

Specifični postupnovpravni problemi u zaštiti prava osobnosti

Radolović, Aldo

Source / Izvornik: **Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2013, 63, 695 - 715**

Journal article, Published version

Rad u časopisu, Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:118:118403>

Rights / Prava: [In copyright](#)/[Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-12-29**

PRAVI

Pravni fakultet Faculty of Law



Sveučilište u Rijeci
University of Rijeka

Repository / Repozitorij:

[Repository of the University of Rijeka, Faculty of Law](#)
[- Repository University of Rijeka, Faculty of Law](#)

uniri DIGITALNA
KNJIŽNICA


DIGITALNI AKADEMSKI ARHIVI I REPOZITORIJI

SPECIFIČNI POSTUPOVNOPRAVNI PROBLEMI U ZAŠTITI PRAVA OSOBNOSTI

*Prof. dr. sc. Aldo Radolović **

UDK: 342.738

347.121.2

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: listopad 2012.

Pravo osobnosti nova je i složena pravna doktrina. Materijalnopravne odredbe prava osobnosti mogu se pronaći u raznim područjima javnog i privatnog prava koje su, na žalost, neusuglašene, i to na nacionalnoj i na međunarodnoj razini. Zaštitu prava osobnosti osobito otežava činjenica što još uvijek ne postoje posebne procesnopravne odredbe za njegovu zaštitu, a koje su doista nužne. U radu se osobito naglašava i potreba educiranja sudaca radi ostvarivanja pravilne i zakonite zaštite prava osobnosti.

Ključne riječi: pravo osobnosti, neimovinsko građansko pravo, zaštita prava osobnosti, pojedina postupovnopravna pitanja u zaštiti prava osobnosti, teorija i sociologija prava osobnosti.

1. UVOD

Pravo osobnosti je dosta specifična i relativno još nepotpuno imenovana pojava u građanskom pravu i pravu uopće. Na europskoj razini pojmovi i sadržaj prava osobnosti dosta su standardizirani; na nacionalnoj, međutim, stvari u svezi s tim prilično kasne. Hrvatski pravni prostor je neke prve *bljeskove* prava osobnosti dobio preko OGZ-a (*Schmerzensgeld*), ali je prava normativna impostacija tog prava izvedena tek 1978. pojavom Zakona o obveznim odnosima (dalje u tekstu: ZOO) kao zakona tadašnje SFRJ. ZOO je već tada jako nadi-

* Dr. sc. Aldo Radolović, sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske, Trg sv. Marka 4, Zagreb; profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka.

lazio i domaću praksu i znanost građanskog prava koje nisu dostatno pratile kretanja u području prava osobnosti.¹ Sociološko stanje u bivšoj SFRJ (pa tako i u Hrvatskoj kao njenu sastavnom dijelu) bilo je u znatnoj mjeri nepovoljno za jači razvoj prava osobnosti; socijalistički sustav vrijednosti počivao je na nečem sasvim drugom od poštivanja individualnosti čovjeka kao osobe – na gledanju na čovjeka samo kao pripadnika kolektiviteta. Kolektivitet, a ne osobnost zanimao je ideologe i nositelje socijalizma.

Raspad bivše države i bivšeg sustava sam po sebi nije mogao donijeti bitne pomake unaprijed u području prava osobnosti. Prilike se jesu izmijenile, ali su ljudi i njihov mentalitet u osnovi ostali isti. Na to su se nadovezale još i neke specifično negativne pojave (rat, izrazito nepravilna i nepravedna privatizacija, neki oblici ponašanja tipični za faze prvobitne akumulacije kapitala, pad općeg i pojedinačnog morala, pad standarda ljudi itd.) koje imaju za zakonomjernu posljedicu novo potenciranje, doduše, nešto drukčijih, ali u biti gotovo istih, kolektiviteta (partije, nacije, države, crkve). U takvu okruženju dobili smo 2005. godine novi ZOO (Narodne novine, br. 35/05, 41/08) koji je, iako, dakako, kao manje zahtjevan dio u ukupnoj strukturi Zakona, i kvalitativno i kvantitativno podigao pravo osobnosti na višu razinu.

Društveni uvjeti u RH sve više pogoduju razvoju prava osobnosti. Posebno pozitivno u tom pravcu djeluje skoro članstvo u Europskoj uniji. Tu bi bilo razložno očekivati i pomoć EU-a u jačoj impostaciji toga prava. Pravo osobnosti dobiva svakim danom sve veći legitimitet, postaje objekt povećana zanimanja, osobito mladih pravnika i pravnih znanstvenika, i to ovog časa budi lijepe nade da će pionirska djela u području prava osobnosti u RH biti nastavljena. Materijalnopravni sadržaj prava osobnosti i uz sav napredak nije još do kraja i potpuno definiran, čak ni na europskoj razini. Nije posebno temeljito i precizno definiran odnos između javnog i privatnog prava na tom planu, međusobno prožimanje pravnih i moralnih vrijednosti također je još vrlo difuzno, a neki dijelovi prava osobnosti još nisu ni načeti ili su vrlo deficitarno otvoreni.²

¹ Do 80-tih godina prošlog stoljeća bilo je na pravnom prostoru tadašnje SFRJ vrlo malo stručnih ili znanstvenih radova s područja prava osobnosti. Rijetki pioniri toga novog poretka (akademik Finžgar iz Ljubljane, prof. Krmeta iz Sarajeva, tada mladi asistent V. Vodinić iz Beograda, povremeno i drugi) unosili su u pravo socijalizma neke nove i nepoznate ideje i vrijednosti. Prof. Konstantinović iz Beograda, glavni redaktor Zakona o obveznim odnosima iz 1978., u taj je zakon uspio progurati nekoliko odredaba o pravu ličnosti (pravu osobnosti), što je u praksi izazivalo nepoznavanje i nevjericu.

² Dio materijalnog prava osobnosti koji najviše zaostaje jest svakako dionica o prav-

Posebni zaostatak postoji na području postupovnog prava.³ Ne trebamo ponavljati općeprihvaćenu tezu da je postupovno pravo bitan uvjet za primjenu instituta materijalnog prava i da je, stoga, sinergija materijalnog i formalnog (postupovnog) prava osobnosti nužan uvjet razvoja. Posebno je otegotan raskorak između materijalnog prava osobnosti i sudskog sustava u RH. Domaći sudski sustav osobito je karentan u usvajanju prava osobnosti. Sustav kakav jest posve je *baždaren* za imovinsko građansko pravo.

Takav (sudski) mehanizam koji je uz to vrlo velik i vrlo složen (što nije uvijek nužno negativno) objektivno je teško preusmjeriti na nove oblike postupanja koje zahtijeva pravo osobnosti. Da samo primjerice kažemo, neki medijski spor (objavljivanje odgovora na informaciju, odnosno ispravak informacije) ne smije trajati godinama; on mora završiti u nekoliko mjeseci jer u protivnom nema smisla.⁴ Vrijeme koje nadolazi traži novi i veći napredak u materijalnom i postupovnom pravu osobnosti. Pobornici tih prava nemaju pretenzija dokazivati da je pravo osobnosti neko prvo i najvažnije pravo pa ni najvažnije privatno pravo, ali im valja priznati legitimitet traženja veće sinergije svih dijelova prava u stvaranju prava osobnosti europske razine. U tom bi smislu trebalo (analogno imovinskom dijelu građanskog prava) širiti i bolje definirati pojmove i sadržaj materijalnog prava osobnosti, ali istovremeno i usklađeno s prvim procesom stvarati i mehanizam postupovnog prava osobnosti kao neophodno sredstvo efikasne realizacije prava.⁵ Možda ćemo u perspektivi dobiti zasebne

nim poslovima prava osobnosti. Sasvim je jasno da ne može ići prema istim pravilima stjecanje materijalne stvari i stjecanje nekog dijela ljudskog tijela (krvi, srca, bubrega i sl.). No, vrlo je nejasno, npr., kada kod dijela ljudskog tijela nastaje obveza čije se ispunjavanje može i prisilno tražiti. Pravo na život je prvo pravo osobnosti, ali ostaje dvojbeno sadrži li ono i pravo na smrt, odnosno može li se bilo jednostranom izjavom, bilo ugovorom dati u pravnu realizaciju. Problemi prekida trudnoće i medicinski potpomognute oplodnje u svim dijelovima svijeta izazivaju brojne prijepore. Ono što se negdje preferira i preporučuje, drugdje se zabranjuje.

³ Izvorni Zakon o parničnom postupku (dalje u tekstu: ZPP) iz 1956., a i njegove kasnije izmjene u *udarnom* čl. 1., koji određuje polje primjene tog propisa, govorio je samo o zaštiti imovinskih građanskih prava; tek je odnedavno na tom mjestu prihvatljiva formulacija da Zakon uređuje "imovinske i građansko-pravne odnose". Triva, S.; Dika, M., *Zakon o parničnom postupku*, Zagreb, 2004., str. 3.

⁴ Pred Ustavni sud RH nerijetko dolaze medijski sporovi započeti pred deset ili više godina. Tu je, doista, svaka ustavnosudska intervencija gotovo bespredmetna. Povreda prava osobnosti (ako je postojala) doslovno je zaboravljena pa je zbog toga i svaka sankcija bez smisla.

⁵ Jedan od upravo pionirskih, ali i iznimno važnih pokušaja te simbioze materijalno-pravnih i postupovno-pravnih napora u kreaciji efikasnog sadržaja prava osobnosti

propise (zakone) o pravima osobnosti i o postupku zaštite tih prava. Nije isključeno ni to da to bude čak i neki jedinstven propis.⁶ Do tada treba raditi u obama pravcima (materijalnom i postupovnom), strpljivo pomicati granice znanja o pravu osobnosti i posebno paziti na efikasnu primjenu tih propisa. Ništa ne kompromitira pravo osobnosti toliko koliko ga kompromitira slaba, nedosljedna i neefikasna primjena. Neke prezentne tendencije svođenja prava osobnosti na neke čak lijepe, ali sadržajno vrlo nejasne pojmove jako škode pravu osobnosti. Ohrabruje činjenica da u generacijama mladih pravnika i pravnih znanstvenika nailazimo na sve veće zanimanje za pravo osobnosti. To zapravo i ne čudi. Pravo osobnosti je u širem smislu sastavni dio planetarnog pokreta ljudskih prava i to je po naravi stvari ovdje posebno povoljan energetska potencijal razvoja. Poznate teškoće u konstrukciji prava osobnosti (kompliciran odnos s javnim pravom, još teži odnos s pravilima morala i etike, zadiranje u kulturu i umjetnost itd.) sve su manja zapreka koja odbija, a sve više izazov za najbolje i najambicioznije.

Sada postojeći pluralizam organa i sudova za odlučivanje (sudovi opće nadležnosti, upravni sudovi, ustavni sud) ne bi trebao stvarati *šum* koji se ne može kontrolirati u procesu zaštite prava osobnosti iako može stvarati (i stvara) nemale probleme. To posebno vrijedi za postupovno pravo osobnosti. Naglašavamo još jednom neophodnost da to pravo ne bude samo neki ukras lijepo zamišljenu pravu osobnosti nego mora biti efikasno sredstvo njegove zaštite. To se odnosi na svaki oblik postupanja u zaštiti prava osobnosti, uključujući posebno i postupak ovrhe.⁷ Pravo osobnosti je i u materijalnom i u formalnom

zabilježili smo 2006. godine u Zagrebu na seminaru i savjetovanju *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti*. Oko strožeg kritičara može zamijetiti da se rasprava ograničila samo na jedan aspekt prava osobnosti (neimovinsku štetu), ali to nije neki presudan nedostatak održanog savjetovanja i objavljenog zbornika radova. Čini nam se da je po prvi put materijalnopravnoj materiji dodana i postupovna. Dika, M., *Zaštita prava osobnosti u parničnom i ovršnom postupku*, u: *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti*, Zagreb, 2006., str. 259 - 305.

⁶ Najprikladnija bi svakako bila forma građanskog zakonika. No, o tome se ovog časa ne raspravlja. Nekakav Europski građanski zakonik također nije na vidiku.

⁷ Ovrha je neophodan sastavni dio realizacije svakog subjektivnog prava pa tako i prava osobnosti. Ovrhu treba u maksimalno mogućoj mjeri osloboditi (novog) pravnog raspravljanja. To bitno utječe na efikasnost ovrhe pa i pravnog sustava u cjelini. Moramo u tom smislu izložiti kritici i neke odluke Europskog suda za ljudska prava. U jednom predmetu (*Bjedov v. Croatia*, zahtjev 42150/09, odluka od 29. svibnja 2012.) stavljena je posebna primjedba da u postupku ovrhe (iseljenje iz stana) treba *raspraviti* (naglasio A. R.) pravo na dom kao zasebno ustavno i konvencijsko pravo podnositeljice. Pritom se pravo na dom sagledava potpuno neovisno o materijal-

smislu takvo da može biti europsko, svjetsko, univerzalno pravo.⁸ Pravo ipak nije samo *proizvod* pravne tehnike nego je (mnogo više) izraz povijesti i kulture svakog naroda. Otuda proizlaze nužne specifičnosti koje valja poštivati; nameatanje tuđih kategorija prava osobnosti može samo izazvati otklone u primjeni. To poštivanje nacionalnih specifičnosti će, prema nekima, usporiti europski jedinstven koncept prava osobnosti, ali čini nam se da su u pravu drugi koji odgovaraju da će razvoj u specifičnosti omogućiti veći stupanj prihvaćanja tog prava od strane građana.

Stvaranje dobrog postupovnog sustava realizacije i zaštite prava osobnosti otežava i činjenica što su ta sredstva gotovo potpuno drugačija od zaštite imovinskih građanskih prava. Kategorije imovinskog postupovnog prava objektivno katkad i štete zaštiti prava osobnosti jer razvijaju pojmove i način postupanja dosta neprikladne zaštiti prava osobnosti. Inzistiranje makar i na samo analognoj primjeni pravila imovinskog postupovnog prava posebno šteti jer pasivizira napore u stvaranju specifičnog neimovinskog građanskog postupka. Sociologija prava osobnosti⁹ ima osobitu ulogu u razvoju postupovnog prava osobnosti. Život i praksa pokazuju nam što među građanima prolazi, a što ne, i to mora uvijek biti relevantan indikator za nužne promjene i zaokrete.

nom građanskopravnom (imovinskom) pravu vlasništva ili nekom drugom pravu na korištenje stana iako je ustavno i konvencijsko pravo na dom zapravo isključivo pravo na zaštitu od neimovinskog zadiranja od strane trećih, posebno od strane redarstvenih vlasti države (tako Walter, R.; Mayer, H.; Kucsko-Stadlmayer, G., *Bundesverfassungsrecht*, 10. izd., Wien, 2007., str. 701). U konkretnom je slučaju jedno pravo osobnosti (pravo na dom, na mirno i kulturno uživanje doma) prema našem mišljenju neopravdano korišteno kao sredstvo blokade ovrhe jedne imovinskopravne obveze (iselj enje iz stana na temelju pravomoćne i ovršne sudske presude).

⁸ O tome v. Vodinić, V., *Zaštita prava ličnosti u međunarodnom privatnom pravu*, Beograd, 1999. Iste teze prof. Vodinić ponavlja i u svojoj najnovijoj knjizi *Građansko pravo*, Beograd, 2012.

⁹ Kronična je boljka bivše jugoslavenske teorije prava (time i hrvatske) nedostatak pa čak i nepostojanje sociološkog pristupa pravu. Problem se završava impostacijom ili kritikom nekog prava ili pravnog instituta te se u pravilu ne prati njegova primjena. Na području prava osobnosti kao novog prava, vrlo kompleksnog prava, prava koje ide katkad u jako velike širine to je neophodan uvjet razvoja. Ako hoćemo, npr., (po uzoru na njemačko pravo) ustanoviti pravo na slobodan razvoj ljudske osobnosti, onda moramo biti svjesni da to traži velike napore, od filozofskih do pravno-tehničkih, i da ambicioznu regulaciju i praksu možemo stvarati samo korak po korak, jako osluškujući svaki pomak, ali i svaki problem u praksi (vidjeti o tom *Izabrane odluke njemačkog Saveznog ustavnog suda*, 2009., str. 101 – 150; Rodin, S., *Osnovne značajke prava na slobodno razvijanje osobnosti u njemačkom pravu*, Politička misao, br. 1, 1997., str. 112 - 129).

2. MATERIJALNO PRAVO OSOBNOSTI KAO BITNA DETERMINANTA POSTUPOVNOG PRAVA OSOBNOSTI

Opća veza između materijalnog i postupovnog prava vrijedi i za pravo osobnosti.¹⁰ Već smo u uvodu ovog rada istaknuli da mnogi aspekti materijalnog prava osobnosti nisu potpuno definirani, da su u vrlo živom razvoju punom promjena i širenja sadržaja pa o toj činjenici valja voditi računa i u konstrukciji postupovnog prava osobnosti. Nedvojben koneksitet između prava osobnosti i javnog prava, pravila morala, veza s kulturom i umjetnošću također *komplificira* izgradnju efikasnog pravnog instrumentarija za zaštitu prava osobnosti. No, to je proces koji teče, čak se može reći i da teče dobro. Tekuće probleme predstavljaju neki drugi, građanskopravni elementi prava osobnosti.

Prvo je u tom smislu pitanje postoji li jedno, opće i jedinstveno pravo osobnosti ili postoji više prava osobnosti. Monistička i pluralistička koncepcija prava osobnosti ne daju iste rezultate s aspekta načina zaštite prava osobnosti pa i s aspekta učinkovitosti te zaštite. Monistička koncepcija prava osobnosti u pravilu se veže za njemačko pravo (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), ali i tu ima *iskakanja* prema pluralizmu kao što je, npr., uvođenje već spomenutog prava na slobodan razvoj osobnosti. Pravni monizam u projekciji prava osobnosti omogućuje povećanu kreativnost sudske prakse, prije svega one koja ima veći stručni i znanstveni potencijal. Njemački slučaj to nedvojbeno potvrđuje mada iz šireg germanskog prostora dolaze vrlo kompetentne primjedbe da je konstrukcija općeg prava osobnosti vrlo upitna (*sehr fraglich*).¹¹ Koncepcija općeg prava osobnosti, uz navedenu pozitivnu i prihvatljivu tendenciju, može, s druge strane, (osobito uz slabiju sudsku praksu) voditi u pravnu improvizaciju,

¹⁰ Triva, S.; Dika, M., *Gradansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., str. 11. Pridružujemo se izrečenu stajalištu da tek sinteza materijalnog i postupovnog prava predstavlja potpun izraz društvenog odnosa reguliranog i zajamčenog pravnim poretkom.

¹¹ Tako, npr., Koziol, K.; Welser, R., *Bürgerliches Recht*, 13. izd., Wien, 2007., str. 92. Uostalom, sam njemački Ustav (*deutsche Verfassung, das Grundgesetz*) govori o slobodi osobe, pravu na život, jednakosti pred zakonom, slobodi vjere i dr. (čl. 1. - 20. pod zajedničkim nazivom Die Grundrechte). Tu logiku slijedi i Kropholler, J.; Berenbrok, M., *Studienkommentar BGB*, 3. izd., München, 1998., čl. 823., st. 1. Njemačka teorija također navodi više prava osobnosti (npr., *ibid.*, str. 474 - 506), što, međutim, ne stavlja u opreku s pojmom općeg prava osobnosti (str. 481) nego inzistira na njihovoj međusobnoj koordinaciji. Nama se čini da je pojam općeg prava osobnosti nekako više povijesno opterećenje s obzirom na to da je taj pojam oformio jedan od prvih i najvažnijih kreatora modernog prava osobnosti (Hubmann, H., *Das Persönlichkeitsrecht*, München, Graz, 1967.).

čak samovolju i do građenja konstrukcija koje nisu *ni na nebu ni na zemlji*.¹² Pojam općeg prava osobnosti otežava i stvaranje postupovnog mehanizma zaštite prava. Jedno pravo trebala bi slijediti jedna tužba koja u nekom konkretnom slučaju može biti vrlo neprikladna.

Pluralizam prava osobnosti koji se obično vezuje za romansko (talijansko-francusko) pravno područje možda je manje ambiciozan, ali i praktičniji te realističniji pravni projekt.¹³ Taksativno (ili barem pretežito) navođenje pojedinih prava osobnosti otežava kretanje unatrag, čuva stečene pravno-političke pozicije i izgrađen sadržaj. S druge strane, ono ponešto koči stvaranje novih prava i širenje općeg horizonta prava osobnosti.

Za naše (hrvatsko) pravo teško je reći koja od navedenih koncepcija prevladava i kakav je njihov međusobni odnos. ZOO iz 2005. nabroja pojedina prava osobnosti (čl. 19.) i na temelju toga moglo bi se reći da prihvaća pluralističku koncepciju. No, ista odredba na kraju sadrži i riječ "i dr.", što bi trebalo značiti da su barem donekle otvorena vrata i monističkoj koncepciji prava osobnosti. Nije ZOO jedini zakon za pravo osobnosti. Pravo na jednakost kao pravo osobnosti regulira, npr., poseban zakon (Zakon o suzbijanju diskriminacije, Narodne novine, br. 85/08). Neki konkretni postupci pokazuju da ni tako pojedinačna, čak detaljna pravna regulacija jednog prava osobnosti nije jamstvo za njegovu istinsku i efikasnu primjenu.¹⁴ Pluralističko materijalnopravno po-

¹² Eklatantan primjer toga je pokušaj talijanske pravne teorije da lansira pravo na začće (*diritto al concepimento*). S pravom je prof. A. De Cupis (*Diritti della personalita*, Milano, 1982., str. 296) rekao da je to pravo nemoguće jer se ne zna u čiju korist postoji. *Diritto al concepimento* zamišljeno je kao daljnji argument protiv prava na prekid trudnoće. Prof. De Cupis i tu je dao dobar odgovor (to se pravo može dovesti u pitanje, ali iz drugih razloga, a ne zbog *diritto al concepimento*).

¹³ O tome smo zabilježili jedan posebno zanimljiv rad u talijanskoj literaturi (Stea, G., *La tutela civile dei diritti della personalita*, Rivista di giurisprudenza civile, br. 1, 2011.). Talijansko pravo osobnosti je i inače u znaku pluralizma prava osobnosti i ta koncepcija daje dobre rezultate.

¹⁴ U predmetu Ustavnog suda RH H-III-197/2009 (odluka od 9. studenog 2010.) odbačena je ustavna tužba jednog (tada) bivšeg saborskog zastupnika koji se pozivao na zaštitu od diskriminacije jer da je odbijen njegov zahtjev za utvrđenje prestanka mirovanja statusa saborskog zastupnika (zahtjev je nesporno bio podnesen izvan zakonskog prekluzivnog roka od 8 dana); prema navodima ustavne tužbe diskriminacija je bila u tome što je u istoj činjeničnoj i pravnoj situaciji (i uz isto zakašnjenje s rokom) jednom drugom zastupniku (druge političke stranke, stranke na vlasti) utvrđen prestanak mirovanja statusa saborskog zastupnika i taj je vraćen u saborske klupe. Naše je stajalište da se odluka koja se pobija ne može napadati pozivom na drugu (pogrešnu) odluku; relevantno može biti jedino je li

imanje prava osobnosti traži i pluralizam pravnih sredstava zaštite. Naš ZOO predviđa, međutim, ista pravna sredstva zaštite za sva prava osobnosti i to je njegov objektivni nedostatak. Srećom, neki propisi (npr., Zakon o medijima, Narodne novine, br. 59/04, 84/11) predviđaju specifične pravne putove zaštite prava osobnosti koja su povrijeđena ponašanjem sredstava javnih medija. Rasprava o monizmu ili pluralizmu prava osobnosti zacijelo će se nastaviti. To je primarni zadatak teorije materijalnog prava osobnosti, a procesualistička je zadaća da se praćenjem tog procesa iznalaze nova, detaljnija i sve bolja sredstva zaštite prava.

Daljnje sporno pitanje u vezi s materijalnim i postupovnim pravom osobnosti odnosi se na vrstu i sadržaj sredstava pravne zaštite tih prava. To je, doduše, također vezano za prethodno apsolvirano pitanje pravnog monizma ili pluralizma prava osobnosti, ali ima i svoje zasebno područje. Odlučujući je izbor između preventivne i represivne zaštite prava osobnosti. Stvarno preventivna bila bi samo deklaratorna pravna zaštita, tj. pravo na podnošenje tužbe zbog prijeteeće povrede prava osobnosti. Nema, doduše, zapreka da se deklaratorna tužba podnese i u tijeku povređivanja, ali to praktički nema mnogo smisla. U postupovnom sustavu ZPP-a (čl. 187.) treba jedino prihvatljivim pravnim tumačenjem st. 2. doći do toga da je relevantan pravni interes za podizanje deklaratorne tužbe radi zaštite prava osobnosti i neimovinski interes osobe koja podiže tužbu. Za pravo osobnosti gdje je povreda prava tek započela s tendencijom određena trajanja prikladna je tužba da se “prestane s povredom prava osobnosti” (čl. 1048. ZOO-a). Po svojoj naravi takav je pravozaštitni zahtjev kombinacija određene negatorne tužbe na području prava osobnosti i prijedloga za određivanje privremene mjere koja bi odredila promptno stopiranje vrijeđanja nečijeg prava osobnosti.

Represivno sredstvo zaštite je uklanjanje posljedica izazvanih povredom nečijeg prava osobnosti. I to pravo ZOO regulira u istom čl. (1048.) pa se može steći dojam da Zakon i ne pravi veću razliku između preventivnog i represivnog načina zaštite prava osobnosti. “Uklanjanje” bi bila nekakva restitucija koja je i na neimovinskom području dosta rijetko moguća. Konačno slijedi

konkretna odluka ustavna ili nije. Predmetnu tužbu je Ustavni sud odbacio jer da je podnositelj prethodno trebao kod redovnog suda ishoditi odluku o utvrđenju diskriminacije. Odluka je dosta dvojbenja jer su činjenice slučaja bile jasne i nesporne, a podnositelj je ustavne tužbe inače iscrpio redovni put pravne zaštite. Naše je stajalište da je ustavnu tužbu trebalo odbiti neovisno o postojanju druge, različite i pogrešne odluke u istoj činjeničnoj i pravnoj situaciji. To bi bilo pravo izjašnjanje o pravu na jednakost kao ustavnom pravu i pravu osobnosti.

za život i praksu objektivno najvažnija, naknada štete, imovinske (čl. 1098. ZOO-a) i neimovinske (čl. 1099. - 1106. ZOO-a). Suđenje imovinske štete ne predstavlja veće probleme ni u materijalnopravnom ni u postupovnopravnom smislu; suđenje neimovinske štete je, naprotiv, predmet starih i nikad dovršenih diskusija. Dvojbeno je može li se građanskim materijalnim pravom predviđeno sredstvo zaštite prava osobnosti smatrati i kondikcijska tužba (čl. 1112. – 1120. ZOO-a). Činjenica je da katkad onaj koji vrijeđa tuđe pravo osobnosti sam stječe neku materijalnu korist od toga iako sam subjekt prava osobnosti time nije oštećen (npr., stjecanje dobiti protupravnom uporabom imena neke poznate i popularne osobe). Nama se čini da odgovor na to pitanje mora biti negativan jer za konstrukciju kondikcijske tužbe nedostaje bitan element “prijelaza imovine u imovinu druge osobe” (čl. 1111., st. 1. ZOO-a) pa se, stoga, taj građanskopravni način ne može koristiti za zaštitu prava osobnosti.

Navedeni pluralizam prava osobnosti i barem donekle prateći pluralizam sredstava zaštite te pluralizam (kritičari bi rekli šarolikost) sudske prakse poseban je rezultat pluralizma izvora prava koji na ovaj ili onaj način reguliraju ili barem dotiču pravo osobnosti. Prema čl. 118., st. 3. Ustava RH sudovi odlučuju na temelju Ustava, zakona, međunarodnih ugovora i drugih važećih izvora prava. To je na neki način konstitucionalno predviđena hijerarhija pravnih izvora (iako ne i nomotehnički sasvim ispravna jer je prema istom Ustavu međunarodni ugovor ispred zakona – čl. 141.).

Nije dvojbeno da je Ustav prvi i najvažniji izvor prava pa je to i za pravo osobnosti. No, Ustav vrlo malo govori o pravu osobnosti, a i onda je to više na razini deklaracije.¹⁵ O ambivalentnosti ustavnog prava na dom (čl. 34., st. 1.) već smo ponešto rekli (u bilj. 7). Pravo na dom ima nedvojbeno svoju jaku crtu prava osobnosti (miran, privatn, intiman život), ali ga ne treba miješati s *actio negatoria* kao sredstvom zaštite kuće ili stana kao stvari. Drugi u (stvarnoj) hijerarhiji propisa prava osobnosti je ZOO. To nije zakonik u nomotehničkom

¹⁵ Ustav RH govori o pravu na život (čl. 22., st. 1.), pravu na slobodu (čl. 22., st. 2.), pravu na pravično suđenje (čl. 29.), pravu na zaštitu osobnog i obiteljskog života (čl. 35.), pravu na slobodu misli i izražavanja (čl. 38.) itd. Dvojbeno je je li čl. 35. jamstvo efektivne pravne zaštite za povredu prava osobnosti. Pravo osobnosti je sastavni dio ljudskih prava i, stoga, pripada u najviše vrednote pravnog poretka RH iz čl. 3. Ustava RH (tako i Smerdel, B.; Sokol, S., *Ustavno pravo*, Zagreb, 2006., str. 99 - 113). Iako ovaj prostor ne traži ni ne omogućuje šire *razglabanje*, valja reći da nisu sva ustavna prava i prava osobnosti u građanskopravnom smislu te riječi. U građansko pravo prelaze samo ona ustavna prava koja se mogu konstruirati kao subjektivna građanska prava.

i ustavnom smislu te riječi, ali može imati takvu pravnu snagu. Ako ZOO (ipak) nije zakonik, postoji možda dosta neugodna (čak neželjena) mogućnost njegove derogacije bilo kasnijim, bilo specijalnim propisom.¹⁶ U pravnom smislu nije baš bez svake zamjerke prethodna konstatacija da je ZOO u RH drugi po redu u hijerarhiji propisa u RH (zato i jesmo prethodno u zagradu stavili riječ *stvarnoj*). Prema Ustavu ispred ZOO-a morala bi biti ratificirana Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 18/97). Konvencija, međutim, predstavlja opći propis, a ZOO je poseban (specijalan) propis i zato nam se čini da, barem na razini pravila, ZOO ima prednost u hijerarhiji. Uostalom, ni nema većeg nesklada između Ustava RH, ZOO-a i Konvencije pa je ta priča zapravo više akademska nego praktična. Neka prava osobnosti kao, npr., pravo na suđenje u razumnom roku u vrlo skladnom međusobnom odnosu predviđaju tri propisa: Ustav u čl. 29., st. 1., Zakon o sudovima (Narodne novine, br. 150/05 i dr.) u čl. 27. i 28. i Konvencija u čl. 6.¹⁷

Za svakodnevnu praksu treba do kraja razjasniti odnos između ZOO-a i Zakona o medijima. Naše je stajalište da neovisno o njihovu međusobnom odnosu i problemu mjesta u pravnoj hijerarhiji rješenje treba tražiti u koordinaciji između tih propisa tako da jedan propis ne isključuje drugi; prava iz ZOO-a vrijede i za medijski spor koji se vodi prema Zakonu o medijima s obzirom na to da i prava koja štiti taj Zakon pripadaju pravu osobnosti. Nešto o ostalim izvorima prava, sudskoj praksi i pravnoj znanosti. Na našem kontinentalnom pravnom prostoru to su tzv. sporedni izvori prava, takvi koji djeluju samo snagom svoje uvjerljivosti. To nisu propisi pa je čak, ako bi se i na to protegla sudska obveza poznavanja prava (*iura novit curia*), posve opravdano pitanje do koje bi granice (nacionalne, europske, drugih država članica EU-a) bilo prihvatljivo širenje takve obveze suca.

¹⁶ U predmetu Ustavnog suda RH 4-III-1162/2012 (odluka od 9. svibnja 2012.) izraženo je stajalište da u tom medijskom sporu (postupak prema Zakonu o medijima) nema mjesta primjeni Zakona o obveznim odnosima jer da ono što ZOO predviđa u čl. 1099. (objavljivanje presude) ne poznaje Zakon o medijima. Time je Ustavni sud RH zauzeo stajalište da Zakon o medijima kao specijalan zakon na odnosnom mjestu derogira ZOO.

¹⁷ Na razini relevantne teorije ne bi smjelo biti sporno da je pravo na suđenje u razumnom roku također pravo osobnosti (Castronovo, C., *La nuova responsabilita civile*, Milano, 2007., str. 239). Takva konsideracija mora odrediti i postupovnu dimenziju tog prava, osobito spriječiti njegov u praksi dominantan monetarni aspekt.

Europski sud za ljudska prava, što je sve više vidljivo i gotovo nedvojbeno, u svemu razvija sustav precedenata, dakle dominaciju sudske prakse. Vjerojatno je to rezultat sastava tog suda ili dominacije nekih od glavnih pravnih škola. To će i na prostoru RH izazivati i izaziva znatne probleme. Pravnici s ovog prostora (ne samo iz Hrvatske) desetljećima, gotovo stoljećima odgajani su na temeljima dominacije apstraktnih propisa i taj će pravac biti teško mijenjati uz pitanje treba li to uopće mijenjati. Na području prava osobnosti inzistiranje na pravilu precedenata neće biti dobar proces. Filozofija precedenata temelji se na sustavu sličnosti činjeničnih događaja, što je u pravu osobnosti izuzetna rijetkost i svakako nije pravilo. Zato u pravu osobnosti valja, suprotno od logike precedenata, razvijati poznavanje cjelokupnog prava, razvoj građanskog prava kao *sedes materiae* prava osobnosti, poznavanje filozofije i kulture. Pravo osobnosti traži znanje, razmišljanje, kreaciju i povezivanje mnogih, katkad dosta raznorodnih pojmova. Pobornici prava osobnosti su *hektolitre znoja* prolili u uvjeravanju da su ljudi u općem dostojanstvu, doduše, jednaki, ali su kao osobe različitih osobnosti. Ta različitost je u samoj srži prava osobnosti i nikakav sustav sudskih precedenata to ne može pratiti.

3. POJEDINA POSTUPOVNOPRAVNA PITANJA U ZAŠTITI PRAVA OSOBNOSTI

Neki sporan pravni odnos vezan uz navod o povredi prava osobnosti može se razriješiti bez intervencije parničnog suda. U tom smislu izvansudski mehanizam dogovaranja uvijek je moguć. Narav povrijeđena prava osobnosti i sankcija predviđena materijalnim pravom osobnosti, međutim, nisu najprikladniji za uobičajeno civilno sporazumijevanje: sadržaj prava nije dostatno *imenovan* u sudskoj praksi, iskustva u primjeni su oskudna, kultura pravnog dijaloga u neimovinskoj građanskopravnoj sferi nije posebno razvijena. Unatoč tomu, sporazumijevanje valja poticati jer i u pravu osobnosti (sporazum, ugovor, nagodba i sl.) otklanja spor (pravomoćna presuda rješava predmet, ali nužno ne otklanja spor). Stranke se mogu sporazumjeti onako kako same žele, jedino je dvojbeno pitanje može li se valjano dogovoriti sankcija koja nije predviđena propisima iz širokog spektra prava osobnosti. To bi svakako moglo dovesti u pitanje sporazum kao protivan javnom poretku; on bi u takvu slučaju bio ništetan (*arg. ex čl. 322., st. 1. ZOO-a*).¹⁸ Čini se da bi, stoga, bilo prikladno

¹⁸ Mogući primjer, za počinjenu povredu prava osobnosti (za koju se uobičajeno daje novčana naknada od 50.000,00 kn) stranke ugovore (kao *datio in solutum*) prijenos prava vlasništva kuće vrijedne 1.000.000,00 eura ili neki težak rad ovršenika.

preporučivati samo sankcije koje predviđaju propisi. Svako izlaženje iz takva okvira nije uvijek nužno ništeto, ali potencijalno to svakako jest, osobito kada je odstupanje veće i teže.

Načelo dispozitivnosti parničnog postupka zahtijeva da u obraćanju parničnom sudu tužitelj kao subjekt koji se poziva na povredu prava osobnosti prezentira točno određen tužbeni zahtjev (čl. 2., st. 2. ZPP-a).¹⁹ Tijekom parnice samo je iznimno moguće mijenjati (preinačiti) sadržaj tužbenog zahtjeva (čl. 190., st. 2. ZPP-a); za to je u pravilu potreban pristanak tužene strane, a bez tog pristanka samo sud može dopustiti preinaku, i to samo onda kada smatra da je to svrsishodno za konačno rješenje odnosa između parničnih stranaka. S obzirom na narav prava osobnosti i međusobnu *blizinu* svih oblika sankcija, valja očekivati da će sud upravo u ime svrsishodnosti preinaku tužbenog zahtjeva dopustiti i kad za to ne postoji suglasnost druge strane u parnici. Zakonsko inzistiranje na preciznosti postavljenog tužbenog zahtjeva i njegovu točnom određenju inače je dosta otežano time što propisi materijalnog prava osobnosti nisu uvijek precizni i nije jasno kakvu sankciju predviđaju (čl. 1099. ZOO-a kao sankciju predviđa i “što drugo”).²⁰ Na tako dosta difuznom pojmu, a k tome još bez ikakve sudske prakse, teško je graditi i opravdavati zahtjev za potpunu preciznost tužbenog zahtjeva. Povrijeđenu pravnom subjektu kao tužitelju može se preporučiti i alternativno kao i eventualno postavljanje tužbenog zahtjeva (čl. 188. ZPP-a); jedini traženi uvjet je da je sud stvarno nadležan za svaki od tih zahtjeva, odnosno da je u pitanju ista vrsta postupka (što u pravilu nije problem). Propisi materijalnog prava osobnosti daju relativno široku lepezu mogućih sankcija, ali su u osnovi samo dvije: imovinske i neimovinske. Izbor jedne od njih ne bi smio biti zapreka da sud (u pravilu, a ne po načelu svrsishodnosti) dopusti promjenu zatražene sankcije pa nam se čini da

Nikakvo pozivanje na prikratu kao razlog nevaljanosti pravnog posla nije moguće, nedostaju bitni parametri usporedbe pa ostaje samo pozivanje na javni poredak što je (i bez formalnog prizivanja) suštinski sadržaj čl. 322., st. 1. ZOO-a.

¹⁹ To važno postupovno pravilo važi za sve subjekte odlučivanja, za Ustavni sud također (čl. 65., st. 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH). Ustavnosudska praksa katkad, iako u najboljoj namjeri, prihvaća raspravu i kad iz okolnosti slučaja proizlazi temelj nekog ustavnog pravila.

²⁰ Smatramo da se na temelju ovog propisa može u parnici radi zaštite prava osobnosti, npr., tražiti plaćanje određenog novčanog iznosa u korist trećeg (dječje bolnice, recimo). Ne znamo kako bi završio takav zahtjev (nismo čuli ni za jedan) iako bi za tužitelja to mogla biti vrlo efikasna satisfakcija. Imovinsko pravo poznaje ugovor u korist trećeg (čl. 337. - 340. ZOO-a) pa nema posebna razloga da se slično ne prizna i na neimovinskom području građanskog prava.

je i to razlog za nesmetano (u odnosu na imovinsko pravo svakako elastičnije) dopuštenje preinake tužbenog zahtjeva u parnici radi zaštite prava osobnosti. Načelno nema razloga za posebnu i različitu stvarnu nadležnost sudova zbog povreda prava osobnosti, a ni za različite vrste postupaka jer su oblici povrede i predviđene sankcije međusobno slični i povezani.²¹

Tužba se upućuje onom sudu koji je prema općim pravilima stvarno i mjesno nadležan. U jednoj mogućoj perspektivi valjalo bi razmisliti o mjesnoj nadležnosti suda tužiteljeva prebivališta ili barem o nadležnosti suda na čijem je području počinjena sporna povreda prava osobnosti. To bi svakako bio daljnji napredak u pravnoj zaštiti prava osobnosti. Za tužitelja povoljniji forum (*forum actoris*) u sadašnjoj je postupovnoj regulaciji mjesne nadležnosti moguć kada se zbog povrede prava osobnosti traži naknada štete (čl. 52., st. 1. ZPP-a); ako se pak traži samo *čista*²² zaštita prava osobnosti, ovog časa nije moguće izbjeći sud opće mjesne nadležnosti, a konstrukciju mjesne nadležnosti suda prebivališta tužitelja treba tek uvesti.²³ Na razini nacionalnog prava RH tu je tezu zbog sinonimskog značenja pojmova “pravo osobnosti” i “neimovinska šteta” posve lako braniti. Čini se da je to moguće i na širem europskom planu gdje također prevladava objektivistička koncepcija prava osobnosti.

I na području prava osobnosti parnični sud izvodi samo one dokaze i utvrđuje samo one činjenice koje su stranke predložile (čl. 219. ZPP-a), ali od toga sud sam bira činjenice i dokaze koje smatra odlučnim (čl. 220., st. 2. ZPP-a).²⁴

²¹ Neke i sada aktualne ideje da se, npr., formiraju posebni radni sporovi unijele bi *nered* u tom pravcu. Radni sporovi, naime, mogu biti mjesto bitne zaštite prava osobnosti (zaštita od *mobbinga*, npr.).

²² Tužba radi zaštite prava osobnosti može sadržavati samo jedan zahtjev (npr., za naknadu štete) ili samo zahtjev za prestanak povrede prava osobnosti. Može, daka-ko, i kumulirati oba zahtjeva. Sinonimija pojmova prava osobnosti i neimovinske štete ne znači da je dopustiv samo zahtjev za naknadu štete (to je, npr., jasno rečeno u presudi Radnog suda u Dresdenu u odluci od 7. 7. 2003. (5 Ca 5954/02) gdje je povrijeđenom zaposleniku dosuđena (zasebno) novčana naknada za povredu prava osobnosti (*mobbing*) i posebna naknada za pretrpljenu neimovinsku štetu.

²³ Tako i Sajko, K., *Međunarodno privatno pravo*, Zagreb, 2005., str. 154 - 155; isto i odluka njemačkog Vrhovnog suda (BGH) od 8. 5. 2012. objavljena na internetskim stranicama toga suda. Skrećemo pažnju da svaku presudu (pa tako i iz područja prava osobnosti) Njemačka priznaje samo ako je barem jednako ili slično povoljna za oštećenika kao odluka njemačkog suda.

²⁴ Europska konvencija i konvencijska praksa govori o “jednakosti oružja” (slično našem načelu obostranog saslušanja stranaka). Neprihvatljiva je, međutim, praksa (koja se povremeno javlja) da to znači izvođenje svih dokaza koje su stranke predložile i da samo onda postoji “jednakost oružja”. Kod prava osobnosti bi takvo postupanje bilo i nemoguće.

Zapravo bi potpuno nepostojanje ili esencijalna nedostatnost u tužbi ponuđenih tvrdnja o činjenicama i dokazima trebali biti razlog za primjenu sankcija vezanih za neurednost podneska (čl. 109. ZPP-a), ali, kako se takva manjkavost više pokazuje u sferi dokazivanja, dakle u fazi već poodmaklog postupka, parničnom sudu valja priznati pravo da tijekom postupka naknadno konstatira da tužiteljeva strana rečenim uvjetima ne udovoljava.²⁵ Izbor dokaza svakako zavisi i od prirode spornog pravnog odnosa. Nove koncepcije neimovinske štete (kao ujedno povrede prava osobnosti) naglašavaju ulogu suca, a smanjuju ulogu vještaka; takve koncepcije omogućuju i brže rješavanje sporne stvari. Sud gospodari postupkom, sam određuje koje ga činjenice zanimaju i ovisno o tome odlučuje koje će dokaze provesti. Može, međutim, provoditi samo one dokaze koje predviđa ZPP iako upravo kod prava osobnosti mogu posebno atraktivni biti i neki drugi dokazi.²⁶

I parnice radi zaštite prava osobnosti vezane su za pravilo (obvezu) oznake vrijednosti predmeta spora (čl. 186., st. 2. ZPP-a). Od oznake vrijednosti predmeta spora posebno zavisi odluka o troškovima postupka i (mnogo važnije) pravilo o uvjetima za izjavljivanje revizije protiv drugostupanjskih odluka. Pravilo ZPP-a o utvrđivanju vrijednosti predmeta spora očito se odnosi samo na imovinsko područje građanskog prava i u pravilu nisu primjenjiva na neimovinsko pravo, pravo osobnosti. Djelomično ipak vrijede za područje novčane naknade neimovinske štete, ali za ostale oblike satisfakcije (neimovinska satisfakcija) ta pravila jednostavno *ne idu*. Kako, npr., označiti vrijednost predmeta spora gdje se od tuženika traži (samo) isprika? Smatramo da je jedino pravo rješenje u tome da Zakon odredi (bez navođenja novčana iznosa vrijednosti predmeta spora) do koje sudske razine može ići zaštita prava osobnosti, a čini nam se da bi reviziju u svakom slučaju valjalo dopustiti, i to kao redovnu reviziju s obzirom na to da je izvanredna revizija puna dilema i nejasnoća.

²⁵ Sankcija je u tom slučaju samo odbijanje zahtjeva. Neki drukčiji ishod spora iz iste činjenične i pravne osnove, ali uz bolje dokaze je baš zbog ovog posljednjeg moguć i ne predstavlja povredu ustavnog prava i prava osobnosti na jednakost građana (čl. 14. Ustava RH).

²⁶ Vezivanje pojmova prava osobnosti i neimovinske štete (čl. 1046. ZOO-a) mora dovesti do daljnjeg pravila (koje se iz toga jedino može valjano izvući) da visina novčane naknade neimovinske štete zavisi jedino od stupnja povrede prava osobnosti. Nekom čudnom inercijom ostala je odredba o jačini i trajanju bolova i straha (čl. 1100., st. 2.), sasvim neprikladno za situacije gdje je izvršena povreda prava osobnosti bez ikakvih bolova (npr., povreda prava na vlastitu sliku protupravnim objavljivanjem u javnosti) ili gdje bolovi vrlo malo utječu na intenzitet povrede prava osobnosti. Drugi dokazi (npr., nezakonito pribavljene snimke) ne bi se mogli koristiti bez obzira koliko *zorno* pokazuju povredu prava osobnosti.

I odluka viših sudova (županijskih, Vrhovnog, Ustavnog) u zaštiti prava osobnosti ima neke osobitosti.²⁷ Žalbeno i revizijsko odlučivanje u sporovima radi zaštite prava osobnosti uređeno je istim pravilima kao i za imovinsko područje, ali su ukidne i revizijske intervencije viših sudova preporučljive samo u slučajevima većeg odstupanja nižih sudova. Pravo osobnosti nije novčano mjerljivo i viši sudovi moraju biti oprezni u takvoj vrsti odlučivanja.

Dosta je specifično i pitanje troškova postupka. Ni oni ne mogu biti vezani za oznaku vrijednosti predmeta spora, čak ni u slučaju zatražene imovinske satisfakcije (u novcu) jer tužitelj ni uz najbolju pažnju ne može predvidjeti koliko će mu naknadu parnični sud priznati. U sadašnjem uređenju ZPP-a taj rizik postoji i on uvijek, manje ili više, prijeti samom smislu zaštite jer visina troška koja se tužitelju priznaje (ako je manja od stvarnih troškova) zapravo *pojede* ostvaren parnični uspjeh. Tužiteljska strana snosi i rizik preobilnog i katkad nepotrebnog dokazivanja; vještačenja osobito poskupljuju postupak, a ona su u novoj, objektivističkoj koncepciji prava osobnosti i neimovinske štete bitno manje potrebna nego ranije. Racionalan izlaz u materiji parničnog troška u parnicama radi zaštite prava osobnosti bio bi da, prvo, odluka o tome nije vezana za vrijednost predmeta spora i, drugo, da parnični sud elastičnim odlučivanjem o cjelokupnom pravu tužitelja održava smisao dosuđene sankcije kao potpuno adekvatne pričinjenoj povredi prava.

Ustavna (čl. 29., st. 1.) i konvencijska (čl. 6. Konvencije) obveza zakonite, ali i efikasne sudske zaštite vrijede i za pravo osobnosti. Vrijede svakako u povećanoj mjeri jer je i samo pravo na suđenje u razumnom roku podignuto na razinu posebnog prava osobnosti. Tako ispada da se pozivom na jedno pravo osobnosti traži zaštita nekog drugog prava osobnosti. Moguća redukcija dokaznih sredstava (već spomenuta manja potreba za vještačenjem), naglašavanje *praemissae minoris* u sudačkom odlučivanju i ocjeni dokaza²⁸ i sl., sve to

²⁷ Ustavni sud RH je u više svojih odluka (preinačujući odluku Vrhovnog suda RH gdje je iznos dosuđene naknade neimovinske štete i za 100% smanjen u odnosu na drugostupanjsku odluku) istaknuo stajalište da je takvo odlučivanje "samovolja". Toga se, međutim, valja čuvati iz više razloga: primjena ZOO-a je u rukama redovnih sudova, a ne Ustavnog suda; Vrhovni sud ima pravo preinačiti svaku odluku ako za to postoje pretpostavke iz ZPP-a i, konačno, Vrhovni sud ima pravo i obvezu ujednačavanja sudske prakse (čl. 119. Ustava RH). Intervencija (ukidna) Ustavnog suda RH bila bi moguća samo ako dosuđena naknada neimovinske štete ne udovoljava zahtjevima iz čl. 35. Ustava RH (jamstvo osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti).

²⁸ Neki novi propisi (osiguranje, zaštita od bolesti izazvanih azbestom, naknada kod denacionalizacije) predviđaju i visinu naknade štete koja se priznaje. To nas vraća

može omogućiti brže i efikasnije postupanje u području zaštite prava osobnosti. Sankcije koje sudovi izriču zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku je neimovinske (nalog da se donese presuda u supstancijalnom sporu) i imovinske naravi (naknada u novcu). Dostignuća za sada nisu posebna, a i sam smisao takva načina rješavanja efikasnosti sudova vrlo je dvojben.²⁹ Cilj bolje zaštite prava osobnosti treba organizirati na posve drugim temeljima, suce kao bitne nositelje funkcije zaštite prava osobnosti dodatno i specijalistički educirati, njihova opća pravna i izvanpravna (filozofska, sociološka, antropološka) znanja podići na bitno višu razinu, gotovo kompletno preusmjeriti moralni integritet sudaca.

Dobru i pravno visoku kvalitetu zaštite prava osobnosti valja postići i dizanjem razine postupka ovrhe u tim stvarima. Gledano uopćeno, osim, dakako, ovrhe radi naplate presuđene novčane naknade neimovinske štete gdje ovrha ide prema klasičnim pravilima ovrhe imovinskog potraživanja, riječ je o tradicionalno poznatom pojmu novčane kazne kao sredstva skršenja otpora tuženika (ovršenika); novčane kazne bi njega trebale prisiliti na izvršenje ili propuštanje dužne radnje. To nije materijalnopravna obveza, nije ni ugovorna kazna i zato je dobro da tih odredaba više nema u ZOO-u. One su sada u Ovršnom zakonu kamo i pripadaju. Važnost pravnotehničkih pitanja oko naplate tih sudskih penala i u teoriji i u praksi dostatno je obrađena.³⁰ Ostaje, međutim, također važna sociološka strana problema. Obveznik na sanaciju počinjene povrede prava osobnosti vrlo često ili nema relevantnih sredstava za plaćanje novčane kazne ili svoju imovinu vješto skriva; sudovi (a i protivna strana u sporu) zapravo teško znaju kakvo je stvarno imovinsko stanje ovršenika, mogućnosti prave i učinkovite provjere vrlo su male i stoga je praktički nemoguće odrediti koliko će novčana kazna djelotvorno djelovati na ovršenika. Sudovi su u tome nemoćni te u cjelini stvari idu dosta loše. Dugotrajno otežanje, a osobito neplaćanje novčane kazne (uz činjenicu da presuđena obveza nije izvršena) pravni su poraz pravde, a na planu zaštite prava osobnosti anuliraju sam smisao pravne zaštite. Nije jasno kakav bi u tom pogledu trebao biti mogući učinak (privatnih) javnih ovršitelja. U času pisanja ovog rada taj je zakon povučen, a

u vrijeme formalne ocjene dokaza, umanjuje nužnu sudačku kreativnost i otežava postizanje ciljeva iz čl. 35. Ustava RH.

²⁹ RH svake godine kao naknadu štete zbog nepoštivanja prava na razumni rok plaća oko 35 milijuna kuna. Problem nije bitno riješen i nedvojbeno bi bilo bolje da je taj novac bio utrošen na poboljšanje uvjeta rada sudova.

³⁰ Vidjeti o tome Dika, M., *op. cit.* u bilj. 5.

naše je stajalište da taj institut načelno nije prikladan ni za kakav oblik ovrhe, odnosno da na planu ovrhe odluka o zaštiti prava osobnosti nema nikakve šanse za učinkovitu primjenu. Nedostaci u državnoj sudskoj ovrshi postoje, ali ih treba otklanjati, a ne ukidati takav oblik ovrhe jer je on tradicionalan i u osnovi dobar oblik.

Poistovječivanje prava osobnosti i neimovinske štete (kao u osnovi pravilan zaokret u znanosti i zakonodavstvu) prijetilo je *pandemijom* sudskih sporova. Do toga, međutim, ni u Europi ni kod nas nije došlo i to je vrlo povoljan element koji omogućuje nastavak takve koncepcije. Sudski mehanizam ostvarivanja prava nije baš jednostavan i to uvijek obeshrabruje moguće pokušaje avanturista da na brz način dođu do određena iznosa novca. Forma sudskog postupka time odražava samu suštinu prava osobnosti. Nema, stoga, nikakve potrebe da se povećanjem iznosa sudskih biljega sprečava moguća navala srednjih, čak i banalnih sudskih zahtjeva. Ta mjera je uvijek vrlo dvojbena, za imovinsko građansko-pravno područje također, jer dovodi u pitanje važno ustavno i konvencijsko pravo, pravo na pristup sudu. Veći je problem što imamo siromašnu strukturu predmeta iz područja zaštite prava osobnosti. Dominiraju zahtjevi za novčanu naknadu neimovinske štete, gotovo u pravilu vezane ili za nesreće na radu ili za nesreće u javnom, osobito cestovnom prometu. Predmeti *prave* zaštite prava osobnosti zapravo su vrlo rijetki i da nije nešto sporova prema Zakonu o medijima njih skoro ne bi ni bilo. Mi koji bismo o tim problemima pisali, ličili bismo na kirurge koji su svoja znanja stekli u najprestižnijim bolnicama svijeta, ali kod nas nemaju što raditi jer domaće bolnice nemaju nužnih aparata za rad vrhunskih liječnika.

4. ZAKLJUČAK

Pravo osobnosti nesumnjivo pripada pravima koja su izmijenila svijet.³¹ I nije samo riječ o nekoj pravno-jezičnoj metafori nego o istinski prijelomnoj pojavi u razvoju čovječanstva. Ta prava, međutim, nisu uvijek i svugdje po-

³¹ Rodolfa, S., *I nuovi diritti che hanno cambiato il mondo*, Repubblica, 26. listopada 2004. Rad je bio posvećen uspomeni te godine preminulog N. Bobbija, velikog talijanskog filozofa i filozofa znanosti o politici. Bobbio je posebno isticao da su kao nikada u povijesti na suvremenom stupnju razvoja čovječanstva stavljena u sumnju tri najvažnija aspekta neravnopravnosti (nejednakosti) ljudi: klasa, rasa i spol; to je - i prema Bobbiju - dalo razmah i razvoju prava osobnosti. Iako prema osobnom uvjerenju laik i socijalist, bio je, npr., protiv prekida trudnoće (tvrdnjom da to pravo vrijeđa pravo jednog drugog subjekta, još nerođenog djeteta).

djednako dobrodošla i nemaju istoznačnu vrijednost. Ona se nužno sudaraju s već postojećim i dugo razvijanim koncepcijama i taj sraz ne samo da nije uvijek ugodan nego je, naprotiv, katkad bolan i traumatičan.³² Optimistična vizija da će preko prava osobnosti svijet postati *univerzalniji* i *jedinstveniji* također je dosta suspektna. Pravo osobnosti može postati (barem u jednom dijelu i postaje) sredstvo globalizacije koja u nekim segmentima može prerasti čak i u sredstvo perfidne kolonizacije u službi najjačih interesnih grupacija svijeta. To bi, svakako, bila nepoželjna poruka te učinak prava osobnosti ne bi bio postignut u mjeri kako su to zamislili najplemenitiji utemeljitelji toga prava. Pravo osobnosti valja razvijati unutar njegovih pravno i povijesno prihvatljivih gabarita, uz poštivanje tradicijskih vrijednosti koje je svaka društvena zajednica zasebno verificirala kao dobre i postupnim uvođenjem elemenata novog prava.

Pravo osobnosti kao i pravo vlasništva okosnica je slobodnog i demokratskog društva.³³ Zato je impostacija prava osobnosti u nacionalni (dakako, i u internacionalni) pravni sustav prioritetno pitanje ljudske kulture i slobode. Takav proces širenja polja ljudskih sloboda katkad mora savladati više dijalektičkih antinomija, a osobito jednu, da puno oslobađanje prava vlasništva (kao istovremeno i imovinskog i neimovinskog prava) na imovinskom planu može *gušiti* razvoj prava osobnosti. Pravo vlasništva (kao imovinsko pravo) uvijek manje ili više stimulira određenu razinu ljudskog egoizma, što je u opreci s ciljevima prava osobnosti; nezajažljiva težnja za ekstraprofitom vodi novom raslojavanju ljudi i novim neprihvatljivim oblicima ljudske nejednakosti nepojivima s temeljnim filozofskim ciljevima prava osobnosti.

Pravo osobnosti može u nastavnom smislu biti jedan predmet na pravnom studiju, ali je inače po svom sadržaju mješavina mnogih sadržaja javnog i privatnog prava, prava i morala. Postupak ostvarivanja i zaštite prava osobnosti mora biti nužan sastavni dio takva učenja jer bez efikasnog postupovnog dijela i najbolje zamišljeno materijalno pravo osobnosti ostaje *visjeti u zraku*. Postu-

³² Pravo osobnosti, više nego ijedno drugo pravo, jako zadire u ljudski moral. Odnos između prava i morala vrlo je složen i pravo osobnosti mora paziti na finu koegzistenciju s pravilima morala. U svakom slučaju pogrešno bi bilo *preusmjeravati* (prisilno mijenjati) sadržaj morala kao posebne tekovine svakog društva.

³³ Kako smo u ovom radu već prikazali, i u njemačkom je pravu pravo vlasništva istovremeno stvarno pravo, ali i pravo osobnosti (pravo na mirno uživanje vlasništva kao sredstvo zaštite intimnog i privatnog života (§ 823/1, 369)). Odgovor je to na strašno totalitarističko iskustvo nacističke vladavine (vidjeti Schleusener, J., *Eigentumspolitik im NS-Staat*, Frankfurt am Main, New York, Bern, Bruxelles, Oxford, Wien, 2009. U velikoj komparativnoj studiji autor zaključuje da su kontrola vlasništva i kontrola pojedinca temelj svakog totalitarizma.).

povno pravo, po svojoj naravi dosta konkretno, čak i vrlo praktično, katkad može umanjivati čaroban sjaj materijalnog prava osobnosti, ali je to cijena koja se mora platiti da bi se materijalno pravo osobnosti makar i djelomično efikasno ostvarivalo.

Suvremeni svijet je pomalo i previše optimistično proklamirao prava osobnosti koja ne može uvijek i efikasno ostvarivati. Pravo na slobodu i slobodan razvoj ljudske osobnosti (iz njemačkog prava) zahtijevaju visoku razinu ljudskog razvoja koju nemaju svi narodi. Prevelike proklamacije koje ostaju puko slovo na papiru dosta kompromitiraju samo pravo osobnosti iako na filozofskom planu ostaje nužno da uvijek i svugdje pravna teorija (filozofija prava) otvara i one prostore koje konkretno društvo još nije osvojilo.

Mutatis mutandis to uvijek vrijedi i za postupovnopравnu zaštitu prava osobnosti. Postojeći mehanizmi pravne zaštite su u pretežitom dijelu prilagođeni imovinskom pravu; odnosni zakони (njihovi izvorni oblici) pisani su u vrijeme kada se o pravu osobnosti nije ni govorilo, stvorena praksa i mentalitet sudaca također ne poznaju postupovne institute prava osobnosti, novi su sadržaji (propisi) u postupovnom dijelu dosta oskudni i nude ponajviše samo opće pojmove i standarde koje praksa teško preuzima. Medijsko postupovno pravo ipak je već ušlo u opći građanskopravni sustav ostvarivanju prava³⁴ i to stvara nadu da će isti proces teći i za ostala prava osobnosti.

Na aktualnom stupnju razvoja povećanu pažnju valja posvetiti postupovnom pravu osobnosti koje objektivno kasni u odnosu na razvoj i dostignuća materijalnog prava osobnosti. Proces bi trebao završiti donošenjem dobro elaboriranih i detaljnih propisa o zaštiti prava osobnosti. Organizacija i postupanje sudova i sudaca poseban je problem. Treba educirati suce za područje prava osobnosti; bitno podići razinu filozofskopravnog i antropološkog znanja, osobito nove generacije sudaca treba angažiranije uvoditi u svijet prava osobnosti jer su oni po naravi stvari posebno prikladni za usvajanje novih pravnih vrijednosti. Urgentna je zadaća povećanje efikasnosti sudskih postupaka u zaštiti prava osobnosti. Veća je efikasnost potrebna i na imovinskom planu, ali je na neimovinskom (pravu osobnosti) u samoj srži pravne zaštite koja bez veće efikasnosti gubi svaki svoj smisao. Pravima osobnosti, kako smo i ovdje naveli, pripada i pravo na suđenje u razumnom roku i doista je svojevrsan pravni apsurd da se jednim pravom osobnosti pokušava pokrenuti zaštita drugog prava osobnosti.³⁵

³⁴ Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 10, str. 830 – 835.

³⁵ Praksa sudova u prvi plan stavlja novčanu naknadu, što nije pravilno jer prioritet mora imati nalog za dovršenjem supstancijalnog postupka. Kod zaštite prava osobnosti dosuđene novčane naknade zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku dovode u pitanje sam smisao novčane naknade neimovinske štete (osobito kada se

Nužan je aspekt dobre zaštite prava osobnosti i izvršavanje donesenih pravomoćnih presuda u tom području. Ni ovršni propisi ne korespondiraju dostatno tim zahtjevima jer su i oni, prije svega, pisani za imovinsko pravo. Treba u tom smislu mnogo odlučnije i jasnije predvidjeti efikasna sredstva kršenja otpora ovršenika koja su ovog časa vrlo česta pa i dosta *učinkovita*. Za izvršavanje imovinskih prava predviđena su brojna sredstva, a za neimovinsko pravo (pravo osobnosti) sredstvo prisile je samo jedno - izricanje novčanih kazna kao sredstvo slamanja otpora ovršenika. Nema pravih studija o tome mogu li i pod kojim pretpostavkama takva sredstva biti učinkovita; izricanje kazne zatvora u svakom slučaju nije moguće jer bi to bilo u opreci s načelom imovinske sankcije u građanskom pravu.

Sociološko stanje u regulaciji i zaštiti prava osobnosti u RH upućuje na zaostajanje u odnosu na razvijeniji europski pravni prostor i u jednom je dijelu to zaostajanje povijesno razumljivo. Zabrinjavaju, međutim, neke regresne tendencije³⁶ koje će suce destimulirati, odvrćati od kreativna pristupa pravu osobnosti. Sustav gdje zakonodavac unaprijed propisuje visine naknade neimovinske štete gotovo da nije suđenje; to je također i izraz nepovjerenja u suca i potiče činovnički mentalitet.³⁷

Budući da pravo osobnosti regulira prava koja su izmijenila svijet, ne treba se bojati njihova nestanka ili bitnog vraćanja unazad. Zamah je prevelik i ne može se zaustaviti, barem ne u iole normalnim uvjetima ljudskog razvoja. Postoji, međutim, opravdan strah (koji se sve više potvrđuje) da će mnoga prava osobnosti biti samo formalistički prihvaćena, odnosno da će stvarna suština prava osobnosti biti neshvaćena i zanemarena (to se, npr., događa s pravom na suđenje u razumnom roku). Vrlo je moderno pozivati se na ljudska prava i prava osobnosti, a istovremeno ne vidjeti da je u Europi čak 25% mladih ljudi bez posla!³⁸ Nesklad riječi i djela kompromitira svaku ljudsku djelatnost pa tako i plemenito zamišljen pokret ljudskih prava i prava osobnosti kao njegova sastavnog dijela.

za povredu suđenja u razumnom roku dosudi veća naknada od one koje se dosudi u supstancijalnoj parnici).

³⁶ Mislimo tu na najave propisa o osiguranju, na već postojeće zakone o zaštiti od azbesta, na pravilnik vezan za naknadu kod denacionalizacije i sl. U postupovnom smislu to je vraćanje na načelo formalne ocjene dokaza u tom dijelu, ali i ozbiljna teškoća u stvaralačkoj i kreativnoj primjeni zaštite prava osobnosti.

³⁷ Nije isključena ni neustavnost tih propisa, osobito na temelju čl. 35. Ustava RH.

³⁸ Pravo na zaposlenje nije subjektivno pravo, osobito ne u smislu građanskog prava. Ne može se tužbom tražiti zaposlenje, ali je i, pored toga, nedvojbeno da je zaposlenje jedna od većih pretpostavaka za učinkovito funkcioniranje prava osobnosti.

Summary

Aldo Radolović *

SPECIFIC PROCEDURAL LAW PROBLEMS IN PROTECTING OF THE RIGHT ON PERSONALITY

Civil law and civil procedural law protection of the right on personality demands their synergetic (joint and harmonized) operation.

On national and international level there is a problem with procedure, because the rules of substantive law on the right of personality are uncoordinated and scattered in different parts of public and private law; moreover, there are no effective procedural rules or they are insignificant, because they are not suitable to deal with the personality rights.

This article points at the necessity to educate judges in order to provide for an appropriate protection of the right on personality, because without that, it is not possible to expect changes that we want to achieve in this area.

The right on personality is a new and complex legal doctrine. The notions of substantive law in that sense have to be developed slowly and patiently, following the desire for new and universal ideas, but with the need to respect and to take into consideration traditional values of each nation as its "public policy".

Procedural rules have to be adjusted so as to accommodate the demands of lawful, correct and effective protection of the right on personality. Otherwise, even the best substantive law regulation of the right on personality would be meaningless.

Keywords: right on personality, non-property right, protection of the right on personality, some procedural questions regarding protection of the right on personality, theory and sociology of the right on personality.

* Aldo Radolović, Ph. D., Judge of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, Trg sv. Marka 4, Zagreb; Professor, Faculty of Law, University of Rijeka, Hahlić 6, Rijeka.

