voljne teorije, ali i u okviru teorija prava koje zastupaju teoretičari koji se ne mogu čvrsto uvrstiti među zagovornike nijedne od njih, poput Joela Feinberga.<sup>42</sup> Ključno pitanje vezano uz subjektivna prava pokojnika koje se pojavljuje u teoriji interesa pitanje je

24

Ray D. Madoff, *Immortality and the Law. The Rising Power of the American Dead*, Yale University Press, New Haven, Connecticut – London 2010., str. 35.

25

Ibid.

26

Arthur L. Caplan, »Death: An Evolving, Normative Concept«, *Hastings Center Report* 48 (2018) 6, str. 60–62, ovdje str. 60, doi: <https://doi.org/10.1002/hast.958>.

27

Thaddeus Pope, »Brain Death and the Law: Hard Cases and Legal Challenges«, *The Hastings Center Report* 48 (2018) 6, str. 46–48, ovdje str. 46, doi: <https://doi.org/10.1002/hast.954>.

28

A. L. Caplan, »Death«, str. 60–61.

29

Jedan izvor iz 17. stoljeća govori o 219 slučajeva pokapanja gotovo živih osoba i o 149 slučajeva takva pokapanja. Usp. R. D. Madoff, *Immortality and the Law*, str. 34.

30

Robert D. Truog, Thaddeus Mason Pope, David S. Jones, »The 50-Year Legacy of the Harvard Report on Brain Death«, *Journal of the American Medical Association* 320 (2018) 4, str. 335–336, doi: <https://doi.org/10.1001/jama.2018.6990>.

31

R. D. Madoff, *Immortality and the Law*, str. 37.

32

Ibid.

33

Ibid.

34

Ibid. Tako je i, primjerice, u Republici Hrvatskoj prema čl. 2. *Pravilnika o načinu, postupku i medicinskim kriterijima za utvrđivanje smrti osobe čiji se dijelovi tijela mogu uzimati radi presađivanja* (Narodne novine br. 3/06), a u skladu s čl. 16. st. 2. *Zakona o presađivanju ljudskih organa u svrhu liječenja* (Narodne novine br. 144/12), određeno da »će se

smatrati da je nastupila smrt osobe od koje se uzimaju dijelovi tijela radi presađivanja ako je kod te osobe nastao potpuni i konačni prestanak moždane cirkulacije (smrt mozga)«.

35

T. Pope, »Brain Death and the Law«, str. 46.

36

R. D. Madoff, *Immortality and the Law*, str. 39.

37

T. Pope, »Brain Death and the Law«, str. 46; Robert M. Veatch, Lainie Friedman Ross, *Defining Death: The Case for Choice*, Georgetown University Press, Washington 2016., str. 66–67.

38

R. M. Veatch, L. F. Ross, *Defining Death*, str. 67.

39

T. Pope, »Brain Death and the Law«, str. 46.

40

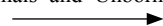
Ibid.

41

Ibid., str. S48, S46; Marcus Knaup navodi da je ljudsko biće konceptom moždane smrti svedeno na moždano-umno biće te da život ne ovisi samo o aktivnosti mozga, nego o aktivnosti cijelog tijela. U tom pogledu (kao i ostali filozofi, poput Hansa Jonasa, Antonija Damásia, Thomasa Fuchsa i Güntera Ragera), napominje da moždano preminula osoba može pokazivati različite druge znakove života, naglašavajući važnost cjelovitosti ljudskog tijela i osobe u pogledu toga da bi medicina trebala biti orijentirana na život cijele ljudske osobe i tijela, a ne samo na električnu aktivnost mozga kao jednog njegovog dijela. Više o tome vidi: Marcus Knaup, »The Concept of Life in Modern Medical Ethics and Bioethics«, *Synthesis philosophica* 30 (2015) 1, str. 17–32; Marcus Knaup, *Leib und Seele oder mind and brain? Zu einem Paradigmenwechsel im Menschenbild der Moderne*, Verlag Karl Alber, Freiburg – München 2012.

42

Georg W. Rainbolt propituje u kojoj je mjeri Joel Feinberg zastupao interesnu teoriju u »The Rights of Animals and Unborn



imamo li interese koji nas nadživljavaju,<sup>43</sup> odnosno mogu li određene situacije nakon smrti naštetiti pojedincu.<sup>44</sup> Neki istaknuti predstavnici interesne teorije smatraju da je to moguće.<sup>45</sup> Oni smatraju da određeni interesi ljudi, tj. oni koji se ne tiču samo njih osobno (*other-regarding interests*) nastavljaju egzistirati i nakon njihove smrti, što znači da se status nositelja subjektivnih prava može priznati i pokojnicima. To je moguće, ali ne i nužno stajalište zagovornika interesne teorije.<sup>46</sup> Interesna teorija konceptualno može priznati da određeni interesi ljudi mogu nastaviti postojati i nakon njihove smrti, odnosno priznati pokojnicima status nositelja subjektivnih prava.<sup>47</sup> No, pokojnici to nikako ne mogu biti, slijedi li se voljna teorija subjektivnih prava.<sup>48</sup> To naravno ne znači da voljna teorija sprečava zakonodavca u donošenju propise kojima se štite preminuli.<sup>49</sup> Po ovoj teoriji zaštita koja se pruža umrlim osobama, kao i ostalima kojima se ne priznaje status nositelja subjektivnih prava, primjerice, komatoznim i dementnim odraslim pojedincima te djeci, nema oblik zakonskih prava kojima bi oni bili nositelji. Po voljnoj teoriji, kako to ističe Smolensky, propisi koji naizgled daju subjektivna prava preminulima zaista su usmjereni prema »kontrolu ponašanja živih«.<sup>50</sup>

Premda neki autori Feinbergova stajališta u vezi s prihvatljivosti teorije volje ili teorije interesa smatraju nekonzistentnima, budući da u nekim radovima zastupa jednu teoriju, a u drugim drugu, kada govori o pravima pokojnika, Feinberg neupitno podržava teoriju interesa.<sup>51</sup> Po njegovu stavu, da bi se utvrdilo mogu li preminule osobe biti nositelji subjektivnih prava nužno je odgovoriti na pitanje o tome može li ih se povrijediti,<sup>52</sup> odnosno mogu li se njihovi interesi povrijediti ili unaprijediti nakon biološkog kraja njihovog života.<sup>53</sup> Mogu li se povezati, primjerice, naše dužnosti *poštovati obećanja dana pokojnicima* sa subjektivnim pravima pokojnika prema nama?<sup>54</sup>

Feinberg navodi da je lako pronaći razloge zašto ne bismo trebali pripisati subjektivna prava pokojnicima:

»Mrtav čovjek je samo truplo, dio organske materije koja propada.«<sup>55</sup>

No, ističe Feinberg,

»... ako damo pokojnicima prava protiv nas, izgledat će kao da tretiramo interese koje su imali dok su bili živi kao da su nekako preživjeli vlastitu smrt.«<sup>56</sup>

Riječ je o pravnoj fikciji korisnoj za sve nas:

»Većina ljudi dok su živi imaju određene želje o tome što će se dogoditi njihovim tijelima, njihovu vlasništvu ili njihovoj reputaciji kada umru.«<sup>57</sup>

Subjekt interesa koji nastavlja postojati nakon smrti nije *post mortem* osoba, tj. truplo ili pepeo nego *ante mortem* osoba, osoba koja je bila živa i subjekt prava.<sup>58</sup>

To je upravo razlog, ističe Feinberg, da pravni sustavi predviđaju postupke koji omogućavaju osobama da tijekom života odrede u zakonskim granicama jer ovdje njihova diskrecija nije tako široka kao kod prava vlasništva, što će se dogoditi njihovu tijelu nakon smrti, te kako će se raspodijeliti njihova imovina ili kome će pripasti dobit iz police životnog osiguranja.<sup>59</sup>

Feinberg ističe da su svim tim slučajevima nastala valjana obećanja prema živim osobama koja se trebaju ispuniti kada osoba umre.<sup>60</sup> Nakon njezine smrti te dužnosti ne postaju ništave.<sup>61</sup> Da je to tako, zapaža Feinberg, nitko se ne bi odlučio na sastavljanje oporuke ili plaćanje police životnog osiguranja. To su »uvjetne dužnosti«, koje postaju »kategorični zahtjevi za neposrednim

djelovanjem« tek nakon smrti pojedinca kojemu se duguju. Pojedinci imaju interes dok su još živi da se neki njihovi interesi nastave poštovati i nakon njihove smrti.<sup>62</sup> To se ne može primijeniti na sve interese.<sup>63</sup> Kako to navodi Smolensky, zbog postojanja širokog raspona interesa koji mogu nastaviti postojati nakon smrti osobe, zakonodavci su ti koji moraju odabrati one kojima je potrebna pravna zaštita.<sup>64</sup>

Interesi koji prestaju postojati smrću pojedinca su oni koji se više ne mogu unaprijediti, odnosno ne može im se nanijeti šteta bilo kakvim radnjama nakon smrti pojedinca.<sup>65</sup> To podrazumijeva većinu interesa koji se tiču samo

Generations«, odnosno voljnu teoriju u »The Nature and Value of Rights«. Usp. George W. Rainbolt, »Two interpretations of Feinberg's theory of rights«, *Legal Theory* 11 (2005) 3, str. 227–236, doi: <https://doi.org/10.1017/S1352325205050111>.

43

Joel Feinberg, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy*, Princeton University Press, Princeton 1980., str. 65; K. R. Smolensky, »Rights of the Dead«, str. 765–766.

44

C. Fabre, »Posthumous Rights«, str. 232.

45

K. R. Smolensky, »Rights of the Dead«, str. 765–766.

46

M. H. Kramer, »Do Animals and Dead People Have Legal Rights?«, str. 30.

47

K. R. Smolensky, »Rights of the Dead«, str. 765–766. Smolensky u tom pogledu spominje i M. H. Kramer, »Do Animals and Dead People Have Legal Rights?«, str. 30.

48

K. R. Smolensky, »Rights of the Dead«, str. 768.

49

Ibid., str. 768; M. H. Kramer, »Do Animals and Dead People Have Legal Rights?«, str. 30.

50

K. R. Smolensky, »Rights of the Dead«, str. 769.

51

G. W. Rainbolt, »Two interpretations of Feinberg's theory of rights«, str. 227–236.

52

George W. Rainbolt, *The Concept of Rights*, Springer, Dordrecht 2006., str. 213.

53

K. R. Smolensky, »Rights of the Dead«, str. 770.

54

J. Feinberg, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, str. 173; Joel Feinberg, »The Rights of Animals and Unborn Generations«, u: William T. Blackstone (ur.), *Philosophy and Environmental Crisis*, The University of Georgia Press, Athens 1974., str. 43–68, ovdje str. 57.

55

J. Feinberg, »The Rights of Animals and Unborn Generations«, str. 57.

56

Ibid.

57

Ibid.

58

G. W. Rainbolt parafrazira J. Feinberga. Usp. G. W. Rainbolt, *The Concept of Rights*, str. 213.

59

J. Feinberg, »The Rights of Animals and Unborn Generations«, str. 57.

60

J. Feinberg, »The Rights of Animals and Unborn Generations«, str. 57–58; J. Feinberg, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, str. 173–174.

61

J. Feinberg, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, str. 174; J. Feinberg, »The Rights of Animals and Unborn Generations«, str. 58.

62

Ibid.

63

K. R. Smolensky, »Rights of the Dead«, str. 771.

64

K. R. Smolensky parafrazira M. H. Kramera. Usp. M. H. Kramer, »Do Animals and Dead People Have Legal Rights?«, str. 47–48; K. R. Smolensky, »Rights of the Dead«, str. 771–772.

65

J. Feinberg, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, str. 64.

dotične osobe (*self-regarding*), primjerice, interesa koji se temelje na željama za osobnim ostvarenjima, na »samoograničenim« potrebama, na »želji biti svoj« ili želji za samopoštovanjem.<sup>66</sup> No, postoje i *self-regarding* želje kojima se može nanijeti šteta i nakon smrti pojedinca.<sup>67</sup>

»Osobito, želja sačuvati dobru reputaciju, poput želje da neki društveni ili politički razlog uspije, ili želja da nečiji voljeni napreduju, može biti temelj interesa koji nadživljavaju smrt svojeg nositelja [...] i mogu biti unaprijedeni ili im može biti nanescena šteta nakon smrti.«

Feinberg ističe da se njegov pristup subjektivnim pravima pokojnika može braniti od »predvidljivih prigovora« da su pokojnici »trajno nesvjesni« te da se pojedincu ne može nanijeti šteta s nečim za što on ne zna. Po Feinbergovu mišljenju, na pogrešnost takvih prigovora ukazuje i činjenica da suvremeni pravni poreci poznaju kršenje »različitih interesa živih osoba« kojih one nisu, a možda i nikad neće postati svjesne. Kao najbolji primjer za rasvjetljavanje ovog problema ističe interes koji ima svaka osoba u očuvanju svoje reputacije.

»Ako netko širi laži o meni, bez mogeg znanja, stotinama osoba u udaljenim dijelovima zemlje, tako da sam ja bez znanja, predmet općeg podsmijeha [...]. Ja sam povrijeđen u vezi sa štetom koja je nanescena mojim interesima za dobrom reputacijom, premda ja *nikad* neću doznati što se dogodilo.«<sup>68</sup>

Po Wellmanovu mišljenju, zastupniku suprotstavljene voljne teorije, s obzirom na pokojnike ono što je najvažnije jesu poslijesmrtne dužnosti, primjerice, izvršiti obećanje dano na samrtnoj postelji ili ne naškoditi reputaciji pokojnika.<sup>69</sup> Njihovi su nositelji lako odredive stvarne osobe koje su nadživjele pokojnog. Ono što je potrebno napraviti, ističe Wellman, jest objasniti njihovu narav i temelje. Te dužnosti koje su nadživjele pojedinca nisu opće dužnosti koje se duguju svima, nego su to dužnosti obuhvaćene subjektivnim pravima preminulih pojedinaca.<sup>70</sup> Ali, prema Wellmanu, to ne znači dodijeliti subjektivna prava pokojnicima, nego da subjektivna prava živih nastavlja ju nametati dužnosti živima čak i nakon što je osoba koja je posjedovala ta subjektivna prava preminula.<sup>71</sup> Obilježje *ante mortem* pojedinca opravdava obvezu.<sup>72</sup> Wellman nas tako dovodi do zaključka da posjedovanje dužnosti i posjedovanje subjektivnih prava ne moraju biti istodobni.<sup>73</sup>

Prava ne mogu postojati ako ne postoje subjekti prava.<sup>74</sup> Pokojnici više u biološkom smislu ne postoje i stoga ne mogu biti subjektima prava, kao što ne postoji ni šteta bez subjekta koji je može pretrpjeti.<sup>75</sup> Wellman prava koja nameću buduće dužnosti naziva proaktivnim pravima.<sup>76</sup> Proaktivna prava su, dakle, ona prava koja podrazumijevaju dužnosti koje postoje nakon što su ona sama prestala postojati.<sup>77</sup>

Wellman zaključuje da u prikazanom Feinbergovu stajalištu o subjektivnim pravima pokojnika ima više korisnih uvida nego pogrešaka.<sup>78</sup> Ispravno je zaključio da su dužnosti koje su nadživjele nositelja subjektivnih prava često uvjetovane pravima onih koji su preminuli, da su preživjele dužnosti utemeljene na njima.<sup>79</sup> No, ono u čemu Feinberg griješi jest pretpostavka da su moralna prava primarno utemeljena na interesima; prema Wellmanu, normativni temelji moralnih prava specifični su moralni razlozi, što omogućuje da objasnimo preživjele dužnosti bez dodjele subjektivnih prava preminulima.<sup>80</sup>

Po mišljenju Matthewa Kramera, jednog od najutjecajnijih suvremenih zagovornika teorije interesa,

»... nužno, ali nedovoljno za stvarno držanje subjektivnog prava od strane X-a jest da subjektivno pravo, kada se stvarno drži, štiti jedan ili više X-ovih interesa.«<sup>81</sup>



Interesna teorija na konceptualnoj razini, ističe Kramer, ne odbacuje da osobe koje nisu sposobne tražiti ispunjenje određenog subjektivnog prava, odnosno odreći se njegova ispunjenja, ne mogu biti nositelji subjektivnih prava.<sup>82</sup> Budući da pravne norme mogu pružiti zaštitu različitim oblicima dobrobiti pokojnika, oni su potencijalni nositelji subjektivnih prava prema interesnoj teoriji.<sup>83</sup> Kramer ističe da se kod svakog pripisivanja subjektivnih prava mora dodatno uzeti u obzir »moralni status bića kojem se dodjeljuju prava«.<sup>84</sup> Taj se moralni status može utvrditi tek kada izdvojimo klasu bića koja su danas nesporno potencijalni nositelji subjektivnih prava, a to su mentalno kompetentni punoljetni pojedinci.<sup>85</sup> Potrebno je, stoga, istražiti sličnosti i razlike između pokojnika i tih nespornih nositelja subjektivnih prava.<sup>86</sup> Interesna teorija tako nije dovoljna za određenje toga tko sve može biti nositelj subjektivnih prava – traži se i moralno promišljanje.<sup>87</sup>

Kramer pokušava odgovoriti na pitanje o tome na koji način sličnosti između pokojnika i mentalno sposobnih punoljetnih pojedinaca mogu biti dovoljne da opravdaju dodjelu preminulima svojstava nositelja subjektivnih prava.<sup>88</sup> U vezi s tim ističe da teorija interesa koja teži pripisati zakonska prava pokojnicima mora sažeti sve konzekvence koje proizlaze iz života preminulog, tj. iz njegova cjelokupnog postojanja.<sup>89</sup> Po Kramerovu mišljenju, isticanjem različitih elemenata iz života preminulog ističemo razloge zbog kojih on i dalje postoji – njegov (trajni) utjecaj na druge ljude i na različite događaje,

- 66 Ibid., str. 64–65.
- 67 Ibid., str. 65.
- 68 J. Feinberg, »The Rights of Animals and Unborn Generations«, str. 58.
- 69 C. Wellman, *Real Rights*, str. 155; G. W. Rainbolt, *The Concept of Rights*, str. 217.
- 70 G. W. Rainbolt, *The Concept of Rights*, str. 217; C. Wellman, *Real Rights*, str. 156.
- 71 Ibid.
- 72 C. Wellman, *Real Rights*, str. 155.
- 73 C. Fabre, »Posthumous Rights«, str. 231.
- 74 C. Wellman, *Real Rights*, str. 156.
- 75 Ibid., str. 155.
- 76 G. W. Rainbolt, *The Concept of Rights*, str. 217; C. Wellman, *Real Rights*, str. 156.
- 77 G. W. Rainbolt, *The Concept of Rights*, str. 217.
- 78 C. Wellman, *Real Rights*, str. 157.
- 79 Ibid.
- 80 Ibid.
- 81 M. H. Kramer, »Do Animals and Dead People Have Legal Rights?«, str. 29.
- 82 Ibid., str. 30.
- 83 Ibid.
- 84 Ibid., str. 33.
- 85 Ibid.
- 86 Ibid.
- 87 Ibid., str. 37.
- 88 Ibid., str. 47.
- 89 Ibid.

njegova prisutnost u svijesti ljudi koji su ga poznavali, postojanje imovine koju je stekao tijekom života a koju je prenio, odnosno nije uspio prenijeti na nekog drugog.<sup>90</sup> Pokojnici i dalje opstaju, međutim, ne kao »netaknuta materijalna bića«, nego kao »višestruka prisutnost u životima svojih suvremenika i nasljednika«. <sup>91</sup> U određenom razdoblju nakon smrti preminuli se može poistovjetiti s osobom koja je bio tijekom života.<sup>92</sup> Koliko će to razdoblje trajati, ovisi o trajnosti njezine prisutnost u životima drugih pojedinaca, osobe koje su bile iznimno utjecajne tijekom života, poput državnika ili priznatih pisaca, duže će trajati u životima drugih od prosječnog pojedinca.<sup>93</sup> Također, to ovisi i o kulturnim razlikama, tako će to razdoblje duže trajati u društvima koja poštuju pretke.<sup>94</sup>

No, kao što smo to istaknuli, zastupnici interesne teorije nisu jednoglasni u tome da pokojnici mogu biti nositelji subjektivnih prava. Cécile Fabre, za razliku od Kramera, ističe da interesna teorija – jednako kao i teorija volje – ne može obuhvatiti preminule kao nositelje subjektivnih prava, subjektivna prava kojima su oni razlog postojanja, a ne netko drugi poput njihovih bližnjih.<sup>95</sup> Fabre se kritički osvrće na Kramerove teorijske postavke:

»... činjenica da davno preminuli pojedinac opstaje u životu svojih nasljednika nije dovoljna da bi mu se dodijelio moralni status. Taj pojedinac mora biti vrsta bića za kojeg ima smisla reći da može biti povrijeđen ili imati koristi [i nakon smrti].«<sup>96</sup>

Fabre zaključuje da ne mogu postojati posmrtna prava koja se zasnivaju na interesima.<sup>97</sup> Ona ističe da netko može biti povrijeđen u sljedećim okolnostima:

1. »povrijeđeni smo nekim događajem, samo ako nastup tog događaja utječe na naše iskustvo (to je razlog zašto nema nečega kao posmrtnog prava)«; i
2. »da možemo biti povrijeđeni nekim događajem čak i ako ne osjetimo taj posebni događaj ili štetu nanесenu našim interesima koju je taj događaj prouzrokovao (to je razlog zašto može postojati nešto kao pravo da određene stvari ne mogu biti učinjene nama dok smo živi čak i ako nismo i nikad ih nećemo biti svjesni).«<sup>98</sup>

Po Fabrinu mišljenju, pojedinac može biti povrijeđen nekim događajem samo u slučaju da on štetno utječe na njegovo iskustvo te, upravo stoga, ni živi, ni mrtvi ne mogu imati »prava s obzirom na posmrtna stanja stvari.«<sup>99</sup>

#### 4. Koje interese pokojnika treba zaštititi?

Ako prihvatimo kao uvjerljiva i slijedimo stajališta zagovornika teorije interesa koji prihvaćaju postojanja interesa koji nas mogu nadživjeti, pred zakonodavca se postavlja problem koje iz tako širokog postavljenog raspona interesa pravno zaštititi.<sup>100</sup> Po mišljenju Freda O. Smitha Jr.-a, pravna pravila trebaju odražavati kulturne vrijednosti.

»... pravo ima izražajne funkcije [*expressive functions*], prenoseći lekcije i norme koje mogu orijentirati, poredati i oblikovati stavove i ponašanje. U američkoj pravnoj kulturi, kodirane u jeziku 'prava' (posebno 'ustavnih prava'), poruke su o tome što i koga cijeni državna zajednica.«<sup>101</sup>

Priznajući pokojnike kao nositelje ustavnih prava, prihvaćamo postojanje velikog broja ljudi koji su tijekom svog života doživjeli gruba kršenja ustavnih prava bez odgovarajuće pravne satisfakcije.<sup>102</sup> Razlozi za stvaranje pravnih pravila kojima se štite interesi preminulih nalaze se, ističe Smolensky, u

»kulturi«, »dostojanstvu«, »poštovanju pokojnikovih želja« odnosno njegove autonomije.<sup>103</sup> Po mišljenju Smolenskyja, u slučaju zaštite ovih interesa, »pokojnicima su dodijeljena *de facto* pravna prava koja mogu biti provedena protiv živih«. <sup>104</sup> Pokojnici tako stječu i značajan moralni položaj unutar pravnog sustava.<sup>105</sup>

Kako to ističe Smolensky, živi su ti koji odlučuju koja će subjektivna prava dodijeliti preminulima.<sup>106</sup> Istraživanjem sudskih slučajeva i zakonskih tekstova dolazi se do četiriju načela koja ograničavaju posmrtna prava. To su nemogućnost,<sup>107</sup> važnost određenog prava,<sup>108</sup> protok vremena<sup>109</sup> i sukob interesa između preminulih i živih.<sup>110</sup> Kad je posrijedi prvo načelo, neka subjektivna prava jednostavno se ne mogu dodijeliti pokojnicima jer ih oni ne mogu vršiti.<sup>111</sup> Smolensky tu, primjerice, ubraja nemogućnost pokojnika da posjeduju aktivno i pasivno biračko pravo te pravo stupanja u brak. U vezi s ograničenjem u obliku proteka vremena sasvim je jasno da interesi pokojnika mogu samo opadati s protekom vremena jer se njihov utjecaj na živote živih, njihove bližnje, smanjuje. Smolensky to razmatra u kontekstu prava na publicitet koje je vremenski ograničeno.<sup>112</sup> Četvrto ograničenje Smolensky pronalazi u slučajevima sukoba prava preminulih s pravima živih. Tako interesi živih odnose prevagu kada je riječ o medicinskoj privatnosti preminulih jer je nasljednicima dopušten uvid u medicinske kartone umrlih.<sup>113</sup>

|   |  |
|---|--|
| 90  | 102  |
| Ibid.   | Ibid.  |
| 91  | 103  |
| Ibid.   | K. R. Smolensky, »Rights of the Dead«, str. 764. |
| 92  | 104  |
| Ibid.   | Ibid.  |
| 93  | 105  |
| Ibid.   | Ibid.  |
| 94  | 106  |
| Ibid.   | Ibid., str. 802–803.                             |
| 95  | 107  |
| C. Fabre, »Posthumous Rights«, str. 226.  | Ibid., str. 775–781.                             |
| 96  | 108  |
| Ibid., str. 231.  | Ibid., str. 781–789.                             |
| 97  | 109  |
| Ibid., str. 232.  | Ibid., str. 789–790                              |
| 98  | 110  |
| Ibid., str. 234.  | Ibid., str. 791–799.                             |
| 99  | 111  |
| Ibid., str. 238.  | Ibid., str. 775–781.                             |
| 100   | 112  |
| K. R. Smolensky, »Rights of the Dead«, str. 771–772. Smolensky parafrazira Kramera. Usp. M. H. Kramer, »Do Animals and Dead People Have Legal Rights?«, str. 47–48. | Ibid., str. 789–790.                             |
|   | 113  |
|   | Ibid., str. 791–799.                             |
| 101   |  |
| F. O. Smith Jr., »The constitution after death«, str. 1548.   |  |

## 5. Status pokojne osobe u pozitivnom pravu

### 5. 1. Subjektivno (građansko) pravo, subjekt prava i pravna činjenica smrti

U suvremenim tuzemnim teorijskim osnovama građanskoga prava, voljna i interesna teorija o (subjektivnim) pravima temelj su shvaćanju biti subjektivnog građanskog prava, osobito inačica voljno-interesne teorije jer u privatnopravnom odnosu osobito voljna, ali i interesna teorija zasebno ipak pokazuje vlastite manjkavosti.<sup>114</sup> Slijedeći temelje voljno-interesne teorije, Gavella navodi da su nositelji subjektivnih (privatnih) prava

»... slobodni na temelju svojih prava u ljudskom društvu zadovoljavati svoje legitimne private (individualne) interese (materijalne i nematerijalne), i to u načelu prema svojoj volji, ali u granicama tog poretka i ne vrijeđajući prava drugih, a po potrebi i uz pomoć javne vlasti.«<sup>115</sup>

U tom se pogledu, po Klarićevu i Vedriševu mišljenju, subjektivno građansko pravo definira kao »skup ovlaštenja koja pravnom subjektu u određenom građanskopravnom odnosu priznaju norme objektivnog građanskog prava«, pri čemu subjektivno (građansko) pravo sadrži tri ključna elementa: pripadanje, ovlaštenje i interes.<sup>116</sup>

U kontekstu subjektivnih (građanskih) prava itekako je bitno spomenuti i sam(o) (pravo-)zahtjev<sup>117</sup> koji *eo ipso* ne pripada u kategoriju sadržaja subjektivnih prava, već samo po sebi jest subjektivno pravo koje vlastitu aktualnost dobiva samom povredom subjektivnog prava iz koje je proizašlo.<sup>118</sup> Samim time, zahtjev stoji kao sporedno i relativno (subjektivno) pravo u odnosu na glavno, odnosno povrijeđeno subjektivno pravo.<sup>119</sup> Sama daljnja kategorizacija zahtjeva može ponuditi određene poteškoće, naročito u onom aspektu koji se odnosi na usporedbu zahtjeva i same tužbe.<sup>120</sup> Tuzemna je građanskopravna doktrina zauzela stajalište da pojam zahtjeva nije istovjetan tužbi, odnosno da se ne može raditi o tužbi u materijalnopravnom smislu, već da se radi o zasebnom subjektivnom pravu. Samo razlikovanje subjektivnog građanskog prava i njegova zahtjeva od velike je važnosti kod pitanja prekluzivnih i zastarnih rokova.

Brojna bioetička previranja u području biomedicine, osobito problematika darivanja organa nakon smrti, aktualizirala su pitanje o statusu ljudskog tijela poslije smrti. To pitanje spornim označavaju i Vedriš i Klarić, te neposredno nakon toga kategorički tvrde da je »smrcu prestao postojati čovjek kao pravni subjekt«, što je komplementarno u odnosu na prijašnje teorijskopravne, ali i buduće građanskopravne iznesene tvrdnje u radu.<sup>121</sup> Navedeno je stajalište bilo prisutno i u rimskom privatnom pravu gdje se smatralo da smrt predstavlja konačan kraj osobe<sup>122</sup> (*mortis momentum est ultimum vitae momentum*) te da pokojna osoba ne može imati volju, odnosno proizvoditi valjane pravne učinke (*mortus velle desiit*). Navedeno se osobito odnosilo na ona prava i obveze osobnog karaktera,<sup>123</sup> što je uvelike primjenjivo na pitanje vezu pokojnih osoba i prava osobnosti u idućem poglavlju.<sup>124</sup>

Ipak, naglašava se činjenica da se s ljudskim tijelom »ne postupa kao sa stvari« odnosno da se sa stvarima postupa po načelu utiliteta, a s ljudskim truplom po načelu pijeteta.<sup>125</sup> Ovdje je, također, potrebno naglasiti da je, u pisanjima određenih autora iz područja građanskog prava, u kontekstu definicije »stvari« kao »tjelesnih dijelova prirode, različitih od ljudi, koji služe ljudima za uporabu« iz Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima<sup>126</sup> (čl. 2.), već razrađivan i jasno utvrđen koncept objektivizacije dijelova ljudskog tijela u odnosu na kriterij odvojenosti dijelova tijela od samog tijela.<sup>127</sup>

## 5. 2. Pokojna osoba i (postmortalna zaštita) prava osobnosti u doktrini građanskog prava

Gavella u podjeli subjektivnih prava s obzirom na objekt(e), navodi i neimovinska subjektivna prava, točnije prava osobnosti.<sup>128</sup> Prava osobnosti (njem. *Persönlichkeitsrechte*) jesu

»... subjektivna neimovinska privatna prava na onim osobnim dobrima svake osobe koje pravni poredak štiti.«<sup>129</sup>

114

Vidjeti tako poglavlje V. »Građansko pravo u subjektivnom smislu«, u: Martin Vedriš, Petar Klarić, *Građansko pravo. Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2014., str. 73; Vidjeti primjericu i razmatranja o subjektivnim privatnim pravima u: Nikola Gavella, *Privatno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2019., str. 173.

115

N. Gavella, *Privatno pravo*, str. 173.

116

M. Vedriš, P. Klarić, *Građansko pravo*, str. 63, 66, 67.

117

O navedenoj tematici pogledati recimo razmatranja u: Slavica Krneta, »Evolucija pojma 'zahtjev' i njegov odnos prema subjektivnom pravu«, *Godišnjak Pravnog fakulteta Sveučilišta u Sarajevu XXIII* (1975), str. 297–309.

118

Međutim, još uvijek nije unificirano stajalište o tome je li sam zahtjev proizašao iz objektivnog ili subjektivnog građanskog prava gdje postoje različita stajališta i u šanjoj građanskopravnoj doktrini. Usporediti: M. Vedriš, P. Klarić, *Građansko pravo*, str. 67; N. Gavella, *Privatno pravo*, str. 209.

119

Usp. N. Gavella, *Privatno pravo*, str. 209.

120

Pogledati razmatranja u: Eva Schulev-Steindl, *Subjektive Rechte. Eine rechtstheoretische und dogmatische Analyse am Beispiel des Verwaltungsrechts*, Springer, Beč – New York 2008., str. 27, 32, 33. Također: Nikola Gavella, »O odnosu materijalnog i procesnog građanskog prava u parnicama – pogled sa stajališta privatnog (građanskog) prava«, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 63 (2013) 3–4, 2013.

121

M. Vedriš, P. Klarić, *Građansko pravo*, str. 73.

122

Npr. Ante Romac, »Mors«, u: Ante Romac, *Rječnik rimskog prava*, Informator, Zagreb

1989., str. 221; Adolf Berger, »Mors«, u: Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, American Philosophical Society, Philadelphia 1953., str. 588; Tako je i u Justinijanovim *Novelama* (Just. Nov. 22, 20) u kontekstu braka i statusnog prava, postojalo pravilo da »smrt dovršava sva prava« (*mors omnia iura solvit*). Dostupno na: [https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/N22\\_Scott.htm](https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/N22_Scott.htm) (pristupljeno 1. 4. 2022.).

123

Ibid.

124

Pogledati *infra* primjericu kompletna razmatranja u glavnom tekstu uz bilješke 132 i 134.

125

Ibid.

126

*Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*, Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14.

127

Pogledati tako navedena razmatranja u: Blanka Kačer, Dino Pivac, »Podjele stvari i pravno značenje tih podjela (u Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima)«, u: Blanka Kačer (ur.), *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima i Zakon o zemljišnim knjigama 1997. – 2017. Hrvatsko stvarno pravo: de lege lata i de lege ferenda*, Inženjerski biro, Zagreb 2017., str. 122–151; Blanka Ivančić-Kačer, *Građanskopravni aspekti transplantacije dijelova ljudskog tijela* (disertacija), Pravni fakultet, Sveučilište u Zagrebu, Zagreb 2013., str. 51; Hrvoje Kačer, »Tijelopatija (Pravni status dijelova ljudskog tijela u (hrvatskom) građanskom pravu)«, *Godišnjak – Hrvatsko društvo za građanskopravne znanosti i praksu* 1 (2002), str. 313–339.

128

N. Gavella, *Privatno pravo*, str. 185.

129

Ibid.

Zakon o obveznim odnosima<sup>130</sup> u čl. 19. st. 2. regulira prava osobnosti eksplicitno navodeći da se pod pravima osobnosti razumijevaju prava na

»... život, tjelesno i duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost osobnog i obiteljskog života, slobodu i dr.«<sup>131</sup>

Što se tiče neimovinskih subjektivnih prava, ona su nenasljediva, pa prilikom prestanka osobe-ovlaštenika, prestaju i njezina neimovinska prava,<sup>132</sup> poput primjerice časti i ugleda. Tako i u okviru teorije osobnih prava, Gavella navodi upravo da osobna prava vezana uz određenu osobu prestaju njezinom smrću jer je apsolutni prestanak subjektivnih osobnih prava determiniran činjenicom da prestaje postojati osoba nositelj prava jer je navedeno pravo neodvojivo od osobe svojeg nositelja.<sup>133</sup> Međutim, iz razloga što preminula osoba još »živi« u uspomeni njoj bliskih osoba koje imaju ovlaštenje štiti »ono što su bila osobna dobra umrloga od tuđih napadaja, uvreda i povreda«, prividnim se može smatrati da se radi o »postmortalnom trajanju osobnih prava umrloga kod njegovih nasljednika.«<sup>134</sup> Gavella jasno razgraničuje (nepostojeće) osobno pravo preminule osobe od osobnog prava njezinih nasljednika na duševni integritet da zaštite svoju uspomenu i osjećaj pijeteta prema umrlome, zaključujući da osobna prava prestaju smrću osobe.<sup>135</sup>

Gavella, također, naglašava da ima onih iznimnih situacija gdje osobna prava umrloga nastavljaju svoju egzistenciju i nakon smrti svojeg dotadašnjeg nositelja, poput primjerice autorskih prava (čl. 55. Zakona o autorskom pravu i drugim srodnim pravima).<sup>136</sup> Međutim, takve situacije moraju biti eksplicitno propisane i posebno određene zakonom, dok za sve ostale situacije vrijedi pravilo da osobna prava prestaju smrću osobe.<sup>137</sup> No, u odnosu na potonje, Radolović, primjerice, ipak izražava određenu skepsu, tvrdeći da je »čovjek subjekt prava osobnosti od rođenja do smrti, pa čak u određenom smislu i prije rođenja odnosno iza smrti«,<sup>138</sup> navodeći i određena pisanja iz njemačke pravne literature.<sup>139</sup> Navedenu tvrdnju Radolović aktualizira s obzirom na mnogobrojna bioetička previranja vezana uz pitanja zaštite osobnih podataka (*big data*) u sferi biomedicinskih i biotehnoloških genetskih istraživanja,<sup>140</sup> ali i primjerice medija, medijskog prava i prava na vlastitu sliku, za što navodi da preminulim osobama pripada pravo zaštite »u sklopu postmortalne zaštite prava osobnosti.«<sup>141</sup> Međutim, ipak je vidljivo da se još uvijek radi o »dvojbenom« pitanju koje nije odgovoreno kategorički i protivno već navedenim zaključcima o prestanku subjektivnih osobnih prava smrću osobe nositelja, osobito ako uzmemo u obzir već navedena teorijskoppravna razmatranja u radu.

### 5. 3. Zaštita pijeteta pokojnika i ostali zakonski propisi *de lege lata*

Nedvojbeno je da se u suvremenim pravnim porecima donosi sve više propisa koji se odnose na preminule osobe.<sup>142</sup> Navode se brojni primjeri važećih zakonskih tekstova radi potpore prava pokojnika: obveza poštovanja oporuke što omogućuje da volja preminulih nastavlja egzistirati *post mortem*<sup>143</sup> (čl. 48. st. 3. hrvatskog Ustava), pravo zaštite njihova ugleda i časti u europskim državama (kaznena djela protiv časti i ugleda, čl. 147–151.<sup>144</sup> hrvatskog Kaznenog zakona),<sup>145</sup> u Sjedinjenim Američkim Državama takva zaštita u većini država ne postoji, pravo na počivanje u miru (čl. 332. Kaznenog zakona i kazneno djelo povrede mira pokojnika); zabrana trgovanja dijelovima ljudskog tijela (čl. 107. Kaznenog zakona), te nedozvoljeno uzimanje i presađivanje dijelova ljudskog tijela od preminule osobe (čl. 182. st. 3.), preminuli mogu biti pokopani sa svim svojim organima, što znači da bez njihova izričitog ili prešutnog

pristanka, ovisno o pravnom uređenju pojedine države, nije moguće upotrijebiti njihove organe za spas drugih pojedinaca kojima su ti organi potrebni (primjerice, čl. 9. hrvatskog Zakona o presađivanju ljudskih organa u svrhu liječenja<sup>146</sup> te čl. 5. Zakona o primjeni ljudskih tkiva i stanica).<sup>147</sup> Danas se zbog napretka medicine štiti čak i pravo na reproduktivnu autonomiju nakon smrti. Tako i ustavni sudovi raspravljaju o »reproduktivnim pravima preminulih«.<sup>148</sup>

U vidu kaznenog zakonodavstva, ono što je itekako zanimljivo za primijetiti jest činjenica da je još donedavno (promjenama kaznenog zakonodavstva iz

130

*Zakon o obveznim odnosima*, Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21.

131

Tako, primjerice, Aldo Radolović naglašava da je ipak još uvijek dvojbeno što točno spada u pravo osobnosti i koji je točan sadržaj istog prava. Tako se, i u kontekstu njegova rada, navodi primjer »prava na smrt« u okviru problematike eutanazije, gdje je još uvijek prilično sporno postoji li uopće isto pravo te koji je njegov sadržaj. Usp. Aldo Radolović, »Pravni poslovi prava osobnosti«, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 35 (2014) 1, str. 95–118.

132

Usp. N. Gavella, *Privatno pravo*, str. 184.

133

N. Gavella, *Privatno pravo*, str. 230; usp. Nikola Gavella, *Osobna prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2000., str. 33.

134

N. Gavella, *Osobna prava*, str. 33. O navedenoj temi također se razmatralo i mnogo prije u određenim znanstvenim tekstovima. Tako primjerice: Slavica Krneta, »Pravna priroda postmortalne zaštite ličnosti«, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* (1972), str. 15–33.

135

N. Gavella, *Osobna prava*, str. 34.

136

*Zakon o autorskom pravu i drugim srodnim pravima*, Narodne novine, br. 111/21.

137

Vidjeti u N. Gavella, *Osobna prava*, str. 34.

138

Aldo Radolović, »Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima«, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 27 (2006) 1, str. 129–170.

139

Andreas Spickhoff, »Postmortaler Persönlichkeitsschutz und ärztliche Schweigepflicht«, *Neue Juristische Wochenschrift* (2005), br. 28, str. 1982–1984, ovdje str. 1982.

140

Više o tome vidi: A. Radolović, »Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima«, str. 129–170.

141

Aldo Radolović, »Odnos prava osobnosti i medijskog prava«, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1 (2007) 28, str. 267–315.

142

K. R. Smolensky, »Rights of the Dead«, str. 788.

143

V. A. J. Kurki, »Why things can hold rights? Reconceptualizing the legal person«, str. 75.

144

Tako je prema čl. 150. st. 2. *Kaznenog zakona* predviđeno da »ako su kaznena djela protiv časti i ugleda počinjena prema umrloj osobi, kazneni postupak može se pokrenuti privatnom tužbom bračnog ili izvanbračnog druga, istospolnog partnera, roditelja, djece, posvojitelja, posvojenika, braće ili sestara umrle osobe«.

145

*Kazneni zakon*, Narodne novine, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21.

146

*Zakon o presađivanju ljudskih organa u svrhu liječenja*, Narodne novine, br. 144/12.

147

*Zakon o primjeni ljudskih tkiva i stanica*, Narodne novine, br. 144/12.

148

K. R. Smolensky, »Rights of the Dead«, str. 788; vidi: Ustavni sud Republike Češke, »Decisions 2018/11/8 – I. ÚS 1099/18: In Vitro Fertilisation with Sperm of a Deceased Husband«, *Ústavní soud České republiky – oficiální webové stránky*. Dostupno na: <https://www.usoud.cz/en/decisions/2018-11-8-i-us-1099-18-in-vitro-fertilisation-with-sperm-of-a-deceased-husband> (pristupljeno 1. 4. 2022.).

2011. godine) kazneno djelo povrede mira pokojnika bilo smješteno u glavu kaznenih djela protiv slobode i prava čovjeka i građanina. No razlog za to ne implicira subjektivitet pokojnih osoba, već je usmjeren u posve drugom smjeru. Tako razlog smještanja istog kaznenog djela u glavu kaznenih djela protiv slobode i prava čovjeka i građanina leži u činjenici da se držalo da je pravo na pijetet prema nekome jedno od temeljnih prava svakog čovjeka.<sup>149</sup> Trenutno, kazneno djelo povrede mira pokojnika regulirano je čl. 332. Kaznenog zakona te je smješteno u Glavu tridesetu (XXX.) kaznenih djela protiv javnog reda. Budući se radi o blanketnim odredbama, u obzir dolazi i primjena Zakona o grobljima<sup>150</sup> te Zakona o pogrebničkoj djelatnosti.<sup>151</sup> Kazneno djelo povrede mira pokojnika iz čl. 332. KZ-a sastoji se od tri stavka. Osnovni oblik ovog kaznenog djela predviđeno je stavkom 1. gdje će se

»... kaznom zatvora do jedne godine kazniti ona osoba koja neovlašteno iskopa, prekopa, razruši, oštetiti ili na drugi način grubo oskrvrne grob, mjesto ukopa ili spomen na umrle.«

Stavak 2. predstavlja kvalificirani oblik ovog kaznenog djela gdje će se

»... kaznom zatvora do dvije godine kazniti ona osoba koja neovlašteno iskopa, odnese, oštetiti, uništi, sakrije ili premjesti tijelo, fetus, dio tijela ili pepeo umrle osobe, ili tko oskrvrne tijelo.«

Za razliku od stavka 1., objekt ovog pojavnog oblika kaznenog djela jesu tijelo, fetus i ostaci umrle osobe, dok mjesto počinjenja ne mora biti grob već svako mjesto gdje se nalaze tijelo ili ostaci umrle osobe.<sup>152</sup> Stavak 3. predviđa kažnjavanje za pokušaj. Gledajući komparativno, u njemačkom kaznenom zakonodavstvu<sup>153</sup> u Glavi 11. o kaznenim djelima protiv religije i ideologije, u čl. 168. kazneno djelo povrede mira pokojnika regulirano je na gotovo identičan način poput odredbi hrvatskog KZ-a. Također, njemački je zakonodavac u Glavi 14. o kaznenim djelima uvrede, čl. 189. kriminalizirao i oskrvnjivanje sjećanja na mrtve osobe, što se kažnjava novčanom kaznom ili kaznom zatvora do dvije godine. Osim regulacije povrede mira pokojnika u st. 1., austrijski Kazneni zakon<sup>154</sup> u st. 2. § 190. predviđa kažnjavanje (kaznom zatvora do tri mjeseca ili novčanom kaznom do 180 dnevnih stopa) onog počinitelja koji »ukloni nakit s ukopa, groblja ili spomen-mjesta«, što predstavlja prilično bitnu stavku čija će se važnost manifestirati u idućem potpoglavlju. Specifičnost je primjerice francuskog kaznenog zakonodavstva<sup>155</sup> što je kvalificirani oblik kaznenih djela protiv poštovanja prema preminulima (Odjeljak 4, čl. od 225-17 do 225-18-1) određen i u situaciji počinjenja povrede mira i sjećanja na pokojnika iz razloga »pripadništva ili ne-pripadništva pokojnika, koje je istinito ili samo pretpostavljeno, određenoj etničkoj, nacionalnoj, rasnoj ili religijskoj pripadnosti« (čl. 225–18).

Pijetet pokojnika, kao ono pravo osobnosti i ovlaštenje koje pripada pokojnikovim bliskim osobama, zaštićeno je i različitim odredbama posebnih zakona. Tako je upravo u pogledu groblja potrebno istaknuti da se radi o objektu posebnog uređenja, pa privatnopravni subjekti izvršavaju vlastita imovinska prava (pravo korištenja grobnog mjesta) sukladno posebnim pravnim propisima, točnije u odnosu na odredbe Zakona o grobljima.<sup>156</sup> Nadalje, Zakon o pogrebničkoj djelatnosti (čl. 6.) eksplicitno navodi da

»... davanje ponuda i oglašavanje pogrebničke djelatnosti mora biti u skladu s pravilima struke te uz poštivanje načela pijeteta.«

Sam pijetet pokojne osobe poštuje se i u zakonskim propisima iz područja biomedicine. Prema Zakonu o presađivanju ljudskih organa u svrhu liječenja



(čl. 9.), kao i prema Zakonu o primjeni ljudskih tkiva i stanica (čl. 5.), prilikom uzimanja organa (i tkiva i stanica) s umrle osobe

»... potrebno postupati s dužnim poštovanjem prema osobnom dostojanstvu umrle osobe i njezine obitelji.«

Navedena je odredba odraz poštovanja prema pijetetu preminulog i njegove obitelji te istu odredbu ima i austrijsko zakonodavstvo<sup>157</sup> koje naglašava da uklanjanje organa iz tijela mrtvog darivatelja ne smije rezultirati sakaćenjem tijela.

#### 5. 4. Pregled sudske prakse

##### 5. 4. 1. Pregled tuzemne prakse – predmet »Osječki grobari«

Praksa je hrvatskih sudova te Europskog suda za ljudska prava u nekoliko navrata zabilježila slučajeve u kojima se eksplicitno ili implicitno vrijeđa pijetet pokojnika. Tako određeni predmeti sa sobom nose prilično zanimljiva pitanja i kontroverze koja može bitno impliciraju pitanje pokojnikovog pravnog subjektiviteta, kao što je slučaj u predmetu »Osječkih grobara«. Navedeni je predmet zanimljiv i zato što, premda je kazneni predmet, preliminarno inicira vrlo zanimljiva pitanja iz područja građanskog prava.

Općinsko je državno odvjetništvo u Osijeku 29. srpnja 2014. podiglo optužnicu protiv ukupno 15 počinitelja, od kojih je njih 14 optuženo za počinjenje kaznenog djela teške krađe (čl. 229., st. 1., KZ/11) te kazneno djelo povrede mira pokojnika (čl. 332. st. 2., KZ/11) jer su okrivljenici

»... na osobito drzak način tuđe pokretne stvari oduzeli drugome s ciljem da ih protupravno prisvoje, te oskrvnuli tijela.«<sup>158</sup>

Okrivljenike I–X tereti se da su kao grobari lokalnog pogrebničkog društva

»... prilikom ručnog kopanja zemljanih grobnih mjesta u kojima se nalaze posmrtni ostaci ranije ukopanih pokojnika, a radi ukopa novog pokojnika, kao i prilikom ekshumacija, podizali poklopce dotrajalih ljesova te iz unutrašnjosti istih i s posmrtnih ostataka pokojnika koji su se nalazili u zemlji nakon truljenja ljesa, uzeli i zadržali za sebe točno neutvrđenu količinu zlatnog nakita, zlatnih zuba i zubnih navlaka.«<sup>159</sup>

149

Usp. Franjo Bačić, Šime Pavlović, *Komentar Kaznenog zakona*, Organizator, Zagreb 2004., str. 552.

150

*Zakon o grobljima*, Narodne novine, br. 19/98, 50/12, 89/17.

151

*Zakon o pogrebničkoj djelatnosti*, Narodne novine br. 36/15, 98/19.

152

Ibid.

153

*Strafgesetzbuch, StGB*, BGBl. I S. 3322, Letzte Änderung: BGBl. I S. 441, m.W.v. 03.04.2021.

154

*Strafgesetzbuch, StGB*, BGBl. Nr. 60/1974, Letzte Änderung: BGBl. I Nr. 94/2021.

155

*Code pénal – Dernière modification le 01 janvier 2020 – Document généré le 04 février 2020.*

156

Usp. N. Gavella, *Privatno pravo*, str. 183, 184.

157

*Organtransplantationsgesetz – OTPG*, BGBl. I Nr. 108/2012, § 5. (1.).

158

*Općinsko državno odvjetništvo u Osijeku*, K-DO-1137/13-44, 29. srpnja 2014., str. 7.

159

Ibid., str. 5.

## Odnosno, okrivljenike XI–XIV da su

»... s drugim okrivljenicima, u nakani pribavljanja nepripadne imovinske koristi, iz lijesa i s tijela točno neutvrđenih pokojnika, kao nositelji mrtvih [...] prilikom preuzimanja, utovara, istovara, oblačenja, brijanja, uređenja pokojnika, smještaja pokojnika u hladnjaču i mrtvačnicu te prijenosa pokojnika na sprovodu, od pokojnika neposredno prije zatvaranja lijesa i ukopa u grob, uzeli i zadržali za sebe točno neutvrđenu količinu zlatnog nakita, satova i novca.«<sup>160</sup>

Navedeni je predmet bio prilično popraćen i od strane medija<sup>161</sup> jer se radi o onom predmetu koji uistinu implicira prilično zanimljiva pitanja. Što se tiče kaznenog djela povrede mira pokojnika, upitno je može li se raditi o istom kaznenom djelu jer se i u optužnici u velikom broju slučajeva navodi da su grobari navedeni nakit »pronašli«, da »nije bio problem podići poklopac s lijesa [dakle, bez 'nasilnog otvaranja'] jer je sve istrulo«, te kako zubi većinom nisu nasilno vađeni iz zubala, nego su »sami ispadali«. Upravo je navedeno potvrdio i Županijski sud u Varaždinu jer je potrebno istaknuti da su okrivljenici pravomoćno oslobođeni optužbi u odnosu na ovo kazneno djelo.<sup>162</sup>

Što se tiče kaznenog djela teške krađe, zanimljivo i ipak nešto spornije pitanje koje još uvijek nije pravomoćno riješeno u odnosu na sve okrivljenike jest upravo onaj dio optužnice (ali i zakonskog teksta)<sup>163</sup> koji se odnosi na pitanje uzimanja tuđih pokretnih stvari od »drugoga«. Tako se u konkretnom predmetu postavlja svakako stanovito pitanje kome su točno grobari navedeno zlato otuđili te je li uistinu navedeno pitanje uopće relevantno za utvrđivanje? Može li se pak pokojnik okarakterizirati »drugim« te znači li to da se time izravno implicira pokojnikov pravni subjektivitet ili se može bitno radi o primjeni čl. 132. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima koji regulira pitanje napuštene stvari?<sup>164</sup> Radi se svakako o itekako zanimljivim teorijsko/kazneno/građanskopravnim pitanjima o kojima će sud dati svoj konačni pravorijek u vezi navedenog kaznenog djela.

U istom predmetu, prvostupanjskom presudom Općinskog suda u Osijeku<sup>165</sup> ukupno 14 optuženih osuđeni su za kaznena djela teške krađe i povrede mira pokojnika (uz različito utvrđeno činjenično stanje kod zadnja 4 okrivljenika). Drugostupanjskom presudom Županijskog suda u Varaždinu<sup>166</sup> okrivljenici se oslobađaju optužbe za kazneno djelo povrede mira pokojnika,<sup>167</sup> ali se predmet upućuje prvostupanjskom sudu na novo suđenje za kazneno djelo teške krađe. Nadalje, Općinski sud u Osijeku<sup>168</sup> oslobađa 8. i 9. i 10.-optuženog za kazneno djelo teške krađe, a ostale okrivljenike osuđuje za isto kazneno djelo. Županijski sud u Varaždinu<sup>169</sup> potom pravomoćno oslobađa 8. optuženog, no ukida presudu Općinskog suda za 9. i 10. te opet vraća prvostupanjskom sudu na suđenje. Također, u vidu svih ostalih okrivljenika osim 13.-optuženog koji je u tom trenutku pravomoćno osuđen za tešku krađu te 8.-optuženog koji je u tom trenutku pravomoćno oslobođen, predmet se ponovno vraća Općinskom sudu na suđenje zbog kaznenog djela teške krađe. Županijski sud u navedenoj presudi navodi da se činjenično stanje treba mnogo detaljnije utvrditi, razmotriti jesu li grobari bili u zabludi o protupravnosti te razmotriti čl. 14., st. 2. Zakona u grobljima u vidu pitanja o napuštеноj stvari. Kao što je već navedeno, predmet je pravomoćno riješen u odnosu na 13.-optuženog koji je proglašen krivim za kazneno djelo teške krađe. Međutim, činjenično stanje navedenog okrivljenika nije sporno u odnosu na one druge jer je okrivljenik otuđivao zlatni nakit od pokojne osobe prije same sahrane, pa je pritom kazneno djelo počinjeno

»... na osobito drzak način, jer modalitet njegovog počinjenja znatno odskaače od uobičajenog drskog ponašanja kod činjenja kaznenog djela krađe.«<sup>170</sup>

## Sud ističe da se u konkretnom slučaju radi o »tuđoj stvari« jer

»... ista van sumnje nije vlastita stvar okrivljenika, a nije ni napuštena stvar, čega je okrivljenik itekako svjestan jer se stvar-ogrlica nalazi na pokojniku prije sahrane, a volja nasljednika je bila da se njima bliska osoba pokopa s tom ogrlicom.«<sup>171</sup>

### 5. 4. 2. Praksa Europskog suda za ljudska prava

Ono što je zanimljivo jest da se u praksi Europskog suda za ljudska prava (dalje u tekstu: ESLJP) u nekoliko navrata implicitno pojavljivalo upravo pitanje pokojnikova subjektiviteta, osobito u odnosu na odredbe o zaštiti slobode izražavanja te privatnog i obiteljskog života. U predmetu *Editions Plon protiv Francuske*,<sup>172</sup> Sud je utvrđivao je li prilikom sudske privremene, a kasnije i trajne zabrane, prodaje knjige *Le Grand Secret* privatnog liječnika francuskog predsjednika François Mitterranda, došlo do povrede čl. 10. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje u tekstu: EKZLJPTS). Nave-

160

Ibid., str. 6.

161

Npr. »Osječki grobari 20 godina krali zlato s pokojnika«, *RTL.hr* (9. 12. 2013.). Dostupno na: <http://www.vijesti.rtl.hr/novosti/1000608/osjecki-grobari-20-godina-krali-zlato-s-pokojnika/> (pristupljeno 1. 4. 2022.); »Uzimao sam zube prstima iz lubanje. Zadržao bih zlato?«, *Večernji list* (18. 1. 2014.). Dostupno na: <http://www.vecernji.hr/crna-kronika/pljacka-si-grobova-uzimao-sam-zube-prstima-iz-lubanje-zadrzao-bih-zlato-915803> (pristupljeno 1. 4. 2022.); »Je li krađa zlata s tijela pokojnika krađa ili moralno pitanje?«, *Glas Slavonije* (24. 1. 2015.), dostupno na: <http://www.glas-slavonije.hr/259012/8/Je-li-kradja-zlata-s-tijela-pokojnika-kradja-ili-moralno-pitanje> (pristupljeno 1. 4. 2022.).

162

Vidjeti *infra*, *Županijski sud u Varaždinu*, 21 Kž-439/17-8, od 21. siječnja 2019.

163

Čl. 228. i 229. Kaznenog zakona: »Tko tuđu pokretnu stvar oduzme drugome s ciljem da je protupravno prisvoji [...]«

164

U tom pogledu primjerice čl. 132. ZV: »(1) Osim izvorno ničijih stvari, ničije su i one koje je vlasnik napustio ako se time odrekao svoga prava vlasništva. (2) Pokretna stvar je ničija od trenutka kad njezin vlasnik, u namjeri da se odrekne vlasništva, napusti posjed te stvari.« – No, navedeno bi se također trebalo promatrati i kontekstu čl. 14. st. 1. Zakona o grobljima: »Grobn mjesto za koje grobna naknada nije plaćena deset godina, smatra se napuštenim i može se ponovo dodijeliti na korištenje, ali tek nakon proteka petnaest godina od posljednjeg ukopa u grob, odnosno nakon proteka trideset godina od ukopa u grobnicu.«

165

*Općinski sud u Osijeku*, 25.K-888/2013-173, od 28. kolovoza 2017.

166

*Županijski sud u Varaždinu*, 21 Kž-439/17-8, od 21. siječnja 2019.

167

U vidu pravomoćnosti presude oko oslobođenja optužbi za kazneno djelo povrede mira pokojnika, *Županijski sud u Varaždinu* ističe ono što je bilo sporno i na samom početku: »... u konkretnom slučaju u činjeničnom opisu terećenog kaznenog djela izostao je točan opis radnji okrivljenih iz kojih bi se moglo zaključiti da su isti oskrvnuli tijela, pa je izostao jedan od bitnih elemenata kaznenog djela zbog kojeg su okrivljenici proglašeni krivima. Samo uzimanje zlatnog nakita, zlatnih zuba i zlatnih navlaka koji se nalaze u zemlji nakon truljenja ljesova ni u kom slučaju se ne može smatrati sknavljenjem tijela, kako je to pogrešno zaključio prvostupanijski sud.«

168

*Općinski sud u Osijeku*, 25.K-48/2019-51, od 23. prosinca 2019.

169

*Županijski sud u Varaždinu*, 21 Kž-143/2020-12, od 7. rujna 2020.

170

Str. 8. Presude i Rješenja.

171

Ibid.

172

ESLJP, *Editions Plon protiv Francuske*, Zahtjev br. 58148/00, od 18. kolovoza 2004.

dena je knjiga objavljena devet dana nakon predsjednikove smrti te je iznosila izrazito privatne činjenice zdravstvenog stanja pokojnog predsjednika. ESLJP ističe da je vidljivo da su, u odnosu na legitimne ciljeve iz čl. 10. st. 2. Konvencije, nacionalni sudovi prilikom izricanja mjere zabrane postupali u odnosi na dva legitimna cilja: »sprječavanje odavanja povjerljivih informacija« (jer se radilo o liječničkoj tajni) te »zaštite prava drugih« (odnosno »predsjednika i njegove udovice i djece, na koju su premještena nakon njegove smrti«).<sup>173</sup>

Međutim, stanovita antitetičnost vidljiva je u posljednjem dijelu potonje rečenice. Zanimljivo je da sud, u okviru »zaštite prava drugih«, na prvom mjestu ističe pokojnog predsjednika, no nadalje, očigledno, ipak zauzima stajalište da se po njegovoj smrti sva prava prebacuju na članove njegove obitelji. No dosljednost oko toga radi li se o pravu pokojnog predsjednika ili članova njegove obitelji gubi se i u ostalim dijelovima presude. Jer, naposljetku, ESLJP zauzima stajalište da je sama zabrana bila u skladu s legitimnim ciljevima ograničenja slobode izražavanja iz čl. 10. st. 2. EKZLJPTS-a sve do 23. listopada 1996., od kada za njom više ne postoji »nužna društvena potreba«<sup>174</sup> te se treba smatrati »disproporcionalnom zaštitu legitimnog cilja, odnosno *zaštiti prava François Mitterranda* i njegovih nasljednika«,<sup>175</sup> pri čemu ističe povredu čl. 10. od tog datuma pa nadalje. Presudom *Putistin protiv Ukrajine*,<sup>176</sup> Sud radi ozbiljni odmak od pravne subjektivizacije preminulih osoba. U navedenoj presudi, Sud zaključuje da nije došlo do povrede čl. 8. Konvencije o pravu na poštovanje privatnog i obiteljskog života, u situaciji gdje je podnositelj zahtjeva privatnim prijedlogom pred ukrajinskim sudovima optužio jedno novinarsko društvo za klevetu protiv njegova pokojnog oca. Sud bitno ističe mišljenje ukrajinskog suda da podnositelj zahtjeva »nije osoba koja je bila izravno pogođena objavom«. <sup>177</sup> Naime, Sud smatra da navedeni sporni članak ne donosi dovoljno konkretnih činitelja da bi čitatelja naveo na pogrešno, klevetnički uvjetovano mišljenje o podnositeljevom ocu.<sup>178</sup> Iako Sud to nadalje ne ističe eksplicitno, korištenjem argumenta *a contrario*, može se protumačiti da svaki onaj članak koji eksplicitno i detaljno eksponira klevetu protiv preminule osobe, može biti povodom za zahtjev zbog povrede privatnog i obiteljskog života. No ovdje je bitno naglasiti da se time ne aludira na povredu prava pokojne osobe, već na povredu prava članova njegove uže obitelji.

Tako je u predmetu *Genner protiv Austrije*<sup>179</sup> Sud istaknuo da je pred »javnim vlastima stavljen prilično zahtjevan zadatak balansiranja između dvaju suprotstavljenih vrijednosti, slobode izražavanja s jedne strane« (iz čl. 10 EKZLJPTS-a) »i prava na poštivanje drugih« (iz čl. 8. EKZLJPTS-a).<sup>180</sup> Samim je time, istim predmetom, gdje je član određene udruge na mrežnim stranicama udruge iznio sporan tekst koji kritizira preminulu ministricu unutarnjih poslova, dodatno implicirano da se bilo kakva povreda pijeteta pokojnika zapravo odnosi ili na povredu javnog interesa ili na povredu prava njegovih članova obitelji (»iz poštovanja prema osjećajima rodbine preminule osobe«).<sup>181</sup> Pitanje povrede čl. 10. Konvencije razmatrao je ESLJP i u recentnom predmetu *MAC TV s.r.o. protiv Slovačke*.<sup>182</sup> U navedenom je predmetu ESLJP utvrdio kršenje čl. 10. Konvencije jer je Vijeće za radiodifuziju Republike Slovačke novčanom kaznom kaznilo (što su potvrdili i nacionalni sudovi) televizijsko društvo koje je, po njima, izreklo sadržaj koje krši pijetet pokojnog poljskog predsjednika, tragično preminulog u avionskoj nesreći 2010. godine. Sud ističe da navedeni komentari ne mogu predstavljati »neopravdani osobni napad na Lecha Kaczynskog ili vrijeđanje Lecha Kaczynskog«, već se radi o drugačijem stavu novinara koji kritizira njegovo političko djelovanje i stavove.<sup>183</sup>

No, u navedenom se predmetu itekako može primijetiti nedosljednost suda u vidu prilično dvojbena načina izražavanja gdje se koristi izraz »pojedinačna prava pokojnog Predsjednika [engl. *individual rights of the late President*]«. <sup>184</sup> ESLJP vidi spornim što je Vijeće za radiofuziju samoinicijativno pokrenulo postupak protiv televizijskog društva, a ne na zahtjev bliske rodbine pokojnog predsjednika, na zahtjev poljskog naroda ili vlasti da bi se »zaštitila pojedinačna prava Lecha Kaczynskog«. <sup>185</sup> Sud u potpunosti odbija argument slovačkih vlasti da je kazna služila ne samo zaštiti »pojedinačnih prava slovačkog predsjednika« nego i zaštiti prava i sloboda ostalih od neprihvatljivih komentara koji su usmjereni pozdravljanju smrti određene osobe. <sup>186</sup> Po mišljenju Suda, odluke domaćih vlasti fokusirale su se isključivo na zaštitu osobnih prava pokojnog predsjednika, čime je ispunjen tzv. kriterij »individualizacije« pa se ne može govoriti i o zaštiti javnog interesa. <sup>187</sup> U presudi *Magnitskiy i drugi protiv Rusije*, <sup>188</sup> ESLJP zauzima stajalište da posthumni kazneni progon (postupak) krši pravo na pravično suđenje te presumpciju nevinosti iz čl. 6. EKZLJPTS-a. U postupku koji se vodio protiv ruskog pravника Sergeya Magnitskyja, ruske su vlasti nastavile kazneni postupak protiv njega i nedugo nakon njegove smrti. Premda smatra da se time vrijeđa pokojnikovo dostojanstvo (ne pijetet), ESLJP eksplicitno ističe kako se »preminula osoba ne može kazniti« te da kazneni progon protiv preminule osobe »krši načela jednakosti oružja te načelo pravičnog suđenja« <sup>189</sup> jer se preminula osoba ne može pravovaljano braniti. Meritorno, u svim je navedenim predmetima, osim posljednjeg, vidljivo da ESLJP raspravlja ili u okviru čl. 8. ili čl. 10. EKZLJPTS-a, odnosno ili u vidu povrede javnog ili privatnog interesa, čime se apsolutno ne eksplicira, niti implicira, pravni subjektivitet pokojne osobe. Predmet *Magnitskiy i drugi protiv Rusije* u tom pogledu radi određeni odmak od standardizirane rasprave pokojnikova pijeteta u okviru isključivo članaka 8. ili 10. EKZLJPTS-a, gdje je pokazano da se pitanje pokojnikova pijeteta

173  
Točka 34. Presude.

174  
Točka 55. Presude.

175  
Točka 54. Presude.

176  
ESLJP, *Putistin protiv Ukrajine*, Zahtjev br. 16882/03, od 21. studenog 2013.

177  
Točka 37. Presude.

178  
Vidjeti točke 36–41 Presude.

179  
ESLJP, *Genner protiv Austrije*, Zahtjev br. 55495/08 od 12. siječnja 2016.

180  
Točka 32. Presude. Sud također u okviru navedenog ističe i točku 44. u predmetu Braun protiv Poljske, zahtjev br. 30162/10, od 4. studenog 2014.

181  
Točka 35. Presude.

182  
ESLJP, *MAC TV s.r.o. protiv Slovačke*, Zahtjev br. 13466/12, od 9. travnja 2018.

183  
Točka 49. Presude.

184  
Točka 52. Presude.

185  
Točka 56. Presude.

186  
Točka 52. Presude.

187  
Ibid.

188  
ESLJP, *Magnitskiy i drugi protiv Rusije*, Zahtjev br. 32631/09 i 53799/12 od 27. studenog 2019.

189  
Točka 281. Presude.

ili možebitna implikacija pokojnika kao nositelja prava može postaviti i u određenom drugačijem kontekstu.

## Zaključak

Budući da danas velik broj pravnih sustava sadrži propise koji štite interese preminulih, ono na što smo pokušali odgovoriti u ovom članku jest pitanje može li se pravna zaštita pokojnika ispravno odrediti kao pitanje zakonskih / ustavnih prava kojima su oni nositelji.<sup>190</sup> Brojni teoretičari smatraju da dužnosti prema preminulima nisu korelativne bilo kojem pravu pokojnika, nego se one duguju živim pojedincima, članovima njihovih obitelji ili drugim pravno relevantnim osobama.

Na postavljeno pitanje najprije smo pokušali odgovoriti kritički propitujući stajališta zastupnika teorije volje i teorije interesa. Kad je riječ o voljnoj teoriji gdje je za nositelja subjektivnih prava ključno da ima sposobnost vršiti kontrolu nad korelativnom dužnošću, situacija je jasna jer preminule osobe ne mogu biti nositelji subjektivnih prava:

»X ne postoji u trenutku kada se postavilo pitanje hoće li ili neće Y ispuniti svoju dužnost.«<sup>191</sup>

Zastupnici teorije volje tako znatno sužuju broj potencijalnih nositelja subjektivnih prava što, kao što smo to istaknuli u radu, nema pokrića u suvremenim pravnim i društvenim kretanjima.<sup>192</sup> Kada su posrijedi prava preminulih, ni interesna teorija ne nudi jednoznačan odgovor. Primjerice, hrvatsko kazneno pravo štiti ugled i čast preminulih, no znači li činjenica da pokojnici ne osjećaju uvrede i klevete, te ne znaju ništa o povredi vlastite reputacije, da njihovi interesi ne mogu biti povrijeđeni?<sup>193</sup>

Feinberg uvjerljivo iznosi tezu da je u takvim slučajevima nositelj subjektivnih prava *ante mortem* pojedinac, živa osoba koja više ne postoji te da njezina nekadašnja svojstva opravdavaju sadašnju obvezu. Jasno je da samo određeni interesi mogu nadživjeti smrt. Interesi koji se više ne mogu povrijediti ili unaprijediti postmortalnim događajima ne mogu se štititi nakon smrti:<sup>194</sup> mogu se štititi samo interesi koji mogu nadživjeti pojedinca (*other regarding interest*).<sup>195</sup>

Po Kramerovu mišljenju, također zagovorniku teorije interesa, budući da se dobrobit preminulih može zaštititi u određenim aspektima, oni su »mogući nositelji subjektivnih prava«. <sup>196</sup> Preminuli niti su živi, niti su osjećajna bića, premda su to nekad bili. <sup>197</sup> Oni više ne mogu stjecati iskustva ili osjetiti bol. <sup>198</sup> Stoga se, kada razmatramo njihovu sposobnost biti nositelj subjektivnih prava, moramo pozivati na njihovo prošlo stanje. <sup>199</sup> Konceptualno, ističe Kramer, potpuno je prihvatljivo dodijeliti subjektivna prava pokojnicima, no hoće li njihovi određeni interesi biti zaštićeni kao subjektivna prava – moralno je odnosno političko pitanje. <sup>200</sup> Kramer zaključuje da pokojnici mogu biti nositelji subjektivnih prava u onom opsegu u kojem oblikuju živote današnjih ljudi, kroz sjećanja ili radnje koje se čine iz poštovanja prema preminulima. <sup>201</sup>

Upravo je pokazano da pozitivnopravni propisi *de lege lata* štite sjećanja na pokojne osobe, točnije njihov *ratio legis* odnosi se na pijetet pokojnika. Građanskopravna doktrina zauzima stajalište da prava osobnosti (primjerice pravo na čast i ugled) prestaju smrću osobe nositelja, što bi značilo da zaštita pijeteta pokojnika ne pripada pokojniku, nego njegovim bliskim osobama. No također su se navela i ona razmatranja koja, pojavom različitih suvremenih etičkih problema i izazova iz sfere medija, biomedicine i biotehnologije,

dosadašnja građanskopravna doktrinarna razmišljanja možebitno ostavljaju otvorenima za daljnja razmatranja. Upravo su razrađivana tuzemna praksa, kao i praksa ESLJP-a pokazala da je moguće otići i korak dalje od zaštite samog pijeteta, odnosno da se mogu pojaviti i ona sporna pravna pitanja koja naposljetku možebitno impliciraju pokojnikov pravni subjektivitet. No razrada iste pokazala je da se u sudskoj praksi pokojna osoba ne smatra subjektom prava te da sva ona sporna pravna pitanja koja se odnose na pokojnu osobu emaniraju iz kategorije pijeteta pokojne osobe koji je vezan uz pokojnikovu obitelj i srodnike.

Na kraju, važno je istaknuti da posmrtna prava mogu imati važne funkcije u zaštiti ustavnih i pravnih načela.<sup>202</sup> Osim što mogu štititi pojedinačna sjećanja, ona mogu poduprijeti načelo jednakost štiteći stigmatizirane ranjive skupine, kao što je to slučaj u Sjedinjenim Američkim Državama s Afroamerikancima koji su smrtno nastradali zbog policijskog nasilja.<sup>203</sup> Ustavna šutnja o nasilju i nejednakom postupanju od strane državnih vlasti prema pojedincima nakon smrti danas se više ne može smatrati opravdanom.<sup>204</sup> Priznanjem da pokojnici mogu biti nositelji subjektivnih prava otvara se prostor za sudske progone,<sup>205</sup> čime prestaje validnost pravila prema kojemu *Actio personalis moritur cum persona*.<sup>206</sup> Po Smolenskyjevu mišljenju, jedna od primarnih sila koja uzrokuje stvaranje subjektivnih prava pokojnika kulturne su norme, dostojanstvo, autonomija i poštovanje želja pokojnika.<sup>207</sup> Neupitno je da će daljnji razvoj ovog područja vezanog uz subjektivna prava preminulih imati značajan utjecaj na našu kolektivnu pravnu i političku svijest.<sup>208</sup>

- 190  
Usp. M. H. Kramer, »Do Animals and Dead People Have Legal Rights?«, str. 31.
- 191  
C. Fabre, »Posthumous Rights«, str. 226.
- 192  
Usp. K. R. Smolensky, »Rights of the Dead«, str. 769.
- 193  
Ibid., str. 771.
- 194  
J. Feinberg, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, str. 64–65.
- 195  
G. W. Rainbolt, *The Concept of Rights*, str. 213.
- 196  
Po M. H. Kramerovu mišljenju, to je moguće, ali ne i nužno stajalište interesne teorije. Vidi: M. H. Kramer, »Do Animals and Dead people Have Legal Rights?«, str. 29–30; K. R. Smolensky, »Rights of the Dead«, str. 770, bilj. 34.
- 197  
M. H. Kramer, »Do Animals and Dead people Have Legal Rights?«, str. 46–47.
- 198  
Ibid., str. 39–40.
- 199  
Ibid., str. 46–47.
- 200  
Ibid., str. 54.
- 201  
C. Fabre, »Posthumous Rights«, str. 231.
- 202  
F. O. Smith Jr., »The constitution after death«, str. 1473–1474.
- 203  
Ibid.
- 204  
Ibid., str. 1548.
- 205  
Ibid.
- 206  
K. R. Smolensky, »Rights of the Dead«, str. 788.
- 207  
Ibid., str. 764, 802.
- 208  
F. O. Smith Jr., »The constitution after death«, str. 1548.

**Ivana Tucak, Tomislav Nedić**

**Dead Persons as Legal Rights Holders**

**Abstract**

*One of the fundamental questions of legal philosophy and theory is what it means to have a legal right, i.e. who can be considered a legal right holder. With the parallel development of bioethical doctrine, this question about rights holders is becoming increasingly relevant, raising the question of whether rights holders can be animals, trees, fetuses, future generations or machines (artificial intelligence). This question also applies to the dead, where the difficult question of the end of life and the final occurrence of death also arises. By critically elaborating the positions of contemporary legal theorists in the context of two key theories of rights, the Will Theory and the Interest Theory and their mutual differences, the paper attempts to offer an account of the dead as potential right holders. In this context, the above legal theory elaboration is reflectively considered in the context of civil law doctrine of legal rights, as one of the fundamental areas within the general part of civil law. The legal subjectivity of the deceased is also observed in the field of (post-mortem protection) personality rights, but also in a pragmatic way in relation to recent domestic case law practice, as well as the case law practice of the European Court of Human Rights, where interesting legal issues have arisen that imply the question of the deceased as legal right holders.*

**Keywords**

dead person, legal rights, death, Interest Theory, Will Theory, piety, rights of personality