

UDK 34 + 3

ISSN 1330-349X
<https://doi.org/10.30925/zpfsr>

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 45

BROJ 3

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij.
vol. 45, br. 3, str. VIII + 491-691, Rijeka, 2024.

Nakladnik/Publisher: Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, Hahlić 6, 51 000 Rijeka

Glavni urednik/Editor-in-Chief: izv. prof. dr. sc. Dalida Rittossa

Uredništvo/Editorial Board: prof. dr. sc. Maja Bukovac Puvača, prof. dr. sc. Dario Đerđa, prof. dr. sc. Ivana Kunda, prof. dr. sc. Gabrijela Mihelčić, izv. prof. dr. sc. Dana Dobrić Jambrović, izv. prof. dr. sc. Maša Marochini Zrinski, izv. prof. dr. sc. Petra Perišić (svi s Pravnog fakulteta u Rijeci), prof. dr. sc. Gian Antonio Benacchio (Trento, Italija), prof. dr. sc. Tomislav Borić (Graz, Austrija), prof. dr. sc. Elina N. Moustaira (Atena, Grčka), prof. dr. sc. Pasquale Pistone (Salerno, Italija/IBFD, Nizozemska), prof. dr. sc. Saša Prelič (Maribor, Slovenija), izv. prof. dr. sc. László Heka (Szeged, Mađarska)

Izvršni urednici/Executive Editors: Nikolina Grković, univ. spec. iur., Ines Stermečki Beletić, univ. spec. oec.

Međunarodni savjetodavni odbor/International Advisory Board: prof. dr. sc. Violeta Beširević (Beograd, Srbija; Budimpešta, Mađarska), prof. dr. sc. Larry A. DiMatteo (Gainesville, Sjedinjene Američke Države), prof. dr. sc. Manuel Ignacio Feliu Rey (Madrid, Španjolska), prof. dr. sc. Franco Ferrari (New York, Sjedinjene Američke Države), prof. dr. sc. Gaetano Insolera (Bologna, Italija), prof. emeritus Šime Ivanjko (Maribor, Slovenija), prof. dr. sc. Alejandro José Laje (Buenos Aires, Argentina), dr. sc. Agnė Limantė (Vilnius, Litva), prof. dr. sc. Yseult M. Marique (Colchester, Ujedinjeno Kraljevstvo), prof. dr. sc. Zlatan Meškić (Rijad, Saudijska Arabija), prof. dr. sc. Tuulikki Mikkola (Turku, Finska), prof. dr. sc. Richard Oppong (San Diego, Sjedinjene Američke Države), prof. dr. sc. Marta Pertegás Sender (Maastricht, Nizozemska), dr. sc. Ilaria Pretelli (Lausanne, Švicarska), dr. Poomintr Sooksripaisarnkit (Newnham, Australija), prof. dr. sc. Giorgio Spangher (Rim, Italija), prof. dr. sc. Jurij Toplak (Ljubljana-Maribor, Slovenija; New York, Sjedinjene Američke Države), prof. dr. sc. Cristiana Valentini (Chieti-Pescara, Italija), prof. dr. sc. Dai Yokomizo (Nagoya, Japan)

Lektura/Language Editing: Ivan Babić, mag. philol. croat. (za hrvatski)

Lektura sažetaka na engleskom jeziku/Language Editing of Abstracts: Ivana Edmonds, v. pred., univ. spec. educ. philol. angl. et univ. spec. paed.

Za UDK i DOI, suradnica za otvorenu znanost i metričke pokazatelje/for UDC and DOI, Associate Editor for Open Science and Metrics: nasl. doc. dr. sc. Dejana Golenko, knjižničarska savjetnica, znanstvena suradnica

Adresa uredništva/Address of the Editorial Board: Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, Hahlić 6, Rijeka, Hrvatska, tel. +385 51 359-500, faks. +385 51 675-113

E-pošta: zbornik@pravri.uniri.hr

Mrežno mjesto/web: <https://hrcak.srce.hr/ojs/index.php/zpfsr/about>

Časopis izlazi tri puta godišnje.

Naklada: 200 primjeraka

Priprema i tisak/Layout & Print: Tiskara Grafika Helvetica d.o.o., Rijeka

Članci objavljeni u časopisu referiraju se za *Scopus (Elsevier)*, *Web of Science Core Collection (WoSCC)*, *pod baza Emerging Sources Citation Index (ESCI)*, *HeinOnline (podbaze Law Journal Library, Index to Foreign Legal Periodicals)* (*William S. Hein & Co., Inc., USA*), *Sociological Abstracts - CSA (ProQuest)*, *Worldwide Political Science Abstracts - CSA (ProQuest)*, *Linguistics and Language Behavior Abstracts, San Diego, California, USA - CSA (ProQuest)*, *Political Science Complete - EBSCO*, *Directory of Open Access Journals (DOAJ)*.

Časopis je objavljen uz financijsku potporu Ministarstva znanosti, obrazovanja i mladih Republike Hrvatske.

ISSN 1330-349X
<https://doi.org/10.30925/zpfsr>

PRAVNI

Pravni fakultet Faculty of Law



Sveučilište u Rijeci
University of Rijeka

ZBORNİK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 45

BROJ 3

RIJEKA, 2024.

SADRŽAJ**Članci:***Luka Burazin, Marin Keršič*

- Kritička analiza Guastinijeva shvaćanja sukoba između ustavnih prava i tehnike odvagivanja
(izvorni znanstveni rad)..... 491

Ksenija Grubišić

- Kriteriji učinkovitosti i autopoietičnost sustava prava, znanosti, obrazovanja i politike
(izvorni znanstveni rad)..... 519

Renato Vrenčur, Denis Baghrizabehi, Kristjan Zahrastnik

- Prijelaz akcesornih i neakcesornih osiguranja kod zakonske cesije (*cessio legis*)
(izvorni znanstveni rad)..... 543

Marin Bonačić, Nikša Vojvoda

- Kazneno i prekršajnoprocetni imunitet propisan hrvatskim pravom: obilježja i prijepori
(pregledni rad)..... 561

Slobodan Vukadinović, Katarina Jovičić

- Razvoj transparentnosti u javnom i privatnom (ugovornom) pravu: od zahtjeva ka načelu
(pregledni rad)..... 589

Nevena Aljinović

- Surogat majčinstvo: globalni pregled pravne regulacije
(pregledni rad)..... 613

Niko Jarak, Ana Horvat Vuković

- Originalizam i demokratski proces: majoritetni argumenti u praksi Vrhovnog suda SAD-a
(pregledni rad)..... 649

Prikazi:*Luka Nalis*

- Međunarodna znanstvena konferencija povodom 210. godišnjice rođenja hrvatskog bana Ivana Mažuranića, Novi Vinodolski, od 10. do 11. listopada 2024. godine..... 675

TABLE OF CONTENTS

Articles:

Luka Burazin, Marin Keršić

A Critical Analysis of Guastini's Understanding of Constitutional Rights
Conflicts and the Balancing Technique 491

Ksenija Grubišić

Efficacy and Autopoiesis of the System of Science, Education, Law and
Politics..... 519

Renato Vrenčur, Denis Baghrizabehi, Kristijan Zahrastnik

Transition of Accessory and Non-Accessory Securities with Cession by
Operation of Law (*Cessio Legis*) 543

Marin Bonačić, Nikša Vojvoda

Procedural Immunity from Criminal and Misdemeanour Proceedings
Prescribed by Croatian Law: Features and Controversies 561

Slobodan Vukadinović, Katarina Jovičić

The Development of Transparency in Public and Private (Contractual)
Law: From Requirement to Principle..... 589

Nevena Aljinović

Surrogate Motherhood: Global Overview of Legal Regulation..... 613

Niko Jarak, Ana Horvat Vuković

Originalism and the Democratic Process: Majoritarian Arguments
in the Case Law of the US Supreme Court 649

Conference Reports:

Luka Nalis

International Scientific Conference on the Occasion of the 210th
Anniversary of the Birth of Croatian *ban* Ivan Mažuranić, Novi
Vinodolski, 10-11 October, 2024 675

Članci
(Articles)

KRITIČKA ANALIZA GUASTINIJEVA SHVAĆANJA SUKOBA IZMEĐU USTAVNIH PRAVA I TEHNIKE ODVAGIVANJA

Prof. dr. sc. Luka Burazin*
Doc. dr. sc. Marin Keršić**

UDK 342.7::34(37)
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.45.3.1>
Ur.: 2. srpnja 2024.
Pr.: 29. srpnja 2024.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U ovome se radu raspravlja o sukobima između ustavnih prava i tehnici odvagivanja kao najpoznatijoj i najraširenijoj tehnici za rješavanje takvih sukoba. Kritički se analizira shvaćanje sukoba između ustavnih prava i tehnike odvagivanja Riccarda Guastinija, glavnog predstavnika denoveške škole pravnog realizma. Cilj analize u ovome radu je odgovoriti na sljedeća pitanja. Prvo, kakav je karakter sukoba između ustavnih prava. Drugo, koja je razlika između odvagivanja i Guastinijeve inačice kriterija *lex specialis* kao moguće alternativne metode rješavanja sukoba između ustavnih prava. Treće, kakvu funkciju ima odvagivanje u sudačkom rasuđivanju. I četvrto, što odvagivanje, prema Guastiniju, čini radnjom pravnog konstruiranja.

Ključne riječi: odvagivanje; antinomije; ustavna prava; kriterij specijalnosti; sudačko rasuđivanje.

1. UVOD

Moderni ustavi sadrže brojne odredbe kojima se jamče ustavna prava poput prava na život, privatnost, slobodu izražavanja, slobodu vjeroispovijedi, zaštitu zdravlja itd. Tumačenje takvih odredbi, tj. utvrđivanje njihova značenjskog sadržaja prilikom odlučivanja u konkretnim slučajevima ovisi i o moralnim vrednovanjima, odnosno traži vrijednosne ocjene koje su same po sebi subjektivne.¹ Budući da su u moderne ustave ugrađene različite etičko-političke vrijednosti, sukobi između

* Dr. sc. Luka Burazin, redoviti profesor, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet; lburazin@pravo.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2437-8871>.

** Dr. sc. Marin Keršić, docent, Sveučilište u Splitu, Pravni fakultet; marin.kersic@pravst.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0964-4625>.

1 Riccardo Guastini, *Tumačenje i argumentacija* (Zagreb: Naklada Breza, 2023.), 191-192. Vidi i: Pierluigi Chiassoni, *Interpretation without Truth: A Realistic Enquiry* (Cham: Springer, 2019.), 3-4.

ustavnih prava razmjerno su česti (prema nekim autorima i neizbježni).² Dodatni problem kod takvih sukoba izaziva činjenica da se oni, s obzirom na to da se norme kojima se ustavna prava dodjeljuju prevladavajuće shvaćaju normama-načelima (a ne normama-pravilima), obično ne mogu riješiti pomoću klasičnih kriterija/načela za rješavanje sukoba (antinomija) između pravnih pravila: viša norma čini nevaljanom nižu normu (*lex superior derogat legi inferiori*), kasnija norma prešutno ukida raniju normu (*lex posterior derogat legi priori*) i posebija norma ograničava doseg općenitije norme (*lex specialis derogat legi generali*).³ Zbog toga su se u pravnoj znanosti i praksi razvile različite tehnike za rješavanje sukoba između ustavnih prava, među kojima je najpoznatija i najraširenija tehnika odvagivanja (ponderiranja).⁴

Jedan od autora koji su dali velik doprinos raspravi o sukobima između ustavnih prava i tehnici odvagivanja je Riccardo Guastini, talijanski profesor filozofije prava i glavni predstavnik denoveške škole pravnog realizma.⁵ Stoga će se u ovome radu izložiti Guastinijeva shvaćanja sukoba između ustavnih prava i tehnika njihova rješavanja te njihovom kritičkom analizom odgovoriti na sljedeća pitanja:

1. Kakav je karakter sukoba između ustavnih prava? Je li riječ o dvostrano djelomičnim antinomijama *in concreto* između pravnih načela, kako tvrdi Guastini, ili potpunim antinomijama *in abstracto* između pravnih pravila?
2. Koja je razlika između odvagivanja (kao metode rješavanja sukoba između ustavnih prava) i Guastinijeve inačice kriterija *lex specialis* kao moguće alternativne metode rješavanja sukoba između ustavnih prava?
3. Koju funkciju ima odvagivanje u sudačkom rasuđivanju?
4. Što odvagivanje, prema Guastiniju, čini radnjom pravnog konstruiranja?

Nakon prvog, uvodnog dijela, u drugom dijelu rada se izlaže Guastinijevo shvaćanje razlikovanja pravila i načela kao dvaju tipova pravnih normi, budući da se ustavna prava (npr. pravo na slobodu mišljenja i izražavanja misli, pravo na zdrav život, pravo na slobodu poduzetništva) obično ustanovljuju normama koje se u pravnom diskursu prevladavajuće smatraju pravnim načelima. U trećem se dijelu

2 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 196-198. Vidi i: Juan Antonio García Amado, *Decidir y argumentar sobre derechos* (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2017.), 122-123; Giorgio Pino, *Diritti e Interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale* (Bologna: Il Mulino, 2010.), 143-144 i Lorenzo Zucca, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA* (Oxford: Oxford University Press, 2007.), 23.

3 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 197-198.

4 O različitim mogućim tehnikama za rješavanje sukoba između ustavnih prava, ali i različitim shvaćanjima odvagivanja kao jedne od mogućih tehnika vidi: Marin Keršić, "Legal Methods for Resolving Apparent Conflicts between Fundamental Rights" (doktorska disertacija, Genova: Università degli studi di Genova, Scuola delle scienze sociali, Dipartimento di giurisprudenza, 2022.).

5 O denoveškoj školi pravnog realizma, vidi u: Mauro Barberis i Giorgio Bongiovanni, „Legal Positivism in the Postwar Debate“, u: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Volume 12 Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, Tome 1: Language Areas, Tome 2: Main Orientations and Topics* (Dordrecht: Springer, 2016.), 257-258. O utjecaju i vezi denoveške škole pravnog realizma na teoriju prava u Hrvatskoj, vidi i: Marin Keršić, „Denoveška škola pravnog realizma“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 57, br. 3 (2020): 829-849.

rada prikazuje Guastinijevo shvaćanje karaktera sukoba između ustavnih prava i ukazuje na mogućnost rekonstrukcije tih sukoba kao potpunih antinomija *in abstracto* između pravnih pravila. U četvrtom dijelu rada izlaže se Guastinijevo shvaćanje dviju tehnika rješavanja sukoba između ustavnih prava, odvagivanja i jedne inačice kriterija specijalnosti, te se utvrđuje u čemu se navedene tehnike zapravo razlikuju. U petom se dijelu rada izlaže Guastinijevo shvaćanje mjesta i funkcije odvagivanja u sudačkom rasuđivanju te se pokazuje da ono pripada tzv. vanjskom opravdanju sudačkog rasuđivanja, a da u njemu, u slučajevima odlučivanja o biti spora između stranaka, osim funkcije opravdanja normativne premise ima i funkciju opravdanja podvođenog iskaza te, u slučajevima odlučivanja o zakonitosti, funkciju opravdanja spoznajne premise (suda o nespojivosti). U šestom se dijelu rada iznosi i kritički ispituje Guastinijevo shvaćanje pravnokonstruktivnog karaktera odvagivanja te utvrđuje u čemu se zapravo sastoji njegov pravnokonstruktivni karakter. Konačno, u sedmom dijelu rada iznose se zaključci.

2. RAZLIKOVANJE PRAVILA I NAČELA

Pravni se sustavi, prema stajalištu dominantnom u pravnoj znanosti, sastoje od dvaju tipova pravnih normi: pravila i načela.⁶ Oko razlikovanja pravila i načela u pravnoj znanosti ne postoji konsenzus pa je razlikovanje pravila i načela još uvijek aktualna tema u teoriji prava.⁷ Razlikovanje je pravila i načela značajno jer (između ostalog) utječe na shvaćanje i način primjene pravnih normi.⁸ Prema Guastiniju, pravna načela obilježavaju dvije značajke: temeljni karakter i osobiti oblik neodređenosti.⁹

Načela su temeljne norme u dvostrukom smislu: prvo, ona daju temelj i/ili

- 6 Takvog je stajališta i Guastini, ali i brojni drugi autori, među kojima od poznatijih možemo navesti Aulisia Aarnia i Roberta Alexyja. Vidi i: Aulis Aarnio, „Taking Rules Seriously“, u: *Law and the State in the Modern Times: Proceedings of the 14th IVR World Congress in Edinburgh, August 1989, Vol. 2*, ur. Werner Mainhofer i Gerhard Sprenger (Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1990.), 180-192 i Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2002.), 44-61.
- 7 Upućujemo na tek nekoliko važnijih suvremenih radova na temu razlikovanja pravila i načela: Giorgio Pino, „Principi e argomentazione giuridica“, *Ars Interpretandi* 1 (2009): 131-159, Pedro Moniz Lopes, „The Syntax of Principles. Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles“, *Ratio Juris* 30, br. 4 (2017): 471-490 i Andrzej Grabowski i Isabel Lifante Vidal, „Rules and Principles“, u: *Jurisprudence in the Mirror. The Common Law World Meets the Civil Law World*, ur. Luka Burazin, Kenneth Einar Himma i Giorgio Pino (New York: Oxford University Press, 2024.), 167-189.
- 8 Za ilustraciju razlike između pravila i načela može se navesti sljedeće primjere. Kao primjer načela možemo navesti čl. 70. st. 1. Ustava Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 08/98., 113/00., 124/00., 28/01., 41/01., 55/01., 76/10., 85/10., 05/14.: „Svatko ima pravo na zdrav život.“ Dok kao primjer pravila možemo navesti čl. 34. st. 1. Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 115/16., 106/18., 121/19., 32/20., 138/20., 151/22., 114/23.: „Porezni obveznici koji obavljaju samostalnu djelatnost iz čl. 29. ovoga Zakona dužni su upisati se u registar poreznih obveznika poreza na dohodak i utvrđivati dohodak na temelju podataka iz poslovnih knjiga i evidencija.“
- 9 Guastini, Riccardo, *Sintaksa prava* (Zagreb: Naklada Breza, 2023.), 77-81.

vrijednosno (etičko-političko) opravdanje drugim normama. Drugo, ona sama nemaju ili ne zahtijevaju vrijednosno (etičko-političko) opravdanje jer su shvaćena kao evidentno „pravedne“ norme u određenom pravnom poretku.¹⁰ Kao primjer možemo navesti načelo diobe vlasti iz čl. 3. Ustava Republike Hrvatske i načelo zakonitosti u kaznenom pravu (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) iz čl. 2. Kaznenog zakona.¹¹ „Temeljnost“ načela je vrijednosno, a ne činjenično svojstvo koje pravnici pripisuju pojedinim normama.¹²

Načela su, prema Guastiniju, i neodređene norme u smislu da je njihov sadržaj neodređen u barem jednom od sljedećih oblika.¹³ Prvo, načela mogu imati otvoreno činjenično stanje, tj. otvoren antecedent.¹⁴ To znači da nisu iscrpno nabrojane činjenice u prisutnosti kojih nastupa pravna posljedica predviđena načelom. Zbog toga su uvjeti primjene načela vrlo neodređeni. Uzmimo, na primjer, čl. 22. st. 1. Ustava Republike Hrvatske koji glasi: „Čovjekova je sloboda i osobnost nepovrediva.“ Za pravila (u većoj mjeri) vrijedi suprotno: ona se uvijek mogu rekonstruirati kao pogodbeni iskazi čiji antecedent razmjerno precizno određuje uvjete primjene („Ako a, b i c“), a konsekvent određuje pravnu posljedicu („onda posljedica P“).

Drugo, načela mogu biti otklonjiva ili derogabilna (engl. *defeasible*). Otklonjive norme dopuštaju implicitne iznimke koje nisu utvrđene ni njom ni bilo kojom drugom normom u pravnom poretku. Otklonjive se norme ne može primijeniti, kako ističe Guastini, putem jednostavnog deduktivnog rasuđivanja.¹⁵ Prema Guastiniju, otklonjiva se norma (ona kojom se dopuštaju nespecificirane implicitne iznimke) ne primjenjuje na sve činjenice na koje se odnosi njezin antecedent, stoga pojavljivanje jedne od činjenica obuhvaćenih antecedentom nije dovoljan uvjet za predviđenu pravnu posljedicu.¹⁶ Načela su razlozi *prima facie* i kao takva su podložna odvagivanju s drugim načelima s kojima mogu doći u normativni sukob.¹⁷ Kao primjer otklonjive norme Guastini navodi normu kojom se jamči sloboda znanosti i umjetnosti, za koju neki smatraju da se ne jamči bez (implicitnih) iznimki.¹⁸

Treće, načela mogu biti općenita, što znači da su načela norme koje je potrebno konkretizirati kako bi bile prikladne za rješavanje konkretnih slučajeva. Konkretizirati načelo znači formulirati druge norme kojima se načela „provode“ ili „izvršavaju“. Takva konkretizacija načela može biti izvršena na različite načine (tj. moguće su razne formulacije normi kojima se načela „provode“ ili „izvršavaju“). Na

10 Guastini, *Sintaksa prava*, 78.

11 Kazneni zakon, Narodne novine, br. 125/11., 144/12., 56/15., 61/15., 101/17., 118/18., 126/19., 84/21., 114/22., 114/23., 36/24.

12 Guastini, Riccardo, „Applying Constitutional Principles“, *Analisi e diritto* (2016): 242.

13 Guastini, *Sintaksa prava*, 79-81 i Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 175.

14 Prema nekim autorima, kako se navodi u literaturi, čak ga i nemaju. Vidi u: Giorgio Pino, *Teoria analitica del diritto I: La norma giuridica* (Pisa: Edizioni ETS, 2016.), 78-79 i Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 171-172.

15 Guastini, *Sintaksa prava*, 80.

16 Guastini, *Sintaksa prava*, 80.

17 Guastini, „Applying Constitutional Principles“, 242-243, referirajući se na: Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 57 i 59.

18 Guastini, *Sintaksa prava*, 80. Takvu odredbu sadrži i čl. 69. Ustava Republike Hrvatske.

primjer, čl. 70. st. 1. Ustava Republike Hrvatske propisuje da „svatko ima pravo na zdrav život“, ali ne govori ništa o naknadi štete nastale uslijed povrede tog prava.¹⁹ S druge strane, pravila su razmjerno „precizne“ norme, što znači da su upotrebljiva kao gornje premise u silogizmu.²⁰ Načela, dakle, nije moguće (zbog njihove logičke forme, otklonjivosti i podložnosti odvagivanju) neposredno primijeniti na konkretan slučaj bez prethodne konkretizacije.²¹

S obzirom na to da se ustavna prava obično ustanovljuju upravo normama-načelima, sukobe između ustavnih prava, o kojima se raspravlja u ovome radu, treba promatrati kao sukobe između normi-načela, a ne normi-pravila.²²

3. KARAKTER SUKOBA IZMEĐU USTAVNIH PRAVA

Prvo je pitanje kojim se bavimo u ovome radu pitanje karaktera sukoba između ustavnih prava i odnosi se na vrstu antinomije kojom se mogu opisati sukobi između ustavnih prava.

Guastini navodi dvije tipologije antinomija. Prema prvoj (Engischevoj) tipologiji, s gledišta teorije tumačenja, antinomije se mogu podijeliti na antinomije *in abstracto* (nužne antinomije) i antinomije *in concreto* (kontingentne antinomije).²³ Antinomije *in abstracto* su antinomije u kojima su dvjema pravnim normama nespojive pravne posljedice povezane s apstraktnim činjeničnim stanjima koja se međusobno (potpuno ili djelomično) *pojmovno* preklapaju, pa ih možemo utvrditi već u okviru tekstualnog tumačenja.²⁴ Antinomije *in concreto* su antinomije u kojima se tek prilikom primjene normi (a ne već u okviru tumačenja) primijeti da su dvjema normama nespojive pravne posljedice povezane s istim konkretnim činjeničnim stanjem, iako nema sukoba između normi *in abstracto*.²⁵ Prema drugoj (Rossovoj) tipologiji, kriterij za razlikovanje antinomija je preklapanje razreda činjeničnih stanja koja su uređena dvjema antinomičnim normama, pa možemo razlikovati potpune antinomije i djelomične antinomije (unutar kojih razlikujemo jednostrano djelomične

19 Marin Keršić, „Legal Principles in Croatian Legal Science: Fundamental Character and Indeterminacy“, *Pravni vjesnik* 36, br. 1 (2020): 69, bilj. 31.

20 Guastini, *Sintaksa prava*, 80-81.

21 Guastini, „Applying Constitutional Principles“, 243.

22 Ustav Republike Hrvatske. O temeljnim pravima kao normama-načelima, vidi i: Luka Burazin, „Conflicts Between Fundamental Rights Norms“, u: *Proportionality in Law: An Analytical Perspective*, ur. David Duarte i Jorge Silva Sampaio (Cham: Springer, 2018.), 112-113.

23 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 106-108 i Riccardo Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti* (Milano: Giuffrè Editore, 1998.), 218-219. Karl Engisch je navedenu tipologiju izložio u svojoj knjizi *Die Einheit der Rechtsordnung* (Heidelberg: C. Winter, 1935.), 46, 50 i ponovio u knjizi *Einfuehrung in das juristische Denken* (Stuttgart: Kohlhammer, 1956.) 158, premda sami nazivi *in abstracto* i *in concreto* ne potječu od Engische. Za Gavazzijevu kritiku Engischeve tipologije antinomija vidi i: Giacomo Gavazzi, *Delle antinomie* (Torino: G. Giappichelli, 1959.), 65 i dalje. Detaljnije o pojmu antinomije i vrstama antinomija vidi u: Pierluigi Chiassoni, „Materiali per una teoria delle antinomie“, *Materiali per una storia della cultura giuridica* 36, br. 1 (2006): 209-220.

24 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 106.

25 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 107.

antinomije i dvostrano djelomične antinomije).²⁶ Potpune antinomije su antinomije kod kojih dvije norme povezuju nespojive posljedice s istim razredom činjeničnog stanja. S druge strane, kod jednostrano djelomičnih antinomija razredi činjeničnih stanja uređenih jednom normom u cijelosti su obuhvaćeni razredom činjeničnih stanja uređenih drugom normom, dok se kod dvostrano djelomičnih antinomija neka (i samo neka) činjenična stanja uređena jednom normom preklapaju s nekima (i samo nekima) činjeničnim stanjima uređenima drugom normom.

Prema Guastiniju, antinomije između ustavnih načela su dvostrano djelomične antinomije *in concreto*, i to između normi koje međusobno nisu u odnosu pravila i iznimke.²⁷ Na primjer, ako govorimo o sukobu između prava na privatnost i prava na slobodu tiska, ne može se reći da se činjenično stanje koje uređuje ustavna norma o pravu na privatnost u cijelosti može podvesti pod činjenično stanje koje uređuje ustavna norma o slobodi tiska niti da se činjenično stanje koje uređuje ustavna norma o slobodi tiska u cijelosti može podvesti pod činjenično stanje koje uređuje ustavna norma o pravu na privatnost, kao što je to moguće reći primjerice u slučaju norme koja uređuje činjenično stanje prouzrokovanja štete općenito i činjenično stanje prouzrokovanja štete na radu ili u svezi s radom. Sukob je *in concreto* i zato što nema pojmovne veze između privatnosti i slobode tiska pa se o antinomiji ne može zaključivati na razini teksta nego tek kada se pojavi neki konkretan slučaj koji je moguće podvesti pod jednu i drugu normu. Takvo je shvaćanje prevladavajuće u teoriji prava.²⁸

Međutim, prema Burazinovom gledištu,²⁹ polazeći upravo od Guastinijeve teorije načela, proizlazi da se sukobi između ustavnih načela zapravo mogu svesti na potpune antinomije *in abstracto* između pravnih pravila.³⁰ Naime, kao što je *supra* rečeno, norme o ustavnim pravima su norme-načela te su kao načela opterećene osobitom neodređenošću. Norme o ustavnim pravima imaju otvoren antecedent (a prema nekima uopće ga i nemaju), otklonjive su i općenite. Općenitost normi o ustavnim pravima znači da zahtijevaju „formuliranje drugih normi - koje [ih] ‘konkretiziraju’, ukazujući na ‘provedbu’ ili ‘izvršenje’ - bez kojih ne bi [bile

26 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 108-109. Alf Ross je navedenu tipologiju razvio u svojoj knjizi *On Law and Justice* (New York: Oxford University Press, 2019.), 149-150. Danski izvornik je iz 1953. godine.

27 Guastini, *Sintaksa prava*, 278 i Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 125, 197.

28 Vidi u: David Martínez Zorrilla, „The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights“, *Law and Philosophy* 30, br. 6 (2011): 729-731. Vidi i: Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012.), 89 i David Duarte, „Drawing Up the Boundaries of Normative Conflicts that Lead to Balances“, u: *Legal Reasoning: The Methods of Balancing. Proceedings of the Special Workshop „Legal Reasoning: The Methods of Balancing“ held at the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Beijing, 2009*, ur. Jan-Reinard Sieckmann (Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010.), 57-58.

29 Burazin, „Conflicts Between Fundamental Rights Norms“, 112.

30 Za opću tezu prema kojoj se svaka antinomija *in concreto* u konačnici može svesti na antinomiju *in abstracto*, vidi u: Giovanni Battista Ratti, *Studi sulla logica del diritto e della scienza giuridica* (Madrid: Marcial Pons, 2013.), 98-99 i Alessio Sardo, „Let’s Talk about Antinomies. Normative Systems Reloaded“, *Revus* br. 36 (2018): 53-79.

prikladne] za rješavanje konkretnih slučajeva.³¹ Ta osobita neodređenost normi o ustavnim pravima, njihova različita logička struktura, prema Guastiniju, onemogućava neposrednu usporedbu (ustavnih) normi o ustavnim pravima i zakonskih normi kojima se ta prava razrađuju.³² Prema Guastiniju, da bi se mogla izvršiti usporedba izraženoga zakonskog pravila kojim se ostvaruje određeno ustavno pravo i ustavnog načela kojim se dodjeljuje ustavno pravo koje se ograničava navedenim pravilom, nužno je iz navodno ograničenoga ustavnog načela izvesti (neizraženo) pravilo - sa zatvorenim antecedentom, koje je neotklonjivo i nije općenito - koje ima isti antecedent kao i dotično zakonsko pravilo.³³

Kad je riječ o ustavnosudskom ocjenjivanju ustavnosti zakona, Ustavni sud utvrđuje potencijalnu antinomiju između određene zakonske norme i određene ustavne norme. No, često se događa da u tom postupku ocjenjivanja ustavnosti sporne zakonske norme Ustavni sud utvrdi da se ona može podvesti pod barem dvije ustavne norme: jednu s kojom je sporna zakonska norma spojiva (i zbog toga u skladu s ustavom) i drugu s kojom je ona nespojiva (i zbog toga neustavna). To iznosi na vidjelo dodatni problem antinomije između samih ustavnih normi.³⁴ S obzirom na to da je, kao što je već navedeno, u pravilu riječ o ustavnim normama koje se u praksi kvalificiraju kao načela, kaže se da je riječ o antinomijama između ustavnih načela. Naravno, da bi u takvim slučajevima Ustavni sud mogao odlučiti postoji li antinomija između sporne zakonske norme i određene ustavne norme, prethodno treba riješiti antinomiju između ustavnih načela kao mjerila ustavnosti zakona.³⁵

Prema tome, postoje dvije razine normativnog sukoba: jedan između mjerila za ocjenu ustavnosti spornoga zakonskog pravila i drugi, potencijalni, između spornoga zakonskog pravila i odabranog mjerila za ocjenu njegove ustavnosti.

Prema Burazinu, obje razine normativnog sukoba mogu se u konačnici okarakterizirati kao potpune antinomije *in abstracto* između pravnih pravila. Izloženo gledište Burazin prikazuje na primjeru odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske u kojoj se ocjenjivala ustavnost Zakona o ograničavanju uporabe duhanskih proizvoda, uz prilagodbu primjera na način da se pretpostavi da je sporno zakonsko pravilo prošlo test nužnosti te da je odluka ovisila o testu razmjernosti u užem smislu (tj. isključivo o odvaganju sukobljenih ustavnih prava).³⁶

31 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 174.

32 Guastini, *Sintaksa prava*, 392.

33 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 195.

34 Riccardo Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi* (Milano: Giuffrè Editore, 2004.), 136.

35 Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, 136.

36 Burazin, „Conflicts Between Fundamental Rights Norms“, 113. Test razmjernosti (proporcionalnosti) kojim se sudovi (osobito ustavni sudovi i Europski sud za ljudska prava) koriste u slučajevima sukoba između ustavnih prava, sastoji se od tri koraka: 1.) test prikladnosti (utvrđivanje je li sporna zakonska mjera uopće prikladna za ostvarenje legitimnog cilja), 2.) test nužnosti (utvrđivanje je li sporna zakonska mjera najblaža među jednako prikladnim alternativnim mjerama s obzirom na svoj učinak ograničavanja nekoga ustavnog prava ili vrijednosti) i 3.) test razmjernosti u užem smislu (je li ograničenje koje je spornom zakonskom mjerom nametnuto nekom ustavnom pravu razmjerno stupnju ostvarenja ustavnog prava ili vrijednosti koje se nastoji ostvariti tom zakonskom mjerom). O testu razmjernosti vidi

Čl. 11. Zakona o ograničavanju uporabe duhanskih proizvoda zabranjivao je prodaju duhanskih proizvoda iz automatskih naprava:

(IZP1): „Ako postoji mogućnost prodaje duhanskih proizvoda iz automatskih naprava, takva prodaja je zabranjena.“

Izraženim zakonskim pravilom IZP1, prema navodima predlagatelja Zakona, štitilo se ustavno pravo na zdrav život, zaštićeno čl. 70. st. 1. Ustava Republike Hrvatske. Navedeni se članak Zakona može, dakle, smatrati konkretizacijom izraženoga ustavnog načela:

(IUN1): „Svatko ima pravo na zdrav život.“

Prema prijedlogu za ocjenu ustavnosti, Zakon je ograničavao izraženo ustavno načelo poduzetničke i tržišne slobode formulirano čl. 49. st. 1. Ustava Republike Hrvatske:

(IUN2): „Poduzetnička i tržišna sloboda temelj su gospodarskog ustroja Republike Hrvatske.“

Nakon što su identificirane sukobljene ustavne norme-načela o ustavnim pravima (tj. sukobljena mjerila ustavnosti zakona), potrebno je konkretiziranjem (s obzirom na dani kontekst spornoga izraženog zakonskog pravila) iz obaju ustavnih načela izvesti neizražena ustavna pravila. Na taj način dobivamo dva neizražena ustavna pravila koja imaju isti antecedent i nespojive pravne posljedice: neizraženo ustavno pravilo dobiveno konkretizacijom izraženoga ustavnog načela prava na zdravlje (koje sadržajno odgovara spornome zakonskom pravilu):

(NUP1): „Ako poduzetnik i prilika prodaje duhanskih proizvoda putem automatskih naprava, onda je to zabranjeno“,

i neizraženo ustavno pravilo dobiveno konkretizacijom izraženoga ustavnog načela poduzetničke i tržišne slobode:

(NUP2): „Ako poduzetnik i prilika prodaje duhanskih proizvoda putem automatskih naprava, onda je to dopušteno.“

Riječ je zapravo o antinomiji između mjerila za ocjenu ustavnosti zakona jer se isto zakonsko pravilo (IZP1) može smatrati valjanim na temelju jednog i nevaljanim na temelju drugog načela.

S obzirom na to da između dobivenih neizraženih ustavnih pravila postoji potpuna antinomija *in abstracto*, te da se ne mogu primijeniti klasični kriteriji za rješavanje antinomija, provodi se odvagivanje ustavnih načela iz kojih su izvedena ta neizražena ustavna pravila. Pretpostavimo da na temelju odvagivanja navedenih načela s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja zaključimo da ustavno načelo poduzetničke i tržišne slobode (IUN2) ima veću težinu (važnije/vrednije je) od načela prava na zdravlje (IUN1) te da ono stoga predstavlja mjerilo za ocjenu ustavnosti spornoga zakonskog pravila (IZP1), tj. spojivosti toga zakonskog pravila s izabranim ustavnim načelom. S obzirom na to da je izabrano mjerilo ustavnosti načelo, spojivost je, kao što smo već rekli, moguće ocijeniti samo na način da sporno izraženo zakonsko pravilo IZP1 usporedimo s neizraženim ustavnim pravilom NUP2, koje predstavlja konkretizaciju IUN2 te ima isti antecedent kao i dotično zakonsko

pravilo IZP1.³⁷

Prema tome, dosljedno primjenjujući Guastinijeva shvaćanja o pravnim načelima (o nužnosti konkretizacije pravnih načela kako bi ona mogla biti primijenjena u konkretnom slučaju), proizlazi da su antinomije između normi o ustavnim pravima zapravo: a) na prvoj razini, antinomije između mjerila ustavnosti zakona, tj. *prima facie*, dvostrano djelomične antinomije *in concreto* između normi-načela o ustavnim pravima, koje su, kao što pokazuje Burazin, zapravo svedive na potpune antinomije *in abstracto* između dvaju neizraženih ustavnih pravila izvedenih konkretiziranjem sukobljenih ustavnih načela i b) na drugoj razini, potpune antinomije *in abstracto* između spornoga izraženog zakonskog pravila kojim se konkretizira jedno ustavno načelo i neizraženoga ustavnog pravila izvedenog konkretiziranjem drugog ustavnog načela.

4. ODVAGIVANJE I KRITERIJ SPECIJALNOSTI

Drugo je pitanje u ovome radu koja je razlika između odvagivanja (kao metode rješavanja sukoba između ustavnih prava) i Guastinijeve inačice kriterija *lex specialis* kao moguće alternativne metode rješavanja sukoba između ustavnih prava.

Prema Guastiniju, u slučajevima sukoba između ustavnih načela kriterij hijerarhije (*lex superior derogat legi inferiori*) ne može se primijeniti jer je riječ o sukobu između normi koje su hijerarhijski istoga ustavnog ranga; kriterij kronologije (*lex posterior derogat legi priori*) ne može se primijeniti jer su sukobljene ustavne norme na snagu u pravilu stupile istodobno, stupanjem na snagu ustava kojim su propisane (osim ako jedna od njih nije uvedena naknadnim izmjenama ustava); konačno, kriterij specijalnosti (*lex specialis derogat legi generali*), barem u tzv. prvoj, tj. klasičnoj inačici toga kriterija,³⁸ ne može se primijeniti jer između razreda činjeničnih stanja koje sukobljene ustavne norme uređuju nema odnosa roda i vrste, nego se ti razredi presijecaju tako da se samo neka od činjeničnih stanja uređenih jednim načelom preklapaju samo s nekima od činjeničnih stanja uređenih drugim načelom (dakle, riječ je o dvostrano djelomičnim antinomijama).³⁹ U takvim slučajevima, kako Guastini ističe, ustavni sudovi obično koriste tehniku odvagivanja.

Odvagivanje, prema Guastiniju, predstavlja jedan od koraka u primjeni ustavnih načela.⁴⁰ Prvi je korak u primjeni ustavnih načela *identifikacija* načela, tj. pripisivanje statusa (ili vrijednosti) načela ustavnoj odredbi od strane primjenjivača norme. Drugi je korak *tumačenje*, tj. pripisivanje značenja ustavnoj odredbi kojoj se prethodno pripisao status načela. Treći je korak *odvagivanje* sukobljenih načela sa svrhom izbora načela koje će se primijeniti u konkretnom slučaju ili razredu slučajeva. Konačno, četvrti je korak *konkretizacija* izabranog načela, odnosno

37 Burazin, „Conflicts Between Fundamental Rights Norms“, 112.

38 Prva inačica kriterija specijalnosti primjenjuje se kad postoji antinomija između dviju normi koje su hijerarhijski jednakog ranga, ali su u međusobnom odnosu pravila i iznimke (tj. kod antinomije jednostrano djelomičnog tipa). Tu je zapravo riječ o „klasičnom“ shvaćanju *lex specialis*. Više o prvoj inačici kriterija specijalnosti vidi u: Guastini, *Sintaksa prava*, 281.

39 Guastini, *Sintaksa prava*, 278.

40 Guastini, „Applying Constitutional Principles“, 241-249.

formuliranje drugih normi-pravila koje su potrebne kako bi načelo bilo prikladno za rješavanje konkretnih slučajeva.⁴¹

Odvagivanje načela tehnika je koja se sastoji u uspostavljanju hijerarhije između sukobljenih načela.⁴² Hijerarhija uspostavljena odvagivanjem između sukobljenih načela ima, prema Guastiniju, dvije karakteristike: ona je vrijednosna i pomična (fleksibilna, nestalna, nepostojana).⁴³

Hijerarhija je vrijednosna zato što je uspostavlja sudac na temelju svoje poredbene vrijednosne ocjene.⁴⁴ Na temelju poredbene vrijednosne ocjene sudac pripisuje jednom od sukobljenih načela veću „težinu“ odnosno vrijednost ili veću etičko-političku „važnost“ u odnosu na drugo načelo, polazeći od dodatne vrijednosne ocjene u pogledu pravednosti ili ispravnosti različitih ishoda odlučivanja koji u danom kontekstu proizlaze iz primjene sukobljavajućih načela: npr. „Načelo N1 dovelo bi do odluke O1, dok bi načelo N2 dovelo do odluke O2, a odluka O1 je pravednija ili ispravnija od O2.“⁴⁵ Poredbena vrijednosna ocjena važnosti ili težine sukobljenih načela ili, Alexyjevim riječima, tzv. preferencijski iskaz⁴⁶ može se prikazati u sljedećem logičkom obliku: „Načelo N1 ima veću težinu (tj. vrijednije je) od načela N2 u kontekstu X.“⁴⁷ Pri tome kontekst s obzirom na koji se izriče preferencijski iskaz može biti apstraktna ocjena ustavnosti zakona ili konkretan spor između stranaka.⁴⁸ U prvom se slučaju preferencijski iskaz izriče u kontekstu razreda slučajeva uređenog zakonskom normom čija se ustavnost ocjenjuje, a u drugom, u kontekstu pojedinačnog, konkretnog slučaja koji potpada pod zakonsku normu čija se ustavnost ocjenjuje s obzirom na mogućnost da se njezinom primjenom u dotičnom kontekstu povrijedi ustavno pravo jedne od stranaka u sporu.

Načelo kojem je pripisana veća „težina“ je ono koje treba primijeniti u konkretnom slučaju ili razredu slučajeva. Načelo kojem je pripisana manja „težina“ pri tome nije ni (prešutno) ukinuto (što je učinak primjene kriterija kronologije) ni učinjeno nevaljanim (što je učinak primjene kriterija hijerarhije), nego samo izuzeto iz primjene.⁴⁹ Iako Guastini u gotovo svim svojim tekstovima izrijeком navodi samo da se nadvladana norma „stavlja na stranu“ i „izuzima iz primjene“, iz jednog njegovog teksta, čini se, proizlazi da se izuzimanje iz primjene vrijednosno manje važnog načela provodi uvođenjem u to načelo iznimki s ciljem omogućavanja

41 Guastini, *Sintaksa prava*, 80-81.

42 Guastini, *Sintaksa prava*, 278. Detaljnije o odvagivanju vidi u: Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 198-203. Najpoznatije shvaćanje odvagivanja je ono Roberta Alexyja. Za Alexyjevo shvaćanje odvagivanja vidi u: Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 50-56 i Robert Alexy, „On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison“, *Ratio Juris* 16, br. 4 (2003): 436-448.

43 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 198-200.

44 O vrstama hijerarhija između normi (formalnim, materijalnim, logičkim i vrijednosnim) vidi u: Riccardo Guastini, „Gerarchie normative“, *Materiali per una storia della cultura giuridica* 27, br. 2 (1997): 470-471.

45 Guastini, „Applying Constitutional Principles“, 246-247.

46 Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 100-101.

47 Guastini, „Applying Constitutional Principles“, 246-247.

48 Guastini, „Applying Constitutional Principles“, 246.

49 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 199.

primjene vrijednosno važnijeg načela.⁵⁰

Druga je karakteristika hijerarhije uspostavljene odvagivanjem njezina pomičnost, fleksibilnost ili nestalnost. Pomičnost se prikazane vrijednosne hijerarhije očituje u tome što ona vrijedi samo za konkretan slučaj ili razred slučajeva te se u drugom konkretnom slučaju ili razredu slučajeva može promijeniti, tj. preokrenuti.⁵¹

U tome smislu, Guastini naglašava da je potrebno razlikovati sinkronijski učinak odvagivanja, tj. učinak odvagivanja u jednoj konkretnoj odluci, od dijakronijskog učinka, tj. učinka ponavljanih odvagivanja istih načela od strane istog suda.⁵² Naime, učinak odvagivanja dvaju sukobljenih načela u konkretnom slučaju jest primjena jednog ili drugog načela u tom slučaju. Jedno načelo, ono za koje je sud ocijenio da ima veću vrijednost, primjenjuje se, a drugo, za koje je sud ocijenio da ima manju vrijednost, stavlja se na stranu, izuzima iz primjene. Naprotiv, učinak različitih promjenljivih odvagivanja između istih dvaju sukobljenih načela u nizu konkretnih slučajeva jest ono što se, kaže Guastini, ponekad naziva tzv. pomirenjem sukobljenih načela, a sastoji se zapravo u konstruiranju, od strane doktrine ili sudske prakse, makro-načela „koje uključuje u svojoj formulaciji - i u tom smislu ‘pomiruje’ - oba sukobljena načela kao (unakrsne) iznimke kojima su podvrgnuta oba.“⁵³ Primjerice, ako analiziramo više odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske u kojima je odvagivano načelo zaštite ugleda (čl. 35. Ustava Republike Hrvatske) i načelo slobode govora (čl. 38. Ustava Republike Hrvatske), moguće je preciznije utvrditi koje točno okolnosti čine „pretežnijim“ neko od sukobljenih načela.⁵⁴

Mogli bismo reći i da je tzv. dijakronijski učinak odvagivanja, za razliku od odvagivanja kao „trenutačnog“ ili „nekonačnog“ načina rješavanja sukoba između sukobljenih načela, zapravo jedna vrsta „trajnog“ ili „konačnog“ načina rješavanja navedenih sukoba. Doduše, čini nam se da rezultat ponavljanih odvagivanja nije, kako kaže Guastini, neizraženo makro-načelo koje u svojoj formulaciji uključuje oba sukobljena načela kao međusobne unakrsne iznimke, nego neizraženo pravilo koje ima određene uvjete primjene koji proizlaze iz prethodnih pojedinačnih odvagivanja, tj. pravilo koje neposredno uređuje razrede činjeničnih stanja koja su u tim pojedinačnim odvagivanjima bila podvediva pod norme koje su za njih određivale nespojive pravne posljedice. Prema takvom shvaćanju, dijakronijski učinci odvagivanja bili bi neizražena pravila kojima se uređuju budući potencijalni sukobi između načela, poput izraženih pravila kojima zakonodavac unaprijed uređuje takve potencijalne sukobe (npr. pravila Zakona o medijima kojima se unaprijed uređuju potencijalni sukobi između ustavnog prava na slobodu medija i ustavnog prava na privatnost).

50 Tako proizlazi iz Guastinijevog, čini se, odobravajućeg citiranja Pinova shvaćanja. Vidi u: Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 199, bilj. 23.

51 Guastini, „Applying Constitutional Principles“, 246-247.

52 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 201.

53 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 202.

54 Vidi u: Marin Keršić, „Problem ‘težina’ sukobljenih ustavnih načela u analizi proporcionalnosti (odvagivanju)“, *Pravni vjesnik* 38, br. 3-4 (2022): 103. Na primjeru analiziranih odluka može se uočiti da je u testu odvagivanja ključno bilo pitanje doprinosa raspravi u javnom interesu, odnosno da se sporna izjava tiče rasprave od javnog interesa.

Analizirajući problem sukoba između ustavnih prava te tehnika koje bi se mogle primijeniti za njihovo rješavanje, Guastini razmatra i kriterij specijalnosti, tj. jednu od njegovih dviju inačica.⁵⁵ Kriterij specijalnosti (u drugoj inačici) moguće je primijeniti, prema Guastiniju, u situaciji antinomije između dviju normi koje su hijerarhijski jednakog ranga i između kojih ne postoji odnos roda i vrste, tj. kod antinomija dvostrano djelomičnog tipa,⁵⁶ a upravo su antinomije između normi kojima se štite ustavna prava, kako smatra Guastini, takav tip antinomije. S obzirom na to da kod antinomije dvostrano djelomičnog tipa nema odnosa općeg i posebnog, nego je riječ o jednako općenitim normama, pretpostavka primjene druge inačice kriterija specijalnosti, prema Guastiniju, uspostava je vrijednosne hijerarhije između normi.⁵⁷ Naime, ako sudac prethodno ne bi uspostavio vrijednosnu hijerarhiju između sukobljenih normi, u slučaju nastanka dvostrano djelomične antinomije mogao bi bez razlike uzeti ili da je norma N1 iznimka u odnosu na normu N2 koja je opće pravilo ili pak da je norma N2 iznimka u odnosu na normu N1 koja je opće pravilo.⁵⁸ Kao primjer Guastini navodi normu N1 kojom se štiti pravo na privatnost osobnog života i normu N2 kojom se jamči sloboda tiska. Objavom novinske vijesti o seksualnim navikama pojedinca krši se njegovo pravo na privatnost, ali ujedno se ostvaruje sloboda tiska.⁵⁹ Dakle, prema normi N1 takvo je ponašanje kvalificirano kao nezakonito, dok je normom N2 kvalificirano kao zakonito. Da riješi tu antinomiju, sudac prvo treba ocijeniti koje od sukobljenih prava ima veću vrijednost ili težinu. Ako ocijeni da je pravo na privatnost vrijednosno važnije od slobode tiska, može argumentirati da norma N1 kojom se dodjeljuje pravo na privatnost čini iznimku od opće norme N2 kojom se dodjeljuje sloboda tiska. Ako pak ocijeni da je sloboda tiska vrijednosno važnija od prava na privatnost, može argumentirati da norma N2 kojom se dodjeljuje sloboda tiska čini iznimku od opće norme N1 kojom se dodjeljuje pravo na privatnost. Dakle, prema Guastiniju, upotreba druge inačice kriterija specijalnosti za rješavanje antinomija između normi kojima se dodjeljuju ustavna prava pretpostavlja uspostavu vrijednosne hijerarhije između sukobljenih normi.⁶⁰ Pri tome upotreba kriterija specijalnosti ne dovodi ni do (prešutnog) ukidanja ni do činjenja nevaljanom vrijednosno manje važne norme, jednako kao i kod odvagivanja, nego samo do ograničavanja njezina dosega.⁶¹ Za razliku od odvagivanja, gdje izrijeком govori o učinku „izuzimanja iz primjene“ vrijednosno manje važne norme, a tek prešutno i posredno o učinku „ograničavanja dosega“ takve norme, Guastini u slučaju druge inačice kriterija specijalnosti izrijeком govori o učinku „ograničavanja dosega“ vrijednosno manje važne norme, a on se redovito ostvaruje upravo uvođenjem prešutne iznimke u određenu normu.

S obzirom na to da se i prilikom odvagivanja i prilikom primjene druge inačice kriterija specijalnosti uspostavlja vrijednosna hijerarhija između (dvostrano

55 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 124-125.

56 Vidi i: Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 124.

57 Guastini, *Sintaksa prava*, 282.

58 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 125.

59 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 124-125.

60 Vidi i: Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 125.

61 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 124.

djelomično) sukobljenih normi od strane suca te da je rezultat upotrebe obiju tehnika rješavanja sukoba između normi-načela o ustavnim pravima primjena vrijednosno važnijeg i izuzimanje iz primjene vrijednosno manje važnog načela, i to, čini se, upravo uvođenjem iznimki u vrijednosno manje važno načelo (tj. ograničavanjem njegova dosega primjene), postavlja se pitanje koja je zapravo razlika između navedenih dviju tehnika.

Prvi odgovor koji se nameće jest onaj o karakteru vrijednosne hijerarhije. Kako je prethodno navedeno, Guastini ističe da je hijerarhija uspostavljena prilikom odvagivanja vrijednosna i *pomična*. Međutim, kada govori o primjeni druge inačice kriterija specijalnosti⁶² i hijerarhiji koja se njegovom primjenom uspostavlja između normi, Guastini ističe samo vrijednosni, ali ne i pomični karakter takve hijerarhije. Prema tome, moglo bi se pretpostaviti da je u slučaju druge inačice kriterija specijalnosti riječ o uspostavljanju stalne ili trajne (nepomične, postojane) vrijednosne hijerarhije, tj. da sudac jedno od dvaju sukobljenih načela proglašava vrijednosno važnijim od drugog načela *in abstracto*, neovisno o okolnostima konkretnog slučaja.⁶³ Na takav bi zaključak mogao upućivati sljedeći Guastinijev tekst:

„treba naglasiti da je uspostavljanje vrijednosne hijerarhije između sukobljenih načela neizbježno: nema drugog načina za rješavanje sukoba. Ono što nikako nije neizbježno je uspostavljanje *pomične* hijerarhije, jer bi bilo sasvim moguće da ustavni sudac odluči da jedno od dvaju načela uvijek prevladava nad drugim u bilo kojoj situaciji sukoba: primjerice, načelo slobode tiska bi *uvijek* moglo prevladati nad načelom zaštite privatnosti ili, naprotiv, zaštita privatnosti bi *uvijek* mogla prevladati nad slobodom tiska. To bi bila neka vrsta spoja vrijednosne hijerarhije s kriterijem *lex specialis* (iako u odsustvu ikakvog odnosa roda i vrste između uređenih činjeničnih stanja).“⁶⁴

Nadalje, iako u svojim kasnijim radovima⁶⁵ kao primjer na kojem prikazuje upotrebu druge inačice kriterija specijalnosti navodi (dvostrano djelomičnu) antinomiju između normi-načela o ustavnim pravima (pravo na privatnost i pravo na slobodu tiska), u jednom svojem ranijem radu⁶⁶ kao primjer navodi dvostrano

62 Vidi Guastini, *Sintaksa prava*, 282-283 i Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 124-125.

63 Kao primjer takve stalne vrijednosne hijerarhije koju je uspostavio Ustavni sud Republike Hrvatske između načela (vrijednosti) višestranačkoga demokratskog sustava i načela (vrijednosti) ravnopravnosti spolova, doduše uz ograničenje na uređenje izbora zastupnika u Hrvatski sabor, vidi Odluku i Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-I-1397/2015 od 24. rujna 2015., osobito t. 124: „[...] u konkurenciji dviju inače jednakovrijednih vrednota ustavnog poretka RH iz čl. 3. Ustava (višestranački demokratski sustav vs. ravnopravnost spolova), prevagu ima i *uvijek* mora imati višestranačka demokracija kad je riječ o izborima zastupnika u Hrvatski sabor [kurziv op. a.]“ Zahvaljujemo prof. dr. sc. Frani Staničiću što nam je ukazao na taj primjer, op. a.

64 Riccardo Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello stato* (Torino: G. Giappichelli Editore, 2006.), 151, prijevod s talijanskog od strane autorā.

65 Riccardo Guastini, *La sintassi del diritto* (Torino: Giappichelli Editore, 1. izd., 2011.), 305-306, (2. izd., 2014.), 297-298, Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare* (Milano: Giuffrè Editore, 2011.), 124-125.

66 Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, 228.

djelomičnu antinomiju između preciznih normi-pravila (norme koja propisuje obvezu plaćanja poreza za proizvođače crnih vina i norme koja određuje da porez ne trebaju platiti proizvođači vina s kontroliranom oznakom izvornosti, koja vina, pretpostavlja se, mogu biti i bijela i crna). Međutim, dok se u slučaju dvostrano djelomične antinomije između normi-načela može jednako zamisliti uspostava pomične i postojane vrijednosne hijerarhije, u slučaju dvostrano djelomične antinomije između preciznih normi-pravila, ili barem u primjeru koji Guastini navodi, teško je zamisliti da bi suci, ovisno o okolnostima konkretnog spora, od slučaja do slučaja različito određivali vrijednosnu hijerarhiju između istih dvaju sukobljenih pravila (npr. da ponekad pridaju veću vrijednosnu važnost pravilu o obvezi plaćanja poreza za proizvođače crnih vina, a ponekad pravilu o neobveznosti plaćanja poreza za proizvođače vina s kontroliranom oznakom izvornosti). Čini se da je u slučaju dvostrano djelomične antinomije između pravila prikladnija uspostava postojane ili trajne vrijednosne hijerarhije između pravila koja se potom može kombinirati s upotrebom kriterija specijalnosti, prema kojem će pravilo koje su sudovi ocijenili vrijednosno važnijim uvijek činiti iznimku od (općeg) pravila koje su sudovi ocijenili vrijednosno manje važnim (npr. proizvođači crnih vina, uz iznimku proizvođača crnih vina s kontroliranom oznakom izvornosti, obvezni su plaćati porez). S obzirom na to da je Guastini u kasnijim radovima zadržao isti tekst o tzv. drugoj inačici kriterija specijalnosti, mijenjajući samo primjer na kojem pokazuje upotrebu toga kriterija (tj. uvodeći kao primjer sukob između dvaju ustavnih prava), ne ističući pri tome bilo kakvu razliku u odnosu na raniji primjer, moglo bi se zaključiti da se i u slučaju sukoba između normi-načela (o ustavnim pravima) kriterij specijalnosti kombinira s postojanom ili trajnom vrijednosnom hijerarhijom.

Međutim, na izravno pitanje o tome je li vrijednosna hijerarhija koja se uspostavlja kao pretpostavka upotrebe druge inačice kriterija specijalnosti pomična ili postojana te uključuje li druga inačica kriterija specijalnosti odvagivanje, Guastini je rekao (u privatnoj komunikaciji s jednim od autora ovoga rada) da mu se čini da je riječ o pomičnoj hijerarhiji (kao i kod odvagivanja) i da upotreba druge inačice kriterija specijalnosti također uključuje odvagivanje (što je razumljivo s obzirom na to da se, prema Guastiniju, odvagivanje sastoji upravo u uspostavi pomične vrijednosne hijerarhije). Na dodatno pitanje o tome po čemu se onda razlikuju odvagivanje i druga inačica kriterija specijalnosti, odgovorio je da je riječ o „različitim argumentativnim strategijama koje proizvode iste rezultate.“ Iz navedenog bi proizlazilo da je razlika u tome što se kod odvagivanja, nakon uspostave vrijednosne hijerarhije, ne koristi argument *lex specialis* (ili se on barem ne koristi izrijekom), dok se taj argument (izrijekom) koristi u slučaju primjene tzv. druge inačice kriterija specijalnosti. Ipak, s obzirom na to da, kao što je *supra* navedeno, Guastini s prešutnim odobravanjem citira Pinovo shvaćanje da se odvagivanjem u jednu normu uvode iznimke kako bi se osigurala primjena druge norme, ostaje nejasnim što te dvije tehnike rješavanja sukoba između normi-načela (o ustavnim pravima) čini različitim argumentativnim strategijama. Odgovor će se pokušati dati u idućem poglavlju ovoga rada, u kojem se raspravlja o funkciji odvagivanja u sudačkom rasuđivanju.

U svakom slučaju, naglasimo da je, prema Guastiniju, moguće da suci

kombiniraju uspostavu postojane ili trajne vrijednosne hijerarhije između načela s kriterijem specijalnosti, kao što to proizlazi iz *supra* citiranog teksta. Takvu mogućnost Guastini navodi i u drugim svojim radovima. Npr. kad govori o odvagivanju, Guastini kaže:

„sudac u cilju određivanja dotične hijerarhije ne ocjenjuje ‘vrijednosti’ dvaju načela ‘*in abstracto*’, jednom za svagda. On ne uspostavlja između dvaju načela stalnu ili trajnu hijerarhiju (poput: Načelo N1 će u svim okolnostima uvijek nadvladati načelo N2). Niti sudac primjenjuje - *kao što bi to apstraktno mogao* [kurziv op.a.] - kriterij ‘*lex specialis*’, rekonstruirajući dva načela tako da jedno od njih *uvijek*, u svim okolnostima, čini iznimku od drugoga (načelo N1 uvijek čini iznimku od N2).“⁶⁷

U slučaju kombinacije postojane ili trajne vrijednosne hijerarhije i kriterija specijalnosti sud zapravo stvara neizraženo makro-načelo koje u svojoj formulaciji uključuje „vrijednosno više“ načelo kao iznimku od „vrijednosno nižeg“ načela. S obzirom na to da se to makro-načelo potom primjenjuje na sve buduće slučajeve sukoba između dvaju načela, mogli bismo reći da stvaranje takvog makro-načela, za razliku od odvagivanja i druge inačice kriterija specijalnosti kao „trenutačnih“ ili „nekonačnih“ načina rješavanja navedenih sukoba, predstavlja drugu vrstu „trajnog“ ili „konačnog“ načina rješavanja navedenih sukoba, uz *supra* prikazan tzv. dijakronijski učinak odvagivanja.

5. FUNKCIJA ODVAGIVANJA U SUDAČKOM RASUĐIVANJU

Unutar sudačkog rasuđivanja razlikuju se dvije razine: tzv. unutarnje opravdanje (prva razina) i tzv. vanjsko opravdanje (druga razina).⁶⁸ Unutarnje opravdanje je deduktivno rasuđivanje putem kojeg sudac primjenjuje pravilo, a vanjsko je opravdanje skup rasuđivanja, obično nededuktivnih, putem kojih sudac opravdava premise unutarnjeg opravdanja.⁶⁹ Strukturu unutarnjeg i vanjskog rasuđivanja, prema Guastiniju, možemo prikazati na sljedeći način.⁷⁰

Unutarnje opravdanje kao prvu premisu ima normativnu premisu - pravilo koje je ili rezultat odlučujućeg tumačenja *in abstracto* ili pravnog konstruiranja. Druga premisa je činjenična, tj. empirijski sud kojim se opisuju činjenice slučaja. Treća i četvrta premisa su podvođeće (supsumirajuće) premise - podvođeći iskazi kojima se neki razred činjeničnih stanja podvodi pod neki širi razred činjeničnih stanja (tzv. rodno podvođenje) i neki pojedinačni entitet podvodi pod neki razred činjeničnih stanja (tzv. pojedinačno podvođenje), koji su rezultat odlučujućeg tumačenja *in concreto*. Zaključak je pojedinačan i konkretan propis. Guastini to ilustrira sljedećim primjerom strukture unutarnjeg opravdanja:⁷¹

1.) prva premisa - pravilo (izraženo ili neizraženo) koje je rezultat odlučujućeg

67 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 199.

68 Guastini, *Sintaksa prava*, 405-408. Detaljnije vidi u: Jerzy Wróblewski, „Legal Decision and its Justification“, *Logique et Analyse* 14, br. 53/54 (1971): 409-419.

69 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 243-244.

70 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 244-248.

71 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 244.

tumačenja *in abstracto* ili pravnog konstruiranja i koje se primjenjuje: „Ubojice treba kazniti“

2.) druga premisa - činjenični sud kojim se opisuju činjenice slučaja: „Petar je izvršio radnju X [Pavlu je prezeao grkljan]“

3.) treća premisa - rodni podvodeći iskaz: „Rezanje grkljana predstavlja ubojstvo“

4.) četvrta premisa - pojedinačni podvodeći iskaz (tumačenje *in concreto*): „Petar je počinio ubojstvo“

5.) zaključak - pojedinačan i konkretan propis: „Petra treba kazniti.“

U vanjskom opravdanju sudačkog rasuđivanja nalaze se tumačenjski i konstruktivni argumenti, kojima se opravdavaju normativne i podvodeće premise unutarnjeg opravdanja, te dokazi, kojima se opravdava činjenična premisa unutarnjeg opravdanja. Među konstruktivne argumente, kao argumente koji opravdavaju pravno konstruiranje, Guastini ubraja između ostalih i formuliranje neizraženih (implicitnih) normi kojima se konkretiziraju (i ujedno primjenjuju) načela, kao i odvagivanje sukobljenih ustavnih načela i stvaranje vrijednosnih hijerarhija između normi.

Budući da odvagivanje služi tome da se odabere koje će se od sukobljenih načela primijeniti u konkretnom slučaju, možemo zaključiti da odvagivanje pripada vanjskom opravdanju, tj. drugoj razini opravdanja sudačkog rasuđivanja. Dakle, odvagivanje zapravo nije način primjene načela,⁷² nego samo način odabira jednog od sukobljenih načela, koje se zatim primjenjuje kroz postupak konkretizacije načela.⁷³

Kako bi se detaljnije razjasnila funkcija odvagivanja unutar tzv. vanjskog opravdanja sudačkog rasuđivanja i ponudilo, kao što smo najavili u prethodnom poglavlju, moguće objašnjenje razlike između odvagivanja i Guastinijeve druge inačice kriterija specijalnosti, u analizu će se uključiti kontekste u kojima suci odvaguju i različite vrste odluka.

Kao što je *supra* navedeno, prema Guastiniju, odvagivanje se može provoditi u kontekstu apstraktne ocjene ustavnosti zakona ili konkretnog spora između stranaka. Kad je riječ o kontekstu apstraktne ocjene zakona, u analizu će se uključiti i dva stadija testa razmjernosti (test nužnosti i test razmjernosti u užem smislu).⁷⁴ Konačno, u analizi će se razlikovati dvije vrste odluka: odluku o (materijalnoj) zakonitosti (koja se donosi u kontekstu apstraktne ocjene ustavnosti zakona) i odluku o biti spora (koja se donosi u kontekstu konkretnog spora između stranaka). Odluke o biti spora imaju gore navedenu strukturu vanjskog i unutarnjeg opravdanja sudačkog rasuđivanja.

72 Kao što to tvrdi Alexy. Vidi Alexy, „On Balancing and Subsumption“, 433-435.

73 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 201. Vidi i: Giovanni Battista Ratti, „An Antinomy in Alexy’s Theory of Balancing“, *Ratio Juris* 36, br. 1 (2023): 51-52.

74 Prvi stadij testa razmjernosti, test prikladnosti, nećemo uključiti u analizu jer taj stadij nedvojbeno ne uključuje odvagivanje ni u kojem smislu riječi. Treći stadij, test razmjernosti u užem smislu, sastoji se upravo u odvagivanju u užem smislu riječi, dok se kod drugog stadija, testa nužnosti, može eventualno govoriti o odvagivanju u širem smislu riječi (u smislu uzimanja u obzir načela koje se ograničava zakonskom normom kojom se ostvaruje drugo ustavno načelo kako bi se utvrdilo je li ona najblaža među jednako prikladnim alternativnim mjerama s obzirom na svoj učinak ograničavanja prvog ustavnog načela). O stadijima testa razmjernosti vidi *supra* bilj. 35.

Odluke o zakonitosti pak, prema Guastiniju, imaju sljedeću strukturu.⁷⁵ Unutarnje opravdanje sastoji se od dviju premisa: normativne premise „Ako norma nije spojiva s materijalno višom normom, onda je ona materijalno nevaljana“ (u našem slučaju: „Ako zakonska norma nije spojiva s ustavnom normom, onda je ona neustavna“) i spoznajne premise, tj. suda o nespojivosti (u našem slučaju: „Zakonska norma ZN je nespojiva s ustavnom normom UN“). Zaključak je odluka o neustavnosti zakonske norme. Vanjsko opravdanje spoznajne premise zahtijeva tumačenje ustavne odredbe koju je sud u konkretnom slučaju uzeo kao mjerilo ustavnosti, možebitno prethodno odvagivanje na temelju kojega je sud izabrao ustavno mjerilo ustavnosti sporne zakonske norme, konkretiziranje protumačene ustavne odredbe (tj. ustavne norme) i tumačenje sporne zakonske odredbe iz koje navodno proizlazi neustavna norma.

Raspravimo prvo kontekst apstraktne ocjene ustavnosti zakona, tj. situaciju u kojoj, primjerice, Ustavni sud ocjenjuje je li određena zakonska norma u skladu s Ustavom, i to prvo slučaj u kojemu Ustavni sud ocjenjuje ustavnost zakonske norme s aspekta testa nužnosti, a zatim s aspekta testa razmjernosti u užem smislu.

Ako Ustavni sud ocjenjuje spornu zakonsku normu s aspekta testa nužnosti (pod pretpostavkom da je norma prošla test prikladnosti),⁷⁶ on zapravo ocjenjuje je li ta zakonska norma, kojom se ostvaruje jedno ustavno pravo, uzela u obzir ustavno pravo koje se njome ograničava, tj. predstavlja li ta zakonska norma, ako postoji više jednako prikladnih regulatornih alternativa, najmanje moguće zadiranje u to drugo ustavno pravo među jednako prikladnim regulatornim alternativama. Stoga Ustavni sud u tom slučaju nastupa poput zakonodavca, razmatrajući moguće alternativne norme kojima bi se moglo urediti sporno činjenično stanje, uzimajući u obzir i načelo koje je zakonodavac želio ostvariti i načelo koje se ostvarivanjem prvog načela ograničava. Dakle, sud ispituje mogućnost konstruiranja novog, jednako prikladnog alternativnog pravila, izvedeći ga iz sadržaja načela koje se želi ostvariti, uz uzimanje u obzir načela koje se pri tome ograničava. Promotrimo li bolje, ta radnja Ustavnog suda ne predstavlja odvagivanje, nego konstruiranje novoga (neizraženog) pravila (koje pretendira biti zakonskog ranga, kao alternativa pravilu koje je stvorio zakonodavac) konkretiziranjem načela koje se njime želi ostvariti, a koje drugo načelo ograničava manje od sporne zakonske norme. Riječ je o upotrebi tehnike koju bismo mogli nazvati tzv. prilagođujućim konstruiranjem.⁷⁷ Ako u tome uspije (tj. ako utvrdi da postoji jednako prikladna blaža norma od one koju je stvorio zakonodavac), Ustavni sud će ocijeniti da je sporno zakonsko pravilo neustavno jer je zbog nenužnosti povrijedilo neko ustavno načelo. Dakle, ovdje zapravo nije toliko riječ o rješavanju antinomije između ustavnih načela, koliko o utvrđivanju povrede nekoga

75 Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, 125-126, 135-136 i Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 248-249, vidi *supra* bilj. 35.

76 Takav je slučaj, prema Rodinu, upravo *supra* analizirani slučaj zabrane prodaje duhanskih proizvoda. Zakonska norma nije prošla test nužnosti (sud doduše jest naveo i potrebu odvagivanja, ali ga nije proveo jer zakonska norma nije prošla test nužnosti). Vidi u: Siniša Rodin, „Načelo proporcionalnosti - porijeklo, ustavno utemeljenje i primjena“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 50, br. 1-2 (2000): 49.

77 Prema analogiji s tzv. prilagođujućim tumačenjem. O prilagođujućem tumačenju vidi u: Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 285-289.

ustavnog načela. Zaključimo: provođenje testa nužnosti može završiti sudačkim konstruiranjem novoga neizraženog pravila koje „pomiruje“ dva sukobljena načela drukčije od spornoga zakonskog pravila (tj. na način da se drugo ustavno načelo ograničava blažim, jednako prikladnim pravilom), a na temelju kojega Ustavni sud zaključuje da je sporno zakonsko pravilo neustavno.

Ako sporna zakonska norma prođe i test prikladnosti i test nužnosti, onda zapravo postoji neizbježna antinomija između ustavnih načela. Naime, u tom slučaju postoji zakonska norma koja je (s obzirom na konkretan slučaj) jedina moguća konkretizacija jednoga ustavnog načela, a koja istodobno ograničava drugo ustavno načelo. Dakle, za razliku od prethodnog slučaja (ocjene nužnosti), u kojem je Ustavni sud potencijalno konstruirao novo, drukčije pravilo, u ovom slučaju to nije moguće. Ishod djelovanja Ustavnog suda u ovom slučaju je da se na sporno zakonsko pravilo kao mjerilo ustavnosti primijeni ili jedno ili drugo ustavno načelo, a ne novo neizraženo pravilo koje je konstruirao na gore opisan način. U tom slučaju Ustavni sud prvo iz sporne zakonske odredbe tumačenjem izvodi izraženo zakonsko pravilo čija se ustavnost ocjenjuje. Zatim identificira ustavne odredbe koje *prima facie* predstavljaju mjerilo ustavnosti spornoga zakonskog pravila. To najčešće čini na temelju tvrdnje osporavatelja ustavnosti zakonskog pravila o postojanju ustavne norme s kojom je to pravilo nespojivo i tvrdnje predlagatelja zakona o postojanju ustavne norme koju je zakonodavac nastojao ostvariti spornom zakonskom normom. Tako identificirane ustavne odredbe Ustavni sud zatim kvalificira kao ustavna načela pa im tumačenjem pripíše značenje (utvrdi normativni sadržaj navedenih odredbi). Nakon toga Ustavni sud konkretiziranjem (s obzirom na dani kontekst spornoga izraženog zakonskog pravila) iz obaju ustavnih načela izvede neizražena ustavna pravila. Na taj način dobiva dva neizražena ustavna pravila koja imaju isti antecedent i nespojive pravne posljedice. Dakle, riječ je o antinomiji između mjerila za ocjenu ustavnosti zakona jer se ista zakonska norma može smatrati valjanom na temelju jednog i nevaljanom na temelju drugog načela. S obzirom na to da između dobivenih neizraženih ustavnih pravila postoji potpuna antinomija *in abstracto* te da se ne mogu primijeniti klasični kriteriji za rješavanje antinomija, provodi se odvagivanje ustavnih načela iz kojih su izvedena ta neizražena ustavna pravila. Rezultat odvagivanja je preferencijski iskaz: „U kontekstu konkretnog slučaja, ustavno načelo N1 ima veću težinu (važnije/vrednije je) od ustavnog načela N2.“ S obzirom na to da je preferencijskim iskazom uspostavljena (trenutačna) vrijednosna hijerarhija između dvaju sukobljenih načela, omogućena je primjena, nazovimo ga tako, kriterija (vrijednosne) hijerarhije: „Kao mjerilo ustavnosti spornoga zakonskog pravila treba upotrijebiti neizraženo ustavno pravilo izvedeno iz ‘važnijeg’ od dvaju odvagnutih ustavnih načela.“ Riječ je o kriteriju sličnom onome koji u slučajevima nespojivosti normi država članica Europske unije i europskih normi daje prednost primjeni europskih normi (kriteriju koji se izvodi iz načela nadređenosti europskog prava, tj. kriteriju nadređenosti europskog prava). Naime, u navedenim slučajevima ne govorimo o rješavanju sukoba između „posebnijih“ europskih normi i „općenitijih“ nacionalnih normi te da se europskim normama ograničava doseg primjene nacionalnih normi, nego da se nacionalne norme naprosto (u cijelosti) izuzimaju iz primjene, a (umjesto

njih) primjenjuju europske norme.⁷⁸ Dakle, u slučaju ocjene ustavnosti zakona (međusobne spojivosti normi različitog ranga), u kojem je sporna zakonska norma prošla i test prikladnosti i test nužnosti, preferencijski iskaz omogućuje primjenu kriterija vrijednosne hijerarhije, na temelju kojega Ustavni sud odlučuje primijeniti jednu od sukobljenih normi, a drugu izuzeti iz primjene. Konačno, na temelju usporedbe spornoga izraženog zakonskog pravila s neizraženim ustavnim pravilom izabranim na temelju kriterija vrijednosne hijerarhije, Ustavni sud utvrđuje spojivost toga zakonskog i ustavnog pravila.

Drugi je kontekst u kojem se koristi tehnika odvagivanja onaj konkretnog spora između stranaka. No, za razliku od konteksta ocjene ustavnosti zakona, gdje se odvagivanje koristi za opravdanje spoznajne premise, u konkretnom sporu između stranaka, kao što ćemo pokazati, odvagivanje se koristi za opravdanje normativne i podvođeće premise unutarnjeg opravdanja sudačkog rasuđivanja.

Razmotrimo prvo upotrebu odvagivanja kao opravdanja normativne premise analizirajući sljedeći primjer. Tužitelj zahtijeva od (redovnog) suda da tuženiku, temeljem zakonske norme prema kojoj vlasnik nekretnine može od nezakonitog posjednika svoje nekretnine zahtijevati da mu vrati posjed nekretnine, naloži iseljenje iz svoje nekretnine, a tuženik uloži prigovor, tražeći od suda da, temeljem ustavne norme o pravu na dom, odbije tužiteljev zahtjev. Sud prvo tumačenjem zakonske odredbe izvodi izraženo zakonsko pravilo o obvezi suda da naloži iseljenje nezakonitog posjednika iz nekretnine. Zatim identificira ustavnu odredbu o pravu na dom i pripíše joj status načela. Nadalje, identificira ustavnu odredbu kojom se izražava norma koja se ostvaruje zakonskim pravilom o obvezi suda da naloži iseljenje. Riječ je o ustavnoj normi o jamčenju prava vlasništva, koju sud također kvalificira kao načelo. Sud tumačenjem ustavnoj odredbi o pravu na dom pripíše značenje (utvrdi njezin normativni sadržaj). S obzirom na to da je sada na vidjelo izašla antinomija između ustavnih načela, sud odvaguje ustavno načelo prava vlasništva s ustavnim načelom prava na dom s obzirom na utvrđene okolnosti konkretnog slučaja te formulira, na temelju poredbene vrijednosne ocjene o pravednosti ishoda primjene jednog i drugog načela, preferencijski iskaz: „U kontekstu konkretnog slučaja, ustavno načelo prava na dom ima veću težinu (važnije/vrednije je) od načela prava vlasništva.“ S obzirom na to da je preferencijskim iskazom uspostavljena (trenutačna) vrijednosna hijerarhija između dvaju sukobljenih načela, omogućena je primjena, nazovimo ga tako, kriterija vrijednosne specijalnosti: „Neizraženo ustavno pravilo izvedeno iz vrijednosno ‘važnijeg’ ustavnog načela ograničava doseg izraženome zakonskom pravilu koje predstavlja konkretizaciju vrijednosno ‘nevažnijega’ ustavnog načela.“ Konačno, sud iz ustavnog načela o pravu na dom konkretizira (s obzirom na dani kontekst utvrđenoga činjeničnog stanja) prešutnu iznimku od izraženoga zakonskog pravila o iseljenju: „Ako osoba nezakonito posjeduje tuđu nekretninu, vlasniku ta

78 Doduše, (jedna od) razlika je ta što je načelom nadređenosti europskog prava uspostavljena trajna ili postojana vrijednosna hijerarhija (između europskog i nacionalnog prava), a odvagivanjem pomična vrijednosna hijerarhija (između dvaju ustavnih načela). No, to ne utječe na konačni učinak primjene kriterija vrijednosne hijerarhije i kriterija nadređenosti europskog prava, tj. izuzimanje iz primjene jedne i primjenu druge od dvaju nespojivih normi.

nekretnina nije potrebna za vlastito korištenje ili zbrinjavanje potrebitih, osoba nema drugu nekretninu u svom vlasništvu kojom bi se mogla koristiti za stanovanje i nije u mogućnosti osigurati drugi smještaj, onda osoba ima pravo ostati u posjedu te nekretnine“ i ugrađuje ju u izraženo zakonsko pravilo o iseljenju: „Ako vlasnik nekretnine tužbom zahtijeva od suda da se osobi koja nezakonito posjeduje njegovu nekretninu naloži da mu preda posjed te nekretnine, *osim ako vlasniku prijeporna nekretnina nije potrebna za vlastito korištenje ili zbrinjavanje potrebitih, tuženici nemaju drugu nekretninu u svom vlasništvu kojom bi se mogli koristiti za stanovanje i nisu u mogućnosti osigurati drugi smještaj*, onda je sud dužan odbiti tužiteljev zahtjev da sud posjedniku naloži vraćanje posjeda te nekretnine vlasniku.“

Kao što se vidi, taj je slučaj odvagivanja drukčiji od onoga kod ocjene ustavnosti zakona. Razlika je u tome što kod ocjene ustavnosti utvrđujemo (ne)valjanost zakonske norme s ciljem da ju, ako utvrdimo da je nevaljana, poništimo (izbacimo iz pravnog poretka). Također, odvagivanje (i prilagođujuće konstruiranje) služi utvrđivanju mjerila ustavnosti, a ne norme koja se treba primijeniti u konkretnom slučaju (čak ni one norme koja čini *premisu maior* unutarnjeg opravdanja odlučivanja o ustavnosti). Odvagivanje u slučaju odlučivanja u konkretnom sporu između stranaka služi utvrđivanju norme na temelju koje se donosi odluka o biti spora. Stoga je u ovom slučaju odvagivanje zapravo argument kojim sud opravdava uvođenje prešutne iznimke u pravilo slučaja kada ocijeni da bi se primjenom pravila slučaja (kojim se omogućava ostvarenje tužiteljeva ustavnog prava) povrijedilo neko tuženikovo ustavno pravo. Prešutnu iznimku sud konstruira konkretiziranjem ustavnog načela iz kojega proizlazi tuženikovo ustavno pravo.

Drugi slučaj upotrebe odvagivanja u kontekstu konkretnog spora između stranaka jest onaj kad se odvagivanje koristi kao argument za suženo (restriktivno) tumačenje. To je slučaj u kojemu sudac ocijeni da se konkretno činjenično stanje, premda o njemu postoji neslaganje potpada li ili ne potpada pod doseg primjene određene zakonske norme kojom se konkretizira neko ustavno načelo, treba podvesti pod tu normu, ali i da bi se primjenom te norme povrijedilo neko tuženikovo ustavno pravo. Sud u tom slučaju provodi odvagivanje s obzirom na utvrđene okolnosti konkretnog slučaja i formulira preferencijski iskaz: „U kontekstu konkretnog slučaja, ustavno načelo N1 ima veću težinu (važnije/vrednije je) od ustavnog načela N2.“ S obzirom na to da je preferencijskim iskazom uspostavljena (trenutačna) vrijednosna hijerarhija između dvaju sukobljenih načela, omogućena je primjena suženog tumačenja: „Dvojbena slučaj treba isključiti iz područja primjene norme čijom bi se primjenom povrijedilo ustavno pravo stranke u sporu.“ Dakle, u ovom je slučaju odvagivanje radnja koja se koristi za opravdanje podvođenog iskaza.

Provedena je analiza pokazala različite funkcije odvagivanja u vanjskom opravdanju sudačkog rasuđivanja: odvagivanje u funkciji opravdanja spoznajne premise u kontekstu apstraktne ocjene ustavnosti zakona te odvagivanje u funkciji opravdanja normativne i podvođene premise u kontekstu konkretnog spora između stranaka. Uz to, analiza je ukazala na moguću kontekstualnu i argumentativnu razliku između onoga što Guastini naziva odvagivanjem i drugom inačicom kriterija specijalnosti kao načinima rješavanja sukoba između pravnih načela. Naime, moglo

bi se zaključiti da se Guastinijevo odvagivanje kao tehnika koristi u slučajevima apstraktne ocjene ustavnosti, i to u trećem stadiju testa razmjernosti, pri čemu se odvagivanje (tj. uspostava pomične vrijednosne hijerarhije) kombinira s tzv. kriterijem vrijednosne hijerarhije, čiji je učinak samo neprimjena jedne od dviju sukobljenih normi (dakle, riječ je o kriteriju primjenjivosti normi koji nema dodatne učinke poput činjenja nevaljanosti, prešutnog ukidanja ili ograničavanja dosega jedne od sukobljenih normi); a da se druga inačica kriterija specijalnosti koristi u slučajevima konkretnog spora između stranaka, pri čemu se uspostava pomične vrijednosne hijerarhije kombinira s tzv. kriterijem vrijednosne specijalnosti, čiji je učinak, osim neprimjene općenitije norme, i ograničavanje njezina dosega primjene uvođenjem u nju prešutne iznimke. Dakle, ako izuzmemo kontekstualnu razliku, učinci su zapravo isti (neprimjena jedne od sukobljenih normi), a razlika se svodi na argument koji se ističe u prilog neprimjenljivosti jedne od normi (nadvladanost višom normom ili ograničenost dosega prešutnom iznimnom normom). Poseban je pak slučaj, koji je pokazala analiza, kombinacija uspostave vrijednosne hijerarhije sa suženim tumačenjem kad je riječ o opravdanju podvođećeg iskaza u kontekstu konkretnog spora između stranaka.

6. ODVAGIVANJE I PRAVNO KONSTRUIRANJE

Prema Guastiniju, odvagivanje sukobljenih načela ne predstavlja tumačenjsku radnju u užem smislu, tj. radnju pripisivanja značenja normativnom tekstu:

„Odluka da načelo N1 u konkretnom slučaju nadvladava načelo N2, tako da N2 treba staviti na stranu, ne kaže ništa o normativnom sadržaju odredbi kojima se izražavaju dva sukobljena načela: to nije tumačenjska odluka. Naravno, u pozadini jest tumačenje, no ovdje nije riječ o odlučivanju koje je značenje te i te ustavne odredbe (što je pravi tumačenjski problem).“⁷⁹

Naprotiv, odvagivanje prema Guastiniju spada među radnje „pravno konstruiranja“, tj. radnje sudačkog ili doktrinarnog „stvaranja“ prava, jer kako Guastini navodi u nastavku *supra* citiranog teksta: „[...] riječ je o odlučivanju treba li, s obzirom na određeno tumačenje dviju odredbi u pitanju (kakvo god ono bilo), primijeniti prvu, a drugu staviti na stranu ili obrnuto.“⁸⁰ Pri tome Guastini ne propušta naglasiti da izborom i primjenom jednog od dvaju sukobljenih načela nadvladano načelo nije ni ukinuto ni nevaljano, nego samo stavljeno na stranu, izuzeto iz primjene, te da „ostaje na ‘životu’, na snazi u pravnom sustavu, spremno da se primijeni u drugim sporovima.“⁸¹

Međutim, ako pravno konstruiranje podrazumijeva sudačko „stvaranje prava“, a ne puko tumačenje, tj. ako podrazumijeva da sudac svojom radnjom utječe na sadržaj prava na način da ga mijenja (npr. u pravni sustav uvodi novu

79 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 200-201.

80 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 201.

81 Guastini, *Tumačenje i argumentacija*, 199; Guastini, *Sintaksa prava*, 279; Guastini, „Applying Constitutional Principles“, 247; Riccardo Guastini, *Le fonti del diritto* (Milano: Giuffrè Editore, 2010.), 217; Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, 219.

normu, zamjenjuje postojeću ili izbacuje iz sustava neku normu), onda se postavlja pitanje je li doista sam čin izbora jednog između dvaju primjenljivih sukobljenih načela, pri čemu drugo, dakle neizabrano načelo, nije ni ukinuto ni poništeno, ono što odvagivanje čini pravnokonstruktivnom radnjom. Osim toga, kao što smo pokazali u prethodnom poglavlju, čin izbora jednog od sukobljenih načela sam po sebi nije odvagivanje, nego zapravo primjena kriterija vrijednosne hijerarhije, koja je omogućena prethodno provedenim odvagivanjem, tj. uspostavom vrijednosne hijerarhije između sukobljenih načela putem poredbenoga vrijednosnog suda. Stoga, da bismo odgovorili na postavljeno pitanje, prvo ćemo preciznije utvrditi što Guastini smatra pravnim konstruiranjem, a zatim ispitati što bi to točno u radnji odvagivanja predstavljalo pravno konstruiranje.

Pravno konstruiranje, kaže Guastini:

„[...] sastoji se u bitnome u [sudačkom i doktrinarnom] oblikovanju neizraženih normi: tj. normi koje nije formuliralo nijedno tijelo normativne vlasti; normi koje se ne mogu pripisati nijednome određenom normativnom tekstu kao njegovo značenje niti se mogu logički (tj. deduktivno) izvesti iz izraženih normi bez dodavanja daljnjih premisa.“⁸²

Dakle, bitna je značajka pravnog konstruiranja njegova nomopojetičnost, tj. pravnostvaralačka funkcija. Međutim, odvagujući (ponderirajući) iskaz („U okolnostima konkretnog slučaja, načelo N1 je vrijednosno važnije od načela N2“), čini se, nije nomopojetički iskaz (barem ne u užem smislu stvaranja neizražene norme), nego poredbena vrijednosna ocjena:

„jedno je *tumačiti* normativnu odredbu, tj. odlučiti o njezinu značenju: (1) „Odredba O (koja, pretpostavimo, izražava načelo) znači N1.“ Drugo je *konkretizirati* načelo N1, razvijajući iz njega implikacije, tj. izvodeći iz njega neko neizraženo pravilo: (2) „N1 implicira pravilo P.“ A opet nešto treće je *odvagivati* N1 s drugim načelom, N2, s kojim je u sukobu: (3) „N1 je važnije od N2 (ili obrnuto).“ Iskaz (1) je tumačenjski iskaz. Iskaz (2) je nomopojetički iskaz. Iskaz (3) je poredbena vrijednosna ocjena.“⁸³

Međutim, izgleda da Guastini pravnokonstruktivnim radnjama, osim posve nomopojetičkih, smatra i one sudačke (i doktrinarne) radnje koje odlikuje izvanuobičajen stupanj diskrecije, tj. stupanj diskrecije koji nadilazi uobičajenu diskreciju koju sudac izvršava kod tumačenja (zbog višeznačnosti normativnih tekstova i nejasnosti predikata): primjerice, diskrecija na temelju koje sudac neka ustavna načela proglašava tzv. vrhovnim ustavnim načelima, višima od ostalih „običnih“ ustavnih načela, tj. diskrecija na temelju koje sudac uspostavlja (stalnu ili trajnu) vrijednosnu hijerarhiju.⁸⁴

Kod odvagivanja, kaže Guastini, sudac izvršava dvostruku diskreciju: prva diskrecijska radnja stvaranje je vrijednosne hijerarhije između dvaju sukobljenih načela, a druga, promjena poredbene vrijednosti dvaju načela u svjetlu

82 Riccardo Guastini, *Discutendo* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Marcial Pons, 2017.), 333.

83 Guastini, *Discutendo*, 335, vidi *supra* bilj. 17.

84 Guastini, *Discutendo*, 335-336.

rješavanja novog i različitog spora.⁸⁵ Prema Guastiniju, odvagivanje je „arbitrarno [„slobodno“]⁸⁶ stvaranje hijerarhije između normi koje u sustavu uopće nisu hijerarhizirane.“⁸⁷ Sud procjenu parlamenta o važnosti pojedinoga ustavnog načela, koja je implicitno sadržana u zakonskoj normi čiju ustavnost ocjenjuje, „zamjenjuje svojom vrijednosnom ocjenom.“⁸⁸ S obzirom na to da vrijednosne hijerarhije ne ovise „o pozitivnim normama kojima se uspostavlja hijerarhija (poput hijerarhije izvora), niti o dinamičkoj strukturi pravnog poretka (poput strukturnih hijerarhija), niti o sadržaju uključenih normi (poput logičkih hijerarhija)“, nego „isključivo o poredbenim vrijednosnim ocjenama tumača“, one su, smatra Guastini, „proizvod [...] ‘međuprostornog’ stvaranja prava od strane sudaca i pravnih znanstvenika.“⁸⁹

Prema tome, odvagivanje (za razliku od konkretizacije načela koje je izabrano na temelju odvagivanja, a koje se sastoji u izvođenju iz njega neizraženog pravila), nije pravno konstruktivna radnja zbog svoje nomopojetičnosti u užem smislu, tj. zbog toga što bi sudac samim izricanjem preferencijskog iskaza (poredbene vrijednosne ocjene) uvodio novu normu u pravni sustav ili neku postojeću iz njega isključivao, nego zbog toga što radnja odvagivanja uključuje: a) izvanuobičajenu (dvostruku) diskreciju sudaca i b) jer se njome stvara vrijednosni hijerarhijski odnos između načela koji ne postoji po samom pozitivnom pravu ili kojim se mijenja postojeći suprotan hijerarhijski odnos, a što omogućuje dodatni utjecaj na sadržaj prava putem konstruiranja novoga neizraženog pravila (iz vrijednosno višeg načela), poništavanja postojećega izraženog pravila (zbog nespojivosti s neizraženim pravilom izvedenim iz vrijednosno višeg načela) i uvođenja u postojeće izraženo pravilo neizražene iznimke (izvedene iz vrijednosno višeg načela).

7. ZAKLJUČAK

Na temelju iznesene kritičke analize Guastinijevih shvaćanja sukoba između ustavnih prava i tehnika njihovog rješavanja, možemo dati odgovore na pitanja postavljena na početku rada.

Prvo, kada govorimo o karakteru sukoba između prava, iz dosljedne primjene Guastinijeva shvaćanja o pravnim načelima (o nužnosti konkretizacije pravnih načela kako bi ona mogla biti primijenjena u konkretnom slučaju) proizlazi da su antinomije između normi o ustavnim pravima: a) na prvoj razini, antinomije između mjerila ustavnosti zakona, tj., *prima facie*, dvostrano djelomične antinomije *in concreto* između normi-načela o ustavnim pravima, koje su zapravo svedive na potpune antinomije *in abstracto* između dvaju neizraženih ustavnih pravila izvedenih konkretiziranjem sukobljenih ustavnih načela i, b) na drugoj razini, potpune antinomije *in abstracto* između spornoga izraženog zakonskog pravila kojim se konkretizira jedno ustavno načelo i neizraženoga ustavnog pravila izvedenog

85 Guastini, *Le fonti del diritto*, 218.

86 Guastini, *Discussendo*, 365.

87 Guastini, *Discussendo*, 272 (kurziv op.a.).

88 Guastini, *Sintaksa prava*, 206.

89 Guastini, *Discussendo*, 291.

konkretiziranjem drugog ustavnog načela.

Što se tiče pitanja o funkciji odvagivanja u sudačkom opravdanju, analiza provedena u ovome radu pokazala je različite funkcije odvagivanja u vanjskom opravdanju sudačkog rasuđivanja: 1.) odvagivanje u funkciji opravdanja spoznajne premise u kontekstu apstraktne ocjene ustavnosti zakona te 2.) odvagivanje u funkciji opravdanja a) normativne i b) podvođeće premise u kontekstu konkretnog spora između stranaka.

Nadalje, što se tiče pitanja razlike između odvagivanja i Guastinijeve inačice *lex specialis* kao moguće alternativne metode rješavanja sukoba između ustavnih prava, možemo istaknuti moguću kontekstualnu i argumentativnu razliku. Naime, moglo bi se zaključiti da se Guastinijevo odvagivanje kao tehnika koristi u slučajevima apstraktne ocjene ustavnosti, i to u trećem stadiju testa razmjernosti, pri čemu se odvagivanje (tj. uspostava pomične vrijednosne hijerarhije) kombinira s tzv. kriterijem vrijednosne hijerarhije, čiji je učinak samo neprimjena jedne od dviju sukobljenih normi (dakle, riječ je o kriteriju primjenljivosti normi koji nema dodatne učinke poput činjenja nevaljanosti, prešutnog ukidanja ili ograničavanja dosega jedne od sukobljenih normi); a da se druga inačica kriterija specijalnosti koristi u slučajevima konkretnog spora između stranaka, pri čemu se uspostava pomične vrijednosne hijerarhije kombinira s tzv. kriterijem vrijednosne specijalnosti, čiji je učinak, osim neprimjene općenitije norme, ograničavanje njezina dosega primjene uvođenjem u nju prešutne iznimke. Dakle, ako se izuzme kontekstualna razlika, učinci su zapravo isti (neprimjena jedne od sukobljenih normi), a razlika se svodi na argument koji se ističe u prilog neprimjenljivosti jedne od normi (nadvladanost višom normom ili ograničenost dosega prešutnom iznimnom normom). Poseban je pak slučaj kombinacija uspostave vrijednosne hijerarhije sa suženim tumačenjem kad je riječ o opravdanju podvođećeg iskaza u kontekstu konkretnog spora između stranaka.

Konačno, preostaje odgovoriti na pitanje što odvagivanje čini radnjom pravnog konstruiranja. Analiza je pokazala da odvagivanje (za razliku od konkretizacije načela koje je izabrano na temelju odvagivanja, a koje se sastoji u izvođenju iz njega neizraženog pravila) nije pravnokonstruktivna radnja zbog svoje nomopojetičnosti u užem smislu, tj. zbog toga što bi sudac samim izricanjem preferencijskog iskaza (poredbene vrijednosne ocjene) uvodio novu normu u pravni sustav ili neku postojeću iz njega isključivao, nego zbog toga što radnja odvagivanja uključuje: a) izvanuobičajenu (dvostruku) diskreciju sudaca i b) jer se njome stvara vrijednosni hijerarhijski odnos između načela koji ne postoji po samom pozitivnom pravu ili kojim se mijenja postojeći suprotan hijerarhijski odnos, a što omogućuje dodatni utjecaj na sadržaj prava putem konstruiranja novoga neizraženog pravila (iz vrijednosno višeg načela), poništavanja postojećega izraženog pravila (zbog nespojivosti s neizraženim pravilom izvedenim iz vrijednosno višeg načela) i uvođenja u postojeće izraženo pravilo neizražene iznimke (izvedene iz vrijednosno višeg načela).

LITERATURA

Knjige i članci:

1. Aarnio, Aulis. „Taking Rules Seriously“. U: *Law and the States in Modern Times. Proceedings of the 14th IVR World Congress in Edinburgh, August 1989, Vol. 2*, ur. Werner Maihofer i Gerhard Sprenger, 180-192. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1990.
2. Alexy, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
3. Alexy, Robert. „On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison“. *Ratio Juris* 16, br. 4 (2003): 433-449.
4. Barak, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
5. Barberis, Mauro i Giorgio Bongiovanni. „Legal Positivism in the Postwar Debate“. U: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Volume 12 Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, Tome 1: Language Areas, Tome 2: Main Orientations and Topics*, ur. Enrico Pattaro i Corrado Roversi, 243-262. Dordrecht: Springer, 2016.
6. Burazin, Luka. „Conflicts Between Fundamental Rights Norms“. U: *Proportionality in Law: An Analytical Perspective*, ur. David Duarte i Jorge Silva Sampaio, 111-117. Cham: Springer, 2018.
7. Chiassoni, Pierluigi. *Interpretation without Truth: A Realistic Enquiry*. Cham: Springer, 2019.
8. Chiassoni, Pierluigi. „Materiali per una teoria delle antinomie“. *Materiali per una storia della cultura giuridica* 36, br. 1 (2006): 209-226.
9. Duarte, David. „Drawing Up the Boundaries of Normative Conflicts that Lead to Balances“. U: *Legal Reasoning: The Methods of Balancing. Proceedings of the Special Workshop “Legal Reasoning: The Methods of Balancing” held at the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Beijing, 2009*, ur. Jan-Reinard Sieckmann, 51-62. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010.
10. Engisch, Karl. *Die Einheit der Rechtsordnung*. Heidelberg: C. Winter, 1935.
11. Engisch, Karl. *Einfuehrung in das juristische Denken*. Stuttgart: Kohlhammer, 1956.
12. García Amado, Juan Antonio. *Decidir y argumentar sobre derechos*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2017.
13. Gavazzi, Giacomo. *Delle antinomie*. Torino: G. Giappichelli, 1959.
14. Grabowski, Andrzej i Isabel Lifante Vidal. „Rules and Principles“. U: *Jurisprudence in the Mirror: The Common Law World Meets the Civil Law World*, ur. Luka Burazin, Kenneth Einar Himma i Giorgio Pino, 167-189. New York: Oxford University Press, 2024.
15. Guastini, Riccardo. „Applying Constitutional Principles“. *Analisi e diritto* (2016): 241-249.
16. Guastini, Riccardo. *Discutendo*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Marcial Pons, 2017.
17. Guastini, Riccardo. „Gerarchie normative“. *Materiali per una storia della cultura giuridica* 27, br. 2 (1997): 463-488.
18. Guastini, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè Editore, 2011.
19. Guastini, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè Editore, 2004.
20. Guastini, Riccardo. *La sintassi del diritto*. 1. izd. Torino: Giappichelli Editore, 2011.
21. Guastini, Riccardo. *La sintassi del diritto*. 2. izd. Torino: Giappichelli Editore, 2014.
22. Guastini, Riccardo. *Le fonti del diritto*. Milano: Giuffrè Editore, 2010.
23. Guastini, Riccardo. *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006.

24. Guastini, Riccardo. *Sintaksa prava*. Zagreb: Naklada Breza, 2023.
25. Guastini, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè Editore, 1998.
26. Guastini, Riccardo. *Tumačenje i argumentacija*. Zagreb: Naklada Breza, 2023.
27. Kelsen, Hans. *General Theory of Norms*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
28. Keršić, Marin. „Đenoveška škola pravnog realizma“. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 57, br. 3 (2020): 829-849.
29. Keršić, Marin. „Legal Methods for Resolving Apparent Conflicts between Fundamental Rights“. Doktorska disertacija. Genova: Università degli studi di Genova, Scuola delle scienze sociali, Dipartimento di giurisprudenza, 2022.
30. Keršić, Marin. „Legal Principles in Croatian Legal Science: Fundamental Character and Indeterminacy“. *Pravni vjesnik* 36, br. 1 (2020): 65-78.
31. Keršić, Marin. „Problem ‘težina’ sukobljenih ustavnih načela u analizi proporcionalnosti (odvagivanju)“. *Pravni vjesnik* 38, br. 3-4 (2022): 85-107.
32. Martínez Zorrilla, David. „The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights“. *Law and Philosophy* 30, br. 6 (2011): 729-749.
33. Moniz Lopes, Pedro. „The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles“. *Ratio Juris* 30, br. 4 (2017): 471-490.
34. Pino, Giorgio. *Diritti e Interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2010.
35. Pino, Giorgio. „Principi e argomentazione giuridica“. *Ars Interpretandi* 1 (2009): 131-159.
36. Pino, Giorgio. *Teoria analitica del diritto I: La norma giuridica*. Pisa: Edizioni ETS, 2016.
37. Ratti, Giovanni Battista. „An Antinomy in Alexy’s Theory of Balancing“. *Ratio Juris* 36, br. 1 (2023): 48-56.
38. Ratti, Giovanni Battista. *Studi sulla logica del diritto e della scienza giuridica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
39. Rodin, Siniša. „Načelo proporcionalnosti - porijeklo, ustavno utemeljenje i primjena“. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 50, br. 1-2 (2000): 31-53.
40. Ross, Alf. *On Law and Justice*. London: Stevens & Sons Limited, 1958.
41. Sardo, Alessio. „Let’s Talk About Antinomies. Normative Systems Reloaded“. *Revus*, br. 36 (2018): 53-79.
42. Wróblewski, Jerzy. „Legal Decision and its Justification“. *Logique et Analyse* 14, br. 53/54 (1971): 409-419.
43. Zucca, Lorenzo. *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Pravni propisi:

1. Kazneni zakon, Narodne novine, br. 125/11., 144/12., 56/15., 61/15., 101/17., 118/18., 126/19., 84/21., 114/22., 114/23., 36/24.
2. Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 08/98., 113/00., 124/00., 28/01., 41/01., 55/01., 76/10., 85/10., 05/14.
3. Zakon o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 115/16., 106/18., 121/19., 32/20., 138/20., 151/22., 114/23.

Sudska praksa:

1. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-1397/2015 od 24. rujna 2015.

Luka Burazin*
Marin Keršić**

Summary

A CRITICAL ANALYSIS OF GUASTINI'S UNDERSTANDING OF CONSTITUTIONAL RIGHTS CONFLICTS AND THE BALANCING TECHNIQUE

The paper discusses constitutional rights conflicts and examines balancing as the best known and most widespread technique for resolving such conflicts. It provides a critical analysis of how Riccardo Guastini, the main representative of the Genoese school of legal realism, understands constitutional rights conflicts and balancing. The paper aims to answer four main questions. First, what is the nature of constitutional rights conflicts? Second, how does balancing differ from Guastini's version of the *lex specialis* criterion as a possible alternative method for resolving constitutional rights conflicts? Third, what is the function of balancing in judicial reasoning? And fourth, according to Guastini, what makes balancing an act of legal construction?

Keywords: *balancing; antinomies; constitutional rights; criterion of specialty; judicial reasoning.*

* Luka Burazin, Ph.D., Full Professor, University of Zagreb, Faculty of Law; lburazin@pravo.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2437-8871>.

** Marin Keršić, Ph.D., Assistant Professor, University of Split, Faculty of Law; marin.kersic@pravst.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0964-4625>.

EFFICACY AND AUTOPOIESIS OF THE SYSTEM OF SCIENCE, EDUCATION, LAW AND POLITICS

Izv. prof. dr. sc. Ksenija Grubišić*

UDK 1:34

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.45.3.2>

Ur.: 23. srpnja 2024.

Pr.: 17. listopada 2024.

Izvorni znanstveni rad

Summary

Law is a system of hierarchy of norms. Harmonization of higher and lower norms and their application ensure legality and effectiveness of law. At the same time, law is a changing system. These changes are the result of various political and other social influences. Their complexity often makes it impossible to clearly determine the hierarchical structure itself, which raises the question of the sufficiency of certain dominant legal methods for a more comprehensive interpretation of the effects of the legal system. The paper examines whether and in what way the interpretation of the efficacy of the legal system by means of the reduced principle of imputation differs, or is insufficient, in relation to the reduction of complexity of the legal system by means of codes and operations that make it autopoietic. I shall explain the most significant theoretical implications on the example of a legal norm of one section of public law - university law and the law of scientific organisations - by determining the criteria for assessing legal and societal efficacy with respect to the feature of autopoiesis of the pertaining systems - law, science, education and politics in the way they are determined in Luhmann's systems theory.

Keywords: *functional equivalence; reduction of complexity; codes; stability; operations.*

1 INTRODUCTION

In the German classical philosophy of Kant, Fichte, Schelling and Hegel, one can find one of the most influential philosophical reflections on the system, based on certain metaphysical and ontological tenets of the understanding of knowledge, morality, law, politics, etc. Giving up or distancing oneself from such a systematic interpretation was conditioned by, *inter alia*, positivist influences on the development of science, creation of new scientific paradigms and methods, and the process of

* Ksenija Grubišić, Ph.D., Associate professor, University of Zagreb, Faculty of Law; ksenija.grubisic@pravo.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2464-1438>.

emancipation of individual sciences, which resulted in an abandonment of some metaphysical and ontological theses as the dominant starting points for reflections and research. Almost two centuries after the aforementioned *idealistic* systems, Luhmann establishes his social systems theory. However, unlike the former, in whose reflections, e.g. those of Kant, the concept of causality, or more precisely the causality of necessity and the causality of freedom,¹ was a starting point for understanding relationships, Luhmann in his systems theory does not interpret relationships primarily from the perspective of *cause* and *effects*, but from the perspective of *functions*.

The developments described have had an impact on the development of the science of law. However, unlike philosophical and sociological theories and approaches, any legal theory - and any theory of positive law - must begin with the assumption that law is first and foremost a - system. This inevitably includes (scientific) determination of its parts, understanding the connection between parts and the whole, establishing principles, regulations and procedures belonging to the legal system, as well as determining the features that are distinctive in relation to everything that system is not and that does not belong to it.² In doing so, one should take into consideration that an *essential* feature of law is that law as a system should make one whole, a non-contradictory unity. Without it, there is no legality. Without it, the system is not efficacious. Therefore, a question necessarily arises: by means of which methods and approaches?

In normative theory, which is considered a type of law positivism, such unity is interpreted primarily from the perspective of a hierarchical system of legal norms implying, *inter alia*, the alignment of a lower norm with a higher one, and ultimately with a principle of law. This should ensure the efficiency of the application of the principle of legality and thereby the integrality of the legal system. The relations between these norms are interpreted by means of *causality*, *normative necessity* or *imputation*.³ However, what if it is impossible to unequivocally determine the hierarchy of legal norms or the hierarchy of principles of law, which is an issue that is becoming increasingly important in the works of a number of theoreticians?⁴ This is often the case in some branches of public law due to too frequent legislative changes. This then makes their clear hierarchical determination more difficult, which is a consequence of the influence of different political and other social goals and interests. In other words, in such circumstances, the integrality of the legal system turns out to be more and more often an *ideal* whose starting point, the principle of legality, is constantly challenged in its application, concretisation, operationalisation and empirical verification.

1 Immanuel Kant, *Kritika čistoga uma* (Zagreb: Matica Hrvatska, 1984), 18; Immanuel Kant, *Kritika praktičnog uma* (Zagreb: Naprijed, 1990), 45.

2 For more cf in: Ksenija Grubišić, *Sveučilišno pravo i pravo znanstvenih organizacija* (Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2023), 1-35.

3 Hans Kelsen, *Opća teorija normi* (Zagreb: Naklada Breza, 2015), 39.

4 Ronald Dworkin, *Shvaćanje prava ozbiljno* (Zagreb: KruZak, 2003), 52-53.

Generally, the aforementioned justifies every effort to re-examine other theoretical approaches in addition to normative and dogmatic methods for the purpose of attaining a more thorough understanding of the dynamic nature and change of the legal system in relation to its fundamental - normatively interpreted - features of uniqueness and integrality. For, what if the relations among legal norms, and especially the *effects* of these norms within the unity of the legal system cannot be explained more comprehensively only by means of teleological causality, normative necessity or imputation, but also by means of social *functions*?

Kelsen interprets causality and imputation as two different types of one *functional* connection, “two different ways in which two states of affairs are connected together as condition and consequence.”⁵ Causality would mean that there is a relationship of means and purpose, i.e. of cause and effect between the creation of a norm and behaviours corresponding to the norm if, inter alia, the act of norm creation is used as a means to achieve behaviour corresponding to the norm as the effect.⁶ Stating that this does not always have to be so, Kelsen therefore interprets that the principle of imputation is more appropriate to normative systems (morality and law) than the principle of causality.⁷ Namely, it implies a relationship between certain behaviour as a condition and a sanction as a consequence, which is established by an act of will whose meaning is some norm. It follows that the guarantee of efficacy is recognised in the normative connection between condition and consequence, more precisely in sanctions. Moreover, it follows that such a normative relationship between cause and effect does not assume an infinite sequence, in the sense that all these conditions to which sanction is imputed in any moral or legal law as a consequence “are not necessarily a consequence which has to be imputed to some other condition.” More precisely, the causal sequence guided by the principle of imputation is not infinite or inexhaustible since imputation “does not have an unlimited number of articles but in principle only two.”⁸

I shall attempt to interpret the (in)sufficiency of such “reduction” of the interpretation of possible effects of normative systems - in this case of law - for the understanding and study of legal and social efficacy of the legal system based on individual understandings of Luhmann’s functionalist theory. The starting point for the functionalist reflection on the previously described - and in jurisprudence prevailing - understanding of the unity and integrality of law arises from his thesis on the issue of reducing the science of law to a normative science. In doing so, one must consider that Luhmann, like Kelsen, distanced himself from the traditional, ontologically founded understandings of causality, because they “ignore or disrespect the system’s limits.”⁹ At another place, as I shall demonstrate, he explains such distancing using the expression of *functional equivalence*.¹⁰

5 Kelsen, *Opća teorija normi*, 39.

6 Kelsen, *Opća teorija normi*, 26-27.

7 Kelsen, *Opća teorija normi*, 38.

8 Kelsen, *Opća teorija normi*, 39.

9 Niklas Luhmann, *Pravo društva* (Zagreb: Naklada Breza, 2014), 27, 392.

10 Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme, Band 1* (Opladen: Westdeutscher Verlag, 1974), 14.

Consequently, the paper examines whether and in what way the interpretation of the efficacy of the legal system by means of the *reduced* (in relation to causality understood as a sequence of causes and effects) principle of imputation differs, or is insufficient, in relation to the *reduction of complexity* of the legal system by means of codes and operations that make it autopoietic. I shall explain the most significant theoretical implications on the example of a legal norm of one section of public law - university law and the law of scientific organisations - by determining the criteria for assessing legal and societal efficacy with respect to the feature of autopoiesis of the pertaining systems - law, science, education and politics in the way they are determined in Luhmann's systems theory.

2 RELATIONS AND EFFECTS

The introduction sufficiently explained that the meaning of the legal norm within the framework of the normativist method arises from the relation between higher and lower norms. Thereby, efficacy is interpreted as a condition for the validity of the norm only in a certain sense. Namely, the norm must become valid only if it is possible for it to be efficacious, i.e. it does not postulate as "ought" something impossible to attain.¹¹ In any other sense, the absence of efficacy does not influence the meaning of validity, in the sense of this legal norm belonging to the legal system.¹² The understanding described should be partly understood in the context of Kelsen's "distancing" himself from causality to the benefit of imputation, also mentioned in the introduction.

In brief, efficacy is understood as the ability of a legal norm to produce legal effects intended by this legal norm. Consequently, it is obvious that a broader context of the understanding of efficacy comprising, for example, questioning the objectives or the will of the legislator is not decisive here in a way as this is the case when applying the dogmatic method. Or, determination of the content of the will, e.g. volition, as in Kant's philosophy.¹³ This is significant. Calling his theory "*pure theory of law*," i.e. the fundamental concept of Kant's philosophy, Kelsen somewhat determined himself a follower of his interpretation. In Kant's philosophy, a concept of pure reason is the concept of freedom that has only a regulatory character in relation to the possibility of its comprehension, whereas the concept of freedom understood in such a way proves its existence in practical action as the *law of causality of pure reason*, which determines volition regardless of all empirical circumstances. This is true of both moral and legal law, since they do not differ by duties, but "by various legislations that both connect freedom to law."¹⁴ Unlike the inner moral law (the categorical imperative), external legislation and legality are characteristic of law, and based on that the authority to use force "in order to remove the obstacle to freedom

11 Kelsen, *Opća teorija normi*, 157.

12 Luka Burazin, "Pojam prava i (društvena) učinkovitost - analitički pristup," *Pravni vjesnik* 33, no. 3-4 (2017): 119, 124.

13 Immanuel Kant, *Metafizika čudoređa* (Zagreb: Matica Hrvatska, 1999), 11.

14 Kant, *Metafizika čudoređa*, 18-19.

in line with freedom *vis-à-vis* general laws.” More precisely, right is “*the sum of the conditions*¹⁵ under which the choice of one can be united with the choice of another in accordance with a universal law of freedom,” whereas legality is “the mere conformity or nonconformity of an action with law, irrespective of the incentive to it.”¹⁶

Considering this, it is important to note Kelsen’s distancing himself from the application of causality, even the causality of the law of pure reason as the original or (only) decisive one for the interpretation of validity and efficacy of law. Unlike Kant’s interpretation of causality of freedom, Kelsen explains that in legal orders even categorically formulated norms can be valid only conditionally. For example, for the norm “one should not steal” or “one should not kill” positive social orders will introduce norms for the conditions under which it is not forbidden to deprive somebody of property or kill.¹⁷ However, a question arises whether these are truly the arguments that rebut Kant’s approach? Or are these just empirical examples of an alignment of the universal law of freedom with the volition of another? Is it perhaps for this very reason that Kant commences one of the formulations of the universal principle of right with “a set of conditions...,” as previously emphasised? And finally, does the pure theory of right lack the explanation of the will and its content - desires, volitions and effects - for a more comprehensive understanding of efficacy? For Kant, a volition that can be determined by pure reason *is* free will, which in law concerns the practical relationship between one person and another, if their action (indirectly or directly) can influence one another, where this relationship denotes *only* the relationship of the will towards the will of another (and not the wish of another). In other words, one does not consider the content but just the form of the relationship of mutual will “if it is observed as free and if it is in this way one compatible with the freedom of another by universal law of action.”¹⁸ Although Kant’s interpretation also just sticks to the form, which is surely a link to the subsequent normative approach, it still presupposes the criterion of verifying the effects of the legal norm that does not arise only from (directly) the higher legal norm, but it *presupposes* the interpretation of the ability of the will (as free volition) on the basis of the law of causality of pure reason, i.e. by means of the universal principle of right.

As part of the dogmatic method we find a broader interpretation of efficacy, which includes the will of the legislator.¹⁹ This means that the meaning of the norm does not only arise from the relationship between higher and lower norms, but also considered are *objectives* that the legislator or norm-maker had in mind at the moment of their creation. In other words, efficacy is determined as the ability of the legal norm to achieve the objectives for which it was made. In order for them to be more precisely determined, the need inevitably arises to determine the will of the legislator, which presents additional challenges in the field of university law and the law of

15 Italics by K.G.

16 Kant, *Metafizika čudoređa*, 17, 27, 28.

17 Kelsen, *Opća teorija normi*, 35.

18 Kant, *Metafizika čudoređa*, 27.

19 Nikola Visković, *Teorija države i prava* (Zagreb: Birotehnika CDO, 2001), 104-105.

scientific organisations. The first is that this will in systems of higher education and science should be determined at national levels and at the European level alike. At both levels, it is not sufficient to reflect on it only within the context of the political will. Namely, different subjects at different political, scientific and academic levels, such as institutions of higher learning as part of the university, emerge in the role of norm-maker in this part of the legal system. This is a direct consequence of the application of the fundamental legal principle in this part of the legal system - the principle of autonomy. Furthermore, the process of Europeanisation of higher education and science does not materialise only by means of European formal legal sources. The virtually most important principles and *goals* of the establishment of the European higher education area, which has existed for over 30 years, are adopted through a process of harmonisation, alignment. The expression often used to describe this process is “voluntary harmonisation of goals, values and principles of EHEA” which then cannot be (in terms of formal law) unequivocally determined since the will of the norm-maker appears as “voluntary.”²⁰ Such a feature of *voluntariness* goes beyond the framework of reflection on the normative interpretation of formal laws, and to a certain extent beyond the dogmatic method.

It follows that it is justified to assume that determination of the criteria of achievability of the goals, principles and norms that are harmonised at the European level, and that are normatively regulated at national levels, does not include only the connection between norm and behaviour, but also the network of other relations that should be considered if we want the norms to be efficacious.²¹ Consequently, this means that questioning the efficacy of legal norms that constitute university law and the law of scientific organisations does not only include the questioning of the ability of the legal norm to achieve the goals for which it was adopted in the first place, but also determining the function or the role (of part) of the legal system. The latter includes therefore questioning the social efficacy of norms, which I shall explain in more detail in the context of Luhmann’s functionalist theory.

Some of the reasons for this selection are already referred to in the introduction. With his thesis on the problem of reducing jurisprudence to a normative science, Luhmann in fact strove to demonstrate that, as a result of the emergence of increasingly complex legal systems, it is not possible to reflect on the unity of law only on the basis of the normative method, which is definitely the case in the section of law emphasised here.²² An additional reason is connected perhaps in a more direct manner to the criteria for systemising this new part of the legal system such as university law and the law of scientific organisations.²³ Some of them, such as -

20 Grubišić, *Sveučilišno pravo*, 248-260.

21 Hans Ryffel, *Rechtssociologie: Eine systematische Orientierung* (Berlin: Luchterhand Verlag, 1974), 245, 258.

22 Grubišić, *Sveučilišno pravo*, 250-251.

23 There are eight criteria: legal (formal and substantive) sources, general and abstract regulations and hierarchy of regulations, principles (their number) underlying them and the hierarchy of principles, (a certain) number of related social relations, a type of social relations these regulations refer to and the manner in which these relations are regulated, precisely determined subjects and cases, structure and competence of bodies, (complex) institutional structures, and

legal (formal and substantive) sources, a (certain) number of related social relations, the type of social relations these regulations refer to and the manner in which these relations are regulated - can best be explained by means of Luhmann's *reduction of complexity*. What I mean here is the explanation to the way of how individual substantive sources (social influences and circumstances) gained legal relevance through the form of legal validity expressed by the code legal/illegal, and in what way individual (highest) legal norms are determined by legal and non-legal influences when assessing the criterion of their efficacy.

3 RELATIONS AND FUNCTIONS

In addition to the pure theory of law, Luhmann's autopoietic theory of law is often considered the most consistent attempt to conceptualise the autonomy of the legal system, as a system that only obeys its own legal requirements.²⁴ The most significant differences between both theories arise from the understanding of causality, and thereby indirectly from different perceptions of the unity of the (legal) system.

As already indicated, Luhmann does not interpret the functional method within the limits of the ontological concept of causality, which at the same time presupposes that he does not define the concept of function itself by means of causal terms. More precisely, the functional relationship is not interpreted as a special type of causal relationship but reversely, causality is observed as a case of the use of functional order.²⁵ At the same time this means that, unlike interpretations given in social sciences up to that time that determined the functional relationship as a type of purposeful, useful effects, Luhmann, invoking Parsons, includes the feature of *freedom from purpose* (in German *zweckfrei*) in the meaning of the concept of function. Moreover, in his view, the latter meaning comprises the most important problem of social sciences and this is, in addition to purposeful (in German *zweckdienlich*) also *unthought* (in German *unbedacht*) effects of actions. Consequently, the function would be a special type of effects denoting *any* action that contributes to the maintenance of the complex structure of the *unity* of the system.²⁶ In the following text, I shall explain the most significant implications of such understanding.

*First, the starting point of this method is not determining the cause but determining equivalence.*²⁷ This arises from the previously highlighted thesis that, to Luhmann, the concept of functional equivalence is the key to understanding the difference between the functional and the causal scientific method. In this connection,

scientific activity in the respective area (Grubišić, *Sveučilišno pravo*, 23).

24 Eckard Bolsinger, "Autonomie des Rechts? Niklas Luhmanns soziologischer Rechtspositivismus Eine kritische Rekonstruktion," *Politische Vierteljahresschrift* 42, no. 1 (2001): 3.

25 Luhmann, *Soziologische Aufklärung*, 10, 16. In German: *Die Funktion ist nicht eine Sonderart der Kausalbeziehung, sondern die Kausalbeziehung ist ein Anwendungsfall funktionaler Ordnung.*

26 Luhmann, *Soziologische Aufklärung*, 10.

27 Luhmann, *Soziologische Aufklärung*, 18.

the function is not only explained as an effect (purposeful and/or unthought), but also as a *regulatory scheme* of meaning, which denotes a specific viewpoint from which *various possibilities* may be comprised in a *single* aspect. This means, *inter alia*, that in a functional relationship it is not only important to determine just a law-like or more or less probable relation between certain causes and certain effects that would exclude other possibilities, but quite the opposite - “*establish the functional equivalence of several possible causes from the perspective of a problematic effect.*”²⁸ From such a perspective, individual performances manifest themselves as equivalent, interchangeable, although as concrete processes they can be incomparably varied. It is important to note that in this context, Luhmann defines the function in the spirit of Kant’s definition as “the unity of the action of ordering different representations under a common one.”²⁹ If the concept of function in that sense is understood as a *regulatory principle* for determining equivalent possibilities within individual variables - in which process it interprets the variables as a class of all functional equivalences - then it follows that the requirements of a certain system are in fact functional reference points that make visible the equality of different possibilities for meeting them. Which input values belong to a certain variable is a matter of empirical knowledge. However, the variables do not result in determining the cause of an individual change or its prediction. By means of them, features of the system are analysed with regard to other equivalent possibilities, including the possibility of change, exchange and replacement and their influences and effects in the system, which, to Luhmann, is difficult to assess from the perspective of traditional ontological causal science.³⁰

Second, identity is not understood as substance but as a system. This thesis can also be interpreted as a starting point for Luhmann’s distancing himself from traditional ontological causal science, in the sense that concepts such as being, subject or unity presuppose universal meanings that still cannot adequately encompass increasingly complex social systems such as the legal system.³¹ Namely, each ontological theory understands identity as substance, which somewhat implies a continuous reduction of truthful possibilities of a being of substance in a way that excludes any indefiniteness, and this also means other possibilities from the essence of the idea itself. In other words, identity contains just constants, not variables.³² In functionalist thinking, such an ontological premise is reversed: identity cannot be understood as exclusion of other possibilities of existence, but as an order of these possibilities. Identity then is not any self-sufficient matter, but in that sense is always - a *system*. Its existence is not based on an unmodifiable essence of being that knowledge should discover, but on the maintenance of its function of order for a consistent, socially oriented experience.³³

28 Luhmann, *Soziologische Aufklärung*, 14, 17.

29 Luhmann, *Soziologische Aufklärung*, 14.

30 Luhmann, *Soziologische Aufklärung*, 15-16.

31 Bernard Keenan, “Niklas Luhmann: What is Autopoiesis? 2022,” accessed June 1, 2024, <https://criticallegalthinking.com/2022/01/10/niklas-luhmann-what-is-autopoiesis/>.

32 Luhmann, *Soziologische Aufklärung*, 15, 26.

33 Luhmann, *Soziologische Aufklärung*, 25-26.

Although with such an approach Luhmann distanced himself from the universal ontological interpretation, one should not exclude universalist endeavours in his interpretation that the complexity of social systems can be reduced to meaningful statements and decisions that generate stable expectations and structures.³⁴ As I shall demonstrate in the following section, the basis for such understanding is his interpretation of autopoietic systems, whose attractiveness in the works of individual legal theoreticians arises from the possibility of a simultaneous explanation of self-motivation in the sense of dynamism of legal systems and self-preservation as a resistance to external interests.³⁵ This leads to the final implication that largely arises from the previous two.

Third, the basis of the understanding of functional equivalence is the problem of stability and not the hypothesis of steadiness. Functionalist interpretation does not comprise solely the cause-effect relation, but focuses: either on exploring possible causes from the perspective of effect, or on exploring effects from the perspective of cause, or on the relations of several causes to one another, or several effects to one another, i.e. on determining functional equivalence. The goal is to determine recognisable systems of social action that are relatively stable *vis-à-vis* their environment.³⁶ In doing so, it is obvious that this stabilisation cannot have the form of an unchangeable relationship between certain causes and effects, but such action should always be stabilised in a network of other possibilities. More precisely - in the *reduction* of infinite possibilities to some fixed structures. For this reason, the central problem of the functionalist method is the problem of stabilisation.

For example, the stability of expectations of behaviour as the central problem of each social action can be problematic in the temporal dimension and in the social dimension. It can be encouraged through repeated experiences and consensus. Stabilising a consensus of expectations is problematic in itself: it can occur more through the institutionalisation of general norms and roles or more through leadership. For example, highlighting what leadership is necessary for which function entails differences in the status, which in return cause problems of adjustment for the subordinate. The aforementioned examples clearly show Luhmann that every action can be important for several functional reference points of view and as such can take part in different series of equivalences with various other performances. Moreover, each action, if analysed from multiple aspects, has not only favourable but also unfavourable effects. This means that each problem resolution encumbers other interests of the system, for example if a social order relies more on institutionalisation of roles than on leadership, then its adaptation to a changing environment can be jeopardised. All these (dys)functional effects are to Luhmann, unlike in the scientific method of causality, also comprised by the functional method in a way that does not offer a logical solution for the contradiction between function and dysfunction, but

34 Hugh Baxter, "Niklas Luhmann's Theory of Autopoietic Legal Systems," *9th Annual Review of Law and Social Science* (2013): 183.

35 Arthur J. Jacobson, "Autopoietic Law: The New Science of Niklas Luhmann," *Michigan Law Review* 87, no. 6 (1989): 1666.

36 Luhmann, *Soziologische Aufklärung*, 26-27.

offers a method to confront them.³⁷

Therefore, for a social science to be able to resolve the problem of stability in social life, this problem should be made the central reference point of its analysis and from there one should seek different functional equivalent possibilities of research into stabilising expectations of behaviour. Based on that, Luhmann interprets that the *reference viewpoint* of functionalist analysis is the *problem of stabilisation, not the hypothesis of steadiness*.³⁸

4 EFFECTS: EXAMPLE OF A LEGAL NORM

The previously presented individual features of the functionalist method are certainly more decisive for determining social rather than legal efficacy. Nevertheless, I believe that the application of these features to a legal system *presupposes* and *in essence* supplements the presented understandings of legality and legal efficacy. Thereby, it contributes to a more comprehensive understanding of the essential determinants of this system - its uniqueness and integrity. For, the normative criteria of efficacy prove to be insufficient to interpret these very determinants.³⁹

Only some features have been highlighted thus far in which, indirectly or directly, one can see only individual functionalist criteria of efficacy. In order to explain them more thoroughly, it is necessary to put them in the context of Luhmann's understanding of autopoiesis of the system. In the following text, I shall try to demonstrate it in a branch of the legal system such as university law and the law of scientific organisations. I shall use legal norms governing the powers of the faculty to autonomously decide on its study programmes.

The Scientific Activity and Higher Education Act⁴⁰ was the basic law governing the aforementioned branch of the legal system in the Republic of Croatia (until a new act came into force). In the 2003-2022 period, it was amended approximately 15 times. At the same time, the fundamental legal principle of university activity, namely the principle of autonomy, was violated several times, on which the Constitutional Court of the Republic of Croatia decided 19 times, and 6 times of them on the constitutionality of individual provisions of the latter Act. Based on this, any question on the legal efficacy of this branch of the legal system is justified. The same is true of social efficacy if one considers the rising number of social relations that become legally relevant in this field, which then essentially determine it.

Art. 19 Para. 3 Pt. 1 of the new Higher Education and Scientific Activity Act⁴¹ (hereinafter: the Act) contains the following provision:

The Faculty or Academy Council shall have the following powers:

37 Luhmann, *Soziologische Aufklärung*, 20-21, 23.

38 Luhmann, *Soziologische Aufklärung*, 18, 27.

39 Grubišić, *Sveučilišno pravo*, 251.

40 Scientific Activity and Higher Education Act [Zakon o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju], Official Gazette, no. 123/03, 105/04, 174/04, 2/07, 46/0., 45/09, 63/11, 94/13, 139/13, 101/14, 60/15, 131/17.

41 Higher Education and Scientific Activity Act [Zakon o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti], Official Gazette, no. 119/22.

1. to adopt decisions on issues of teaching, science, art and profession.

In the context of the normativist method, efficacy is assessed depending on whether the norm achieves legal effects originally envisaged by it, and in relation to its higher norms. Consequently, and in particular with regard to higher legal norms, Art. 68 and 69 of the Constitution of the RC are relevant since they guarantee the autonomy of universities, as well as of scientific, artistic and cultural creativity.⁴² Since constitutional principles are binding for the legislator, the following legal norms should be interpreted as a concretisation of the constitutional guarantee, which would then be used as a basis for interpreting the normative criteria of efficacy of the highlighted norm.

Art. 4 Para. 3 Pts. 2 and 4 of the Act provide:

(3) University autonomy shall comprise:

*[...] 2. defining educational, scientific, artistic and professional programmes
[...]*

(4) University autonomy shall constitute an institutional framework whose purpose is to protect academic rights and freedoms of members of the academic community and intellectual independence of the university from all political pressure and economic power. University autonomy shall include responsibility towards the social community.

Furthermore, for the interpretation Art. 19 Para. 3 Pt. 1 is authoritative and Art. 66 Para. 3 of the Act provides:

(3) The higher education institution shall adopt a study programme in compliance with this Act and regulations governing quality assurance in higher education and science.

The first part of the provision in the latter article should not be contentious, since “in compliance with this Act” means, *inter alia*, in compliance with all the legal provisions set out before. However, provided that the legal effects of the highlighted legal norm (Art. 19 Para. 3 Pt. 1 of the Act) should testify, *inter alia*, to a normative concretisation of the principle of autonomy, the second part of the provision specifying that the higher education institution adopts a study programme “in compliance with regulations governing quality assurance in higher education and science” is problematic. This primarily refers to the Quality Assurance in Higher Education and Science Act⁴³ (hereinafter: QA Act), especially Art. 15 Paras. 1 and 2 read:

(1) The procedure of initial accreditation of studies shall be initiated by a request for the issuance of a licence for study delivery. The request shall be submitted on a form to the Agency and in line with the instructions provided by the Agency.

(2) The request from paragraph 1 of this article shall be accompanied by:

1. A proposal for a study programme

42 Constitution of the Republic of Croatia [Ustav Republike Hrvatske], Official Gazette, no. 56/90, 135/97, 28/01, 76/10, 5/14.

43 Quality Assurance in Higher Education and Science Act [Zakon o osiguravanju kvalitete u visokom obrazovanju i znanosti], Official Gazette, no. 151/22.

2. *An opinion of a competent body on meeting the prescribed requirements for regulated professions*
3. *A proposal justifying the delivery of studies at the public higher education institution*
4. *Employment contracts with teachers*
5. *Proof of availability of premises and equipment for the study*
6. *Proof of financial resources for the study.*

Based on the quoted provision of the QA Act, it is beyond any doubt that the final decision on delivery of a study programme is not adopted by the faculty or by the university, but by a body of public administration, i.e. the agency in charge. This is particularly worrisome since this is a novelty in legislation compared to the previous Quality Assurance in Science and Higher Education Act.⁴⁴ In that sense, the previous Act respected university autonomy by providing different norms for the procedure of initial accreditation of study programmes at higher education institutions within the university in relation to polytechnics and higher schools. Art. 20 Paras. 1 and 10 read:

(1) The request for delivery of a new study programme shall be submitted by private institutions of higher learning, public higher schools and polytechnics. [...]

(10) University study programmes shall be established and delivered based on a university senate decision after obtaining a prior assessment by the unit in charge of internal quality assurance and advancement system... University study programmes can be funded from the state budget only based on an agreement signed with the Ministry, with the previously obtained positive opinion of the Agency.

Consequently, it is justified to assume that the effects of the legal norm provided by Art. 15 Paras. 1 and 2 of the QA Act are not in accordance with the principle of autonomy as prescribed in Art. 4 Para. 3 Pts. 2 and 4 of the Act.

Therefore, the issue to be resolved presently is what effects arise from such a restriction of university autonomy, in this case faculty autonomy, which also includes determining or at least clarifying the goals that wish to be achieved by a different provision of norms on the powers of faculties for the adoption of study programmes based on the QA Act. In accordance with the interpretations presented in the previous sections, this means that it is necessary to determine the legislator's will. It can best be seen in the official explanation contained in the Final Draft of the Quality Assurance in Higher Education and Science Bill. Reasons for new normative solutions as contained in Art. 15 of the QA Act (in relation to previous legislative solutions) arise directly from the parts of the official explanation where the following is indicated as goals of the change: "equal quality standards regardless of the type of study programme," establishment of a new system for "evaluation of study programmes through accreditation and re-accreditation to advance procedures of establishing new programmes of study" and introduction of a new system of "quality assurance, based on modern criteria, [...] with the view of encouraging the establishment and

44 Quality Assurance in Science and Higher Education Act [Zakon o osiguravanju kvalitete u znanosti i visokom obrazovanju], Official Gazette, no. 45/09.

development of study programmes in the fields relevant for economic and state development.⁴⁵

5 FUNCTIONS: EXAMPLE OF A LEGAL NORM

As a reminder, in terms of the functionalist method, the efficacy criteria need to be interpreted and then applied in the context of the problem of maintaining stabilisation of expectation that evolves in “the network of other possibilities.” The thesis that these possibilities *cannot be reduced* either to unchangeable relations of causes and effects or to a specific - individual - relation of causes and effects in the way it is understood based on the premise of the traditional ontological causality, directly points to a different understanding of identity. Namely, identity is not interpreted as substance, in the sense of excluding other possibilities of existence, but as a system understood as determining the equivalence of these possibilities. At one point, Luhmann states that the heretofore explanations of causality “ignore or disrespect the system borders.”⁴⁶ Consequently, this means that the borders of - identity - are not respected.

Therefore, based on the presented features of this method, the following criteria for evaluating the efficacy of the highlighted norm would result:

1. Since the function is a type of effect that denotes *every* action, the assessment of efficacy of the application of Art. 19 Para. 3 Pt. 1 of the Act includes determining both purposeful and unthought effects of the norm application.
2. As a regulatory scheme of meaning, the function also denotes a specific point of view based on which different causes can be encompassed in a unique aspect. In the application to the highlighted legal norm, this would require determination of functional equivalence, *equivalence of several possible causes* that influence or may influence (dis)respect of the principle of autonomy, and academic freedoms of faculties and university to autonomously adopt study programmes.
3. Such equivalence of several possible causes does not only imply determining the cause based on normative concretisation or imputation or based on the goals for which it was originally adopted. In order to determine both desired and unthought effects of application of this and other provisions prescribing the autonomous adoption of study programmes, it is necessary to determine political, educational, scientific and other social causes as possible. For example, the highlighted part of the explanation during the procedure for enactment of the QA Act could be explained more fully if this criterion would be taken into consideration.
4. Determination of all these possible causes at the same time means the determination of a central point of reference. More precisely, in order

45 Government of the Republic of Croatia, The Final Draft of the Quality Assurance in Higher Education and Science Bill of November 24, 2022, 28-30.

46 Luhmann, *Pravo društva*, 392.

to assess the efficacy of application of Art. 19 Para. 3 Pt. 1 of the Act, it is necessary to determine all the causes that, in relation to an unstable social environment, generate stable expectations as - effects - during its application. In the final part, it will become clearer that this understanding is very close to the interpretation of legal certainty. The number and relevance of such possible causes are not infinite but limited, or better yet, they are *reduced by the limits of an individual social system*, in this case of the legal system.

In accordance with the latter criterion described and Luhmann's previously stated objection whereby the limits of the system are not respected in causal explanations, it is further necessary to explain in what way the limits of the system are determined in relation to the environment, and in relation to other social systems, within the framework of his theory. This will contribute to a more complete interpretation of the previously described functionalist criteria. Namely, the paper deliberately uses the expression "university law and the law of scientific organisations" (and not "the science and higher education system") in order to, *inter alia*, emphasise that this is about studying the functionalist criteria of efficacy of (part) of the legal system. However, it is directly connected to other social systems such as the system of science, education. Moreover, bearing in mind that the effects of Art. 19 Para. 3. Pt. 1 of the Act point to, *inter alia*, enforcement of the constitutional guarantee of autonomy, this legal norm points to the connection to the political system, as I shall demonstrate. Explaining the limits of the system presumes understanding the basic features of the *autopoiesis* of the system.

6 AUTOPOIESIS AND CODES

For Luhmann, functioning in modern society is characterised by the functional differentiation of societies into different systems such as law, education, science, and politics. Such differentiation rules out the possibility of interpreting society on the basis of an assumption or idea of unity. However, the question arises as to the criteria according to which these systems are differentiated, as well as the criteria according to which these systems are functionally connected at the same time. It is therefore not surprising that the initial question of his systems theory is: How does something create its own boundaries in relation to the surrounding world?⁴⁷ The answers to this question point to a further aspect of his distancing himself from the traditional interpretation of causality, which then necessarily requires a different interpretation of the efficacy of a particular (sub)system of society, which is most clearly reflected in the relationship between this system and the environment. Given the features of autopoiesis, he does not interpret these relationships in such a way that environmental influences - including other systems - can *directly* cause effects within a particular system (e.g. the legal system). Therefore, in application to law, Luhmann poses the question of *how* law produces *its own* boundaries in relation to the surrounding world, that is, "How can the influence of the surrounding world on law be exercised without

47 Luhmann, *Pravo društva*, 31-32.

causing law and society to become indistinguishable?”. These intrinsic boundaries arise from their own - legal - operations, whereby Luhmann, unlike Kelsen, does not refer to the norm but to the *form of legal communication* that “performs its own cut in society and only thus creates an intra-social surrounding world of law in society.”⁴⁸

The following follows the above. First, autopoiesis means that the boundaries of the system are determined only by the system, not by the environment. It also means that the system can only continue its own operations if it has the ability to *recursively* - by reapplying the operation - resort to its own operations as *causes*.⁴⁹ Secondly, related to this, the concept of *operations* is the starting point for understanding the relationship between the legal, but also the relationship between all other systems and the environment. This also means that these relationships are not described by the concept of relation, in that way enabling the observer to decide what to use to describe the system. This is because the term operation denotes a reality that is independent of the observer. This is made possible by the fact that the term is conditioned by binary codes that give a particular system the property of autopoiesis. In fact, they also mean the association of certain codes with certain social functions of a particular system.⁵⁰ Thus, the legal system operates through the binary code of legal/illegal, science through the code of truth/not truth, education through the code of better/worse, and politics through the binary code of government/opposition or power/not power.⁵¹

From the described features of autopoiesis arises a different interpretation of the unity of each system, including the legal one, manifested as the *unity of operational closeness*. Namely, for Luhmann, the autonomy of the system understood as autopoiesis “is nothing more than the establishment of one’s own unity through one’s own system operations.”⁵² However, this does not mean that the features of the autonomy of the system exclude a causal connection between the system and the environment, because another name for this feature is autopoiesis, which means “production” or dependence “on internal and external, available and unavailable causes.” However, the fact that social systems act autonomously or autopoietic on the basis of their own code means, first of all, that a particular (sub)system cannot *directly* communicate with its environment. Because it is operationally closed, it can observe and interpret only by its own operating codes, i.e. programs and recursiveness.⁵³

However, Luhmann points out another feature - which is the *cognitive openness* of autopoietic systems, which is, of course, “only possible on the basis of

48 Luhmann, *Pravo društva*, 31-33.

49 Niklas Luhmann, *Znanost društva* (Zagreb: Politička kultura, 2001), 159, 167, 168.

50 Luhmann, *Znanost društva*, 157-158.

51 Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 4: Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft* (Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987), 184-185; Luhmann, *Znanost društva*, 158; Luhmann, *Pravo društva*, 55,70. There are some controversies in interpretations about unambiguously determining the codes of the political system - whether it is government/opposition, government/governed, or power/not power, in: Baxter, “Niklas Luhmann’s Theory,” 180.

52 Luhmann, *Znanost društva*, 167.

53 Jacobson, “Autopoietic Law: The New Science of Niklas Luhmann,” 1648.

closedness.”⁵⁴ Namely, although as mentioned above, the system itself decides on the boundary between the system and its environment, at the same time it is also cognitively open to change, but only by using its own operations. For example, when interpreting law, it is often necessary to take into account certain external facts and knowledge. In such situations, the law only takes into account information from the outside that it considers relevant for internal legal reasons. This then shows that law as an autopoietic system is open to innumerable states and events of the environment or other systems only on the basis of its own operational closeness, and that they rightly acquire information value determined *exclusively* by the legal/illegal code.⁵⁵ In this sense, the environment is not ontically ‘real’, but is produced internally, as a result of observing and reducing its complexity based on codes.⁵⁶

In relation to the previous question about the criteria of differentiation, accordingly, it can be concluded that social systems such as law, science, education, and politics are differentiated on the basis of their own operations, i.e. the codes of each of these systems. These codes determine their boundaries and thus their autopoietic identity. This is then also a fundamental position that makes it possible to reflect on the uniqueness of a particular system. In the application to law, this means that its boundaries or identity are determined by the codes legal/illegal. Luhmann recognizes this fundamental form of legal communication in the *form of legal validity*. Its *function* is participation in the system of law because only through it are norms codified as valid and non-valid, which means - the form of validity is a prerequisite for finding the codes legal and illegal, and thus also *a symbol of the dynamic stability of the system*.⁵⁷

Related to the considerations in the previous section, in which we established that efficiency criteria need to be applied in the context of the problem of maintaining the stability of expectations which takes place in a network of other equivalent possible causes, as well as in relation to the four efficiency assessment criteria mentioned, it now clearly follows that it is the form of legal validity as a regulatory scheme that constitutes a “specific point of view” in the legal system, i.e. the function of maintaining stable expectations. Therefore, it is also a criterion for determining the equivalence of several possible causes, both intentional and unintentional, which influence and (co-)determine the effects of the application of the law, including the highlighted Art. 19, Para. 3 Pt. 1 of the Act, which should then be able to be determined and covered in a unique aspect in relation to such a specific function.

7 AUTOPOIESIS AND STRUCTURAL COUPLING

Also related to the four emphasized functionalist criteria, it remains to determine even more closely the ways of determining the equivalence of several possible causes, with the operative closure as the relevant context, but also the cognitive openness

54 Luhmann, *Pravo društva*, 69, 76, 101.

55 Luhmann, *Pravo društva*, 76, 78.

56 Keenan, “Niklas Luhmann: What is Autopoiesis?”.

57 Luhmann, *Pravo društva*, 91-96.

of the system. Indeed, determining these causes in the context of interpreting the efficacy criteria of a prominent legal norm requires research of relevant educational, political and scientific causes. In doing so, the feature of cognitive openness also leads to the answer to the question of how functionally differentiated systems - as autopoietic - are interconnected.

Luhmann's thesis that causalities "do not respect the boundaries of the system" has already been mentioned. Therefore, instead of the traditional concept of causality, he explicitly describes his interpretation of the relationship between the system and the surrounding world using the term "structural coupling."⁵⁸ With this term, he seeks to show the structural connection between autopoietic systems by pointing to a certain *dependence*, but at the same time showing their mutual *effective reduction*.⁵⁹ It, in turn, is effective insofar as it reduces the complexity of external environmental influences through operations or codes immanent to a particular system because it reduces the infinite possibilities of influence and causes on fixed structures, which leads to the stabilization of the expectation of action in a particular system. In this sense, one should also understand the thesis that complexity reduction is a prerequisite for building complexity.⁶⁰ Using examples of individual systems relevant to the interpretation of the efficacy of the highlighted norm, which are precisely for this reason repeatedly mentioned in this paper, I will try to clarify their structural connection or openness.

The structural coupling for connecting and reducing the legal and political system refers to *the constitution* and *legislation*. Namely, through the constitution, both the positivisation of law and the democratization of politics functions are realized: "Law gives us leeway for action, which then politically enables the formation of democratic will. But operations, always recursively networked in their own system, remain separate. The political meaning (questionability, controversy) of a law is something completely different from its validity." In this sense, structural coupling not only affects politics but can also deform constitutional law.⁶¹ In addition, the constitution is a special legal source because its validity cannot be determined (only) by a legal solution (e.g. by the hierarchy of legal sources). The answer to this paradox, since it is the highest legal regulation, actually requires a political solution.⁶²

The science system and the education system are structurally linked by the *universities' organizational form* and *reputation*. Universities represent an organizational community of research and education, which politically justifies receiving significant state funding. In doing so, they affect scientific publication and the overload of education with science and its alienation from practice.⁶³ Also, since the university is characterized by unity of research and teaching, which obviously simultaneously benefits both science and education, these two systems are structurally

58 Luhmann, *Pravo društva*, 392.

59 Niklas Luhmann, *Društvo društva II* (Zagreb: Naklada Breza, 2011), 683.

60 Luhmann, *Pravo društva*, 393.

61 Luhmann, *Društvo društva II*, 686-687.

62 Baxter, „Niklas Luhmann's Theory,” 181.

63 Luhmann, *Društvo društva II*, 688.

connected and their complexity is reduced through *reputation*.⁶⁴ Namely, functional equivalents are needed to determine which scientific texts are relevant to education while education by itself, however qualified, does not contribute to the reputation of university teachers or researchers.⁶⁵ Therefore, education shares the reputation of scientific research, while research owes its reputation mainly to the fact that it is carried out by university scientists.⁶⁶

At this point, it is important to single out one particular feature of the education system, as it is almost directly applicable to the interpretation of the highlighted norm of the Act. Namely, for all systems, but especially for the education system, alongside codes Luhmann also lists programs as two levels of behaviour stabilization control, where programs have the function of assigning values to codes and can only be changed from the perspective of that function. The educational system differs from other functional systems in the way it uses its own programs to distribute the better/worse codes or codes conveyable/non-conveyable.⁶⁷ Specifically, the education system is coded through the career, understood as the time structure of the process of social inclusion or selection, so that this code is then primarily interpreted through better or worse career progression. Given that social selection is a process by which the education system affects the environment, but not vice versa, programs that manage the selection, more precisely teaching and learning programs, should be adapted to the requirements of the environment.⁶⁸

In the scientific system, Luhmann recognizes a peculiarity in the specific ways of reading the characteristics of cognitive openness, in relation to how this characteristic determines other social systems. Namely, the identity of science is essentially determined by the openness of scientific principles, which is guided by the truth/not truth code in realizing its function of acquiring new knowledge.⁶⁹ Based on the recursiveness of its own operations, science has today “by abstracting its code, achieved that level of certainty that cannot be hurt without questioning itself. Everything it communicates is either the truth or not the truth, regardless of whatever is moving in the system.”⁷⁰

8 INSTEAD OF A CONCLUSION: THE ADVANTAGES OF THE FUNCTIONALIST METHOD IN INTERPRETING EFFICACY

By linking the aforementioned features of the autopoietic nature of the system relevant to the interpretation of the highlighted norm of the Act with the four

64 Luhmann, *Soziologische Aufklärung 4*, 204-205.

65 Luhmann, *Društvo društva II*, 688.

66 Luhmann, *Soziologische Aufklärung 4*, 204-205.

67 Claudio Baraldi, and Giancarlo Corsi, *Niklas Luhmann Education as a Social System* (Cham: Springer, 2017), 65.

68 Luhmann, *Soziologische Aufklärung 4*, 182, 189, 193.

69 Klaus Taschwer, “Science as System vs Science as SRACTICE: Luhmann’s Sociology of Science and Recent Approaches in Science and Technology Studies (STS) - A Fragmentary Confrontation,” *Social Science Information* 35, no. 2 (1996): 216.

70 Luhmann, *Znanost društva*, 158, 172.

functionalist criteria for assessing its efficacy, it can be concluded that:

1. The method of determining the beneficial and unexpected effects of the application of Art. 19, Para. 3 Pt. 1 of the Act is primarily conditioned by the characteristic of the operational closure of the legal system, i.e. the code legal/illegal, and then the codes of other systems relevant to that norm.
2. Therefore, the effects of this norm, given the functional equivalence of several possible causes, should also be determined from the perspective of the features of cognitive openness, but on the basis of legal operations. At the same time, it is necessary to define the relevant structural (normative) determination, since the unity of law is comprised of the totality of its operations and structures.⁷¹
3. The specific point of view of interpreting all these possible causes is the form of legal validity, through which their complexity is “independently” reduced.⁷² And this, in fact, means that these causes should not be interpreted in such a way that they causally affect the effects of the application of the highlighted norm of the Act, but through structural coupling. In application, this means the following: since the (un)desired effects of the norm are also related to (non)compliance with the provisions of the Constitution, the operations or codes of the political system are also relevant. Also, since its application contributes to the function of acquiring knowledge as well as the function of career development, its efficacy is conditioned, but also reduced, by the codes of the science system and the education system.
4. Relying on the introduced thesis that codes and programs represent two levels of control of stabilization of action, the application of codes of the systems of politics, science and education with a basis in the form of legal validity should reduce external influences, in a way that would contribute to the interpretation and application of this norm in relation to the primary function of stabilizing the normative expectations of the legal system. Here it is important to point out the similarity of this perception with the meaning of the legal principle of protection of legitimate expectations or legal certainty which we encounter in legal theories.⁷³

Consequently, it is obvious that the starting point for the interpretation of the efficacy criteria is not some (higher) norm or principle, nor the will of the legislator. The origin is the *form* of legal validity. For this reason, the question of efficacy primarily covers the issues of applying codes that ensure the operational unity of the legal system, but also structural coupling and reduction, which, in turn, are co-determined by whether the norm is constitutional, and whether study programs contribute to career development and research to the acquisition of knowledge and the reputation of scientists and universities.

71 Luhmann, *Pravo društva*, 66, 68.

72 Luhmann, *Pravo društva*, 56.

73 Marko Šikić, “Zaštita pravne sigurnosti stranaka u upravnom postupku,” *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 35, no. 1 (2014): 159.

In conclusion, several advantages can be singled out for understanding the efficacy of law in the way it is interpreted based on the highlighted understandings of Luhmann's systems theory. The first is a more comprehensive explanation of the increasingly complex social influences on that system, which I consider indispensable for any attempt to systematize material sources of law. Especially because it offers a clear theoretical perspective for interpreting the uniqueness and autonomy of the legal system. This perspective assumes both a normative and a dogmatic method but complements them in certain ways. Namely, Luhmann himself interpreted the hierarchy of sources or types of law as the most influential construction of the unity of law.⁷⁴ However, as mentioned in the introduction, he also problematized the reduction of legal science to normative science in all theories of law that originate in the positivity of law. Because this means that their starting point is in normative structures that are increasingly differentiated and changing, and as such they do not provide answers about unity, the sense of autonomy of the legal system, and its functions on the basis of which (normative) expectations would be formulated.⁷⁵

In contrast, and thus we come to another advantage, Luhmann recognizes the unity of the legal system in its operational closeness. Accordingly, the origin of the interpretation (efficacy) of law is the form, not a norm. This then means that the form of legal validity cannot be determined by *normative and external variabilities*, but is measurable by *the code legal/illegal* which - as a form - is *immutable*. That is why this code is a symbol of the dynamic stability of the system that enables exercising the function of law. Reflecting on the previous thesis, an objection could be made that Luhmann problematized the reduction of legal science to a norm, whereby he himself reduced legal science to form. Which stands. Because legal validity is a "form of participation in the unity of law," and through it the consistency of decision-making is ensured and thus the law is feigned as a unity.⁷⁶ At the same time, such a formal anchor has a regulatory meaning, so it is not unusual for him to refer to Kant, which was pointed out in this paper. And thus, we are on the track of the third advantage to be singled out.

The first part of the paper explains Kant's interpretation of the general principle of law. This is a purely mental and therefore formal principle of action that, in the cognitive sense, given the limits of human knowledge, can only have a regulatory meaning. By analogy, it is justified to interpret codes as formal principles of action that have such a regulatory and transcendental (which for the most part means normative and cognitively reduced) meaning.⁷⁷ Because they are criteria "regardless of all empirical circumstances". For example, referring to Kant, Luhmann explains that "transcendental philosophy responds to the social fact of the differentiation of a special functional system for science... it only needs to be de-anthropologized and transferred from the human subject to the social system of science."⁷⁸ Although

74 Luhmann, *Pravo društva*, 20.

75 Luhmann, *Pravo društva*, 10.

76 Luhmann, *Pravo društva*, 93.

77 Luhmann, *Pravo društva*, 93.

78 Luhmann, *Znanost društva*, 173.

the latter statement refers to the system of science, taking into account everything presented so far, including his interpretation of the system as an identity, it is justified to assume an analogous understanding for other systems as well. In another place, he says: "The system does not see itself needing to establish some *cognitive* connection and cognitive closure, but *normatively*. Opening for cognition is always under the autopoietic condition of incorporating an individual case or/and a changed norm into the constantly ongoing decision-making practice of the system."⁷⁹ These "autopoietic conditions" are the codes of the legal system, and subsequently the codes of other relevant systems for the interpretation of a particular norm or part or the entirety of the legal system. All of them - as immutable forms, reduce the complexity of external influences in such a way that they are determined by them, and then ranked in relation to the relevant codes, the desired and unexpected effects in regard to the function of a particular system. And thus, they enable systematic, but also more comprehensive interpretation perspectives.

BIBLIOGRAPHY

Books and Articles:

1. Baraldi, Claudio, and Giancarlo Corsi. *Niklas Luhmann Education as a Social System*. Cham: Springer, 2017.
2. Baxter, Hugh. "Niklas Luhmann's Theory of Autopoietic Legal Systems." *9th Annual Review of Law and Social Science* (2013): 167-184.
3. Bolsinger, Eckard. "Autonomie des Rechts? Niklas Luhmanns soziologischer Rechtspositivismus Eine kritische Rekonstruktion." *Politische Vierteljahresschrift* 42, no. 1 (2001): 3-29.
4. Burazin, Luka. "Pojam prava i (društvena) učinkovitost - analitički pristup." *Pravni vjesnik* 33, no. 3-4 (2017): 119-130.
5. Dworkin, Ronald. *Shvaćanje prava ozbiljno*. Zagreb: KruZak, 2003.
6. Grubišić, Ksenija. *Sveučilišno pravo i pravo znanstvenih organizacija*. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2023.
7. Jacobson, Arthur J. "Autopoietic Law: The New Science of Niklas Luhmann." *Michigan Law Review* 87, no. 6 (1989): 1647-1689.
8. Kant, Immanuel. *Kritika čistoga uma*. Zagreb: Matica Hrvatska, 1984.
9. Kant, Immanuel. *Kritika praktičnog uma*. Zagreb: Naprijed, 1990.
10. Kant, Immanuel. *Metafizika čudoređa*. Zagreb: Matica Hrvatska, 1999.
11. Kelsen, Hans. *Opća teorija normi*. Zagreb: Naklada Breza, 2015.
12. Luhmann, Niklas. *Društvo društva II*. Zagreb: Naklada Breza, 2011.
13. Luhmann, Niklas. *Pravo društva*. Zagreb: Naklada Breza, 2014.
14. Luhmann, Niklas. *Soziologische Aufklärung: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme, Band I*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1974.
15. Luhmann, Niklas. *Soziologische Aufklärung 4: Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft*. Opladen: Westdeutscher Verlag GmbH, 1987.
16. Luhmann, Niklas. *Znanost društva*. Zagreb: Politička kultura, 2001.
17. Ryffel, Hans. *Rechtssociologie: Eine systematische Orientierung*. Berlin: Luchterhand Verlag, 1974.

79 Luhmann, *Pravo društva*, 73.

18. Šikić, Marko. "Zaštita pravne sigurnosti stranaka u upravnom postupku." *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 35, br. 1 (2014): 147-161.
19. Taschwer, Klaus. "Science as System vs Science as Practice: Luhmann's Sociology of Science and Recent Approaches in Science and Technology Studies (STS) - A Fragmentary Confrontation." *Social Science Information* 35, no. 2 (1996): 215-232.
20. Visković, Nikola. *Teorija države i prava*. Zagreb: Birotehnika CDO, 2001.

Legal Sources:

1. Constitution of the Republic of Croatia, Official Gazette, no. 56/90, 135/97, 28/01, 76/10, 5/14.
2. Government of the Republic of Croatia, The Final Draft of the Quality Assurance in Higher Education and Science Bill of November 24, 2022.
3. Higher Education and Scientific Activity Act, Official Gazette, no. 119/22.
4. Quality Assurance in Higher Education and Science Act, Official Gazette, no. 151/22.
5. Quality Assurance in Science and Higher Education Act, Official Gazette, no. 45/09.
6. Scientific Activity and Higher Education Act, Official Gazette, no. 123/03, 105/04, 174/04, 2/07, 46/0., 45/09, 63/11, 94/13, 139/13, 101/14, 60/15, 131/17.

Internet Sources:

1. Keenan, Bernard. "Niklas Luhmann: What is Autopoiesis? 2022." Accessed June 1, 2024. <https://criticallegalthinking.com/2022/01/10/niklas-luhmann-what-is-autopoiesis/>.

Ksenija Grubišić*

Sažetak

KRITERIJI UČINKOVITOSTI I AUTOPOIETIČNOST SUSTAVA PRAVA, ZNANOSTI, OBRAZOVANJA I POLITIKE

Pravo je sustav hijerarhije normi. Usklađivanje viših i nižih normi te njihova primjena osiguravaju zakonitost i učinkovitost prava. Istovremeno, pravo je promjenjiv sustav. Te su promjene posljedica različitih političkih i drugih društvenih utjecaja. Njihova kompleksnost nerijetko onemogućava jasno određivanje same hijerarhijske strukture, što otvara pitanje dostatnosti pojedinih dominantnih pravnih metoda za obuhvatnije tumačenje učinaka pravnog sustava. U radu se ispituje razlikuje li se i na koji se način razlikuje tumačenje učinkovitosti pravnog sustava putem reduciranog načela pripisivanja, ili je ono nedostatno, u odnosu na redukciju kompleksnosti pravnog sustava putem kodova i operacija koje ga čine autopoietičnim. Najznačajnije su teorijske implikacije pojašnjene na primjeru pravne norme jednog dijela javnog prava (sveučilišnog prava i prava znanstvenih organizacija) određivanjem kriterija procjene pravne i društvene učinkovitosti s obzirom na obilježja autopoietičnosti pripadajućih sustava prava, znanosti, obrazovanja i politike na način kako su ona određena u Luhmannovoj teoriji sustava.

Ključne riječi: *funkcionalna ekvivalencija; redukcija kompleksnosti; kodovi; stabilnost; operacije.*

* Dr. sc. Ksenija Grubišić, izvanredna profesorica, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet; ksenija.grubisic@pravo.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2464-1438>.

TRANSITION OF ACCESSORY AND NON-ACCESSORY SECURITIES WITH CESSION BY OPERATION OF LAW (*CESSIO LEGIS*)

Izv. prof. dr. sc. Renato Vrenčur*
Doc. dr. sc. Denis Baghrizabehi**
Kristjan Zahrastnik, mag. iur.***

UDK 347.415
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.45.3.3>
Ur.: 22. travnja 2024.
Pr.: 26. kolovoza 2024.
Izvorni znanstveni rad

Summary

Financial and commercial claims are usually secured by personal and real securities in commercial practice. Different types of securities are used, both accessory and non-accessory. The question arises as to how to interpret the provisions on subrogation or cession by operation of law (cessio legis) in relation to the transfer of non-accessory securities to the performer of the obligation, particularly in the case of sureties. A surety undertakes to perform a debtor's obligation (not its own obligation) to the debtor's creditor. Consequently, after the performance, the creditor's claim toward the debtor passes onto the surety with all the accessory rights and guarantees. The key question to be answered in this article is whether non-accessory rights pass to the surety as well (who has fulfilled the obligation of the principal debtor), or whether the creditor must make a corresponding (additional) transaction to pass these rights. The article presents key findings in this regard, along with an analysis of the position of the surety in insolvency proceedings.

Keywords: *subrogation; cessio legis; surety; accessory rights; insolvency proceedings.*

1 INTRODUCTION

If an obligation is performed by a person that has any legal interest therein, the creditor's claim with all the accessory rights shall be transferred thereto upon performance by law alone (Art. 275 of the Slovenian Obligations Code (hereinafter:

* Renato Vrenčur, Ph.D., Associate Professor, University of Maribor, Faculty of Law; renato.vrencur@um.si. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-9896-8688>.

** Denis Baghrizabehi, Assistant Professor, University of Maribor, Faculty of Law; denis.baghrizabehi@um.si. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-1992-2621>.

*** Kristjan Zahrastnik, Mag. iur., Assistant, University of Maribor, Faculty of Law; kristjan.zahrastnik@um.si. ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-3461-4553>.

OC)).¹ Since financial and commercial claims are usually secured by personal and real securities in commercial practice, the question arises as to how to interpret the provisions on subrogation by operation of law (*cessio legis*) in relation to the transfer of non-accessory securities (in particular fiduciary securities and independent bank guarantees) to the performer (payer). It is accepted that different types of securities are used in commercial practice, both accessory and non-accessory. Their use is balanced in practice. Personal securities are dominated by independent bank guarantees and accessory sureties, while mortgages, other forms of liens (on movables and claims) and fiduciary securities (in particular global assignments of existing and future claims) prevail among the real securities. In certain forms of security, it is irrelevant to whom the performer, who is not also the principal debtor, performs the obligation (the old creditor or the new creditor). In any event, they will be relieved of their obligation by performance. For example, the debtor's performance (*cessus*) to the fiduciary (new creditor) instead of the old creditor in case of an assignment of a claim as security (fiduciary assignment). Although the debtor's performance (payment of the monetary obligation) to the new creditor does not place the debtor in its legal position, it does mean that the debtor's obligation toward the old creditor is fulfilled. Fiduciary security is non-accessory in nature, which means that the new creditors' claim toward the old creditor (with all its accessory rights) does not pass onto the debtor, who has performed its own (and not someone else's) obligation by operation of law. However, it is possible that the debtor acquires the new creditor's claim

1 See the decision of the Supreme Court of the Republic of Slovenia, II Ips 119/2019 of June 19, 2020: "The essential characteristic of subrogation as a claim for reimbursement is that the third party fulfils the foreign obligation; if it had its own obligation, it would not have a claim for reimbursement. In Slovenian legal theory and practice, subrogation is a term which, in the most general terms, denotes a situation where the debtor performs substitute performance to the creditor in place of a specific object of the claim, or where the person who performs the foreign obligation enters the creditor's legal position by virtue of a contract or law. In the first case, we speak of real subrogation, in the second of personal subrogation. It is regulated in The Obligations Code, more specifically in the general part, in the section "Termination of claims". Personal subrogation is the transfer of the creditor's claim to the person who has performed in place of the debtor. The performer replaces the creditor in the contractual relationship, who therefore withdraws completely from the relationship, and the performer takes his place in everything in relation to the debtor. This means that not only the claim but also, as a rule, all accessory claims of the creditor against the debtor pass to the performer of the obligation. It may be statutory or contractual. Statutory personal subrogation is governed by Art. 275 of The Obligations Code, which provides that if a person who has any legal interest in the performance of the obligation performs it, the creditor's claim, with all accessory rights, shall be transferred upon that person, passes to him upon performance by operation of law." See also the decision of the Supreme Court of the Republic of Slovenia, II Ips 45/2019 of December 5, 2019: "The owner of the thing pledged undoubtedly has a legal interest in the repayment of the obligation in order to avoid having to sell the thing in order to repay the pledgee's claim, and it is the pledgee's interest in the payment of the pledgee's foreign debt that is mentioned in the literature as a typical example of legal subrogation (Art. 275 of The Obligation Code)."

The Obligations Code, Official Gazette of the Republic of Slovenia, no. 97/07 with last amendments no. 64/16.

against the old creditor which is simultaneously secured by the old creditor's claim against the debtor (who acquired the new creditor's claim). In this case, the debtor's obligation (wholly or at least partially) to the old debtor is extinguished by reason of the merger or confusion (*confusio*).

The situation is different for sureties. A surety or guarantor undertakes to perform a debtor's obligation (not its own obligation) to the debtor's creditor. Consequently, after the performance, the creditor's claim toward the debtor passes onto the surety with all the accessory rights and guarantees. Since the surety is usually a person or entity who does not belong to the circle of financial institutions whose solvency is not in doubt, the surety (as a form of personal security) usually appears as an associated form of security in addition to some other (main) form of security. The surety's interest, in the event that it performs the principal debtor's obligation, is therefore in the passing of the (other accessory) security for that (additionally secured) claim together with the secured claim. In other words, the surety's interest is to enter a (secured) creditor's position *vis-à-vis* the principal debtor, whose obligation it has previously undertaken, gaining a more favorable legal position in the event of the insolvency of the principal debtor as opposed to the other possible creditors of unsecured claims.

When the obligation is performed, whether by the principal debtor or the surety, the surety (as a form of security) is terminated. If the obligation is performed by the principal debtor, the surety extinguishes by operation of law, since the extinguishment of the principal right also leads to the expiry of the accessory rights (see Art. 270(2) OC). Both rights are thereby extinguished. However, if the surety makes the performance, that leads to the termination of the surety, but not also the termination of the obligation of the principal debtor (under the rules of personal subrogation).² In these situations, the surety enters the legal position of the creditor to whom it has performed. This means that the claim passes to the surety with all accessory rights and guarantees for the fulfilment thereof (see Art. 1018 OC). Subrogation takes place directly by operation of law and results in a change of the creditor. Subrogation is an assignment or cession by operation of law (*cessio legis*). Taking into consideration all the above, the key question to be answered in this article is whether non-accessory rights pass to the surety (who has fulfilled the obligation of the principal debtor) as well, or whether the creditor has to make a corresponding (additional) assignment to pass these rights.

2 BANKRUPTCY AND COMPULSORY SETTLEMENT OF THE MAIN DEBTOR

If the principal debtor ceases to exist due to bankruptcy and there is therefore no legal succession taking place, the surety remains liable for the entire obligation.³ Significantly, a reduction of the principal debtor's liability in bankruptcy or

2 See also Miha Juhart, and Nina Plavšak, eds., *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 4. knjiga (Ljubljana: GV Založba, 2004), 1046.

3 Koper Higher Court, I Cpg 37/2005 of October 20, 2005.

compulsory settlement proceedings does not imply a corresponding reduction of the surety's liability. Therefore, the surety is liable to the creditor for the full amount of its obligation (see Art. 1022(2) OC).⁴ This is a derogation from the principle of accession for the protection of the creditor. As a means of personal security, the sureties should therefore be an effective guarantee in the event of the principal debtor's default. A consistent application of the principle of accession in such cases would completely defeat the purpose of the surety, which is why the departure from the said principle is completely justified. The reduction of liability by express agreement between the creditor and the principal debtor outside these proceedings (i.e. where there is no bankruptcy or compulsory settlement proceeding) also results in a corresponding reduction of the surety's liability. In this case, the principle of accession is strictly applied, since the surety's obligation cannot, in general, be greater than that of the principal debtor; if it is agreed that it is greater, it shall be reduced to the extent of the debtor's obligation (Art. 1017(1) OC).⁵

In order to avoid prejudice to the surety, who, as a result of subrogation, becomes a creditor of the insolvent debtor for whom it has guaranteed, Art. 1022(1) OC provides that in the event of the bankruptcy of the principal debtor, the creditor shall be obliged to register the claim and notify the surety of it. Otherwise, it is liable to the surety for the damage caused to the latter as a result thereof. The principle of subsidiarity is also derogated from in the event of bankruptcy, which effectively means that a creditor might not declare its claim in the bankruptcy proceeding and collects the claim directly from the surety. In other words, in the event of the principal debtor's bankruptcy, the creditor can demand performance of the obligation from the surety, even if it has not previously demanded performance from the principal debtor (see Art. 1019(2) OC). The creditor's failure to file a claim in the insolvency proceedings would result in preclusion (loss of the creditor's right and claim), which means that the surety would be unable to claim anything from the insolvent debtor in the bankruptcy estate. In this instance, the surety would not even be eligible for a reduced payment. It is this reduced payment (as damages) that the creditor is then liable for to the surety.⁶ Art. 1022(2) OC is particularly relevant in cases where the failure to declare a claim results in the loss of the right and claim. This is especially relevant in the case of claims which are not secured *in rem*. In case of such claims, the Financial Operations, Insolvency Proceedings, and Compulsory Dissolution Act (hereinafter: FOIPCDA)⁷ either provides for the fiction of a declaration/filing of a claim and a right of separation (see Art. 298a FOIPCDA for a mortgage and a maximum mortgage), or the substantive law rules allow for an out-of-court separate satisfaction of a preferential right to repayment (see Arts. 167, 175, 184, 185, 191,

4 Ljubljana Higher Court, I Cpg 247/99 of October 26, 1999.

5 See Juhart and Plavšak, eds., *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 1055.

6 A creditor can claim repayment from a surety even if it did not file a claim (which is also guaranteed by the surety) in the insolvency proceedings. Failure to file a claim shall only extinguish the claim in relation to the insolvent debtor.

7 The Financial Operations, Insolvency Proceedings, and Compulsory Dissolution Act, Official Gazette of the Republic of Slovenia, no. 176/21 with last amendments no. 102/23.

204, 208 of the Law of Property Code (hereinafter: LPC)⁸ and Art. 282 FOIPCDA). In this respect, the authors of this article submit the following hypothesis, which will be either confirmed or refuted in the following paragraphs: “If the obligation has been secured by a surety and a non-accessory security *in rem*, the creditor, who has received performance from the surety, should make an appropriate transaction by means of which he transfers the security to the surety.”

A mortgage may be created to secure one’s own or another person’s debt (Art. 128(2) LPC), while the surety always guarantees for another person’s debt. In case of a mortgage (as well as other liens) for another person’s debt, a similar legal relationship as in the case of a surety is established. The only difference is that the pledgor guarantees the foreign debt with the value of the thing pledged, while the surety guarantees the foreign debt with all its assets (unless the surety is limited to a certain maximum amount; the so-called maximum surety). In this respect, a dilemma has arisen in case law concerning from whom a mortgage creditor can claim repayment, namely in cases where the main (personal) debtor, which is a legal person, ceases to exist as a result of bankruptcy, while the pledgee is a person, other than the main debtor. The question is therefore whether the dissolution of the principal debtor also results in the termination of the obligation, consequently leading to the termination of the mortgage which is accessory to the secured obligation (claim). The Supreme Court of the Republic of Slovenia addressed this issue and adopted a legal opinion in 2013,⁹ clarifying that the obligations of a capital company which has been the subject of insolvency proceedings are not extinguished by their deletion from the court register following a final decision in the insolvency proceedings. Similarly, the obligations of a capital company which has ceased to exist as a result of its removal from the court register without liquidation, also do not cease. This means that, even in these cases, where the situation is practically the same as in the case of a surety (because the pledgor guarantees the value of the immovable property against another person’s debt), the provision of Art. 1022(2) OC (which provides as follows: “The reduction of the principal debtor’s obligation in bankruptcy or compulsory settlement shall not entail a corresponding reduction in the surety’s obligation, and the surety shall therefore be liable to the creditor for the whole amount of the surety’s obligation.”) must be applied.

The older case-law view that in the event of the dissolution of a legal person by reason of bankruptcy (and thus its deletion from the court register), the obligation of the debtor in bankruptcy (the principal debtor) is extinguished and, by virtue of its accessory nature, so is the mortgage on the immovable property of a person who is not the principal debtor, was erroneous. The dissolution of a legal person terminates only its liability to perform, but not its obligation. This means that the obligation cannot be enforced against an entity that no longer exists. It can, however, be enforced against a surety or pledgee. This view is confirmed by the regulation of insolvency

8 The Law of Property Code, Official Gazette of the Republic of Slovenia, no. 87/02 with last amendments no. 23/20.

9 Legal opinion of the Supreme Court of the Republic of Slovenia of June 21, 2013, *Sodnikov informator* no. 9 (2013): 5-11.

proceedings over assets, discovered at a later time (see Arts. 380 and 443 FOIPEDA), which states that the obligations of the legal person do not cease upon the termination of the insolvency proceedings over the (main) debtor or upon the deletion of the legal person from the court register without liquidation.¹⁰ A different interpretation would defeat the whole purpose of the security (for another person's debt) and prevent the creditor from securing the risk of default in the very cases where such risks are most frequent.¹¹

3 TRANSFER OF RIGHTS TO THE SURETY

In this section, the authors answer the question whether Art. 1027 OC, which governs the situation of the surety's exemption from the creditor's failure to provide guarantees, can be applied only in the case where a certain right secured the payment of a claim which could have passed to the surety in the event of a subrogation by operation of law pursuant to Art. 1018 OC. The mentioned article provides the following: "A creditor's claim, settled by the surety, shall be transferred to the latter with all the accessory rights and guarantees for the fulfilment thereof." Considering all the above, the question remains: do only 'automatically transferable accessory rights' pass to the surety who has fulfilled another person's payment obligation?

It is undisputed that the creditor's claim toward the principal debtor, settled by the surety, passes onto the latter. It is also undisputed, in accordance with Art. 1018 OC, that this principal claim passes together with all accessory rights and securities for its fulfillment (see also Art. 418(1) OC). However, if the creditor abandons a pledge or any other right by which the performance of the claim was secured, or loses it because of its own gross negligence, and thus prevents the transfer of the right to the surety, the surety shall be free of the obligation towards the creditor in the amount that would have been gained through the exercise of the right. This rule applies regardless of whether the right originated before or after the conclusion of the contract of surety (compare Art. 1027 OC).

The question is therefore how to correctly interpret the substantive law laid

10 See also the decision of the Supreme Court of the Republic of Slovenia, III Ips 121/2011 of June 11, 2013: "The enforcement of a claim by a mortgage creditor against the defendant as mortgagee is not subject to the provision on the limitation period for the enforcement of claims against the members of the company that was deleted from the court register, set out in Art. 394(2) of the Companies Act. The dissolution of a company - the debtor - can be compared in essence with the death of the debtor: the decisive common feature of both cases (*tertium comparationis*) in this case is the disappearance of the legal entity which is (was) the holder of the obligation. The way in which the death of the debtor affects the existence of his obligations is regulated by Art. 334 of the Obligations Code (before that in Art. 359 Law on Obligations, Official Gazette of the Republic of Slovenia, no. 88/99 with amendments): the death of the debtor only terminates the obligation if it arose in relation to the personal characteristics of one of the contracting parties or in relation to the personal capacities of the debtor. The view that the extinction, without liquidation, of a personal debtor, a legal person, extinguishes the claims against it, is erroneous."

11 Nina Plavšak, "Razpolaganje s hipoteko in prenehanje hipoteke," *4. dnevi stvarnega in zemljiškopravnega prava* (2012): 77-78.

down in the cited provisions of the OC. Does this rule apply exclusively and only to accessory rights, or does it also apply to other guarantees for the performance of the principal obligation which do not have the characteristics of accessory rights (non-accessory protection rights such as unconditional guarantees, land debts, fiduciary securities, conditional transfers of the ownership right, etc.)? In the author's view, it would be incorrect to conclude that only accessory ancillary rights are transferred to the surety. Such a conclusion can be supported both by the views of the commentators on the OC and comparative law arguments, since we are dealing with the relevant provisions of the OC that are identical in substance to those of the relevant rules in other legal orders discussed in this article (see § 774 and § 776 of the German *Bürgerliches Gesetzbuch* (hereinafter: BGB)¹² and § 1358 and § 1360 of the Austrian *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (hereinafter: ABGB)).¹³

To protect the surety's position, the OC provides for a clear regulation that the surety is exempted from payment of the obligation if the creditor is at fault for the abandonment of other guarantees. If the claim, guaranteed by the surety, is secured by some other (additional) non-accessory security ('performance security' as defined in Art. 1018 OC), and the creditor is at fault for the abandonment of such security, the surety must be released from liability for the performance of the principal obligation (or part of the principal obligation). The surety's exemption is therefore justified by the creditor's failure to utilize any of the other guarantees, as the very title of Art. 1027 OC shows ('Release of surety because of abandonment of guarantees'). The stated article provides: "If the creditor abandons a pledge or any other right by which the performance of the claim was secured or loses such because of the creditor's own gross negligence and thus prevents the transfer of the right to the surety, the surety shall be free of the obligation towards the creditor in the amount that would have been gained through the exercise of the right." This article applies both where the right originated before the contract of surety was concluded and where it originated after the contract of surety was concluded.¹⁴

The transfer of rights to the surety (subrogation) takes place by operation of law with respect to the accessory rights securing the principal (main) obligation. The surety gains the legal status of the creditor to whom it has performed. The surety is accessory as well. Thus, claims against other (co-)sureties pass to the surety who has performed (see Arts. 418(1) and 1020 OC). This means that the claim passes to the surety with all accessory rights and guarantees for its performance (Art. 1018 OC). Subrogation takes place directly by operation of law, which results in a change of the creditor. Subrogation is therefore in fact a cession (or assignment) by operation of law (*cessio legis*).

Non-accessory rights, securing the principal obligation in favor of the creditor,

12 *Bürgerliches Gesetzbuch*, Federal Law Gazette, I 3515. with last amendments on December 22, 2023, BGBl. 2023 I no. 411.

13 *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, Official Law Gazette, JGS no. 946/1811. with last amendments on April 17, 2024, BGBl. I no. 33/24.

14 A similar provision can for example also be found in § 776 BGB.

do not pass automatically to the surety who has fulfilled the principal obligation. Therefore, the creditor must carry out an appropriate transaction for the transfer of the non-accessory rights. If the creditor does not make this transfer voluntarily, the surety must enforce the transfer of the non-accessory rights by means of a claim (action). Slovenian and comparative legal theory¹⁵ has resolved the question regarding the fate of non-accessory securities of a creditor's claim (such as land debts, sureties, fiduciary securities, etc.) once the surety has made payment to the creditor. For example, if the creditor's claim is also secured by a land debt and the creditor has received payment from the surety, the surety does not automatically acquire the land debt, but it does acquire the right to request the creditor to transfer the land debt (to request the endorsement and delivery of the land deed as a security in the possession of the surety). We are of course referring to the still existing land debts, as land debts were otherwise abolished by the amendment to Law of Property Code (hereinafter: LPC) in 2013.¹⁶ The creditor may therefore not return the land debt to the principal debtor. The OC's reference to 'accessory rights and guarantees' in Art. 1018 encompasses both accessory and non-accessory rights, i.e. those rights that cannot exist on their own and are transferred together with the secured claim as the main right,¹⁷ as well as those that do exist on their own and can be transferred independently.¹⁸ German case-law and theory, which is highly comparable to the Slovenian system, maintains that the creditor must assign all non-accessory securities to the creditor that made the payment of the principal obligation.¹⁹ It specifically names warranty rights, fiduciary property, assignment as security, reservation of title

15 See more Nina Plavšak, Miha Juhart, and Renato Vrenčur, *Obligacijsko pravo - splošni del* (Ljubljana: GV Založba, 2009), 1155.

16 The Law on Amendments to the Law of Property Code - LPC-A (Official Gazette of the Republic of Slovenia, no. 91/13) abolished land debt. As the amendment could not annul land debts already registered, Art. 5 LPC-A also contains a clear transitional provision: "Land debts created before the entry into force of this Act and land debts registered in the Land Register after the entry into force of this Act on the basis of a land registration proposal filed before the entry into force of this Act shall be subject to the provisions of Arts. 108(2), 110(2), 111 and 192-200 Law of Property Code, Official Gazette of the Republic of Slovenia, no. 87/02." This means that it is no longer possible to (re)create land debts or to convert mortgages into land debts. However, since the amendment could not retroactively interfere (with already acquired rights *in rem*, specifically with already acquired land debts), we still have a number of land debts registered in the Land Register. Yet, it is still permissible to transfer existing land debts by endorsement of a land deed, which results in a change of ownership of this derivative (protective) right *in rem*. In our view, the abolition of land debt was a reckless policy move, made without serious professional judgement. It would have been more appropriate to retain land debt in a slightly modified form in Slovenian property law system. Perhaps in the future, politics, together with the profession, will decide to regulate and re-introduce the reformed land debt in Slovenian legal system.

17 Compare Miha Juhart, and Nina Plavšak, eds., *Obligacijski zakonik s komentarjem, 2. knjiga* (Ljubljana: GV Založba, 2003), 577.

18 See also Peter Ulmer, ed., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3* (München: Verlag C.H. Beck, 1980), 785.

19 Walter Erman, and Harm Peter Westermann, eds., *BGB Handkommentar* (Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2008), 3279 (commentary of § 774 BGB).

and land debt as such securities.²⁰ In this respect, German theory and case-law based on § 774 BGB and § 776 BGB (governing the passing of rights and the guarantor's exemption from liability for the creditor's failure to provide insurance) is identical to Slovenian law found in Arts. 1018 and 1027 OC. "*Der Übergang der Nebenrechte folgt den allgemeinen Regeln für die Überleitung kraft Gesetzes (§ 412 and § 401 BGB) oder ist (bei nichtakzessorischen Sicherungsrechten) durch Anspruch geltend zu machen.*"²¹ ["The transfer/passage of accessory rights follows the general rules for transfer by operation of law (§ 412 in § 401 BGB) or (in the case of non-accessory securities) is enforced by a claim."]. Such a substantive law approach is also appropriate in the Slovenian legal system. Thus, the provisions of Arts. 1027 and 1018 OC must be interpreted in favor of the surety if the creditor is liable for the abandonment of guarantees (for example, because it unreasonably failed to exercise a security). Art. 1027(1) OC protects the interests of the surety. If a creditor, who abandoned a pledge or any other right by which the performance of the claim was secured, or lost such guarantees because of its own negligence, demands payment from the creditor, the creditor may object that its obligation under the surety has been terminated or at least reduced.²²

In the authors' view, any interpretation that the position of the surety is protected only when dealing with accessory rights, would be contrary to the very meaning (*ratio legis*) of the provisions of Arts. 1017 and 1018 OC. These provisions aim to protect the position of a surety who has fulfilled an obligation to a creditor. This is not the case when the creditor has not acted diligently and has abandoned or lost a security interest in form of a guarantee (or other non-accessory security) due to its own fault.

A creditor (such as a bank) must act with the care of a professional. The parties to a contractual relationship must act with greater diligence in the performance of their professional obligations (the diligence of a good expert; Art. 6(2) OC). The rules of the profession oblige banks not to abandon quality payment securities which can achieve faster repayment of the claim (Art. 1027 in conjunction with Art. 6 OC). Based on the Decision of the Bank of Slovenia on Credit Risk Management in Banks and Savings Banks (hereinafter: BS Decision),²³ the bank must consider credit securities according to their quality, which is reflected in the creditworthiness of the obligor and the other security provider. This is the primary criterion for realization of the security. The bank shall manage credit security effectively on the basis of measures, procedures and policies that enable it to realize these securities in a timely manner and to have reasonable certainty in regard to the amount of repayment and the used securities. The bank should pay special attention to credit securities that are highly volatile in value and/or subject to long-duration realization, in the sense that it

20 Erman and Westermann, eds., *BGB Handkommentar*, 3282-3283 (commentary of § 776 BGB).

21 Ulmer, ed., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 785.

22 Juhart, and Plavšak, eds., *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 4. knjiga, 1064.

23 Decision of the Bank of Slovenia on Credit Risk Management in Banks and Savings Banks, Official Gazette of the Republic of Slovenia, no. 115/21. Before: Decision of the Bank of Slovenia on Credit Risk Management in Banks and Savings Banks, Official Gazette of the Republic of Slovenia, no. 68/17, 78/19.

should use higher quality security (see Arts. 8 and 21 of the BS Decision).

This position should also be taken with regard to all non-accessory insurances (i.e. in particular fiduciary insurances) and also with regard to reservation of title. In the case of fiduciary securities, the surety who has undertaken the principal debtor's obligation to the creditor is entitled to require the creditor to execute an appropriate assignment to pass the fiduciary security (i.e. an assignment of the fiduciary claims and an assignment of the title as security). Regarding the reservation of title, the Supreme Court of the Republic of Slovenia issued a ruling²⁴ which the authors of this article believe is erroneous. It stated: "An ownership right (and its reservation) is not an accessory right subordinate to the secured claim and automatically (without express agreement) sharing its fate. However, it must be borne in mind that the surety undertakes the debtor's debt (Art. 1012 OC), which, in light of the sale with reservation of title agreed between the creditor and the debtor, constitutes the fulfilment of a suspensive condition for the transfer of ownership right on the thing, delivered to the buyer. The position, taken in the revision, on the contrary assumes that the condition in question is fulfilled only by payment by the principal debtor, and that the surety, by paying the seller's claim, acquires merely the reservation of title arising from his ownership right. The fallacy of such a view is demonstrated in cases, where the principal debtor fails to pay the surety the claim that passed to it. If the suspensive condition is not fulfilled, the buyer's expectancy right is extinguished, which, if the view of the Supreme Court is to be applied consistently, would mean that the claimant would become the owner of the subject-matter of the contract of sale in respect of which it had undertaken to act as surety only without a proper agreement and without an act of delivery. The law does not provide for such a method of acquiring an ownership right. The analogy offered in the revision, i.e. the analogy with subrogation in respect of a lien (Art. 1018 OC) must be rejected."²⁵

An ownership right is an independent right, not an accessory right that automatically passes to the surety who has fulfilled the buyer's debt to the seller. Since the surety is undertaking another person's debt, the surety automatically assumes the legal position of the seller in respect to the secured claim (for repayment of the purchase price). In respect to the reservation of title, the surety is entitled to require the seller to transfer the title, which is to be executed by 'longa manu tradition' delivery, in accordance with Art. 6(4) LPC.

4 THE POSITION OF THE SURETY IN INSOLVENCY PROCEEDINGS

The surety, by its undertaking, assumes liability towards the creditor for another person's obligation. The position is similar to a lien on a foreign debt. The established view is that the surety's claim against the debtor has the nature of a contingent claim, which is linked to the suspensive condition that the surety will pay that claim to the creditor. This means that the surety's claim against the debtor arises (only) when the

24 Supreme Court of the Republic of Slovenia, II Ips 183/12 of April 15, 2013.

25 Supreme Court of the Republic of Slovenia, II Ips 183/12 of April 15, 2013.

surety pays the creditor the debtor's claim for which it has taken a surety. There are also different views taken in theory, namely that the surety's payment of the claim does not give rise to a new claim, but rather the claim of the original creditor passes to the surety (subrogation with a suspensive condition). This means that the surety's potential (contingent) claim against the principal debtor (before it has paid the creditor the claim it has guaranteed) does not possess the characteristics of a claim under a suspensive condition in the strict sense. It is typical for this claim that the suspensive condition of payment is not linked to the creation of the claim but rather the passing of the claim to the surety. A comparison with an independent bank guarantee shows that the liability of a bank under a bank guarantee issued on first demand (an independent bank guarantee) has different legal characteristics from that of a surety. This liability is non-accessory in the sense that the bank fulfils its own obligation to the beneficiary of the guarantee. This means that, in case of an independent guarantee, the bank does not fulfil a foreign obligation (the obligation of the guarantor).²⁶ With an independent bank guarantee, the guarantor's obligation (the issuer of the guarantee) arises when the guarantor receives a demand from the beneficiary of the guarantee for payment of the sum of money covered by the guarantee. The beneficiary of the guarantee undertakes agreement to pay (reimburse) the bank the amount of money in respect of which the guarantee is to be drawn if and when the guarantee is drawn. This means that the bank's (guarantor's) claim for reimbursement (recourse) of the amount of the called-up guarantee against the customer only arises when the bank guarantee is called up. Any (potential) claim of the bank (guarantor) *vis-à-vis* the principal of the guarantee shall only arise if (and when) the guarantee is called. Therefore, it has all the characteristics of a claim, linked to a suspensive condition.²⁷

The question arises in which situations (if any) it is relevant to take the view that a claim of a surety against the principal debtor does not have the character of a claim, the creation of which is linked to a suspensive condition. If the surety has paid the claim subject to the surety before the commencement of the insolvency proceedings, the claim has already passed to the surety before the commencement of the insolvency proceedings, and the surety can therefore claim it as an unconditional claim in the insolvency proceedings. If the surety fails to declare the claim in time, its claim against the debtor is terminated (Art. 296(5) FOIPCDA). A creditor who is jointly and severally liable for an obligation of the bankrupt debtor or acts as a surety or pledgee, must file the recourse claim in the bankruptcy proceedings even if it has not yet arisen by the time of the commencement of the bankruptcy proceedings, subject to the suspensive condition that, on the basis of the payment of that claim made after the commencement of the bankruptcy proceedings, the creditor will acquire a recourse claim against the bankrupt debtor (Art. 296(2) FOIPCDA). Only a claim by a debtor, who is jointly and severally liable and has paid the creditor a greater proportion of the obligation than its share of the obligation in the internal relationship between the joint and several debtors, has the character of a recourse

26 Vesna Kranjc, *Gospodarske pogodbe* (Ljubljana: Lexpera GV Založba, 2020), 233-234.

27 More specifically Nina Plavšak, "Učinki postopkov zaradi insolventnosti na položaj poroka," *Sodobno insolvenčno pravo* (2022): 35-42.

claim. This recourse claim arises only when such a debtor has paid the creditor (Art. 404(1) OC). Therefore, the suspensive condition for payment is linked to its creation. However, the surety or pledgee does not acquire a new (recourse) claim by paying the creditor, but rather the creditor's claim against the principal debtor passes to it. Therefore, according to Plavšak, the suspensive condition relates to its transfer or passing to the surety and not to its creation.²⁸

If the claim for which the surety has assumed a surety has not yet been paid by the time the insolvency proceedings against the principal debtor are started, the creditor must file it in the insolvency proceedings pursuant to Art. 1022(1) OC. This means that, in the creditor-surety relationship, it is the creditor's obligation to timely file the claim. Therefore, the creditor cannot absolve itself of liability towards the surety for the possible legal consequences of failing to timely file the claim, even though the surety may also file the claim as a contingent claim.²⁹ If a creditor timely files a claim in the insolvency proceedings, the surety does not have to file a contingent claim. If, after the start of the insolvency proceedings, the creditor is paid the claim for which it has taken a surety, the claim will pass to the surety by virtue of the assignment (cession) by operation of law, referred to in Art. 1018 OC. The surety will therefore assume the position of a creditor. The surety must notify the receiver of the proceedings of the transfer of the claim and prove the transfer by providing it with evidence of payment of the claim (Art. 57(3) FOIPCDA).³⁰

The creditor's or surety's failure to file a claim in the insolvency proceedings results in the following legal consequences: if the creditor fails to file the claim in the insolvency proceedings within the three-month period referred to in Art. 59(2) FOIPCDA, the creditor's claim in relation to the debtor is terminated (Art. 296(5) FOIPCDA). Arts. 1022 and 1027(1) OC provide as follows: "In the bankruptcy of the principal debtor the creditor shall be obliged to register the claim and notify the surety of such; otherwise, the creditor shall be liable to the surety for the damage incurred thereby for this reason. If the creditor abandons a pledge or any other right by which the performance of the claim was secured, or loses such because of the creditor's own gross negligence, and thus prevents the transfer of the right to the surety, the surety shall be free of the obligation towards the creditor in the amount that would have been gained through the exercise of the right." The creditor's failure to file a claim in the insolvency proceedings against the debtor causes the claim to be terminated. Therefore, by such failure or omission, the creditor prevents the transfer of that claim to the surety, meaning that the creditor's failure to timely file a claim causes the surety's obligation to be terminated to the extent in which the creditor would have obtained payment of that claim in the insolvency proceedings against the

28 More specifically, Plavšak, "Učinki postopkov zaradi insolventnosti," 35-42.

29 Art. 1022 OC states: "(1) In the bankruptcy of the principal debtor the creditor shall be obliged to register the claim and notify the surety of such; otherwise, the creditor shall be liable to the surety for the damage incurred thereby for this reason. (2) The reduction of the principal debtor's obligation in bankruptcy or composition proceedings shall not entail a corresponding reduction in the surety's obligation, and the surety shall therefore be liable to the creditor for the whole amount of the surety's obligation."

30 More in Plavšak, "Učinki postopkov zaradi insolventnosti," 35-42.

principal debtor had it timely filed the claim.

In certain cases, there may be competition between the principal creditor and the surety. Such a situation arises when both the creditor and the surety timely file a claim in insolvency proceedings against the principal debtor, since the claim is asserted by two entities (the creditor and the surety) despite there only being one claim against the principal debtor. Plavšak points out that the surety's purpose is to provide the creditor with additional security and thus a better chance of repayment of the claim for which the surety has assumed a surety. Therefore, in insolvency proceedings against the principal debtor, the creditor always has priority over the surety when pursuing this claim.³¹ An additional argument to support this view can also be found in Art. 276(1) OC: "During part performance of the creditor's claim the accessory rights by which the performance of the claim is secured shall be transferred to the performer only insofar as they are not required for the performance of the remainder."

This extensive analysis leads us to the following conclusion concerning the question of which situations result in the creditor having priority over the surety. In a compulsory settlement procedure, the creditor has priority in the exercise of the right to vote on the acceptance of the compulsory settlement. In insolvency proceedings, however, the creditor has priority for repayment out of the distribution estate. If both (the creditor and the surety) declare the same claim (the creditor as unconditional and the surety as 'contingent or conditional'), this claim is only taken into account once when calculating the sum of the claims filed against the debtor (and not in a double amount, which is the sum of the two filings by both the creditor and the surety). Therefore, only one of them can exercise the right to vote on this claim. Since the creditor holds the claim, it has priority in exercising its voting rights over the surety, who has not yet become the holder of that claim, since it has not yet passed to the surety. This means that if both cast a ballot for or against the adoption of the compulsory settlement, only the creditor's ballot shall be counted. A certain ambiguity in this regard is caused both by Art. 296(2) and Art. 201(2)(4) FOIPCDA, which provide that the quotient for voting on compulsory settlement in cases where the ordinary claims are related to a suspensive condition shall be 0,5.

Let us consider the following hypothetical situations. First, prior to the start of insolvency proceedings against the debtor, there is an ordinary (unsecured) claim of the creditor for payment of EUR 100,000, for which the surety has taken a surety and has not yet paid the creditor. The claim is filed in the compulsory settlement proceedings by both the creditor as an unconditional claim and the surety as a contingent/conditional claim, the transfer of which is subject to a suspensive condition, that he will pay it to the creditor. Both claims are admitted. In determining the sum of all recognized and probable claims against the debtor (the denominator in the calculation of the voting result), the claim shall only be taken into account once in the amount of EUR 100,000. The ballot paper for the vote on the acceptance of the arrangement is cast by the creditor and the surety, however, only the creditor's ballot

31 Plavšak, "Učinki postopkov zaradi insolventnosti," 35-42.

paper shall be considered in determining the result of the vote.³²

Second, prior to the opening of the insolvency proceedings against the debtor, there is an ordinary (unsecured) creditor's claim for payment of EUR 100,000, for which the guarantor had taken a surety and, prior to the opening of the insolvency proceedings, had paid the creditor a part of the claim amounting to EUR 40,000. In the compulsory settlement proceeding, the creditor will declare the unpaid part of the claim of EUR 60,000 and the guarantor the paid part of the claim of EUR 40,000. Since these claims are not in competition with each other the creditor may therefore exercise its voting rights in respect of the claim of EUR 60,000 and the surety may exercise its voting rights in respect of the claim of EUR 40,000.³³

The main creditor also has priority for repayment from the bankruptcy estate. If the surety pays part of the claim to the creditor after the insolvency proceedings have been started, the creditor has priority over the surety in the payment of the remaining claim. Therefore, the creditor's claim is paid in priority at the time of the distribution and the surety may participate in the distribution only after the creditor's claim has been paid in full.

The confirmed composition has legal effect only regarding the claims of creditors against the debtor, but regarding other persons who are liable to the creditor for those claims. The composition has no effect regarding the claims of persons who are liable to the creditor as sureties, jointly and severally liable debtors or as recourse debtors in respect of the debtor's obligation (Art. 213(2) FOIPCDA). The same rule is laid down in Art. 1022(2) OC, according to which a reduction of the principal debtor's liability in bankruptcy or compulsory settlement proceedings does not also imply a corresponding reduction of the surety's liability and the surety is therefore liable to the creditor for the full amount. This rule is in derogation to the general rule laid down in Art. 1017(1) OC according to which the surety's obligation cannot be greater than that of the principal debtor.³⁴

5 CONCLUSION

Based on this analysis we reach the following conclusions.

Firstly, the view that only accessory rights pass to the surety is erroneous. Our conclusion is supported by the views of the commentators of the Slovenian OC, as well as comparative legal arguments since the subject-matter of the OC provisions are identical to the relevant comparative regulations (see § 774 and § 776 of the German BGB and figures § 1358 and § 1360 of the Austrian ABGB). The non-accessory rights securing the principal obligation in favor of the creditor do not automatically pass to the surety who has fulfilled the principal debtor's obligation. Therefore, the creditor must make an appropriate transaction for such rights to legally pass. If the creditor fails to make this transfer voluntarily, the surety may enforce the transfer of non-accessory rights by claim (a lawsuit). Slovenian and comparative

32 Plavšak, "Učinki postopkov zaradi insolventnosti," 35-42.

33 Plavšak, "Učinki postopkov zaradi insolventnosti," 35-42.

34 Plavšak, "Učinki postopkov zaradi insolventnosti," 35-42.

theory has adopted a legal framework that resolves the question of the fate of non-accessory securities with which the creditor's claim was secured (such as land debts, guarantees, fiduciary securities, etc.) under circumstances when the surety performs the obligation to the creditor. The OC refers to 'accessory rights and guarantees' encompassing both accessory and non-accessory rights, i.e. those rights that do not exist independently and are transferred together with the secured claim as the main right, as well as those that do exist on their own and are transferred independently. German jurisprudence and theory, which is distinctly comparable to the Slovenian regulation, provides that the creditor must relinquish all the non-accessory securities to the surety who has fulfilled the obligation of the principal debtor. These securities expressly include guarantees, fiduciary property, assignment as security, reservation of title and land debt. In this regard, based on § 774 BGB and § 776 BGB (which regulate the transfer of rights and the surety's exemption from liability due to the creditor's abandonment of guarantees, like Arts. 1018 and 1027 OC), the German theory and jurisprudence stated as follows: "*Der Übergang der Nebenrechte folgt den allgemeinen Regeln für die Überleitung kraft Gesetzes (§ 412 in § 401 BGB) oder ist (bei nichtakzessorischen Sicherungsrechten) durch Anspruch geltend zu machen.*" ["The transfer/passage of accessory rights follows the general rules for transfer under the law (§ 412 in § 401 BGB) or is (in case of non-procedural safeguards) enforced by claim."]. This substantive view applies equally to Slovenian law. This means that the provisions of Arts. 1027 and 1018 OC must be interpreted in favor of the surety if the creditor is responsible for the abandonment of guarantees (if, for example, it has unjustifiably failed to use a security). Art. 1027(1) OC protects the interests of the surety. If a creditor who has lost the security through its own fault demands the performance of an obligation from the surety, the latter may object that the surety obligation has ceased or is reduced.

Secondly, the position of a surety who has either not fulfilled or has only partially fulfilled the obligation of the principal debtor to the creditor is weaker than the creditor in the event of the insolvency of the principal debtor (in the case of compulsory settlement or bankruptcy conducted over the principal debtor). Since the purpose of the surety is to provide the creditor with additional security and thus a better chance of repayment of the claim, secured with it, the creditor always takes precedence over the surety when enforcing this claim in insolvency proceedings over the principal debtor. An argument in favor of this conclusion can be found in Art. 276(1) OC: "During part performance of the creditor's claim the accessory rights by which the performance of the claim is secured shall be transferred to the performer only insofar as they are not required for the performance of the remainder." Should the creditor's claim be secured by a surety and a mortgage, and the surety only paid part of the obligation to the creditor, the creditor can secure payment of the balance of the claim from the mortgage before the surety (Art. 276(1) OC). Therefore, the creditor also has priority in repayment from the bankruptcy estate. If, after the start of bankruptcy proceedings, the surety pays part of the claim to the creditor, the creditor has priority over the surety in the repayment of the remaining claim. At the time of division, the creditor's claim is preemptively paid, and the surety may participate

in the division of the bankruptcy estate only after the creditor's claim has been paid in full. In compulsory settlement proceedings, the creditor shall have priority in exercising the right to vote on the acceptance of the compulsory settlement. If both (the creditor and the surety) declare the same claim (the creditor as unconditional and the surety as 'conditional or contingent'), the sum of the filed claims is only taken into account once (and not in double amount, which is the sum of both declarations). Therefore, only one of them can exercise the right to vote in respect of that claim in compulsory settlement proceedings. Since the holder of the claim is the creditor, it has priority in exercising the right to vote over the surety who has not yet become the holder of that claim, since the claim has not yet passed to it. This means that if both cast a ballot voting for or against the acceptance of the compulsory settlement, only the ballot submitted by the creditor shall be considered.

Thirdly and finally, a reduction of the main debtor's obligations in bankruptcy proceedings or in compulsory settlement proceedings does not also entail a corresponding reduction in the surety's obligations. Therefore, the surety is liable to the creditor for the full amount of his obligation (Art. 1022(2) OC). This is a derogation from the principle of accession for the creditor's protection. The surety should therefore, as a means of personal security, be an effective security against the principal debtor's default. This, on the other hand, is an additional argument in favor of the view that the surety must also be protected in certain positions. It is true that the non-accessory rights securing the principal obligation in favor of the creditor do not pass to the surety who has fulfilled the principal debtor's obligation automatically. Therefore, the creditor is required to perform an appropriate transaction for non-accessory rights to legally pass. If the creditor fails to make this transfer voluntarily, the surety can enforce the transfer of non-accessory rights by claim (an action). The surety is also protected by a rule that provides the legal consequences if the creditor abandons the pledge or some other right by which the fulfillment of his claim was secured, or if it loses it due to its own negligence, thus making it impossible for this right to pass to the surety. In this case, the surety is free from its obligation towards the creditor in the amount that would have been gained through the exercise of the right. This rule applies both in the case when the right arose before or after the conclusion of the contract of surety (compare Art. 1027 OC).

BIBLIOGRAPHY

Books and Articles:

1. Erman, Walter, and Harm Peter Westermann, eds. *BGB Handkommentar*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2008.
2. Juhart, Miha, and Nina Plavšak, eds. *Obligacijski zakonik s komentarjem, 2. knjiga*. Ljubljana: GV Založba, 2003.
3. Juhart, Miha, and Nina Plavšak, eds. *Obligacijski zakonik s komentarjem - posebni del, 4. knjiga*. Ljubljana: GV Založba, 2004.
4. Kranjc, Vesna. *Gospodarske pogodbe*. Ljubljana: Lexpera GV Založba, 2020.
5. Plavšak, Nina. "Razpolaganje s hipoteko in prenehanje hipoteke." *4. dnevi stvarnega in zemljiškopravnega prava* (2012): 77-78.

6. Plavšak, Nina. "Učinki postopkov zaradi insolventnosti na položaj poroka." *Sodobno insolvenčno pravo* (2022): 35-42.
7. Plavšak, Nina, Miha Juhart, and Renato Vrenčur. *Obligacijsko pravo - splošni del*. Ljubljana: GV Založba, 2009.
8. Ulmer, Peter, eds. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3*. München: Verlag C.H. Beck, 1980.

Legal Sources:

1. *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, Official Law Gazette, JGS no. 946/1811., with last amendments on April 17, 2024, BGBl. I no. 33/24.
2. *Bürgerliches Gesetzbuch*, Federal Law Gazette I 3515., with last amendments on December 22, 2023, BGBl. 2023 I no. 411.
3. Decision of the Bank of Slovenia on Credit Risk Management in Banks and Savings Banks, Official Gazette of the Republic of Slovenia, no. 68/17, 78/19.
4. Decision of the Bank of Slovenia on Credit Risk Management in Banks and Savings Banks, Official Gazette of the Republic of Slovenia, no. 115/21.
5. The Financial Operations, Insolvency Proceedings, and Compulsory Dissolution Act, Official Gazette of the Republic of Slovenia, no. 176/21 with last amendments no. 102/23.
6. The Law of Property Code, Official Gazette of the Republic of Slovenia, no. 87/02 with last amendments no. 23/20.
7. The Law on Amendments to the Law of Property Code, Official Gazette of the Republic of Slovenia, no. 91/13.
8. The Law on Obligations, Official Gazette of the Republic of Slovenia, no. 88/99 with last amendments no. 87/02.
9. The Obligations Code, Official Gazette of the Republic of Slovenia, no. 97/07 with last amendments no. 64/16.

Case Law:

1. Koper Higher Court, I Cpg 37/2005 of October 20, 2005.
2. Legal opinion of the Supreme Court of the Republic of Slovenia of June 21, 2013, *Sodnikov informator* no. 9 (2013): 5-11.
3. Ljubljana Higher Court, I Cpg 247/99 of October 26, 1999.
4. Supreme Court of the Republic of Slovenia, II Ips 45/2019 of December 5, 2019.
5. Supreme Court of the Republic of Slovenia, II Ips 119/2019 of June 19, 2020.
6. Supreme Court of the Republic of Slovenia, II Ips 183/2012 of April 15, 2013.
7. Supreme Court of the Republic of Slovenia, III Ips 121/2011 of June 11, 2013.

Renato Vrenčur*
Denis Baghrizabehi**
Kristjan Zhrastnik***

Sažetak

PRIJELAZ AKCESORNIH I NEAKCESORNIH OSIGURANJA KOD ZAKONSKE CESIJE (*CESSIO LEGIS*)

U poslovnoj praksi tražbine su obično osigurane osobnim i stvarnim oblicima osiguranja. Koriste se različite vrste osiguranja, to jest akcesorna i neakcesorna. Postavlja se pitanje kako tumačiti pravila o subrogaciji (*cessio legis*) u odnosu na prijenos neakcesornih oblika osiguranja na ispunitelja obveze, posebice u slučaju jamstva (poručanstva). Jamac se obvezuje ispuniti dužnikovu obvezu (ne svoju) prema dužnikovom vjerovniku. Slijedom toga, nakon ispunjenja, tražbina vjerovnika prema dužniku prelazi na jamca sa svim akcesornim pravima i osiguranjima. Ključno pitanje na koje se odgovara u ovome članku jest prelaze li na jamca i neakcesorna prava (koji je ispunio obvezu glavnog dužnika) ili pak mora vjerovnik izvršiti odgovarajući (dodatni) posao ustupa da bi se ta prava prenijela. U članku su prikazana ključna saznanja u vezi s navedenim, uz analizu pravnog položaja jamca u postupcima u slučaju nesolventnosti.

Ključne riječi: *subrogacija; cessio legis; jamstvo; akcesorna prava; postupak u slučaju nesolventnosti.*

* Dr. sc. Renato Vrenčur, izvanredni profesor, Sveučilište u Mariboru, Pravni fakultet; renato.vrencur@um.si. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-9896-8688>.

** Dr. sc. Denis Baghrizabehi, docent, Sveučilište u Mariboru, Pravni fakultet; denis.baghrizabehi@um.si. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-1992-2621>.

*** Kristjan Zhrastnik, mag. iur., asistent, Sveučilište u Mariboru, Pravni fakultet; kristjan.zhrastnik@um.si. ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-3461-4553>.

KAZNENO I PREKRŠAJNOPROCESNI IMUNITET PROPISAN HRVATSKIM PRAVOM: OBILJEŽJA I PRIJEPORI

Izv. prof. dr. sc. Marin Bonačić*
Nikša Vojvoda, mag. iur.**

UDK 343.143:341.73
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.45.3.4>
Ur.: 7. rujna 2024.
Pr.: 16. listopada 2024.
Pregledni rad

Sažetak

Institut kaznenoprocetnog imuniteta ili imuniteta nepovredivosti sprječava da se protiv određenih kategorija osoba pokrene i vodi kazneni postupak ili da im se oduzme sloboda za sva ili neka kaznena djela. Taj imunitet može postojati na temelju pravila međunarodnog ili nacionalnog prava, koji je predmet ovog rada. Nakon teorijskog uvoda, u radu se razmatraju nositelji i opseg kaznenoprocetnog imuniteta. Uz to, razmatraju se i dopuštenost propisivanja kaznenoprocetnog imuniteta zakonom, njegovo vremensko važenje, značenje zabrane „pritvaranja“, značenje zabrane „pokretanja“ postupka te koji su njegovi procesni učinci. Zatim se istražuje vrijedi li, u suprotnosti sa zakonskom odredbom, kaznenoprocetni imunitet i u prekršajnom postupku. Kako bi se pronašli odgovori ili smjernice za nerazjašnjena teorijska i praktična pitanja o kaznenoprocetnom imunitetu u hrvatskom pravu istraženo je i uređenje imuniteta u njemačkom i francuskom pravnom poretku. Na temelju provedenog istraživanja zaključuje se da ne postoje jasni kriteriji o tome kada imunitet može biti propisan zakonom te da cijeli sustav nije do kraja domišljen. Utvrđena su i druga obilježja kaznenoprocetnog imuniteta: da je vremenski ograničen, da se odnosi na svako oduzimanje slobode te da ne sprječava provođenje radnji u fazi izvida. Obrazlaže se i stav da kaznenoprocetni imuniteti barem djelomično vrijede i u prekršajnom postupku.

Ključne riječi: kaznenoprocetni imunitet; prekršajnoprocetni imunitet; imunitet nepovredivosti; potpuni imunitet; djelomični imunitet.

* Dr. sc. Marin Bonačić, izvanredni profesor, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet; marin.bonacic@pravo.unizg.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9951-0921>.

** Nikša Vojvoda, mag. iur., asistent, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet; niksa.vojvoda@pravo.unizg.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6640-9763>.
Ovaj je rad sufinancirala Hrvatska zaklada za znanost projektom *Hrvatsko prekršajno pravo u europskom kontekstu - izazovi i perspektive (UIP-2020-02-6482)*.

1. UVOD

Institut kaznenoprocetnog imuniteta ili imuniteta nepovredivosti sprječava da se protiv određenih kategorija osoba pokrene i vodi kazneni postupak ili da im se oduzme sloboda za sva ili samo neka kaznena djela.¹ Procesni imunitet pojedine kategorije osoba može biti predviđen izvorima međunarodnog (što nije predmet ovog rada) ili nacionalnog (unutarnjeg) prava. Svrha je procesnog imuniteta propisanog unutarnjim pravom prije svega onemogućiti zadiranje jedne grane vlasti u prerogative druge,² ali i spriječiti presizanja unutar jedne grane vlasti u sustavima gdje postoji više (su)nositelja. Nositelju on omogućava neometano obavljanje dužnosti, što bi moglo biti otežano ili onemogućeno vođenjem kaznenih postupaka.³

Kaznenoprocetni se imunitet razlikuje od materijalnog imuniteta ili imuniteta neodgovornosti (kojim se ovaj rad neće baviti), a koji isključuje postojanje krivnje, odnosno kažnjivosti.⁴ Određene kategorije osoba mogu uživati oba imuniteta ili samo jedan od njih. U slučaju kada imaju oba, tada ti imuniteti mogu, ali i ne moraju postojati u isto vrijeme.⁵ Treba napomenuti da se imunitetom naziva i imunitet od kaznenog progona svjedoka u zamjenu za njegovu izjavu važnu za dokazivanje kaznenog djela druge osobe (imunitet svjedoka),⁶ a (postupovni) imunitet ima i krunski svjedok.⁷ Ni ti imuniteti neće biti predmet ovoga rada.

Od starijih hrvatskih kaznenoprocetnih teoretičara Bayer kaznenoprocetni

1 Termin kaznenoprocetni imunitet koristi se u kaznenoprocetnoj teoriji, a termin imunitet nepovredivosti u ustavnopravnoj. V. npr. u: Davor Krapac et al., *Kazneno procesno pravo, knjiga prva: Institucije* (Zagreb: Narodne novine, 2020.), 74 et seq. te Branko Smerdel, *Ustavno uređenje europske Hrvatske* (Zagreb: Narodne novine, 2020.), 380-381. Za taj će se imunitet u ovome radu koristiti i termin procesni imunitet.

2 Krapac et al., *Kazneno procesno pravo*, 74.

3 U kontekstu imuniteta sudaca v.: Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-2833/2013, U-I-3436/2013, U-I-3882/2013 od 2. prosinca 2014., § 12. I Mandatno-imunitetno povjerenstvo Hrvatskog sabora stajališta je da kaznenoprocetni imunitet postoji kako bi se osiguralo neometano obavljanje zastupničke dužnosti. V. u: *Izvješće Mandatno-imunitetnog povjerenstva o zahtjevu za davanje odobrenja za pokretanje kaznenog postupka protiv Nikole Grmoje, zastupnika u Hrvatskome saboru od 17. siječnja 2024.*, pristup 13. travnja 2024., <https://www.sabor.hr/radna-tijela/odbori-i-povjerenstva/izvjesce-mandatno-imunitetnog-povjerenstva-o-zahtjevu-za-146>. Stajalište da obje vrste imuniteta imaju obje svrhe navodi se primjerice i u francuskoj literaturi. Frédéric Ponsot, „Les immunités en droit constitutionnel dans la doctrine publiciste française de 1789 à aujourd’hui“ (doktorska disertacija, Pariz: Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2020.), 44. U kontekstu svrhe imuniteta može se spomenuti i sljedeće stajalište Ustavnoga suda Republike Hrvatske: „Imunitet je jamstvo povjerenja koje Ustavni sud, kao i parlament, poradi jedinstvene dužnosti koju obnaša za sve građane Republike Hrvatske, mora uživati u demokratskom društvu.“ Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-3397/2012 od 13. prosinca 2012., § 7.

4 V. Krapac et al., *Kazneno procesno pravo*, 76.

5 V. *infra* poglavlje 4.2.

6 O tome v.: Krapac et al., *Kazneno procesno pravo*, 107.

7 Krapac et al., *Kazneno procesno pravo*, 492. U čl. 38. st. 4. Zakona o kaznenom postupku spominje se „postupovni imunitet“ pripadnika zločinačke organizacije. Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine, br. 152/08., 76/09., 80/11., 121/11., 91/12., 143/12., 56/13., 145/13., 152/14., 70/17., 126/19., 130/20., 80/22., 36/24. (u daljnjem tekstu: ZKP).

imunitet smatra pravom određenih kategorija osoba „da se protiv njih ne može voditi kazneni postupak ili da se može voditi samo uz odobrenje određenog državnog tijela“ (tj. uvjetno), a pod tim pojmom obuhvaća i ograničeni imunitet od poduzimanja pojedinih procesnih radnji.⁸ Navedeno oslobođenje od važenja hrvatskog kaznenoprocetnog prava izjednačava s pojmom ekstrateritorijalnosti.⁹ Krapac imunitet smatra subjektivnim pravom i okolnošću koje određene kategorije osoba izuzima iz hrvatske kaznene sudbenosti (jurisdikcije). Ipak, Pavišić ispravno primjećuje da nije riječ o privilegiju nositelja jer ga se on ne može odreći.¹⁰

S obzirom na opseg Krapac razlikuje: a) apsolutni imunitet koji se odnosi na sva kaznena djela i relativni imunitet koji se odnosi samo na neka kaznena djela, a unutar njega i funkcionalni imunitet koji se odnosi na djela počinjena u obavljanju službene dužnosti te b) potpuni imunitet koji priječi započinjanje i vođenje kaznenog progona i djelomični imunitet koji njegovom nositelju daje zaštitu samo od pojedinačnih radnji i mjera državnih tijela.¹¹ Takvu podjelu prihvaćaju i Pavišić¹² i Tomašević.¹³ Na temelju provedenog istraživanja, autori ovoga rada smatraju da bi izloženu definiciju potpunog i djelomičnog imuniteta ipak trebalo izmijeniti. Naime, smatraju da potpuni imunitet priječi oduzimanje slobode te pokretanje i vođenje kaznenog postupka, a djelomični oduzimanje slobode *ili* pokretanje i vođenje postupka.¹⁴ U literaturi je moguće pronaći i drugačije podjele.¹⁵ Smerdel za imunitet nepovredivosti navodi kako se radi o imunitetu procesno-pravne prirode te ukratko opisuje njegov

8 Vladimir Bayer, *Kazneno procesno pravo - odabrana poglavlja: Knjiga I. Uvod u teoriju kaznenog procesnog prava* (Zagreb: Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, 1995.), 46.

9 Bayer, *Kazneno procesno pravo*, 46.

10 Berislav Pavišić, *Kazneno postupovno pravo* (Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008.), 41. V. u: Gerhard Ulsamer, *Lexikon des Rechts: Strafrecht Strafverhrensrecht* (Neuwied: Herman Luchterhand Verlag, 1989.), 395. Suprotno tome, Petranović navodi da se okrivljenik mora sam pozvati na imunitet. Milan Petranović, „Imunitet i kaznenoprocetna rješenja u kaznenom postupku“, *Hrvatska pravna revija* 6, br. 2 (2006): 89.

11 Krapac et al., *Kazneno procesno pravo*, 74. U hrvatskoj je literaturi moguće pronaći i podjelu prema kojoj apsolutni imunitet štiti zastupnika i nakon isteka mandata bez obzira na to poziva li se on na njega ili ne, dok relativni štiti zastupnika isključivo za vrijeme trajanja mandata i to ako se zastupnik na njega poziva ili mu imunitet potvrdi parlament. Saša Šegvić i Mia Bašić, „Parlamentarni imunitet - teorija, pravna regulativa i praksa u suvremenim demokratskim državama“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 49, br. 3 (2012): 487-488. I Ustavni sud RH termine apsolutni i relativni također koristi u kontekstu vremenskog trajanja imuniteta. V. u: Ustavni sud Republike Hrvatske, U-II-303/1992 od 4. studenoga 1992.

12 Pavišić uz navedene vrste govori i o trajnom i privremenom, odnosno osobnom i funkcionalnom imunitetu, kao i uvjetnom i bezuvjetnom imunitetu. Pavišić, *Kazneno postupovno pravo*, 41-42.

13 Goran Tomašević, *Kazneno procesno pravo, Opći dio: temeljni pojmovi* (Split: Pravni fakultet, Sveučilište u Splitu, 2011.), 66. Slično u: Goran Tomašević, Davor Krapac i Stjepan Gluščić, *Kazneno procesno pravo, udžbenik za visoke škole* (Zagreb: Narodne novine, 2016.), 12-13.

14 Kaznenoprocetni se imunitet sastoji od ta dva aspekta, a pitanje je dopuštenosti poduzimanja svih drugih „pojedinačnih radnji i mjera“ riješeno time poduzimaju li se one prije ili nakon „pokretanja“ postupka.

15 V. npr. u: Šegvić i Bašić, „Parlamentarni imunitet“, 487-488.

opseg kod pojedinih kategorija osoba koje ga uživaju, nekad uz dodatne napomene.¹⁶

U kontekstu međunarodnog kaznenog prava i imuniteta na temelju pravila međunarodnog prava najčešća je podjela na funkcionalni (imunitet *rationae materiae*) i personalni imunitet (imunitet *rationae personae*).¹⁷ Prema toj podjeli funkcionalni imunitet štiti od pokretanja postupka zbog djela počinjenih u ime države, odnosno u obavljanju dužnosti,¹⁸ što odgovara prethodno izloženom materijalnom imunitetu. S druge strane, personalni imunitet potpuno štiti (tj. za sva kaznena djela) dužnosnike od pokretanja postupka za vrijeme dok obnašaju dužnost,¹⁹ što odgovara kaznenoprocetnom imunitetu. Neki autori dodatno razlikuju (osobnu) nepovredivost, koja je privilegij od fizičkog uplitanja vlasti mjerama uhićenja ili pritvaranja (što bi odgovaralo djelomičnom imunitetu) od (personalnog) imuniteta.²⁰ Iako je navedeno razlikovanje opravdano, većina citiranih autora imunitetom nepovredivosti obuhvaća i zabranu vođenja kaznenog postupka i zabranu poduzimanja pojedinih radnji kojima se ograničava osobna sloboda.

Iako su se u zadnjih tridesetak godina u praksi javila otvorena pitanja oko uređenja i obilježja procesnih imuniteta, ne može se reći da je ta tema izazvala veći znanstveni interes. Mnoga su od tih pitanja postavljena Ustavnom sudu RH, koji je u svojim odlukama dao odgovore na njih.²¹ U ovom radu autori nastoje razmotriti obilježja kaznenoprocetnog imuniteta propisanog hrvatskim pravom kao i otvorena pitanja, ali i otvoriti neka nova, primjerice pitanje važenja kaznenoprocetnih imuniteta u prekršajnom postupku.

U drugom se poglavlju ovog rada predstavljaju nositelji imuniteta na temelju hrvatskog prava, opseg njihova imuniteta i tijela ovlaštena za ukidanje imuniteta. U trećem je poglavlju istraženo uređenje procesnog imuniteta u dva velika europska pravna poretka: njemačkom i francuskom. To je istraživanje provedeno s ciljem pronalaska odgovora ili smjernica za nerazriješena teorijska i praktična pitanja o kaznenoprocetnom imunitetu u hrvatskom pravu. Njemački je pravni poredak odabran zbog sličnosti uređenja prekršajnog prava, a francuski kao primjer sustava

16 Smerdel, *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, 380-381, 462, 473, 476, 498, 509.

17 V. npr. u: Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014.), 542. V. u: Sakib Softić, „Funkcionalni imuniteti od krivične jurisdikcije“, *Kriminalističke teme* 1, br. 2 (2013): 111. Suprotno tome, Pavišić ih navodi kao istoznačnice. V. u: Pavišić, *Kazneno postupovno pravo*, 42.

18 Cryer et al., *An Introduction*, 542. Treba istaknuti da se termin funkcionalni imunitet koristi u dva različita značenja: ovdje kao naziv za materijalni imunitet i, kako je ranije opisano, kao naziv za procesni imunitet za kaznena djela počinjena u obavljanju dužnosti, što može dovesti do zabune. Jednako vrijedi i za termin apsolutni imunitet, koji se nekad koristi za kaznenoprocetni imunitet koji vrijedi za sva kaznena djela, a nekad za materijalnopravni imunitet.

19 Cryer et al., *An Introduction*, 542.

20 Thomas Weatherhall, „Inviolability Not Immunity, Re-evaluating the Execution of International Arrest Warrants by Domestic Authorities of Receiving States“, *Journal of International Criminal Justice* 17, br. 1 (2019), 46. V. u: Juraj Andrassy et al., *Međunarodno pravo 2. dio* (Zagreb: Školska knjiga, 2012.), 19-20.

21 Iz toga je razloga proučena cjelokupna praksa tog suda dostupna na mrežnim stranicama pod pojmom imunitet, kao i po člancima Ustava RH koji uređuju imunitet.

čije se kazneno pravo u širem smislu razlikuje od hrvatskoga. U četvrtom se poglavlju rad bavi drugim obilježjima procesnog imuniteta u hrvatskom kaznenom pravu, pri čemu se razmatraju dopuštenost propisivanja procesnog imuniteta zakonom, vremensko važenje procesnog imuniteta, zatim što znači zabrana „pritvaranja“, što znači zabrana „pokretanja“ postupka i koji su procesni učinci imuniteta. U petom se poglavlju rad „hvata u koštac“ s važenjem kaznenoprocetnih imuniteta u prekršajnom postupku. Naime, iako je propisano da u prekršajnom postupku ne vrijede imuniteti po unutarnjem pravu, postavlja se pitanje je li to u skladu s ustavnim odredbama. Na temelju provedenog istraživanja, u šestom se poglavlju iznose zaključci.

2. NOSITELJI I OPSEG IMUNITETA TE TIJELA OVLAŠTENA ZA NJEGOVO UKIDANJE

2.1. Imuniteti propisani Ustavom RH

Veći se dio pravila o procesnom imunitetu pojedinih kategorija osoba nalazi u Ustavu RH. U čl. 75. st. 3. Ustava RH propisano je da zastupnici ne mogu biti pritvoreni niti se protiv njih može pokrenuti kazneni postupak bez odobrenja Hrvatskoga sabora.²² Pritvaranje je iznimno moguće bez odobrenja Hrvatskog sabora samo ako je zastupnik zatečen u činjenju djela za koje je propisana kazna zatvora u trajanju dužem od pet godina (čl. 75. st. 4. Ustava RH). Ako Hrvatski sabor nije na okupu, odobrenje da se zastupnik liši slobode ili da se protiv njega nastavi kazneni postupak daje i o njegovu pravu na imunitet odlučuje Mandatno-imunitetno povjerenstvo, a Hrvatski sabor naknadno mora potvrditi njegovu odluku (čl. 75. st. 5. Ustava RH). Suci Ustavnog suda RH, odnosno pučka pravobraniteljica i ostali opunomoćenci Hrvatskog sabora za promicanje i zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda²³ imaju imunitet kao i zastupnici u Hrvatskom saboru (čl. 123. st. 2. i čl. 93. st. 5. Ustava RH).

Predsjednik RH ima imunitet nepovredivosti (čl. 105.a st. 1. Ustava RH), tj. kaznenoprocetni imunitet.²⁴ Ta je proklamatorna odredba razrađena sljedećom, prema kojoj Predsjednik RH ne može biti pritvoren niti se protiv njega može pokrenuti kazneni postupak bez prethodnog odobrenja Ustavnoga suda RH (st. 2.),²⁵

22 U Poslovniku Hrvatskog sabora, Narodne novine, br. 81/13., 113/16., 69/17., 29/18., 53/20., 119/20., 123/20, 86/23., dodatno se precizira da zastupnik ima imunitet od dana konstituiranja Hrvatskog sabora do dana prestanka zastupničkog mandata (čl. 21. Poslovnika Hrvatskog sabora), a njegov mandat traje sve do konstituiranja novog saziva (čl. 10. Poslovnika Hrvatskog sabora).

23 Takav je imunitet pučkom pravobranitelju prvi put dodijeljen izmjenama Ustava RH iz 2010. godine (Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-5654/2011 od 15. veljače 2012., § 11.1.).

24 Takva odredba postoji od izmjena Ustava RH iz 2000. godine. Ustav RH iz 1990. godine naime nije propisivao imunitet Predsjedniku RH (Ustavni sud Republike Hrvatske, U-508/1996 od 20. travnja 2005., § 4.).

25 U odluci U-VIII-4556/2010 od 30. ožujka 2003. Ustavni je sud RH, ne odobravajući pokretanje kaznenog postupka protiv predsjednika RH Ive Josipovića, napomenuo kako takva odluka predstavlja ustaljenu praksu za djela protiv časti i ugleda (§ 3.). Od ranijih predmeta v.

osim ako je zatečen u kaznenom djelu za koje je propisana kazna zatvora u trajanju dužem od pet godina (st. 3.). Predsjednik RH i ostale spomenute kategorije osoba uživaju apsolutni i potpuni kaznenoprocetni imunitet, a jedina je razlika u tijelu koje odlučuje o njegovu ukidanju.

Ustavom RH je uređen i kaznenoprocetni imunitet sudaca. U čl. 119. st. 1. i 3. Ustava RH propisano je da suci imaju imunitet u skladu sa zakonom i da sudac u postupku pokrenutom zbog kaznenog djela učinjenog u obavljanju sudačke dužnosti ne može biti pritvoren niti mu se može odrediti istražni zatvor bez odobrenja Državnog sudbenog vijeća (u daljnjem tekstu: DSV). Ustavni je sud RH naveo da to odobrenje mora biti prethodno, tj. da ne dolazi u obzir konvalidacija rješenja o istražnom zatvoru donesenom bez takva odobrenja.²⁶ U skladu s ustavnim odredbom, procesni je imunitet sudaca dodatno uređen Zakonom o sudovima²⁷ (u daljnjem tekstu: ZS), što će biti tema sljedećeg poglavlja.

2.2. Imuniteti propisani zakonom

U odnosu na procesni imunitet sudaca ZS-om se dodatno propisuje da odobrenje DSV-a nije potrebno ako je sudac zatečen u činjenju kaznenog djela za koje je propisana kazna veća od pet godina zatvora (čl. 8. st. 3. ZS-a) i da za kaznena djela za koja se postupak pokreće po privatnoj tužbi, prijedlogu ili se radi o preuzimanju kaznenog progona od strane oštećenika, kazneno se postupak protiv suca ne može ni pokrenuti ni voditi bez odobrenja DSV-a.²⁸ Imunitet sudaca, dakle, ovisi o tome tko je ovlašten tužitelj: ako je to državni odvjetnik, imunitet sudaca je funkcionalan i djelomičan, a kod ostalih ovlaštenih tužitelja je relativan i potpun.²⁹ Opisani imunitet vrijedi samo za profesionalne suce.³⁰ Iako Ustav RH navodi da suci imaju imunitet u skladu sa zakonom, treba primijetiti da je odredba po kojoj odobrenje DSV-a nije potrebno ako je sudac zatečen u činjenju kaznenog djela određene težine u suprotnosti

npr.: Ustavni sud Republike Hrvatske, U-VIII-2465/2001 od 30. travnja 2004. i Ustavni sud Republike Hrvatske, U-VIII-2910/2005 od 11. siječnja 2006.

26 V. u: Ustavni sud Republike Hrvatske, U-4696/2004 od 20. prosinca 2004. U slučaju nezakonitog stavljanja u istražni zatvor, zatvorenik može podnijeti ustavnu tužbu. U spomenutom je predmetu, zanimljivo, Ustavni sud RH povredom Ustava RH smatrao stavljanje osobe u istražni zatvor bez prethodnog odobrenja DSV-a, ali ne i to da je odluku o odobrenju donio predsjednik DSV-a, a ne DSV, kako je propisano zakonom (v. § 3.).

27 Zakon o sudovima, Narodne novine, br. 28/13., 33/15., 82/15., 82/16., 67/18., 126/19., 130/20., 21/22., 60/22., 16/23.

28 Time se, s jedne strane, ograničio imunitet sudaca samo na kaznena djela počinjena u obavljanju službene dužnosti, a s druge strane regulirao rizik neopravdanog kaznenog progona sudaca od privatnih tužitelja i oštećenika čime se osiguralo redovito funkcioniranje sudova. Odredba o tome kada nije potrebno odobrenje DSV-a za oduzimanje slobode nažalost nije posebno obrazložena (Vlada Republike Hrvatske, Konačni prijedlog zakona o sudovima od veljače 2013., 45). Takvo je uređenje imuniteta sudaca bilo predmetom ustavnosudskog odlučivanja. V. u: Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-2833/2013, U-I-3436/2013, U-I-3882/2013 od 2. prosinca 2014. Ustavni sud RH nije našao da je takvo uređenje protivno Ustavu RH, a u svojoj odluci ukratko navodi i povijest uređenja imuniteta sudaca u RH (§ 11.).

29 Krapac et al., *Kazneno procesno pravo*, 76.

30 Tomašević, *Kazneno procesno pravo*, 69.

s odredbom Ustava RH koji ne predviđa takvu iznimku.

Za razliku od prethodnih kategorija, imunitet članova Vlade RH nikad nije bio propisan Ustavom RH, već je navedeno pitanje od stvaranja hrvatske države uređeno na zakonskoj razini.³¹ Zakonom o Vladi RH (u daljnjem tekstu: ZV) propisano je da se protiv člana Vlade RH ne može voditi kazneni postupak za vrijeme trajanja mandata zbog kaznenog djela za koje je zapriječena kazna zatvora do pet godina, bez prethodnog odobrenja Vlade RH (čl. 34. st. 1. ZV-a).³² Imunitet je članova Vlade RH propisan odredbama ZV-a, dakle, djelomičan je i relativan. Zakonske su izmjene iz 2022. godine dodatno ograničile imunitet članova Vlade RH jer je u čl. 34. dodan st. 2. kojim je propisano kako njihov imunitet ne postoji za koruptivna kaznena djela za koja se progon poduzima po službenoj dužnosti (čl. 34. st. 2. ZV-a).³³ Postojanje je imuniteta članova Vlade RH kritizirao Tomašević, ističući da ga se teško može teorijski opravdati s obzirom na to da je razlog nastanka imuniteta zaštita parlamenta od izvršne vlasti, zbog čega on po prirodi stvari nije potreban dužnosnicima izvršne vlasti.³⁴

Naposljetku, djelomični i funkcionalni imunitet uživaju odvjetnici i javni bilježnici. Odvjetnik ne smije biti pritvoren zbog kaznenog djela počinjenog u pružanju pravne pomoći bez prethodnog odobrenja vijeća nadležnog suda sastavljenog od trojice sudaca (čl. 16. Zakona o odvjetništvu),³⁵ a slična odredba postoji i u Zakonu o javnom bilježništvu, no za davanje je dopuštenja nadležan sud drugog stupnja na području kojeg se nalazi sud koji vodi postupak (čl. 40. st. 3. Zakona o javnom bilježništvu).³⁶

Za procesni su imunitet propisan zakonom relevantne i odredbe Prekršajnog zakona (u daljnjem tekstu: PZ), koji u čl. 156. propisuje da u RH nitko ne uživa imunitet od prekršajnog progona prema unutarnjem pravu, osim ako njime nije drukčije određeno.³⁷ Prekršajnoprocetnim imunitetom bavit će se peto poglavlje.

3. PROCESNI IMUNITET U ODABRANIM SUSTAVIMA

3.1. Procesni imunitet u Njemačkoj

U njemačkom se pravu razlikuju imunitet (njem. *Immunität*) koji odgovara

31 Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I/2932/2016 od 22. svibnja 2018., Očitovanje Vlade RH, § 4.

32 Zakon o Vladi Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 150/11., 93/16., 116/18., 80/22.

33 U obrazloženju je navedeno da je cilj ograničenog imuniteta „osigurati minimum zaštite i omogućiti nesmetan rad Vlade“, a da je imunitet za sva koruptivna djela ukinut „s ciljem jačanja transparentnosti i odgovornosti izvršne vlasti u kontekstu borbe protiv korupcije“, čime se ispunjava preporuka GRECO-a (Vlada Republike Hrvatske, Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Vladi Republike Hrvatske, od lipnja 2022., 3-4.).

34 Tomašević, *Kazneno procesno pravo*, 70.

35 Zakon o odvjetništvu, Narodne novine, br. 09/94., 117/08., 50/09., 75/09., 18/11., 126/21.

36 Zakon o javnom bilježništvu, Narodne novine, br. 78/93., 29/94., 162/98., 16/07., 75/09., 120/16., 57/22.

37 Prekršajni zakon, Narodne novine, br. 107/07., 39/13., 157/13., 110/15., 70/17., 118/18., 114/22.

kaznenoprocetnom imunitetu, i indemnitet (njem. *Indemnität*) koji odgovara tzv. materijalnom imunitetu. Imunitet prema njemačkom unutarnjem kaznenom procesnom pravu predstavlja smetnju za kazneni progon.³⁸ Procesni je imunitet vremenski ograničen na trajanje mandata njegova nositelja.³⁹ Imunitet uživaju zastupnici u *Bundestagu*, čiji je imunitet prema čl. 46. st. 2. i st. 4. Temeljnog zakona Savezne Republike Njemačke (u daljnjem tekstu: Temeljni zakon)⁴⁰ apsolutan i potpun⁴¹ jer zastupnik ne može bez suglasnosti *Bundestaga* biti pozvan na odgovornost, tj. protiv njega ne može biti pokrenut kazneni postupak,⁴² odnosno ne može biti *uhićen* zbog kaznenog djela, osim ako je uhićen u počinjenju djela ili tijekom sljedećeg dana (čl. 46. st. 2. Temeljnog zakona). Svaki kazneni postupak i svaki postupak o povredi temeljnih ustavnih prava koji se vodi protiv zastupnika, svako zatvaranje i svako drugo ograničenje njegove osobne slobode obustavit će se na zahtjev *Bundestaga* (čl. 46. st. 4. Temeljnog zakona). Ako tako propisuju ustavi saveznih država, imunitet imaju i zastupnici u njihovim zakonodavnim tijelima (čl. 152a njemačkog Zakona o kaznenom postupku).⁴³ Funkcije kancelara i člana vlade nisu zaštićene imunitetom, ali osobe koje ih obnašaju u pravilu će biti zaštićene imunitetom kao članovi *Bundestaga*.⁴⁴

Temeljnim je zakonom propisano kako se odredbe o imunitetu zastupnika u *Bundestagu* primjenjuju i na predsjednika (čl. 60. st. 4. Temeljnog zakona). Odobrenje je *Bundestaga* potrebno i kod svakog drugog ograničenja osobne slobode predsjednika ili za pokretanje postupka protiv njega prema čl. 18. (čl. 46. st. Temeljnog zakona).⁴⁵ Za razliku od prethodno navedenih kategorija, pravosudni dionici ne uživaju procesni imunitet.

Njemačko je kazneno pravo u širem smislu riječi slično hrvatskom jer je prekršajno pravo odvojeno od kaznenoga. Kaznenoprocetni imunitet kojeg uživaju zastupnici u *Bundestagu* i eventualno u pokrajinskim zakonodavnim tijelima,

38 Werner Beulke i Sabine Swoboda, *Strafprozessrecht* (Heidelberg: C. F. Müller, 2022.), 220-222.

39 Beulke i Swoboda, *Strafprozessrecht*, 222.

40 *Grundgesetz* od 23. svibnja 1949., s posljednjim izmjenama od 19. prosinca 2022., BGBl. I S. 2478.

41 O imunitetu zastupnika u Njemačkoj v. u: Šegvić i Bašić, „Parlamentarni imunitet“, 495-497.

42 Michael F. Feldkamp i Brigit Ströbel, *Datenhandbuch zur Geschichte des Deutschen Bundestages 1994 bis 2003* (Berlin: Deutscher Bundestag, 2005.), 118.

43 *Strafprozeßordnung* od 7. travnja 1987., BGBl. I S. 1074, 1319., s posljednjim izmjenama čl. 6. Zakona od 21. veljače 2024., BGBl. 2024 I br. 54.

44 *Was bedeutet politische Immunität? - Definition und Beispiel in der Politik*, pristup 27. veljače 2024., <https://www.juraforum.de/lexikon/politische-immunitaet>.

45 Radi se o postupku pred Saveznim ustavnim sudom kojim se utvrđuje i izriču sankcije onome tko povrijedi određena temeljna ustavna prava, a moguće je i poduzimanje određenih mjera po pravilima kaznenoga postupka (postupak je ureden čl. 36.-41. Zakona o Ustavnom sudu. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* od 11. kolovoza 1993., BGBl. I S. 1473, s posljednjim izmjenama čl. 4. Zakona od 20. studenog 2019., BGBl. I S. 1724. Detaljnije v. u: Cristoph Steidele, „Die Grundrechtsverwirkung als Waffe gegen Feinde der Demokratie? Begriff und Bedeutung des Art. 18 GG“, *Leipzig Law Journal* 1 (2022): 19-34.

odnosno kojeg uživa njemački predsjednik nisu važeći u prekršajnom postupku.⁴⁶

3.2. Procesni imunitet u Francuskoj

Francusko se uređenje imuniteta u kaznenom i prekršajnom pravu razlikuje od hrvatskoga. Prije svega, francusko kazneno pravo od kraja osamnaestoga stoljeća poznaje podjelu kažnjivih ponašanja na zločine (fr. *crimes*), prijestupe (fr. *délits*) i prekršaje (fr. *contraventions*).⁴⁷ Sve su tri kategorije djela, međutim, dio kaznenog prava jer su propisana francuskim Kaznenim zakonom i jer je za njih propisano vođenje kaznenog postupka, uz određene specifičnosti za svaku od kategorija.⁴⁸ Prekršaji su, dakle, u Francuskoj integrirani u kazneno pravo pa rasprava o imunitetu u francuskom pravu obuhvaća i prekršaje, što ne znači da imunitet za prekršaje ne može biti uređen drugačije od imuniteta za preostale dvije kategorije kaznenih djela.

U francuskom su pravu kaznenopravni imuniteti propisani francuskim Ustavom i zakonima. Ove prve ustavnopravni teoretičari načelno dijele na neodgovornost (fr. *l'irreponsabilité*) i nepovredivost (fr. *l'inviolabilité*).⁴⁹ Neodgovornost se naziva i apsolutnim imunitetom, jer se ne može ukinuti i vrijedi trajno, dok je nepovredivost vremenski ograničena i može se ukinuti.⁵⁰ U kaznenoprocetnoj teoriji, koja govori i o imunitetima propisanim zakonom, postoji drugačija podjela. Naime, ona s jedne strane spominje parlamentarnu nepovredivost (fr. *l'inviolabilité parlementaire*),⁵¹ a s druge strane različite vrste imuniteta (fr. *l'immunités*), koji mogu biti obiteljski (fr. *familiales*), pravosudni (fr. *judiciaires*) i politički (fr. *politiques*).⁵² Prema Guinchardu i Buissonu, prvi su „jednostavna prepreka progonu, koja je ponekad premostiva“, dok drugi predstavljaju razlog nekažnjivosti koji definitivno i zauvijek priječi kazneni progon.⁵³ Uz to, postoje i određene osobe čiji je kazneni progon podvrgnut posebnom režimu. Budući da neodgovornost (imunitet) onemogućava kaznenu odgovornost, po učincima bi se moglo smatrati ju pandanom materijalnom imunitetu u hrvatskom pravu, na što navode i kaznena djela na koja se odnosi (v. *infra* peto poglavlje), no to

46 Erik Kraatz, *Ordnungswidrigkeitenrecht* (Baden-Baden: Nomos, 2020.), 241.

47 Federic Désportés i Francis Le Gunehec, *Nouveau droit pénal français, Tome 1 Droit pénal général* (Pariz: Economica, 2000.), 67. Danas je ono propisano u čl. 111. st. 1. *Code pénala*, Légifrance, pristup 11. rujna 2024., https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719/.

48 Primjerice u pogledu nadležnog suda. O nadležnosti za različite kategorije djela v. u: Serge Guinchard i Jacques Buisson, *Procédure pénale* (Paris: LexisNexis, 2022.), 118. *et seq.*

49 Ponsot, „Les immunités en droit constitutionnel“, 36. Međutim, ističe kako ustavna doktrina nije suglasna ni o definiciji tih pojmova, ni o tome po čemu se oni razlikuju. Ponsot, „Les immunités en droit constitutionnel“, 45.

50 Primjerice u pogledu zastupnika u parlamentu. V. u: *Fiche n°5, Assemblée nationale, Le statut du député*, studeni 2023., pristup 1. rujna 2024., <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/synthese/deputes-groupes-parlementaires/le-statut-du-depute>.

51 Jean Pradel, *Procédure pénale* (Pariz: Édition Cujas, 2006.), 548-549; Guinchard i Buisson, *Procédure pénale*, 950-951.

52 Pradel, *Procédure pénale*, 198-203; Guinchard i Buisson, *Procédure pénale*, 953-961. Guinchard i Buisson navode i vrste imuniteta prema međunarodnom pravu koje se ovdje ne spominju.

53 Guinchard i Buisson, *Procédure pénale*, 953.

treba uzeti u obzir sa zrnom soli jer ona ne predstavlja razlog isključenja krivnje, kao u hrvatskom pravu, već okolnost koja zauvijek priječi kazneni progon.

Neodgovornost je zastupnika u parlamentu uređena čl. 26. st. 1. francuskog Ustava koji propisuje kako zastupnik ne može biti kazneno gonjen, istraživan, uhićen, pritvoren niti mu se može suditi na temelju mišljenja ili glasanja koje je izrazio u obnašanju svojih funkcija.⁵⁴ Nepovredivost je zastupnika uređena čl. 26. st. 2. francuskog Ustava koji propisuje da zastupnici u parlamentu ne mogu biti uhićeni niti im se na bilo koji način može oduzeti ili ograničiti sloboda bez prethodnog odobrenja parlamentarnog doma čiji su članovi, osim u slučaju da su zatečeni u počinjenju djela, ili u slučaju kada je presuda postala pravomoćna.⁵⁵ Takav oblik imuniteta vrijedi samo za zločine i prijestupe,⁵⁶ a zastupnika ne štiti od pokretanja kaznenoga postupka, ni obveze svjedočenja u postupku, ni pretrage doma ili vozila.⁵⁷ Ako dom parlamenta tako odluči, međutim, imunitet se može proširiti i na zabranu provođenja kaznenog progona za vrijeme zasjedanja, pa u tom slučaju imunitet postaje potpunim.⁵⁸ Procesni imunitet za kazneni progon predstavlja procesnu smetnju,⁵⁹ a njegovo je trajanje vremenski ograničeno.⁶⁰ Važna razlika između dvije spomenute vrste imuniteta zastupnika jest u njihovu trajanju: prva nije vremenski ograničena, dok je druga ograničena na trajanje mandata zastupnika.⁶¹

Predsjednik republike nije odgovoran za djela počinjena u obavljanju svojih dužnosti (čl. 67. st. 1. francuskog Ustava). Promjenom je francuskog Ustava iz 2007. godine unesena odredba o nepovredivosti za djela koja nisu počinjena u obavljanju predsjedničke dužnosti,⁶² prema kojoj se protiv predsjednika ne može pokrenuti sudski ili upravni postupak, istražna radnja, istraga ili progon (čl. 67. st. 2. francuskog Ustava). Tijekom mandata ne teku rokovi zastare, a od predsjednika se ne može zahtijevati niti da svjedoči u postupku pred sudom ili upravnim tijelom (čl. 67. st. 2. francuskog Ustava). Opisane zapreke nestaju mjesec dana od dana prestanka obavljanja predsjedničkih dužnosti (čl. 67. st. 3. francuskog Ustava).

54 Važeći tekst francuskog Ustava. *Constitution* od 4. listopada 1958., Légifrance, pristup 11. rujna 2024., <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/>. Da se radi o *l'irresponsabilité* ističe se npr. u *Fiche n°5*.

55 Tekst čl. 26. izmijenjen je čl. 7. *Loi constitutionnelle n°95-880* od 4. kolovoza 1995., Légifrance, pristup 11. rujna 2024., <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGISCTA000006095933>.

56 Jean Pradel, *Procédure pénale* (Pariz: Édition Cujas, 1995.), 428. To proizlazi iz čl. 26. st. 2. francuskog Ustava koji se izričito odnosi samo na „*matière criminelle ou correctionnelle*“, tj. na područje zločina i prijestupa.

57 *Mrežne stranice francuskog Senata, L'immunité parlementaire*, pristup 11. ožujka 2024., https://www.senat.fr/lc/lc250/lc250_mono.html#toc21.

58 To proizlazi iz čl. 26. st. 3. i 4. francuskog Ustava. Zbog toga se ističe da postoji uvjetna mogućnost progona zastupnika. Guinchard i Buisson, *Procédure pénale*, 951.

59 Guinchard i Buisson, *Procédure pénale*, 947, 950-952.

60 *L'immunité parlementaire*.

61 *Fiche n°5*.

62 Time je razriješen sukob između dvaju visokih francuskih sudišta koja su, u različitom opsegu, priznala kaznenoprocetni imunitet predsjedniku republike i prije ustavnih izmjena. Jérôme Bossan, *La responsabilité pénale du Président de la République*, 28, pristup 13. travnja 2024., <https://hal.science/hal-01882145v1/document>.

Članovi vlade u Francuskoj nisu nositelji imuniteta.⁶³ Za kaznena djela koja su članovi vlade počinili u obavljanju svojih dužnosti ustanovljen je poseban režim za zločine i prijestupe (dakle, ne i za prekršaje). O njihovoj kaznenoj odgovornosti u tim slučajevima odlučuje *La Cour de justice de la République* (čl. 68-1. i 68-2. francuskog Ustava),⁶⁴ čime se osigurava njihova zaštita.⁶⁵ Pojedini autori taj privilegij posebne nadležnosti smatraju imunitetom u širem smislu riječi.⁶⁶

Kao što je *supra* spomenuto, postoje i tzv. obiteljski, zatim politički i pravosudni imuniteti. Obiteljski su propisani kaznenim pravom i sprječavaju kazneni progon bliskih srodnika za neka kaznena djela (primjerice neprijavlivanje kaznenih djela određenih članova obitelji), a pravosudni postoje, primjerice, za navode stranaka i odvjetnika na raspravi.⁶⁷ Dva su politička imuniteta već spomenuta: imunitet predsjednika za djela počinjena u obavljanju službene dužnosti, odnosno imunitet zastupnika u parlamentu za mišljenje i glasanje, a takvim su imunitetom pokrivena i svjedočenja pred parlamentarnim istražnim komisijama.⁶⁸ Suci, zanimljivo, od 1993. godine ne uživaju nikakav imunitet u kaznenom postupku.⁶⁹

4. DRUGA OBILJEŽJA KAZNENOPROCESNOG IMUNITETA

4.1. Propisivanje procesnog imuniteta zakonom

Pitanje je li prihvatljivo da procesni imunitet bude propisan zakonskim odredbama bilo je više puta predmetom ustavnosudskog odlučivanja. U odluci o imunitetu članova DSV-a iz 2005. godine Ustavni je sud RH utvrdio kako „s obzirom na odredbe Ustava koje su danas na snazi - imunitet pojedinih državnih dužnosnika mora biti izrijeком priznat Ustavom. Budući da u Ustavu ne postoji izričita ovlast da se zakonom imunitet može priznati i drugim državnim dužnosnicima, izvan onih

63 Guinchard i Buisson, *Procédure pénale*, 959.

64 *Quel est le statut pénal d'un membre du Gouvernement?*, pristup 19. veljače 2024., <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/quel-est-le-statut-penal-d-un-membre-du-gouvernement>. Takvo je uređenje u Francusku uvedeno ustavnim zakonom br. 93-952 od 27. srpnja 1993. *Loi constitutionnelle n°93-952* od 27. srpnja 1993., *Légifrance*, pristup 11. rujna 2024., <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000529277>.

O njemu je imalo prilike odlučivati Ustavno vijeće u odluci 93-327 od 19. studenoga 1993. V. u: Guinchard i Buisson, *Procédure pénale*, 959.

65 Opisanom uređenju kaznenog progona članova vlade upućene su brojne kritike, a u nekoliko je navrata predložena njegova izmjena. *La Cour de justice de la République: une institution contestée*, 29. studenoga 2023., pristup 20. veljače 2024., <https://www.vie-publique.fr/eclairage/19542-la-cour-de-justice-de-la-republique-une-institution-contestee#des-ministres-et-des-secr%C3%A9taires-d%E2%80%99%C3%A9tat-jug%C3%A9s>.

66 Ponsot, „Les immunités en droit constitutionnel“, 54-55.

67 Guinchard i Buisson, *Procédure pénale*, 954. Za ostale pravosudne imunitete v. Guinchard i Buisson, *Procédure pénale*, 954-955.

68 Guinchard i Buisson, *Procédure pénale*, 961. Ovdje se apstrahira politički imunitet europarlamentaraca (koji autori spominju (Guinchard i Buisson, *Procédure pénale*, 960)) jer se ne temelji na nacionalnom pravu.

69 Francuski Senat, *Projet de loi organique relatif à l'application de l'article 65 de la Constitution*, *Izješće br. 635 (2008-2009)*, 31.

propisanih Ustavom, u postojećem ustavnopravnom poretku Republike Hrvatske ne postoji ustavnopravna mogućnost da se predsjedniku i članovima DSV-a zakonom prizna imunitet⁷⁰.

Isti je sud drugačije stajalište zauzeo 2018. godine u postupku za ocjenu ustavnosti čl. 34. st. 1. tada novog ZV-a iz 2011.,⁷¹ a koja je bila istovjetna čl. 33. ZV-a iz 1998.⁷² Predlagatelj ocjene ustavnosti je tvrdio da, pozivajući se na spomenutu odluku Ustavnog suda RH o imunitetu članova DSV-a, „nije dopušteno izvan ustavnog ovlaštenja širiti krug državnih dužnosnika koji imaju imunitet“,⁷³ tj. da imunitet mora biti propisan Ustavom RH, a ne zakonom. Ustavni sud RH nije prihvatio navedeni argument s obrazloženjem da je u jednoj svojoj ranijoj odluci o Zakonu o DSV-u zauzeo stajalište da se „ne može apriorno tvrditi kako je imunitet isključivo ustavna kategorija i da samo zbog toga (...) zakonsku odredbu treba proglasiti nevaljanom“⁷⁴ te da je imunitet članova Vlade RH, koji je uređen zakonom, uži od ustavom uređenog imuniteta ostalih kategorija dužnosnika.⁷⁵

Članovi Vlade RH nisu jedini čiji je procesni imunitet uređen zakonom. Imunitet je sudaca na temelju ustavne odredbe dijelom uređen i odredbama ZS-a. Kaznenoprocetni imunitet odvjetnika i javnih bilježnika također je uređen zakonom, a zakonom su uređeni i procesni imuniteti svjedoka i krunskog svjedoka (v. *supra* u drugom poglavlju ovoga rada).

Njemački i francuski pravni sustav kaznenoprocetni imunitet načelno uređuju na ustavnoj razini. Uzimajući u obzir ograničenost analize i specifičnosti ustavnopravne materije, provedena komparativnopravna analiza ne može dati odgovor na pitanje o dopuštenosti regulacije kaznenoprocetnog imuniteta odredbama zakonskog ranga. S obzirom na navedeno, može se zaključiti da je zakonsko uređenje procesnog imuniteta pojedinih kategorija osoba obilježje hrvatskog pravnog poretka od osamostaljenja. Također, Ustavni sud RH svojom recentnom odlukom o imunitetu članova vlade, čini se, načelno priklonio dopuštenosti zakonskog uređenja procesnoga imuniteta, uz potrebu ocjene opravdanosti svakog pojedinog slučaja. Može se stoga zaključiti da je kaznenoprocetni imunitet u RH moguće propisivati i zakonom.⁷⁶ Međutim, to ne znači da postoje jasni kriteriji o tome kada imunitet treba propisati Ustavom, a kada ga je iznimno dozvoljeno propisati zakonom.

70 Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-508/1996 od 20. travnja 2005., § 6.

71 Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-2932/2016 od 22. svibnja 2018.

72 Ivana Đuras, *Imunitet članova Vlade*, pristup 26. veljače 2024., <https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/imunitet-clanova-vlade-34777>. V. u: Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I/2932/2016 od 22. svibnja 2018., IV. očitovanje Vlade RH. Prije toga je imunitet članova Vlade RH, također propisan zakonom, bio jednak imunitetu zastupnika u Hrvatskom saboru (Đuras, *Imunitet članova Vlade*; očitovanje Vlade RH u spomenutoj odluci).

73 Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I/2932/2016 od 22. svibnja 2018., § 3.

74 Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-659/1994, U-I-146/1996, U-I-228/1996, U-I-508/1996, U-I-589/1999 od 15. ožujka 2000., § 24.2. Navedeno je shvaćanje citirano iz odluke U-I-659/1994.

75 Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I/2932/2016 od 22. svibnja 2018., § 6, 7.

76 Imunitet, napokon, ne može biti propisan aktom nižem od zakonskoga, primjerice statutom županije. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-II-433/1994 od 2. veljače 1995.

4.2. Vremensko važenje procesnog imuniteta

Od dosadašnjih teorijskih razmatranja u RH samo su se Tomašević,⁷⁷ odnosno Tomašević, Krapac i Gluščić⁷⁸ bavili trajanjem kaznenoprocetnog imuniteta, smatrajući ga vremenski ograničenim. Ranije je izložen isti stav oko trajanja personalnih imuniteta predviđenih međunarodnim pravom, te odgovarajućih imuniteta u Njemačkoj i Francuskoj. Iz teorije o kaznenoprocetnom imunitetu i komparativne analize proizlazi da kaznenoprocetni imunitet predstavlja smetnju pokretanju postupka ili poduzimanju pojedine radnje u razdoblju u kojem nositelj imuniteta obnaša dužnost. Trenutak navodnog počinjenja kaznenog djela nije bitan, stoga imunitet zabranjuje pokretanje postupka i u odnosu na djela počinjena prije stupanja na dužnost. Suprotno, nakon što nositelju imuniteta funkcija prestane, nema prepreke da odgovara za djela koja je počinio prije ili tijekom obnašanja dužnosti.⁷⁹ Pri tome je važno istaknuti i da čl. 82. st. 2. Kaznenog zakona propisuje da zastara kaznenog progona ne teče za vrijeme za koje se prema zakonu kazneni progon ne može poduzeti ili nastaviti.⁸⁰

Ustavni sud RH u odluci o imunitetu saborskih zastupnika iz 1992.,⁸¹ u odluci o kaznenoprocetnom imunitetu članova Vlade iz 2018.,⁸² u recentnoj odluci o imunitetu saborskih zastupnika iz 2023.,⁸³ zatim Vlada RH u svojem očitovanju u predmetu pred Ustavnim sudom RH iz 2016.,⁸⁴ kao i Mandatno-imunitetno povjerenstvo Hrvatskog sabora u svojoj odluci iz 2018. godine⁸⁵ zastupali su stajalište prema

77 Tomašević, *Kazneno procesno pravo*, 66-67.

78 Tomašević, Krapac i Gluščić, *Kazneno procesno pravo*, 12-13.

79 Jedina je iznimka slučaj kada za određeno djelo postoji i materijalni imunitet, koji i dalje sprječava pokretanje kaznenog postupka.

80 Kazneni zakon, Narodne novine, br. 144/12., 56/15., 118/18., 36/24. Derenčinović navodi imunitet (zastupnika) kao jedan od razloga za mirovanje zastare. Željko Horvatić, Davor Derenčinović i Leo Cvitanović, *Kazneno pravo opći dio 1. Kazneno pravo i kazneni zakon* (Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2016.), 177.

81 Ustavni sud Republike Hrvatske, U-II-303/1992 od 4. studenoga 1992.

82 „Stoga je ograničeni kaznenoprocetni imunitet članova Vlade propisan čl. 34. Zakona o Vladi značajno različit od kaznenoprocetnog imuniteta drugih ovlaštenika koje propisuje Ustav; jer je u konkretnom slučaju pokretanje kaznenog postupka za trajanja mandata moguće uz prethodno odobrenje Vlade za kaznena djela za koja je propisana maksimalna kazna zatvora u trajanju do pet godina, što ne znači da član Vlade ne može biti kazneno gonjen za ta kaznena djela po isteku mandata [kurziv op.a.]“. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-2932/2016 od 22. svibnja 2018., § 6. Radi se o kaznenoprocetnom imunitetu različita opsega (za članove Vlade RH je do pet godina, a za Predsjednika RH i zastupnike i kategorije osoba spomenute *infra* imunitet je apsolutan), no bilo bi apsurdno smatrati da Ustavni sud RH izneseno shvaćanje o vremenskom opsegu kaznenoprocetnog imuniteta smatra ograničenim samo na ograničeni kaznenoprocetni imunitet članova Vlade RH.

83 Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-6001/2021 od 13. prosinca 2023., § 7.1.

84 Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I/2932/2016 od 22. svibnja 2018., Očitovanje Vlade Republike Hrvatske, § 4.

85 Mandatno-imunitetno povjerenstvo Hrvatskog sabora, *Izješće Mandatno-imunitetno povjerenstva o zahtjevu za davanje odobrenja za pokretanje kaznenog postupka protiv mr.sc. Orsata Miljenića, zastupnika u Hrvatskom saboru*, pristup 13. travnja 2024., <https://www.sabor.hr/hr/radna-tijela/odbori-i-povjerenstva/izvjesce-mandatno-imunitetno-povjerenstva-o->

kojem kaznenoproceni imunitet prestaje sa završetkom mandata.

U hrvatskom pravnom poretku postoji, međutim, važna odluka Ustavnog suda RH iz 2015. godine koja prihvaća drugačije stajalište. U toj je odluci Ustavni sud RH utvrdio sljedeća načelna stajališta:

„- protiv predsjednika Republike Hrvatske ne može se pokrenuti kazneni postupak bez prethodnog odobrenja Ustavnog suda, pa ni nakon što je osobi koja je obnašala dužnost predsjednika Republike Hrvatske prestao mandat, ako se tereti za navodno počinjenje kaznenog djela ili kaznenih djela tijekom obnašanja dužnosti predsjednika Republike Hrvatske

- odluka Ustavnog suda kojom nije odobreno pokretanje kaznenog postupka protiv predsjednika Republike Hrvatske za vrijeme trajanja njegova mandata priječi nadležni sud da po toj istoj tužbi pokrene kazneni postupak nakon što osobi koja je obnašala dužnost predsjednika Republike Hrvatske prestane mandat“.⁸⁶

Iz odluke se može zaključiti da Ustavni sud RH smatra da Predsjednik RH ima trajni procesni imunitet za sva kaznena djela počinjena tijekom obavljanja dužnosti, čime po učincima taj imunitet izjednačava s tzv. materijalnim imunitetom (kojega Ustav RH za predsjednika uopće ne predviđa). S obzirom na to da sadržajno jednako uređenje procesnoga imuniteta Predsjednika RH i ostalih kategorija osoba s potpunim kaznenoprocenim imunitetom,⁸⁷ postavlja se pitanje odnosi li se to stajalište Ustavnoga suda RH samo na vremensko važenje predsjednikova imuniteta ili predstavlja općenito shvaćanje o vremenskom važenju kaznenoprocenog imuniteta. Prvu je opciju teško pomiriti s time da je slovom Ustava RH imunitet Predsjednika RH uređen na jednak način kao imunitet nekoliko drugih kategorija osoba. Druga je pak opcija protivna starijoj praksi Ustavnoga suda RH i uobičajenim teoretskim shvaćanjima o vremenskom važenju kaznenoprocenoga imuniteta te se razlikuje od uređenja u Njemačkoj, a čini se i u Francuskoj.

4.3. *Zabrana pritvaranja*

Ustavne i zakonske odredbe o zabrani *pritvaranja* nositelja kaznenoprocenog imuniteta bez prethodnog odobrenja nadležnog tijela mogu izazvati dvojbe oko toga na koji se institut ili institute lišenja slobode odnose.⁸⁸

zahtjevu-za-114.

86 Ustavni sud Republike Hrvatske, U-VIII-2059/2015 od 13. svibnja 2013., § 5. Zaključak o takvom protezanju predsjednikova imuniteta moguće je pronaći i u jednoj ranijoj ustavnosudskoj odluci, v. u: Ustavni sud Republike Hrvatske, U-VIII-4556/2010 od 30. ožujka 2011.

87 V. *supra* u drugom poglavlju. Da se radi o imunitetu jednakog sadržaja smatrao je i Ustavni sud RH u citiranoj odluci U-I-2932/2016, u kojoj je naveo: „Ustavni sud ističe da je u konkretnom slučaju predložena ocjena odredbe Zakona o Vladi koja članu Vlade ne daje imunitet u sadržaju *kako je to utvrđeno Ustavom za zastupnike Hrvatskoga sabora, predsjednika Republike i suce Ustavnog suda* (...) [kurziv op.a.]“ (§ 6.). Isto smatra i Tomašević u: Tomašević, *Kazneno procesno pravo*, 69.

88 Tako se u čl. 75. Ustava RH koji govori o imunitetu saborskih zastupnika, a *mutatis mutandis* i nekih drugih kategorija osoba, najprije zabranjuje njihovo *pritvaranje* bez prethodnoga odobrenja Hrvatskoga sabora (st. 3.), a potom propisuje da ako Hrvatski sabor nije na okupu

U vrijeme je nastanka Ustava RH termin *pritvor* označavao ono što se danas u ZKP-u naziva *istražnim zatvorom*. Doslovno tumačenje Ustava RH bi, dakle, značilo da se imunitet odnosi na istražni zatvor,⁸⁹ no ne i na kratkotrajne oblike lišavanja slobode koji mu prethode: uhićenje i pritvor. Identična dilema postoji i oko odredbe o imunitetu odvjetnika od *pritvaranja* iz Zakona o odvjetništvu, koja nije mijenjana od 1994. godine. Zbog promjene u kaznenoprocetnoj terminologiji jasno je da su odredbe iz Ustava RH i Zakona o odvjetništvu zastarjele, zbog čega u njima gramatičkim tumačenjem „pritvor“ treba zamijeniti riječima „istražni zatvor“. Kod odredaba o imunitetu u ZS-u takva dilema ne postoji, no one, zanimljivo, govore o zabrani *pritvaranja* ili *stavljanja u istražni zatvor* sudaca čime se na prvi pogled može učiniti da je njime trajanje imuniteta uređeno drugačije nego u Ustavu RH ili Zakonu u odvjetništvu.

Na zaključak kako se zabrana ne odnosi samo na istražni zatvor navode druge odredbe spomenutih propisa. U prvom su redu to ustavne odredbe o mogućnosti *pritvaranja* zastupnika, drugih osoba čiji je imunitet uređen analogno imunitetu zastupnika i Predsjednika RH bez odobrenja nadležnog tijela u slučaju da su *zatečeni u počinjenju kaznenog djela*, a slična odredba postoji i u ZS-u. Ako je osoba zatečena u počinjenju djela nju se po prirodi stvari ne pritvara, već uhićuje, zbog čega je sasvim jasno da se odredbe o zabrani *pritvaranja* zapravo odnose na *uhićenje*. Svaku sumnju o stvarnom značenju ustavnih odredaba o imunitetu od *pritvaranja* otklanja čl. 75. st. 4. Ustava RH koji propisuje da ako Hrvatski sabor nije na okupu odobrenje da se zastupnik *liši slobode* daje Mandatno-imunitetno povjerenstvo. Stoga, nema nikakve sumnje da bi sve odredbe koje govore o imunitetu od *pritvaranja* trebalo tumačiti na način da se odnose i na *uhićenje*.⁹⁰ Za razliku od RH, u Njemačkoj i Francuskoj se to pitanje ne postavlja jer odredbe o imunitetu izričito govore o zabrani *oduzimanja slobode*.

U predmetu o ocjeni ustavnosti odredaba o imunitetu u ZV-u, Ustavni je sud RH usputno istaknuo kako ona „članu Vlade ne daje imunitet u sadržaju kako je to utvrđeno Ustavom za zastupnike Hrvatskoga sabora, predsjednika Republike i suce Ustavnog suda te koja ne štiti člana Vlade od istražnog zatvora ili uhićenja“,⁹¹ iz čega se može zaključiti da i Ustavni sud RH smatra da imunitet štiti od *istražnog zatvora* i *uhićenja*. Za takvo se shvaćanje opredjeljuje i Smerdel navodeći da imunitet nepovredivosti zastupnika, odnosno sudaca Ustavnog suda RH znači da ne mogu biti *uhićeni* bez odobrenja nadležnog tijela, ne ulazeći u detaljniju analizu.⁹²

odobrenje da ih se *liši slobode* daje Mandatno-imunitetno povjerenstvo (st. 5.), a ZS govori o zabrani *pritvaranja* ili *stavljanja u istražni zatvor* sudaca (čl. 8. Ustava RH).

89 U Poslovniku se Hrvatskog sabora zbog navedenih razloga u odredbama o imunitetu uvijek navodi „istražni zatvor (pritvor)“ (čl. 23.-28. Poslovnika Hrvatskog sabora).

90 Zanimljivo, u medijima se pojavilo drugačije shvaćanje u kojem se navodi kako je moguće uhićenje osoba koje uživaju imunitet, s obzirom na to da ono ne predstavlja nužno lišavanje slobode. Dubravka Blaško, *Smije li policija uhititi Sinčića? Imunitet ne pokriva sve, saznajte koje su iznimke*, pristup 13. ožujka 2024., <https://dnevnik.hr/vijesti/hrvatska/saborski-imunitet-na-sto-se-sve-odnosi-i-kad-policija-smije-uhititi-zastupnika---454221.html>.

91 Ustavni sud Republike Hrvatske, U-1/2932/2016 od 22. svibnja 2018., § 6.

92 Smerdel, *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, 380-381, 462, 473, 476, 498, 509.

Postoje još dva slučaja mogućeg oduzimanja slobode koja nisu pokrivena dosadašnjim razmatranjima. Prvi se odnosi na situaciju kada je dano odobrenje samo za pokretanje postupka, zatim je u prvostupanjskoj presudi izrečena kazna zatvora u trajanju većem od pet godina pa sud okrivljeniku mora odrediti istražni zatvor (čl. 123. st. 2. ZKP-a). Drugi se odnosi na mogućnost oduzimanja slobode nositelju imuniteta koji se ne želi odazvati pozivu suda da svjedoči ili svjedočiti, za što se predviđa mogućnost prisilnog dovođenja i zatvaranja do mjesec dana (čl. 291. st. 1. i 2. ZKP-a). Promišljanje o svrsi imuniteta, uzimajući u obzir da neki propisi izričito govore o zabrani *lišenja slobode*, navodi na zaključak kako u spomenutim slučajevima nositelju imuniteta nije dopušteno oduzeti slobodu bez odobrenja nadležnog tijela.⁹³

4.4. Zabrana „pokretanja“ postupka

Ustavne odredbe o apsolutnom kaznenoprocetnom imunitetu bez iznimke govore da se prema njegovu nositelju ne može „pokrenuti“ kazneni postupak. U skladu sa čl. 29. st. 5. Ustava RH kazneni se postupak pokreće pred sudom na zahtjev ovlaštenog tužitelja. U čl. 17. st. 1. ZKP-a propisuje se kada započinje kazneni postupak, a pokretanjem postupka mogu se smatrati sve radnje tužitelja koje mogu dovesti do započinjanja postupka: donošenje rješenja o provođenju istrage, podizanje optužnice ako istraga nije provedena te podnošenje privatne tužbe. U skladu s navedenim, provođenje istraživanja⁹⁴ ili izvida se ne smatra „pokretanjem“ kaznenog postupka, zbog čega postojanje kaznenoprocetnog imuniteta nije prepreka njihovom provođenju. Taj je stav prihvaćen i u praksi, u kojoj se prema dostupnim informacijama odobrenje za postupanje prema nositelju kaznenoprocetnog imuniteta javlja u slučajevima oduzimanja slobode i pokretanja istrage. Prisutan je i drugačiji stav, da se pokretanjem postupka smatraju i sve dokazne radnje poduzete prije započinjanja postupka, „jer te radnje imaju jasnu svrhu koja znači predprocesnu djelatnost tužitelja za prikupljanje podataka za podnošenje optužnog prijedloga, odnosno privatne tužbe“.⁹⁵

Opravdanost se različitog tretmana istrage i istraživanja može propitivati. Naime, materijalnopravne pretpostavke za provođenje istrage i istraživanja jednake su (postojanje osnovane sumnje), a jednaki su im i sadržaj (provođenje dokaznih radnji) i cilj (odlučivanje o osnovanosti podizanja optužnice). S obzirom na to, svi razlozi koji priječe provođenje istrage protiv nositelja imuniteta postoje i kod istraživanja. Stoga teleološki pristup odredbama o imunitetu navodi na zaključak da bi on trebao vrijediti i za pokretanje istraživanja.

Izvidne i dokazne radnje usmjerene prema konkretnom nositelju imuniteta također ga mogu ometati u obavljanju dužnosti. Zabrana poduzimanja izvida, međutim, onemogućila bi razjašnjavanje postoje li uopće osnove sumnje da je

93 Ta dva pitanja otvara Petranović, no u oba slučaja dolazi do drugačijeg zaključka. Petranović, „Imunitet i kaznenoprocetna rješenja“, 92.

94 U čl. 213. st. 1. ZKP-a se propisuje da se istraživanje provodi umjesto istrage za kaznena djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina.

95 Petranović, „Imunitet i kaznenoprocetna rješenja“, 90, 92-93.

počinio kazneno djelo. Također, to bi moglo znatno otežati ili onemogućiti njegovo procesuiranje nakon prestanka imuniteta i time potencijalno utjecati na pravo žrtve na učinkovitu istragu kaznenog djela. Kako bi se omogućio učinkovit progon počinitelja nakon isteka mandata, u kontekstu imuniteta predviđenih međunarodnim pravom državama se dozvoljava barem inicijalno prikupljanje dokaza - iskaza svjedoka, dokumenata i materijalnih dokaza, pod uvjetom da takve mjere osobu ne onemogućavaju u vršenju dužnosti nametanjem pravnih obveza, tj. da ne mogu „biti popraćene sankcijama zbog njihova neispunjenja ili mjerama ograničenja ili biti prisilne prirode“.⁹⁶ Na taj se način omogućuje prikupljanje dokaznog materijala prije nego što „postane onečišćen, izgubljen ili uništen“.⁹⁷ Slični razlozi postoje i u kontekstu imuniteta po unutarnjem pravu. Zbog toga postojanje imuniteta ne bi trebalo biti prepreka provođenju izvidnih radnji, posebnih dokaznih radnji⁹⁸ te hitnih dokaznih radnji pod uvjetom da ne predstavljaju pravno obvezujuće, ograničavajuće ili prisilne mjere.⁹⁹

4.5. Procesni učinci

Odredbе koje propisuju apsolutni kaznenoprocetni imunitet govore o nemogućnosti „pokretanja“ kaznenog postupka pa on upravo od tog trenutka predstavlja procesnu smetnju, odnosno okolnost koja isključuje kazneni progon. To je važno jer postoje brojne odredbe ZKP-a koje vežu određene procesne posljedice za postojanje okolnosti koje isključuju kazneni progon (procesne smetnje). One su primjenjive na kaznenoprocetni imunitet od trenutka kada on postane procesna smetnja, dakle od trenutka pokretanja kaznenog postupka, čemu autori, kako je objašnjeno u prethodnom poglavlju ovog rada, ne pristupaju formalistički.

Krene li se od prethodnog postupka, okolnosti koje isključuju kazneni progon predstavljaju jedan od razloga za odbačaj kaznene prijave (čl. 206. st. 1. t. 2. ZKP-a), a primjena te odredbe s obzirom na konstrukciju kaznenoga postupka dolazi u obzir tijekom državnoodvjetničkih izvida kaznenog djela ili istraživanja. Iste se okolnosti

96 Međunarodna pravna komisija, „Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, Second Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction“, Roman Anatolevich Kolodkin, posebni izvjestitelj, A/CN.4/631 od 10. lipnja 2010., 408-409.

97 Kaitlin R. O'Donnell, „Certain Criminal Proceedings in France (Republic of Congo v. France) and Head of State Immunity: How Impenetrable should the Immunity Veil Remain?“, *Boston University International Law Journal* 26, br. 2 (2008): 409.

98 Posebne dokazne radnje jesu mjere prisilne prirode koje predstavljaju ograničenje temeljnih ljudskih prava osumnjičenika, no one zbog svojeg prikriivenog poduzimanja ipak ne ometaju obavljanje dužnosti nositelja imuniteta.

99 S tim u skladu jest stav Vrhovnog suda Republike Slovenije da saslušanje suca kao pojedinačne istražne radnje prije započinjanja postupka predstavlja ograničenje obavljanja sudačke dužnosti i prijetnju sudskoj neovisnosti te stoga traži prethodno odobrenje, a ne traže posebne dokazne radnje (Anže Erbežnik i Zlatan Dežman, *Uvod v kazensko procesno pravo Republike Slovenije in Evropske unije* (Ljubljana: GV Založba, 2022.), 210). Opisana argumentacija mogla bi dovesti u pitanje apsolutnu zabranu poduzimanja dokaznih radnji tijekom istrage bez odobrenja nadležnog tijela, jer je i tada moguće poduzimati pojedine radnje koje ne predstavljaju mjere pravno obvezujuće, ograničavajuće ili prisilne mjere.

potom pojavljuju kao razlog za obustavu istrage (čl. 224. st. 1. t. 3. ZKP-a), a prepreka su i provođenju dokaznog ročišta (čl. 236. st. 3. t. 2. ZKP-a). U stadiju se optuživanja ona pojavljuje kao razlog zbog kojeg predsjednik optužnog vijeća može odbaciti optužnicu ili (u slučaju istrage) obustaviti kazneni postupak (čl. 344. st. 1. t. 6. i st. 2. ZKP-a), a jednako će postupiti i optužno vijeće (čl. 355. ZKP-a). Naposljetku, kad sudac pojedinac primi privatnu tužbu mora ispitati postoje li okolnosti koje isključuju kazneni progon (čl. 525. st. 1. t. 4. i čl. 355. st. 1. t. 3. ZKP-a).

U stadiju rasprave, ako postoje okolnosti koje isključuju kazneni progon, predsjednik će vijeća rješenjem obustaviti kazneni postupak (čl. 380. st. 1. t. 2. ZKP-a), a raspravni sud donijeti presudu kojom se optužba odbija (čl. 452. st. 1. t. 6. ZKP-a). U stadiju žalbe procesni imunitet može, u slučaju da sud prvog stupnja pogrešno nije uvažio imunitet i donio presudu kojom se optužba odbija, biti povodom preinačenja prvostupanjske presude.¹⁰⁰ U postupku po izvanrednim pravnim lijekovima prestanak imuniteta može biti razlog za obnovu kaznenog postupka primjenom odredbe o mogućnosti obnove kaznenog postupka u slučaju da je postupak obustavljen ili da je optužba odbijena jer nije bilo potrebnog odobrenja za vođenje postupka (čl. 499. i čl. 503. st. 1. t. 4. ZKP-a).

Javlja se dodatno pitanje prema kojem postojanje imuniteta kao procesne smetnje dozvoljava oduzimanje imovinske koristi izvan kaznenog postupka zbog „drugih okolnosti koje isključuju kazneni progon“ te je zaključeno „da bi to bilo protivno svrsi instituta imuniteta.“¹⁰¹ Nakon ukidanja posebnog zakona o oduzimanju imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem, ista argumentacija vrijedi za primjenu čl. 560.a ZKP-a zbog okolnosti da je osoba „nedostupna tijelima kaznenog postupka“.

5. PROCESNI IMUNITET U PREKRŠAJNOM POSTUPKU

Razmatranje kaznenoprocetnog imuniteta otvara pitanje postoji li on i u prekršajnom postupku. U čl. 156. st. 1. PZ-a propisuje se da nitko tko u RH počini prekršaj ne uživa imunitet po unutarnjem pravu, ako odredbama toga zakona nije određeno drugačije, a takve odredbe ne postoje. Ustavne i zakonske odredbe o procesnom imunitetu također spominju samo kazneni postupak.¹⁰² Iz tih bi se

100 Petranović, „Imunitet i kaznenoprocetna rješenja“, 94.

101 Elizabeta Ivičević Karas, „Zakon o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem: neka otvorena pitanja i moguća rješenja“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu* 18, br. 2 (2018): 571-572.

102 Šegvić i Bašić ističu da parlamentarna nepovredivost štiti zastupnika u proceduralnom smislu u slučajevima kaznene, građanske, upravne ili stegovne odgovornosti. Šegvić i Bašić, „Parlamentarni imunitet“, 490. U publikaciji Ureda Europskog parlamenta za promociju parlamentarne demokracije ističe se da „opseg nepovredivosti uvelike varira između različitih parlamenata, iako načelno predstavlja zaštitu od kaznenih, građanskih i upravnih postupaka i uhićenja, osim kada su članovi parlamenta zatečeni *in flagrante delicto*“. *Non liable? Inviolable? Untouchable? The Challenge of Parliamentary Immunities, An Overview* (Bruxelles: Office for Promotion of Parliamentary Democracy, European Parliament, 2012.), 8.

odredaba na prvi pogled moglo zaključiti kako protezanju kaznenoprocetnog imuniteta na prekršajni postupak nema mjesta.

Ustaljena praksa Europskog suda za ljudskih prava (u daljnjem tekstu: ESLJP) prema kojoj se i određeni nekazneni postupci mogu smatrati kaznenima, što je prihvatio i Ustavni sud RH, otvaraju prostor drugačijem tumačenju. Još je davnom presudom *Engel i drugi protiv Nizozemske* iz 1976. godine strazburško sudište otvorilo mogućnost da se „lakša“ kažnjiva djela iz njegove perspektive smatraju kaznenim djelima s posljedicom da pripadajući postupci moraju udovoljavati zahtjevima koje Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava (u daljnjem tekstu: Konvencija) predviđa za kaznene postupke.¹⁰³ Razlog je takvoj praksi želja da se konvencijske odredbe o zaštiti ljudskih prava u kaznenom postupku protegnu i na postupke koji mu nalikuju, jer je i u njima okrivljenik izložen državnom represivnom zahvatu pa bi zakonodavci, da nema opisane prakse, lako mogli izbjeći poštovanje konvencijskih standarda jednostavnim svrstavanjem pojedinog djela izvan sfere kaznenog prava.¹⁰⁴ Do takvih tumačenja u praksi ESLJP-a dolazi u kontekstu odredaba o zaštiti okrivljenika u kaznenom postupku, ponajprije onih o pravičnom postupku i načelu *ne bis in idem*.¹⁰⁵

Takav je pristup pojmu „kaznenoga“ prihvatio i Ustavni sud RH, redovito autonomno ocjenjujući prekršaje kaznenim djelima i zahtijevajući da se u prekršajnim postupcima primjenjuju jamstva koje Ustav RH, odnosno Konvencija predviđaju za kaznene postupke,¹⁰⁶ zbog čega se prekršajno pravo može smatrati „kaznenim pravom u širem smislu“. Ustavni (kao i strazburški) sud RH autonomnu ocjenu djela daje ovisno o okolnostima pojedinog slučaja (pa se ocjenjuje priroda djela, odnosno visina zapriječene sankcije u postupku *sub iudice*) i o ustavnoj odredbi o kojoj je riječ.¹⁰⁷ O naravi mnogih prekršaja u kontekstu određenih ustavnih odredaba nema

103 ESLJP, *Engel i drugi protiv Nizozemske*, br. zahtjeva 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 od 8. lipnja 1976. Za objašnjenje primjene u hrvatskom prekršajnom postupku v. u: Marin Bonačić i Marko Rašo, „Obilježja prekršajnog prava i sudovanja, aktualna pitanja i prioritete *de lege ferenda*“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu* 19, br. 2 (2012): 440-445.

104 Nikša Vojvoda, „Jezgra i ‘periferija’ kaznenog prava u praksi Europskog suda za ljudska prava“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu* 30, br. 1 (2023): 77. To je nešto čemu su, čini se, zakonodavci vrlo skloni. Agne Andrijuskaite, „Exploring the Penumbra of Punishment under the ECHR“, *New Journal of European Criminal Law* 10, br. 4 (2019): 363.

105 Za pregled presuda ESLJP-a o povredama u hrvatskim prekršajnim postupcima v. u: Marin Bonačić i Tomislav Tomašić, „Implementacija standarda Europskog suda za ljudska prava u hrvatskom prekršajnom pravu i praksi“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 24, br. 2 (2017): 388-399.

106 Npr. u odluci: Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-2284/2020 od 24. siječnja 2024., § 7.1.-7.4. u kojoj Ustavni sud RH posebno ne ispituje, već samo ponavlja kako „u rješenju br. U-I-4433/2007 i dr. od 19. lipnja 2009. (Narodne novine, br. 77/09.), Ustavni sud je u odnosu na prirodu žurnog prekršajnog postupka u povodu prigovora protiv obaveznog prekršajnog naloga te prava koja okrivljenik ima u tim postupcima naveo, između ostalog, da okrivljenik ima sva prava iz čl. 29. st. 2. Ustava, te čl. 6. Konvencije“ (§ 7.3.). Za *ne bis in idem* v. u: Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-5776/2011 od 14. prosinca 2016., § 5.1. i 6., Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-2528/2011 od 21. rujna 2016., § 8.3.

107 To je jasno vidljivo, primjerice, iz odluke Ustavnog suda RH, U-III-2528/2011 od 21. rujna

nikakve sumnje, zapravo je riječ o kaznenim djelima,¹⁰⁸ a prekršajni se postupak u tim slučajevima smatra kaznenim postupkom.

O ustavnim odredbama o kaznenoprocetnom imunitetu, naprotiv, takva praksa ne postoji, zbog čega nije jasno odnose li se one samo na kazneni postupak ili su širega doseg. Nekoliko je argumenata u prilog restriktivnijem pristupu. Prije svega, budući da imunitet nije osobni privilegij njegova nositelja, nego mu je cilj osigurati neometano obnašanje određene funkcije,¹⁰⁹ odredbe o imunitetu nisu usporedive sa spomenutim odredbama o zaštiti prava okrivljenika, a autonomnom tumačenju pojma kaznene optužbe ima mjesta samo kada je riječ o potonjima. Iz odredaba PZ-a, uostalom, izričito proizlazi kako prema unutarnjem pravu nitko ne uživa prekršajnoprocetni imunitet. Naposljetku, optužba za prekršaj donosi manju razinu stigmatizacije negoli optužba za kazneno djelo, a za prekršaje se u pravilu izriču novčane sankcije pa nema velike opasnosti od onemogućavanja nositelja imuniteta u obavljanju njegove dužnosti.

U prilog se ekstenzivnom tumačenju ustavnih odredaba o imunitetu mogu istaknuti sljedeći argumenti. Iako, istina, imunitet nije ljudsko pravo pa pri tumačenju nema mjesta analogiji s pravičnim postupkom ili načelom *ne bis in idem*, to samo po sebi ne znači da se odredbe o imunitetu ne mogu autonomno protumačiti na način da obuhvate i prekršajni postupak. Razlozi koji opravdavaju postojanje imuniteta u kaznenom pravu *a maiori ad minus* vrijede i za prekršajno pravo. U prekršajnom postupku postoje radnje i mjere, poput uhićenja (čl. 134. PZ-a), zadržavanja (čl. 135. PZ-a) i pretrage (čl. 174. PZ-a), kao i kazna zatvora u nekim slučajevima i do devedeset dana (čl. 35. PZ-a), kojima bi se moglo negativno utjecati na obavljanje imunitetom zaštićenih dužnosti. Već spomenuta zabrana zadiranja jedne grane vlasti u prerogative druge, koja se imunitetima željela osigurati, mogla bi se izigrati korištenjem instituta prekršajnog prava. S obzirom na broj prekršaja koji znatno nadmašuje broj kaznenih djela, moglo bi se čak tvrditi da su optužbe za prekršaje bolji instrument za onemogućavanje obavljanja određene funkcije od optužbi za kazneno djelo. Uzimajući u obzir i to da su tijela izvršne vlasti često ovlašteni tužitelji u prekršajnom postupku, a u nekim slučajevima i presuđuju u prvom stupnju, nema sumnje da bi prekršajni postupak bilo lakše zloupotrijebiti nego kazneni.

Od dva se suprotstavljena pristupa uvjerljivijim čini onaj koji se zalaže za ekstenzivno tumačenje ustavnih odredaba o kaznenoprocetnom imunitetu. Praksu ekstenzivnog tumačenja odredaba kojima se štite ljudska prava u kaznenom postupku treba shvatiti na način da je ona otvorila vrata ekstenzivnom tumačenju i drugih ustavnih odredaba o kaznenom postupku, no samo ako za to postoje opravdani razlozi. Ekstenzivno tumačenje odredaba o imunitetu može se posebno razmotriti iz perspektive oduzimanja slobode nositelju imuniteta i dopuštenosti pokretanja

2016., § 8.3.

108 Bonačić i Rašo, „Obilježja prekršajnog prava i sudovanja“, 444.

109 Ustavni sud Republike Hrvatske, U-II-303/1992. od 4. studenoga 1992. V. u: Đuras, *Imunitet članova Vlade*. Ustavni sud Republike Hrvatske u odluci U-III-5927/2020 od 3. listopada 2023. ističe kako je imunitet neodgovornosti „ustavno utvrđen privilegij kojemu je cilj osigurati neometan rad parlamenta i potpunu slobodu zastupničkog djelovanja u okviru Hrvatskog sabora, kako bi zastupnici neometano obavljali svoju funkciju u parlamentu“.

prekršajnog postupka.

Supra (v. poglavlje 4.3.) je izloženo kako ustavne odredbe o zabrani pritvaranja treba tumačiti na način da one brane svaki oblik oduzimanja slobode. Široko postavljena mogućnost oduzimanja slobode u prekršajnom postupku¹¹⁰ ima isti učinak na mogućnost obavljanja dužnosti kao ona u kaznenom postupku. Ako već to ne dovodi do zaključka da takva zabrana treba vrijediti u prekršajnom postupku, onda prihvaćeno ekstenzivno tumačenje ustavnih odredaba ne ostavlja mjesta sumnji. Drugačije bi shvaćanje moglo dovesti do apsurdnih situacija, primjerice da se Predsjednika RH bez odobrenja Ustavnog suda RH može uhititi i zadržati do petnaest dana zbog navodnog počinjenja prekršaja nasilja u obitelji, no ne i zbog težeg kaznenog djela nasilja u obitelji, za koje je propisana kazna zatvora do tri godine (čl. 179.a KZ-a).

Pitanje mogućnosti prostiranja ustavnih odredaba o zabrani pokretanja kaznenog postupka na prekršajni postupak nešto je složenije. Opravdani razlozi za protezanje takve zabrane na prekršajni postupak zasigurno postoje kada je u njemu propisana mogućnost izricanja kazne zatvora jer bi to zasigurno moglo utjecati na neometano obavljanje dužnosti koje se imunitetom nastoji zaštititi. U njemačkom se prekršajnom pravu kaznenoprocetni imunitet ne odnosi na prekršajno pravo, no važna razlika u odnosu na hrvatsko pravo jest nepostojanje kazni zatvora,¹¹¹ pa se prekršajnim sankcijama teško može utjecati na obavljanje funkcije nositelja imuniteta.¹¹² U slučaju kada je za prekršaj propisana samo novčana kazna, čini se da bi zabranu pokretanja trebalo tumačiti manje ekstenzivno, ali bi primjena i tu došla u obzir u slučajevima kod propisana kazna prelazi određenu visinu.

6. ZAKLJUČAK

Provedena je analiza pokazala koje kategorije osoba su nositelji kaznenoprocetnih imuniteta propisanih hrvatskim unutarnjim pravom i koji je opseg njihova imuniteta. U usporedbi s Njemačkom i Francuskom uočljivo je kako je krug osoba koje u tim državama uživaju kaznenoprocetni imunitet uži nego u RH. U tom kontekstu valja pridodati kako se čini da praksa ESLJP-a (doduše oskudna, a katkada i proturječna) govori u prilog restriktivnijem postavljanju imuniteta u pogledu radnji koje su njime „pokrivene“.¹¹³ To može biti poticaj da se u nekom drugom istraživanju,

110 Prema čl. 134. st. 1. i čl. 135. st. 1. PZ-a uhićenje i zadržavanje je moguće: ako je osoba zatečena u njihovu počinjenju, za prekršaje protiv javnog reda i mira, za prekršaje vezane za nasilje u obitelji, za sprječavanje nereda na sportskim natjecanjima te svih drugih prekršaja za koji se može izreći kazna zatvora ili novčana kazna veća od 1.327,23 eura.

111 Kraatz, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 186. Moguće je, međutim, oduzimanje slobode kao instrument koji potiče na plaćanje novčane kazne (njem. *Vollstreckungsinstrument*); v. u: Kraatz, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 4. Čl. 96. *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* od 19. veljače 1987., BGBl. I S. 602., s posljednjim izmjenama čl. 5. Zakona od 14. ožujka 2023., BGBl. 2023 I Nr. 73.

112 Kraatz, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 241.

113 Sascha Hardt, „Parliamentary Immunity: A Comprehensive Study of the Systems of Parliamentary Immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a European

uzimajući u obzir njegovu svrhu, razmotri opravdanost tako širokog kruga nositelja kaznenoprocenog imuniteta.

Osim Ustavom RH kaznenopravni su imuniteti propisani i zakonima, što je u svojoj odluci o ustavnosti imuniteta članova Vlade RH dopustio i Ustavni sud RH. Analizom se postojećih imuniteta može ipak zaključiti da ne postoje jasni kriteriji o tome kada imunitet treba propisati Ustavom RH, a kada ga je dozvoljeno iznimno propisati zakonom. Kao kriterij bi se moglo postaviti pravilo da bi imunitet kategorija osoba o kojima postoje ustavne odredbe trebao biti propisan u njemu.¹¹⁴ Kao primjer se može navesti kaznenoproceni imunitet članova Vlade RH, o kojoj Ustav RH sadrži niz odredbi.

Zaključak da sustav kaznenoprocenih imuniteta nije do kraja domišljen pokazuje i analiza njihova opsega. Kao najbolji primjer može se istaknuti djelomični imunitet članova Vlade RH, koji se od svih drugih djelomičnih imuniteta razlikuje po tome da ne štiti od „pritvaranja“ nego od „pokretanja“ i vođenja postupka. Upitno je osigurava li zabrana pokretanja postupka predviđenu svrhu imuniteta bolje od zabrane pritvaranja, također postiže li zabrana pokretanja postupka samo za lakša kaznena djela deklariranu svrhu osiguranja minimuma zaštite i nesmetanog rada Vlade RH. Nedomišljenost sustava pokazuje i odredba ZS-a o iznimci kada nije potrebno tražiti odobrenje DSV-a za lišenje slobode suca, koja je u suprotnosti s ustavnom odredbom koja ne predviđa tu iznimku.

Razmatrajući kaznenoproceni imunitet, utvrđeno je kako je on vremenski ograničen i vrijedi dok traje mandat njegova nositelja. Stav Ustavnog suda RH da se protiv Predsjednika RH, čak i nakon prestanka mandata, ne može pokrenuti kazneni postupak za kaznena djela počinjena tijekom obnašanja dužnosti bez prethodnog odobrenja Ustavnog suda RH, ne može se smatrati ispravnim.

U ovome je radu utvrđeno i da se zabrana „pritvaranja“ odnosi na sve oblike lišenja slobode u kaznenom postupku, stoga bi u budućim izmjenama Ustava RH trebalo termin „pritvaranje“ u svim relevantnim odredbama zamijeniti terminom „lišenje slobode“ ili „oduzimanje slobode“. Također je utvrđeno da odredbe o imunitetu ne sprječavaju poduzimanje radnji tijekom izvida i istraživanja, ali da se time otvara pitanje njihova teleološkog tumačenja, prema kojemu bi do započinjanja postupka kaznenoproceni imunitet sprječavao poduzimanje samo onih radnji koje su popraćene sankcijama zbog neispunjenja, koje ograničavaju ili su prisilne prirode.

Posljednje, utvrđeno je da ustavne odredbe o kaznenoprocenom imunitetu, unatoč suprotnoj zakonskoj odredbi, barem djelomično vrijede i u prekršajnom postupku. Za odredbe o zabrani oduzimanja slobode je utvrđeno da imaju jednak učinak na mogućnost obavljanja dužnosti te da bi drugačije tumačenje u praksi dovelo do apsurdnih rezultata. Za razliku od toga, odredbe koje zabranjuju pokretanje

Context“ (doktorska disertacija, Maastricht: Sveučilište u Maastrichtu, 2013.), 27-33. U nekim je predmetima ESLJP, naime, bio sklon tumačenju da bi se kaznenoproceni imunitet trebao odnositi samo na radnje počinjene ili povezane s obavljanjem službene dužnosti. Takvo je shvaćanje, naravno, protivno samom konceptu kaznenoprocenog imuniteta koji se uglavnom odnosi na sva kaznena djela, čak i ona počinjena prije početka mandata nositelja imuniteta.

114 Što je u skladu s ranije izloženim stavom Ustavnog suda RH o tom pitanju.

i vođenje postupka ne vrijede uvijek, ali bi trebale vrijediti u slučajevima kada propisana kazna prelazi određenu težinu. U tom smislu trebalo bi izmijeniti sadašnji čl. 156. st. 1. PZ-a i propisati da se imuniteti po unutarnjem pravu u određenoj mjeri primjenjuju i u prekršajnom postupku.

LITERATURA

Knjige i članci:

1. Andrassy, Juraj, Božidar Bakotić, Davorin Lapaš, Maja Seršić i Budislav Vukas. *Međunarodno pravo 2. dio*. Zagreb: Školska knjiga, 2012.
2. Andrijuskaite, Agne. „Exploring the Penumbra of Punishment under the ECHR“. *New Journal of European Criminal Law* 10, br. 4 (2019): 363-375.
3. Bayer, Vladimir. *Kazneno procesno pravo - odabrana poglavlja: Knjiga I. Uvod u teoriju kaznenog procesnog prava*. Zagreb: Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, 1995.
4. Beulke, Werner i Sabine Swoboda. *Strafprozessrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 2022.
5. Bonačić, Marin i Marko Rašo. „Obilježja prekršajnog prava i sudovanja: aktualna pitanja i prioriteta *de lege ferenda*“. *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu* 19, br. 2 (2012): 439-472.
6. Bonačić, Marin i Tomislav Tomašić. „Implementacija standarda Europskog suda za ljudska prava u hrvatskom prekršajnom pravu i praksi“. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 24, br. 2 (2017): 381-411.
7. Cryer, Robert, Hakan Friman, Darryl Robinson i Elizabeth Wilmshurst. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
8. Désportés, Federic i Francis Le Guehec. *Nouveau droit pénal français, Tome 1 Droit pénal général*. Pariz: Economica, 2000.
9. Erbežnik, Anže i Zlatan Dežman. *Uvod v kazensko procesno pravo Republike Slovenije in Evropske unije*. Ljubljana: GV Založba, 2022.
10. Feldkamp, Michael F. i Brigit Ströbel. *Datenhandbuch zur Geschichte des Deutschen Bundestages 1994 bis 2003*. Berlin: Deutscher Bundestag, 2005.
11. Guinchard, Serge i Jacques Buisson. *Procédure pénale*. Pariz: LexisNexis, 2022.
12. Hardt, Sascha. „Parliamentary Immunity: A Comprehensive Study of the Systems of Parliamentary Immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a European Context“. Doktorska disertacija. Maastricht: Sveučilište u Maastrichtu, 2013.
13. Horvatić, Željko, Davor Derenčinović i Leo Cvitanović. *Kazneno pravo opći dio 1. Kazneno pravo i kazneni zakon*. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2016.
14. Ivičević Karas, Elizabeta. „Zakon o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem: neka otvorena pitanja i moguća rješenja“. *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu* 18, br. 2 (2018): 557-578.
15. Kraatz, Erik. *Ordnungswidrigkeitenrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2020.
16. Krapac, Davor, Zlata Đurđević, Elizabeta Ivičević Karas, Marin Bonačić i Zoran Burić. *Kazneno procesno pravo, knjiga prva: Institucije*. Zagreb: Narodne novine, 2020.
17. O'Donnell, Kaitlin R. „Certain Criminal Proceedings in France (Republic of Congo v. France) and Head of State Immunity: How Impenetrable Should the Immunity Veil Remain?“ *Boston University International Law Journal* 26, br. 2 (2008): 375-416.
18. Pavišić, Berislav. *Kazneno postupovno pravo*. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008.
19. Petranović, Milan. „Imunitet i kaznenoprocetna rješenja u kaznenom postupku“. *Hrvatska pravna revija* 6, br. 2 (2006): 89-95.

20. Ponsot, Frédéric. „Les immunités en droit constitutionnel dans la doctrine publiciste française de 1789 à aujourd’hui“. Doktorska disertacija. Pariz: Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2020.
21. Pradel, Jean. *Procédure pénale*. Pariz: Édition Cujas, 1995.
22. Pradel, Jean. *Procédure pénale*. Pariz: Édition Cujas, 2006.
23. Smerdel, Branko. *Ustavno uređenje europske Hrvatske*. Zagreb: Narodne novine, 2020.
24. Softić, Sakib. „Funkcionalni imuniteti od krivične jurisdikcije“. *Kriminalističke teme* 1, br. 2 (2013): 110-130.
25. Steidle, Christoph. „Die Grundrechtsverwirkung als Waffe gegen Feinde der Demokratie? Begriff und Bedeutung des Art. 18 GG“. *Leipzig Law Journal* 1 (2022): 19-34.
26. Šegvić, Saša i Mia Bašić. „Parlamentarni imunitet - teorija, pravna regulativa i praksa u suvremenim demokratskim državama“. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 49, br. 3 (2012): 481-509.
27. Tomašević, Goran. *Kazneno procesno pravo, Opći dio: temeljni pojmovi*. Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2011.
28. Tomašević, Goran, Davor Krapac i Stjepan Gluščić. *Kazneno procesno pravo, udžbenik za visoke škole*. Zagreb: Narodne novine, 2016.
29. Ulsamer, Gerhard. *Lexikon des Rechts: Strafrecht Strafverahrensrecht*. Neuwied: Herman Luchterhand Verlag, 1989.
30. Vojvoda, Nikša. „‘Jezgra’ i ‘periferija’ kaznenog prava u praksi Europskog suda za ljudska prava“. *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu* 30, br. 1 (2023): 73-95.
31. Weatherhall, Thomas. „Inviolability Not Immunity, Re-evaluating the Execution of International Arrest Warrants by Domestic Authorities of Receiving States“. *Journal of International Criminal Justice* 17, br. 1 (2019): 45-76.

Pravni propisi:

1. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* od 11. kolovoza 1993., BGBl. I S. 1473, s posljednjim izmjenama 20. studenoga 2019., BGBl. I S. 1724.
2. *Code pénal*. Légifrance. Pristup 11. rujna 2024. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719/
3. *Constitution* od 4. listopada 1958. Légifrance. Pristup 11. rujna 2024. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/>
4. *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* od 19. veljače 1987., BGBl. I S. 602, s posljednjim izmjenama od 14. ožujka 2023., BGBl. 2023 I Nr. 73.
5. *Grundgesetz* od 23. svibnja 1949., s posljednjim izmjenama od 19. prosinca 2022., BGBl. I S. 2478.
6. Kazneni zakon, Narodne novine, br. 144/12., 56/15., 118/18., 36/24.
7. *Loi constitutionnelle n°93-952* od 27. srpnja 1993. Légifrance. Pristup 11. rujna 2024. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000529277>
8. *Loi constitutionnelle n°95-880* od 4. kolovoza 1995. Légifrance. Pristup 11. rujna 2024. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGISCTA000006095933>
9. Poslovnik Hrvatskog sabora, Narodne novine, br. 81/13., 113/16., 69/17., 29/18., 53/20., 119/20.
10. Prekršajni zakon, Narodne novine, br. 107/07., 39/13., 157/13., 110/15., 70/17., 118/18., 114/22.
11. *Strafprozeßordnung* od 7. travnja 1987., BGBl. I S. 1074, 1319, s posljednjim izmjenama od 21. veljače 2024., BGBl. 2024 I br. 54.
12. Vlada Republike Hrvatske. Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Vladi Republike Hrvatske od lipnja 2022.
13. Vlada Republike Hrvatske. Konačni prijedlog Zakona o sudovima od veljače 2013.
14. Zakon o javnom bilježništvu, Narodne novine, br. 78/93., 29/94., 162/98., 16/07., 75/09., 120/16., 57/22.

15. Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine, br. 152/08., 76/09., 80/11., 121/11., 91/12., 143/12., 56/13., 145/13., 152/14., 70/17., 126/19., 130/20., 80/22., 36/24.
16. Zakon o odvjjetništvu, Narodne novine, br. 09/94., 1117/08., 50/09., 75/09., 18/11., 126/21.
17. Zakon o sudovima, Narodne novine, br. 28/13., 33/15., 82/15., 82/16., 67/18., 126/19., 130/20., 21/22., 60/22., 16/23.
18. Zakon o Vladi Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 150/11., 93/16., 116/18., 80/22.

Sudska praksa:

1. ESLJP, Engel i drugi protiv Nizozemske, br. zahtjeva 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 od 8. lipnja 1976.
2. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-508/1996 od 20. travnja 2005.
3. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-4696/2004 od 20. prosinca 2004.
4. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-659/1994, U-I-146/1996, U-I-228/1996, U-I-508/1996, U-I-589/1999 od 15. ožujka 2000.
5. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-2833/2013, U-I-3436/2013, U-I-3882/2013 od 2. prosinca 2014.
6. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-2932/2016 od 22. svibnja 2018.
7. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-5654/2011 od 15. veljače 2012.
8. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-II-303/1992. od 4. studenoga 1992.
9. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-II-433/1994 od 2. veljače 1995.
10. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-2284/2020 od 24. siječnja 2024.
11. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-2528/2011 od 21. rujna 2016.
12. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-3397/2012 od 13. prosinca 2012.
13. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-5776/2011 od 14. prosinca 2016.
14. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-5927/2020 od 3. listopada 2023.
15. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-6001/2021 od 13. prosinca 2023.
16. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-VIII-2059/2015 od 13. svibnja 2013.
17. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-VIII-2465/2001 od 30. travnja 2004.
18. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-VIII-2910/2005 od 11. siječnja 2006.
19. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-VIII-4556/2010 od 30. ožujka 2011.
20. Ustavno vijeće, 93-327 od 19. studenoga 1993.

Mrežne stranice:

1. Blaško, Dubravka. *Smije li policija uhititi Sinčića? Imunitet ne pokriva sve, saznajte koje su iznimke*. Pristup 13. ožujka 2024. <https://dnevnik.hr/vijesti/hrvatska/saborski-imunitet-na-sto-se-sve-odnosi-i-kad-policija-smije-uhititi-zastupnika---454221.html>
2. Bossan, Jérôme. *La responsabilité pénale du Président de la République*. Pristup 13. travnja 2024. <https://hal.science/hal-01882145v1/document>
3. Đuras, Ivana. *Imunitet članova Vlade*. Pristup 26. veljače 2024. <https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/imunitet-clanova-vlade-34777>
4. *La Cour de justice de la République: une institution contestée*. Pristup 20. veljače 2024. <https://www.vie-publique.fr/eclairage/19542-la-cour-de-justice-de-la-republique-une-institution-contestee#des-ministres-et-des-secr%C3%A9taires-d%E2%80%99%C3%A9tat-jug%C3%A9s>
5. *Mrežne stranice francuskog Senata. L'immunité parlementaire*. Pristup 11. ožujka 2024. https://www.senat.fr/lc/lc250/lc250_mono.html#toc21
6. *Quel est le statut pénal d'un membre du Gouvernement?* Pristup 19. veljače 2024. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/quel-est-le-statut-penal-d-un-membre-du-gouvernement>
7. *Was bedeutet politische Immunität? - Definition und Beispiel in der Politik*. Pristup 27. veljače 2024. <https://www.juraforum.de/lexikon/politische-immunitaet>

Ostalo:

1. *Fiche n°5, Assemblée nationale, Le statut du député*. Pristup 1. rujna 2024. <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/synthese/deputes-groupes-parlementaires/le-statut-du-depute>
2. Francuski Senat. *Projet de loi organique relatif à l'application de l'article 65 de la Constitution*. Izvješće br. 635 (2008-2009), 2009.
3. Mandatno-imunitetno povjerenstvo Hrvatskog sabora. *Izvješće Mandatno-imunitetnog povjerenstva o zahtjevu za davanje odobrenja za pokretanje kaznenog postupka protiv mr. sc. Orsata Miljenića, zastupnika u Hrvatskom saboru*. Pristup 13. travnja 2024. <https://www.sabor.hr/hr/radna-tijela/odbori-i-povjerenstva/izvjesce-mandatno-imunitetnog-povjerenstva-o-zahtjevu-za-114>
4. Mandatno-imunitetno povjerenstvo Hrvatskog sabora. *Izvješće Mandatno-imunitetnog povjerenstva o zahtjevu za davanje odobrenja za pokretanje kaznenog postupka protiv Nikole Grmoje, zastupnika u Hrvatskome saboru od 17. siječnja 2024*. Pristup 13. travnja 2024. <https://www.sabor.hr/radna-tijela/odbori-i-povjerenstva/izvjesce-mandatno-imunitetnog-povjerenstva-o-zahtjevu-za-146>
5. Međunarodna pravna komisija. „Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, Second Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction“. Roman Anatolevich Kolodkin, posebni izvjestitelj, A/CN.4/631 od 10. lipnja 2010.
6. *Non liable? Inviolable? Untouchable? The Challenge of Parliamentary Immunities, An Overview*. Bruxelles: Office for Promotion of Parliamentary Democracy, European Parliament, 2012.

Marin Bonačić*
Nikša Vojvoda**

Summary

PROCEDURAL IMMUNITY FROM CRIMINAL AND MISDEMEANOUR PROCEEDINGS PRESCRIBED BY CROATIAN LAW: FEATURES AND CONTROVERSIES

The institute of procedural immunity from criminal proceedings or the immunity of inviolability prevents the initiation of criminal proceedings against certain categories of persons or the deprivation of their freedom for all or certain criminal offenses. This immunity can be based on the rules of international law or national law, and only the latter is considered in the paper. Following a theoretical introduction, the paper discusses the holders and scope of their immunity from criminal proceedings. Additionally, it examines the permissibility of prescribing immunity from criminal proceedings by law, its temporal validity, the prohibition of “detention,” the prohibition of “initiating” proceedings, as well as its procedural effects. The paper also investigates whether, contrary to the legal provision, immunity from criminal proceedings extends to misdemeanour proceedings. In order to address answers or guidelines for unsolved theoretical and practical questions regarding immunity from criminal proceedings in Croatian law, the regulation of immunity in German and French legal systems was also examined. Based on the conducted research, it is concluded that there are no clear criteria on when immunity can be prescribed by law and that the regulation of immunity is not completely coherent. Other features of this immunity are established: it is time-limited, it covers all forms of deprivation of liberty, and it does not prevent actions during the inquiry phase of proceedings. Moreover, the application of criminal immunity in criminal proceedings is at least partially justified.

Keywords: *procedural immunity in criminal proceedings; procedural immunity in misdemeanour proceeding; immunity of inviolability; complete immunity; partial immunity.*

* Marin Bonačić, Ph.D., Associate Professor, University of Zagreb, Faculty of Law; marin.bonacic@pravo.unizg.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9951-0921>.

** Nikša Vojvoda, Mag. iur., Assistant, University of Zagreb, Faculty of Law; niksa.vojvoda@pravo.unizg.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6640-9763>.

This work has been supported in part by the Croatian Science Foundation under the project *Croatian Misdemeanour Law in the European Context - Challenges and Perspectives (UIP-2020-02-6482)*.

RAZVOJ TRANSPARENTNOSTI U JAVNOM I PRIVATNOM (UGOVORNOM) PRAVU: OD ZAHTJEVA KA NAČELU

Izv. prof. dr. sc. Slobodan Vukadinović*
Dr. sc. Katarina Jovičić**

UDK 347.44
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.45.3.5>
Ur.: 8. kolovoza 2024.
Pr.: 14. listopada 2024.
Pregledni rad

Sažetak

U radu se pokazuje da postupnom evolucijom i prijenosom iz javnog u privatno pravo, a posebno u kontekstu ugovornog potrošačkog prava, transparentnost od političko-deklarativne preporuke, preko zahtjeva danas postaje široko prihvaćeni, uobičajeni, čime i očekivani standard. Iako još uvijek nije formulirana ni zakonom određena kao načelo, transparentnost je de facto, a osobito kroz presude Suda Europske unije (koje svjedoče da se transparentnost ne može svesti samo na razumljivost u gramatičkom i formalnom smislu, već se mora promatrati i njezin temeljni smisao), postala jedno od ključnih načela, osobito i neizostavno u situacijama u kojima se ugovor sklapa potpisivanjem ugovornog formulara koji je unaprijed pripremila jedna strana. Navedeno znači da se trenutačno može pouzdano reći da je transparentnost ugovora i ugovornih odredbi jedno od bitnih načela ili zahtjeva potrošačkog prava. Kako u suvremenom pravu dolazi do značajnog utjecaja potrošačkog (ugovornog) prava na (opće) ugovorno pravo, tako svjedočimo vremenu u kojem transparentnost postupno, ali sigurno i s razlogom postaje jedno od načela suvremenog (općeg) ugovornog prava.

Ključne riječi: transparentnost; ugovor; potrošač; europsko pravo.

1. UVOD

Prethodna sektorska analiza odnosa transparentnosti i prava identificira prvotno povezivanje i odnos ovih pojmova u sferi javnopravnih odnosa, u kojoj je odavno uočena opravdanost potrebe da javna vlast, čija je svrha i cilj djelovati u javnom interesu (tj. u korist građana), bude otvorena prema građanima u smislu da

* Dr. sc. Slobodan Vukadinović, izvanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu; slobodan.vukadinovic@pravnofakultet.edu.rs. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4692-321X>.

** Dr. sc. Katarina Jovičić, viši znanstveni suradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd; k.jovicic@iup.rs. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9803-5292>.

ih kontinuirano obavještava o aktivnostima koje poduzima u njihovo ime.¹ Peters navodi da transparentnost u međunarodnom javnom pravu podrazumijeva kulturu ili sustav u kojem su relevantne informacije o pravu i politici javno dostupne.² Kasnijim se razvojem uvidjelo da postoji potreba da javna vlast priopćava informacije namijenjene građanima na dostupan i razumljiv način,³ a vlade koje tako djeluju označavaju se kao otvorene ili transparentne.

Sama riječ transparentan, odnosno prilog transparentno nema jasne granice i u pravu se njihovo značenje određuje širokom definicijom, odnosno uz navođenje bitnih elemenata koji jednu situaciju čine transparentnom. U tome se kontekstu, po pravilu, uzimaju u obzir otvorenost, dostupnost, jednostavnost, razumljivost i pouzdanost,⁴ stoga se može reći da je nešto transparentno ako je jasno,⁵ razumljivo, čitljivo i nedvosmisleno.⁶ Društva u kojima se komunikacija između vlasti i javnosti odvija u otvorenom duhu, tj. transparentno potiču razvoj povjerenja građana u zakonodavnu vlast.⁷ Vlast koja tako djeluje ocjenjuje se kao pristupačna jer omogućava građanima da budu informirani, a ta dva čimbenika - pristupačna vlast i informirani građani - predstavljaju neophodne (pred)uvjete za ostvarenje liberalne demokracije.⁸ Ukoliko

- 1 U tom smislu: William Mock, „On the Centrality of Information Law: A Rational Choice Discussion of Information Law and Transparency“, *Journal of Computer & Information Law* 17, br. 4 (1999): 1082.
- 2 Anne Peters, „The Transparency Turn of International Law“, *Chinese Journal of Global Governance* 1, br. 1 (2015): 4.
- 3 David Heald, „Varieties of Transparency“, u: *Transparency, the Key to Better Governance?*, ur. Christopher Hood i David Heald (Oxford: Oxford University Press, 2006.), 26. Vidi u: Anoeska Buijze, *The Principle of Transparency in EU Law*, 27-29, pristup 06. rujna 2024., https://www.researchgate.net/publication/316284186_The_Principle_of_Transparency_in_EU_Law.
- 4 Heald, „Varieties of Transparency“, 26. Opširnije o navedenom vidi u: Buijze, *The Principle of Transparency*, 27-29.
- 5 Postoji stajalište da je pojam jasnoće pragmatičan pojam, te da nije inherentno svojstvo pravnog teksta, već ovisi o njegovoj uporabi u određenoj komunikacijskoj situaciji. Relevantni aspekti takve situacije uključuju korisnike jezika, njihove epistemičke i aksiološke stavove, kao i specifične oblike konteksta. Kada se koristi u različitim situacijama, isti je tekst ponekad (pragmatično) jasan, a ponekad dvojbjen. Vidi u: Marcelo Dascal i Jerzy Wróblewski, „Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law“, *Law and Philosophy* 7, br. 2 (1988): 221.
- 6 Dakle, zakoni se trebaju pripremati na transparentan način, sudski i upravni se postupci moraju voditi transparentno, javni (državni) procesi trebaju slijediti načela transparentnosti itd. Vidi u: Ana Keglević Steffek, „Trust and Transparency in Insurance Contract Law: European Regulation and Comparison of Laws“, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 24, br. 12 (2022): 320.
- 7 Michael James, Cyprian Blamires i Catherine Pease-Watkin, ur., *Political Tactics (The Collected Works of Jeremy Bentham) by Jeremy Bentham* (Oxford: Clarendon Press, 1999.), 29-34. Detaljnije vidi u: Mark Fenster, „The Opacity of Transparency“, *Iowa Law Review* 91, br. 3 (2006): 896.
- 8 Doktrina i praksa liberalizma se javila kao prva ideologija koja osporava shvaćanja o društvenom i političkom poretku koje je bilo vladajuće sve do 18. stoljeća, odnosno do Buržoasko revolucije u Francuskoj koja je promovirala sasvim nove ideje o odnosu između pojedinca i države (političke vlasti). Ova nova ideologija promovira slobodu pojedinca i prema

su građani bolje informirani, oni imaju veći utjecaj na odluke koje donose nadležni organi javne vlasti i moć potaknuti ih da oblikuju njihov sadržaj u skladu s onime što bi građani sami željeli.⁹ U društvima u kojima vlast nije transparentna, građanima je znatno teže upoznati se s njezinim aktivnostima, a zbog informacijskog deficita ne mogu adekvatno ocjenjivati niti kritizirati mjere koje vlast poduzima.

Osim što su manje zainteresirani za sudjelovanje u vladinim aktivnostima, nedovoljno informirani građani često nisu u stanju donositi niti ekonomski svrshodne odluke o svom privatnom životu. To se osobito odražava u situacijama koje zahtijevaju njihovo angažiranje na tržištu, na kojem svakodnevno sudjeluju kako bi nabavili robu i usluge koje su im potrebne za zadovoljavanje svojih opravdanih potreba i legitimnih interesa (što jest, prema definiciji, cilj svakog subjektivnog građanskog prava). Polazeći od činjenice da je ugovor pravni instrument koji omogućava promet robe i usluga, građani svakodnevno sklapaju ugovore (najčešće o kupoprodaji), što znači da uspostavljaju dužničko-vjerovničke odnose. U tim je odnosima druga strana najčešće trgovac, odnosno profesionalac koji posjeduje stručna znanja i financijsku moć koja ga čini vještim pregovaračem, pa ako građanin (fizička osoba) kao ugovorna strana (potrošač) ne može parirati u tome, trgovac uspijeva „ispregovarati“ ili izboriti bolje uvjete ugovora za sebe. Drugim (stručnim) riječima, unatoč formalno proklamiranom načelu ravnoteže stranaka u obveznom odnosu,¹⁰ činjenica da između njih postoji faktička nerazmjernost u praksi dovodi do toga da značajan broj ugovora bude zaključen pod suštinski nerazmjernim uvjetima. To je nesporna činjenica koja je odavno prepoznata i kojoj je pravo pridalo odgovarajući značaj. Upravo je zahtjev za transparentnost u ugovornim odnosima, koji u najopćenitijem smislu podrazumijeva da ugovori moraju biti sastavljeni na način da budu jasni i razumljivi objema ugovornim stranama, ključan za imenovanje ove nerazmjernosti¹¹ i jedna je od mjera koje imaju cilj spriječiti opisane situacije,

liberalnom učenju država tu slobodu ograničava, dok individualna sloboda predstavlja granice državi. U skladu s tim, liberalna država predstavlja ograničenu državu. Vidi u: Sang Wook Daniel Han, „Derecho Administrativo Global: Gobierno y Control Global sobre el Sistema Global de Posicionamiento y Galileo“, *ILSA Journal of International & Comparative Law* 14, br. 3 (2008): 690-692; Višnja Stanić, „Liberalna demokratija kao ostvarenje slobode“, *Srpska politička misao* 30, br. 4 (2010): 154-155.

- 9 Fenster, „The Opacity of Transparency“, 894. U takvim uvjetima javnost znatno teže prepoznaje nesposobne i korumpirane državne službenike i dužnosnike, zbog čega ih se rijetko proziva na odgovornost. V. Fenster, „The Opacity of Transparency“, 899-900. Važnost je ove problematike prepoznata u međunarodnoj zajednici te pravo na informaciju je zajamčeno kao temeljno ljudsko pravo u svim važnijim univerzalnim i regionalnim međunarodnim aktima o ljudskim pravima, uključujući i čl. 19. Opće deklaracije o ljudskim pravima iz 1948., čl. 10. Europske konvencije o ljudskim pravima iz 1950. i dr.
- 10 Zakon o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, br. 29/78., 39/85., 45/89., 57/89., Službeni list SRJ, br. 31/93., Službeni list SCG, br. 1/03., Službeni glasnik RS, br. 18/20. (u daljnjem tekstu: ZOO RS), u čl. 11. ZOO RS-a izričito propisuje da su stranke u obveznom odnosu ravnopravne. Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15., 29/18., 126/21., 114/22., 156/22., 155/23., u čl. 3. također propisuje da su sudionici u obveznom odnosu ravnopravni.
- 11 Keglević Steffek, „Trust and Transparency in Insurance Contract Law“, 320.

odnosno smanjiti njihov broj na najmanju moguću mjeru.

Način na koji zahtjev za transparentnost djeluje u javnom i privatnom (ugovornom) pravu nije isti; njegov se sadržaj određuje prema specifičnim okolnostima slučaja, budući da je riječ o terminu čije je značenje fluidno. Bez obzira na to zahtjev za transparentnost u pravu ima jasan cilj: doprinosi postizanju određenog poželjnog stanja kojem pravni sustav teži, a koje podrazumijeva uredenost, predvidivost i pravnu sigurnost.

2. ZAHTJEV TRANSPARENTNOSTI U JAVNOM PRAVU

U sferi javnog prava i upravljanja, zahtjev za transparentnost ima najveći značaj za ostvarivanje načela demokratskog legitimiteta i načela vladavine prava,¹² zbog njegovog ključnog utjecaja na ostvarivanje prava građana na slobodu govora i njihovo pravo na pristup informacijama. Ako građani raspolažu s više pouzdanih i pravovremenih informacija o radu javnih vlasti, lakše im je utjecati na odluke koje ta vlast donosi. Pored toga, stječu mogućnost da s razlogom pozivaju na odgovornost javne službenike za eventualnu nekompetentnost u radu i korupciju, kada se za to steknu propisani uvjeti.¹³ U takvim okolnostima postoje stvarni uvjeti za ostvarenje načela demokratskog legitimiteta u društvu.¹⁴

Kada je riječ o načelu vladavine prava, Čavoški posebno navodi kako se pretpostavlja da pravni poredak ima određena obilježja, da zakoni imaju odgovarajuće atribute te da vladavina prava podrazumijeva postojanje odgovarajućih procesnih jamstava i institucionalnih rješenja, poput odgovarajućeg pravnog postupka i

12 Marc Bungenberg i Andres E. Alvarado-Garzón, „One Size Fits All? Transparency in Investment and Commercial Arbitration“, u: *Balkan Yearbook of European and International Law 2019*, ur. Zlatan Meškić, Ivana Kunda, Dušan Popović i Enis Omerović (Cham: Springer, 2020.), 8. Uz prethodno navedene dvije uloge zahtjeva transparentnosti u javnom pravu, Peters također ukazuje na njihovu vrijednost i utjecaj na djelotvornost i učinkovitost, posebno u sektoru javnih financija. Vidi u: Peters, „The Transparency Turn“, 7. Višestruka značenja i primjena je transparentnosti koncept koji zahtijeva političku potporu (i dio je stranačkih i institucionalnih sukoba), ali istodobno podrazumijeva i tehnički aranžman - pravni i normativni mehanizam kao način na koji država skupom tehničkih pravila postaje dostupna, legitimna i prije svega demokratska. Vidi u: Mark Fenster, „Populism and Transparency: The Political Core of an Administrative Norm“, *University of Cincinnati Law Review* 89, br. 2 (2021): 300.

13 U dokumentu „Does More Transparency Improve Accountability?“ od 19. studenoga 2018. godine se navodi da shvaćanje kako postojanje transparentnosti uvjetuje bolje upravljanje, veću odgovornost i manje korupcije podržavaju: Jonathan GS Koppell, „Pathologies of Accountability: ICANN and the Challenge of Multiple Accountabilities Disorder“, *Public Administration Review* 69, br. 1 (2005): 94-108; Mark Bovens, „Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework“, *European Law Journal* 13, br. 4 (2007): 447-468; Richard Mulgan, „Transparency and Public Sector Performance“, *Report prepared for the Australia and New Zealand School of Government*, srpanj 2012., 9-10. Vidi u: Nieves Zúñiga, *Does More Transparency Improve Accountability?*, U4 Anti-corruption Resource Center, pristup 5. rujna 2024., <https://www.u4.no/publications/does-more-transparency-improve-accountability>.

14 Adnan Mahmutović, „Zakonodavni i nezakonodavni akti Evropske unije i demokratski legitimitet“, *Hrvatska i komparativna javna uprava* 13, br. 2 (2013): 478.

neovisnog sudstva.¹⁵ U ovome se području zahtjev za transparentnost ostvaruje, između ostalog, obvezom sudova i tijela javne uprave da odgovarajuće obrazlože odluke koje donose. Na taj način, zahtjev za transparentnost ima snažan utjecaj na postizanje pravne sigurnosti i predvidljivosti u postupcima u kojima tijela javne vlasti odlučuju o pojedinačnim pravima i obvezama građana.¹⁶

Na temelju naprijed navedenog može se zaključiti da zahtjev za transparentnost ima važnost središnjeg načela koje omogućava funkcioniranje demokratskih društava, što potvrđuje i činjenica da se taj zahtjev određuje kao uvjet dobre uprave.¹⁷ On je značajan ne samo u nacionalnim okvirima, već i na međunarodnoj razini gdje je njegov utjecaj posebno uočen u vezi s radom najuglednijih međunarodnih organizacija.¹⁸ U tome je kontekstu potrebno započeti od Milenijske deklaracije Ujedinjenih naroda iz 2000. godine,¹⁹ dokumenta koji promiče ključne vrijednosti za međunarodne odnose u 21. stoljeću,²⁰ koji se smatraju uvjetima za dobro upravljanje na nacionalnoj i međunarodnoj razini, među kojima se izričito navodi „transparentnost u financijskom, monetarnom i trgovinskom sustavu.“²¹ Za europski je prostor značajan dokument *Bijela knjiga o europskoj vladavini*, koji je 2001. godine usvojila Europska komisija²² i u kojem se ističe pet načela kvalitetne vladavine, a

15 Kosta Čavoški, „Treća Jugoslavija u novom ustavnom ruhu“, *Anali pravnog fakulteta u Beogradu* 40, br. 4 (1992): 313-314.

16 Bungenberg i Alvarado-Garzón, „One Size Fits All?“, 9.

17 Iako je načelo transparentnosti danas jedno od temeljnih načela za provođenje postupaka javne nabave, ističe se da ono ne smije biti apsolutno, već treba biti uravnoteženo s pravom na tajnost podataka, što je postalo jedno od važnijih pitanja u EU-u. O tome, kao i o zahtjevima prema načelu transparentnosti i načelu tajnosti podataka pred Europskim sudom za ljudska prava i Sudom EU-a, vidi u: Romina Štaba i Marko Turudić, „O sukobu načela transparentnosti i prava na tajnost podataka u pravu javne nabave Republike Hrvatske“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 74, br. 1 (2024): 99-124.

18 Utjecaj i moć međunarodnih organizacija, kao i njihova nadležnost s vremenom se povećavaju, stoga važne informacije o pravu i politici više nisu ekskluzivno dostupne samo državama, već ih posjeduju i međunarodne organizacije. Ta činjenica može utjecati na bolje informiranje javnosti, jer i međunarodne organizacije mogu informirati javnost o određenim pitanjima o kojima imaju relevantna saznanja, do kojih su došle tijekom obavljanja svoje djelatnosti. Peters čak tvrdi da bi međunarodne organizacije trebale biti smatrane tijelima s javnim ovlastima i da bi bile, u tom slučaju na isti način kao i državna tijela s javnim ovlastima, dužne informirati javnost jer ih na to obvezuje ljudsko pravo na informiranje. V. Peters, „The Transparency Turn“, 7.

19 Rezolucija Opće skupštine UN-a kojom se usvaja Međunarodna milenijska deklaracija, A/RES/55/2 od 18. rujna 2000.

20 Prema para. 6. Milenijske deklaracije Ujedinjenih naroda iz 2000. godine, koji je sistematiziran u okviru prvog poglavlja *Vrijednosti i načela*, to su sljedeće vrijednosti: sloboda, ravnopravnost, solidarnost, tolerancija, poštovanje prema prirodi i zajednička odgovornost.

21 Prema para. 13. Milenijske deklaracije Ujedinjenih naroda iz 2000. godine, koji je sistematiziran u okviru trećeg poglavlja *Razvitak i iskorjenjivanje siromaštva*, u kojem se navodi kako se potpisnice Milenijske deklaracije zalažu za otvoren, pravičan, reguliran, i nediskriminirajući multilateralni trgovinski i financijski sustav koji se zasniva na pravilima. Također, Organizacija za ekonomsku suradnju i razvoj (OECD) u svojim dokumentima definira principe dobrog upravljanja, koji uključuju i princip transparentnosti.

22 European Governance: A White Paper, OJ C 287/1, 12.10.2001.

to su: otvorenost, sudjelovanje, odgovornost, učinkovitost i usklađenost. Zahtjev za transparentnost proizlazi iz načela otvorenosti i podrazumijeva da institucije trebaju komunicirati jezikom koji je razumljiv široj javnosti.²³

Osim što se spominje u međunarodnim dokumentima, zahtjev za transparentnost je u posljednjih desetak godina sve prisutniji i u upravljanju na globalnoj razini. To je logična posljedica procesa globalizacije u kojem su međunarodni problemi postali globalni u brojnim područjima međunarodnog prava, kao što su: pravo zaštite okoliša, pravo na zaštitu temeljnih ljudskih prava, međunarodno humanitarno pravo, trgovačko i investicijsko pravo itd.²⁴ Međutim, zahtjev za transparentnost još uvijek nije pitanje koje se precizno regulira na pravno obvezujući način u okviru globalnog međunarodnog ugovora ili drugog formalnopravno obvezujućeg izvora prava. Umjesto toga, po pravilu, zastupljen je u različitim aktima međunarodnih organizacija u obliku deklaracija ili političkih zahtjeva.²⁵ Razlog za to nedvojbeno leži u činjenici da se sadržaj zahtjeva za transparentnost, zbog nedovoljne preciznosti tog pojma, još uvijek ne može jasno i cjelovito definirati,²⁶ što je neophodno kako bi se određene osobe pravno obvezale na transparentno postupanje, odnosno kako bi se propisale sankcije ako ne postupaju na traženi način.²⁷ U takvim je okolnostima veoma teško postići dogovor oko formuliranja pravne norme na razini koju zahtijeva tehnika sklapanja međunarodnog ugovora kao izvora prava.²⁸

23 Eugen Constantin, „The Principle of Transparency in Administrative Law“, *Contemporary Readings in Law and Social Justice* 6, br. 1 (2014): 423.

24 Peters, „The Transparency Turn“, 4-5.

25 Suprotno tome, Hovell tvrdi da zahtjev za transparentnost u praksi već postoji kao pravno načelo i u međunarodnom javnom pravu, koje je očitovano u pravnoj normi o transparentnosti koja daje opće pravo na pristup informacijama onima koji vrše javna ovlaštenja. Vidi u: Devika Hovell, „The Deliberative Deficit: Transparency, Access to Information and UN Sanctions“, u: Jeremy Farral i Kim Rubenstein, ur., *Sanctions Accountability and Governance in a Globalized World* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009.), 92, 97. Vidi i: Gleider I. Hernandez, „Turning Mirrors into Windows: Reflections on Transparency in International Law by Andrea Bianchi and Anne Peters (eds.)“, *Journal of World Investment & Trade* 15, br. 5-6 (2014): 1091.

26 Peters, „The Transparency Turn“, 6. Usporedi u: Rudolf Beate, „Is ‘Good Governance’ a Norm of International Law?“, u: *Völkerrecht als Wertordnung: Festschrift für Christian Tomuschat*, ur. Pierre-Marie Dupuy, Bardo Fassbender, Malcolm N. Shaw i Karl P. Sommermann (Kehl: N. P. Engel, 2006.), 1007 i 1026, na što ukazuje Peters u navedenom radu u 10. fusnoti na 6. stranici.

27 Mark Fenster, „Seeing the State: Transparency as Metaphor“, *Administrative Law Review* 62, br. 3 (2010): 626.

28 Ova okolnost, međutim, nije prepreka da se zahtjev za transparentnost normira u okviru specijaliziranih međunarodno obvezujućih pravnih režima, kao što su pravo zaštite okoliša ili međunarodno ekonomsko pravo, što su područja u kojima se načelo transparentnosti već pojavilo kao opće pravno načelo za te specifične oblasti. Vidi u: Hernandez, „Turning Mirrors into Windows“, 1097-1098.

3. ZAHTJEV TRANSPARENTNOSTI U UGOVORNOM PRAVU

Već je navedeno kako zahtjev za transparentnost u ugovornom pravu podrazumijeva dužnost ugovornih strana da u procesu pripreme, odnosno sklapanja ugovora međusobno razmijene sve značajne informacije koje su neophodne drugoj strani da bi donijela ekonomski racionalnu odluku o tome hoće li se ugovorno obvezati ili ne,²⁹ kao i da takve informacije pruže jedna drugoj pravovremeno. Riječ je, posebno, o informacijama koje su nekako manje vidljive za drugu stranu i čiji sadržaj ovisi o specifičnim okolnostima pravnog posla koji se zaključuje. Na primjer, kod ugovora o osiguranju budući osigurani subjekt obično posjeduje potpuniju informaciju od osiguravatelja o potencijalnom riziku, odnosno o mogućim okolnostima zbog kojih bi rizik od nastanka osiguranog slučaja mogao rasti, dok je osiguravatelj bolje upoznat s načinom obračuna premije (koje su naknade i kakvi su uvjeti za isplatu šteta), zatim s vjerojatnošću nastanka rizika u konkretnom slučaju, mehanizmima za rješavanje eventualnih sporova, te obaveznim i dobrovoljnim elementima ugovora o osiguranju itd.³⁰

Svrha zbog koje je zahtjev za transparentnost potreban u ugovornom pravu je zaštita načela ravnoteže između ugovornih strana, koje može biti ugroženo zbog činjenice da ugovorne strane, iako formalno jednake, zapravo to nisu. Zbog toga jača strana često uspijeva za sebe ugovoriti bolje uvjete ugovora, nerijetko na štetu druge ugovorne strane. To se može dogoditi u svim ugovorima, ali je u praksi osobito izraženo u potrošačkim ugovorima, gdje ta razlika odražava činjenicu da je trgovac (u stručnom, financijskom i organizacijskom pogledu) obično znatno jači u odnosu na potrošača.

3.1. Specifičnosti potrošačkih ugovora

Potrošački se ugovori kvalificiraju na osnovi činjenice da ih međusobno zaključuju trgovac i potrošač.³¹ Trgovci su starija kategorija od potrošača i u početku su se kvalificirali prema pripadnosti udruženju trgovaca (trgovačkoj kasti). Na temelju tog subjektivnog kriterija, trgovcem se smatrala svaka osoba koja je član takvog udruženja, a trgovačkim poslovima su se smatrale sve aktivnosti trgovaca bez obzira na njihov karakter i namjenu. Međutim, nakon rušenja feudalnog sustava i uvođenja tržišne ekonomije, uvidjelo se da je takvo subjektivno određenje pojma trgovca neadekvatno, te bi slobodna trgovina bolje funkcionirala ako bi se trgovcem smatrale i druge osobe koje obavljaju trgovačke poslove, neovisno o tome jesu li one istovremeno i upisane u odgovarajuće registre trgovaca. Neke su države, zbog toga, prešle na objektivni kriterij kvalifikacije.³² U suvremenim pravnim sustavima

29 Ekonomski racionalne odluke su one koje neka osoba donosi u vlastitom interesu, dok su ekonomski neracionalne odluke o zaključenju ugovora one koje bi neka osoba donijela ukoliko bi bila upoznata sa svim relevantnim okolnostima tog ugovora.

30 Keglević Steffek, „Trust and Transparency in Insurance Contract Law“, 320.

31 Oba se svojstva utvrđuju na osnovi uvjeta propisanih relevantnim propisima.

32 Predstavnik je ovog sustava francusko pravo u kojem je, nakon rušenja feudalnog sustava i uvođenja novih ekonomskih odnosa kao tekovine Francuske buržoaske revolucije koji su

ova razlika sve više nestaje u smislu da kvalifikacija trgovca, u pravilu, ne počiva isključivo na subjektivnom ili objektivnom kriteriju, već se oni prepliću te trgovcem se smatra i osoba koja je upisana u registar trgovaca (subjektivni kriterij), kao i osoba koja se bavi trgovačkim djelatnostima (objektivni kriterij).³³

Opći se pojam trgovca u nacionalnim pravima određuje, u pravilu, propisom koji regulira trgovinu. Osim toga, pojam trgovca redovito se određuje i u okviru propisa o zaštiti potrošača, što je potrebno za osiguranje njihove pouzdane i djelotvorne zaštite. Specifičnost potrošačkog prava u odnosu na ovo pitanje jest u tome što pojam trgovca određuje široko i sadržajnije u tome smislu što obuhvaća ne samo poduzetnike i pravne osobe koje su registrirane za obavljanje trgovačke djelatnosti, već i fizičke osobe koje nastupaju na tržištu u okviru svoje poslovne djelatnosti ili u druge komercijalne svrhe. Uz to, trgovcem se smatraju i osobe koje posluju u ime ili za račun navedenih osoba.³⁴ Potrošač, s druge strane, predstavlja fizičku osobu kada nabavlja robu ili usluge za osobne potrebe, odnosno izvan okvira svoje profesije, poslovne aktivnosti ili poduzetništva.

Zajedničko trgovcima i potrošačima jest da su sudionici na tržištu, ali postoji bitna razlika u tome što trgovac djeluje u komercijalne svrhe, tj. prodaje robu i usluge s ciljem ostvarivanja profita, dok potrošač kupuje robu i usluge kako bi zadovoljio svoje osobne potrebe te potrebe članova svojeg kućanstva. Da bi ostvario profit, trgovac mora poslovati ekonomski isplativo, a za to je potrebno da posjeduje stručno znanje koje mu omogućava da prati i ponudu i potražnju roba i usluga koje plasira na tržište, da objektivno procijeni njihovu kvalitetu te da formira prodajnu cijenu tako da ona bude konkurentna, ali istodobno mu treba osigurati profit.³⁵ Potrošač,

podrazumijevali slobodu trgovine, došlo do ukidanja staleža trgovaca. Ta je promjena učinila da je trgovačko pravo prestalo biti profesionalno pravo i na taj način je izgubilo subjektivni karakter. V. Vrleta Krulj, *Trgovački zakonik Francuske: Predgovor prof. dr. Vrleta Krulj*, (Beograd: Savremena administracija, 1976.), 7-8. Francuski trgovački zakonik (*Code de commerce*) iz 1807. godine u čl. 1. određuje trgovca kao: „osobu koja se bavi trgovačkim poslom kao redovnim/redovitim zanimanjem (obrotnom djelatnošću).“ Na temelju toga, trgovačkim su se smatrali svi poslovi koji su po svom karakteru trgovački, neovisno o tome tko ih obavlja, a ovaj objektivni kriterij određivanja pojma trgovca primjenjivao se u zemljama romanskog pravnog područja. Na sličan je način pojam trgovca određivao i njemački trgovački zakonik iz 1860. godine, ali se od toga odstupilo trgovačkim zakonikom iz 1897. godine, prema kojem njemačko trgovačko pravo ponovno postaje staleško pravo i propisuje da se trgovcem smatra osoba koja po zakonu ima to svojstvo, a trgovački poslovi su oni poslovi koje obavlja trgovac. Vidi u: Mirko Vasiljević, *Poslovno pravo* (Beograd: Udruženje pravnik u privredi SR Jugoslavije, 2001.), 41. Za određenje trgovca u njemačkom pravu vidi u: Martin Wolff, *The Merchant*, pristup 6. rujna 2024., <https://vlex.de/vid/chapter-the-merchant-42463519>.

33 Vasiljević, *Poslovno pravo*, 41-42.

34 Prema čl. 2. st. 1. t. 2. Direktive 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pravima potrošača, izmjeni Direktive Vijeća 93/13/EEZ i Direktive 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća te o stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 85/577/EEZ i Direktive 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, SL L 304, 22.11.2011.

35 Neki su potrošači spremni platiti višu cijenu za robu ili uslugu visoke kvalitete, no postoje prodavači koji prodaju robu lošije kvalitete po cijeni one najkvalitetnije. U tom drugom slučaju, negativno ponašanje trgovca ne samo da nanosi štetu kupcima koji su platili više za ono što su dobili, već takve prijevare mogu, u konačnici, utjecati i na zatvaranje takvih prodajnih objekata. Vidi u: George Akerlof, „The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty

suprotno tome, kupuje ono što izabere iz dostupne ponude u skladu sa svojim trenutnim, kratkoročnim ili dugoročnim potrebama. Njegove su potrebe za robom i uslugama raznolike: neke nabavlja svakodnevno, neke češće ili rjeđe, dok druge (poput nekretnine za stanovanje) kupuje jednom u nekoliko godina ili čak samo jednom u životu. U takvoj situaciji, potrošač obično nema ni znanje ni mogućnost biti upućen u ponudu kao trgovac i ako mu je određena roba ili usluga neophodna, često je spreman platiti i višu cijenu kako bi ju dobio. Ovi međusobno suprotstavljeni interesi trgovaca i potrošača moraju biti izbalansirani u ugovornom odnosu u skladu s načelom ravnoteže strana u obveznim odnosima, ali u praksi se ta ravnoteža narušava kada faktički jača ugovorna strana, obično trgovac, polazi od stava da njegov posao (trgovina) podrazumijeva iskorištavanje svih mogućnosti za ostvarenje što većeg profita te da druga strana treba sama voditi računa o zaštiti svojih interesa.³⁶ Ako trgovac koji tako rezonira posveti dodatnu pažnju kako bi sebi osigurao povoljnije ugovorne uvjete, primjerice angažiranjem svojih stručnih, financijskih i organizacijskih kapaciteta ili vanjskih stručnjaka, tada su njegovi izgledi za uspjeh još veći. Potrošači u takvim uvjetima postaju sve siromašniji i mogu zadovoljiti sve manje svojih osobnih potreba i potreba svojeg kućanstva, a opasnost je veća ako je tržište određene robe ili usluge manje razvijeno.

Na slobodnim tržištima roba i usluga ne postoje pravna ograničenja koja bi kupca određene robe ili usluge, uključujući i potrošača, ometala ili ograničavala u nastojanjima da se samostalno informira o njihovoj kvaliteti i tržišnoj vrijednosti. Međutim, praksa pokazuje da kupci nisu uvijek racionalni prilikom kupovine, a to je pitanje davno privuklo pažnju raznih autora, gdje se ekonomsko ponašanje sudionika na tržištu već nekoliko desetljeća proučava u okviru posebne znanstvene discipline, točnije *bihevioralne ekonomije* koja je specifična po tome što uz ekonomska znanja koristi i analitičke instrumente psihologa.³⁷ Rezultati istraživanja pokazuju da kupci ponekad postupaju ekonomski racionalno, tj. imaju unaprijed određene jasne ciljeve o svojim potrebama i odlučuju kako ostvariti najveću korist za novac kojim plaćaju pribave.³⁸ Međutim, kupci ne postupaju uvijek ekonomski racionalno, već na njihove odluke često utječu osobni ciljevi,³⁹ osobna stanja i karakteristike.⁴⁰

and the Market Mechanism“, *Quarterly Journal of Economics* 84, br. 3 (1970): 495 i 498.

36 Navedeno proizlazi iz razumijevanja da poslovno sposobnim (obično punoljetnim) čovjekom smatramo onu fizičku osobu koja je sposobna sama brinuti se o sebi i svojim interesima.

37 O porijeklu i razvitku bihevioralne ekonomije vidi u: Adam Oliver, „Towards a New Political Economy of Behavioral Public Policy“, *Public Administration Review* 79, br. 6 (2019): 917-920.

38 Edward L. Rubin, „Rational Choice and Rat Choice: Some Thoughts on the Relationship among Rationality, Markets, and Human Beings“, *Chicago Kent Law Review* 80, br. 3 (2005): 1092; Jacob Jacoby, „Is it Rational to Assume Consumer Rationality - Some Consumer Psychological Perspective on Rational Choice Theory“, *Roger Williams University Law Review* 6, br. 1 (2000): 85-87.

39 Rubin, „Rational Choice and Rat Choice“, 1093.

40 Prodavači nerijetko koriste različite metode uvjeravanja potrošača kako bi ga privukli da zaključi ugovor koji nude, kao što su: na primjer, prekomjerni optimizam potrošača, njegove greške u razmišljanju, predrasude, vremenska ograničenja ponude, stanje stresa ili straha kod potrošača itd. Takve su prakse posebno zabrinjavajuće ako trgovac obučava svoje zaposlenike

Njihovo mišljenje o stvarnoj, realnoj vrijednosti određene robe i/ili usluge često ovisi o tome koliko truda trebaju uložiti, odnosno koliko teškoća trebaju savladati kako bi zadovoljili svoje potrebe za robom ili uslugama.⁴¹ Veliki broj kupaca smatra da je povoljnija ponuda onog trgovca koji mu pruži potrebne informacije u odnosu na ponudu trgovca koji tome pitanju ne posvećuje dovoljno pažnje. Zbog toga je izuzetno važno da trgovac omogući kupcu dostupnu, jasnu, jezično i ekonomsko razumljivu (transparentnu) informaciju⁴² o svojoj ponudi.

3.2. Zaključivanje ugovora pozivanjem na obrazac koji je trgovac jednostrano i unaprijed pripremio kao razlog za normiranje (ratio) zahtjeva transparentnosti u europskom potrošačkom pravu

U suvremenim je uvjetima života potražnja za robama i uslugama ogromna te kontinuirano raste. Svakodnevno se zaključuje bezbroj ugovora o kupoprodaji, a trgovci su uvidjeli da na veliku potražnju mogu učinkovitije odgovoriti ako pojednostave i ubrzaju proces zaključivanja ugovora. U tom cilju oni unaprijed formiraju sve ili pojedine ugovorne odredbe i kao dovršen obrazac⁴³ nude svim zainteresiranima kao svoju ponudu.⁴⁴ Sadržaj obrasca ugovora trgovac određuje

da se tako ponašaju u poslovanju s potrošačima. Vidi u: Ola Svensson, „The Unfair Contract Terms Directive: Meaning and Further Development“, *Nordic Journal of European Law* 3, br. 2 (2020): 35. O mogućim uzrocima neracionalnih izbora potrošača v. Katarina Jovičić, „Koncept ‘ugroženi potrošač’ u pravu EU i srpskom pravu“, *Pravo i privreda* 59, br. 3 (2021): 363-367.

- 41 Edwin Cannan, ur., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations by Adam Smith*, Vol. 1. (Chicago: The University Chicago Press, 2010.), 50.
- 42 Polazeći od činjenice da postoji snažna poveznica i korelacija između temeljnih instituta zaštite potrošača i jamstva potpune učinkovitosti prava EU-a, Mišćenić ističe da je dužnost informiranja jamstvo transparentnosti i učinkovitosti *acquisa*. Emilia Mišćenić, „Učinkovitost i transparentnost online informiranja potrošača“, u: *Pravna zaštita pojedinca na jedinstvenom digitalnom tržištu Europske unije*, ur. Jakša Barbić (Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2021.), 49.
- 43 U situaciji kada se ugovor zaključuje na osnovi obrasca koji je trgovac unaprijed, jednostrano pripremio i ponudio drugoj ugovornoj strani, potrebno je da se ponuđeni upozna sa sadržajem ponude kako bi mogao izraziti slobodnu volju za zaključenje ugovora. Za to je potrebno da mu ponuditelj pruži relevantne informacije na način da može razumjeti sadržaj ponude bez potrebe da se o tome savjetuje sa stručnom osobom, kao i da mu ostavi dovoljno vremena za razmatranje. U ovoj, predugovornoj, fazi ponuditelj koji posluje korištenjem obrasca s unaprijed pripremljenim ugovorom ili ugovornim odredbama snosi veći teret obveza jer je on, kao stručnjak, dužan postupati s višim stupnjem pažnje u odnosu na drugu stranu, a to znači da je dužan voditi računa o tome da predloženi raspored prava i obaveza ugovornih strana bude uravnotežen i korektan. Savjesni trgovac upravo tako i postupa. On je svjestan svoje faktičke superiornosti nad kupcem jer ima dovoljno stručnog znanja da to uoči, ali istovremeno ne želi to zloupotrijebiti na štetu ponuđenog.
- 44 Ovaj se obrazac može koristiti i kao gotov ugovor ili se prilikom zaključivanja ugovora u jednoj odredbi upućuje na njegovu primjenu kao sastavni dio ugovora. Na taj se način može pojaviti u obliku adhezijskog ugovora (ugovora po pristupu) ili kao tipičan ugovor koji upućuje na primjenu općih uvjeta (ugovora, poslovanja). Vidi u: Slobodan Vukadinović, „Adhezioni ugovori u francuskom pravu“, *Strani pravni život* 64, br. 1 (2020): 6.

jednostrano i može se dogoditi da sadržaj nije formuliran tako da položaj ugovornih strana bude uravnotežen, već da je predloženi raspored ugovornih prava i obaveza u cijelosti povoljan za trgovca, čak i na štetu druge strane. Druga strana (primatelj, potrošač) slobodno odlučuje hoće li se ugovorno obvezati na način kako je predloženo u obrascu i ima pravo tražiti izmjene (ukoliko je toga svjesna). Ako obje strane prihvate sadržaj korekcija, zaključit će ugovor pod tako izmijenjenim, tj. posebnim uvjetima.

Zaključivanje ugovora putem unaprijed pripremljenog obrasca nije samo jednostavno, već je na prvi pogled povoljno za obje ugovorne strane, jer štedi vrijeme u suvremenom svijetu u kojem je moto: „Vrijeme je novac.“ Međutim, praksa je pokazala da ova naizgled obostrana pogodnost to zapravo nije, već je potrebno razmotriti druge okolnosti, i subjektivne i objektivne, kako bi se donio ispravan zaključak. Među tim okolnostima, koje su brojne i raznolike, treba uvijek uzeti u obzir želi li ponuđeni nabaviti neku uslugu ili proizvod koji smatra neophodnim za zadovoljavanje svojih vitalnih potreba (osobnih ili članova svoje obitelji), kao i činjenicu postoji li na tržištu alternativna ili povoljnija ponuda. Ukoliko takva ponuda nije dostupna, dilema ponuđenog nije hoće li ili ne pristati na nepovoljnu ponudu, već hoće li zadovoljiti svoju vitalnu potrebu. Pod tim je pritiskom značajan broj ponuđenih spreman prihvatiti ponudu trgovca onakvu kakva jest, nadajući se da će se ugovor izvršiti bez problema i da neće doći u situaciju da se primjenjuju nepovoljne odredbe, pod uvjetom da je ponuđeni uopće primijetio i barem djelomično razumio da je ugovor nepovoljan. Praksa je također pokazala da značajan broj ponuđenih ne pročita obrazac prije ili prilikom zaključivanja ugovora, nekada zbog brzopletosti, a ponekad zato što im trgovac objektivno nije dao dovoljno vremena da to učine. Na kraju, značajan broj potrošača, čak i kada pročita obrazac, suštinski ne razumije koja prava i obaveze preuzima zaključivanjem ugovora na temelju tog obrasca.

Suglašavanjem s ponuđenim obrascem nakon što su dogovoreni predmet ugovora i cijena, ugovor je valjano zaključen i proizvodi pravne posljedice. Od toga se može odstupiti samo na temelju naknadnog dogovora stranaka ugovora ili osporavanjem valjanosti pojedinih ugovornih odredbi ili čak cijelog ugovora, pozivajući se na njihovu nepoštenost, pod uvjetom da su ispunjeni propisani uvjeti.⁴⁵ Prilikom razmatranja osnovanosti tužbenog zahtjeva, sud ispituje je li trgovac (kreator obrasca) u predugovornoj fazi postupao transparentno.⁴⁶

45 Nepoštene ugovorne odredbe najdetaljnije su regulirane u potrošačkom ugovornom pravu. U pravu EU-a njih uređuje Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima, SL L 95, 21.4.1993. (u daljnjem tekstu: Direktiva 93/13), s posljednjim izmjenama SL L 2024/90093, 09.02.2024. (konsolidirana verzija). Ova je direktiva na odgovarajući način transponirana u nacionalna zakonodavstva država članica EU-a, a potakla je zakonodavna rješenja i u državama koje nisu članice EU-a.

46 Nepošteno može nastupiti i kupac prema trgovcu, ali je veća vjerojatnost da trgovac, s obzirom na stručno znanje, iskustvo, ekonomsku snagu i poznavanje pravila ponašanja kupaca/potrošača na tržištu, to prepozna i adekvatno se zaštiti, ne pristajući zaključiti ugovor pod uvjetima koji su za njega nepovoljni.

3.3. *Zahtjev transparentnosti u pravu EU-a kao uvjet za utvrđivanje (ne)poštenosti ugovorne odredbe*

U ugovornom je pravu EU-a zahtjev transparentnosti jasno prepoznat u Direktivi koja uređuje označavanje, prezentaciju i reklamiranje prehrambenih proizvoda za prodaju krajnjem potrošaču iz 1978. godine (u daljnjem tekstu: Direktiva 79/112),⁴⁷ kojom je regulirana obaveza trgovca informiranja potrošača o svojstvima i karakteristikama te vrsti proizvoda.⁴⁸ Propisano je da se ova obaveza realizira etiketiranjem proizvoda (obilježavanjem, označavanjem) i istovremeno je precizirano da se pod time podrazumijeva svaka riječ, pojedinost, žig, naziv proizvoda, slikovni prikaz ili simbol koji se odnosi na proizvod i koji se nalazi na bilo kojoj ambalaži, ispravi, etiketi, obruču i privjesku koji prati ili se odnosi na taj proizvod.⁴⁹ Konačno, izričito je predviđeno kako je trgovac dužan navedene informacije obavijestiti na jeziku koji kupci lako razumiju.⁵⁰

Direktivom 79/112 zahtjev transparentnosti nije samo uveden u potrošačko pravo EU-a,⁵¹ već je njegovo precizno i sadržajno reguliranje, kako pravilno

47 Council Directive 79/112/EEC of 18 December 1978 on the Approximation of the Laws of the Member States Relating to the Labelling, Presentation and Advertising of Foodstuffs for Sale to the Ultimate Consumer, SL L 33/1, 8.2.1979. (u daljnjem tekstu: Direktiva 79/112). Predmet je Direktive 79/112 određen u čl. 1. st. 1. i odnosi se na označavanje hrane koja se kao takva treba dostaviti krajnjem potrošaču, kao i na određene aspekte predstavljanja i oglašavanja. Direktiva je stavljena izvan snage 25. svibnja 2000. godine, ali u kontekstu razmatrane teme ima pravnopovijesni značaj.

48 Direktivom 79/112 su taksativno propisane informacije koje su predmet obaveze trgovca: naziv pod kojim se proizvod prodaje, popis sastojaka, neto količina proizvoda koji je prethodno upakiran, minimalni rok upotrebe (valjanosti), posebni uvjeti skladištenja i čuvanja, podaci o identitetu trgovca koji je proizvod proizveo ili pakirao ili stavio u promet, podaci o podrijetlu proizvoda i upute za uporabu ako nije moguće proizvod uobičajeno koristiti bez takvih uputa (čl. 1. st. 3. Direktive 79/112).

49 Čl. 1. st. 3. (a) Direktive 79/112. Prema čl. 2. Direktive 79/112 izričito se zabranjuje etiketiranje korištenjem metoda koje dovode kupca u zabludu u pogledu svojstava hrane, kao i pripisivanje hrani učinke ili svojstva koja ona nema, pripisivanje posebnih karakteristika hrani kada u stvarnosti sve slične namirnice posjeduju takva svojstva, pripisivanje bilo kojoj hrani svojstva prevencije ili liječenja ljudskih bolesti ili se pozivati na takva svojstva. Osim označavanja hrane, navedene se zabrane odnose i na prezentaciju prehrambenog proizvoda (osobito njegov oblik, izgled ili pakiranje, način aranžiranja i okoliš u kojem se izlaže), kao i na reklamiranje.

50 Čl. 14. st. 2. Direktive 93/13.

51 Iako se zaštita potrošača u EU-u (prije u Europskoj zajednici) razvijala postupno i u početku nije bila samostalan cilj, bila je posljedica usputne i refleksne zaštite jedinstvenog, unutarnjeg tržišta EU-a, tj. uklanjanje prepreka slobodnom kretanju roba i usluga, koja danas ne samo da predstavlja izuzetno razvijen sustav koji se kontinuirano nadograđuje, već je i jedna od najznačajnijih vrijednosti i ciljeva kojima EU teži u svojim politikama. Kao jedna od središnjih politika, ona utječe na druge politike na način da se danas u EU-u ne može donijeti nijedan propis ako nije usklađen s politikom i zahtjevima zaštite potrošača. Slobodan Vukadinović, „Evropsko potrošačko pravo i njegov uticaj na razvoj potrošačkog prava Srbije“, u: *65 godina od Rimskih ugovora: Evropska unija i perspektive evropskih integracija Srbije*, ur. Jelena Čeranić Perišić, Vladimir Đurić i Aleksandra Višekruna (Beograd: Institut za uporedno pravo, 2023.), 209-210.

primjećuje Loss, ukazalo na najmanje tri aspekta zahtjeva transparentnosti: 1.) *prezentacija informacije* prema kojoj informacija mora biti predstavljena na način da bude vidljiva potrošaču, odnosno ne može ostati neprimijećena od strane potrošača prije zaključenja ugovora, a najkasnije u trenutku njegova zaključenja, 2.) *razumljivost informacije* prema kojoj informacija mora biti sastavljena tako da potrošač može razumjeti koje mu se informacije prenose i 3.) *jezik informacije* prema kojoj informacija koja se priopćava potrošaču mora biti na jeziku koji potrošač razumije.⁵²

Zahtjev transparentnosti je konačno utemeljen u potrošačkom ugovornom pravu EU-a Direktivom 93/13,⁵³ u kojoj je normiran kao jedan od uvjeta na temelju kojih se ocjenjuje je li određena ugovorna odredba, o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo, nepoštena ili ne.⁵⁴ Ograničenje primjene ovog uvjeta na ugovorne odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo upućuje na zaključak da će se zahtjev transparentnosti razmatrati u praksi, po pravilu, u odnosu na ugovorne odredbe koje je trgovac unaprijed i jednostrano formulirao, a na koje je potrošač odmah pristao.

Kako bi se razumjelo na koji način zahtjev transparentnosti uvjetuje ocjenu određene ugovorne odredbe nepoštenom, potrebno je poći od općeg testa za ocjenu nepoštenosti, koji je formuliran u čl. 3. st. 1. Direktive 93/13 pravilom: „Ugovorna odredba o kojoj se nisu vodili pojedinačni pregovori smatra se nepoštenom ako u suprotnosti s uvjetom o dobroj vjeri, na štetu potrošača prouzrokuje značajniju neravnotežu u pravima i obavezama stranaka ugovora.“ Na temelju navedenog, sud

52 Marco Loos, „Double Dutch - On the Role of Transparency Requirement with Regard to the Language in which Standard Contract Terms for B2C-Contracts Must Be Drafted“, *Journal of European Consumer and Market Law* 6, br. 2 (2017): 54.

53 Riječ je o propisu opće primjene koji se odnosi na sve ugovore sklopljene između potrošača i trgovca (B2C ugovori), neovisno o njihovom sadržaju. Direktiva 93/13 u značajnoj je mjeri inspirirana rješenjima sadržanim u njemačkom Zakonu o općim uvjetima poslovanja iz 1976. godine. Vidi u: Slobodan Vukadinović, „Pravnoteorijske karakteristike i pravnodogmatski razvoj njemačkog prava opštih uslova poslovanja“, *Strani pravni život* 65, br. 3 (2021): 352.

54 Opći je test procjene nepoštenosti ugovorne odredbe sadržan u čl. 3. st. 1. Direktive 93/13 koji glasi: „Ugovorna odredba o kojoj se nisu vodili pojedinačni pregovori smatra se nepoštenom ako u suprotnosti s uvjetom o dobroj vjeri, na štetu potrošača uzrokuje značajniju neravnotežu u pravima i obavezama stranaka, proizašlim iz ugovora.“ U vezi s tim, u t. 16. preambule Direktive 93/13 navodi se da procjena nepoštenosti odredaba koja se vrši u skladu s odabranim općim kriterijima, posebno u prodaji ili pružanju javnih usluga gdje se usluge pružaju kolektivno, mora se nadopuniti tako da se najprije općenito ocijene različiti uključeni interesi; budući da to predstavlja uvjet o dobroj vjeri; budući da prilikom donošenja procjene o dobroj vjeri posebnu pažnju treba posvetiti jačini polazišta pregovaračkih strana, zatim je li potrošač bio naveden da prihvati odredbu i je li roba ili usluga prodana ili pružena na osnovi posebne narudžbe potrošača; budući da prodavač robe ili pružatelj usluga možda ispunjava uvjet o dobroj vjeri ako postupa pošteno i pravedno u odnosu na drugu stranu čijim zakonitim interesima mora voditi računa. U t. 20. preambule Direktive 93/13 naglašava se da ugovore treba sastavljati jasnim, razumljivim jezikom, te da bi potrošač trebao imati mogućnost pregledati sve odredbe i trebalo bi, u slučaju kakvih sumnji, prevladati tumačenje koje je za potrošača najpovoljnije. Iako je danas zahtjev transparentnosti prisutan i u brojnim drugim direktivama potrošačkog prava EU-a, uvažavajući ograničenje prostora jednog članka, u ovom se radu prvenstveno odnosi na Direktivu 93/13 o nepoštenim ugovornim odredbama.

ili tijelo koji rješava spor mora odgovoriti na dva pitanja: prvo, uzrokuje li primjena te odredbe značajniju neravnotežu u ugovornom položaju potrošača i drugo, je li trgovac uveo tu ugovornu odredbu u formular postupajući suprotno načelu savjesnosti i poštenja.

3.3.1. *Smjernice za ocjenu (ne)postojanja nerazmjernosti u pravnom položaju ugovornih strana na štetu potrošača*

Kada je riječ o ovom zahtjevu, prvo treba razumjeti da se obveze ugovornih strana u ugovornom odnosu međusobno bitno razlikuju u tome smislu što jedna ugovorna strana ima obvezu koja predstavlja karakterističnu činidbu (prestaciju) za dani ugovor, dok je obveza druge strane, u pravilu, platiti odgovarajući iznos (u novcu). Karakteristična je uvijek činidba (prestacija) ugovorne strane koja ne plaća cijenu zato što je riječ o specifičnoj obvezi na osnovi koje se međusobno razlikuju (u pravilu imenovanih) vrste ugovora. Za razliku od toga, plaćanje je cijene redovita ugovorna obveza u najvećem broju dvostranoobvezujućih teretnih (sinalagmatičkih) ugovora, neovisno o njihovoj vrsti.⁵⁵ U tome kontekstu treba primijetiti kako je moguće da ugovorom bude predviđen (faktički ugovoren) iznos cijene koji je objektivno nerazmjerno visok ili nerazmjerno nizak u odnosu na stvarnu vrijednost činidbe nositelja karakteristične prestacije, što onda predstavlja nerazmjernost, odnosno neravnotežu u međusobnim davanjima ugovornih strana.⁵⁶

U zakonskim se tekstovima, po pravilu, ne preciziraju smjernice koje upućuju na okolnosti od značaja za razmatranje postoji li između prava i obveza ugovornih strana neravnoteža, već se to pitanje rješava od slučaja do slučaja, u skladu sa specifičnim okolnostima.⁵⁷ To znači da sud, odnosno tijelo koje rješava sporno pitanje, odlučuje o tome što može povećati rizik od pravne nesigurnosti. Taj je

55 Primjerice, kod ugovora o prodaji robe karakteristična je obveza prodavatelja (da kupcu preda stvar i prenese pravo vlasništva), dok je kupčeva obveza da za to plati cijenu; kod ugovora o djelu karakteristična je obveza izvođača (da obavi ugovoreni posao), dok je obveza naručitelja da plati cijenu itd. Obveza je nositelja karakteristične činidbe, u pravilu, složenija od obveze druge strane koja se sastoji od jednostavne radnje, a to je uplata ugovorenog novčanog iznosa.

56 U srpskom pravu postoji načelo koje nalaže da u sklapanju dvostranih ugovora strane polaze od načela jednake vrijednosti ugovornih davanja (čl. 15. st. 1. ZOO RS-a), dok se pravne posljedice nepostojanja ove ravnoteže reguliraju posebnim pravilima ZOO RS-a (vidi čl. 15. st. 2. ZOO RS-a). U tom kontekstu, ZOO RS razlikuje slučajeve kada nejednakost međusobnih ugovornih davanja postoji već u trenutku sklapanja ugovora (vidi čl. 139. ZOO RS-a, koji regulira pitanje prekomjernog oštećenja, kao i čl. 141. ZOO RS-a, koji uređuje zelenaške ugovore) i u tom slučaju oštećena strana može, pod zakonom propisanim uvjetima, zahtijevati poništenje ugovora (u slučaju prekomjernog oštećenja), odnosno ugovor je ništavan, tj. nije bio valjano sklopljen (kada se radi o zelenaškom ugovoru). Međutim, moguće je da u trenutku sklapanja ugovora nije postojala neekvivalencija međusobnih ugovornih davanja, već da ona nastane kasnije, tijekom njegovog (ne)izvršenja, i u tom se slučaju zainteresirana strana može pozvati na pravni institut promijenjenih okolnosti (*rebus sic stantibus*) i zahtijevati u sudskom postupku raskid ili izmjenu ugovora zbog promijenjenih okolnosti (čl. 133. ZOO RS-a).

57 Direktiva 93/13 sadrži prilog uz čl. 3. st. 3. u kojem su taksativno navedene, primjerice, ugovorne odredbe koje se mogu smatrati nepoštenima (na popisu je sedamnaest ugovornih odredaba).

rizik posebno prisutan u predmetima koji se rješavaju na osnovi pravila Direktive 93/13 zbog činjenice da ih primjenjuju nacionalni sudovi u skladu s pravilima vlastitog prava (u koje su transponirana pravila Direktive 93/13), tj. u pravnim sustavima koji se međusobno razlikuju čak i u bitnoj mjeri. Zbog toga je Europska komisija, u skladu sa svojim nadležnostima, nakon šest godina primjene Direktive 93/13 donijela Smjernice za tumačenje i primjenu Direktive Vijeća 93/13/EEZ o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima za njezino tumačenje i primjenu (u daljnjem tekstu: Smjernice za tumačenje i primjenu Direktive 93/13)⁵⁸ koje su izrađene uz uvažavanje prakse Suda EU-a,⁵⁹ odnosno njegovih odluka u postupcima koje su pokrenuli nacionalni sudovi država članica tražeći tumačenje prava (odluke o prethodnim pitanjima) zbog nedoumica u vezi s tumačenjem pravila Direktive 93/13, odnosno kojima su tražili njihovo pojašnjenje ili provjeru jesu li nacionalni propisi koji ih primjenjuju ili praksa u primjeni tog propisa u skladu s pravom EU-a.

U Smjernicama za tumačenje i primjenu Direktive 93/13 dane su preporuke tijelima koji primjenjuju Direktivu 93/13 za procjenu je li određena ugovorna odredba nepoštena ili ne. S tim u vezi, smjernice upućuju na razlikovanje dviju situacija za koje se preporučuju različiti postupci: prvo, predmeti u kojima mjerodavno pravo ima dispozitivna zakonska pravila za postupanje u danoj (spornoj) situaciji i drugo, predmeti u kojima ne postoje relevantne zakonske odredbe o pitanju koje je isto kao i predmet spora.

U prvom se slučaju preporučuje da se postojeće (dispozitivno) zakonsko pravilo smatra primarnim kriterijem za procjenu (ne)postojanja znatnije neravnoteže u pravima i obvezama strana. Nacionalni sud, pred kojim se postavi ovo pitanje, treba najprije usporediti sadržaj osporavane ugovorne odredbe s ugovornom odredbom nacionalnog prava koja bi se primjenjivala da osporavana odredba nije sastavni dio zaključenog ugovora. Cilj je usporedbe utvrditi dovodi li ugovorena odredba (za koju se tvrdi, odnosno sumnja da je nepoštena) i ukoliko dovodi utvrditi u kojoj mjeri stavlja potrošača u nepovoljniji položaj u odnosu na onaj u kojem bi bio na temelju dispozitivnih normi mjerodavnog ugovornog prava. Pravni je položaj potrošača nepovoljniji, na primjer, kada se ugovornom odredbom ograničavaju prava koja bi potrošači inače ostvarili ili kada se potrošaču ograničava ostvarivanje određenog prava. Takva odredba također može nametnuti potrošaču dodatnu obvezu koja nije predviđena relevantnim nacionalnim pravilima.⁶⁰ Da bi bila pravno relevantna,

58 Smjernice za tumačenje i primjenu Direktive Vijeća 93/13/EEZ o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima, SL C 323, 27.09.2019.

59 Sud EU-a je najviša sudska instanca u pravosudnom sustavu EU-a. Njegov je zadatak donositi odluke u postupcima koji se odnose na: tumačenje prava, odlučivanje u postupcima pokrenutim protiv država članica ako ne primjenjuju pravo EU-a, odlučivanje o sporovima između država članica u vezi s primjenom osnivačkih ugovora, odlučivanje o tužbama za poništenje pravnih akata EU-a itd.

60 Presuda od 14. ožujka 2013., *Mohamed Aziz protiv Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, C-415/11, EU:C:2013:164, para. 68; presuda od 16. siječnja 2014., *Constructora Principado SA protiv José Ignacia Menéndez Álvarez*, C-226/12, EU:C:2014:10, para. 21; presuda od 21. siječnja 2017., *Banco Primus SA protiv Jesús Gutiérreza Garcíje*, C-421/14, EU:C:2017:60, para. 59; presuda od 20. rujna 2017., *Ruxandra*

nerazmjernost u pravima i obvezama na štetu potrošača mora biti značajnija, što je također pitanje koje se rješava od slučaja do slučaja. Posebno u vezi s ovim pitanjem, Sud se EU-a izjasnio u presudi u predmetu C-226/12, u kojoj je izričito navedeno da znatnija nerazmjernost u pravima i obvezama na štetu potrošača postoji ako „dovoljno ozbiljno oštećuje pravni položaj u koji je na osnovi primjenjivih nacionalnih odredbi stavljen potrošač [...]“.⁶¹ Međutim, po izričitom stavu Suda EU-a, to ne znači nužno i da odredba mora imati značajniji ekonomski utjecaj u pogledu vrijednosti transakcije.⁶²

U drugom slučaju, kada mjerodavno materijalno pravo ne sadrži dispozitivno zakonsko pravilo koje uređuje istu situaciju kao ugovoreno pravilo koje se osporava, sud treba procijeniti znatniju neravnotežu u odnosu na druge pojediniosti, kao što su poštene i pravedne tržišne prakse ili uspoređivanje prava i obveza stranaka iz određene odredbe, uzimajući u obzir prirodu ugovora i druge povezane ugovorne odredbe.⁶³

3.3.2. *Smjernice za ocjenu postupanja trgovca koje je suprotno načelu savjesnosti i poštenja*

Uvjet postupanja u dobroj vjeri (u skladu s načelom savjesnosti i poštenja) opća je dužnost stranaka u ugovornom odnosu.⁶⁴ Riječ je o pravnom standardu čiji se sadržaj utvrđuje u svakom konkretnom slučaju u skladu s njegovim specifičnim okolnostima. U uvodnoj se izjavi uz Direktivu 93/13, u vezi s procjenom o (ne)postojanju dobre vjere, navodi da posebnu pažnju treba posvetiti sljedećim okolnostima: odnosu pregovaračkih snaga budućih ugovornih strana, činjenici je li potrošač imao poticaj da prihvati ugovornu odredbu za koju se navodi da je nepoštena, te ako je roba ili usluga prodana ili pružena potrošaču na osnovi njegove

Paula Andriciuc i dr. protiv Banca Românească SA, C-186/16, EU:C:2017:703, para. 59. Vidi u: Smjernice za tumačenje i primjenu Direktive 93/13, 27; Katarina Jovičić, Jelena Kostić i Miloš Stanić, *Uporednopravna analiza prava banaka na naplatu troškova obrade kredita*, 38, pristup 10. lipnja 2024., <http://ricl.iup.rs/54/>.

61 Presuda od 16. siječnja 2014., *Constructora Principado SA protiv Joséa Ignacia Menéndez Alvariza*, C-226/12, EU:C:2014:10, para. 23. Posebno vidi prvi stavak izreke presude.

62 Radi ilustracije smisla ovog stava sud navodi da, na primjer, nametanje potrošaču obaveze da plati porez u slučaju kada bi, na osnovi mjerodavnog nacionalnog propisa taj porez trebao snositi trgovac, stvara značajniju neravnotežu u pravima i obvezama stranaka na štetu potrošača, neovisno o iznosu koji će potrošač na kraju morati platiti na osnovi te ugovorne odredbe (para. 26. presude u predmetu C-226/12).

63 Smjernice za tumačenje i primjenu Direktive 93/13, 30.

64 Načelo dobre vjere u ugovornim odnosima utemeljeno je u rimskom pravu kroz pojam *bona fides*, što je značilo da vjernost i držanje riječi karakterizira osobu koja se ponaša lojalno i s iskrenim povjerenjem. Vidi u: Dragoljub Stojanović, „Član 12.“, u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, ur. Slobodan Perović (Beograd: Savremena administracija, 1995.), 11-12. Iz rimske je prava ovaj pravni institut preuzet u suvremene pravne sustave, prije svega u prava koja počivaju na tradiciji, odnosno recepciji rimskog prava (europskokontinentalni pravni sustavi). O značaju *bona fides* u engleskom pravu vidi u: James Aannant, *Good Faith in English Contract Law*, pristup 6. rujna 2024., https://www.guildhallchambers.co.uk/uploadedFiles/Good_Faith_in_English_Contract_Law.pdf.

posebne narudžbe.⁶⁵ Izričitim se izdvajanjem ovih triju okolnosti, odnosno mjerila jasno ukazuje na njihov bitan značaj za ocjenu navedenog pitanja, ali to istodobno ne predstavlja ograničenje za tijelo koje rješava sporno pitanje da uzme u obzir i sve druge okolnosti koje smatra značajnima u danom slučaju.

Na istom se mjestu u direktivi (u uvodnoj izjavi) objašnjava i kada se treba smatrati da trgovac postupa u dobroj vjeri, i u tome se kontekstu izričito navodi da to čini kada nastupa pošteno i pravedno u odnosu na drugu stranu (potrošača). Ovime se trgovcu neosporno nameće pravna obveza da u ugovornom odnosu s potrošačem mora voditi računa ne samo o svom interesu, već i o zakonitim interesima potrošača.⁶⁶ Ako trgovac tako ne postupa i ako postoje elementi zbog kojih je opravdan zahtjev potrošača da je određena ugovorna odredba nepoštena, ta odredba neće proizvoditi pravni učinak u njihovom ugovornom odnosu, odnosno sud može odbiti njezinu primjenu.

3.4. Zahtjev transparentnosti u Direktivi 93/13

Direktiva 93/13 regulira pitanje nepoštenih uvjeta u potrošačkim ugovorima, ona izričito obvezuje trgovca na transparentno postupanje u ugovornom odnosu s potrošačem u slučaju korištenja općih uvjeta poslovanja (formularni ugovori), ili je predložio potrošaču određene ugovorne odredbe koje je on prihvatio bez pregovaranja o njihovom sadržaju. Zahtjev transparentnosti jasno je izražen u dvama člancima: *prvo*, u čl. 4. st. 2. Direktive 93/13 se navodi kako se ne dovodi u pitanje definicija glavnog predmeta ugovora i primjerenost cijene, tj. naknade drugoj strani sve dok su te odredbe jasno i razumljivo sastavljene.⁶⁷ *Drugo*, u čl. 5. Direktive 93/13, koji glasi: „U slučaju ugovora u kojima se potrošaču sve ili određene odredbe nude u pisanom obliku, te odredbe uvijek moraju biti sročene jasno i razumljivo. Ako postoji sumnja oko značenja neke odredbe, prednost ima tumačenje koje je najpovoljnije za potrošača.“⁶⁸ Ovo pravilo o tumačenju ne primjenjuje se u kontekstu postupka

65 16. st. preambule Direktive 93/13.

66 Kada potrošač namjerava nabaviti neku robu ili uslugu, trebao bi prvo prikupiti informacije o postojećoj ponudi na tržištu, potom ih analizirati i na kraju ih adekvatno vrednovati. Ako sve to pažljivo i kompetentno sagleda, čini najviše što može kako bi zaštitio svoje interese. Međutim, čak i ako postupi tako, to ne znači da će uspjeti u tome jer postoje brojne okolnosti koje utječu na ponašanje potrošača na tržištu, a koje mogu biti i subjektivne i objektivne. Vidi u: Jovičić, „Koncept ‘ugroženi potrošač’“, 364-367.

67 Čl. 4. st. 2. Direktive 93/13 glasi: „Procjena o tome jesu li neke odredbe nepoštena ne odnosi se na definiciju glavnog predmeta ugovora niti na primjerenost cijene i naknade s jedne strane, i isporučenih usluga i robe s druge strane, sve dok su te odredbe jasno i razumljivo sastavljene (tekst podcrtan op. a.). Ovdje se postavlja pitanje kako razumjeti zahtjev da jezik unaprijed sastavljenih ugovornih odredbi bude jasan i razumljiv, te se u tom smislu može polaziti od toga da je jezik jasan kada potrošač razumije bitnu suštinu ugovornog pravila, a jednostavan kada potrošač nema dvojbe u pogledu sadržaja tog pravila (nema dvosmislenih riječi, fraza itd.). Vidi u: Lukasz Czebotar, „Unfair Contract Terms in European Union Law“, *Review of Comparative Law* 16 (2011): 24.

68 Tumačenje nejasnih odredbi koje je formulirala (pripremila ili predložila) jedna strana tradicionalno se rješava primjenom pravila da se takve odredbe tumače u korist druge strane, a na štetu ili teret strane koja ih je predložila. O dometima ovog pravila u suvremenom pravu,

utvrđenog u čl. 7. st. 2.⁶⁹

Sud EU-a je široko tumačio zahtjeve iz čl. 4. st. 2. kao i čl. 5. Direktive 93/13, a ispravnost takvog postupanja potvrđuju navodi u st. 20. uvodne izjave uz Direktivu 93/13, a pored toga i pravilo iz t. 1.(i) priloga uz čl. 3. st. 3. Direktive 93/13. U oba se slučaja naglašava nužnost da se potrošaču omogući upoznavanje s tim odredbama prije zaključivanja ugovora. U suprotnom, to može ukazivati na nepoštenost ugovorne odredbe.⁷⁰

U Smjernicama za tumačenje i primjenu Direktive 93/13 navode se i drugi faktori koje je Sud EU-a istaknuo kao značajne ili potencijalno značajne za procjenu je li određena ugovorna odredba jasno i razumljivo sastavljena, a to su:

1. Ako je potrošač imao stvarnu mogućnost da se upozna s ugovornom odredbom prije zaključenja ugovora, što uključuje i pitanje ako je potrošač imao pristup ugovornim odredbama i mogao ih pročitati. Kada se ugovorna odredba odnosi na prilog ili drugi dokument, potrošač mora imati pristup i tim dokumentima.

2. Razumljivost pojedinih odredaba u pogledu jasnoće teksta i specifičnosti terminologije, kao i prema potrebi u odnosu na druge ugovorne odredbe.⁷¹ U vezi s tim, potrebno je uzeti u obzir položaj ili perspektivu potrošača kojima su relevantne odredbe namijenjene.⁷² To uključuje i pitanje jesu li potrošači kojima su relevantne odredbe namijenjene u dovoljnoj mjeri upoznati s jezikom na kojem su odredbe sastavljene.

3. Način na koji su ugovorne odredbe prikazane, što može uključivati aspekte poput:⁷³ jasnoće vizualnog prikaza, uključujući i veličinu fonta, zatim činjenicu ima

kao i o tome kada je ugovorna odredba nejasna, a kada sporna, vidi u: Slobodan Vukadinović, „Domašaj pravila *contra proferentem* u tumačenju opštih uslova ugovora“, *Pravni zapisi* 11, br. 1 (2020): 141-172.

69 U čl. 7. Direktive 93/13 ustanovljava se obveza za države članice EU-a da u svojim nacionalnim propisima osiguraju prikladna i djelotvorna pravna sredstva koja imaju za cilj da spriječe trgovce da stalno koriste nepošteno ugovorne odredbe u ugovornim odnosima s potrošačima, dok se u st. 2. tog članka uređuje pravo ovlaštenih organizacija za zaštitu potrošača na nacionalnoj razini da pred nadležnim nacionalnim tijelima (sudovima ili upravnim tijelima) postupaju u postupcima u kojima se ispituje jesu li ugovorne odredbe sastavljene za opću upotrebu nepošteno, kako bi na temelju toga mogle primijeniti odgovarajuća djelotvorna sredstva u cilju sprječavanja daljnje uporabe takvih odredbi.

70 S tim u vezi, vidi i t. 20. uvodne izjave uz Direktivu 93/13 koja navodi da bi ugovori trebali biti sastavljeni jasnim i razumljivim jezikom, te da bi potrošač trebao imati mogućnost pregledati sve odredbe i, u slučaju bilo kakvih sumnji, trebalo bi prevagnuti tumačenje koje je najpovoljnije za potrošača. U istom je duhu formulirana i t. 1. (i) priloga uz čl. 3. st. 3. Direktive 93/13, prema kojoj se može smatrati nepoštenom odredba čiji je predmet ili cilj neopozivo obvezati potrošača, iako on nije imao stvarne mogućnosti da se sa sadržajem te odredbe upozna prije zaključenja ugovora.

71 Presuda od 23. travnja 2015., *Jean - Claude Van Hove protiv CNP Assurances SA*, C-96/14, EU:C:2015:262, para. 50. Isto se navodi u bilj. 173. Smjernica za tumačenje i primjenu Direktive 93/13, 22.

72 Presuda od 23. travnja 2015., *Jean - Claude Van Hove protiv CNP Assurances SA*, C-96/14, EU:C:2015:262, para. 48. Isto se navodi u bilj. 174. Smjernica za tumačenje i primjenu Direktive 93/13, 22.

73 Navedeni su načini dani kao primjer.

li ugovor logičnu strukturu i jesu li važne odredbe istaknute prema svojoj važnosti i nisu skrivene među ostalim odredbama.⁷⁴

4. ZAKLJUČAK

Postupnom evolucijom i prijenosom iz javnog u privatno pravo, a naročito u kontekstu važnosti za ugovorno potrošačko pravo, transparentnost od političko-deklarativne preporuke preko zahtjeva do danas gdje postaje široko prihvaćeni, uobičajeni, čak i očekivani standard koji ima značajnu ulogu. Iako (još uvijek) nije ni formulirana ni zakonom određena kao načelo, transparentnost je *de facto*, a posebno kroz presude Suda EU-a (koje svjedoče da se transparentnost ne može svesti samo na razumljivost u gramatičkom i formalnom smislu, već da se mora promatrati i njezin temeljni smisao), postala jedno od ključnih načela suvremenog ugovornog prava, naročito i zapravo neizostavno u situacijama u kojima se ugovor zaključuje potpisivanjem ugovornog formulara koji je unaprijed pripremila jedna strana (trgovac). Navedeno znači da se u potrošačkom ugovornom pravu može reći da je transparentnost ugovora i ugovornih odredbi jedno od bitnih načela ili zahtjeva potrošačkog prava. Kada se uzme u obzir i činjenica da u suvremenom pravu dolazi do značajnog utjecaja potrošačkog (ugovornog) prava na (opće) ugovorno pravo, može se reći da svjedočimo vremenu u kojem transparentnost postupno, ali sigurno i s razlogom postaje jedno od načela (općeg) ugovornog prava. Dodatno, ako posebna pravila tumačenja ugovora, naročito ona koja se odnose na nejasne i dvosmislene ugovorne odredbe, dovedemo u vezu sa zahtjevom transparentnosti, ili ih svrstamo pod ovaj zahtjev, onda možemo uvidjeti da načelo transparentnosti ima potpuniji sadržaj. Iako još uvijek nije oblikovano kao načelo u građanskim zakonima i zakonima koji uređuju ugovorne odnose, iz ugla pravne teorije može se reći da bi i zakonsko uređenje, odnosno pozitivnopravno normiranje ovog načela doprinijelo pravnoj sigurnosti i ravnoteži ugovornih strana, kao i daljnjoj afirmaciji savjesnosti i poštenja u suvremenim ugovornim odnosima.

LITERATURA

Knjige i članci:

1. Akerlof, George. „The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism“. *Quarterly Journal of Economics* 84, br. 3 (1970): 488-500.
2. Beate, Rudolf. „Is ‘Good Governance’ a Norm of International Law?“ U: *Völkerrecht als Wertordnung: Festschrift für Christian Tomuschat*, ur. Pierre-Marie Dupuy, Bardo Fassbender, Malcolm N. Shaw i Karl-Peter Sommermann, 1007-1028. Kehl: N. P. Engel, 2006.
3. Bungenberg, Marc i Andres E. Alvarado-Garzón. „One Size Fits All? Transparency in Investment and Commercial Arbitration“. U: *Balkan Yearbook of European and International Law 2019*, ur. Zlatan Meškić, Ivana Kunda, Dušan Popović i Enis Omerović, 1-22. Cham: Springer, 2020.

74 Smjernice za tumačenje i primjenu Direktive 93/13, 22.

4. Cannan, Edwin, ur. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations by Adam Smith*, Vol. 1. Chicago: The University Chicago Press, 2010.
5. Constantin, Eugen. „The Principle of Transparency in Administrative Law“. *Contemporary Readings in Law and Social Justice* 6, br. 1 (2014): 421-425.
6. Czebotar, Lukasz. „Unfair Contract Terms in European Union Law“. *Review of Comparative Law* 16 (2011): 11-34.
7. Čavoški, Kosta. „Treća Jugoslavija u novom ustavnom ruhu“. *Anali pravnog fakulteta u Beogradu* 40, br. 4 (1992): 309-316.
8. Dascal, Marcelo i Wróblewski Jerzy. „Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law“. *Law and Philosophy* 7, br. 2 (1988): 203-224.
9. Fenster, Mark. „Populism and Transparency: The Political Core of an Administrative Norm“. *University of Cincinnati Law Review* 89, br. 2 (2021): 286-343.
10. Fenster, Mark. „Seeing the State: Transparency as Metaphor“. *Administrative Law Review* 62, br. 3 (2010): 617-672.
11. Fenster, Mark. „The Opacity of Transparency“. *Iowa Law Review* 91, br. 3 (2006): 885-949.
12. Han, Sang Wook Daniel. „Derecho Administrativo Global: Gobierno y Control Global sobre el Sistema Global de Posicionamiento y Galileo“. *ILSA Journal of International & Comparative Law* 14, br. 3 (2008): 671-698.
13. Heald, David. „Varieties of Transparency“. U: *Transparency, the Key to Better Governance?*, ur. Christopher Hood i David Heald, 24-43. Oxford: Oxford University Press, 2006.
14. Hernandez, Gleider. „Turning Mirrors into Windows: Reflections on Transparency in International Law by Andrea Bianchi and Anne Peters (eds)“. *Journal of World Investment & Trade* 15, br. 5-6 (2014): 1087-1107.
15. Hovell, Devika. „The Deliberative Deficit: Transparency, Access to Information and UN Sanctions“. U: *Sanctions Accountability and Governance in a Globalized World*, ur. Jeremy Farral i Kim Rubenstein, 99-122. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
16. Jacoby, Jacob. „Is It Rational to Assume Consumer Rationality - Some Consumer Psychological Perspective on Rational Choice Theory“. *Roger Williams University Law Review* 6, br. 1 (2000): 81-161.
17. James, Michael, Cyprian Blamires i Catherine Pease-Watkin, ur. *Political Tactics (The Collected Works of Jeremy Bentham) by Jeremy Bentham*. Oxford: Clarendon Press, 1999.
18. Jovičić, Katarina. „Koncept ‘ugroženi potrošač’ u pravu EU i srpskom pravu“. *Pravo i privreda* 59, br. 3 (2021): 361-377.
19. Kegljević Steffek, Ana. „Trust and Transparency in Insurance Contract Law: European Regulation and Comparison Of Laws“. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 24, br. 12 (2022): 319-348.
20. Krulj, Vrleta. *Trgovački zakonik Francuske: Predgovor prof. dr. Vrleta Krulj*. Beograd: Savremena administracija, 1976.
21. Loos, Marco. „Double Dutch - On the Role of Transparency Requirement with Regard to the Language in which Standard Contract Terms for B2C-Contracts must be Drafted“. *Journal of European Consumer and Market Law* 6, br. 2 (2017): 54-59.
22. Mahmutović, Dnan. „Zakonodavni i nezakonodavni akti Evropske unije i demokratski legitimitet“. *Hrvatska i komparativna javna uprava* 13, br. 2 (2013): 467-498.
23. Mišćenić, Emilia. „Učinkovitost i transparentnost online informiranja potrošača“. U: *Pravna zaštita pojedinca na jedinstvenom digitalnom tržištu Europske unije*, ur. Jakša Barbić, 39-63. Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2021.
24. Mock, William. „On the Centrality of Information Law: A Rational Choice Discussion of Information Law and Transparency“. *Journal of Computer & Information Law* 17, br. 4 (1999): 1069-1100.

25. Oliver, Adam. „Towards a New Political Economy of Behavioral Public Policy“. *Public Administration Review* 79, br. 6 (2019): 917-924.
26. Peters, Anne. „The Transparency Turn of International Law“. *Chinese Journal of Global Governance* 1, br. 1 (2015): 3-15.
27. Rubin, Edward. „Rational Choice and Rat Choice: Some Thoughts on the Relationship among Rationality, Markets, and Human Beings“. *Chicago Kent Law Review* 80, br. 3 (2005): 1091-1127.
28. Stanić, Višnja. „Liberalna demokratija kao ostvarenje slobode“. *Srpska politička misao* 30, br. 4 (2010): 153-172.
29. Stojanović, Dragoljub. „Član 12.“ U: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, ur. Slobodan Perović, 11-22. Beograd: Savremena administracija, 1995.
30. Svensson, Ola. „The Unfair Contract Terms Directive: Meaning and Further Development“. *Nordic Journal of European Law* 3, br. 2 (2020): 24-41.
31. Štaba, Romina i Marko Turudić. „O sukobu načela transparentnosti i prava na tajnost podataka u pravu javne nabave Republike Hrvatske“. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 74, br. 1 (2024): 99-124.
32. Vasiljević, Mirko. *Poslovno pravo*. Beograd: Udruženje pravnik u privredi SR Jugoslavije, 2001.
33. Vukadinović, Slobodan. „Adhezioni ugovori u francuskom pravu“. *Strani pravni život* 64, br. 1 (2020): 5-15.
34. Vukadinović, Slobodan. „Domašaj pravila *contra proferentem* u tumačenju opštih uslova ugovora“. *Pravni zapisi* 11, br. 1 (2020): 141-172.
35. Vukadinović, Slobodan. „Evropsko potrošačko pravo i njegov uticaj na razvoj potrošačkog prava Srbije“. U: *65 godina od Rimskih ugovora: Evropska unija i perspektive evropskih integracija Srbije*, ur. Jelena Čeranić Perišić, Vladimir Đurić i Aleksandra Višekruna, 189-214. Beograd: Institut za uporedno pravo, 2023.
36. Vukadinović, Slobodan. „Pravnoteorijske karakteristike i pravnodogmatski razvoj nemačkog prava opštih uslova poslovanja“. *Strani pravni život* 65, br. 3 (2021): 343-359.

Pravni propisi:

1. Council Directive 79/112/EEC of 18 December 1978 on the Approximation of the Laws of the Member States Relating to the Labelling, Presentation and Advertising of Foodstuffs for Sale to the Ultimate Consumer, SL L 33/1, 08.02.1979.
2. Direktiva 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pravima potrošača, izmjeni Direktive Vijeća 93/13/EEZ i Direktive 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća te o stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 85/577/EEZ i Direktive 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, SL L 304, 22.11.2011.
3. European Governance: A White Paper, OJ C 287/1, 12.10.2001.
4. Konsolidirana verzija Direktive Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima, s posljednjim izmjenama, SL L 2024/90093, 09.02.2024.
5. Rezolucija Opće skupštine UN-a kojom se usvaja Međunarodna milenijska deklaracija, A/RES/55/2 od 18. rujna 2000.
6. Smjernice za tumačenje i primjenu Direktive Vijeća 93/13/EEZ o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima, SL C 323, 27.09.2019.
7. Zakon o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, br. 29/78., 39/85., 45/89., 57/89., Službeni list SRJ, br. 31/93., Službeni list SCG, br. 1/03., Službeni glasnik RS, br. 18/20.
8. Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15., 29/18., 126/21., 114/22., 156/22., 155/23.

Sudska praksa:

1. Presuda od 14. ožujka 2013., *Mohamed Aziz protiv Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, C-415/11, EU:C:2013:164.
2. Presuda od 16. siječnja 2014., *Constructora Principado SA protiv Joséa Ignacija Menéndez Álvarez*, C-226/12, EU:C:2014:10.
3. Presuda od 20. rujna 2017., *Ruxandra Paula Andriciuc i dr. protiv Banca Românească SA*, C-186/16, EU:C:2017:703.
4. Presuda od 21. siječnja 2017., *Banco Primus SA protiv Jesús Gutiérreza Garcije*, C-421/14, EU:C:2017:60.
5. Presuda od 23. travnja 2015., *Jean - Claude Van Hove protiv CNP Assurances SA*, C-96/14, EU:C:2015:262.

Mrežne stranice:

1. Aannant, James. *Good Faith in English Contract Law*. Pristup 6. rujna 2024. https://www.guildhallchambers.co.uk/uploadedFiles/Good_Faith_in_English_Contract_Law.pdf
2. Buijze, Anoeska. *The Principle of Transparency in EU Law*. Pristup 6. rujna 2024. https://www.researchgate.net/publication/316284186_The_Principle_of_Transparency_in_EU_Law
3. Jovičić, Katarina, Jelena Kostić i Miloš Stanić. *Uporednopravna analiza prava banaka na naplatu troškova obrade kredita*. Pristup 6. rujna 2024. <http://ricl.iup.rs/54/>
4. Wolff, Martin. *The Merchant*. Pristup 6. rujna 2024. <https://vlex.de/vid/chapter-the-merchant-42463519>
5. Zúñiga, Nieves. *Does More Transparency Improve Accountability?* U4 Anti-corruption Resource Center. Pristup 5. rujna 2024. <https://www.u4.no/publications/does-more-transparency-improve-accountability>

Slobodan Vukadinović*
Katarina Jovičić**

Summary

THE DEVELOPMENT OF TRANSPARENCY IN PUBLIC AND PRIVATE (CONTRACTUAL) LAW: FROM REQUIREMENT TO PRINCIPLE

The paper demonstrates that through the gradual evolution and transition from public to private law, particularly in the context of consumer contract law, transparency has progressed from a politically declarative recommendation, through a requirement, to becoming a widely accepted and expected standard today. Although it has not yet been formulated or legally defined as a principle, transparency has *de facto* become one of the key principles, especially through the judgments of the Court of Justice of the European Union (which affirm that transparency cannot be limited to mere grammatical and formal clarity but must also encompass its substantive meaning). This is particularly indispensable in situations where one party signs a pre-prepared contractual form. This indicates that it can currently be reasonably stated that the transparency of contracts and contractual provisions is one of the essential principles or requirements of consumer law. Given the significant influence of consumer (contract) law on (general) contract law in contemporary law, we are witnessing a time when transparency is gradually but surely and justifiably becoming one of the principles of modern (general) contract law.

Keywords: *transparency; contract; consumer; European law.*

* Slobodan Vukadinović, Ph.D., Associate Professor, Union University School of Law in Belgrade; slobodan.vukadinovic@pravnofakultet.edu.rs. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4692-321X>.

** Katarina Jovičić, Ph.D., Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade; k.jovicic@iup.rs. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9803-5292>.

SUROGAT MAJČINSTVO: GLOBALNI PREGLED PRAVNE REGULACIJE

Doc. dr. sc. Nevena Aljinović*

UDK 347.63-055.62
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.45.3.6>
Ur.: 14. rujna 2023.
Pr.: 25. listopada 2024.
Pregledni rad

Sažetak

Fenomen surogat majčinstva, kao alternativni način dobivanja potomstva, najbolji je primjer dalekosežnosti potpomognute oplodnje te predstavlja najsloženiji medicinsko-socijalno-pravni oblik ljudskoga začeća koji radikalno i iz temelja mijenja poimanje obitelji. Iako predstavlja ambivalentnu pojavu kojoj nedostaje univerzalna apologija, surogat majčinstvo polako postaje sve više prihvaćeno, teoretski i praktično, u zemljama diljem svijeta. No, ona je odraz neunificiranog poimanja kategorija roda, spola i reprodukcije, čija neujednačena zakonska regulacija, koja oscilira od potpune zabrane bilo kakvog oblika surogat majčinstvu do čisto ugovornog pristupa otvorenog za sve varijacije njegovog oblika, pridonosi pravnoj nesigurnosti u pogledu utvrđivanja ili priznavanja zakonskog roditeljstva i pitanja državljanstva ovako rođene djece. U ovome se radu predstavlja globalni pregled pravne regulacije i pokazuje se da ovaj fenomen, kao najizazovniji nusprodukt medicinski potpomognute oplodnje, nije efemerna pojava. Stoga je nužno stvoriti, neovisno o stavu države prema surogat majčinstvu (bio on prohibitivan ili permisivan), zaštitne mjere u odnosu na sve dionike tog procesa, napose osigurati zaštitu temeljnih prava ovako rođene djece.

Ključne riječi: surogat majčinstvo; zamjensko majčinstvo; namjeravani roditelji; naručiteljski par.

1. UVOD

Tradicionalno, obitelji su u velikoj mjeri bile definirane biologijom i genetskom vezom, a nastanak je roditeljstva bio ograničen isključivo na tradicionalni koncept začeća ili posvojenje. Sve donedavno su u zapadnom svijetu društvene, pa i zakonske norme ograničavale oba navedena izbora isključivo na heteroseksualne bračne parove, ostavljajući u pravnom limbu istospolne parove i samce koji su stremili

* Dr. sc. Nevena Aljinović, docentica, Sveučilište u Splitu, Sveučilišni odjel za forenzične znanosti; nevena.aljinovic@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6557-2796>.

realizaciji roditeljstva.¹ Danas je moguće, zahvaljujući dalekosežnosti suvremenih znanstveno-biomedicinskih dostignuća, pribjeći metodama potpomognute oplodnje, napose onima koje separiraju biološku povezanost djeteta i majke, proturječe društvenom postulatu, pa i (neoborivoj) zakonskoj predmnijevi da je djetetova majka ona žena koja ga je rodila (lat. *mater semper certa est*). Trudnoća se lišava emocionalno svojstvene veze između djeteta i žene koja ga nosi, te se svodi na poslovnu transakciju zadovoljenja želje namjeravanih roditelja / naručiteljskog para putem komercijalnog ili altruističnog surogat majčinstva.

Suprotno uvriježenosti da je surogat majčinstvo nusprodukt modernog doba kojeg su iznjedrile suvremene mogućnosti potpomognute oplodnje, ono je pojava koja je, u svom tradicionalnom obliku, poznata od davnina. Babilonski zakoni i običaji dopuštali su ovu praksu kako bi se izbjegao inače neizbježan razvod, budući da se u to vrijeme neplodnost smatrala sramotom.² Drevni bračni ugovori svjedoče praksi u kojoj su nerotkinje kako bi podarile nasljednika „davale“ muževima svoje sluškinje, čija su djeca smatrana djecom muževljeve žene. Najraniji poznati koncept surogat majčinstva datira od Staroga zavjeta kada su Abraham i Sara (uslijed Sarine neplodnosti), koristeći sluškinju Hagaru koja je zanjela i rodila Abrahamovo dijete, postali roditelji dječaka Jišmaela.³ Također, neplodna je Rahela svom mužu Jakovu dala sluškinju Bilhu da začne s njom dijete i da sama „stekne djecu po njoj.“⁴ Koncept se surogat majčinstva susreće i u hinduističkoj mitologiji u kontekstu rođenja Balarama, starijeg Krishninog polubrata. Unatoč tome što je Balarama rođen iz utrobe Rohini, smatra se sinom majke Devaki i oca Vasudevara.⁵ Konačno, prije Američkog građanskog rata, nerijetko su ropkinje korištene kao surogat majke svojim gospodarima, rađajući djecu na koju nisu polagale nikakva prava.⁶ Dakle, povijesno gledano, reproduktivne usluge surogat majčinstva datiraju još iz biblijskog razdoblja i razdoblja patrijarhata, ali u modernom su dobu one postale (medicinski) dostupne

- 1 Usp. Darra L. Hofman, „‘Mama’s Baby, Daddy’s Maybe’: A State-by-State Survey of Surrogacy Laws and Their Disparate Gender Impact“, *William Mitchell Law Review* 35, br. 2 (2009): 450.
- 2 Nicholas Postgate, *Early Mesopotamia Society and Economy at the Dawn of History* (London: Routledge, 1992.), 105.
- 3 *Knjiga Postanka, 16. poglavlje, 16,1-16,15, online Biblija*, pristup 11. srpnja 2023., <https://biblija.ks.hr/knjiga-postanka/16>. Vidi u: Deborah Constantinidis i Roger Cook, „Australian Perspectives on Surrogacy: The Influence of Cognitions, Psychological and Demographic Characteristics“, *Human Reproduction* 27, br. 4 (2012): 1080.
- 4 Vidi u: Elizabeth Lindenman, Marguerite K. Shepard i Ora Hirsch Pescovitz, „Müllerian Agenesis: An Update“, *Obstetrics & Gynecology* 90, br. 2 (1997): 307-312; Joseph G. Schenker, „Legitimising Surrogacy in Israel: Religious Perspective“, u: *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, ur. Rachel Cook, Shelley Day Sclater i Felicity Kaganas (London: Bloomsbury Publishing, 2003.), 243; Dejan Donev, „Surogat (zamjensko) majčinstvo ili treba li se maternica iznajmljivati?“, *Pannoniana* 3, br. 1-2 (2019): 243. *Knjiga Postanka, 30. poglavlje, online Biblija*, pristup 11. srpnja 2023., <https://biblija.ks.hr/knjiga-postanka/30>.
- 5 Nayana Hitesh Patel et al., „Insight into Different Aspects of Surrogacy Practices“, *Journal of Human Reproductive Sciences* 11, br. 3 (2018): 213.
- 6 Carla Spivack, „The Law of Surrogate Motherhood in the United States“, *The American Journal of Comparative Law* 58, br. 1 (2010): 97.

tek razvojem *in vitro* oplodnje 1978. godine.⁷

U ovome se radu analizira problematika neujednačenog normativnog pristupa surogat majčinstvu koji je gradiran od apsolutne zabrane do slobode ugovaranja, upravo zbog ambivalentnosti ove pojave. Također, u radu se konstatira pojmovno određenje surogat majčinstva te distingviraju modaliteti njegove realizacije. Cilj je rada apostrofirati da praksa surogat majčinstva, unatoč duboko oprečnim stavovima koje pobuđuje, (neizbježno) postaje stvarnost te da su različiti pristupi u normativnom uređenju pojedinih zemalja odraz moralnih i (bio)etičkih postulata na kojima počiva društvena datost. U radu su korištene različite istraživačke metode, napose normativna, zatim metoda deskripcije i komparativna metoda koje obuhvaćaju analizu zakonodavnog okvira i relevantne prakse Europskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP) te znanstvenih i stručnih radova koji se bave problematikom surogat majčinstva. Nakon (uvodnog) prvog, u drugom se dijelu rada pojmovno određuje te razgraničava genetsko i gestacijsko surogat majčinstvo. U trećem se dijelu istražuje pravna regulacija surogat majčinstva kroz različite pristupe na globalnoj razini, od prohibitivnog, pasivnog, altruističkog do komercijalnog. U posljednjem, četvrtom dijelu rada izražavaju se zaključna razmatranja. U radu se predstavljaju recentni i suvremeni normativni dosezi u području regulacije surogat majčinstva, što je važan doprinos s obzirom na to da literatura u ovom području vrlo brzo gubi aktualnost, upravo zbog brojnih promjena u normativnom pristupu iznjedrenih posljednjih godina. Konačno, ovim radom se pruža podloga za daljnja znanstvena istraživanja u pogledu regulacije surogat majčinstva.

2. POJMOVNO ODREĐENJE

Riječ surogat dolazi od riječi lat. *subrogare* što znači zamjena, odnosno onaj koji djeluje umjesto (druge osobe) u određenoj ulozi, stoga surogat (zamjenska) majka podrazumijeva ženu koja pristaje nositi i roditi dijete s namjerom da ga podari drugoj osobi ili paru koji nad djetetom zakonski stječe roditeljska prava i obveze.⁸ Drugim riječima, surogat majka jest žena koja, nakon uspješnog prirodnog ili umjetnog osjemenjivanja (inseminacije) ili implantacije zametka u njezinu maternicu nakon *in vitro* oplodnje (IVF), nosi dijete bez namjere da ga zadrži kao svoje. Surogatu je, čisto, nomotehnički pridodan naziv „majka“ pri čemu mu se neutemeljeno imputira implikacija „majčinstva“, čijeg je suštinskog značenja ovaj fenomen u potpunosti lišen.⁹

7 Spivack, „The Law of Surrogate“, 98; Austin Caster, „Don’t Split the Baby: How the U.S. Could Avoid Uncertainty and Unnecessary Litigation and Promote Equality by Emulating the British Surrogacy Law Regime“, *Connecticut Public Interest Law Journal* 10, br. 2 (2011): 142.

8 Patel et al., „Insight into Different Aspects“, 212.

9 Neki oponenti tvrde da je surogat majčinstvo „separacija djeteta od majke“ te predstavlja povredu djetetovih prava zajamčenih Konvencijom o pravima djeteta. Vidi u: Dubravka Hrabar, „Surogatno majčinstvo kao moderan oblik eksploatacije žena i trgovine djecom“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 70, br. 2-3 (2020): 202.

U prilog navedenom govori i činjenica da Svjetska zdravstvena organizacija (u daljnjem tekstu: WHO) za termin „surogat majka“ koristi izraz „gestacijski nositelj“¹⁰ što implicira da WHO odnos između surogat majke i namjeranih roditelja smatra prvenstveno ugovornim.¹¹ Davis navodi da bi u kontekstu surogat majčinstva, „majka“ trebala biti definirana kao žena koja inicira sklapanje ugovora o surogat majčinstvu.¹² Majka ne mora nužno biti žena koja nosi dijete ili biti genetski povezana s djetetom,¹³ već je ona žena koja namjerava dijete odgajati kao vlastito.

Pristalice surogat majčinstva smatraju da je ono važno za liječenje neplodnosti, pri čemu je pojava *in vitro* oplodnje omogućila majčinstvo ženama kojima anomalije maternice sprječavaju trudnoću, te ženama s ozbiljnim medicinskim implikacijama ili drugim kontraindikacijama za trudnoću.¹⁴ Pri tome se može koristiti jajna stanica namjeravane majke¹⁵ ili darivatelja, dok se embrij implantira u maternicu gestacijske nositeljice.¹⁶ Ova je tehnika također omogućila istospolnim parovima i samcima da ostvare roditeljstvo stvaranjem embrija s kojim dijele isti genetski materijal.¹⁷

Stručna skupina za Projekt roditeljstva / surogat majčinstva, koji je pokrenut pod okriljem Haške konferencije o međunarodnom privatnom pravu (u daljnjem tekstu: HCCH),¹⁸ u svome izvješću napominje da se tradicionalno koristi termin „surogat majka“, no terminologija uključuje i pojmove „surogat“ ili „gestacijski nositelj.“¹⁹ Iako se koriste pojmovi naručiteljski par (engl. *commissioning parent*) ili namjeravani roditelji (engl. *intending parent*), stručna skupina preferira potonji izraz jer se radi o osobama koje izražavaju svoju namjeru postati roditelji putem surogat majčinstva.²⁰ Autorica rada se priklanja navedenom izrazu iako se u hrvatskoj literaturi nailazi na termin naručiteljski par koji je, prema mišljenju autorice, obojen komercijalističkom

-
- 10 Vidi u: Effy Vayena, Patrick J. Rowe i P. David Griffin, *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction - Report of a WHO Meeting* (Geneva: World Health Organization, 2002.), XX; Fernando Zegers-Hochschild et al., „The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology, 2009“, *Human Reproduction* 24, br. 11 (2009): 2686; Fernando Zegers-Hochschild et al., „The International Glossary on Infertility and Fertility Care, 2017“, *Human Reproduction* 32, br. 9 (2017): 1794.
- 11 Oleg M. Reznik i Yuliia M. Yakushchenko, „Legal Considerations Surrounding Surrogacy in Ukraine“, *Wiadomości Lekarskie* 73, br. 5 (2020): 1050.
- 12 Erica Davis, „The Rise of Gestational Surrogacy and the Pressing Need for International Regulation“, *Minnesota Journal of International Law* 21, br. 1 (2012): 136-137.
- 13 Debora L. Spar, *The Baby Business, How Money, Science and Politics Drive the Commerce of Conception* (Cambridge: Harvard Business School Press, 2006.), 71.
- 14 Patel et al., „Insight into Different Aspects“, 212.
- 15 Genetsko surogat majčinstvo podrazumijeva korištenje jajne stanice surogat majke, što je metoda kojoj se danas sve manje pribjegava. Dapače, eksplicite je zabranjena u pojedinim zemljama koje reguliraju primjenu surogat majčinstva kao što je to slučaj u npr. Ukrajini.
- 16 Patel et al., „Insight into Different Aspects“, 212.
- 17 Patel et al., „Insight into Different Aspects“, 212.
- 18 HCCH, *Parentage/Surrogacy Experts' Group: Final Report "The Feasibility of One or More Private International Law Instruments on Legal Parentage"*, pristup 11. kolovoza 2023., <https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf>.
- 19 HCCH, *Parentage/Surrogacy Experts' Group*, 25.
- 20 HCCH, *Parentage/Surrogacy Experts' Group*, 25.

konotacijom „narudžbe“ (djeteta) koja aludira na transakciju, potiskujući u drugi plan ono što je izvorna odrednica surogat majčinstva, a to je namjera, napose želja postati roditeljem.

Sporazum o surogat majčinstvu mora sadržavati tri odrednice. Prvo, sporazum se sklapa između potencijalne surogat majke i potencijalnog(ih) namjeravanog(ih) roditelja. Drugo, sklapa se prije začeća djeteta i konačno (najvažnije) predviđa da je namjera stranaka da, nakon rođenja djeteta, zakonski roditelj(i) bude namjeravani roditelj(i). Međunarodni sporazum o surogat majčinstvu podrazumijeva sporazum u kojem surogat majka ima prebivalište u jednoj državi, a namjeravani roditelj(i) u drugoj državi te će se dijete nakon rođenja preseliti iz države rođenja u državu prebivališta namjeravanih roditelja.²¹

Iako pojedini autori navode različite modalitete permutacije, odnosno izvršenja surogat majčinstva,²² najučestalija je podjela na genetsko (tradicionalno) ili djelomično i gestacijsko ili potpuno surogat majčinstvo.²³ Oba navedena oblika surogat majčinstva mogu (a potonje mora) koristiti *in vitro* oplodnju. Kod genetskog (djelomičnog) surogat majčinstva se muškom spolnom stanicom namjeravanog oca oplodi jajna stanica surogat majke, bilo potpomognutom oplodnjom ili tradicionalno, spolnim odnosom.²⁴ Posljedično, surogat majka dijeli biološku vezu, odnosno genetski materijal s djetetom jednako kao namjeravani otac.²⁵ U gestacijskom (potpunom) surogat majčinstvu, oplodene se spolne stanice namjeravanih roditelja (rjeđe darivatelja) implantiraju u maternicu surogat majke, pri čemu ona ne dijeli genetsku povezanost s djetetom koje nosi.²⁶ Gestacijsko surogat majčinstvo koristi isključivo *in vitro* oplodnju, proces u kojem se jajne stanice oplođuju spermom izvan

21 HCCH, *Parentage/Surrogacy Experts' Group*, 25.

22 Surogat majka može biti: 1.) gestacijska majka djetetu koje je genetski potomak obaju namjeravanih roditelja, 2.) gestacijska majka djetetu koje je genetski potomak jednog namjeravanog roditelja sa spolnom stanicom darivatelja, 3.) gestacijska majka djetetu koje nije genetski potomak namjeravanih roditelja, već je začeto spolnim stanicama darivatelja, 4.) genetska i gestacijska majka djetetu koje je genetski potomak surogat majke i namjeravanog oca (često se naziva tradicionalno surogat majčinstvo) te 5.) genetska i gestacijska majka djetetu koje je začeto *in vitro* oplodnjom spolnim stanicama surogat majke i darivatelja. Usp. Hofman, „Mama’s Baby, Daddy’s Maybe“, 451.

23 Spivack, „The Law of Surrogate“, 98; Pip Trowse, „Surrogacy: Is it Harder to Relinquish Genes?“, *Journal of Law and Medicine* 18, br. 3 (2011): 615; Yehezkel Margalit, „In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perspective“, *William & Mary Journal of Race, Gender, and Social Justice* 20, br. 2 (2014): 426; Amrita Pande, „Commercial Surrogacy in India: Manufacturing a Perfect Mother Worker“, *Signs* 35, br. 4 (2010): 970.

24 Spivack, „The Law of Surrogate“, 98.

25 Ugovor o genetskom surogat majčinstvu još je 1986. godine u SAD-a aktualizirao problem njegove provedbe u dramatičnom slučaju koji je privukao pozornost američke javnosti, poznat kao „slučaj Baby M.“ (presuda od 3. veljače 1988., *Matter of Baby M*, 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988)). Surogat majka, koja je ujedno bila i biološka majka djevojčice odbila je prepustiti skrbništvo nad djevojčicom paru s kojim je sklopila ugovor o surogat majčinstvu. Vidi u: Margalit, „In Defense of Surrogacy Agreements“, 428.

26 Usp. Spivack, „The Law of Surrogate“, 98; Margaret Ryznar, „International Commercial Surrogacy and Its Parties“, *John Marshall Law Review* 43, br. 4 (2009): 1010.

maternice.²⁷ Oba se navedena oblika mogu pojaviti u altruističkom ili komercijalnom obliku, zavisno o tome je li usluga surrogat majčinstva besplatna ili naplativa.²⁸

2.1. Genetsko nasuprot gestacijskog surrogat majčinstva

Većina jurisdikcija posebno ne razgraničava genetsko (tradicionalno) i gestacijsko surrogat majčinstvo. Države poput Finske,²⁹ Nizozemske,³⁰ Norveške,³¹

27 Caster, „Don't Split the Baby“, 143.

28 Vidi u: Sunčana Roksandić Vidlička, Dijana Hrštić i Zrinka Kirin, „Bioethical and Legal Challenges of Surrogate Motherhood in the Republic of Croatia“, *Jahr* 3, br. 5 (2012): 42.

29 Prema čl. 8 st. 6. finskog Zakona o liječenju neplodnosti (*Laki hedelmöityshoidoista*, Finlex, br. 1237/06., pristup 6. studenoga 2023., <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/2006/20061237>) zabranjuje se medicinski potpomognuto liječenje neplodnosti ako postoji razlog za vjerovati da će dijete biti dano na posvajanje, čime se *inter alia* učinkovito zabranjuje surrogat majčinstvo (st. 6. je inkorporiran u čl. 8. izmjenama iz 2018. godine, Finlex, br. 254/18., pristup 6. studenoga 2023., <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/2006/20061237>). No, ako je surrogat majka zanjela bez medicinski potpomognute oplodnje (npr. tradicionalnim putem) dogovori o surrogat majčinstvu nisu zabranjeni. Vidi u: Council of Europe, *Steering Committee for Human Rights in the Fields of Biomedicine and Health (CDBIO): SURROGACY Addendum to the Replies to Questionnaire on Access to Medically Assisted Procreation (MAP), on Right to Know about Their Origin for Children Born after MAP* (Addendum, Strasbourg: Council of Europe, 2022.), 22. No, problem se može pojaviti kod prijenosa roditeljskih prava sa surrogat majke na namjeravane roditelje putem posvojenja jer u glavi 25. finskog Kaznenog zakona (*Rikoslaki*, Finlex, br. 2012/28., pristup 23. rujna 2024., <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1889/18890039001#L25>) „Kaznena djela protiv slobode“ inkriminira protuzakonito dobivanje pristanka na posvojenje (čl. 3b.) i protuzakonito ugovaranje posvojenja (čl. 3c.). Konačno, izmjenama i dopunama finskog Zakona o majčinstvu (*Äitiyslaki*, Finlex, br. 253/18., pristup 23. rujna 2024., <https://www.finlex.fi/fi/laki/alkup/2018/20180253>) normirana su dva alternativna uvjeta za priznavanje inozemnih odluka kojima se utvrđuje da je majka djeteta žena koja ga nije rodila, napose ako je odluka izdana ili priznata u državi u kojoj je (namjeravana) majka imala boravište u vrijeme rođenja djeteta i u kojoj je neprekidno boravila najmanje godinu dana prije rođenja djeteta.

30 Majkom djeteta smatra se žena koja ga je rodila, neovisno o tome dijeli li dijete genetski materijal s majkom ili ne. Zakon ne propisuje postupak za prijenos prava sa surrogat majke na namjeravane roditelje, stoga potonji mogu biti izloženi složenom postupku u cilju ostvarenja zakonskog roditeljstva. Trenutno je posvojenje jedini način da namjeravani roditelji steknu punopravna roditeljska prava. Vidi u: Council of Europe, *Steering Committee for Human Rights*, 43.

Ugovori o surrogat majčinstvu donedavno su smatrani protivnima javnom moralu i stoga su bili ništavni. Međutim, ugovor o surrogat majčinstvu može poslužiti kao dokaz o namjerama uključenih strana u vrijeme njegovog sastavljanja i na taj način olakšati donošenje sudske odluke u postupku posvojenja. (Vidi u: Machteld Vonk, „The Role of Formalised and Non-Formalised Intentions in Legal Parent-Child Relationships in Dutch Law“, *Utrecht Law Review* 4, br. 2 (2008): 123-124, 128-131). Stoga je u srpnju 2023. godine nizozemska vlada predstavila prijedlog Zakona za reguliranje surrogat majčinstva (*Wet kind, draagmoederschap en afstamming*). Predložene su dopune i izmjene Gradanskog zakonika (*Burgerlijk Wetboek*) kojim bi se omogućilo da se sudskom odlukom namjeravani roditelji imenuju kao zakonski roditelji djeteta prije njegova rođenja ako su ispunjeni određeni uvjeti, zatim bi se specificirale pojedinosti oko sadržaja ugovora o surrogat majčinstvu, uspostavio bi se registar surrogat majki, odredila bi se maksimalna naknada koju surrogat majka može primiti te bi se specificirala pravila u vezi s priznavanjem međunarodnog surrogat majčinstva. Vidi u: Jenny Gesley, *Netherlands: Bill to Regulate Surrogacy Introduced*, *Law Library of Congress*, 2023., pristup 23. rujna 2024., <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2023-08-10/netherlands-bill-to-regulate-surrogacy-introduced/?locl=ea1n>.

31 Prema norveškom zakonu majkom djeteta smatra se žena koja ga je rodila. Nadalje, donacija je jajne stanice zabranjena, što znači da je gestacijsko surrogat majčinstvo korištenjem jajne stanice darivatelja nezakonito. Vidi u: Susan Markens, *Surrogate Motherhood and the Politics of Reproduction* (Berkeley: University of California Press, 2007.), 25.

Švedske³² i Švicarske³³ nemaju poseban zakon koji se bavi problematikom surogat majčinstva, ili zabranjuju ili općenito odbijaju provođenje bilo kakvog sporazuma o surogat majčinstvu. Ujedinjeno Kraljevstvo,³⁴ Novi Južni Wales³⁵ i Novi Zeland³⁶ ne razlikuju genetsko i gestacijsko surogat majčinstvo, ali dopuštaju samo altruističke sporazume o surogat majčinstvu.

Iako u SAD-u ne postoji savezni zakon o surogat majčinstvu (te se ne regulira ni gestacijsko ni genetsko surogat majčinstvo) pojedine države samostalno uređuju predmetnu materiju.³⁷ U SAD-u, tj. među saveznim državama koje dopuštaju surogat majčinstvo, većina ih pruža pravnu sigurnost samo gestacijskom surogat majčinstvu, ali ne i genetskom surogat majčinstvu. Samo pet američkih saveznih država: Kalifornija,³⁸

32 Od 1. siječnja 2003. godine u Švedskoj je dopušteno doniranje jajnih stanica. Surogat majčinstvo načelno nije dopušteno, ali ne postoji izričita zakonska odredba koja ga zabranjuje. Vidi u: Göran Hermerén, *Surrogatmoderskap: Varför - och varför inte?, Läkartidningen*, pristup 21. srpnja 2023., https://lakartidningen.se/wp-content/uploads/OldWebArticlePdf/1/15828/LKT1103s68_69.pdf.

33 U Švicarskoj je donacija embrija i svaki oblik surogat majčinstva zabranjena (čl. 119. st. 2. t. d švicarskog Ustava). Vidi u: Daniel Gruenbaum, „Foreign Surrogate Motherhood: *mater semper certa erat*“, *The American Journal of Comparative Law* 60, br. 2 (2012): 480.

34 Vidi u: Hugh V. McLachlan i John K. Swales, „Commercial Surrogate Motherhood and the Alleged Commodification of Children. A Defense of Legally Enforceable Contracts“, *Law and Contemporary Problems* 72, br. 3 (2009): 92-93; Kirsty Horsey, *Surrogacy in the UK: Myth Busting and Reform*, *Report of the Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform*, 6, pristup 18. listopada 2023., https://www.familylaw.co.uk/docs/pdf-files/Surrogacy_in_the_UK_report.pdf. Prema ugovorima o surogat majčinstvu, majkom djeteta smatra se žena koja ga je rodila (surogat majka) te se roditeljski nalog (kojim se prenose roditeljska prava i dužnosti na namjeravane roditelje) ne može izdati bez njezinog pristanka, do šest tjedana nakon rođenja djeteta. Prava su surogat majke, u tom pogledu, izjednačena s pravima biološke majke koja svoje dijete daje na posvajanje. Potonja također može u roku od šest tjedana dati ili povući pristanak na posvojenje. Vidi u: Teresa Baron, „Double-Donor Surrogacy and the Intention to Parent“, *Bioethics* 38, br. 7 (2024): 610.

35 Odredbom čl. 23. Zakona o surogat majčinstvu (*Surrogacy Act 2010*, New South Wales Government Gazette, br. 102 od 7. lipnja 2011.) propisuje se da surogat majčinstvo mora biti altruističko.

36 Odredba čl. 14. st. 1. Zakona o medicinski potpomognutoj oplodnji (*Human Assisted Reproductive Technology Act 2004*, The New Zealand Gazette, br. 92 od 21. studenoga 2004.), koja zabranjuje komercijalno surogat majčinstvo, navodi da sporazum o surogat majčinstvu *per se* nije nezakonit, ali je neprovediv. Sporazum o surogat majčinstvu znači dogovor prema kojem žena pristaje zatrudnjeti u svrhu prepuštanja skrbništva nad djetetom namjeravanim roditeljima (čl. 5.).

37 Spar, *The Baby Business*, 84.

38 U čl. 7960. kalifornijskog Obiteljskog zakona definira se genetsko (tradicionalno) i gestacijsko surogat majčinstvo ali u čl. 7962. detaljnije regulira samo gestacijsko surogat majčinstvo. Vidi u: *California Code, Family Code - FAM (2023), Part 7. Surrogacy and Donor Facilitators, Assisted Reproduction Agreements for Gestational Carriers, and Oocyte Donations*, FindLaw, pristup 23. kolovoza 2023., <https://codes.findlaw.com/ca/family-code/#!tid=N04C0F8C05AA411E5A5FFDAB841099901>.

New Hampshire,³⁹ New Jersey,⁴⁰ Virginia⁴¹ i Washington⁴² dopuštaju i genetsko i gestacijsko surogat majčinstvo. Florida načelno priznaje obje vrste surogat majčinstva, ali pojačava pravnu sigurnost gestacijskog surogat majčinstva namećući posebne obveze za provedbu genetskog surogat majčinstva.⁴³ U Massachusettsu ne postoji

- 39 Geastacijsko se surogat majčinstvo definira kao „pisani dogovor po kojem žena pristaje na oplodnju korištenjem spolnih stanica namjeravanih roditelja ili darivatelja s namjerom da namjeravani roditelji postanu zakonski roditelji djeteta nakon njegovog rođenja“. (2022 *New Hampshire Revised Statutes, Title XII - Public Safety and Welfare, Title 168-B - Surrogacy, Section 168-B:1 - Definitions*, Justia US Law, pristup 11. rujna 2023., <https://law.justia.com/codes/new-hampshire/2022/title-xii/title-168-b/section-168-b-1/>). Tradicionalno surogat majčinstvo nije zabranjeno, ali namjeravani roditelji ne mogu ishoditi sudski nalog prije rođenja djeteta (engl. *pre-birth order*) za utvrđivanje svojih roditeljskih prava. Vidi u: *What You Need to Know About Surrogacy in New Hampshire*, pristup 7. studenoga 2023., <https://www.americansurrogacy.com/surrogacy/new-hampshire-surrogacy-laws>. Usp. u: Paul G. Arshagouni, „Be Fruitful and Multiply, by Other Means, if Necessary: The Time Has Come to Recognize and Enforce Gestational Surrogacy Agreements“, *DePaul Law Review* 61, br. 3 (2012): 807.
- 40 Od 2018. godine gestacijsko je surogat majčinstvo legalno i regulirano zakonom (*New Jersey Gestational Carrier Agreement Act*, State of New Jersey, Assembly br. 1704 od 12. veljače 2018.). Genetsko je surogat majčinstvo načelno dopušteno samo ako je altruističko, ali je ugovor o genetskom surogat majčinstvu neprovediv i po rođenju djeteta nužno je posvojenje djeteta od strane namjeravanih roditelja. Vidi u: *What You Need to Know About Surrogacy in New Jersey*, pristup 23. kolovoza 2023., <https://www.americansurrogacy.com/surrogacy/new-jersey-surrogacy-laws>; *2023 New Jersey Revised Statutes, Title 9 - Children-Juvenile and Domestic Relations Courts, Section 9:17-65 - Requirements for a Gestational Carrier Agreement*, Justia US Law, pristup 11. kolovoza 2023., <https://law.justia.com/codes/new-jersey/title-9/section-9-17-65/#:~:text=In%20addition%2C%20an%20enforceable%20gestational,in%20whole%20or%20in%20part%2C>.
- 41 Statut Virginije „gestacijskom majkom“ smatra ženu koja je rodila dijete, bez obzira na njezin genetski odnos s djetetom. (2023 *Code of Virginia, Title 20 - Domestic Relations, Chapter 9 - Status of Children of Assisted Conception* § 20-156, Justia US Law, pristup 11. rujna 2023., <https://law.justia.com/codes/virginia/title-20/chapter-9/section-20-156/>). Statut također predviđa mogućnost sklapanja pisanog ugovora između surogat majke (njezinog supružnika ako je udana) i namjeravanih roditelja, prema kojem se surogat majka može (unaprijed) odreći svih svojih prava i dužnosti kao roditelj djeteta začetog potpomognutim začećem, a budući namjeravani roditelji mogu postati roditelji djeteta temeljem sudske odluke (VA Code § 20-159). Vidi u: *Gestational Surrogacy Law Virginia*, pristup 7. studenoga 2023., <https://surrogatefirst.com/pages/gestational-surrogacy-law-virginia#:~:text=Surrogacy%20contracts%20are%20permissible%20in,a%20contract%20can%20be%20approved>.
- 42 Revidirani washingtonski kodeks (*Revised Code of Washington*) definira ugovore o surogat majčinstvu tako da obuhvaća i genetsko i gestacijsko surogat majčinstvo (*Revised Code of Washington*, 26.26A.700). Dopušta se samo naknada troškova povezanih s trudnoćom i medicinskim troškovima djeteta, odnosno plaćanje naknade i razumnih troškova (*Revised Code of Washington*, 26.26A.715). Vidi u: *2022 Revised Code of Washington, Title 26 - Domestic Relations, Chapter 26.26A - Uniform Parentage Act*, Justia US Law, pristup 11. rujna 2023., <https://law.justia.com/codes/washington/2022/title-26/chapter-26-26a/>.
- 43 Statut Floride (2023 *Florida Statutes, Title XLIII - Domestic Relations, Chapter 742 - Determination of Parentage*, Justia US Law, pristup 11. rujna 2023., <https://law.justia.com/codes/florida/title-xliiii/>) regulira i gestacijsko (*Florida Statutes* §§ 742.13 i 742.15) i genetsko surogat majčinstvo (*Florida Statutes* § 63.213 st. 2. t. a), samo je potonje više nalik ugovoru

poseban zakon o surogat majčinstvu, već je primjenu gestacijskog surogat majčinstva *de facto* formirala sudska praksa.⁴⁴ Zakoni u Illinoisu⁴⁵ i Sjevernoj Dakoti⁴⁶ izričito priznaju samo gestacijsko surogat majčinstvo, dok, primjerice, zakoni Louisiane⁴⁷ i Nevade⁴⁸ izričito zabranjuju genetsko surogat majčinstvo. Zanimljivo da je Vrhovni sud Iowe konstatirao da ugovori o gestacijskom surogat majčinstvu nisu u koliziji ni s javnom politikom ni ustavnim pravima surogat majke ili djeteta, jer promiču roditeljstvo omogućavajući njegovu realizaciju neplodnim parovima.⁴⁹ Tajland, također, ne čini distinkciju između genetskog i gestacijskog surogat majčinstva, ali od 2015. godine eksplicitno zabranjuje međunarodno komercijalno surogat majčinstvo.

-
- o posvajanju i zakonski se naziva „ugovor o unaprijed planiranom posvajanju“ jer je surogat majka biološka majka djeteta koje nosi. Navedeno znači da surogat majka zadržava zakonska roditeljska prava nad djetetom. Iako s namjeranim roditeljima sklapa unaprijed planirani sporazum o posvojenju kojim se ukidaju roditeljska prava surogat majke, ona može opozvati svoj pristanak u bilo kojem trenutku do 48 sati nakon rođenja djeteta. Usp. u: Trowse, „Surrogacy“, 627-629.
- 44 Praksa se surogat majčinstva u Massachusettsu temelji na sudskoj praksi u tri poznata slučaja surogat majčinstva: *Hodas protiv Morin* (presuda od 26. kolovoza 2004., 442 Mass. 544, 814 N.E.2d 320, Mass. 2004); *Culliton protiv Beth Israel Deaconess Med. Ctr.* (presuda od 12. listopada 2001., 435 Mass. 285, 756 N.E.2d 1133, Mass. 2001); *R. R. protiv M. H. i drugi* (presuda od 22. siječnja 1998., 426 Mass. 501, 689 N.E.2d 790, Mass. 1998). Vidi u: *U.S. Surrogacy Law By State*, pristup 7. studenoga 2023., <https://www.conceiveabilities.com/about/blog/u-s-surrogacy-law-by-state#:~:text=Gestational%20surrogacy%20is%20supported%20in,Beth%20Israel%20Deaconess%20Med.>
- 45 Zakon o gestacijskom surogat majčinstvu regulira samo gestacijsko surogat majčinstvo. Genetsko (tradicionalno) je načelno dopušteno jer ga nijedan zakon ili sudska praksa ne zabranjuje, ali se u praksi tretira kao posvojenje. Vidi u: *2023 Illinois Compiled Statutes, Chapter 750 - FAMILIES, 750 ILCS 47 - Gestational Surrogacy Act*, Just US Law, pristup 11. rujna 2023., <https://law.justia.com/codes/illinois/chapter-750/act-750-ilcs-47/>.
- 46 Zakon Sjeverne Dakote navodi da je dijete rođeno od gestacijske surogat majke dijete namjeravanih roditelja (§ 14-18-01), dok su ostali sporazumi o surogat majčinstvu ništavi i neprovedivi (§ 14-18-05). Vidi u: *The North Dakota Century Code, Title 14 - Domestic Relations and Persons. Chapter 14-18 - Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*, Legislative Branch, pristup 11. rujna 2023., <https://ndlegis.gov/general-information/north-dakota-century-code/index.html>.
- 47 Genetsko (tradicionalno) je surogat majčinstvo zabranjeno prema čl. 2719. Revidiranog statuta Louisiane. Vidi u: *2018 Louisiana Laws, Revised Statutes, Title 9 - Civil Code-Ancillaries RS 9:2719 - Contract for a Genetic Gestational Carrier; Nullity*, Justia US Law, pristup 11. rujna 2023., <https://law.justia.com/codes/louisiana/2018/code-revisedstatutes/title-9/rs-9-2719/>.
- 48 U čl. 126.660. Statuta Nevade se zahtijeva da se ne koristi spolna stanica surogat majke u formiranju zametka koji će joj biti implantiran, čime je genetsko (tradicionalno) surogat majčinstvo nezakonito. Vidi u: *2022 Nevada Revised Statutes, Chapter 126 - Parentage NRS 126.660 - Donor not Parent of Child Conceived by Means of Assisted Reproduction*, Justia US Law, pristup 11. rujna 2023., <https://law.justia.com/codes/nevada/2022/chapter-126/statute-126-660/>.
- 49 Presuda od 16. veljače 2018., *P. M. protiv T. B.*, 907 N.W.2d 522 (Iowa 2018). Sud je zaključio da „gestacijski ugovori o surogat majčinstvu promiču obitelj omogućujući neplodnim parovima da steknu vlastitu djecu uz pomoć surogat majki“. Drugim riječima, sud je konstatirao da su ugovori o gestacijskom surogat majčinstvu u skladu sa čl. 710.11. Zakona Iowe i čl. 641-99.15 Administrativnog zakona Iowe.

Ukrajina, pak, dopušta komercijalno surogat majčinstvo, ali samo gestacijsko, ne i genetsko.⁵⁰ Razvidno je da gestacijsko surogat majčinstvo danas dominira praksom surogat majčinstva, jer je zbog normativnog uređenja i genetske nepovezanosti (surogat majke i djeteta) lišeno pravne i emocionalne nesigurnosti.⁵¹

3. PRAVNA REGULACIJA SUROGAT MAJČINSTVA - GLOBALNI PREGLED

Surogat majčinstvo, napose međunarodno surogat majčinstvo, otvara važna pravna i etička pitanja koja predstavljaju snažnu prepreku za postizanje zajedničkog minimalnog međunarodnog pravnog okvira, što konačno rezultira otežavanjem njegove pravne regulacije. Nedostatak je ujednačenosti u pogledu surogat majčinstva dodatno pogoršan nedostatkom bilo kakvog međunarodnog sporazuma koji bi se izravno bavio njegovom primjenom.⁵² Trenutno ne postoji opći konsenzus na međunarodnoj razini o etičkoj prihvatljivosti surogat majčinstva u svim oblicima, pa shodno tome ne postoji ni unificiranost u pogledu pravne regulacije. S obzirom na to da je znanost brža od etike i ekspeditivnija od prava, primarno je potrebno postaviti (bio)etičke postulate korištenja medicinske oplodnje u kontekstu surogat majčinstva, a zatim sekundarno ponuditi normativna rješenja.

Zakoni su pojedinih zemalja široko gradirani, od potpune zabrane do detaljne pravne regulacije. Mnoge europske države surogat majčinstvo izričito zabranjuju ili ga čak smatraju kaznenim djelom (npr. Francuska).⁵³ Neke države poput Australije,⁵⁴

50 Primjena je gestacijskog surogat majčinstva razvidna iz čl. 123. st. 2. ukrajinskog Obiteljskog zakona prema kojem „kada je embrij supružnika implantiran u maternicu druge žene, supružnici se smatraju roditeljima djeteta.“ Vidi u: ukrajinski Obiteljski zakon (*Simeynny akt*), Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrainy, br. 21-22 od 10. siječnja 2002; Alyona Oleksandrivna Dutko, *Obiteljsko pravo Ukrajine (Сімейне право України)*, 272, pristup 25. rujna 2023., <https://dspace.lvduvs.edu.ua/bitstream/1234567890/2605/1/simeine%20pr.pdf>.

51 Carol Sanger, „Developing Markets in Baby-Making: In the Matter of Baby M.“, *Harvard Journal of Law & Gender* 30, br. 1 (2007): 79; Elizabeth S. Scott, „Surrogacy and the Politics of Commodification“, *Law and Contemporary Problems* 72, br. 3 (2009): 122-123. *A contrario*, Roksandić Vidlička, Hrštić i Kirin tvrde da je djelomično surogat majčinstvo češće zastupljeno zbog „jednostavnijeg“ načina izvršenja, budući da je lišeno složenog medicinskog zahvata koje prethodi gestacijskom surogat majčinstvu (Roksandić Vidlička, Hrštić i Kirin, „Bioethical and Legal Challenges“, 42.). Takvo je stajalište možda bilo na tragu ondašnjih istraživanja, no danas tomu nije tako.

52 Kristiana Brugger, „International Law in the Gestational Surrogacy Debate“, *Fordham International Law Journal* 35, br. 3 (2012): 669.

53 U glavi VII., u čl. 227-13. Kaznenog zakona, Kaznena djela protiv maloljetnika i obitelji, zakonodavac inkriminira „zamjenu djeteta“, koja se sastoji, između ostalog, u pripisivanju majčinstva djeteta ženi koja ga nije rodila. Propisana kazna zatvora iznosi do tri godine te novčana kazna do 45.000 eura (*Code Pénal*, Légifrance, pristup 21. rujna 2023., https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719/). Usp. u: *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui, Rapport d'information n° 421 (2007-2008)*, pristup 10. listopada 2023., <https://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-4211.html>.

54 U saveznoj je državi Queensland *Surrogacy Act (2010) No. 2*, u saveznicima je državama New South Wales i Australian Capital Territory *Surrogacy Act (2010) No. 102* i *Parentage*

Grčke,⁵⁵ Južne Afrike,⁵⁶ Kanade,⁵⁷ Izraela,⁵⁸ Novog Zelanda, Portugala,⁵⁹ Tajlanda⁶⁰ i Ujedinjenog Kraljevstva⁶¹ prihvaćaju samo altruistički model. Druge države poput Indije (do 2015. godine),⁶² Rusije,⁶³ Ukrajine⁶⁴ te pojedinih saveznih država SAD-a koje dopuštaju i komercijalne i altruističke modele. U državama u kojima se dopušta surogat majčinstvo može postojati poseban zakon koji ga regulira (npr. pojedine američke savezne države) ili je surogat majčinstvo dopušteno bez ikakvog posebnog zakona primjenom načela prema kojem je „dopušteno sve što nije izrijekom zabranjeno“, primjerice u Belgiji i Nizozemskoj. Kada je surogat majčinstvo legalno (bilo altruističko ili komercijalno), ono može biti rezervirano isključivo za vlastite državljane (kao u npr. Indiji, Izraelu, Portugalu, Tajlandu ili Ujedinjenom Kraljevstvu) ili otvoreno za svakoga (npr. u Ukrajini, Kanadi i pojedinim američkim saveznm državama).⁶⁵ Međutim, čak i kad je surogat majčinstvo legalno u zemlji prebivališta namjeravanih roditelja, potonji se mogu odlučiti za međunarodno surogat majčinstvo iz razloga ekonomske prirode (niži troškovi) ili neekonomske prirode (npr. ako u svojoj domovini nisu podobni kandidati za potpomognutu oplodnju⁶⁶ ili se liječenje

Act (2004), u Zapadnoj je Australiji *Surrogacy Act (2008)*, a u Južnoj je Australiji *Family Relationships Act (1975)*.

- 55 Zakon o medicinski potpomognutoj oplodnji (*Νόμος 3089/2002: Ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή*), ΦΕΚ br. 327/A od 23. prosinca 2002. i Zakon o primjeni medicinski potpomognute oplodnje (*Νόμος 3305/2005: Εφαρμογή της Ιατρικώς Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής*), ΦΕΚ 17/A/27-1-2005 od 26. siječnja 2005.
- 56 U čl. 294. Zakona o djeci (*South Africa Children's Act* od 19. lipnja 2006., *Government Gazette*, br. 38/05.), precizira se, primjerice, da sporazum o surogat majčinstvu nije valjan ako dijete nije genetski povezano s barem jednim od namjeravanih roditelja.
- 57 Zakon o (medicinski) potpomognutoj oplodnji (*The Assisted Human Reproduction Act*, S.C. 2004, c. 2 od 29. ožujka 2004., *Government of Canada, Justice Laws Website*, pristup 8. listopada 2023., <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-13.4/page-1.html>).
- 58 Zakon o ugovoru o nošenju embrija (תורה-1996), Sefer Ha-Chukkim, br. 1577 od 17. ožujka 1996., s posljednjom izmjenom od 18. rujna 2023.
- 59 Zakon 25/2016 od 22. kolovoza, koji regulira pristup surogat majčinstvu, uvodeći 3. izmjenu Zakona 32/2006 (*Lei n.º 25/2016 de 22 de agosto Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, procriação medicamente assistida*, Diário da República, br. 160 od 22. kolovoza 2016.).
- 60 Odjeljak 24. Zakona o zaštiti djece rođene medicinski potpomognutom oplodnjom (*Protection of a Child Born by Medically Assisted Reproductive Technology Act*, *Government Gazette*, V 132., P 38. od 1. svibnja 2015.).
- 61 Prema čl. 2. Zakona o surogat majčinstvu (*Surrogacy Arrangements Act 1985 c. 49* od 16. srpnja 1985., *Legislation.gov.uk.*, pristup 11. rujna 2023., <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>).
- 62 Usha Rengachary Smerdon, „Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy Between the United States and India“, *Cumberland Law Review* 39, br. 1 (2008): 22, 33-43.
- 63 Prema čl. 51. Obiteljskog zakona Ruske Federacije (*Semeinyi kodeks rossiiskoi federatsii*, *Rossiyskaya Gazeta*, br. 223-FZ od 29. prosinca 1995.).
- 64 Margalit, „In Defense of Surrogacy Agreements“, 439.
- 65 Noelia Igareda González, „Legal and Ethical Issues in Cross-Border Gestational Surrogacy“, *Fertil Steril* 113, br. 5 (2020): 916.
- 66 Na primjer, u nekim zemljama, homoseksualni, lezbijski parovi i samci ne ispunjavaju uvjete za potpomognutu oplodnju, *in vitro* oplodnju ili surogat majčinstvo. Vidi u: Marcia C. Inhorn i

može smatrati nemoralnim ili nezakonitim⁶⁷).

S obzirom na zakonodavnu regulaciju surrogat majčinstva (ili odsustvo iste), nacionalna zakonodavstva pojedinih država možemo klasificirati u četiri osnovna tipa: 1.) ona koja eksplicite zabranjuju sporazume o surrogat majčinstvu, 2.) ona koja problematiku surrogata ostavljaju nereguliranom, no u praksi se sporazumi o surrogat majčinstvu sklapaju i provode, 3.) ona koja surrogat majčinstvo eksplicite zakonom dopuštaju i reguliraju te 4.) države s liberalnim pristupom koje slobodu ugovaranja prepuštaju strankama sporazuma o surrogat majčinstvu.⁶⁸

3.1. Prohibitivni pristup kroz zabranu surrogat majčinstva

Pojedine države u potpunosti zabranjuju praksu surrogat majčinstva ili se zabrana odnosi samo na određenu vrstu surrogat majčinstva, gdje kršenje odredbi (u smislu sklapanja ili provedbe sporazuma o surrogat majčinstvu) može predstavljati prekršajnu ili kaznenu odgovornost.⁶⁹ Brojne europske države, uključujući Austriju,⁷⁰ Francusku,⁷¹ Hrvatsku,⁷² Italiju,⁷³ Norvešku,⁷⁴

Pasquale Patrizio, „Rethinking Reproductive ‘Tourism’ as Reproductive ‘Exile’“, *Fertility and Sterility* 92, br. 3 (2009): 904.

- 67 Glenn Cohen, „Circumvention Tourism“, *Cornell Law Review* 97, br. 6 (2012): 1323-1325.
- 68 Usp. Marijana Radan, et al., „Bioetička kompleksnost problematike zamjenskoga majčinstva“, *Diacovensia* 23, br. 1 (2015): 43-44. Vidi u: Noelia Igareda González, „Regulating Surrogacy in Europe: Common Problems, Diverse National Laws“, *European Journal of Women’s Studies* 26, br. 2 (2019): 1-12; Roman A. Maydanyk i Kateryna V. Moskalenko, „Towards Creation of Unified Regulation on Surrogacy in Europe: Recent Trends and Future Perspectives“, *Wiadomości Lekarskie* 73, br. 12 (2020): 2865.
- 69 Rachel Cook, Shelley Day Sclater i Felicity Kaganas, *Surrogate Motherhood: International Perspectives* (London: Bloomsbury Publishing, 2003.), 24. Vidi u: Roksandić Vidlička, Hrštić i Kirin, „Bioethical and Legal Challenges“, 58.
- 70 Iako Zakon o reproduktivnoj medicini (*Fortplantungsmedizingesetz* - FmedG, BGBl. br. 275/92., s posljednjim izmjenama BGBl. br. 58/18.) izričito ne spominje surrogat majčinstvo, njegova je zabrana razvidna iz odredbi čl. 2. i 3. Također prema odredbi čl. 143. Građanskog zakona majkom se smatra žena koja je dijete rodila, čime je stipulirana zabrana surrogat majčinstva.
- 71 Prema čl. 16-7. Građanskog zakona (*Code Civil*, Légifrance, pristup 21. rujna 2023., https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006419302) proglašava se svaki ugovor o surrogat majčinstvu ništetnim.
- 72 U čl. 31. Zakona o medicinski pomognutoj oplodnji, Narodne novine, br. 86/12., normira se zabrana zamjenskog majčinstva.
- 73 U čl. 12. st. 6. Zakona o medicinski potpomognutoj oplodnji (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Gazzetta Ufficiale*, br. 45/04 od 24. veljače 2004.) eksplicite se zabranjuje surrogat majčinstvo te propisuje se kazna zatvora od tri mjeseca do dvije godine i novčana kazna od 600.000 do milijun eura.
- 74 Zabrana je sadržana u dva zakona: u čl. 2. Zakona o djeci i roditeljima (*Lov om barn og foreldre (barnelova)* od 1. siječnja 1982., s posljednjim izmjenama od 1. rujna 2023. Lovdata, pristup 23. kolovoza 2023., <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1981-04-08-7>) propisuje se da „ugovor o rađanju djeteta za drugu ženu nije obvezujući“ i čl. 2-15. i čl. 2-18. Zakona o medicinskoj uporabi biotehnologije (*Lov om medisinsk bruk av bioteknologi* od 1. siječnja 2004., s posljednjim izmjenama od 29. ožujka 2022., Lovdata, pristup 8. listopada 2023., <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2003-12-05-100>) kojim je propisano da se oplodena

Njemačku,⁷⁵ Švicarsku⁷⁶ i Španjolsku,⁷⁷ imaju potpunu zabranu komercijalnog i altruističkog surrogat majčinstva.⁷⁸ Među navedenim državama Francuska je surogat majčinstvo inkriminirala kao kazneno djelo.⁷⁹ Još 1991. godine Kasacijski je sud osudio praksu surrogat majčinstva potvrdivši da „predmetom ugovora mogu biti samo stvari koje su u prometu“ (čl. 1128. Građanskog zakona).⁸⁰ U Francuskoj je surogat majčinstvo zabranjeno i Zakonom o bioetici od 29. srpnja 1994., koji je poslužio kao temelj za uvođenje odredbe čl. 16-7. u Građanski zakon prema kojoj je „svaki sporazum koji se odnosi na rađanje ili trudnoću u ime druge osobe ništavan.“⁸¹ Također, Kasacijski je sud utvrdio da je surogat majčinstvo u suprotnosti sa zakonima o posvojenju i da „krši doktrinu da je ljudsko tijelo neotuđivo.“⁸² Zakon o bioetici iz 2021. godine i rasprave koje su ga pratile nisu dovele u pitanje zabranu

jajna stanica može implantirati samo u maternicu žene koja će biti djetetova majka (čl. 2-15.), odnosno zabranjeno je presađivanja organa i tkiva koji proizvode zametne stanice s jedne osobe na drugu u svrhu liječenja neplodnosti (čl. 2-18.).

- 75 Surogat je majčinstvo u Njemačkoj zabranjeno i kažnjivo prema odredbi čl. 1. st. 7. Zakona o zaštiti embrija (*Embryonenschutzgesetz* od 13. prosinca 1990., BGBl. I S. 2746, s posljednjim izmjenama od 21. studenoga 2011., BGBl. I S. 2228) (u daljnjem tekstu: ESchG) te čl. 14. st. 2. Zakona o posvojenju (*Adoptionsvermittlungsgesetz* od 22. prosinca 2001., BGBl. I 2002 S. 354, s posljednjim izmjenama od 12. veljače 2021., BGBl. I S. 226) (u daljnjem tekstu: AdVermiG). No, nije predviđena kaznena odgovornost za surogat majku i namjeravane roditelje (čl. 1. st. 3. ESchG i čl. 14. b. st. 3. AdVermiG). Drugim riječima, ne mogu biti kažnjeni za trgovinu djecom prema čl. 236 st. 1. Kaznenog zakona (StGB).
- 76 Čl. 4. Saveznog zakona o medicinski potpomognutoj oplodnji (*Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG)* od 18. prosinca 1998, BBl 1996 III 205).
- 77 Čl. 10. Zakona 14/2006 od 26. svibnja, o potpomognutoj oplodnji (*Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Boletín Oficial del Estado, br. 126 od 27. svibnja 2006.).
- 78 Vidi u: Todd M. Krim, „Beyond Baby M. International Perspectives on Gestational Surrogacy and the Demise of the Unitary Biological Mother“, *Annals of Health Law* br. 5 (1996): 215; Brock A. Patton, „Buying Newborn: Globalization and the Lack of Federal Regulation of Commercial Surrogacy Contracts“, *UMKC Law Review* 79, br. 2 (2010): 523; Kimberley M. Mutcherson, „Welcome to the Wild West: Protecting Access to Cross Border Fertility Care in the United States“, *Cornell Journal of Law and Public Policy* 22, br. 2 (2012): 357-361.
- 79 Čl. 227-13. Kaznenog zakona (*Code Pénal*, Légifrance, pristup 21. rujna 2023., https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719/) inkriminira „simulaciju poroda od strane fiktivne majke, kao i prikrivanje majčinstva stvarne majke.“ Vidi u: *Contribution à la réflexion*. Također, u čl. 227-12. Kaznenog zakona inkriminira oba oblika sudioništva: pomaganje i poticanje na surogat majčinstvo za koje je propisana kazna zatvora do šest mjeseci i novčana kazna do 7.500 eura. Kazna do jedne godine zatvora i novčana kazna u iznosu do 15.000 eura zapriječena je za „posredovanje između osobe ili para koji želi dijete i žene koja ga pristaje roditi s ciljem da ga preda (namjeravanim roditeljima)“.
- 80 Jérôme Courduriès, „At the Nation’s Doorstep: The Fate of Children in France Born Via Surrogacy“, *Reproductive Biomedicine & Society Online* 7 (2018): 49.
- 81 *Vie Publique, Gestation pour autrui: quelles sont les évolutions du droit ?*, pristup 11. srpnja 2023., <https://www.vie-publique.fr/eclairage/18636-gestation-pour-autrui-gpa-queelles-sont-les-evolutions-du-droit#:~:text=En%20France%2C%20la%20GPA%20a,d%20autrui%20est%20nulle%22.>
- 82 Angie G. McEwen, „So You’re Having Another Woman’s Baby: Economics and Exploitation in Gestational Surrogacy“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 32, br. 1 (1999): 282.

surogat majčinstva. U cilju obeshrabrenja korištenja međunarodnog komercijalnog gestacijskog surogat majčinstva, Francuska je uskraćivala priznavanje državljanstva na taj način rođene djece u inozemstvu.⁸³ Međutim, dvije važne odluke ESLJP-a⁸⁴ koje se tiču pitanja priznavanja državljanstva djece rođenih u inozemstvu od strane surogat majke, u kojima je ESLJP konstatirao povredu djetetovih (ne i roditeljskih) prava, navele su Kasacijski sud da revidira svoju sudsku praksu.⁸⁵ Time za Kasacijski sud surogat majčinstvo *per se* više nije prepreka za prijepis inozemnog rodnog lista, pod uvjetom da je isti propisno sastavljen u stranoj državi i da odgovara stvarnom

83 U Francuskoj nije samo surogat majčinstvo zabranjeno, već zakon ne dopušta da država dodjeljuje državljanstvo djeci rođenoj posredstvom surogat majke u drugim zemljama, čak ni kada je dijete biološki povezano s jednim od namjeravanih roditelja. Opširnije vidi u: Laurence Brunet et al., *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States* (Brussels: European Parliament, 2013.), 114-120. Vidi u: Seema Mohapatra, „Stateless Babies & Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy“, *Berkeley Journal of International Law* 30, br. 2 (2012): 419-420. Odnosi se na slučaj *Baby Manji* (Supreme Court of India, *Baby Manji Yamada protiv Union of India & Anr.*, 13 SCC 518, presuda od 29. rujna 2008.) koji je izazvao poteškoće u utvrđivanju japanskog državljanstva djeteta kojeg je rodila surogat majka u Indiji, budući da namjeravana japanska majka nije bila upisana u maticu rođenih kao majka djeteta.

84 ESLJP, *Mennesson protiv Francuske*, br. zahtjeva 65192/11 od 26. lipnja 2014. i ESLJP, *Labassee protiv Francuske*, br. zahtjeva 65941/11 od 26. lipnja 2014.

85 Podnositelji su zahtjeva tvrdili da odbijanje države da izvrši prijepis rodnih listova njihove djece, rođene u Kaliforniji od strane surogat majke, u francuske matične knjige predstavlja povredu prava na poštivanje privatnog i obiteljskog života zajamčenog čl. 8. EKLJP-a. ESLJP je konstatirao da navedenim postupanjem nije došlo do miješanja (države) u obiteljski život (namjeravanih roditelja) zato što države moraju uživati široku slobodu procjene u kontekstu surogat majčinstvom, s obzirom na etička pitanja koja ono otvara i nedostatak konsenzusa o tom fenomenu u Europi. Slijedom toga, prepreke s kojima su se roditelji i njihova djeca suočili nisu ih spriječili da vode (normalni) obiteljski život u uvjetima usporedivim s onima u kojima žive druge obitelji. Međutim, ESLJP je smatrao da su povrijeđena prava djeteta na privatnost zaštićena Konvencijom o pravima djeteta (čl. 16.) i Poveljom EU-a o temeljnim pravima (čl. 7.) te da je država prekoračila svoju slobodu procjene odbivši priznati roditeljsku vezu (nedvojbeno uspostavljenu i utvrđenu u inozemstvu), između djece i njihovih namjeravanih roditelja, napose njihovim biološkim ocem. Ovo je odbijanje potkopalo identitet djece što je nespojivo s najboljim interesom djeteta, a što mora biti nit vodilja svake odluke koja se njih tiče. Presude ESLJP-a navele su Kasacijski sud da revidira svoju sudsku praksu, ali su potaknule i lavinu kritika jer su *de facto* „prisilile“ nacionalne vlasti da dopuste da se u matične knjige izvrši upis djece rođenih od strane surogat majke u inozemstvu, iako je surogat majčinstvo u Francuskoj zakonom zabranjeno. Vidi u: Marianna Iliadou, „Surrogacy and the ECtHR: Reflections on Paradiso and Campanelli v Italy“, *Medical Law Review* 27, br. 1 (2018): 153. Usp. s presudom ESLJP-a u predmetu *Paradiso i Campanelli protiv Italije*, br. zahtjeva 25358/12 od 24. siječnja 2017., koja je problematična za surogat majčinstvo u situacijama kada dijete ne dijeli genetski materijal s namjeravanim roditeljima (para. 157.). Presuda restriktivno tumači pojam obiteljskog života, smatrajući da on ne postoji u kombinaciji triju čimbenika: kada ne postoji biološka veza roditelja i djeteta, kada je trajanje zajedničkog života bilo kratko i kada je prouzročena pravna nesigurnost (kojoj su pridonijeli sami namjeravani roditelji jer su svjesno prekršili talijanske propise koji zabranjuju surogat majčinstvo i međunarodno posvojenje).

stanju stvari.⁸⁶ Međutim, u recentnijoj odluci u predmetu *D protiv Francuske* iz 2020. godine ESLJP nije naišao na povredu prava iz čl. 8. Europske konvencije o ljudskim pravima (u daljnjem tekstu: EKLJP) (kako u odnosu na namjeravanu majku, tako ni u odnosu na dijete rođeno posredstvom surogat majke) uslijed djelomičnog prijepisa inozemnog rodnog lista (samo u odnosu na biološkog oca, ne i u odnosu na namjeravanu majku).⁸⁷ Navedeno iz razloga jer se ostvarenje roditeljskog prava nad djetetom može realizirati, ne samo prijepisom stranog rodnog lista u francuske matične knjige rođenih, već i posvojenjem (od strane namjeravane majke) koje proizvodi iste pravne učinke (para. 66.), te predstavlja učinkovit i brz mehanizam priznavanja roditeljstva (para. 70.). Kako je navedeno u odluci Kasacijskog suda, odbijanje izvršenja prijepisa inozemnog rodnog lista u odnosu na namjeravanu majku imalo je legitimni cilj, tj. zaštititi dijete i surogat majku te obeshrabriti praksu surogat majčinstva koja je u koliziji s čl. 16-7. i čl. 16-9. Građanskog zakona (para. 18.).

Nadalje, surogat majčinstvo u potpunosti zabranjuje i hrvatski zakonodavac koji u čl. 31. Zakona o medicinski potpomognutoj oplodnji eksplicite normira zabranu zamjenskog majčinstva, čije kršenje povlači prekršajnu odgovornost počinitelja.⁸⁸ U Italiji je praksa surogat majčinstva, koju protivnici često nazivaju „maternica za iznajmljivanje“, zabranjena Zakonom o medicinski potpomognutoj oplodnji, br. 40 od 19. veljače 2004.⁸⁹ Međutim, u recentnoj odluci u predmetu *C protiv Italije*⁹⁰ ESLJP je konstatirao povredu djetetovih prava (ne i roditeljskih) jer talijanske vlasti nisu ispunile svoju pozitivnu obvezu u odnosu na čl. 8. EKLJP-a, budući da nisu učinkovito i u razumnom roku odlučile o utvrđenju roditeljske veze djeteta i namjeravanog roditelja, iz kojeg se razloga dijete od rođenja našlo u stanju apatridne pravne nesigurnosti.⁹¹

86 *Vie Publique, Gestation pour autrui.*

87 ESLJP, *D protiv Francuske*, br. zahtjeva 11288/18 od 16. srpnja 2020.

88 Prema čl. 56. t. 18. Zakona o medicinski potpomognutoj oplodnji „novčanom kaznom od 70.000,00 do 250.000,00 kuna kaznit će se za prekršaj pravna osoba ako traži ili nudi žene za rađanje djeteta za drugog, odnosno provodi medicinsku oplodnju radi rađanja djeteta za druge osobe ili predaje djeteta rođenog nakon medicinske oplodnje.“

89 Odredba čl. 12. st. 6. Zakona o medicinski potpomognutoj oplodnji normira da „tko god, u bilo kojem obliku, provodi, organizira ili reklamira komercijalizaciju spolnih stanica ili zametaka ili surogat majčinstva, kaznit će se kaznom zatvora u trajanju od tri mjeseca do dvije godine i novčanom kaznom od 600.000 do milijun eura.“ Vidi u: *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, *Gazzetta Ufficiale*, br. 45 od 24. veljače 2004.

90 ESLJP, *C protiv Italije*, br. zahtjeva 47196/21 od 31. kolovoza 2023.

91 U predmetnoj se odluci ESLJP pozvao na zaključke donesene u ranijim odlukama (napose *Mennesson i Labasse*) te konstatirao da prava namjeravanih roditelja, u kontekstu zaštite prava na osobni i obiteljski život iz čl. 8. EKLJP-a, nisu povrijeđena neodobravanjem države da se izvrši prijepis inozemnog rodnog lista u talijanske matične knjige rođenih. Naime, izbor načina kojim će se omogućiti prepoznavanje roditeljske veze između djeteta (rođenog u inozemstvu posredstvom surogat majke) i namjeravanog roditelja spada u domenu slobodne procjene svake pojedine države, s obzirom da u tom pogledu ne postoji europski konsenzus (para. 57.). Dakle, za ESLJP je irelevantan modalitet utvrđivanja ili priznavanja roditeljske veze s djetetom (hoće li to biti prijepis inozemnog rodnog lista, posvojenje ili nešto treće). Ono što je za ESLJP relevantno jest da su modaliteti utvrđivanja roditeljstva predviđeni domaćim pravom te da su učinkoviti i brzi, konačno da su u skladu s najboljim interesima djeteta kako bi se izbjeglo da

Prohibitivnom se pristupu priklanja i španjolski zakonodavac posebno ističući da se majkom djeteta oduvijek smatrala žena koja ga je rodila, a novi španjolski zakon o seksualnom zdravlju i reprodukciji, poznat kao *ley del aborto*, koji je stupio na snagu 2023. godine,⁹² surogat majčinstvo smatra oblikom nasilja nad ženama.⁹³ U SAD-u, jedina savezna država koja zabranjuje svaki oblik surogat majčinstva je Michigan,⁹⁴ dok je (samo) komercijalno (ne i altruističko) surogat majčinstvo zabranjeno u Arizoni,⁹⁵ Louisiani⁹⁶ i Nebraski.⁹⁷ U Novom Meksiku,⁹⁸ Oklahomi⁹⁹ i Pennsylvaniji¹⁰⁰ zabranjeno je samo genetsko komercijalno surogat majčinstvo, ne i gestacijsko.¹⁰¹

-
- ono bude duže vrijeme izloženo pravnoj nesigurnosti. No, kako u ovom slučaju, domaći sudovi nisu u razumnom roku odlučili o utvrđenju roditeljske veze djeteta i namjeravanog roditelja (nisu izvršili prijepis inozemnog rodnog lista), niti su u tom pogledu razmotrili alternativno rješenje (posvojenje), to je ESLJP konstatirao povredom djetetovih prava koje se od rođenja nalazilo u stanju pravne neizvjesnosti te se smatralo u Italiji apatridom (para. 67.).
- 92 Prema t. 2. preambule Organskog zakona 1/2023 od 28. veljače (*Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, Boletín Oficial del Estado, br. 51. od 1. ožujka 2023.).
- 93 *Actualidad legislativa comentada: Aspectos generales de la reforma de la ley del aborto*, pristup 6. lipnja 2023., <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2023/03/02/aspectos-generales-de-la-reforma-de-la-ley-del-aborto>.
- 94 U odredbi čl. 722.855 Zakona o surogat majčinstvu izričito se zabranjuje sve vrste sporazuma o surogat majčinstvu kao protivne javnoj politici te ih stoga smatra ništavnim i neprovedivim. Vidi u: *2023 Michigan Compiled Laws, Chapter 722 - Children, Act 199 of 1988 - Surrogate Parenting Act (722.851 - 722.863), Section 722.855 - Surrogate Parentage Contract as Void and Unenforceable*, Justia US Law, pristup 11. kolovoza 2023., <https://law.justia.com/codes/michigan/chapter-722/statute-act-199-of-1988/section-722-855/>.
- 95 Prema čl. 25-218. Revidiranog Statuta Arizone zabranjuje se komercijalno surogat majčinstvo. Vidi u: *2022 Arizona Revised Statutes, Title 25 - Marital and Domestic Relations § 25-218 - Surrogate Parentage Contracts; Prohibition; Custody; Definition*, Justia US Law, pristup 11. kolovoza 2023., <https://law.justia.com/codes/arizona/2022/title-25/section-25-218/>.
- 96 Zakon o (gestacijskom) surogat majčinstvu (*Louisiana Surrogacy Bill HB 1102*) iz 2016. godine zabranjuje komercijalno surogat majčinstvo. Vidi u: *Gestational Surrogacy in Louisiana*, pristup 11. kolovoza 2023., <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/louisiana/>.
- 97 Prema čl. 25-21., 200. Statuta Nebraske zabranjuje se komercijalno surogat majčinstvo. Vidi u: *Gestational Surrogacy in Nebraska*, pristup 11. kolovoza 2023., <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/nebraska/>.
- 98 *Gestational Surrogacy Law in New Mexico*, pristup 11. listopada 2023., <https://surrogatefirst.com/pages/gestational-surrogacy-law-new-mexico#:~:text=Is%20Traditional%20Surrogacy%20Legal%20in,limits%20under%20the%20adoption%20statutes>.
- 99 *Gestational Surrogacy Law in Oklahoma*, pristup 11. listopada 2023., <https://surrogatefirst.com/pages/gestational-surrogacy-law-oklahoma#:~:text=Is%20Traditional%20Surrogacy%20Legal%20in,as%20an%20adoption%20in%20Oklahoma>.
- 100 *Gestational Surrogacy Law in Pennsylvania*, pristup 11. listopada 2023., <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/pennsylvania#:~:text=Traditional%20Surrogacy%20is%20permitted%20in,Surrogates%20also%20cannot%20be%20compensated>.
- 101 Navedene države zabranjuju primanje naknade za genetsku surogat majku, jer se genetsko surogat majčinstvo tretira kao posvojenje.

3.2. Pasivni pristup kroz neregulaciju surogat majčinstva

Nereguliranje materije surogat majčinstva odraz je pasivne opozicije prema ovom načinu reprodukcije koja se temelji na strahu da bi aktivno djelovanje, u smislu zakonodavnog uređenja surogat majčinstva, dalo formalni poticaj njegovom prihvaćanju. Međutim, ovaj pasivni pristup zapravo afirmira načelnu konstataciju da je dopušteno sve ono što nije izričito zakonom zabranjeno, stoga se surogat majčinstvo ne može smatrati nezakonitim.

Pasivni se pristup manifestira državnim politikom neprovođenjem sporazuma o surogat majčinstvu i izostankom specifičnih pravila o prenošenju roditeljske odgovornosti sa surogat majke na namjeravane roditelje.¹⁰² Zbog izostanka se pravne regulacije surogat majčinstvo odvija u pravnom vakuumu, bez službenih podataka o njegovom broju i službene procedure sklapanja sporazuma o surogat majčinstvu.¹⁰³ Izostanak je regulacije svojstven Belgiji, Češkoj, Irskoj,¹⁰⁴ Nizozemskoj i Japanu¹⁰⁵ te pojedinim saveznom državama SAD-a.¹⁰⁶ U slučaju je spora odluka o pravima stranaka sporazuma o surogat majčinstvu prepuštena nacionalnim sudovima. Primjerice, surogat majčinstvo nije zakonski regulirano u Belgiji, što znači da nije ni zabranjeno ni dopušteno.¹⁰⁷ Prema Građanskom zakonu djetetova majka je žena koja ga je rodila, stoga se gradska uprava (engl. *city administration*) bavi pitanjem surogat majčinstva od slučaja do slučaja, bez federalnog usklađivanja.¹⁰⁸ U Nizozemskoj,

102 Cook, Selater i Kaganas, *Surrogate Motherhood*, 23.

103 Ondřej Doskočil, „‘Any Surrogate Mothers?’ A Debate on Surrogacy in Internet Discussion Forums“, *Human affairs* 30 (2020): 11.

104 Eric Scott Sills i Clifford M. Healy, „Building Irish Families through Surrogacy: Medical and Judicial Issues for the Advanced Reproductive Technologies“, *Reproductive Health* 5 (2008): 1-11.

105 Japan nema zakonske odredbe koje reguliraju surogat majčinstvo, ali Japansko društvo za opstetrijicu i ginekologiju izričito zabranjuje tu praksu. U smjernicama izdanim u travnju 2003. godine Japansko je društvo za opstetrijicu i ginekologiju svojim članovima zabranilo obavljanje surogat majčinstva navodeći četiri razloga: 1.) surogat majčinstvo predstavlja povredu djetetovih prava, 2.) nosi mentalni i fizički rizik za surogat majku, 3.) komplicira obiteljske odnose te 4.) ugovori o surogat majčinstvu etički nisu prihvatljivi. Iako smjernice nemaju zakonsku snagu i nisu pravno obvezujuće, slijedili su ih gotovo svi japanski opstetričari. Vidi u: Sachi Spaulding, „Surrogacy and Japan: A Case for Regulation Permalink“, *UCLA Pacific Basin Law Journal* 38, br. 1 (2021): 61; Marcelo De Alcantara, „Surrogacy in Japan: Legal Implications for Parentage and Citizenship“, *Family Court Review* 48, br. 3 (2010): 424.

106 Brojne savezne države SAD-a nemaju zakone koji reguliraju surogat majčinstvo, ali je sudska praksa sklona njihovoj provedbi, kao što je to slučaj u: Alabami, Aljaski, Coloradu, Georgiji, Iowi, Južnoj Dakoti, Južnoj Karolini, Kansasu, Kentuckyju, Minnesoti, Missisipiju, Missouriju, Montani, Nebraski, Sjevernoj Karolini, Ohiju, Oklahomi, Pennsilvaniji, Tennesseeju i Wyomingu.

107 Međutim, belgijska sudska praksa smatra da surogat majčinstvo samo po sebi nije protivno javnom poretku i da se posvojenje od strane namjeravanih roditelja može odobriti pod (strogim) uvjetima. Vidi u: *Parentaliteit alternative*, CPMA-ULiège, pristup 22. srpnja 2023., <http://cpma-ulg.be/les-traitements/parentalite-alternative/le-principe/>.

108 *Become a Parent in Belgium with U.S. Surrogacy*, pristup 6. srpnja 2023., <https://www.circlesurrogacy.com/parents/international-parenting/belgium#:~:text=Surrogacy%20is%20not%20legally%20regulated,case%20basis%2C%20without%20federal%20harmonization>.

također, ne postoji zakonska regulacija surrogat majčinstva, ali je Kaznenim zakonom eksplicitno zabranjeno komercijalno posredovanje u pružanje takve usluge.¹⁰⁹ Češka je jedna od zemalja u kojoj surogat majčinstvo nije zakonski regulirano. Naime, postoji samo jedna referenca na surogat majčinstvo, koja navodi da su posvojenja u ravnoj liniji i između braće i sestara zabranjena, osim ako se ne radi o slučajevima surrogat majčinstva.¹¹⁰ Ova zakonska odredba pokazuje da surogat majčinstvo postoji u Češkoj i da je zakonom priznato, unatoč tome što ne postoji posebni zakon koji regulira tu problematiku. Obrazloženje koje prati Građanski zakon navodi da se mora uzeti u obzir „napredak medicine koji omogućuje implantaciju oplodene jajne stanice u maternicu druge žene.“¹¹¹

3.3. Pristup umjerene regulacije temeljen na altruizmu (besplatnost)

Pojedine države posebno zakonski reguliraju surogat majčinstvo, propisujući uvjete njegove primjene i provedivosti, stavljajući naglasak na altruizam. Uvjeti koji moraju biti zadovoljeni uglavnom se tiču dobi, bračnog statusa i općenito podobnosti namjeravanih roditelja, uz posebno navođenje kontraindikacija na strani neplodne žene te uvjeta koji moraju biti zadovoljeni na strani surogat majke. Namjeravana majka mora biti suočena s medicinskim poteškoćama prirodnog začeca, dok surogat majka mora biti fizički i emocionalno spremna na ovakav pothvat te prethodno iznijeti barem jednu urednu trudnoću. Ukoliko je u braku, vrlo se često traži pristanak supruga surogat majke na ovakav angažman. Neke države ograničavaju vrstu dopuštene naknade, svodeći naknadu na isplatu razumnih troškova i troškova liječenja (npr. Japan) surogat majci, bez detaljnije analize što bi to razumni troškovi obuhvaćali.¹¹²

Ovakvi zakoni težište stavljaju na genetsku vezu s djetetom, stoga barem jedan namjeravani roditelj mora biti genetski povezan s njim. Na primjer, u Izraelu je genetsko (tradicionalno) surogat majčinstvo zabranjeno, dok je gestacijsko inicijalno bilo rezervirano samo za bračne parove u kojima žena nije mogla sigurno iznijeti

109 Nizozemski zakonodavac eksplicitno kažnjava obavljanje komercijalne djelatnosti posredovanja između surogat majke i namjeravanih roditelja ili nuđenje takve djelatnosti, te oglašavanje nuđenja ili traženja usluge surogat majčinstva (čl. 151b nizozemskog Kaznenog zakona, *Wetboek van Strafrecht*, Overheid.nl, pristup 23. rujna 2024., <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/2024-07-01>). Iz navedenog *a contrario* proizlazi da je altruistično surogat majčinstvo načelno dopušteno.

110 Prema čl. 804. Novog građanskog zakona (*Zákon občanský zákoník*, Sbirka zákonů, br. 89/12. od 3. veljače 2012.).

111 Denisa Holá, *Právní aspekty asistované reprodukce* (Plzeň: Právnická fakulta, 2016.), 54; *Vládní návrh na vydání zákona občanský zákoník*, Parlament České Republike, Zastupnički dom, VI. izborna razdoblje, 2011., 749, pristup 19. kolovoza 2023., <https://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=71122&pdf=1>.

112 Yukari Semba et al., „Surrogacy: Donor Conception Regulation in Japan“, *Bioethics* 24, br. 7 (2010): 355.

trudnoću.¹¹³ No, zahvaljujući odluci Vrhovnog suda iz 2021. godine¹¹⁴ ukinute su diskriminatorne odredbe Zakona o ugovoru o nošenju embrija (poznat pod nazivom Zakon o surogat majčinstvu)¹¹⁵ i Zakona o donaciji jajnih stanica,¹¹⁶ te je od 1. siječnja 2022. godine surogat majčinstvo postalo dostupno i za istospolne parove i za samce.¹¹⁷ U Izraelu je sklapanje ugovora o surogat majčinstvu pod državnom kontrolom¹¹⁸ i podliježe odobrenju povjerenstva (*Approvals Committee*) sastavljenog od pravnih i medicinskih stručnjaka te svećenika.¹¹⁹ Sklapanje je ugovora o surogat majčinstva bez odobrenja povjerenstva kazneno djelo za koje je propisana kazna zatvora do godine dana.¹²⁰ U Grčkoj je od 2004. godine legalno gestacijsko altruističko surogat majčinstvo,¹²¹ a od 2015. godine vrata su otvorena i stranim državljanima, koji trebaju imati privremeni boravak u zemlji.

Ujedinjeno je Kraljevstvo također primjer države koja koristi umjereni pristup, kao i pojedine američke savezne države (Virginia, Florida i New Hampshire). Ujedinjeno Kraljevstvo zabranjuje surogat majčinstvo u zemlji, ali dopušta svojim

113 Cook, Selater i Kaganas, *Surrogate Motherhood*, 23. Međutim, izmjenama i dopunama Zakona o ugovorima o gestacijskom nositelju (*Gestational Carrier Agreements Law*) koji je stupio na snagu 11. siječnja 2022., surogat majčinstvo je postalo dostupno i za istospolne parove i samce (odlukom Vrhovnog suda 781/15 od 11. srpnja 2021. ukinuta je zabrana surogat majčinstva za istospolne parove i samce). Vidi u: *Ministry of Health, Surrogacy in Israel*, pristup 15. rujna 2023., <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>.

114 Odluka Vrhovnog suda od 11. srpnja 2021. kojom je potvrđena odluka Visokog suda pravde, 781/15 od 27. veljače 2020., kojom je konstatirano da je proširivanje primjene odredbi Zakona o ugovorima o nošenju embrija na žene samce, uz istodobno isključivanje (muškaraca) samaca i istospolnih parova, koji su genetski povezani s embrijem, u koliziji s ustavnim pravom na jednakost i pravom na roditeljstvo. Vidi u: Ilany Yael i Netta Ilany, „The LGBT Community in Israel: Access to the Surrogacy Procedure and Legal Right for Equality, Family Life and Parenthood“, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 83, br. 1 (2021): 85; Claudia Flores, „Accounting for the Selfish State: Human Rights, Reproductive Equality, and Global Regulation of Gestational Surrogacy“, *Chicago Journal of International Law* 23, br. 2 (2022): 419.

115 Zakon o ugovoru o nošenju embrija iz 1996., Sefer Ha-Chukkim, br. 1577 od 17. ožujka 1996.

116 Zakon o donaciji jajnih stanica (תורייב תמורת קוח), תשס"א-2010, Sefer Ha-Chukkim, br. 2242 od 13. lipnja 2010. s posljednjom izmjenom od 18. rujna 2023.

117 Ruth Levush, *Israel: Supreme Court Authorizes Surrogacy Arrangements for Gay Men*, pristup 18. listopada 2023., <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2021-07-29/israel-supreme-court-authorizes-surrogacy-arrangements-for-gay-men/>.

118 Sarah Mortazavi, „It Takes a Village to Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy“, *The Georgetown Law Journal* 100, br. 6 (2012): 2271.

119 Emily Gelmann, „I’m Just the Oven, It’s Totally Their Bun: The Power and Necessity of the Federal Government to Regulate Commercial Gestational Surrogacy Arrangements and Protect the Legal Rights of Intended Parents“, *Women’s Rights Law Reporter* 32, br. 2/3 (2011): 189. Vidi u: Adrian Ellenbogen, Dov Feldberg i Vyacheslav Lokshin, „Surrogacy - a Worldwide Demand. Implementation and Ethical Considerations“, *Gynecological and Reproductive Endocrinology and Metabolism* 2, br. 2 (2021): 71.

120 Abraham Benshushan i Joseph G. Schenker, „Legitimizing Surrogacy in Israel“, *Human reproduction* 12, br. 8 (1997): 1833.

121 Surogat je majčinstvo u Grčkoj regulirano čl. 1458. Građanskog zakonika koji je uveden Zakonom 3089/02.

građanima da putuju u inozemstvo radi postupka.¹²² U Portugalu je u siječnju 2022. godine stupio na snagu novi zakon koji dopušta surogat majčinstvo i posebno normira okolnost u kojoj se surogat majka može do dvadeset dana nakon porođaja predomisli i ne predati dijete namjeravanim roditeljima.¹²³ Isključivo altruističko surogat majčinstvo (ne i komercijalno) još je regulirano u Australiji,¹²⁴ Kanadi,¹²⁵ Danskoj,¹²⁶ Indiji¹²⁷ te Tajlandu.¹²⁸ Tajland dopušta samo altruističko surogat majčinstvo koje je rezervirano isključivo za vlastite državljane, točnije heteroseksualne parove koji su u braku. Sve dok nisu 2014. godine na vidjelo izašle negativne konotacije

122 Davis, „The Rise of Gestational Surrogacy“, 127. Praksa surogat majčinstva počiva na dvama zakonima: Zakonu o surogat majčinstvu iz 1985. i Zakonu o ljudskoj oplodnji i embriologiji iz 2008. (*Human Fertilisation and Embryology Act*, 2008 c. 22). Kako se po rođenju djeteta surogat majka smatra djetetovom zakonskom majkom, to namjeravani roditelji moraju ishoditi roditeljski nalog kako bi postali zakonski roditelji djeteta i poništili roditeljska prava surogat majke. Sud će izdati roditeljski nalog ako je barem jedan od namjeravanih roditelja genetski povezan s djetetom, ako surogat majci nije plaćena nikakva naknada, osim troškova povezanih s trudnoćom i porodom i ako je to u najboljem interesu djeteta. Usp. Caster, „Don’t Split the Baby“, 154. i 157.

123 Vidi u: *Legal Protections for Altruistic Surrogacy Expand in the U.K., Portugal and Canada*, pristup 25. srpnja 2023., <https://english.elpais.com/international/2023-03-31/legal-protections-for-altruistic-surrogacy-expand-in-the-uk-portugal-and-canada.html>.

124 Surogat je majčinstvo regulirano Zakonom o surogat majčinstvu (*Surrogacy Act*) u savezним državama Zapadna Australija (2008.), Queensland (2010.), Novi Južni Wales (2010.), Tasmanija (2012.), Južna Australija (2019.) te Sjevernog Teritorija (2022.); zatim Zakonom o roditeljstvu (*Parentage Act*) u Teritoriji australskog glavnog grada (2004.) te Zakonom o potpomognutoj oplodnji (*Assisted Reproductive Treatment Act*) u Viktoriji (2008.).

125 Čl. 6. Zakona o (medicinski) potpomognutoj oplodnji (*Assisted Human Reproduction Act*, S.C. 2004, c. 2 od 29. ožujka 2004.). *Government of Canada, Justice Laws Website*, pristup 8. listopada 2023., <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-13.4/page-1.html>.

126 Iako je surogat majčinstvo legalno u Danskoj, sklapanje ugovora o surogat majčinstvu je nezakonito. Također, zakon ne dopušta surogat majci korištenje medicinski potpomognute oplodnje što otežava njegovu realizaciju. Vidi u: *Danes Divided on Surrogacy, Christian Network Europe (2022)*, pristup 11. srpnja 2023., <https://cne.news/article/1441-danes-divided-on-surrogacy>. U recentnoj odluci ESLJP-a iz 2022. (ESLJP, K. K. i drugi protiv Danske, br. zahtjeva 25212/21 od 6. prosinca 2022.) sud je konstatirao povredu čl. 8. EKLJP-a, budući da je namjeravanoj majci bilo uskraćeno da se u matične knjige upiše kao zakonska majke djece rođene u Ukrajini posredstvom (komercijalnog) surogat majčinstva.

127 Indija je Zakonom o (regulaciji) surogat majčinstvu (*The Surrogacy (Regulation) Act 2021*, br. 47., *The Gazette of India*, pristup 18. rujna 2023., <https://dhr.gov.in/sites/default/files/Surrogacy%20Regulation%20ACT%202021.pdf>.) ograničila surogat majčinstvo samo na altruističko i isključivo za svoje državljane. Do navedenih je zakonodavnih izmjena Indija bila meka za neplodne inozemne parove u potrazi za roditeljstvom, budući da praksa surogat majčinstva nije bila ni ilegalna ni pravno regulirana. Dva medijski eksponirana slučaja (slučaj *Baby Manji Yamada protiv Union of India & Anr.* i slučaj *Jan Balaz protiv Anand Municipality*, LPA 2151/2009 presuda od 11. studenoga 2009.) otvorila su pitanja državljanstva djece rođene od strane surogat majke i podigle ga na pijedestal gorućih društvenih problema koja proizlaze iz ove prakse.

128 Čl. 24. Zakona o zaštiti djece rođene medicinski potpomognutom oplodnjom (*Protection of a Child Born by Medically Assisted Reproductive Technology Act*, B.E. 2558 od 28. travnja 2015.) zabranjuje se komercijalno surogat majčinstvo.

komercijalnog međunarodnog surogat majčinstva kao posljedica „labavih“ zakona, Tajland je bio meka reproduktivnog turizma. Afere su javnosti skrenule pozornost na (zanemarena) složena pravna i etička pitanja koja proizlaze iz međunarodnog surogat majčinstva. U javnosti se 2014. godine pojavio slučaj japanskog milijunaša koji je dobio trinaestero djece posredstvom surogat majčinstva (slučaj *Baby Factory*),¹²⁹ kao i podatak da je najmanje šezdeset djece, rođenih za izraelske gay parove, ostalo „zatočeno“ na Tajlandu jer im je izraelska vlada odbila dodijeliti državljanstvo.¹³⁰ No, slučaj dječaka koji ima sindrom Down, kojeg su odbili uzeti namjeravani australski biološki roditelji (slučaj *Baby Gammy*),¹³¹ više je nego ijedan drugi uzburkao javnost i skrenuo pozornost na problematiku međunarodnog surogat majčinstva u ozračju nedorečenih zakona.¹³² Potonji je slučaj „prisilio vladu“ na donošenje zakona (2015. godine) kojim je komercijalno međunarodno surogat majčinstvo na Tajlandu zabranjeno, kao i trgovina jajnim stanicama, spermijima i embrijima.¹³³

3.4. Liberalni pristup temeljen na slobodi ugovaranja temeljen na komercijalizmu (naplativost)

Ovaj pristup prepušta strankama slobodu izbora u pogledu regulacije prava i obveza koje proizlaze iz sporazuma o surogat majčinstvu. Liberalni pristup ne razlikuje genetsko i gestacijsko surogat majčinstvo, a podjednako je otvoren prema altruističkom i komercijalnom surogat majčinstvu. Svojestven je pojedinim savezним

129 Leslie R. Schover, „Cross-border Surrogacy: The Case of Baby Gammy Highlights the Need for Global Agreement on Protections for all Parties“, *Fertility and Sterility* 102, br. 5 (2014): 1258.

130 Jessica M. Caamano, „International, Commercial, Gestational Surrogacy Through the Eyes of Children Born to Surrogates in Thailand: A Cry for Legal Attention“, *BUL Rev.* 96 (2016): 588.

131 Lindsay Murdoch, *Australian Couple Leaves Down Syndrome Baby with Thai Surrogate*, *The Sydney Morning Herald*, pristup 16. lipnja 2023., <https://www.smh.com.au/national/australian-couple-leaves-down-syndrome-baby-with-thai-surrogate-20140731-zz3xp.html>; Andrea Whittaker, „From ‘Mung Ming’ to ‘Baby Gammy’: A Local History of Assisted Reproduction in Thailand“, *Reproductive Biomedicine Online* 2 (2016): 76; Schover, „Cross-Border Surrogacy“, 1258.

132 Međutim, još u siječnju 2011. godine tajlandska je policija pretragom kuće u predgrađu Bangkoka, koju je vodila tajvanska tvrtka *Baby 101*, otkrila organiziranu trgovinu vijetnamskim ženama radi surogat majčinstva. U kući je zatekla ukupno trinaest Vijetnamki, a naknadno su identificirane još dvije žene, od kojih je jedna bila u bolnici jer je upravo rodila. Od ukupno spašenih žena, sedam ih je bilo trudno, od čega su dvije zatražile prekid trudnoće koji im nije odobren. Tajlandski je primarni sud 22. lipnja 2012. godine (*Thai Primary Court*) proglasio svih pet optuženika krivima po svim točkama optužnice za trgovinu ljudima. Unatoč snažnom odjeku u javnosti koji je ovaj slučaj izazvao, isti nije potaknuo detaljniju istragu o industriji surogat majčinstva. Usp. Whittaker, „From ‘Mung Ming’ to ‘Baby Gammy’“, 5; Alessandro Stasi, „Protection of Children Born through Assisted Reproductive Technologies Act, B.E. 2558: The Changing Profile of Surrogacy in Thailand“, *Clinical Medicine Insights: Reproductive Health* 11 (2017): 3-4.

133 *Intended Parents, All You Need to Know About Completing a Surrogacy in Thailand*, pristup 11. kolovoza 2023., <https://surrogate.com/intended-parents/international-surrogacy/surrogacy-in-thailand/>.

državama SAD-a,¹³⁴ ali i ukrajinskom zakonodavstvu¹³⁵ koje na surogat majčinstvo gleda kao rezultat rodne ravnopravnosti.¹³⁶ No, treba napomenuti da Rusija i Ukrajina ne preferiraju genetsko surogat majčinstvo, dapače potonja ga država eksplicite zabranjuje.¹³⁷ Unatoč slobodi ugovaranja,¹³⁸ ipak se daju određene smjernice o uvjetima koje trebaju zadovoljiti obje ugovorne strane.¹³⁹ U Rusiji¹⁴⁰ surogat majke

134 Tzv. *Surrogacy-Friendly States* su: Connecticut, Delaware, Kalifornija, Maine, New Hampshire, New Jersey, New York, Oregon, Rhode Island i Washington.

135 Surogat je majčinstvo uređeno odredbom čl. 123 st. 2. Ukrajinskog obiteljskog zakona iz 2002. godine te Naredbama Ministarstva zdravstva. Opće odredbe o medicinski potpomognutoj oplodnji i implantaciji embrija sadržavala je Naredba br. 24 Ministarstva zdravstva od 4. veljače 1997., dok se izraz surogat majčinstvo prvi put spominje u Naredbi br. 771 Ministarstva zdravstva od 23. prosinca 2008., ali bez detaljnije definicije ovog fenomena. Danas je Naredba Ministarstva zdravstva Ukrajine br. 787 od 9. rujna 2013. primarni dokument u domeni surogat majčinstva koji u 6. odjeljku sadrži sve relevantne odredbe koje se tiču nužnih pretpostavki i samoga postupka njegove provedbe. Vidi u: Reznik, Yakushchenko, „Legal considerations surrounding surrogacy in Ukraine“, 1050; Anna Lelyuk, *Ukraine: Ukrainian Surrogacy Laws*, pristup 11. srpnja 2023., <https://www.mondaq.com/family-law/205832/ukrainian-surrogacy-laws>; *Surrogacy in Ukraine*, pristup 11. listopada 2023., https://www.familylaw.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=58&Itemid=64&lang=en.

136 Amandman na čl. 123. Obiteljskog zakona kojim se smatralo surogat majčinstvo savršenim ekvivalentom potpomognutoj oplodnji zbog muške neplodnosti. Vidi u: Daniela Danna, „The Subrogation of Motherhood: A Judicial Institution that puts Kinship on the Market“, *Salute e Societa* 18, br. 1 (2019): 46.

137 Naredbom Ministarstva zdravstva Ukrajine br. 787 od 9. rujna 2013. jasno je navedeno u t. 6.1. da surogat majka ne smije biti genetski povezana s djetetom koje nosi (dozvoljeno je biti surogat majkom bliskim srodnicima). Vidi u: *Ministry of Health of Ukraine Order 9.9.2013. No. 787*, pristup 18. listopada 2023., https://www.mother-surrogate.com/pdf/surrogate_motherhood_law.pdf; O.B. Telyk, „Certain Problems of Family Law and Probable Ways to Solve Them“, *Legal scientific electronic journal* 2 (2021): 104.

138 U Ukrajini namjeravani roditelji plaćaju stvarne troškove i naknadu surogat majci kako je to predviđeno ugovorom o surogat majčinstvu. Prema odredbi čl. 632. Građanskog zakona visinu iznosa naknade slobodno određuju ugovorne strane, to eksplicite proizlazi da ne postoji ograničenje vrijednosti naknade i stvarnih troškova koji se plaćaju surogat majci. Vidi u: Građanski zakonik Ukrajine (*Tsyvilnyi Kodeks Ukrayiny*, Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny, br. 435-IV od 16. siječnja 2003.).

139 Surogat je majčinstvo u Ukrajini rezervirano isključivo za heteroseksualne bračne parove koji se bore s neplodnošću, a sporazum o surogat majčinstvu mora biti u pisanom obliku i sklopljen prije prijenosa embrija u surogat majku te ovjeren kod javnog bilježnika. Surogat majka mora biti punoljetna poslovno sposobna žena koja nema medicinskih kontraindikacija i već je ranije iznijela urednu trudnoću te mora biti objektivno informirana o postupku surogat majčinstva (Naredba br. 787 Ministarstva zdravstva od 9. rujna 2013.).

140 Surogat je majčinstvo regulirano trima zakonima: 1.) prema čl. 55. st. 9. i st. 10. Saveznog zakona o zaštiti zdravlja građana iz 2011. (*Federal Law on Basics of Health Protection of the Citizens in the Russian Federation*, br. 323-FZ, pristup 25. rujna 2024., <https://natlex.ilo.org/dyn/natlex2/natlex2/files/download/102297/323-FZ.pdf>), 2.) prema čl. 51. st. 4. i čl. 52. st. 3. Obiteljskog zakona (*Russian Federation: Family Code*, br. 223-FZ, pristup 23. rujna 2024., <https://www.refworld.org/legal/legislation/natlegbod/1995/en/102785>) i 3.) prema čl. 16. Saveznog zakona o građanskom statusu (*Russian Federation: Federal Law on Acts of Civil Status*, br. 143-FZ, pristup 23. rujna 2024., <https://base.garant.ru/500173972/>). Gestacijsko surogat majčinstvo, čak i komercijalno, legalno je i dostupno svim punoljetnim osobama.

svoju trudnoću ne percipiraju kao altruistički čin, već kao „posao“ lišen nepotrebne komunikacije s namjeravanim roditeljima, s kojima se veza, nakon rođenja djeteta, prekida.¹⁴¹ Surogat majčinstvo u Rusiji je regulirano Obiteljskim zakonom. Prema odredbi čl. 51. st. 4. ruskog Obiteljskog zakona „kao roditelji djeteta upisuju se osobe koje su u braku i koje su dale pisani pristanak na implantaciju zametka u drugu ženu (surogat majku) u svrhu začeća i rađanja djeteta.“ No, od prosinca 2022. godine surogat je majčinstvo u Rusiji rezervirano isključivo za ruske državljanke ili parove u kojima je barem jedan namjeravani roditelj ruski državljanin.¹⁴²

3.5. Zaključna razmatranja o kontekstu problematike surogat majčinstva

Analizirajući različite zakonodavne pristupe u pogledu regulacije surogat majčinstva, razvidno je da su isti zapravo odraz moralnog i društvenog okrilja pod kojim su doneseni. Drugim riječima, normativna ograničenja (ili izostanak istih) rezultat su moralnih i (bio)etičkih društvenih postulata na kojima počivaju.¹⁴³ Modalitet surogat majčinstva, koji je impostiran na altruističkim postulatima ostvarenja roditeljstva, u velikom broju država nailazi na pozitivan odjek. No, prema mišljenju autorice ovoga rada, iako je odluka o surogat majčinstvu duboko osobna i tiče se autonomije pojedinca u pogledu slobode izbora, ona ne smije biti podložna apsolutnoj dispoziciji ukoliko je u koliziji sa sususom i svrhom kojoj teži. Drugim riječima, odluka o surogat majčinstvu ne smije ni dehumanizirati surogat majku ni komercijalizirati ljudsko tijelo. Stoga, iako je pozdravna altruistička pretenzija surogat majčinstva, u državama koje naginju tom opredjeljenju, zakonom su detaljno regulirani uvjeti i načini njegovog provođenja (primjerice u Izraelu ili Tajlandu), dok pojedine države čak eksplicite zabranjuju komercijalni oblik (poput Nizozemske). Pri tome se u komercijalni aspekt surogat majčinstva ne podvode troškovi koji nastaju u pogledu „održavanja trudnoće“, već samo naknada koja se isplaćuje surogat majci za „iznesenu trudnoću“, napose kao nagrada za „nusprodukt.“ Naime, (samo) potonja naknada, prema mišljenju autorice, aludira da je (začeće i) rođenje djeteta motivirano novčanom satisfakcijom, a ne željom da se „pomogne“ namjeravanim roditeljima u ostvarenju roditeljstva, čime se čin trudnoće i poroda svodi na ekonomsku

Skup medicinskih indikacija koje se zahtijevaju su: Müllerova ageneza, sinehija šupljine maternice, deformitet šupljine maternice ili cerviksa, somatske bolesti koje su kontraindikacije za trudnoću ili ponovljeni neuspjeh IVF-a unatoč korištenju visokokvalitetnih embrija. Vidi u: Konstantin Svitnev, „Legal Regulation of Assisted Reproduction Treatment in Russia“, *Reproductive BioMedicine Online* 20, br. 7 (2010): 893.

141 Marcin Smietana, Sharmila Rudrappa i Christina Weis, „Moral Frameworks of Commercial Surrogacy within the US, India and Russia“, *Sexual and Reproductive Health Matters* 29, br. 1 (2021): 388.

142 U prosincu 2022. godine donji dom ruskog Parlamenta (Duma) izglasao je zakon kojim se strancima zabranjuje korištenje ruskih surogat majki. Vidi u: *Russian Lawmakers Pass Bill Banning Surrogacy for Foreigners*, pristup 25. kolovoza 2023., <https://apnews.com/article/crime-children-vyacheslav-volodin-russia-government-f239b1014308d4a5ab40c9d3a2de21a7>.

143 Usp. Roksandić Vidlička, Hrčić i Kirin, *Bioethical and legal challenges of surrogate motherhood in the Republic of Croatia*, 39.

transakciju. Također, u pogledu modaliteta izvršenja altruističkog surogat majčinstva, većina država dopušta samo gestacijsko jer je lišeno genetske veze surogat majke i djeteta, budući da dijete sadrži genetski materijal namjeravanih roditelja (ponekad u kombinaciji sa spolnim stanicama darivatelja), čime se izbjegavaju pravni problemi koji bi mogli proizaći iz biološke veze surogat majke i djeteta kojeg nosi.

No, ne smijemo smetnuti s uma da je u ozračju složenih društvenih odnosa koje implicira surogat majčinstvo, teško postići normativnu pragmatičnost. Kako bi se otklonile etičke i pravne dileme koje ono pobuđuje, potrebno je, prije zakonske regulacije surogat majčinstva, kritički valorizirati i preispitati prednosti te nedostatke koje ono nosi kroz sustavnu, interdisciplinarnu, znanstvenu i javnu raspravu. U Hrvatskoj (još) nije podignuta na pijedestal društvenih interesa problematika surogat majčinstva. Nedostaje javnog diskursa i znanstvenoistraživačkih rasprava u tom smjeru, iz čega je razvidno da (još) nije sazrelo „podneblje“ za pravnu regulaciju ove materije. No, neovisno o tome što je trenutno hrvatsko normativno ozračje u kontekstu problematike surogat majčinstva negativno konotirano, autorica smatra da postoje normativni temelji za (eventualnu) nadogradnju ukoliko se ukaže potreba za zakonskom regulacijom. Pri tome se prvenstveno misli na nadogradnju postojećih zakonskih odredbi Zakona o medicinski potpomognutoj oplodnji i Obiteljskog zakona. U odnosu na prvi navedeni zakon kojim se zabranjuje praksa surogat (zamjenskog) majčinstva, *de lege ferenda* trebalo bi ići u smjeru izmjena u pogledu dopustivosti, ali samo kao altruističkog oblika pod taksativno navedenim okolnostima. Također bi bilo potrebno, prema mišljenju autorice, specificirati uvjete koji trebaju biti zadovoljeni od strane surogat majke, zatim prava i obveze koji nastaju za obje ugovorne strane (u redovnim i izvanrednim okolnostima, npr. malformacije djeteta) te postupanje liječničkog i medicinskog osoblja koje sudjeluje u tom procesu. U odnosu na ostvarenje, napose prijenos roditeljskih prava sa surogat majke na namjeravane roditelje, autorica smatra da bi trebalo dopuniti postojeće odredbe Obiteljskog zakona te kao mogućnost stjecanja roditeljskog prava, pored posvojenja, uvesti praksu surogat majčinstva, pri čemu bi presumpcija majke kao žene koja je rodila dijete ostala neokrnjena.¹⁴⁴

4. ZAKLJUČAK

Surogat majčinstvo, kao najkontroverzniji fenomen medicinski potpomognute oplodnje, u žarištu je moralnih, etičkih i pravnih rasprava koje polariziraju javno mnijenje. No, ta polarizacija nije nužno loša jer nedvojbeno pokazuje da društvo nije indolentno, već aktivno sudjeluje u raspravama i procesima oblikovanja društveno poželjne politike.¹⁴⁵ Međutim, ambivalentnost koja je imanentna surogat majčinstvu rezultirala je oprečnim društvenim viđenjima njezine opravdanosti i (moralne) prihvatljivosti. Iz tog joj razloga nedostaje univerzalna apologija i unificirani pristup pravnoj regulaciji koji se razlikuje ne samo među državama različite pravne tradicije, već i unutar država koje dijele iste zajedničke interese (poput SAD-a ili EU-a).

144 Usp. Roksandić Vidlička, Hrstić i Kirin, „Bioethical and Legal Challenges“, 42, 56.

145 De Alcantara, „Surrogacy in Japan“, 427.

Unatoč svim poteškoćama koje nosi pravna regulacija surogat majčinstva, potpuna zabrana nije panacea koja će potisnuti želju za roditeljstvom, napose u ozračju suvremenih mogućnosti potpomognute oplodnje, pomoću kojih je realizacija roditeljstva postala dostupna i (legalno) ostvariva već dugi niz godina (u brojnim državama svijeta). Kako se pokazalo do sada, potpuna zabrana potencijalno (pre) usmjerava namjeravane roditelje prema državama u kojima se praksa surogat majčinstva legalno ordinira, što ih onda suočava s pravnim poteškoćama prilikom povratka u zemlju prebivališta. Pravni se limb u pogledu regulacije surogat majčinstva, koji danas postoji u većini država, pokazuje iznimno štetnim za ugovorne strane, napose za dijete koje snosi posljedice kolateralne žrtve sukoba želje roditelja za potomstvom i državne zabrane surogat majčinstva.

Iako još uvijek prožeta kompleksnim pravno-etičkim dilemama, praksa surogat majčinstva (nesporno) dobiva legitimitet u mnogim državama diljem svijeta. Navedeno je razvidno iz detaljne zakonske regulacije i državne kontrole surogat majčinstva koju provode neke države (Izrael), zatim prešutnog prihvaćanja i sudskog odobravanja u brojnim američkim saveznom državama, ili propisivanja (strogih) zakonskih uvjeta koji trebaju biti ispunjeni od strane obiju ugovornih strana (kao što je slučaj u Tajlandu, Ukrajini i Grčkoj), a u cilju uspješnog izvršenja ugovornih obveza.

Također, najnovije tendencije idu u smjeru donošenja međunarodnih normativnih smjernica za zaštitu prava djece rođene surogat majčinstvom. Dakle, primarna se fokusiranost disperzirala s etičke i društvene prihvatljivosti surogat majčinstva na problematiku izvršenja međunarodnih sporazuma o surogat majčinstvu, napose dodjeljivanja državljanstva djeci rođenoj od strane surogat majke. Ova je aberacija razvidna ne samo u teorijskim i znanstvenim raspravama, već i u praksi (američkih i europskih) sudova.

No, kako bi se ujednačio normativni pristup neuralgičnoj problematici surogat majčinstva prethodno je potrebno transponirati etičke i pravne dileme koje su prepreka uspješnom pravnom odgovoru. Drugim riječima, potrebna je kritička validacija medicinskih dostignuća u ozračju suvremenih stremljenja kontemporarna društva te njihova (bio)etička prihvatljivost, kako bi se potaknuo normativni aktivizam. Dok se to ne ostvari, teško će se kompleksni društveni odnosi koji proizlaze iz surogat majčinstva, svesti na (ujednačenu) normativnu pragmatičnost.

LITERATURA

Knjige i članci:

1. Arshagouni, Paul G. „Be Fruitful and Multiply, by Other Means, if Necessary: The Time Has Come to Recognize and Enforce Gestational Surrogacy Agreements“. *DePaul Law Review* 61, br. 3 (2012): 799-848.
2. Baron, Teresa. „Double-Donor Surrogacy and the Intention to Parent“. *Bioethics* 38, br. 7 (2024): 609-615.
3. Benshushan, Abraham i Joseph G. Schenker. „Legitimizing Surrogacy in Israel“. *Human reproduction* 12, br. 8 (1997): 1832-1834.
4. Brugger, Kristiana. „International Law in the Gestational Surrogacy Debate“. *Fordham International Law Journal* 35, br. 3 (2012): 665-697.

5. Brunet, Laurence, Janeen Carruthers, Konstantina Davaki, Derek King, Claire Marzo i Julie Mccandless. *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*. Brussels: European Parliament, 2013.
6. Caamano, Jessica M. „International, Commercial, Gestational Surrogacy through the Eyes of Children Born to Surrogates in Thailand: A Cry for Legal Attention“. *Boston University Law Review* 96 (2016): 571-607.
7. Caster, Austin. „Don't Split the Baby: How the U.S. Could Avoid Uncertainty and Unnecessary Litigation and Promote Equality by Emulating the British Surrogacy Law Regime“. *Connecticut Public Interest Law Journal* 10, br. 2 (2011): 139-184.
8. Cohen, Glenn. „Circumvention Tourism“. *Cornell Law Review* 97, br. 6 (2012): 1309-1398.
9. Constantinidis, Deborah i Roger Cook. „Australian Perspectives on Surrogacy: The Influence of Cognitions, Psychological and Demographic Characteristics“. *Human Reproduction* 27, br. 4 (2012): 1080-1087.
10. Cook, Rachel, Shelley Day Sclater i Felicity Kaganas. *Surrogate Motherhood: International Perspectives*. London: Bloomsbury Publishing, 2003.
11. Courduriès, Jérôme. „At the Nation's Doorstep: The Fate of Children in France Born Via Surrogacy“. *Reproductive Biomedicine & Society Online* 7 (2018): 47-54.
12. Danna, Daniela. „The Subrogation of Motherhood: A Judicial Institution that Puts Kinship on the Market“. *Salute e Società* 18, br. 1 (2019): 44-59.
13. Davis, Erica. „The Rise of Gestational Surrogacy and the Pressing Need for International Regulation“. *Minnesota Journal of International Law* 21, br. 1 (2012): 120-141.
14. De Alcantara, Marcelo. „Surrogacy in Japan: Legal Implications for Parentage and Citizenship“. *Family Court Review* 48, br. 3 (2010): 417-430.
15. Donev, Dejan. „Surogat (zamjensko) majčinstvo ili treba li se maternica iznajmljivati?“. *Pannoniana* 3, br. 1-2 (2019): 239-262.
16. Doskočil, Ondřej. „‘Any Surrogate Mothers?’ A Debate on Surrogacy in Internet Discussion Forums“. *Human Affairs* 30 (2020): 10-26.
17. Ellenbogen, Adrian, Dov Feldberg i Vyacheslav Lokshin. „Surrogacy - A Worldwide Demand. Implementation and Ethical Considerations“. *Gynecological and Reproductive Endocrinology and Metabolism* 2, br. 2 (2021): 66-73.
18. Flores, Claudia. „Accounting for the Selfish State: Human Rights, Reproductive Equality, and Global Regulation of Gestational Surrogacy“. *Chicago Journal of International Law* 23, br. 2 (2022): 391-450.
19. Gelmann, Emily. „I'm Just the Oven, It's Totally Their Bun: The Power and Necessity of the Federal Government to Regulate Commercial Gestational Surrogacy Arrangements and Protect the Legal Rights of Intended Parents“. *Women's Rights Law Reporter* 32, br. 2/3 (2011): 159-192.
20. González, Noelia Igareda. „Legal and Ethical Issues in Cross-Border Gestational Surrogacy“. *Fertil Steril* 113, br. 5 (2020): 916-919.
21. González, Noelia Igareda. „Regulating Surrogacy in Europe: Common Problems, Diverse National Laws“. *European Journal of Women's Studies* 26, br. 2 (2019): 1-12.
22. Gruenbaum, Daniel. „Foreign Surrogate Motherhood: *mater semper certa erat*“. *The American Journal of Comparative Law* 60, br. 2 (2012): 475-505.
23. Hofman, Darra L. „‘Mama's Baby, Daddy's Maybe.’ A State-by-State Survey of Surrogacy Laws and Their Disparate Gender Impact“. *William Mitchell Law Review* 35, br. 2 (2009): 450-468.
24. Holá, Denisa. *Právní aspekty asistované reprodukce*. Plzeň: Právnícká fakulta, 2016.
25. Hrabar, Dubravka. „Surogatno majčinstvo kao moderan oblik eksploatacije žena i trgovine djecom“. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 70, br. 2-3 (2020): 171-212.

26. Ilany, Yael i Netta Ilany. „The LGBT Community in Israel: Access to the Surrogacy Procedure and Legal Right for Equality, Family Life and Parenthood“. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 83, br. 1 (2021): 85-98.
27. Iliadou, Marianna. „Surrogacy and the ECtHR: Reflections on Paradiso and Campanelli v Italy“. *Medical Law Review* 27, br. 1 (2018): 144-154.
28. Inhorn, Marcia C. i Pasquale Patrizio. „Rethinking Reproductive ‘Tourism’ as Reproductive ‘Exile’“. *Fertility and Sterility* 92, br. 3 (2009): 904-906.
29. Krim, Todd M. „Beyond Baby M. International Perspectives on Gestational Surrogacy and the Demise of the Unitary Biological Mother“. *Annals of Health Law* 5 (1996): 193-226.
30. Lindenman, Elizabeth, Marguerite K. Shepard i Ora Hirsch Pescovitz. „Müllerian Agenesis: An Update“. *Obstetrics & Gynecology* 90, br. 2 (1997): 307-312.
31. Margalit, Yehezkel. „In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perspective“. *William & Mary Journal of Race, Gender, and Social Justice* 20, br. 2 (2014): 423-468.
32. Markens, Susan. *Surrogate Motherhood and the Politics of Reproduction*. Berkeley: University of California Press, 2007.
33. Maydanyk, Roman A. i Kateryna V. Moskalenko. „Towards Creation of Unified Regulation on Surrogacy in Europe: Recent Trends and Future Perspectives“. *Wiadomości Lekarskie* 73, br. 12 (2020): 2865-2870.
34. McEwen, Angie G. „So You’re Having Another Woman’s Baby: Economics and Exploitation in Gestational Surrogacy“. *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 32, br. 1 (1999): 271-304.
35. McLachlan, Hugh V. i John Kim Swales. „Commercial Surrogate Motherhood and the Alleged Commodification of Children. A Defense of Legally Enforceable Contracts“. *Law and Contemporary Problems* 72, br. 3 (2009): 91-107.
36. Mohapatra, Seema. „Stateless Babies & Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy“. *Berkeley Journal of International Law* 30, br. 2 (2012): 412-450.
37. Mortazavi, Sarah. „It Takes a Village to Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy“. *The Georgetown Law Journal* 100, br. 6 (2012): 2249-2290.
38. Mutcherson, Kimberley M. „Welcome to the Wild West: Protecting Access to Cross Border Fertility Care in the United States“. *Cornell Journal of Law and Public Policy* 22, br. 2 (2012): 349-394.
39. Pande, Amrita. „Commercial Surrogacy in India: Manufacturing a Perfect Mother Worker“. *Signs* 35, br. 4. (2010): 969-992.
40. Patel, Nayana Hitesh, Yuvraj Digvijaysingh Jadeja, Harsha Karsan Bhadarka, Molina Niket Patel, Niket Hitesh Patel i Nilofar Rahemathkhan Sodagar. „Insight into Different Aspects of Surrogacy Practices“. *Journal of Human Reproductive Sciences* 11, br. 3 (2018): 212-218.
41. Patton, Brock A. „Buying Newborn: Globalization and the Lack of Federal Regulation of Commercial Surrogacy Contracts“. *UMKC Law Review* 79, br. 2 (2010): 507-534.
42. Postgate, Nicholas. *Early Mesopotamia Society and Economy at the Dawn of History*. London: Routledge, 1992.
43. Radan, Marijana, Suzana Vuletić, Željko Rakošec i Žarko Šperanda. „Bioetička kompleksnost problematike zamjenskoga majčinstva“. *Diacovensia* 23, br. 1 (2015): 35-70.
44. Reznik, Oleg M. i Yuliia M. Yakushchenko. „Legal Considerations Surrounding Surrogacy in Ukraine“. *Wiadomości Lekarskie* 73, br. 5 (2020): 1048-1052.
45. Roksandić Vidlička, Sunčana, Dijana Hrستیć i Zrinka Kirin. „Bioethical and Legal Challenges of Surrogate Motherhood in the Republic of Croatia“. *Jahr* 3, br. 5 (2012): 37-67.

46. Ryznar, Margaret. „International Commercial Surrogacy and Its Parties“. *John Marshall Law Review* 43, br. 4 (2009): 1009-1040.
47. Sanger, Carol. „Developing Markets in Baby-Making: In the Matter of Baby M“. *Harvard Journal of Law & Gender* 30, br. 1 (2007): 67-98.
48. Schenker, Joseph G. „Legitimising Surrogacy In Israel: Religious Perspective“. U: *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, ur. Rachel Cook, Shelley Day Sclater i Felicity Kaganas, 243-260. London: Bloomsbury Publishing, 2003.
49. Schover, Leslie R. „Cross-Border Surrogacy: The Case of Baby Gammy Highlights the Need for Global Agreement on Protections for All Parties“. *Fertility and Sterility* 102, br. 5 (2014): 1258-1259.
50. Scott, Elizabeth S. „Surrogacy and the Politics of Commodification“. *Law and Contemporary Problems* 72, br. 3 (2009): 109-146.
51. Semba, Yukari, Chiungfang Chang, Hyunsoo Hong, Ayako Kamisato, Minori Kokado i Kaori Muto. „Surrogacy: Donor Conception Regulation in Japan“. *Bioethics* 24, br. 7 (2010): 348-357.
52. Sills, Eric Scott i Clifford M. Healy. „Building Irish Families through Surrogacy: Medical and Judicial Issues for the Advanced Reproductive Technologies“. *Reproductive Health* 5 (2008): 1-11.
53. Smerdon, Usha Rengachary. „Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy Between the United States and India“. *Cumberland Law Review* 39, br. 1 (2008): 15-86.
54. Smietana, Marcin, Sharmila Rudrappa i Christina Weis. „Moral Frameworks of Commercial Surrogacy within the US, India and Russia“. *Sexual and Reproductive Health Matters* 29, br. 1 (2021): 377-393.
55. Spar, Debora L. *The Baby Business, How Money, Science and Politics Drive the Commerce of Conception*. Cambridge: Harvard Business School Press, 2006.
56. Spaulding, Sachi. „Surrogacy and Japan: A Case for Regulation Permalink“. *UCLA Pacific Basin Law Journal* 38, br. 1 (2021): 61-84.
57. Spivack, Carla. „The Law of Surrogate Motherhood in the United States“. *The American Journal of Comparative Law* 58, br. 1 (2010): 97-114.
58. Stasi, Alessandro. „Protection of Children Born through Assisted Reproductive Technologies Act, B.E. 2558: The Changing Profile of Surrogacy in Thailand“. *Clinical Medicine Insights: Reproductive Health* 11 (2017): 1-7.
59. Svitnev, Konstantin. „Legal Regulation of Assisted Reproduction Treatment in Russia“. *Reproductive BioMedicine Online* 20, br. 7 (2010): 892-894.
60. Telnik, O.B. „Certain Problems of Family Law and Probable Ways to Solve them“. *Legal Scientific Electronic Journal* 2 (2021): 103-107.
61. Trowse, Pip. „Surrogacy: Is it Harder to Relinquish Genes?“. *Journal of Law and Medicine* 18, br. 3 (2011): 614-633.
62. Vayena, Effy, Patrick J. Rowe i P. David Griffin. *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction, Report of a WHO Meeting*. Geneva: World Health Organization, 2002.
63. Vonk, Machteld. „The Role of Formalised and Non-Formalised Intentions in Legal Parent-Child Relationships in Dutch Law“. *Utrecht Law Review* 4, br. 2 (2008): 117-134.
64. Whittaker, Andrea. „From ‘Mung Ming’ to ‘Baby Gammy’: A Local History of Assisted Reproduction in Thailand“. *Reproductive Biomedicine Online* 2 (2016): 71-78.
65. Zegers-Hochschild, Fernando, G. David Adamson, Jacques de Mouzon, Osamu Ishihara, R. Mansour, Karlgoosta Nygren, Elizabeth Sullivan i Sheryl van der Poel. „The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology, 2009“. *Human Reproduction* 24, br. 11 (2009): 2683-2687.

66. Zegers-Hochschild, Fernando, G. David Adamson, Silke Dyer, Catherine Racowsky, Jacques de Mouzon, Rebecca Sokol, Laura Rienzi, Arne Sunde, Lone Schmidt, Ian D. Cooke, Joe Leigh Simpson i Sheryl van der Poel. „The International Glossary on Infertility and Fertility Care, 2017“. *Human reproduction* 32, br. 9 (2017): 1786-1801.

Pravni propisi:

1. 2018 Louisiana Laws Revised Statutes, Title 9 - Civil Code -Ancillaries. RS 9:2719 - Contract for a Genetic Gestational Carrier; Nullity. Justia US Law. Pristup 11. rujna 2023. <https://law.justia.com/codes/louisiana/2018/code-revisedstatutes/title-9/rs-9-2719/>
2. 2022 Arizona Revised Statutes, Title 25 - Marital and Domestic Relations. § 25-218 - Surrogate Parentage Contracts; Prohibition; Custody; Definition. Justia US Law. Pristup 11. kolovoza 2023. <https://law.justia.com/codes/arizona/2022/title-25/section-25-218/>
3. 2022 Nevada Revised Statutes, Chapter 126 - Parentage NRS 126.660 - Donor not Parent of Child Conceived by Means of Assisted Reproduction. Justia US Law. Pristup 11. rujna 2023. <https://law.justia.com/codes/nevada/2022/chapter-126/statute-126-660/>
4. 2022 New Hampshire Revised Statutes, Title XII - Public Safety and Welfare, Title 168-B - Surrogacy, Section 168-B:1 - Definitions. Justia US Law. Pristup 11. rujna 2023. <https://law.justia.com/codes/new-hampshire/2022/title-xii/title-168-b/section-168-b-1/>
5. 2022 Revised Code of Washington, Title 26 - Domestic Relations, Chapter 26.26A - Uniform Parentage Act. Justia US Law. Pristup 11. rujna 2023. <https://law.justia.com/codes/washington/2022/title-26/chapter-26-26a/>
6. 2023 Code of Virginia, Title 20 - Domestic Relations, Chapter 9 - Status of Children of Assisted Conception § 20-156. Justia US Law. Pristup 11. rujna 2023. <https://law.justia.com/codes/virginia/title-20/chapter-9/section-20-156/>
7. 2023 Florida Statutes, Title XLIII - Domestic Relations, Chapter 742 - Determination of Parentage. Justia US Law. Pristup 11. rujna 2023. <https://law.justia.com/codes/florida/title-xliii/>
8. 2023 Illinois Compiled Statutes, Chapter 750 - FAMILIES, 750 ILCS 47 - Gestational Surrogacy Act. Just US Law. Pristup 11. rujna 2023. <https://law.justia.com/codes/illinois/chapter-750/act-750-ilcs-47/>
9. 2023 Michigan Compiled Laws, Chapter 722 - Children, Act 199 of 1988 - Surrogate Parenting Act (722.851 - 722.863), Section 722.855 - Surrogate Parentage Contract as Void and Unenforceable. Justia US Law. Pristup 11. kolovoza 2023. <https://law.justia.com/codes/michigan/chapter-722/statute-act-199-of-1988/section-722-855/>
10. 2023 New Jersey Revised Statutes, Title 9 - Children-Juvenile and Domestic Relations Courts, Section 9:17-65 - Requirements for a Gestational Carrier Agreement. Justia US Law. Pristup 11. kolovoza 2023. <https://law.justia.com/codes/new-jersey/title-9/section-9-17-65/#:~:text=In%20addition%2C%20an%20unenforceable%20gestational,in%20whole%20or%20in%20part%2C>
11. Austrijski Zakon o reproduktivnoj medicini (*Fortplanzungsmedizingesetz*), BGBl. br. 275/92., s posljednjim izmjenama BGBl. br. 58/18.
12. California Code, Family Code - FAM (2023), Part 7. Surrogacy and Donor Facilitators, Assisted Reproduction Agreements for Gestational Carriers, and Oocyte Donations. FindLaw. Pristup 23. kolovoza 2023. <https://codes.findlaw.com/ca/family-code/#!tid=N04C0F8C05AA411E5A5FFDAB841099901>
13. Češki Novi građanski zakon (*Zákon občanský zákoník*), Sbirka zákonů, br. 89/12 od 3. veljače 2012.
14. Finski Kazneni zakon (*Rikoslaki*). Finlex, br. 2012/28. Pristup 23. rujna 2024. <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1889/18890039001#L25>
15. Finski Zakon o liječenju neplodnosti (*Laki hedelmöityshoidoista*). Finlex, br. 1237/06. Pristup 6. studenoga 2023. <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/2006/20061237>

16. Finski Zakon o majčinstvu (*Äitiyslaki*). Finlex, br. 253/18. Pristup 23. rujna 2024. <https://www.finlex.fi/fi/laki/alkup/2018/20180253>
17. Francuski Građanski zakon (*Code Civil*). Légifrance. Pristup 21. rujna 2023. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006136059/#LEGISCTA000006136059
18. Francuski Kazneni zakon (*Code pénal*). Légifrance. Pristup 21. rujna 2023. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719/
19. Građanski zakonik Ukrajine (*Tsyvylnyi Kodeks Ukrayiny*), Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny, br. 435-IV od 16. siječnja 2003.
20. Grčki Zakon 3089/2002 o medicinski potpomognutoj oplodnji (*Νόμος 3089/2002: Ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή*), ΦΕΚ, br. 327/A od 23. prosinca 2002.
21. Grčki Zakon 3305/2005 o primjeni medicinski potpomognute oplodnje (*Νόμος 3305/2005: Εφαρμογή της Ιατρικώς Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής*), ΦΕΚ, br. 17/A od 27. siječnja 2005.
22. Indijski Zakon o (regulaciji) surogat majčinstvu (*The Surrogacy (Regulation) Act 2021, no. 47*), The Gazette of India. Pristup 18. rujna 2023. <https://dhr.gov.in/sites/default/files/Surrogacy%20Regulation%20ACT%202021.pdf>
23. Izraelski Zakon o donaciji jajnih stanica (*תשי"ע-2010, תויציב תמורת קוח*), Sefer Ha-Chukkim, br. 2242 od 13. lipnja 2010, s posljednjom izmjenom od 18. rujna 2023.
24. Izraelski Zakon o ugovoru o nošenju embrija iz 1996. (*פירבוע תאי של בימכסה קוח, תש"ל-1996*), Sefer Ha-Chukkim, br. 1577 od 17. ožujka 1996., s posljednjom izmjenom od 18. rujna 2023.
25. Južnoafrički Zakon o djeci iz 2005. (*South Africa Children's Act*), Government Gazette, br. 38/05 od 19. lipnja 2006.
26. Kanadski Zakon o (medicinski) potpomognutoj oplodnji (*The Assisted Human Reproduction Act, S.C. 2004, c. 2*) od 29. ožujka 2004. Government of Canada, Justice Laws Website. Pristup 8. listopada 2023. <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-13.4/page-1.html>
27. Nizozemski Kazneni zakon (*Wetboek van Strafrecht*). Overheid.nl. Pristup 23. rujna 2024. <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/2024-07-01>
28. *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Gazzetta Ufficiale, br. 45/04 od 24. veljače 2004.
29. Norveški Zakon o djeci i roditeljima (*Lov om barn og foreldre (barneleva)*) od 1. siječnja 1982., s posljednjim izmjenama od 1. rujna 2023. Lovdata. Pristup 23. kolovoza 2023. <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1981-04-08-7>
30. Norveški Zakon o medicinskoj uporabi biotehnologije (*Lov om medisinsk bruk av bioteknologi*) od 1. siječnja 2004., s posljednjim izmjenama od 29. ožujka 2022. Lovdata. Pristup 8. listopada 2023. <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2003-12-05-100>
31. Novozelandski Zakon o medicinski potpomognutoj oplodnji iz 2004. (*Human Assisted Reproductive Technology Act 2004*), The New Zealand Gazette, br. 92/04 od 21. studenoga 2004.
32. Njemački Zakon o posvojenju (*Adoptionsvermittlungsgesetz*) od 22. prosinca 2001., BGBl. I 2002 S. 354, s posljednjim izmjenama od 12. veljače 2021., BGBl. I S. 226.
33. Njemački Zakon o zaštiti embrija (*Embryonenschutzgesetz*) od 13. prosinca 1990., BGBl. I S. 2746, s posljednjim izmjenama od 21. studenoga 2011., BGBl. I S. 2228.
34. Portugalski Zakon 25/2016 od 22. kolovoza, koji regulira pristup surogat majčinstvu, uvodeći 3. izmjenu Zakona 32/2006 (*Lei n.º 25/2016 de 22 de agosto Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, procriação medicamente assistida*), Diário da República, br. 160 od 22. kolovoza 2016.

35. Ruski Obiteljski zakon (*Semeinyi kodeks rossiiskoi federatsii*), Rossiyskaya Gazeta, br. 223-FZ od 29. prosinca 1995.
36. Španjolski Organski zakon 1/2023 od 28. veljače (*Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*), Boletín Oficial del Estado, br. 51 od 1. ožujka 2023.
37. Španjolski Zakon 14/2006 od 26. svibnja o potpomognutoj oplodnji (*Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*), Boletín Oficial del Estado, br. 126 od 27. svibnja 2006.
38. Švicarski Savezni zakon o medicinski potpomognutoj oplodnji (*Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung - Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG*) od 18. prosinca 1998., BBl 1996 III 205.
39. Tajlandski Zakon o zaštiti djece rodene medicinski potpomognutom oplodnjom iz 2015. (*Protection of a Child Born by Medically Assisted Reproductive Technology Act*), Government Gazette, V 132, P 38 od 1. svibnja 2015.
40. Talijanski Zakon o medicinski potpomognutoj oplodnji br. 40 (*Legge 19 febbraio 2004, n.40*), Gazzeta Ufficiale, br. 45/04 od 24. veljače 2004.
41. *The North Dakota Century Code, Title 14 - Domestic Relations and Persons. Chapter 14-18 - Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*. Legislative Branch. Pristup 11. rujna 2023. <https://ndlegis.gov/general-information/north-dakota-century-code/index.html>
42. Ukrajinski Obiteljski zakon (*Simeynyy akt*), Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrainy, br. 21-22 od 10. siječnja 2002.
43. *Vládní návrh na vydání zákona občanský zákoník*. Parlament Češke Republike, Zastupnički dom. Pristup 19. kolovoza 2023. <https://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=71122&pdf=1>
44. Zakon o ljudskoj oplodnji i embriologiji Ujedinjenog Kraljevstva iz 2008. (*Human Fertilisation and Embryology Act, 2008 c. 22*) od 13. studenoga 2008. Legislation.gov.uk. Pristup 11. rujna 2023. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>
45. Zakon o medicinski pomognutoj oplodnji, Narodne novine, br. 86/12.
46. Zakon o surogat majčinstvu iz 1985. Ujedinjenog Kraljevstva (*Surrogacy Arrangements Act 1985 c. 49*) od 16. srpnja 1985. Legislation.gov.uk. Pristup 11. rujna 2023. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>
47. Zakon o surogat majčinstvu Novog Južnog Walesa (*Surrogacy Act 2010*), New South Wales Government Gazette, br. 102 od 7. lipnja 2011.
48. Zakon o ugovoru o gestacijskom nositelju New Jersey (*New Jersey Gestational Carrier Agreement Act*), State of New Jersey, Assembly br. 1704 od 12. veljače 2018.

Sudska praksa:

1. ESLJP, C protiv Italije, br. zahtjeva 47196/21 od 31. kolovoza 2023.
2. ESLJP, D protiv Francuske, br. zahtjeva 11288/18 od 16. srpnja 2020.
3. ESLJP, K.K. i drugi protiv Danske, br. zahtjeva 25212/21 od 6. prosinca 2022.
4. ESLJP, Labassee protiv Francuske, br. zahtjeva 65941/11 od 26. lipnja 2014.
5. ESLJP, Mennesson protiv Francuske, br. zahtjeva 65192/11 od 26. lipnja 2014.
6. ESLJP, Paradiso i Campanelli protiv Italije, br. zahtjeva 25358/12 od 24. siječnja 2017.
7. High Court of Gujarat (India), *Jan Balaz protiv Anand Municipality*, LPA 2151/2009 od 11. studenoga 2009.
8. Presuda od 3. veljače 1988., *Matter of Baby M*, 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988).
9. Presuda od 12. listopada 2001., *Culliton protiv Beth Israel Deaconess Med. Ctr.*, 435 Mass. 285, 756 N.E.2d 1133 (Mass. 2001).
10. Presuda od 16. veljače 2018., *P. M. protiv T. B.*, 907 N.W.2d 522 (Iowa 2018).

11. Presuda od 22. siječnja 1998., *R. R. protiv M. H. i drugi*, 426 Mass. 501, 689 N.E.2d 790 (Mass. 1998).
12. Presuda od 26. kolovoza 2004., *Hodas protiv Morin*, 442 Mass. 544, 814 N.E.2d 320 (Mass. 2004).
13. Supreme Court of India, *Baby Manji Yamada protiv Union Of India & Anr.*, 13 SCC 518, presuda od 29. rujna 2008.

Mrežne stranice:

1. *Actualidad legislativa comentada: Aspectos generales de la reforma de la ley del aborto*. Pristup 6 lipnja 2023. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2023/03/02/aspectos-generales-de-la-reforma-de-la-ley-del-aborto>
2. Ali, Lorraine. *The Curious Lives of Surrogates, Culture*. Pristup 17. srpnja 2023. <https://www.newsweek.com/curious-lives-surrogates-84469>
3. *Become a Parent in Belgium with U.S. Surrogacy*. Pristup 6. srpnja 2023. <https://www.circlesurrogacy.com/parents/international-parenting/belgium#:~:text=Surrogacy%20is%20not%20legally%20regulated,case%20basis%2C%20without%20federal%20harmonization>
4. *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui, Rapport d'information n° 421 (2007-2008), déposé le 25 juin 2008*. Pristup 10. listopada 2023. <https://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-4211.html>
5. *Danes Divided on Surrogacy, Christian Network Europe*. Pristup 11. srpnja 2023. <https://cne.news/article/1441-danes-divided-on-surrogacy>
6. Dutko, Alyona Oleksandrivna. *Obiteljsko pravo Ukrajine (Сімейне право України)*. Pristup 25. rujna 2024. <https://dspace.lvduvs.edu.ua/bitstream/1234567890/2605/1/simeine%20pr.pdf>
7. Gesley, Jenny. *Netherlands: Bill to Regulate Surrogacy Introduced. Law Library of Congress, 2023*. Pristup 23. rujna 2024. <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2023-08-10/netherlands-bill-to-regulate-surrogacy-introduced/?loclr=ealln>
8. *Gestational Surrogacy in Louisiana*. Pristup 11. kolovoza 2023. <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/louisiana>
9. *Gestational Surrogacy in Nebraska*. Pristup 11. kolovoza 2023. <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/nebraska/>
10. *Gestational Surrogacy Law Arizona*. Pristup 11. kolovoza 2023. <https://surrogatefirst.com/pages/gestational-surrogacy-law-arizona>
11. *Gestational Surrogacy Law in New Mexico*. Pristup 11. listopada 2023. <https://surrogatefirst.com/pages/gestational-surrogacy-law-new-mexico#:~:text=Is%20Traditional%20Surrogacy%20Legal%20in,limits%20under%20the%20adoption%20statutes>
12. *Gestational Surrogacy Law in Oklahoma*. Pristup 11. listopada 2023. <https://surrogatefirst.com/pages/gestational-surrogacy-law-oklahoma#:~:text=Is%20Traditional%20Surrogacy%20Legal%20in,as%20an%20adoption%20in%20Oklahoma>
13. *Gestational Surrogacy Law in Pennsylvania*. Pristup 11. listopada 2023. <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/pennsylvania/#:~:text=Traditional%20Surrogacy%20is%20permitted%20in,Surrogates%20also%20cannot%20be%20compensated>
14. *Gestational Surrogacy Law Virginia*. Pristup 7. studenoga 2023. <https://surrogatefirst.com/pages/gestational-surrogacy-law-virginia#:~:text=Surrogacy%20contracts%20are%20permissible%20in,a%20contract%20can%20be%20approved>
15. *Government of Canada, Justice Laws Website*. Pristup 8. listopada 2023. <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-13.4/page-1.html>

16. HCCH, *Parentage / Surrogacy Experts' Group: Final Report "The Feasibility of One or More Private International Law Instruments on Legal Parentage"*. Pristup 11. kolovoza 2023. <https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf>
17. Hermerén, Göran. *Surrogatmoderskap: Varför - och varför inte?*, *Läkartidningen*. Pristup 21. srpnja 2023. https://lakartidningen.se/wp-content/uploads/OldWebArticlePdf/1/15828/LKT1103s68_69.pdf
18. Horsey, Kristy. *Surrogacy in the UK: Myth Busting and Reform, Report of the Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform*. Pristup 18. listopada 2023. https://www.familylaw.co.uk/docs/pdf-files/Surrogacy_in_the_UK_report.pdf
19. *Intended Parents, All You Need to Know About Completing a Surrogacy in Thailand*. Pristup 11. kolovoza 2023. <https://surrogate.com/intended-parents/international-surrogacy/surrogacy-in-thailand/>
20. *Knjiga postanka, online Biblija*. Pristup 11. srpnja 2023. <https://biblija.ks.hr/>
21. *Legal Protections for Altruistic Surrogacy Expand in the U.K., Portugal and Canada*. Pristup 25. srpnja 2023. <https://english.elpais.com/international/2023-03-31/legal-protections-for-altruistic-surrogacy-expand-in-the-uk-portugal-and-canada.html>
22. Lelyuk, Anna. *Ukraine: Ukrainian Surrogacy Laws, mondaq*. Pristup 11. srpnja 2023. <https://www.mondaq.com/family-law/205832/ukrainian-surrogacy-laws>
23. Levush, Ruth. *Israel: Supreme Court Authorizes Surrogacy Arrangements for Gay Men*. Pristup 18. listopada 2023. <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2021-07-29/israel-supreme-court-authorizes-surrogacy-arrangements-for-gay-men/>
24. *Ministry of Health of Ukraine Order 9.9.2013. No. 787*. Pristup 18. listopada 2023. https://www.mother-surrogate.com/pdf/surrogate_motherhood_law.pdf
25. *Ministry of Health, Surrogacy in Israel*. Pristup 15. rujna 2023. <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>
26. Murdoch, Lindsay. *Australian Couple Leaves Down Syndrome Baby with Thai Surrogate. The Sydney Morning Herald*. Pristup 16. lipnja 2023. <https://www.smh.com.au/national/australian-couple-leaves-down-syndrome-baby-with-thai-surrogate-20140731-zz3xp.html>
27. *Parentalité alternative, CPMA-ULiège*. Pristup 22. srpnja 2023. <http://cpma-ulg.be/les-traitements/parentalite-alternative/le-principe/>
28. *Russian Lawmakers Pass Bill Banning Surrogacy for Foreigners*. Pristup 25. kolovoza 2023. <https://apnews.com/article/crime-children-vyacheslav-volodin-russia-government-f239b1014308d4a5ab40c9d3a2de21a7>
29. *Surrogacy in Ukraine*. Pristup 11. listopada 2023. https://www.familylaw.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=58&Itemid=64&lang=en
30. *U.S. Surrogacy Law By State*. Pristup 7. studenoga 2023. <https://www.conceiveabilities.com/about/blog/u-s-surrogacy-law-by-state#:~:text=Gestational%20surrogacy%20is%20supported%20in,Beth%20Israel%20Deaconess%20Med>
31. *Vie Publique. Gestation pour autrui: quelles sont les évolutions du droit?* Pristup 11. srpnja 2023. <https://www.vie-publique.fr/eclairage/18636-gestation-pour-autrui-gpa-queles-sont-les-evolutions-du-droit#:~:text=En%20France%2C%20la%20GPA%20a,d'autrui%20est%20nulle%22>
32. *What You Need to Know About Surrogacy in New Jersey*. Pristup 23. kolovoza 2023. <https://www.americansurrogacy.com/surrogacy/new-jersey-surrogacy-laws>
33. *What You Need to Know About Surrogacy in New Hampshire*. Pristup 7. studenoga 2023., <https://www.americansurrogacy.com/surrogacy/new-hampshire-surrogacy-laws>

Ostalo:

1. Council of Europe. *Steering Committee for Human Rights in the Fields of Biomedicine and Health (CDBIO): SURROGACY Addendum to the Replies to Questionnaire on Access to Medically Assisted Procreation (MAP), on Right to Know About Their Origin for Children Born After MAP*. Addendum, Strasbourg: Council of Europe, 2022.

Nevena Aljinović*

Summary

SURROGATE MOTHERHOOD: GLOBAL OVERVIEW OF LEGAL REGULATION

The phenomenon of surrogacy, as an alternative way of obtaining offspring, is the best example of the far-reaching nature of assisted reproduction and represents the most complex medical-social-legal form of human conception that radically and fundamentally changes the concept of family. Although it represents an ambivalent phenomenon that lacks a universal apology, surrogacy is slowly becoming more and more accepted, both theoretically and practically, in countries worldwide. However, as a reflection of the non-unified understanding of the categories of gender, sex, and reproduction, the legal regulation is uneven, oscillating from a complete prohibition of any form of surrogacy to a purely contractual approach open to all variations of its form. The above contributes to legal uncertainty regarding the recognition of legal parentage, as well as the question of the citizenship of children born in this way. This paper offers a global overview of surrogacy legal regulation and demonstrates that this phenomenon, as the most challenging byproduct of medically assisted fertilization, is not a temporary phenomenon. Therefore, regardless of the state's attitude towards surrogacy, whether it is prohibitive or permissive, it is necessary to create protective measures concerning all stakeholders of the process, primarily to ensure the protection of surrogate mothers and the fundamental rights of children born in this way.

Keywords: *surrogacy; surrogate motherhood; intended parents; commissioning couple.*

* Nevena Aljinović, Ph.D., Assistant Professor, University of Split, University Department of Forensic Sciences; nevena.aljinovic@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6557-2796>.

ORIGINALISM AND THE DEMOCRATIC PROCESS: MAJORITARIAN ARGUMENTS IN THE CASE LAW OF THE US SUPREME COURT

Niko Jarak, mag. iur.*
Izv. prof. dr. sc. Ana Horvat Vuković**

UDK 321.7(73)
342.1(73)
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.45.3.7>
Ur.: 27. studenoga 2023.
Pr.: 16. listopada 2024.
Pregledni rad

Summary

The paper explores the tension between originalism, the theory of constitutional interpretation which posits that the original meaning of constitutional provisions should be authoritative, and the counter-majoritarian elements that are deeply embedded in the US Constitution. This is done through analysis of selected case law of the US Supreme Court in which the originalist Justices decided to protect the democratic process as a superior constitutional value instead of protecting the minority whose rights were not secured in the fora based on majority rule. The analysed case law entails the three central decisions of abortion jurisprudence (Roe v. Wade, Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, and Dobbs v. Jackson Women's Health Organization), and the seminal decision which legalised same-sex marriage in the US (Obergefell v. Hodges). The analysis shows that the Justices who applied originalist methodology and decided to leave the rights of the minority to the mercy of the majority were not neutral and faithful to the constitutional text as they claimed, but rather made value choices which revealed majoritarian vision of democracy under originalism.

Keywords: *originalism; constitutional interpretation; democracy; abortion; same-sex marriage.*

* Niko Jarak, Mag. iur., Assistant, University of Zagreb, Faculty of Law; niko.jarak@pravo.unizg.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6773-6632>.

** Ana Horvat Vuković, Ph.D., Associate Professor, University of Zagreb, Faculty of Law; ana.horvat.vukovic@pravo.unizg.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8451-5620>.

1 INTRODUCTION

Originalism is a theory in constitutional law of the United States of America (US) which posits that constitutional interpretation should aim to decipher the authoritative original meaning of constitutional provisions.¹ Originalists claim that their approach of uncovering the original public meaning² of constitutional provisions is normatively desirable since it allows judges to decide constitutional disputes in a value-neutral manner.³ *A contrario*, evolution of the meaning of constitutional provisions via judicial interpretations is seen as inappropriate value imposition.⁴

This contribution aims to demonstrate that there is an inherent tension between originalism and counter-majoritarian elements that are deeply embedded in the fabric of the US Constitution.⁵ Specifically, it will be argued that originalism boosts a majoritarian conception of democracy which marginalizes judicial protection of minority rights.⁶ Moreover, it will be shown that the proclaimed neutrality of originalism is only illusory, and that originalist methodology can be understood as a rhetorical tool which hides “political practice”⁷ - one that is inimical to judicial interpretations that aim to rebalance the power in society in order to protect minorities.

The second section will elaborate the theoretical framework of the following case law analysis to explain how conceptual underpinnings of originalism distort the constitutional promise of minority protection and inevitably weaken the functioning of the system of checks and balances. The remaining part of the article analyses selected case law of the Supreme Court of the United States (Supreme Court) which encompasses disputes about rights and liberties of minorities which could not have been safeguarded in the democratic process.⁸ The first case law study analyses the

- 1 See Keith E. Whittington, “Originalism: A Critical Introduction,” *Fordham Law Review* 82, no. 2 (2013): 375-409. For a competing theory that accepts constitutional evolution by judicial interpretations, see David A. Strauss, *The Living Constitution* (New York: Oxford University Press, 2010).
- 2 Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law: An Essay* (Princeton: Princeton University Press, 1997), 37-38.
- 3 Robert Bork, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems,” *Indiana Law Journal* 47, no. 1 (1971): 1-35.
- 4 Bork, “Neutral Principles,” 9-10; Scalia, *A Matter of Interpretation*, 38-39.
- 5 See, *inter alia*, Alexander Hamilton, “The Federalist no. 78,” in James Madison, Alexander Hamilton, and John Jay, *The Federalist Papers* (London: Penguin Books, 1987), 436-442; Erwin Chemerinsky, “Foreword: The Vanishing Constitution,” *Harvard Law Review* 103, no. 1 (1989): 43-104; Ronald Dworkin, “The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve,” *Fordham Law Review* 65, no. 4 (1997): 1263 *et seq.*
- 6 Chemerinsky described and criticised the “majoritarian paradigm”, i.e. the idea that majority rule is the central tenet of the US Constitution that trumps counter-majoritarian mechanisms (most notably, judicial review) which express the need for upholding equality and individual liberty. Chemerinsky, “Foreword”, 74 *et seq.* For a similar account of the relationship between originalism and majoritarianism, see Dworkin, “The Arduous Virtue of Fidelity,” 1263 *et seq.*
- 7 Robert Post, and Reva Siegel, “Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution,” *Fordham Law Review* 75, no. 2 (2006): 545-574.
- 8 The terms democratic process and political process are used interchangeably to denote the decision-making process in institutions essentially based on majority rule.

“U-turn” jurisprudence of abortion rights - from its almost half a century long federal protection, which started in 1973, to its overruling in 2022, while the second case law study focuses on the issue of same-sex marriage.

The analysis will showcase that Justices who applied originalism endorsed a value choice - one that did not protect the minority in the constitutional dispute - and concealed it with arguments of respect for political process and democracy.⁹ These findings indicate that originalism is neither value-neutral nor faithful to the constitutional text. On the contrary, the value choices endorsed by Justices who applied originalism reveal a deeply misguided, majoritarian conception of democracy under originalism.

2 PRESERVING STABILITY OF MEANING V. ACCEPTING JUDICIAL (RE)BALANCING OF POWER: TWO DIVERGENT CONCEPTIONS OF THE COUNTER-MAJORITARIAN ESSENCE OF THE CONSTITUTION¹⁰

Originalism is a theory of constitutional interpretation that requires interpreter’s fidelity to “original public meaning” which constitutional provisions apparently had in the time of their adoption.¹¹ “Original public meaning” as an interpretive construct is based on the methodological concept of “fixed meaning” which should preserve the essence of the Constitution, i.e. its insulation from majoritarian decision-making, by preventing judicially imposed “constitutional amendments” that respond to the will of the majority.¹² Reliance on the concept of “fixed meaning” rejects the basic premise of the competing theory of living constitutionalism, namely the necessity of evolution of constitutional meaning by judicial interpretations in present-day circumstances.¹³ In words of Justice Scalia, “[i]f the courts are free to write the Constitution anew, they will, by God, write it the way the majority wants; the appointment and confirmation process will see to that.”¹⁴ Therefore, adherence to fixed meaning in constitutional interpretation is understood as a guarantee that judges would not distort the counter-majoritarian purpose of the Constitution and interpret it in line with the will of present-day majorities. Originalist critique of living constitutionalism rests on a premise that the Constitution would lose its counter-majoritarian essence if judges, as

9 For further discussion on hidden value choices in originalist reasoning, see Erwin Chemerinsky, *Worse Than Nothing: The Dangerous Fallacy of Originalism* (New Haven and London: Yale University Press, 2022), 179-181.

10 This theoretical section is based on Niko Jarak’s article “A Counter-Majoritarian Critique of Originalism” that has been accepted for publication in *Zagrebačka pravna revija* 13, no. 2 (2024). The section briefly summarizes the main points that are developed in that article, using it as a theoretical framework of case law analysis that follows.

11 Whittington, “Originalism,” 380. For the Bill of Rights (the first 10 amendments to the US Constitution) the main point of reference is the year 1791.

12 Scalia, *A Matter of Interpretation*, 46-47.

13 Erwin Chemerinsky, *Interpreting the Constitution* (New York: Praeger, 1987), 45 *et seq.*; Chemerinsky, *Worse Than Nothing*, 14 *et seq.*

14 Scalia, *A Matter of Interpretation*, 47.

officials that lack democratic legitimacy, interpreted it in line with understanding of current political majorities.¹⁵

The described disagreement reveals two divergent models of implementing counter-majoritarian essence of the Constitution in constitutional interpretation.

According to Scalia's originalist model, constitutional interpretation ought to protect the integrity of constitutional text (and its meaning) from mutations by means of judicial interpretation.¹⁶ The meaning of constitutional provisions is fixed once adopted and its counter-majoritarian core lies in the fact that it can be amended only by a supermajority, and not by ordinary legislative majorities. Consequently, the judiciary should be faithful to the original, fixed meaning, in order not to alter the meaning of the Constitution in line with the will of the current majority *outside of the amendment process*. This conception is *purely procedural* because it is based on the procedural requirement of supermajority in the amendment process¹⁷ and ignores the substantive values of protecting societal minorities from the "mischief of [majority] faction"¹⁸ which openly require judges to rebalance power in the society. Instead, originalism asks judges as authoritative interpreters¹⁹ of the Constitution to be constrained by the consensus of historical majorities²⁰ which is understood as the only legitimate interpretation. Furthermore, originalists use the interpretive tool of "constitutional silence" which posits that judges should defer to the legislature in situations which are not explicitly regulated by the Constitution.²¹ Originalists understand this deference as an expression of neutrality,²² notwithstanding all possible fatal repercussions for rights of minorities.²³ Combining the fidelity to historical majoritarian consensus and deference to current majorities, originalism reinforces the idea that majority-rule is the cornerstone of American democracy and "a value superior to other values."²⁴ This view which boosts majority-rule and conceptualizes judicial review as "suspect"²⁵ because it is counter-majoritarian is known as "majoritarian paradigm,"²⁶ or, in Dworkin's words, "the majoritarian premise."²⁷ The

15 Scalia, *A Matter of Interpretation*, 46-47.

16 Scalia, *A Matter of Interpretation*, 47.

17 Article V of the US Constitution.

18 James Madison, "The Federalist no. 10," in James Madison, Alexander Hamilton, and John Jay, *The Federalist Papers* (London: Penguin Books, 1987), 126.

19 See Chemerinsky, *Interpreting the Constitution*, 86-105.

20 Chemerinsky, *Worse Than Nothing*, 78. Construction of original public meaning depends on how the majorities in certain historical periods understood certain constitutional provisions.

21 Catherine L. Langford, *Scalia v. Scalia: Opportunistic Textualism in Constitutional Interpretation* (Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 2017), 101; Bork, "Neutral Principles," 10.

22 Bork, "Neutral Principles," 10.

23 Chemerinsky, *Worse Than Nothing*, 92-114.

24 Chemerinsky, "Foreword," 75.

25 Chemerinsky, "Foreword," 75.

26 Chemerinsky, "Foreword," 74-75.

27 Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (New York: Oxford University Press, 1996), 15-16.

theoretical root of this idea can be traced back²⁸ to Bickel's "counter-majoritarian difficulty" which describes judicial review as a "deviant institution in American democracy" because it contravenes majority-rule.²⁹ "[E]quat[ing] democracy with simple majoritarianism" and understanding judicial review as a deviant institution fosters a "myopic" conception of democracy because "a true democracy demands institutions that stand somewhat apart from majoritarian politics - including, crucially, independent courts that may serve as a check on majoritarianism."³⁰ Originalism insists on adherence to majoritarian consensus as a constraint on judicial interpretation and thereby fosters this type of "myopic,"³¹ majoritarian democracy.³² Therefore, Scalia's argument according to which living constitutionalism would lead to majoritarian interpretations of the Constitution does not seem so convincing. On the contrary, it is the theory of originalism that denigrates the judiciary into an institution that ought to be limited by majoritarian consensus, without capability to shape constitutional doctrine in line with its own understanding of law that is free of majoritarian constraints.

On the other hand, living constitutionalism proposes a different model of implementing substantive counter-majoritarian features of the Constitution which considers the complex interaction of different institutions of government in the framework of checks and balances. It takes into account the disbalance of power that characterizes decision-making processes in institutions that primarily cater to the will of the majority.³³ In this vein, judicial shaping of the meaning of open-textured and general constitutional provisions³⁴ that is responsive to societal context and power dynamics is a legitimate enterprise which heeds the constitutional requirement of protecting minority groups.³⁵ Judges are not constrained by majoritarian consensus, whether historical or present-day. Living constitutionalism sets the system of checks and balances in motion by emphasizing the counter-majoritarian role of the judiciary in institutional sense, allowing judges to define the meaning of constitutional provisions in a dialogue³⁶ with institutions primarily based on majority-rule. Originalism, emphasizing the protection of the stability of constitutional meaning throughout different time periods, twists the counter-majoritarian promise of the

28 Chemerinsky, "Foreword," 71.

29 Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (New Haven and London: Yale University Press, 1986), 18.

30 Melissa Murray, and Katherine Shaw, "Dobbs and Democracy," *Harvard Law Review* 137, no. 3 (2024): 760, 762.

31 Murray, and Shaw, "Dobbs and Democracy," 760.

32 For example, Nelson Tebbe criticised the use of the concept of democracy in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* as an argument to overrule *Roe v. Wade*, arguing that "democratic societies are characterized not by majoritarianism, but by *political equality*" as an essential trait of an "egalitarian system of government." Nelson Tebbe, "Does *Dobbs* Reinforce Democracy?" *Iowa Law Review* 108, no. 5 (2023): 2366, 2379.

33 See Chemerinsky, *Interpreting the Constitution*, 27-36.

34 Chemerinsky, *Worse Than Nothing*, 181-184.

35 Chemerinsky, *Worse Than Nothing*, 166 *et seq.* See also Strauss, *The Living Constitution*.

36 Ruth Bader Ginsburg, "Speaking in a Judicial Voice," *New York University Law Review* 67, no. 6 (1992): 1198.

Constitution into a mere procedural requirement (of supermajority in the amendment process) and transforms it into deference to political majorities. From the perspective of living constitutionalism, the process of adopting constitutional amendments and altering the Constitution's meaning via supermajorities *complements* the evolution of the meaning of constitutional provisions in adjudication.³⁷ This interplay of both (super)majoritarian and counter-majoritarian inputs in defining the meaning of the Constitution is what accounts for an efficient system of constitutional checks and balances - it provides for a just balancing of competing interests of minorities and majorities in a society.³⁸

These theoretical conceptions underpinning the *nexus* between originalism and majoritarianism are used as a framework for the following case law analyses. The cases which are analysed show that originalists, both in the majority and as dissenters, refused to protect (fundamental) rights of minorities in the name of "neutrality" and deference to the democratic process, leading to elevation of the majoritarian conception of democracy and debilitation of the counter-majoritarian role of the judiciary. Originalism denies the legitimacy of judicial "creation"³⁹ of the meaning of constitutional provisions contrary to the will of political majorities which seriously weakens the system of checks and balances. Under originalism, the judiciary as the main institutional counter-majoritarian force is obliged to follow the (historical) majoritarian consensus and is therefore subordinated to majority-rule. Instead of coordinating majoritarian decision-making and judicial protection of minorities as equally valuable institutional avenues, and enabling both judges and other actors in primarily majoritarian institutions to define the meaning of constitutional provisions, originalism elevates majoritarianism as the superior value.

3 THE ABORTION TRILOGY AND CONSTRUCTION OF RIGHTS: REWRITING OR RECALIBRATING THE CONSTITUTION?

The issue of striking a balance between the right of a woman to terminate a pregnancy and the authority of States to regulate abortion first came before the Supreme Court in 1973 in *Roe v. Wade*⁴⁰ (hereinafter: *Roe*). The Supreme Court relied on the right to privacy established in *Griswold v. Connecticut*⁴¹ (hereinafter: *Griswold*) and decided it included the right of a woman to undergo an abortion. Rather than in the penumbral reasoning⁴² used in *Griswold*, the right to privacy in *Roe* was localized within the (substantive)⁴³ due process clause of the 14th

37 Chemerinsky, *Worse Than Nothing*, 112.

38 See Madison, "The Federalist no. 10"; Hamilton, "The Federalist no. 78".

39 Scalia, *A Matter of Interpretation*, 22.

40 *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973).

41 *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965) is the decision in which the Supreme Court struck down as unconstitutional a law which criminalised purchase and use of contraceptives for married couples.

42 See Glenn H. Reynolds, "Penumbral Reasoning on the Right," *University of Pennsylvania Law Review* 140, no. 4 (1992): 1334-1337.

43 The theory of substantive due process holds that the notion of liberty in the 14th amendment's

amendment.⁴⁴ Consequently, the Supreme Court invalidated the Texas law which made abortion illegal in all circumstances except when life of the woman was threatened. Furthermore, the Supreme Court weighed the right of a woman against the interest of States to protect prenatal life which generated the central holding that States could not prohibit abortions before viability, i.e. before the point in time when a fetus could survive outside the womb.⁴⁵ The decision generated the trimester framework according to which States could regulate abortion only during the second and the third trimester - in the second trimester the States could regulate abortion procedures to protect woman's health, and in the third trimester States could ban abortion with exceptions to protect the life and health of the pregnant woman.⁴⁶ This framework was in force for almost 20 years. In the 1992 case *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*⁴⁷ (hereinafter: *Casey*), the Supreme Court had the opportunity to assess the issue of abortion once again through reviewing a Pennsylvania law which imposed certain restrictions on abortion.⁴⁸ The ruling upheld the central holding of *Roe* according to which the right of a woman to undergo an abortion is protected under the due process clause of the 14th amendment to the Constitution. However, the decision in *Casey* overruled the trimester framework and allowed the States to regulate abortion during the first trimester as long as the regulation did not impose an undue burden upon the woman's right to undergo an abortion.⁴⁹ The majority held that the requirement of spousal notification did impose an undue burden on the right of a woman to have an abortion.⁵⁰ The plurality opinion⁵¹ written by Justices O'Connor, Souter and Kennedy (all nominated by

due process clause ("...nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law") protects certain substantive rights, such as right to privacy. See "National Archives - The Constitution of the United States: A Transcription," accessed March 13, 2023, <https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript>.

- 44 Erwin Chemerinsky, "Substantive Due Process," *Touro Law Review* 15, no. 4 (1999): 1508.
- 45 The point of viability is between the 23rd and 24th week of pregnancy. See *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 U.S. (2022), Opinion of the Court, 52 - slip opinion, https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf.
- 46 *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973), Opinion of the Court, 164-165.
- 47 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992).
- 48 These included the requirements that a woman should give her informed consent, abortion providers should provide the woman with specific information at least 24 hours before the procedure, parents should give informed consent for minors, the spouse of the married woman should be notified, and abortion providers should report certain information. See *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992), syllabus, 833.
- 49 A regulation poses an undue burden if it "has the purpose or effect of placing a substantial obstacle in the path of a woman seeking an abortion of a nonviable fetus." *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, Opinion of the Court, 877. This standard of review replaced the strict scrutiny standard applied in *Roe v. Wade*. Under strict scrutiny, the State had to show that the regulation pursued a compelling governmental interest and was narrowly tailored to achieve that interest. See "Legal Information Institute - Strict Scrutiny," accessed March 10, 2023, https://www.law.cornell.edu/wex/strict_scrutiny.
- 50 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992), Opinion of the Court, 893.
- 51 A plurality opinion is a controlling opinion of the Court which no majority joined in full.

Republican presidents) thus confirmed “the essential holding” of *Roe*.⁵²

Throughout the course of its existence as settled law, *Roe* had been attacked using the argument of legitimacy. In his dissenting opinion in *Roe*,⁵³ Justice White asserted that the majority invented the constitutional right to have an abortion without health indications out of the blue - it was not based on “the language or history of the Constitution” - and the holding disregarded the States’ interest in protecting prenatal life.⁵⁴ Moreover, he labelled the decision in *Roe* as “an exercise of raw judicial power” that should have been “left with the people and to the political processes the people have devised to govern their affairs” due to controversies surrounding the issue of abortion.⁵⁵ Although Justice White was not a self-declared originalist since originalism had just started to emerge at the time *Roe* was decided, his argumentation would become the classic originalist formula in future cases.

In 1992 when *Casey* was decided, Justice Scalia and Justice Thomas, who both are self-declared originalists, took part in the decision. Justice Scalia dissented, joined by Chief Justice Rehnquist and justices White and Thomas. Scalia’s dissent expanded the formula which Justice White used in his dissent in *Roe*. The core of the opinion holds that the question of regulating abortion is a divisive policy issue with a strong value component. Therefore, it should “be resolved like most important questions in our democracy: by citizens trying to persuade one another and then voting.”⁵⁶ When “reasonable people disagree, government may take one position or the other.”⁵⁷ Justice Scalia puts forth that the right to undergo an abortion is “a liberty in the absolute sense” but “the Constitution says absolutely nothing about it, and the longstanding traditions of American society have permitted it to be legally proscribed.”⁵⁸ It follows that Justice Scalia embraces the concept of “constitutional silence” which disqualifies judicial protection of (controversial) unenumerated rights.⁵⁹ The test Justice Scalia finds relevant in examining whether the right to abortion is protected by the Constitution relates to exploring the wording of constitutional provisions and longstanding American traditions.⁶⁰ Moreover, the national traditions have to be taken “at the most specific level” as a form of restraint on judicial law-making - identifying the most specific traditions leaves less room for the Supreme Court to reflect upon what the Constitution should protect instead of

52 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992), Opinion of the Court, 846.

53 The opinion was published with the companion case *Doe v. Bolton* 410 U.S. 179 (1973).

54 *Doe v. Bolton* 410 U.S. 179 (White, J., dissenting), 221-222.

55 *Doe v. Bolton* 410 U.S. 179 (White, J., dissenting), 222.

56 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992) (Scalia, J., dissenting), 979.

57 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992) (Scalia, J., dissenting), 979.

58 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992) (Scalia, J., dissenting), 980.

59 Langford, *Scalia v. Scalia*, 101.

60 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992) (Scalia, J., dissenting), 980.

what it does protect.⁶¹ Justice Scalia then concludes that neither the text nor specific traditions protect the right to abortion, so he would have upheld the Pennsylvania law under rational basis standard of review.⁶²

The rest of Justice Scalia's attack on the plurality opinion could be divided in two segments for the purpose of this analysis. The first one concerns the attack on the "reasoned judgment" of the plurality opinion which endorses a value (i.e. political) choice in contrast to his "humble" and neutral methodology of recognizing specific traditions.⁶³ Considering the standard of undue burden, Justice Scalia found it both "manipulable" and "unworkable."⁶⁴ According to Justice Scalia, the plurality opinion adopted a value choice, and disguised it as "reasoned judgment."⁶⁵ Regarding the political controversy in question, the decision "elevat[ed] it to the national level where it is infinitely more difficult to resolve."⁶⁶ For Justice Scalia, the problem of abortion should not have been "resolved uniformly, at the national level."⁶⁷ Of course, invoking defence of federalism could be read as a "proxy" for defending conservative outcomes in States with traditionalist views on abortion.⁶⁸ For a vehement defender of federalism in terms of advocating for larger autonomy of States, Justice Scalia did not have a hard time abandoning the principle when it would *not* yield conservative outcomes.⁶⁹ However, the same argument could equally be made for justices who mostly hold liberal views and also invoke regulatory autonomy of States only when it is convenient.⁷⁰ For these reasons, the federalism argument does not seem convincing on its own without touching upon the substance of the case and accepting that balancing of constitutional values,⁷¹ such as the right to bodily autonomy and

61 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992) (Scalia, J., dissenting), 981. See Heather K. Gerken, "Larry and Lawrence," *Tulsa Law Review* 42, no. 4 (2007): 848-849.

62 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992) (Scalia, J., dissenting), 981. Under rational basis standard of review, the challenger has to prove that there is no rational connection between the statute and a legitimate state interest. See "Legal Information Institute - Rational Basis Test," accessed March 13, 2023, https://www.law.cornell.edu/wex/rational_basis_test.

63 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992) (Scalia, J., dissenting), 982, 997.

64 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992) (Scalia, J., dissenting), 986.

65 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992) (Scalia, J., dissenting), 983.

66 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992) (Scalia, J., dissenting), 995.

67 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992) (Scalia, J., dissenting), 995.

68 See Vanessa Baird, and Tonja Jacobi, "How the Dissent Becomes the Majority: Using Federalism to Transform Coalitions in the U.S. Supreme Court," *Duke Law Journal* 59, no. 2 (2009): 211.

69 Jack M. Balkin, "*Bush v. Gore* and the Boundary Between Law and Politics," *The Yale Law Journal* 110, no. 8 (2001): 1442.

70 Balkin, "*Bush v. Gore*," 1442.

71 See Chemerinsky, "Foreword," 87 *et seq.*

the protection of prenatal life, is a legitimate exercise of constitutional adjudication. Justice Scalia explicitly rejected the idea of balancing due to its value dimension, describing the controlling “opinion [as a] verbal shell game [that conceals] raw judicial policy choices concerning what is ‘appropriate’ abortion legislation.”⁷² When the Supreme Court strikes down laws restricting access to abortion it is making a value judgment and a policy choice because it took a side in the debate. On the other hand, the Supreme Court is faithful to the Constitution if it leaves the issue to the will of the State legislatures. The false neutrality of originalism is evident because both judicial outcomes are necessarily value choices. Therefore, claiming that value balancing is appropriate only in fora of majority rule is not an adequate account of constitutional interpretation in these hard cases.⁷³

The second line of criticism relates to the issue of Supreme Court’s legitimacy and its public perception amid an ideological divide. The plurality opinion addressed the controversies surrounding the subject matter and stated that “the Court’s interpretation of the Constitution calls the contending sides of a national controversy to end their national division by accepting a common mandate rooted in the Constitution.”⁷⁴ Moreover, the plurality opinion openly grasped legitimacy concerns and admitted that “to overrule under fire in the absence of the most compelling reason to reexamine a watershed decision would subvert the Court’s legitimacy beyond any serious question.”⁷⁵ Justice Scalia was not impressed - he exclaimed that “The Imperial Judiciary lives.”⁷⁶ Instead of interpreting law, Justice Scalia thought the Supreme Court was trying to identify some form of social consensus to resolve a deep conflict.⁷⁷ The dissent even drew a deeply misguided parallel⁷⁸ between the theory of substantive due process used in *Roe* and the reasoning in the 1857 Supreme Court decision *Dred Scott v. Sandford*⁷⁹ (hereinafter: *Dred Scott*) which held that African Americans cannot become US citizens.⁸⁰ Considering that *Dred Scott* is widely regarded as “the” worst case ever decided by the Supreme Court,⁸¹ the

72 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992) (Scalia, J., dissenting), 987.

73 On constitutional interpretation in hard cases, see Ronald Dworkin, “Hard Cases,” *Harvard Law Review* 88, no. 6 (1975): 1057-1109.

74 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992), Opinion of the Court, 867.

75 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992), Opinion of the Court, 867.

76 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992) (Scalia, J., dissenting), 996.

77 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992) (Scalia, J., dissenting), 1000.

78 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992) (Scalia, J., dissenting), 998.

79 *Dred Scott v. Sandford* 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

80 For a compelling criticism of this analogy, see Jamin B. Raskin, “*Roe v. Wade* and the *Dred Scott* Decision: Justice Scalia’s Peculiar Analogy in *Planned Parenthood v. Casey*,” *The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 1, no. 1 (1992): 6-84.

81 See Richard A. Primus, “Canon, Anti-Canon, and Judicial Dissent,” *Duke Law Journal* 48, no.

analogy is a powerful, but dishonest rhetorical tool. *Dred Scott* excluded a whole race from the protection of the US legal system, thereby reinforcing inequality and racial subordination. On the other hand, *Roe* was - if anything - inclusive, and it advanced women's equal citizenship⁸² by extending constitutional protection to their fundamental, reproductive rights. For these reasons, comparing constitutional recalibration in *Roe* with constitutional apostasy in *Dred Scott* is profoundly erroneous.

Before proceeding with the analysis of the final part of "the abortion trilogy," it should be noted that *Roe* did have certain weaknesses. Justice Ginsburg's criticism of *Roe* pointed out two central problems. First, the reasoning in *Roe* would have been more convincing if it relied "on the women's equality dimension of the issue" instead of employing the right to privacy as the avenue for protecting reproductive rights of women.⁸³ Second, Justice Ginsburg argued that incrementalism in adjudication would have boosted both a higher level of public acceptance regarding abortion jurisprudence, and a more sound legal narrative.⁸⁴ She claimed that "[d]octrinal limbs too swiftly shaped, experience teaches, may prove unstable."⁸⁵ *Roe* "invited no dialogue with legislators"⁸⁶ since the decision did not "merely [strike] down the extreme Texas law"⁸⁷ but it "displaced virtually every state law then in force" on abortion restrictions.⁸⁸ The magnitude of judicial resolution of this issue only fuelled the "vocal right-to-life movement" and consequently curtailed the trend of liberalization of abortion restrictions.⁸⁹ Justice Ginsburg argued for a constructive, strategic, and far-sighted approach to constitutional adjudication which fosters judicial minimalism⁹⁰ and takes into account various social phenomena, but she did not question the legitimacy of the decision. Furthermore, in his often-quoted article "The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*," Ely claimed that *Roe* was "not constitutional law" but rather a draft of a statute.⁹¹ Ely said the following: "Were I a legislator I would vote for a statute very much like the one the Court ends up drafting."⁹² The trimester framework indeed more resembled a product of legislative deliberation rather than one of judicial craftsmanship. It is true that *Roe* might have been too ambitious and too abrupt in its effort to balance the two conflicting sides of the public debate on abortion. Notwithstanding its problems, *Roe* still managed

2 (1998): 256.

82 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 U.S. (2022) (Breyer, Sotomayor, Kagan, JJ., dissenting), 23.

83 Bader Ginsburg, "Speaking in a Judicial Voice," 1200.

84 Bader Ginsburg, "Speaking in a Judicial Voice," 1198.

85 Bader Ginsburg, "Speaking in a Judicial Voice," 1198.

86 Bader Ginsburg, "Speaking in a Judicial Voice," 1205.

87 Bader Ginsburg, "Speaking in a Judicial Voice," 1199.

88 Bader Ginsburg, "Speaking in a Judicial Voice," 1199.

89 Bader Ginsburg, "Speaking in a Judicial Voice," 1205.

90 See "Legal Information Institute - Judicial Minimalism," accessed March 10, 2023, <https://www.law.cornell.edu/constitution-conan/article-3/section-2/clause-1/judicial-minimalism>.

91 John Hart Ely, "The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*," *The Yale Law Journal* 82, no. 5 (1973): 947.

92 Ely, "The Wages of Crying Wolf," 926.

to successfully safeguard women's reproductive rights for almost 50 years. It was saved by three justices nominated by Republican presidents not so much in an effort to preserve the counter-majoritarian role of the Supreme Court regarding the issue of abortion, but to demonstrate how this institution is insulated from political pressure.⁹³

The originalist attack on *Roe* culminated in 2022 when the conservative majority of the Roberts Court in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (hereinafter: *Dobbs*) upheld a Mississippi law that prohibited abortions after only 15 weeks of pregnancy. The *Dobbs* majority did not stop here - the decision also overruled *Roe* and left the issue of regulating abortion entirely to the discretion of the States. Justices split along ideological lines (5-4), with (conservative) Chief Justice Roberts staying in the minority regarding the explicit overruling of *Roe*, while at the same time assenting to its implicit overruling by upholding the Mississippi law.⁹⁴ Instead of eliminating federal protection of the right of a woman to undergo an abortion in one case, it could be said that Chief Justice Roberts advocated for incremental curtailment of abortion rights. It was the originalist methodology of the majority opinion written by Justice Alito that generated the outcome of the case.⁹⁵ In essence, the ruling recycled the arguments from Justice Scalia's dissent in *Casey*, adding that *Roe* was "egregiously wrong" because the right to abortion is found neither in the text of the Constitution nor was it rooted in the history and tradition of the American people.⁹⁶ It follows that the issue of whether women should be allowed to end a pregnancy is to be decided by the democratic process in each State.⁹⁷ The ruling asserted that the Supreme Court is not an appropriate institution for protecting reproductive rights of women.⁹⁸ They should rather persuade other citizens in institutions that are based on majoritarian decision-making because the Supreme Court cannot "usurp" this power from the people.⁹⁹

It does not seem that the *Dobbs* majority was immune to political pressure since the opinion acknowledged how "Americans continue to hold passionate and widely

93 The dissenters in *Dobbs* described the three justices who wrote the plurality opinion in *Casey* in the following words: "The Justices who wrote those words - O'Connor, Kennedy, and Souter - they were judges of wisdom. They would not have won any contests for the kind of ideological purity some court watchers want Justices to deliver. But if there were awards for Justices who left this Court better than they found it? And who for that reason left this country better? And the rule of law stronger? Sign those Justices up. They knew that 'the legitimacy of the Court [is] earned over time'." *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 U.S. (2022) (Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting), 60.

94 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 U.S. (2022) (Roberts, C. J., concurring in judgment), 2.

95 See Reva Siegel, "Memory Games: Dobbs's Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism - and Some Pathways for Resistance," *Texas Law Review* 101, no. 5 (2023): 1127-1204.

96 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 U.S. (2022), Opinion of the Court, 6, 12.

97 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 U.S. (2022), Opinion of the Court, 6.

98 The right to abortion was not found in the text of the Constitution and it was not rooted in the Nation's history and tradition. For criticism, see Siegel, "Memory Games," 1135-1137.

99 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 U.S. (2022), Opinion of the Court, 14.

divergent views on abortion, and state legislatures have acted accordingly.”¹⁰⁰ Hence, referencing unconstitutional behaviour of some States as an additional argument to overrule a 49-year-old precedent might not be the most prudent argumentative choice. In examining reliance interests under stare decisis analysis, Justice Alito said that the decision in *Dobbs* “returns the issue of abortion to those legislative bodies, and it allows women on both sides of the abortion issue to seek to affect the legislative process by influencing public opinion, lobbying legislators, voting, and running for office. Women are not without electoral or political power.”¹⁰¹ This subversive reading of individual liberties, according to which the Supreme Court empowers women as political subjects while at the same time reducing their rights to mere objects of majoritarian decision-making, is a form of gaslighting which does not amount to protecting the minority.¹⁰² Moreover, acknowledging that there are women who are “pro-life” in order to claim that the minority in question is not monolithic and thus its interests should not be protected judicially, indicates that the Supreme Court fails to recognize gender-based discrimination and instead reinforces paternalistic narratives. This attempt to deny women the status of a minority group in the abortion issue resembles Ely’s argument that “[c]ompared with men, women may constitute such a ‘minority’; compared with the unborn, they do not.”¹⁰³ In that sense, the Supreme Court implies that women are not necessarily a minority worthy of protection in this case, meaning that the States can frame the issue of abortion differently and constitute the unborn as the weaker party.¹⁰⁴ However, *Roe* did not consider only interests of women - it struck a balance between the rights of a woman and the State’s interest in protecting prenatal life. Such value balancing is not visible in *Dobbs*, where the State legislatures are released of any significant constraints.

In his concurring opinion, Justice Kavanaugh reiterated the classic originalist argument of neutrality which Bork made back in 1971¹⁰⁵ - “In my judgment, on the issue of abortion, the Constitution is neither pro-life nor pro-choice. The Constitution is neutral, and this Court likewise must be scrupulously neutral. The Court today properly heeds the constitutional principle of judicial neutrality and returns the issue of abortion to the people and their elected representatives in the democratic

100 *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* 597 U.S. (2022), Opinion of the Court, 4.

101 *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* 597 U.S. (2022), Opinion of the Court, 65.

102 However, several authors have emphasized the flaws in the system of majoritarian decision-making from another point of view, arguing that state legislatures are not the best suited institutions for protection of women’s reproductive rights because of their *antidemocratic* features and democratic deficit caused by partisan gerrymandering and the overall underrepresentation of women. See David Landau, and Rosalind Dixon, “*Dobbs*, Democracy, and Dysfunction,” *Wisconsin Law Review* 2023, no. 5 (2023): 1569-1614; Aliza Forman-Rabinovici, and Olatunde C.A. Johnson, “Political Equality, Gender, and Democratic Legitimation in *Dobbs*,” *Harvard Journal of Law & Gender* 46, no. 1 (2023): 81-130; Murray, and Shaw, “*Dobbs* and Democracy,” 768-772, 777-785.

103 Ely, “The Wages of Crying Wolf,” 934-935. See also Murray, and Shaw, “*Dobbs* and Democracy,” 801-802.

104 See also Shaw and Murray, “*Dobbs* and Democracy,” 801-802.

105 Bork, “Neutral Principles,” 10.

process.”¹⁰⁶ Justice Kavanaugh defends the majority opinion with the argument of respect for neutrality as a form of faithfulness to the Constitution, leaving the fate of numerous women to the regulatory choices of State legislatures.¹⁰⁷

Leaving the regulation of abortion entirely to the States’ discretion seriously endangers the personal autonomy of women as the weaker party in this conflict of values. The *post-Roe* world opens the door to elimination of women’s reproductive rights on state levels throughout “enact[ing] new, reviv[ing] pre-1973 laws, or trigger[ing] post-1973 dormant laws [that] deny the right to abortion.”¹⁰⁸ It is also worth bearing in mind that the issue of prohibiting access to abortion is largely intersectional - it accentuates racial and financial inequality among women.¹⁰⁹ Legislative prohibition of abortion in a certain State disproportionately affects women with less financial resources who are then unable to travel to other states to receive this service.¹¹⁰ Among other things, this reality gives rise to “back-alley abortions” which will end fatally for many women.¹¹¹

The three dissenters¹¹² responded to the majority’s abdication from the counter-majoritarian role of judicial review with the following words: “We believe in a Constitution that puts some issues off limits to majority rule. Even in the face of public opposition, we uphold the right of individuals - yes, including women - to make their own choices and chart their own futures. Or at least, we did once.”¹¹³ Furthermore, the dissenting opinion criticised the concurring opinion by Justice Thomas who posited that the Supreme Court should revisit all of its substantive due process precedents.¹¹⁴ The majority opinion did distinguish between *Roe* and other substantive due process decisions, such as *Griswold*, on the basis that abortion relates

106 *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* 597 U.S. (2022) (Kavanaugh, J., concurring), 2.

107 It should be noted that Justice Kavanaugh does not exclude that Congress, a federal authority, could regulate abortion. *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* 597 U.S. (2022) (Kavanaugh, J., concurring), 10.

108 Ana Horvat Vuković, and Biljana Kostadinov, “Constitutional Court of the Republic of Croatia and the ‘Abortion Decision’ - Context, Implications, and Challenges to Implementation,” *Iustinianus Primus Law Review* 13, no. 2 (2022): 6, citing Elizabeth Nash, and Lauren Cross, “26 States Are Certain or Likely to Ban Abortion Without *Roe*: Here’s Which Ones and Why”, accessed September 30, 2024, <https://www.gutmacher.org/article/2021/10/26-states-are-certain-or-likely-ban-abortion-without-roe-heres-whichones-and-why>.

109 See The Guardian, “Black Women Could See a 33% Increase in Pregnancy-Related Deaths Post-Roe. Why?,” accessed March 13, 2023, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2022/jun/27/abortion-black-women-roe-wade>.

110 *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* 597 U.S. (2022) (Breyer, Sotomayor, Kagan, JJ., dissenting), 2.

111 See Maggie Koerth, “What the History of Back-Alley Abortions Can Teach Us about a Future Without *Roe*,” accessed March 13, 2023, <https://fivethirtyeight.com/features/what-the-history-of-back-alley-abortions-can-teach-us-about-a-future-without-roe/>.

112 Justices Breyer, Sotomayor and Kagan writing together in one voice.

113 *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* 597 U.S. (2022) (Breyer, Sotomayor, Kagan, JJ., dissenting), 7.

114 *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* 597 U.S. (2022) (Thomas, J., concurring), 7.

to destroying prenatal life, which supposedly makes it different.¹¹⁵ However, the majority did not explain the reason for this difference - why did it elevate the state interest in protecting prenatal life over other state interests in substantive due process case law? An analogous argument, one of the overarching state interests in protecting procreation could, for instance, be made regarding the use of contraceptives, and so on. Therefore, even if the majority opinion formally rejected Justice Thomas's radical view on substantive due process cases, it did not provide a clear standard for discerning why *Dobbs* is different. The dissenters rightly asserted that Justice Thomas "is not with the program" which is visible from his concurring opinion.¹¹⁶

The *Dobbs* ruling cast a large shadow on implied rights in the Constitution. Instead of protecting women, originalist approach invoked the protection of the democratic process as the upmost value, leaving most private aspects of one's life to public vote.

After examining the landmark cases of abortion jurisprudence, the following subsection will analyse the seminal case on same-sex marriage which Justice Thomas urged to be overruled in the future.

4 CUTTING THE DEBATE ON SAME-SEX MARRIAGE SHORT: WHAT LIMITS DOES THE CONSTITUTION PLACE ON THE POLITICAL PROCESS?

The final case that will be analysed is the landmark ruling in *Obergefell v. Hodges*¹¹⁷ (hereinafter: *Obergefell*) in which the Supreme Court held that the interaction of the 14th amendment's guarantees of due process and equal protection requires the States to solemnize same-sex marriages, as well as to recognize same-sex marriages validly performed out of state. After striking down as unconstitutional the portion of the *Defense of Marriage Act* that accepted a heteronormative definition of marriage for purposes of federal law in the 2013 case of *United States v. Windsor*,¹¹⁸ the ruling in *Obergefell* marked the ultimate triumph of marriage equality. The majority opinion written by Justice Kennedy held that it is a violation of the equal protection clause to exclude same-sex couples from the fundamental right to marry, writing that "[i]f rights were defined by who exercised them in the past, then received practices could serve as their own continued justification and new groups could not invoke rights once denied."¹¹⁹ The Supreme Court's methodology in deciding this case unquestionably rejected originalism.¹²⁰

The dissenting voices of Justices Scalia and Thomas, as well as of Chief

115 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 U.S. (2022), Opinion of the Court, 71.

116 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 U.S. (2022) (Breyer, Sotomayor, Kagan, JJ., dissenting), 25.

117 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015).

118 *United States v. Windsor* 570 U.S. 744 (2013).

119 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015), Opinion of the Court, 671.

120 Chemerinsky, *Worse Than Nothing*, 29. For another similar analysis of the *Obergefell* majority's refusal to equate democracy with majoritarianism, see Murray, and Shaw, "*Dobbs* and Democracy", 792-794.

Justice Roberts and Justice Alito, argued that the proper platform for resolving the controversy of marriage equality was the political process. This line of argument demonstrates very well how originalism favours majority rule in a system based on values of individual liberty, equality and dignity.

The dissenting opinions revolve around several recurring themes. The dissenting justices relied on the fact that prior to *Obergefell*, there were 36 States that had same-sex marriage, and there were others that kept the traditional definition.¹²¹ The overall message of the four dissenters is that the Supreme Court in *Obergefell* halted the democratic process and substituted the will of “nine unelected lawyers” for the will of the People.¹²² Justice Scalia made a sharp distinction between majoritarian and counter-majoritarian decision-making.¹²³ In a democracy, the decision on whether same-sex marriage should be legal is reserved for institutions that are based on majority rule.¹²⁴ This claim is backed by the invocation of original meaning of constitutional provisions as authoritative. Justice Scalia emphasised that “[w]hen the Fourteenth Amendment was ratified in 1868, every State limited marriage to one man and one woman, and no one doubted the constitutionality of doing so.”¹²⁵ Justice Thomas found the majority opinion as “deviating from the original meaning” of the 14th amendment.¹²⁶ Chief Justice Roberts articulated the common originalist argument of neutrality and concluded that the Constitution is neutral on the issue and thus places no restraints on the will of the electoral majority regarding the question of legality of same-sex marriage.¹²⁷

The dissenters in their respective dissents discern various positive values that are intrinsic to the democratic process. The political process based on majority rule is “a protection of liberty” since it safeguards the People’s freedom to govern themselves.¹²⁸ That process is based on careful deliberation which fosters public debate on complex issues.¹²⁹ In that debate, every voice contributes to the overall result.¹³⁰ The result of a political process also generates a sense of fairness that stems from legitimacy of a democratic victory.¹³¹ Moreover, the issue at question in the case also involved a strong federal dimension - the diversity of jurisdictions necessitates a diversity of policy choices, which, in turn, advances pluralism.¹³² To

121 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Scalia, J., dissenting), 714.

122 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Scalia, J., dissenting), 717.

123 “A system of government that makes the People subordinate to a committee of nine unelected lawyers does not deserve to be called a democracy.” *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Scalia, J., dissenting), 717.

124 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Scalia, J., dissenting), 717-718.

125 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Scalia, J., dissenting), 715.

126 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Thomas, J., dissenting), 726.

127 “The Constitution itself says nothing about marriage, and the Framers thereby entrusted the States with ‘[t]he whole subject of the domestic relations of husband and wife’.” *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Roberts, C.J., dissenting), 690.

128 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Thomas, J., dissenting), 732.

129 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Roberts, C. J., dissenting), 710.

130 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Roberts, C. J., dissenting), 710.

131 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Roberts, C. J., dissenting), 710.

132 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Alito, J., dissenting), 741-742.

that extent, Justice Alito held that the majority threatened the principle of federalism and “facilitate[d] the marginalization of the many Americans who have traditional ideas” through its judicial value imposition.¹³³ For these reasons, the political process is better suited to decide whether respective States should opt for marriage equality or not. Furthermore, Justice Alito relied on a slippery slope type of argument¹³⁴ to argue that the judiciary is simply not well-equipped for making a policy decision of such magnitude that could yield unpredictable consequences.¹³⁵ Justice Thomas also argued that the political process is better suited for this decision because majoritarian institutions are better equipped to accommodate conflicting interests, such as the question of how to protect religious sentiments of those who oppose same-sex marriage.¹³⁶ Accordingly, the actors who engage in democratic deliberation “could have considered the religious liberty implications of deviating from the traditional definition as part of their deliberative process.”¹³⁷ The interconnectedness of religion and rights of same-sex couples loudly echoes throughout the dissents. The majority opinion holds that those who oppose marriage equality have in some sense wounded same-sex couples.¹³⁸ The dissenters understood this as saying that those who hold traditionalist views on marriage are bigots.¹³⁹ They tried to rebut that implicit claim by defending arguments of opponents of same-sex marriage, focusing mostly on the importance of religious liberty and procreation as legitimate concerns against same-sex marriage.¹⁴⁰ The general idea is that one side of the debate, which provided sound argumentation for its position, was abruptly silenced without legitimacy.¹⁴¹ Hiding under the argument of respect for political process, the dissenters managed to articulate their own opposition to same-sex marriage, and still preserve the façade of neutrality. Justice Alito exclaimed that “ultimate sovereignty rests with the people, and the people have the right to control their own destiny.”¹⁴² Of course, when the majority unreasonably excludes a minority from an institution such as marriage, they do not control their own destiny. Instead, they exercise control over the destiny of the minority. The democratic process can hardly protect the minority interests in the face of a strong opposition of those in the majority. The dissenters did not even try to

133 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Alito, J., dissenting), 742.

134 “The decision will also have other important consequences. It will be used to vilify Americans who are unwilling to assent to the new orthodoxy. In the course of its opinion, the majority compares traditional marriage laws to laws that denied equal treatment for African-Americans and women.” *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Alito, J., dissenting), 741.

135 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Alito, J., dissenting), 740.

136 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Thomas, J., dissenting), 734.

137 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Thomas, J., dissenting), 734.

138 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015), Opinion of the Court, 658-659.

139 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Alito, J., dissenting), 741. Although the majority opinion did reflect upon the unequal treatment of gays and lesbians, it also acknowledged the need for protecting free speech rights of those who oppose same-sex marriage for religious reasons. *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015), Opinion of the Court, 680.

140 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Roberts, C.J., dissenting), 691; *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Alito, J., dissenting), 738-739.

141 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Alito, J., dissenting), 741-742.

142 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Alito, J., dissenting), 741.

grapple with the issue of power rebalancing that the majority opinion clearly intended to achieve.

Furthermore, all four dissenters were concerned with the notion of judicial supremacy,¹⁴³ i.e., the idea that the power of judicial review places the courts above other two branches of government.¹⁴⁴ The main target of attack upon the *Obergefell* majority was the alleged lack of disciplined methodology that can constrain the Supreme Court in identifying unenumerated constitutional rights.¹⁴⁵ For example, Justice Thomas argued that liberty embedded in the due process clause can be understood only in its negative sense as “freedom from governmental action.”¹⁴⁶ Under this definition of liberty, the right to marriage is understood as a right to “governmental entitlements” which is not a fundamental right.¹⁴⁷ Moreover, Justice Thomas reduces the liberty inherent in due process to mean only “freedom from physical restraint and imprisonment.”¹⁴⁸ Consequently, same-sex couples do not suffer this kind of coercion. This narrow conception of liberty is antagonistic to all cases decided on the basis of substantive due process.¹⁴⁹ Additionally, the argument of same-sex couples being free from governmental coercion seems even less compelling considering that Justice Thomas voted against declaring sodomy laws unconstitutional in *Lawrence v. Texas*.¹⁵⁰ Justice Thomas also brushed aside the race analogy,¹⁵¹ which the majority relied upon, as “offensive,” arguing that antimiscegenation laws were purely a relic of slavery.¹⁵² Chief Justice Roberts highlighted his concerns with the methodology of the majority opinion stating that “[a]llowing unelected federal judges to select which unenumerated rights rank as ‘fundamental’ - and to strike down state laws on the basis of that determination - raises obvious concerns about the judicial role.”¹⁵³ It follows that any methodology followed in identifying implied rights that is not grounded in history and tradition of the Nation grants justices the power to decide cases according to their personal convictions. The dissenters concluded that

143 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Roberts, C. J., dissenting), 708.

144 Suzanna Sherry, “Why We Need more Judicial Activism,” *Vanderbilt Public Law Research Paper* no. 13-3 (2013): 2.

145 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Roberts, C. J., dissenting), 699.

146 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Thomas, J., dissenting), 726.

147 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Thomas, J., dissenting), 726.

148 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Thomas, J., dissenting), 731.

149 Leslie C. Griffin, “Dissenting Justices in *Obergefell* Committed Original Sin Against Marriage Equality,” accessed March 13, 2023, <https://blogs.lse.ac.uk/usappblog/2015/06/29/dissenting-justices-in-obergefell-committed-original-sin-against-marriage-equality/>.

150 Griffin, “Dissenting Justices.” *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558 (2003) is an important ruling which overruled case *Bowers v. Hardwick* 478 U.S. 186 (1986) that upheld the constitutionality of laws that criminalised same-sex sexual intimacy.

151 The majority opinion relied on the ruling in *Loving v. Virginia* 388 U.S. 1 (1967) which held that antimiscegenation laws (laws that prohibited interracial marriage) were unconstitutional. See *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015), Opinion of the Court, 664. Also see Samuel W. D. Walburn, “The Loving Analogy: Race and the Early Same-Sex Marriage Debate,” *The Purdue Historian* 8, no. 1 (2017): 1-14.

152 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Thomas, J., dissenting), 730.

153 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Roberts, C.J., dissenting), 695.

same-sex marriage is a relatively new phenomenon, and, as such, right to same-sex marriage is not a part of American tradition. However, the dissenters wrongly framed the issue as a search for the fundamental right to same-sex marriage.¹⁵⁴ The originalist orientation towards identifying specific instead of general values is hostile to an expansive reading of equality. When the Supreme Court ruled in *Loving v. Virginia* that the prohibition on interracial marriage violates the equal protection clause it did not have to ascertain that there exists a right to interracial marriage, but whether racial classifications in relation to marriage were violative of the equal protection clause.¹⁵⁵ In other words, the problem should be approached at the proper level of generality.¹⁵⁶ Originalists simplify the constitutional issue at stake with abstract invocations of the need for respecting the political process and majoritarian decision-making. Justice Thomas even resorted to philosophical acrobatics and boldly claimed that the ruling in *Obergefell* would not advance the dignity of same-sex couples because dignity is not a constitutional category, and even if it were one, it cannot be given or taken away by the government because it is “innate” to individuals.¹⁵⁷ Certainly, the *Obergefell* majority never intended to imply that dignity is not intrinsic to human beings and that it can be literally taken away - the problem is that the government can behave as if a certain group of individuals deserves no dignity, and inflict dignitary harm in the process. In that respect, dignity is an essential part of the equal protection clause that prohibits unjustified discrimination. The political process may come up with the results that do not value dignity of the minority. Therefore, the dissenters did not identify the limits which the principle of equality places upon majority rule in relation to the debate on same-sex marriage.

Contrary to these originalist views, the majority opinion in *Obergefell* held that the “dynamic of our constitutional system is that individuals need not await legislative action before asserting a fundamental right. The Nation’s courts are open to injured individuals who come to them to vindicate their own direct, personal stake in our basic charter. An individual can invoke a right to constitutional protection when he or she is harmed, even if the broader public disagrees and even if the legislature refuses to act.”¹⁵⁸ The judiciary was designated to be an actor in the political process in order to safeguard the substantive principle of equality from “ill humours”¹⁵⁹ that lurk in majoritarian institutions. In *Obergefell*, the Supreme Court recognized that the equality of the minor party - regarding that particular issue - was not safeguarded in the democratic process. On the other hand, originalists preferred to sacrifice the minority for the sake of political process, and under the pretext of legitimacy.

154 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Alito, J., dissenting), 737.

155 *Loving v. Virginia*, Opinion of the Court 388 U.S. 1 (1967), 11-12.

156 See Peter J. Smith, “How Different Are Originalism and Non-Originalism?” *Hastings Law Journal* 62, no. 3 (2011): 707-736; Gerken, “Larry and Lawrence,” 845-849.

157 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) (Thomas, J., dissenting), 735.

158 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015), Opinion of the Court, 677.

159 Hamilton, “The Federalist no. 78,” 440.

5 CONCLUDING REMARKS

The analysis of selected Supreme Court cases demonstrated that application of originalism lead to majoritarian resolutions of constitutional disputes. Whether in the majority or in the dissent, originalist perspectives failed to protect the minority. Instead, originalists protected majoritarian value choices and left the fate of the minority to the democratic process. This protection of the democratic process as a value in itself is meaningless if the disbalance of power that is intrinsic to fora based on majority rule remains unaddressed in the constitutional dispute. Purely procedural understanding of counter-majoritarian features of the Constitution according to which judicial interpretations should be constrained by majoritarian consensus seriously weakens the possibility of protecting minority rights in courts.

In *Dobbs*, the Supreme Court claimed that women do not necessarily have minority status in an issue that concerns their bodily autonomy. On the issues of same-sex marriage, originalists decided to give the majority a *carte blanche* for moral tyranny.

Constitutional silence¹⁶⁰ that implies neutrality, and hence leaves the constitutional issue at hand to the democratic process, is an originalist construct that seemingly prevents the discussion of the merits of the case involving a minority whose rights have been infringed.¹⁶¹ Instead of openly engaging with substantive issues of constitutional controversy, originalism “reduc[es] these questions of values into mere questions of ‘competence’.”¹⁶² However, the substantive issues are indirectly addressed using the rhetorical device of defending the soundness of arguments of one party in the case in order to legitimise their position in the public debate. The analysis showed that originalists concealed their refusal to substantively protect the minor party with the argument of respect for democratic process.¹⁶³ The originalist concept of “neutrality” is therefore a doctrinal tool which is used to synchronize constitutional interpretation with the will of political majorities.

Justice Kennedy wrote in *Obergefell* that the “nature of injustice is that we may not always see it in our own times. The generations that wrote and ratified the Bill of Rights and the Fourteenth Amendment did not presume to know the extent of freedom in all of its dimensions, and so they entrusted to future generations a charter protecting the right of all persons to enjoy liberty as we learn its meaning. When new insight reveals discord between the Constitution’s central protections and a received legal stricture, a claim to liberty must be addressed.”¹⁶⁴ It is true that it is hard to recognize manifestations of inequality in one’s own time considering that inequality is deeply enshrined into tradition, it is systemic, and society takes it as granted.¹⁶⁵ The role of the judiciary essentially pertains to recognizing inequality when the majority fails to heed the Constitution. Courts are supposed to go against the legislative majority by

160 See Langford, *Scalia v. Scalia*, 101; Bork, “Neutral Principles,” 10.

161 Chemerinsky, “Foreword,” 87.

162 Chemerinsky, “Foreword,” 87.

163 See also Chemerinsky, *Worse Than Nothing*, 179-181.

164 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015), Opinion of the Court, 664.

165 See Chemerinsky, *Worse Than Nothing*, 173.

shaping constitutional doctrine in a counter-majoritarian manner. Open-textured and general constitutional provisions allow judges to derive a value worth protecting and make it effective through interpretations which protect those who cannot be heard in the democratic process. The principled character¹⁶⁶ of constitutional provisions makes them flexible enough to cover instances of inequality which the legislative majority failed to recognize in time. On the other hand, originalism is fatal to this inquiry. It is a theory of interpretation that is incapable of addressing the asymmetry of power that is immanent to democratic process.

BIBLIOGRAPHY

Books and Articles:

1. Bader Ginsburg, Ruth. "Speaking in a Judicial Voice." *New York University Law Review* 67, no. 6 (1992): 1185-1209.
2. Baird, Vanessa, and Tonja Jacobi. "How the Dissent Becomes the Majority: Using Federalism to Transform Coalitions in the U.S. Supreme Court." *Duke Law Journal* 59, no. 2 (2009): 183-238.
3. Balkin, Jack M. "*Bush v. Gore* and the Boundary Between Law and Politics." *The Yale Law Journal* 110, no. 8 (2001): 1407-1458.
4. Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven and London: Yale University Press, 1986.
5. Bork, Robert. "Neutral Principles and Some First Amendment Problems." *Indiana Law Journal* 47, no. 1 (1971): 1-35.
6. Chemerinsky, Erwin. "Foreword: The Vanishing Constitution." *Harvard Law Review* 103, no. 1 (1989): 43-104.
7. Chemerinsky, Erwin. *Interpreting the Constitution*. New York: Praeger, 1987.
8. Chemerinsky, Erwin. "Substantive Due Process." *Touro Law Review* 15, no. 4 (1999): 1501-1534.
9. Chemerinsky, Erwin. *Worse Than Nothing: The Dangerous Fallacy of Originalism*. New Haven and London: Yale University Press, 2022.
10. Dworkin, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996.
11. Dworkin, Ronald. "Hard Cases." *Harvard Law Review* 88, no. 6 (1975): 1057-1109.
12. Dworkin, Ronald. "The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve." *Fordham Law Review* 65, no. 4 (1997): 1249-1268.
13. Dworkin, Ronald. "The Model of Rules." *The University of Chicago Law Review* 35, no. 1 (1967): 14-46.
14. Ely, John Hart. "The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*." *The Yale Law Journal* 82, no. 5 (1973): 920-949.
15. Forman-Rabinovici, Aliza, and Olatunde C.A. Johnson. "Political Equality, Gender, and Democratic Legitimation in *Dobbs*." *Harvard Journal of Law & Gender* 46, no. 1 (2023): 81-130.
16. Gerken, Heather K. "Larry and Lawrence." *Tulsa Law Review* 42, no. 4 (2007): 843-856.
17. Horvat Vuković, Ana, and Biljana Kostadinov. "Constitutional Court of the Republic of Croatia and the 'Abortion Decision' - Context, Implications, and Challenges to Implementation." *Iustinianus Primus Law Review* 13, no. 2 (2022): 1-17.

¹⁶⁶ See, e.g., Ronald Dworkin, "The Model of Rules," *The University of Chicago Law Review* 35, no.1 (1967): 14-46.

18. Jarak, Niko. "A Counter-Majoritarian Critique of Originalism." *Zagrebačka pravna revija* 13, no. 2 (accepted for publication, 2024).
19. Landau, David, and Rosalind Dixon. "Dobbs, Democracy, and Dysfunction." *Wisconsin Law Review* 2023, no. 5 (2023): 1569-1614.
20. Langford, Catherine L. *Scalia v. Scalia: Opportunistic Textualism in Constitutional Interpretation*. Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 2017.
21. Madison, James, Alexander Hamilton, and John Jay. *The Federalist Papers*. London: Penguin Books, 1987.
22. Murray, Melissa, and Katherine Shaw. "Dobbs and Democracy." *Harvard Law Review* 137, no. 3 (2024): 728-807.
23. Post, Robert, and Reva Siegel. "Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution." *Fordham Law Review* 75, no. 2 (2006): 545-574.
24. Primus, Richard A. "Canon, Anti-Canon, and Judicial Dissent." *Duke Law Journal* 48, no. 2 (1998): 243-303.
25. Raskin, Jamin Ben. "Roe v. Wade and the Dred Scott Decision: Justice Scalia's Peculiar Analogy in *Planned Parenthood v. Casey*." *The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 1, no. 1 (1992): 61-84.
26. Reynolds, Glenn H. "Penumbral Reasoning on the Right." *University of Pennsylvania Law Review* 140, no. 4 (1992): 1333-1348.
27. Scalia, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law: An Essay*. Princeton: Princeton University Press, 1997.
28. Sherry, Suzanna. "Why We Need more Judicial Activism." *Vanderbilt Public Law Research Paper* No. 13-3 (2013): 1-20.
29. Siegel, Reva. "Memory Games: Dobbs's Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism - and Some Pathways for Resistance." *Texas Law Review* 101, no. 5 (2023): 1127-1204.
30. Smith, Peter J. "How Different Are Originalism and Non-Originalism?" *Hastings Law Journal* 62, no. 3 (2011): 707-736.
31. Strauss, David A. *The Living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010.
32. Tebbe, Nelson. "Does Dobbs Reinforce Democracy?" *Iowa Law Review* 108, no. 5 (2023): 2363-2379.
33. Walburn, Samuel W. D. "The Loving Analogy: Race and the Early Same-Sex Marriage Debate." *The Purdue Historian* 8, no. 1 (2017): 1-14.
34. Whittington, Keith E. "Originalism: A Critical Introduction." *Fordham Law Review* 82, no. 2 (2013): 375-409.

Case Law:

1. *Bowers v. Hardwick* 478 U.S. 186 (1986).
2. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 U.S. (2022).
3. *Doe v. Bolton* 410 U.S. 179 (1973).
4. *Dred Scott v. Sandford* 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).
5. *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965).
7. *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558 (2003).
8. *Loving v. Virginia* 388 U.S. 1 (1967).
9. *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015).
10. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992).
11. *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973).
12. *United States v. Windsor* 570 U.S. 744 (2013).

Internet Sources:

1. Griffin, Leslie C. "Dissenting Justices in Obergefell Committed Original Sin Against Marriage Equality." Accessed March 13, 2023. <https://blogs.lse.ac.uk/usappblog/2015/06/29/dissenting-justices-in-obergefell-committed-original-sin-against-marriage-equality/>.
2. Koerth, Maggie. "What the History of Back-Alley Abortions Can Teach us about a Future Without Roe." Accessed March 13, 2023. <https://fivethirtyeight.com/features/what-the-history-of-back-alley-abortions-can-teach-us-about-a-future-without-roe/>.
3. "Legal Information Institute - Judicial Minimalism." Accessed March 10, 2023. <https://www.law.cornell.edu/constitution-conan/article-3/section-2/clause-1/judicialminimalism>.
4. "Legal Information Institute - Rational Basis Test." Accessed March 10, 2023. https://www.law.cornell.edu/wex/rational_basis_test.
5. "Legal Information Institute - Strict Scrutiny." Accessed March 10, 2023. https://www.law.cornell.edu/wex/strict_scrutiny.
6. Nash, Elizabeth, and Lauren Cross. "26 States Are Certain or Likely to Ban Abortion Without Roe: Here's Which Ones and Why." Accessed September 30, 2024. <https://www.guttmacher.org/article/2021/10/26-states-are-certain-or-likely-ban-abortion-without-roe-heres-whichones-and-why>.
7. "National Archives - The Constitution of the United States: A Transcription." Accessed March 13, 2023. <https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript>.
8. The Guardian. "Black Women Could See a 33% Increase in Pregnancy-Related Deaths Post-Roe. Why?" Accessed March 13, 2023. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2022/jun/27/abortion-black-women-roe-wade>.

Niko Jarak*
Ana Horvat Vuković**

Sažetak

ORIGINALIZAM I DEMOKRATSKI PROCES: MAJORITETNI ARGUMENTI U PRAKSI VRHOVNOG SUDA SAD-A

U radu se istražuje tenzija između originalizma, točnije teorije ustavnog tumačenja prema kojoj je izvorno značenje ustavnih odredbi autoritativno, i protuvećinskih elemenata koji su duboko ugrađeni u Ustav SAD-a. Analiziraju se odabrane odluke Vrhovnog suda SAD-a u kojima su suci Vrhovnog suda koji su primjenjivali originalizam odlučili zaštititi demokratski proces kao superiornu ustavnu vrijednost, nasuprot zaštiti manjina čija prava nisu bila osigurana u institucijama koje se temelje na vladavini većine. Analizirane odluke uključuju tri glavne odluke o pravu na pobačaj (Roe protiv Wadea, Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania protiv Caseya i Dobbs protiv Jackson Women's Health Organization) i ključnu odluku koja je legalizirala istospolni brak u SAD-u (Obergefell protiv Hodgesa). Analiza pokazuje kako, unatoč tvrdnjama pojedinih sudaca u njihovim mišljenjima, sudačka primjena originalističke metodologije prema kojoj su prava manjine bila ostavljena na milost većine nije neutralni iskaz vjernosti ustavu. Naprotiv, suci vođeni originalističkom metodologijom izvršili su odabire vrijednosne prirode koji otkrivaju majoritetnu vizuru demokracije.

***Ključne riječi:** originalizam; tumačenje ustava; demokracija; pobačaj; istospolni brak.*

* Niko Jarak, mag. iur., asistent, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet; niko.jarak@pravo.unizg.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6773-6632>.

** Dr. sc. Ana Horvat Vuković, izvanredna profesorica, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet; ana.horvat.vukovic@pravo.unizg.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8451-5620>.

Prikazi
(Conference Reports)

MEĐUNARODNA ZNANSTVENA KONFERENCIJA POVODOM 210. GODIŠNJICE ROĐENJA HRVATSKOG BANA IVANA MAŽURANIĆA, NOVI VINODOLSKI, OD 10. DO 11. LISTOPADA 2024. GODINE

Međunarodna znanstvena konferencija povodom 210. godišnjice rođenja hrvatskog bana Ivana Mažuranića održana je 10. i 11. listopada 2024. godine u Gradskoj vijećnici u Novom Vinodolskom. Međunarodni programski i organizacijski odbor činili su: prof. dr. sc. Željko Bartulović, predsjednik, Pravni fakultet u Rijeci, doc. dr. sc. Ines Matić Matešković, Pravni fakultet u Rijeci, dr. sc. Maja Polić, Zavod za povijesne i društvene znanosti HAZU u Rijeci s područnom jedinicom u Puli, izv. prof. dr. sc. Ladislav Heka, Pravni fakultet Sveučilišta u Szegedu, prof. dr. sc. Zoran Mirković, Pravni fakultet u Beogradu i Barbara Kalanj Butković, prof., dipl. knjižničarka, ravnateljica Narodne čitaonice i knjižnice Novi Vinodolski. Svečanom su otvorenju konferencije nazočili: gradonačelnik Novog Vinodolskog Tomislav Cvitković, dekan Pravnog fakulteta u Rijeci prof. dr. sc. Dario Đerđa, prorektor za znanost i umjetnost Sveučilišta u Rijeci prof. dr. sc. Gordan Jelenić, upraviteljica Zavoda za povijesne i društvene znanosti HAZU-a u Rijeci s Područnom jedinicom u Puli dr. sc. Sanja Holjevac, predsjednik Županijskog suda u Rijeci dr. sc. Vlado Skorup i prodekanica Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“ Skopje prof. dr. sc. Esin Krnali Bajram.

Okupljenima se najprije obratio gradonačelnik Novog Vinodolskog Tomislav Cvitković koji je pozdravio sve prisutne i rekao kako je ponosan na slavnog Novljanina Ivana Mažuranića i zaželio svima ugodan boravak u Novom

Vinodolskom. Dekan Pravnog fakulteta u Rijeci prof. dr. sc. Dario Đerđa u svom je obraćanju naglasio kako Novi Vinodolski i Pravni fakultet u Rijeci surađuju već dugi niz godina te naveo nekoliko važnih konferencija koje su tijekom godina održane u Novom Vinodolskom. Dekan je posebno naglasio kako na Pravnom fakultetu u Rijeci studiraju mnogi izvrsni studenti iz Novog Vinodolskog. Zaključno je naglasio sveukupni doprinos Ivana Mažuranića i važnost konferencije koja okuplja znanstvenike iz pet država. Potom se okupljenima obratio dr. sc. Gordan Jelenić, prorektor za znanost i umjetnost Sveučilišta u Rijeci koji je pozdravio okupljene u ime rektorice prof. dr. sc. Snježane Prijjić Samaržije. Potom se kratko osvrnuo na Mažuranićeve intervencije u klasteru školstva istaknuvši kako je Mažuranić postavio temelje školstva u RH, jer je odvojivši školstvo od crkvenih okvira postavio ga u državne okvire. Upraviteljica je Zavoda za povijesne i društvene znanosti HAZU-a u Rijeci s Područnom jedinicom u Puli Sanja Holjevac pozdravila sve okupljene u ime voditeljice Zavoda akademikkinje Sanje Vranković. Holjevac je istaknula kako je HAZU-u čast što je suorganizator ovog skupa.

Na početku je plenarnog znanstvenog dijela prodekanica Pravnog fakulteta u Rijeci doc. dr. sc. Ines Matić Matešković istaknula kako na konferenciji sudjeluje trideset znanstvenika iz pet zemalja, naglasivši kako je Ivan Mažuranić okupio znanstvenike različitih profila

iz čega je razvidna njegova važnost za hrvatsku znanost i kulturu. Prof. dr. sc. Željko Bartulović zahvalio se svima okupljenima naglasivši kako su ovakve konferencije postale znanstvena tradicija Novog Vinodolskog. Bartulović je istaknuo važnost Vinodolskog zakonika te istaknuo kako bi bilo koji profesor s Pravnog fakulteta u Rijeci mogao iz svoga područja pronaći neki segment koji je povezan s Mažuranićevom ostavštinom, tj. reformama. Potom su uslijedila uvodna plenarna izlaganja prof. dr. sc. Stipe Botice, prof. emer. s Filozofskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu i prof. dr. sc. Dalibora Čepula, prof. emer. s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

Prof. dr. sc. Stipe Botica, prof. emer. pozdravio je sve okupljene kako u svoje ime, tako i u ime predsjednika Matice hrvatske Mire Gavrana. Istaknuo je kako je Ivan Mažuranić bio treći predsjednik Matice hrvatske koji je tu dužnost obnašao petnaest godina. Njegovim dugogodišnjim predsjednikovanjem, Matica je hrvatska značajno doprinijela hrvatskoj kulturi u osjetljivo vrijeme Bachova apsolutizma. Ukupan je doprinos Ivana Mažuranića hrvatskoj znanosti i kulturi Botica podcrtao činjenicom kako je u to vrijeme osnovana akademija, danas HAZU. Izlaganje je završio posljednjim riječima Ivana Mažuranića u Saboru: „Nitko me nije pitao dok sam bio ban što vjerujem, a da su me pitali rekao bih vjerujem u prošlost, sadašnjost i budućnost Hrvatske.“ U svome je izlaganju prof. dr. sc. Dalibor Čepulo, prof. emer. uvodno naglasio kako je poanta Mažuranićeve zakonodavne djelatnosti što je napravio najsveobuhvatniji novi pravni sustav unutar okvira nadležnosti u granicama Hrvatsko-ugarske nagodbe što je bila

protodržavna osnova Hrvatske kakvu poznajemo danas. Čepulo je također istaknuo kako nedostaje komparativni pristup Mažuranićevim zakonima u kontekstu austrijskih i mađarskih zakona. Mažuranić je, napomenuo je Čepulo, unaprijedio sudstvo tako što je uveo laičko suđenje u institut parničnog suđenja u Hrvatskoj. Botica i Čepulo su u kratkim crtama objasnili temeljni Mažuranićev doprinos u dva važna klastera kojima je za života bio posvećen - kulturi i politici.

Prvu je sesiju otvorio izv. prof. dr. sc. Ladislav Heka izlaganjem *Uloga Ivana Mažuranića u postupku revizije nagodbe i njegovo bansko imenovanje*. Naglasio je kako je Mažuranić jako dobro poznavao mađarski jezik i nije se moglo primijetiti da nije izvorni govornik, pa je spis *Hrvati Mađarom*, naglašava, napisao na mađarskom. Nadalje, opisao je kako je sklopljena Hrvatsko-ugarska nagodba. Potom se osvrnuo na Mažuranićevo traženje revizije nagodbe na način da dođe do fuzije Hrvatske i Mađarske, a zahtjevi za reviziju odnosili su se na financijsko-političke aspekte. Važnost Mažuranićeva angažmana vezanog uz reviziju nagodbe ogleda se u činjenici što se administrativno-financijskim putem permanentno borio za hrvatsku državnost, što je bila temeljna premisa izlaganja. Govoreći o razvitku sveučilišta za Mažuranićeve banovanja prof. dr. sc. Budislav Vukas s Pravnog fakulteta u Rijeci održao je izlaganje *O počecima moderne hrvatske doktrine međunarodnog prava u okrilju novog zagrebačkog Sveučilišta*. Kao središnju osobu u svom izlaganju Vukas je istaknuo prof. Josipa Pliverića koji je smatrao kako hrvatski državopravni odnosi imaju obilježja međunarodnog

prava. Također, naglasio je kako se Pliverićeva državnopravna argumentacija nije značajnije izmijenila do danas, u tom kontekstu posebno je izdvojio Pliverićevo predavanje iz svibnja 1876. godine naslova *Međunarodno pravo u historijskom svom razvitku*. Vukas je također spomenuo prof. Polića koji redigirao udžbenik iz međunarodnog prava Franza pl. Liszta. Zaključio je kako je tada razvijena zagrebačka Katedra za međunarodno pravo i danas vrlo ugledna. Dakle, Mažuranićevo je sveučilište razvilo međunarodnopravnu znanost na zasadama na kojima egzistira i danas. Dio sesije o sveučilištu nastavila je prof. dr. sc. u mirovini Anamari Petranović s Pravnog fakulteta u Rijeci izlaganjem *Ban primorac u hrvatskom senzibilitetu izobrazbe 1873./1874. godine*. Uvodno je navela kako su priprema prvog školskog zakona i otvaranje sveučilišta osnovne pretpostavke za usustavljanje obrazovanja te se osvrnula na kontekst njihova odaziva u onodobnom tisku Mažuranićeva zavičajnog područja. Petranović je navela kako su ondašnje novine pisale da se javnost mora senzibilizirati oko važnosti obrazovanja i ugleda učitelja. Također, izdvojila je novine *Primorac* i *Bilancia* koje su izvještavale o otvaranju Sveučilišta u Zagrebu. Iz izlaganja je razvidan Mažuranićev senzibilitet za nacionalni probitak i uspostavu visokog školstva.

Govoreći o financijskom aspektu Hrvatsko-ugarske nagodbe izv. prof. dr. sc. Stjepan Gadžo s Pravnog fakulteta u Rijeci održao je izlaganje *Osnove financijsko-pravnog položaja Kraljevine Hrvatske i Slavonije za vrijeme banovanja Ivana Mažuranića*. Uvodno je naglasio kako će njegovo izlaganje imati fokus na pitanje financija

koje je opterećivalo Mažuranićevo banovanje, kao i da je javnofinancijska povijest Hrvatske obilježena borbom za autonomiju i jači suverenitet. Gadžo ističe kako su odredbe nagodbe bile financijski nepovoljne za tadašnju Hrvatsku. Naglasio je kako je jedan od važnih razloga Mažuranićevo odstupanja s banske dužnosti činjenica da nije uspio u nagodbi (dvadeset članaka nagodbe sadrže financijska pitanja) poboljšati financijski položaj Hrvatske. Izlaganje kroz prizmu financija jasno ocrtava činjenicu da je Mažuraniću položaj Hrvatske bio iznad osobnih interesa i želje za sinekurom.

Temu obrazovanja i brige za djecu i učitelje u Mažuranićevo doba otvorili su: dr. sc. Danijel Haman s Fakulteta agrobiotehničkih znanosti Osijek, Domagoj Kopljar, mag. iur. s Hrvatskog zavoda za zdravstveno osiguranje - Regionalni ured Osijek i prof. dr. sc. Željko Bartulović s Pravnog fakulteta u Rijeci koji su održali izlaganje *Briga za djecu s posebnim potrebama u Mažuranićevo Zakonu ob ustrojenju pučkih školah i preparandijah iz 1874. godine*. Kopljar je uvodno istaknuo kako je Mažuranić u nastupnom govoru pred Saborom istaknuo osnovne reforme koje smatra potrebnim za vrijeme njegovog banovanja. Potom je ukratko opisao donošenje prijedloga Zakona koji je izglasan 4. studenoga 1874. godine. Bartulović se nadovezao na Kopljara te naveo kako je zakon doveo do problema financijske prirode jer su općine bile nadležne za financiranje škola, ali nisu sve općine imale iste mogućnosti. Kao primjer izdvojio je odredbu po kojoj su svi učitelji morali dobiti stan pa su nerijetko, zbog financijskih nemogućnosti, dobivali ruševne kuće. Opisao je kako je izgledao

školski kalendar, nastava je počinjala 1. rujna da bi djeca mogla do tada raditi poljodjelske radove kod kuće. Izlaganje nas podučava kako je važnost brige o učiteljskom kadru bila prepoznata i u 19. stoljeću, kao i danas kroz odbore i povjerenstva u okviru raznih institucija i ustanova. Nastavivši temu o raznim aspektima obrazovanja doc. dr. sc. Ines Matić Matešković s Pravnog fakulteta u Rijeci održala je izlaganje *Obrazovna reforma Ivana Mažuranića: put prema modernom sveučilištu i akademskoj autonomiji*. Uvodno je navela kako je reforma pučkoga školstva učinila velike pomake u obrazovanju u Hrvatskoj koje je u to vrijeme bilo zastarjelo. Izdvojila je činjenicu kako je uvedeno obavezno osnovnoškolsko obrazovanje, a nedolaženje u školu bilo je sankcionirano. Također, uvedeno je i dodatno obrazovanje nakon pučke škole što je Matić Matešković povezala s današnjim konceptom cjeloživotnog obrazovanja. Izlaganje jasno opisuje kako se u Mažuranićevo doba stalno radilo na unapređivanju sustava obrazovanja, čiji proces traje do danas. Razvoj obrazovanja u 19. stoljeću s aspekta regije opisali su doc. dr. sc. Sara Mitić i prof. dr. sc. Nebojša Ranđelović s Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu izlaganjem *Reforme u pravosudnom i obrazovnom sistemu u Srbiji tokom 1874*. Mitić je uvodno napomenula kako je 1874. godine Srbija bila vazalna kneževina formalno u sastavu Osmanskog Carstva. Potom je istaknula kako su u tadašnjoj Srbiji osnovne škole bile u nadležnosti općina, a srednje škole pod patronatom države. Nadalje, izdvojila je Zakon o osnovnom obrazovanju iz 1863. godine čiji čl. 5. propisuje da je osnovnoškolsko obrazovanje obavezno.

Mitić je zaključno citirala Zakon o ustrojstvu velike škole - akademije iz 1863. godine kojim su osnovana tri fakulteta: filozofski, tehnički i pravni. Ovako je koncipirano izlaganje zorno prikazalo kronologiju razvoja školstva u Srbiji 19. stoljeća čime su zaključene obrazovne teme.

O negativnim je osvrtima na Mažuranićev lik i djelo govorila dr. sc. Maja Polić sa Zavoda za povijesne i društvene znanosti HAZU u Rijeci s područnom jedinicom u Puli u izlaganju *Periodika o smrti i 100-toj obljetnici rođenja Ivana Mažuranića*. Polić je uvodno navela kako je Mažuranić bio najnapadaniji hrvatski političar. Potom je istaknula kako je u povodu Mažuranićeve smrti uz pohvale bilo i dosta negativnih osvrta na njegov lik i djelo. Ondašnji tisak piše kako je bio i književnik i političar - prvi ban pučanin u hrvatskoj povijesti. Prilozi su se bavili njegovim trajnim vrijednostima i djelima prikazujući ga kao književnog klasika. Kao primjer negativnog osvrta Polić izdvaja ediciju *Dom i svijet* koja se nije pozitivno izjasnila o Mažuraniću - navedeno je da ako bi Kvaternikova pobuna uspjela, tada bi Mažuranića smaknuli čim bi ušli u Zagreb. Ovako je koncipirano izlaganje predstavilo pregled negativnih mišljenja o Mažuraniću koje (ipak) treba promatrati u kontekstu vremena. O temi lokalne samouprave 19. stoljeća govorile su izv. prof. dr. sc. Višnja Lachner i izv. prof. dr. sc. Jelena Kasap s Pravnog fakulteta u Osijeku, koje su održale izlaganje *Zakon o uređenju gradskih općina iz 1881. i položaj grada Osijeka*. Lachner i Kasap uvodno su navele kako je to bio prvi zakon u modernom razdoblju koji je uredio položaj i ustroj općina na području kraljevina Hrvatske i

Slavonije, njime je došlo do ujednačenja gradske organizacije i organizacije gradova. Zakon je bio vrlo važan za grad Osijek koji je dobio vrlo širok spektar nadležnosti, npr. pravo na donošenje statuta čime je prvi statut izglasan 1882. godine. Dakako, zemaljska je vlada imala ovlasti u odnosu na lokalnu samoupravu, mogla je raspustiti gradsko zastupstvo koje je moralo slati godišnji proračun i obavijestiti ju o sklopljenim poslovima ako su oni utjecali na gradsku imovinu. Izlaganje je precizno prikazalo slojevitost organizacije lokalne samouprave 19. stoljeća s jasno podijeljenim ovlastima, u čemu je bio nemjerljiv Mažuranićev doprinos. Za kraj sesije Theodor De Canziani, prof. s Prve sušačke hrvatske gimnazije u Rijeci održao je izlaganje *Spomenička knjižnica i zbirka „Mažuranić - Brlić - Ružić“ Villa Ružić*. De Canziani je u opuštenom izlaganju naveo kako je obitelj Ružić Mažuranić doživjela tijekom vremena puno napada. Potom je auditoriju približio obiteljsku genealogiju koja traje 800 godina, a posebno je istaknuo kako je Vladimir Mažuranić utvrdio da se prezime Mažuranić naglašava u skladu s novljanskim dijalektom. Potom je govorio o mladim danima Ivana Mažuranića koji je pohađao gimnaziju u Rijeci i bio briljantan đak. Zaključno je ispričao povijest gradnje Ville Ružić od 1935. do 1938. godine. Kako je rekao, kuću su *izmaštali* dr. Viktor Ružić i Nada Brlić te je izgrađena po mjeri ljudi i predmeta. Kuća sadrži spomeničku zbirku u kojoj se nalazi i knjižnica obitelji Mažuranić i Ružić koja broji 10.000 naslova. De Canziani je sudionicima konferencije približio obitelj Mažuranić - Ružić - Brlić s privatnog aspekta.

Drugu je sesiju otvorila Barbara

Kalanj Butković, prof., dipl. knjižničarka izlaganjem *Tradicijska baština i Ivan Mažuranić*. Otvarajući temu s aspekta Mažuranića pjesnika Kalanj Butković uvodno je navela kako je Mažuranić svoje prve rodoljubne osjećaje formirao novljanskim narodnim usmenim pjesmama. Kasnije je Antun Mažuranić uvidio bratov potencijal i nagovorio oca da se Ivana pošalje na školovanje. Potom se Kalanj Butković opširno osvrnula na zavičajnost u Mažuranićevoj poeziji, a osim toga uzela je za primjer krš i kamen u epu *Smrt Smail-age Čengića*. Najveći dio trećeg pjevanja *Četa* odnosi se na Vinodol, gdje su sadržane uspomene iz Mažuranićevog djetinjstva. Književnim je aluzijama na Vinodol Mažuranić doprinio percepciji primorja u 19. stoljeću.

Otvarajući temu s aspekta kaznenopravne regulacije 19. stoljeća prof. dr. sc. Zoran Mirković s Pravnog fakulteta u Beogradu održao je izlaganje *Značaj Mažuranićevog rada na zakonodavnom polju - na primjeru Zakonika o krivičnom postupku za Hrvatsku i Slavoniju iz 1875*. Mirković je uvodno naveo kako je Krivični zakon koji je usvojen pred 150 godina poslužio kao osnova za donošenje Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije iz 1929., što je bio je, prema njegovim riječima, moderan europski zakonik. U Zakoniku o krivičnom postupku za Hrvatski i Slavoniju iz 1875. uvedeno je načelo akuzatornosti, načelo javnosti/neposrednosti, a uvedena je i slobodna sudska ocjena dokaza. Od navedenih načela valja izdvojiti načelo javnosti, koje je imalo svrhu pozivanja ljudi da dolaze slušati kazneni postupak čime se jačalo povjerenje u sudbenu vlast. Izlaganje je podučilo da je kaznenopravna regulativa

iz vremena Mažuranića postavila temelje koji su njezina osnova i danas. Kaznenopravnu su regulativu nastavili obrađivati izv. prof. dr. sc. Igor Martinović i doc. dr. sc. Iva Parenta izlaganjem *Mažuranićev zakon kao idejna jezgra hrvatskog kaznenog postupka: jesmo li mudriji ili nismo*. Martinović je uvodno naveo društveni kontekst normativizacije kaznenog postupka. Potom je istaknuo kako je kazneno pravo amblem državnosti, monopol sile na koji država ima pravo. U tom je kontekstu naveo kako je jedino Hrvatska 1860. godine uz Ugarsku imala dvorski dikasterij u cijeloj monarhiji, Mažuranić je već tada Hrvatskoj osigurao pravosudnu autonomiju. Na to se nadovezala doc. dr. sc. Iva Parenta koja je uvodno navela kako 1874. godine Mažuranić predlaže *Osnovu zakona o preinaci nekkih ustanovah kaznenog postupnika*. Tim je zakonikom uvedeno optužno/akuzatorno načelo, gdje tužitelj pokreće istragu, a ne sudac istrage kao prije, zatim je uvedeno optužno vijeće čime je ukinut sustav *kadija te tuži kadija te sudi*. Summa summarum, Mažuranićevo je doba iznjedrilo suvremen i za to vrijeme revolucionaran Zakon o kaznenom postupku čija načela vrijede do danas. Probacijski sustav i kazneno materijalno pravo obradila je izv. prof. dr. sc. Dunja Milić s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu u izlaganju *Reforme materijalnog kaznenog prava u razdoblju banovanja Ivana Mažuranića*. Milić je uvodno naglasila kako je 1875. donesen Zakon o ukinuću okova što je pridonijelo smanjenju smrtnosti u kaznionicama, a 1876. godine donesen je Zakon o upravljanju i nadzoru kaznionica koje su došle pod nadležnost pravosudnog odjela. Nadalje ističe kako je u veljači

1878. godine uveden irski progresivni sustav, prvo provoden samo u Lepoglavi, a kasnije i u drugim kaznionicama. Irski sustav podrazumijeva, rad zatvorenika i naobrazbu. Unatoč kritikama javnosti bio je najprogresivniji sustav koji je postojao. Milić se zaključno osvrnula na normiranje materijalnog kaznenog prava u vrijeme Mažuranića. Mažuranić je, kako proizlazi iz izlaganja, značajno doprinio humanizaciji probacijskog sustava 19. stoljeća.

Prof. dr. sc. Vlado Bučkovski, prof. dr. sc. Goce Naumovski i prof. dr. sc. Ivanka Vasilevski s Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“ iz Skopja održali su izlaganje *Pogled zapadnih država na tursko i makedonsko pitanje na Berlinskom kongresu*. Bučkovski je uvodno naveo kako Mažuranić i makedonski pjesnik Pulevski u svom opusu kritiziraju tursku strahovladu koju Europa nije imala snage osuditi. Također ističe kako Makedonija i danas trpi posljedice Berlinskog kongresa održanog 1878. godine. Vasilevska se nadovezala i objasnila kako se u vrijeme Berlinskog kongresa koji korespondira s Mažuranićevim vremenom, na malom prostoru događaju tektonske promjene na geopolitičkom planu Europe koje svoje posljedice imaju do danas. Na navedenu temu s aspekta položaja Bosne i Hercegovine u 19. stoljeću nadovezala se izv. prof. dr. sc. Ivona Šego Marić s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru izlaganjem *Državnopravni pogled na Bosnu i Hercegovinu od 1840. do 1878. godine i Adresa Hrvatskog Sabora Caru Franji Josipu iz listopada 1878. godine*. Šego Marić uvodno je navela kako su dva člana obitelji Mažuranić bili vezni za Bosnu. Naime, Ivan i Antun šalju Matiju Mažuranića u Bosnu, a njegovo

djelo *Pogled u Bosnu* predstavlja vrijedan doprinos književnosti. Istaknula je geopolitičku bitnost Bosne koja je vodila do zaoštavanja odnosa unutar države kao dijela osmanskog imperija. Zaključno je ustvrdila kako su u Bosni u 19. stoljeću sve tri konfesije zajednički djelovale za svoj boljitak šaljući promemorije dužnosnicima po Europi kako bi poboljšali svoj položaj. Bosna i Hercegovina je, kako se vidjelo iz izlaganja, oduvijek bila specifična geopolitička cjelina.

Luka Nalis, mag. iur. s Pravnog fakulteta u Rijeci održao je izlaganje *Neki propisi iz Mažuranićeva doba (turizam, ljekarništvo i duševno zdravlje)*. Nalis je uvodno govorio o univerzalnosti Mažuranića kao osobe. Nadalje je naveo kako je ljekarništvo u Mažuranićevo vrijeme bilo strogo te precizno regulirano naredbama i propisima kraljevskog namjesnika od 3. veljače 1858. godine. Također, istaknuo je kako je 1877. godine oformljen farmaceutski tečaj na ondašnjem Mudroslovnome fakultetu čime je institucionalizirana izobrazba ljekarnika na sveučilištu. Nalis se potom osvrnuo na *Zakonski članak sabora kraljevine Dalmacije, Hrvatske Slavonije o ustrojenju javne ludnice za obseg kraljevine Hrvatske i Slavonije* donesen 28. studenoga 1873. godine kao temeljni propis o ustrojenju javne ludnice - *Zemaljskog zavoda za umobolne*. Nalis se potom osvrnuo na organizaciju zavoda i pojedine tehničke aspekte. U posljednjem se dijelu izlaganja Nalis osvrnuo na početke turizma u Novom Vinodolskom iz 1878. godine kada su domaći poduzetnici - obitelj Mrzljak uz Bribirsku rivu, ispred staroga grada podigli prva drvena kupališta. Iz Nalisovog je izlaganja

razvidno da je Mažuranić nastojao regulirati najrazličitije aspekte života, a njegovo doba induciralno je javno zdravlje kakvo danas poznajemo. Škrinju je Mažuranićevo pjesništvo ponovno otvorila prof. dr. sc. Esin Kranli Bajrami s Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“ Skopje izlaganjem *Ivan Mažuranić pjesnik po sklonosti, državnik po pozivu*. Kranli Bajrami uvodno navodi kako je Mažuranić u svom cjelokupnom djelovanju ostao vjeran svojim uvjerenjima koje baštini od najranije mladosti. *Smrt Smail-age Čengića* njegovo je najveće djelo koje odiše slobodarskim duhom, istaknula je. Potom je govorila o kršćanskim motivima u Mažuranićevom pjesničkom opusu, ističući kako je klasična naobrazba značajno utjecala na Mažuranića. Provodna je nit izlaganja činjenica da Mažuranić u svom epu opisuje patnju svog naroda u turbulentnim vremenima 19. stoljeća. Marijana Trinajstić, prof. iz Prve sušačke hrvatske gimnazije u Rijeci održala je izlaganje *Spis I. Mažuranića Hrvati Mađarom, književna proza s elementima pjesničke poslanice*. Na početku je izlaganja istaknula 1848. godinu kada je Ivan Mažuranić, tada član Banskoga vijeća, sastavio dokument *Manifest naroda hrvatsko-slavonskoga* u kojemu je iznio glavnu tezu kako je: „Hrvatima slobodnim narodom u slobodnom austrijskom carstvu biti.“ Već je u tom proglasu, na početku političke karijere Ivan Mažuranić primijenio ideje Francuske revolucije na hrvatsku i ugarsku situaciju u sklopu Trojedne kraljevine, a to će ponoviti i u spisu *Hrvati Mađarom* koji će tiskati u Karlovcu te iste godine. Spis *Hrvati Mađarom* žanrovski nailazi na različita određenja u literaturi, gdje ga nazivaju

političkom brošuram, političkim tekstom, rjeđe i poslanicom. Također se osvrnula i na oštromnost iskazivanja suprotnih političkih stavova zamišljenom sugovorniku, kao i iznošenje poanti u kojima je vidljiv utjecaj i usmene narodne predaje, kao i biblijskih (poslaničkih) ritmičkih postavki tekstova. Izlaganje je zaključila parafrazirajući riječi Dimitrija Demetra koji je jednom prigodom zapisao da je Ivan Mažuranić *čovjek velika duha, visoka uzleta, obilata znanja*. Nakon izlaganja valja zaključiti kako bi bilo poželjno da se Mažuranićevo političko retoričko oštroumlje ponovno *rodi* u političkim krugovima današnje Hrvatske.

Na kraju konferencije okupljenima su se obratili predsjedavajući prof. dr. sc. Željko Bartulović i doc. dr. sc. Ines Matić Matešković koji su zahvalili na sudjelovanju i doprinosu te najavili objavu zbornika.

Luka Nalis, mag. iur.

UPUTE SURADNICIMA

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci objavljuje znanstvene i stručne radove. Glavni je cilj časopisa unaprijediti znanstvenu komunikaciju u području prava i doprinijeti razvoju i proučavanju pravne znanosti u Hrvatskoj, Europskoj uniji i široj akademskoj zajednici. Zbornik objavljuje radove iz područja pravnih i srodnih društvenih znanosti, ako tematikom doprinose području prava. Časopis prima rukopise na hrvatskom, engleskom, talijanskom i njemačkom jeziku, a može prihvatiti za objavljivanje rukopis i na drugom stranom jeziku.

Uredništvo prima isključivo neobjavljene rukopise i one koji nisu u postupku u drugom časopisu.

Opseg rada je najviše do dva autorska arka (do 32 kartice teksta; kartica = 1.800 slovnih mjesta s prazninama, u što su uključene i podrubne bilješke / fusnote), tj. do 60.000 znakova ne uključujući sažetke, ključne riječi i popis literature. Radu treba biti priloženi popis literature te sažeci i ključne riječi na hrvatskom, engleskom jeziku i izvornom jeziku na kojem je rad pisan ako se razlikuje od engleskog i hrvatskog. Za rad pisan na stranom jeziku potrebno je dostaviti potvrdu o lekturi.

Zajedno s naslovom rada, autori trebaju priložiti njihovo ime i prezime, titulu, ime i adresu institucije, e-mail adresu i ORCID. Sažetak ne smije prelaziti 200 riječi upućujući na svrhu rada, metodologiju, najvažnije rezultate i zaključak. Sažetak mora sadržavati do pet ključnih riječi, te biti označen kao *Sažetak / Summary*.

Tekst rada trebao bi biti pisan fontom *Times New Roman*, veličine 12, proreda 1,5; podrubne bilješke trebale bi biti pisane fontom *Times New Roman*, veličine 10, a proreda 1. Stranice trebaju biti obrojčane. Rukopis koji se predaje za objavu treba biti pisan u skladu s pravilima citiranja literature. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci koristi, tzv. Chicago stil (*Chicago Manual of Style - CMS*) sustav tekućih bibliografskih bilješki.

Svi radovi podliježu anonimnom recenzentskom postupku. Radi anonimizacije rukopisa, koja se obavlja uklanjanjem imena autora, neprihvatljivo je da autor u radu piše na način da je identitet autora moguće otkriti iz načina na koji upućuje na vlastite radove.

Uredništvo pridržava pravo rukopis redakcijski prilagoditi propozicijama časopisa i radove predane na hrvatskom jeziku lektorirati sukladno sa standardima hrvatskoga književnog jezika.

Prikazi knjiga, osvrti i ocjene ne podliježu recenziji, ne smiju biti dulji od tri kartice i potpisuju se na kraju.

Radovi se prijavljuju putem *Open Journal Systems - OJS* sustava, dostupnog na: <https://hrcak.srce.hr/ojs/index.php/zpfsr/about>.

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

Collected Papers of the Faculty of Law University of Rijeka publishes scientific and professional papers. The main aim of the Journal is to improve scientific communication in the area of law and contribute to the development of legal science in Croatia, European Union and academic community at large. Journal publishes papers in the area of law and related social sciences if they thematically contribute to the area of law. Papers in the journal are published in Croatian, English, Italian and German. Papers in other languages can be taken into consideration for publishing.

The Editorial Board strictly accepts unpublished manuscripts and manuscripts that are not in consideration before another journal.

Submitted papers should not exceed more than 32 text cards (1 text card equals 1.800 characters with spaces, which includes footnotes) i.e. 60.000 characters not including summary, keywords and bibliography. The paper should have bibliography, summary in English and in the original language of the paper. If the paper is written in language other than Croatian, author is obliged to provide official confirmation that the text is proof - read (after the paper has been accepted for publishing).

Together with the title of the paper, the authors should submit their name, family name and title, name and address of the institution as well as their ORCID and e-mail address. The summary should encompass no more than 200 words and should inform about the purpose of the paper, methodology, the most important results and conclusion. The summary should state no more than five key words and a denotation *Summary*.

The text must be written in the font Times New Roman, size 12, spacing 1,5. Footnotes should be quoted with continuous numbering at the bottom of the text as they appear in the text. They must be written in the font Times New Roman, size 10, line spacing single. Pages of the paper should be numbered.

The paper which is submitted for publication in the *Collected Papers of the Faculty of Law University of Rijeka* must be written and structured according to the Chicago Manual of Style - CMS.

All papers will be subjected to an anonymous review procedure. Due to paper anonymity, which is ensured by removing the author's name, it is unacceptable to submit a paper written in a way revealing the author's identity by citations of his own previous written works.

The Editorial Board holds the right to editorially adjust the paper to the journal's propositions and to language-edit written works in that foreign language according to the standards of that foreign language.

Book reviews, comments and surveys are not subjected to review. They should not exceed three typed text cards. Authors are expected to sign them before submitting.

The papers should be submitted electronically through the Open Journal Systems, available at: <https://hrcak.srce.hr/ojs/index.php/zpfsr/about>.

ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI CJENIK

• po jedinstvenoj cijeni od **3,48 EUR**:

Vol. 20 br. 2 (1999.)
Vol. 21 br. 1 (2000.)
Vol. 21 br. 2 (2000.)
Vol. 22 br. 1 (2001.)
Supplement br. 1 (2001.)
Vol. 23 br. 2 (2002.)
Supplement br. 2 (2002.)
Vol. 24 br. 1 (2003.)
Vol. 24 br. 2 (2003.)
Supplement br. 3 (2003.)
Vol. 25 br. 1 (2004.)
Vol. 25 br. 2 (2004.)
Vol. 26 br. 1 (2005.)
Vol. 27 br. 2 (2006.)
Vol. 28 br. 1 (2007.)
Vol. 28 br. 2 (2007.)
Vol. 29 br. 1 (2008.)
Vol. 29 br. 2 (2008.)
Vol. 30 br. 1 (2009.)
Vol. 30 br. 2 (2009.)
Vol. 31 br. 1. (2010.)
Vol. 31 br. 2 (2010.)
Vol. 32 br. 2 (2011.)
Vol. 33 br. 2 (2012.)
Vol. 34 br. 2 (2013.)
Vol. 35 br. 1 (2014.)
Vol. 35 br. 2 (2014.)
Vol. 36 br. 2 (2015.)
Vol. 37 br. 2 (2016.)
Vol. 37 br. 3 (2016.)
Vol. 38 br. 2 (2017.)
Vol. 39 br. 2 (2018.)
Vol. 39 br. 3 (2018.)
Vol. 40 br. 2 (2019.)
Vol. 40 br. 3 (2019.)
Vol. 41 br. 2 (2020.)
Vol. 41 br. 3 (2020.)

• po jedinstvenoj cijeni od **6,64 EUR**:

Vol. 37 br. 1 (2016.)
Vol. 39 br. 1 (2018.)
Vol. 39 br. 4 (Posebni broj) (2018.)
Vol. 41 br. 1 (2020.)
Vol. 42 br. 1 (2021.)
Vol. 42 br. 3 (2021.)

• po jedinstvenoj cijeni od **13,27 EUR**:

Vol. 43 br. 1 (2021.)
Vol. 43 br. 2 (2021.)
Vol. 44 br. 2 (2023.)
Vol. 44 br. 3 (2023.)

• po jedinstvenoj cijeni od **13,68 EUR**:

Vol. 45 br. 2 (2024.)

• po jedinstvenoj cijeni od **19,91 EUR**:

Vol. 43 br. 3 (2022.)
Vol. 44 br. 1 (2023.)
Vol. 45 br. 1 (2024.)

RASPRODANA IZDANJA:

Vol. 35 br. 1 (2013.)
Vol. 36 br. 1 (2015.)
Vol. 38 br. 1 (2016.)
Vol. 40 br. 1 (2019.)
Vol. 42 br. 2 (2022.)

*Napomena: u cijene je uračunat porez na dodanu vrijednost u visini 5%.

BIBLIOTEKA PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

Biblioteka Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci utemeljena je 1995. godine. Glavni je cilj Biblioteke objavljivanje pravne literature prijeko potrebne studentima za pravni studij i pravnicima za stručnu djelatnost, ali i pristupačne širem čitateljstvu koje se zanima za aktualne pravne probleme i temeljna pitanja prava i države općenito te hrvatskog prava i države napose. Biblioteku čine nizovi: udžbenici, monografije, godišnja predavanja, zbornici sa znanstvenih skupova, komentari, prijevodi strane pravne literature i priručnici. U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi:

UDŽBENICI:

- Vladimir Đ. Degan, *Međunarodno pravo mora u miru i u oružanim sukobima, 2002. (cijena 27,88 EUR)*
- Dorotea Čorić, *Onečišćenje mora s brodova - Međunarodna i nacionalna pravna regulativa, 2009. (cijena 76,65 EUR)*
- Anamari Petranović, *Obligationes iuris romani: (breviarum), 2010. (cijena 20,90 EUR)*
- Milovan Jovanović i Ivo Eškinja, *Osnove političke ekonomije, 2012. (cijena 20,90 EUR)*
- Dario Đerđa, *Osnove upravnog prava Europske unije, 2012. (cijena 15,33 EUR)*
- Berislav Pavišić i suradnici, *Kazneno postupovno pravo, 1. dio, 5. izd., 2012. (cijena 15,33 EUR)*
- Berislav Pavišić i suradnici, *Kazneno postupovno pravo, 2. dio, 5. izd., 2012. (cijena 15,33 EUR)*
- Berislav Pavišić i Tadija Bubalović, *Međunarodno kazneno pravo, 2013. (cijena 12,54 EUR)*
- Edita Čulinović-Herc, Dionis Jurić, Mihaela Braut Filipović i Nikolina Grković, *Pravno uređenje UCITS fondova na tržištu kapitala, 2013. (cijena 39,82 EUR)*
- Teodor Antić, *Ustrojstvo i djelokrug javnog sektora, 2014. (cijena 19,91 EUR)*
- Berislav Pavišić i suradnici, *Kazneno postupovno pravo, 6. izd., 2014. (cijena 18,58 EUR)*
- Milovan Jovanović, *Osnove ekonomike javnog sektora, 2016. (cijena 7,96 EUR)*
- Milovan Jovanović, *Ekonomska politika, 2017. (cijena 10,62 EUR)*
- Dario Đerđa, *Upravni spor, 2017. (cijena 15,93 EUR)*
- Dionis Jurić, *Pravo društava, 2019. (cijena 26,54 EUR)*
- Robert Blažević, Dana Dobrić Jambrović i Mariza Menger, *Lokalna samouprava, 2020. (cijena 10,62 EUR)*
- Robert Blažević, *Upravna znanost, VII. izdanje, 2021. (cijena 18,58 EUR)*

MONOGRAFIJE:

- Edita Čulinović-Herc, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, 1998. (cijena 9,76 EUR)*
- Lujo Margetić, *Hrvatska i crkva u srednjem vijeku, 2000. (cijena 13,94 EUR)*
- Vesna Crnić-Grotić, *Pravo međunarodnih ugovora, 2002. (cijena 16,72 EUR)*
- Eduard Kunštek, *Arbitražna nadležnost ICSID (Međunarodni centar za rješavanje ulagačkih sporova između država i državljana drugih država), 2002. (cijena 18,12 EUR)*
- Petar Šarčević, *Essays in Private International Law and Comparative Law, 2004. (meki uvez) (cijena 39,02 EUR)*
- Petar Šarčević, *Essays in Private International Law and Comparative Law, 2004. (tvrdi uvez) (cijena 44,59 EUR)*
- Mirela Župan, *Pravo najbliže veze u hrvatskom i europskom međunarodnom privatnom ugovornom pravu, 2006. (cijena 13,80 EUR)*
- Ivana Kunda, *Internationallly Mandatory Rules under Article 7(1) of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation, 2007. (cijena 15,19 EUR)*
- Zvonimir Slakoper, Vilim Gorenc, uz suradnju Maje Bukovac Puvače, *Obvezno pravo - opći dio - sklapanje, promjene i prestanak ugovora, 2009. (suizdavač: Novi informator, Zagreb) (cijena 73,86 EUR)*
- Marija Pospišil Miler, *Novi sustav odgovornosti za smrt i tjelesne ozljede putnika u pomorskom prijevozu, 2014. (cijena 39,68 EUR)*
- Dalida Rittossa, *Zablude u kaznenom pravu, 2014. (cijena 14,60 EUR)*
- Igor Martinović, *Institut namjere u kaznenopravnoj teoriji i sudskoj praksi, 2014. (cijena 10,62 EUR)*
- Zvonimir Slakoper, ur., *Liber amicorum in honorem Vilim Gorenc, 2014. (cijena 34,84 EUR)*
- Tadija Bubalović, *Pravni lijekovi u kaznenom postupovnom pravu, 2015. (cijena 23,89 EUR)*
- Robert Blažević, *Stigma i karizma, 2017. (cijena 10,62 EUR)*
- Budislav Vukas, *Hrvatska državnost - pravno-povijesne prosude - u povodu 25. obljetnice prijama RH u Ujedinjene narode, 2017. (cijena 9,29 EUR)*
- Anamari Petranović, *“Riječko” uz rimsko pravo: (ex Statuto terrae Fluminis anno MDXXX), 2019. (cijena 9,29 EUR)*
- Budislav Vukas, *Poslijeratni pravni položaj Istre i mons. dr. Dragutin Nežić, 2022. (cijena 15,93 EUR)*

ZBORNICI SA ZNANSTVENIH SKUPOVA:

- Nada Bodiroga Vukobrat i Sanja Barić, *Prekogranična i regionalna suradnja, 2007. (Zbornik radova s međunarodnog znanstvenog skupa održanog na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci, 6. i 7. listopada 2006. godine) (cijena 16,72 EUR)*

- Vesna Crnić-Grotić i Miomir Matulović (eds.), *International Law and the Use of Force at the Turn of Centuries: Essays in Honour of V. Đ. Degan*, 2006. **(cijena 34,84 EUR)**
- Nada Bodiroga Vukobrat, *Socijalna sigurnost i tržišno natjecanje - europski zahtjevi i nacionalna rješenja*, 2008. **(cijena 13,94 EUR)**
- Vesna Tomljenović, Edita Čulinović-Herc i Vlatka Butorac Malnar, *Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosudnom području*, 2009. (meki i tvrdi uvez) **(cijena 25,08 EUR)**
- Edita Čulinović-Herc, Dionis Jurić i Nataša Žunić Kovačević, ur., *Financiranje, upravljanje i restrukturiranje trgovačkih društava u doba recesije*, 2011. **(cijena 27,87 EUR)**
- Vesna Tomljenović i Ivana Kunda, *Uredba Bruxelles I. - izazovi u hrvatskom pravosuđu*, 2013. **(cijena 20,90 EUR)**
- Vesna Tomljenović, Silvija Petrić i Emilia Miščenić, *Nepoštene ugovorne odredbe - Europski standardi i hrvatska provedba*, 2013. **(cijena 20,90 EUR)**
- Zbornik radova povodom 70. godine života Berislava Pavišića, *Kazneno pravo i kazneno postupovno pravo i kriminalistika*, 2014. **(cijena 25,22 EUR)**
- Zbornik radova, *Obitelj i djeca: europska očekivanja i nacionalna stvarnost*, urednica: Ivana Kunda, 2015. **(cijena 20,90 EUR)**
- Zbornika radova, *Povijest i sadašnjost građanskih kodifikacija Baltazar Bogišić 1908. - 2008.*, urednik: Nenad Hlača, 2015. **(cijena 15,33 EUR)**
- Zbornik radova u čast prof. dr. sc. Aldu Radoloviću, *Liber amicorum Aldo Radolović*, urednici: Zvonimir Slakoper, Maja Bukovac Puvača i Gabrijela Mihelčić, 2018. **(cijena 33,18 EUR)**
- Zbornik radova, *Administrative Dispute in the Central and Eastern European States, Collected Papers*, eds. Dario Đerđa, Ante Galić, Dana Dobrić Jambrović and Joanna Wegner (copublisher: High Administrative Court of the Republic of Croatia), 2021. **(cijena 17,25 EUR)**
- Zbornik koautorskih radova nastavnika i studenata sa znanstvene konferencije, *Unaprjeđenje kvalitete studiranja na pravnim fakultetima u Hrvatskoj*, urednici: Loris Belanić i Dana Dobrić Jambrović, 2021. **(cijena 5,96 EUR)**

PRIJEVODI:

- T.C. Hartley, *Temelji prava Europske zajednice*, 2004. **(cijena 41,81 EUR - meki uvez)**
- T.C. Hartley, *Temelji prava Europske zajednice*, 2004. **(cijena 48,77 EUR - tvrdi uvez)**

PRIRUČNICI:

- Miomir Matulović i Berislav Pavišić, *Dokumenti Vijeća Europe*, 2001. **(cijena 20,90 EUR)**

* Napomena: u cijene knjiga uračunat je porez na dodanu vrijednost u visini 5%.

RASPRODANA IZDANJA BIBLIOTEKE PRAVNOG FAKULTETA U RIJECI

UDŽBENICI:

- Berislav Pavišić, *Kriminalistika, 1. Uvod, 1997.*
- Vinko Hlača, *Hrvatsko pomorsko pravo, Izabrani radovi, 2001.*
- Matthias Herdegen, *Europsko pravo, 2003.*
- Milovan Jovanović, *POLIS-OIKOS-NOMOS, Ekonomski zakoni, 2004.*
- Vladimir Đ. Degan, *Međunarodno pravo, II. osuvremenjeno izdanje, 2006.*
- Zvonimir Slakoper, *Bankovni i financijski ugovori, 2007.*
- Robert Blažević, *Upravna znanost, 2007.*
- Berislav Pavišić, *Kazneno postupovno pravo - autorizirana predavanja - 2. izdanje, 2008.*
- Berislav Pavišić, *Kazneno postupovno pravo, 3. izdanje, 2010.*
- Velinka Grozdanić i dr., *Kad žena ubije, 2011.*
- Velinka Grozdanić, Marissabell Škorić i Igor Martinović, *Kazneno pravo - opći dio, 2013.*
- Željko Bartulović, *Povijest prava i države (I. dio - Opća povijest prava i države), 2014.*
- Robert Blažević, *Upravna znanost, 2015.*
- Ivan Padjen, *Metodologija pravne znanosti, 2015.*
- *Komentar Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama*, urednica: Velinka Grozdanić, 2015.
- Robert Blažević, *Upravna znanost, V. izdanje, 2016.*
- Robert Blažević, *Upravna znanost, VI. izdanje, 2019.*

MONOGRAFIJE:

- Robert Blažević, *Politički poretki i legitimitet, 1995.*
- Lujo Margetić, *Istra i Kvarner. Izbor studija, 1996.*
- Marinko Đ. Učur, *Pomorsko radno pravo, 1997.*
- Vesna Tomljenović, *Pomorsko međunarodno privatno pravo, Izvanugovorna odgovornost za štetu i problem izbora mjerodavnog prava, 1998.*
- Lujo Margetić, *Rimsko pravo. Izabrane studije, 1999.*
- Milovan Jovanović, *Kapitalizam iznutra, 1999.*
- Petar Simonetti, *Denacionalizacija, 2004.*
- Željko Bartulović, *Sušak 1919. - 1947. Državnopravni položaj grada, 2004.* (suizdavač: Adamović, Rijeka i Državni arhiv u Rijeci)
- Robert Blažević, *Karizma, Politička vlast i karizmatičke ličnosti, 2006.*
- Petar Simonetti, *Prava na građevinskom zemljištu, 2008.*
- Petar Simonetti, *Prava na nekretninama, 2009.*

- Sanja Barić, *Zakonodavna delegacija i parlamentarizam u suvremenim Europskim državama*, 2009. (suizdavač: Organizator, Zagreb)
- Maša Marochini, *Socio-Economic Dimension of the ECHR - Should There be Limits to the European Court of Human Rights Reading Significant Socio-Economic Elements into Convention Rights?*, 2013.
- Sanja Grbić, *Pošteno suđenje u građanskim postupcima u Hrvatskoj u svjetlu članka 6. stavka 1. Europske konvencije o ljudskim pravima (poštenost - razumna duljina trajanja postupka - nezavisnost i nepristranost sudova i sudaca - pristup sudu - jednakost oružja)*, 2014.

ZBORNICI SA ZNANSTVENIH SKUPOVA:

- Velinka Grozdanić i Alenka Šelih, *Žene i kazna zatvora*, 2001.
- Susan Šarčević, *Legal Translation: Preparation for Accession to the European Union*, 2001.
- Vesna Tomljenović i Edita Čulinović-Herc, *Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu, Izvori međunarodnog tržišta roba i kapitala*, 2005.

BIBLIOTEKA ZAVODA ZA KAZNENE ZNANOSTI

<https://pravri.uniri.hr/hr/o-fakultetu/zavodi>

Zavod za kaznene znanosti bavi se, u suradnji s više inozemnih fakulteta i znanstvenih ustanova te drugih tijela, istraživanjem u području kaznenih znanosti, pripremanjem znanstvenih skupova i seminara, te nakladničkom djelatnošću.

U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi:

- Berislav Pavišić, *Transition of Criminal Procedure Systems, Vol. II., 2004. (cijena 6,97 EUR)*
- Đorđe Milović, *Kaznena prava šest sjevernokvarnerskih statuta, 2005. (cijena 12,54 EUR)*
- Dejana Golenko, *Hrvatska kriminalistička bibliografija, Svezak 1 / Bibliography of Croatian Criminalistics, Volume 1, 2009. (cijena 18,12 EUR)*
- Berislav Pavišić, *Hrvatska kaznena jurisdikcija za kaznena djela na moru / Croatian criminal jurisdiction over the crime at sea, 2013. (cijena 13,94 EUR)*
- *Zakonik o kaznenom postupku Ruske Federacije*, urednik: Berislav Pavišić, prijevod Iva Parenta, 2015. (cijena 61,05 EUR)

Rasprodana izdanja:

- Berislav Pavišić i Gaetano Insolera, *Hrvatsko-talijanski rječnik kaznenoga prava - Dizionario croato-italiano di diritto penale - Dizionario italiano-croato di diritto penale - Talijansko-hrvatski rječnik kaznenoga prava, 1997.*
- *Talijanski kazneni postupak*, redakcija: Berislav Pavišić, predgovor: Gaetano Insolera, uvod: Glauco Giostra, 2002.
- *Codigo procesal penal Modelo para Iberoamerica - Zakonik o kaznenom postupku Model za Iberijsku Ameriku - Codice processuale penale Modello per l'Iberoamerica*, koordinacija: Berislav Pavišić, uvod: Julio B. J. Maier, prijevod: Davide Bertaccini, Ivana Barbara Blažević, Eduard Kunštek, Berislav Pavišić, poredbeni pregled: Vanina Ferreccio, 2005.
- Lujo Margetić, *Srednjovjekovni zakoni i opći akti na Kvarneru - Mošćenički zakon i statuti, Knjiga prva, 2006.*
- Marinko Đ. Učur, *Radni odnosi u privatnoj zaštiti, 2006.*

* Napomena: u cijene knjiga uračunat je porez na dodanu vrijednost u visini 5 %.

Način plaćanja: na žiro-račun Sveučilišta u Rijeci Pravnog fakulteta

IBAN: **HR26 2402 0061 1001 1002 5** poziv na broj: 66142005

Molimo da kopiju uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Sveučilište u Rijeci Pravni fakultet, Hahlić br. 6, 51000 Rijeka

Tel.: 051/359-500, fax 051/675-113, e-mail: skriptarnica@pravri.uniri.hr

Vol. 45 br. 3 (2024)

Članci:

- *Luka Burazin, Marin Keršić*, Kritička analiza Guastinijeva shvaćanja sukoba između ustavnih prava i tehnike odvagivanja
- *Ksenija Grubišić*, Efficacy and Autopoiesis of the System of Science, Education, Law and Politics
- *Renato Vrenčur, Denis Baghrizabehi, Kristijan Zahrastnik*, Transition of Accessory and Non-Accessory Securities with Cession by Operation of Law (*Cessio Legis*)
- *Marin Bonačić, Nikša Vojvoda*, Kazneno i prekršajnoprocetni imunitet propisan hrvatskim pravom: obilježja i prijepori
- *Slobodan Vukadinović, Katarina Jovičić*, Razvoj transparentnosti u javnom i privatnom (ugovornom) pravu: od zahtjeva ka načelu
- *Nevena Aljinović*, Surogat majčinstvo: globalni pregled pravne regulacije
- *Niko Jarak, Ana Horvat Vuković*, Originalism and the Democratic Process: Majoritarian Arguments in the Case Law of the US Supreme Court

Prikazi:

- *Luka Nalis*, Međunarodna znanstvena konferencija povodom 210. godišnjice rođenja hrvatskog bana Ivana Mažuranića, Novi Vinodolski, od 10. do 11. listopada 2024. godine

ISSN 1330-349X



9 771330 349008