

Dr Gabrijela Mihelčić,*
Vanredna profesorka Pravnog fakulteta,
Sveučilište u Rijeci, Hrvatska
Dr Maša Marochini Zrinski,**
Docentkinja Pravnog fakulteta,
Sveučilište u Rijeci, Hrvatska

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1878127M

UDK: 340.12:341.24
Раđ примљен: 27.03.2018.
Раđ прихваћен: 19.05.2018.

UTJECAJ KONVENCIJSKIH NAČELA TUMAČENJA NA POJEDINE GRAĐANSKOPRAVNE INSTITUTE (ODABRANA PITANJA)

Apstrakt: Autorice u radu promatraju utjecaj pojedinih načela tumačenja Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda kojima se služi Europski sud za zaštitu ljudskih prava i dovode ih u vezu s odabranim institutima građanskog prava. Riječ je o načelima: autonomnog koncipiranja pojmova, živućeg instrumenta (evolutivnog tumačenja), učinkovitosti i s tim u vezi polja slobodne procjene država i pozitivnih obveza država. Navedeno je na koji način su tumačenja Konvencije u skladu s ovim načelima utjecala na vindikacijsku i negatorijsku zaštitu.

Ključne riječi: autonomno koncipiranje pojmova, živući instrument, učinkovitost, polje slobodne procjene, pozitivne obveze, vindikacijska zaštita, negatorijska zaštita.

1. Uvod

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje u tekstu: Konvencija ili EKLJP)¹ i praksa Europskog suda za zaštitu ljudskih prava (dalje u tekstu: Europski sud ili Sud) značajno su utjecale na nacionalne pravne sustave država ugovornica usprkos činjenici što Sud nije žalbena instancija i intervenira samo kada je nacionalna praksa arbitrabilna i neusklađena s Konvencijom. Jedan je od razloga jest što se Sud koristi načelima i metodama tumačenja kreiranim specijalno za tumačenje Konvencije.

* gabrijela@pravni.rs

** mmarochini@pravni.rs

1 Narodne Novine, dalje u tekstu: NN, Međunarodni ugovori, dalje u tekstu: MU, br. 18/97, 6/99 - pročišćeni tekst, 8/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06 i 2/10.

U nekim je slučajevima već sama odluka o izboru načela ili metode vrlo važna. U teoriji se vidi više pristupa (Schabas, 2017: 33–53; Merrills, 1990; Mowbray, 2005; Linderfalk, 2010; Bates, 2010; Mahoney, 1990; Omejec, 2013: 1183–1546; Popović, 2011; Bianchi *et al.*, 2015). Jedan od njih je pravno-filozofski gdje, ponajprije, treba izdvojiti stajališta Letsasa (Letsas, 2007; 2010) i Dzehtsiraoua (Dzehtsiraou, 2011; 2015).

Naime, oko tumačenja Konvencije te izbora načela i metoda ne postoji konsenzus. Prije svih, treba spomenuti najpoznatijeg kritičara jednog važnog načela – načela evolutivnog tumačenja, suca Scaliu. Njegovo je stajalište da se odluke o općim vrijednostima ne bi trebale prepustiti vijeću, nedemokratskim putem izabраних, sudaca (Scalia, 2009: 12). Mahoney naglašava i to što „otvorena jezična struktura (engl. *opened textured language*) kao i općenito struktura Konvencije Sudu ostavlja (pre)veliku diskreciju (Mahoney, 1998: 2). Međutim, unatoč kritikama, polazeći od toga da se Konvencijom štite temeljna ljudska prava, Sud od početka inzistira na njezinu učinkovitost² i evolutivnom tumačenju kao živućeg instrumenta.³

U radu se promatraju načela tumačenja kojima je ostvaren utjecaj na pojedine građanskopravne institute. Riječ je o načelima: autonomnog tumačenja konvencijskih pojmova, evolutivnog tumačenja (živućeg instrumenta), učinkovitosti (iz kojeg proizlaze pozitivne obveze država ugovornica) te polja slobodne procjene država. U njihovom je ishodištu jedno ključno načelo, načelo teleološkog tumačenja⁴ koje je, ponajprije, sadržano u odredbi čl. 31. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora (1969.)⁵ kao općem pravilu o tumačenju.

2. Nekoliko crtica o načelu teleološkog tumačenja

Najprije treba reći da se usprkos značaju načela teleološkog tumačenja Sud rijetko na njega poziva, kao ni na čl. 31. BK,⁶ a zapravo, niti na samu Bečku konvenciju.

2 *Soering protiv UK*, zahtjev br. 14038/88, od 7. 7. 1989., § 87.

3 *Loizidou protiv Turske*, zahtjev br. 15318/89, od 18. 12. 1996., § 71, i *Tyrer protiv UK*, zahtjev br. 5856/72, od 25. 4. 1978., § 31.

4 Prema Viskoviću, ciljno odnosno teleološko tumačenje jest glavni način razumijevanja pravnih normi. Dva su odgovora na pitanje što je ciljno tumačenje. Prvi, prema kojem ciljnim tumačenjem treba „tražiti ono što su normotvorci htjeli postići normama (subjektivno ciljno tumačenje), dok je drugi kako bi ciljno tumačenje trebalo tražiti one ciljeve koje društvo postavlja u vrijeme primjene norme, neovisno o tome što su tom normom htjeli postići normotvorci (objektivno ciljno tumačenje).“ (Visković, 2006: 249–253).

5 NN MU 16/93, dalje u tekstu: BK ili Bečka konvencija.

6 Za detaljnije o pravilima tumačenja sadržanim u Bečkoj konvenciji i evolutivnom tumačenju, vidi Bjorge, 2015: 189–204.

To ne znači da se njima ne služi. Pogleda li se odredba čl. 31. st. 1. BK vidljivo je da govori o „... tumačenju u dobroj vjeri prema uobičajenom smislu izraza iz ugovora u njihovu kontekstu i u svjetlu predmeta i svrhe ugovora.“ Kada se promatra u vezi s ostalim stavcima vidi se da traži pri tumačenju imati u vidu uobičajeni smisao nazivlja u ugovoru i svrhovito ih tumačiti. Waibel smatra da je Bečkom konvencijom smanjeno postojeće nesuglasje oko tumačenja međunarodnih ugovora i omogućen idiosinkrazijski pristup njihovoj interpretaciji u granicama širokih interpretativnih načela (Waibel, 2011: 573). Brownlie, pak, kaže da je niz pravila i načela njome ponuđenih, u biti, općenite naravi, čak, i kontradiktorno (Brownlie, 2003: 602).

Neovisno, razvoj načela i metoda tumačenja kojima je oblikovana praksa Europskog suda i te kako je oslonjen na Bečku konvenciju. U njezinoj odredbi čl. 31. st. 3. podst. b) i c) riječ je o tzv. naknadnoj praksi u primjeni ugovora i sporazumu o njegovu tumačenju te mjerodavnim pravilima međunarodnog prava primjenjivim na odnos stranaka. Baš pozivom na tu praksu (sukladno čl. 31. st. 3. podst. b) BK) došlo se do najvažnijeg načela tumačenja Konvencije – kao živućeg instrumenta. Odnosno tumačenja Konvencije u skladu s dosegnutim stupnjem društvenog razvoja (pravnim, socijalnim, gospodarskim i dr.). S druge strane, odredba čl. 31. st. 3. podst. c) BK predstavlja temelj za pozivanje Suda na: europski konsenzus (ili njegov izostanak),⁷ zajedničke vrijednosti,⁸ pravila međunarodnog prava odnosno međunarodne ugovore⁹ (pa i kada ih države ugovornice nisu ratificirale).¹⁰ *Summa summarum*, iako se Sud rijetko poziva na Bečku konvenciju i tek iznimno tumači Konvenciju pozivajući se na čl. 31 i/ili 32.

7 *S.H. i ostali protiv Austrije*, zahtjev br. 57813/00, od 3. 11. 2011.

8 Primjerice kao kada se prihvaća posebna zaštita manjina odnosno prepoznaju njihove posebne potrebe za zaštitom. Dobar je primjer potreba zaštite Roma kao manjine koja treba takvu zaštitu vidi, npr. presudu Velikog vijeća u predmetu *Oršuš protiv Hrvatske*, zahtjev br. 15766/03, [VV] od 16. 3. 2010.

9 Poput Konvencije o pravima djeteta, NN, MU, br. 12/93, dalje u tekstu: KPD, Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece, dalje u tekstu: Haška konvencija, (Haška konvencija je objavljena u Sl. l. bivše SFRJ, MU, br. 7/91). Notifikacijom o sukcesiji Republika Hrvatska je postala strankom Haške konvencije 8. listopada 1991. (NN, MU, br. 4/94) te Europske socijalne povelje (Zakon o potvrđivanju Europske socijalne povelje, Dodatnog protokola Europskoj socijalnoj povelji, Protokola o izmjenama Europske socijalne povelje i Dodatnog protokola Europskoj socijalnoj povelji, NN br. 15/02).

10 Vidi presudu *Ž.B. protiv Hrvatske*, zahtjev br. 47666/13, od 11. 7. 2017. gdje se Sud pozvao na Istanbulsku konvenciju koju Republika Hrvatska još nije ratificirala, kao i vrlo značajnu presudu *Marckx protiv Belgije*, zahtjev br. 6833/74, od 13. 6. 1979. gdje se Sud pozvao na dvije Konvencije koje Belgija nije ratificirala (jednu je potpisala, dok drugu nije niti potpisala).

BK¹¹ (koji uključuju naprijed rečeno),¹² to njima ne oduzima važnost. Najvažnijim razlogom zbog kojeg se Sud (navodno) ne koristi Bečkom konvencijom jest što je na njezinu temelju razvio svoja načela i metode tumačenja.

3. Načelo autonomnog tumačenja pojmova

3.1. Općenito

S primjenom načela autonomnog tumačenja pojmova započeto je još 1976.¹³ autonomnim koncipiranjem konvencijskih pojmova. Riječ je o specifičnom načelu tumačenja Konvencije prema cilju i svrsi, davanjem konvencijskim pojmovima autonomnog značenja neovisno o nacionalnom.

Zadaća načela jest osigurati jedinstvenu primjenu konvencijskih pojmova unutar nacionalnih pravnih sustava država ugovornica. Do povrede konvencijskih prava, naime, može doći i onda kada izgleda da su pružena sva jamstva za zaštitu određenog prava. Međutim, davanjem pogrešnog značenja određenom pojmu, u biti mu je uskraćena zaštita. S druge strane, Sud ide tako daleko da određenim pravima daje suprotno značenje od onog koje su autori Konvencije imali u vidu i tako ulazi u polje stvaranja prava. Primjerice, u predmetu *Young, James i Webster protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁴ rečeno je da pravo na udruživanje obuhvaća i negativnu slobodu udruživanja. No, usprkos tomu uloga načela autonomnog tumačenja pojmova izrazito je velika.¹⁵ U tekstu koji slijedi osvrnuti će se na

11 Odredba čl. 32. BK i naslov iznad njega glase: "Dopunska sredstva tumačenja Na dopunska sredstva tumačenja, uključujući pripremne radove i okolnosti pod kojima je ugovor sklopljen, može se pozivati da bi se potvrdio smisao koji proistječe iz primjene Članka 31, ili da bi se odredio smisao kad je tumačenje prema Članku 31:

(a) dvosmisleno ili nejasno; ili

(b) dovodi do ishoda koji je očito besmislen ili nerazuman."

12 Vidi presudu *Magyar Helsinki Bizottság protiv Mađarske*, zahtjev br. 18030/11, [VV] od 8. 11. 2016., odluku *Banković i drugi protiv Belgije i drugih*, zahtjev br. 52207/99, [VV] od 12. 12. 2001. te presudu *Johnston i drugi protiv Irske*, zahtjev br. 9697/82, od 18. 12. 1986. Detaljnije kod Marochini, 2014: 63-84 i Letsas, 2010. Vidi, s druge strane, npr. presudu u predmetu *Mamatkulov i Askarov protiv Turske*, zahtjevi br. 46827/99 i 46951/99, od 4. 2. 2005. gdje je Sud naglasio kako „Sud ponavlja da članak 31. stavak 1. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora propisuje da ugovori trebaju biti tumačeni u dobroj vjeri i svjetlu njihovog cilja i svrhe, te u skladu s načelima djelotvornosti.“ Dakle, u kojoj se Sud izravno pozvao na odredbe Bečke konvencije zajedno sa načelom učinkovitosti.

13 *Engel protiv Nizozemske*, zahtjevi br. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, od 23. 11. 1976.

14 Zahtjevi br. 7601/76 i 7806/77, od 13. 8. 1981.

15 Vidi, npr. *Pajić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 68453/13, od 23. 2. 2016. gdje je rečeno da istospolna zajednica spada u koncept „kako privatnog života, tako i obiteljskog života“

određena pitanja koja ovo načelo dovode u vezu s nekim građanskopravnim institutima.

3.2. Autonomni koncepti

3.2.1. Pojam doma

Jedno od intrigantnijih autonomnih tumačenja jest ono koje je Sud ponudio u vezi s pojmom doma.¹⁶ Naime, u kontekstu prava na poštovanje doma iz čl. 8. Konvencije dano mu je značenje koje se razlikuje od pojma nekretnine za stanovanje u našem pravu. Prema Sudu, „... dom će uobičajeno biti mjesto, fizički definirano područje, gdje se razvijaju privatni i obiteljski život.“¹⁷ Može biti i mjesto namjeravanog života,¹⁸ a može obuhvatiti i poslovne prostore.¹⁹

Očito je riječ o širokoj interpretaciji gdje su pod pojam doma svrstane različite vrste nekretnina po namjeni i vrsti, ali i stvari općenito (npr. romske čerge). Suština je što se dom i njegov pojam koncipiraju u faktično-funkcionalnom smislu i tako štite. Ocjena o dva važna pitanja – je li riječ o domu i treba li ga štiti, ovisi o okolnostima konkretnog slučaja. O tomu je bilo riječi u puno predmeta²⁰ kao, npr. i u predmetu *Orlić protiv Hrvatske*²¹ gdje se kaže da „... pojam dom u smislu čl. 8. Konvencije nije ograničen na one prostorije koje su u zakonitom posjedu ili su zakonite izgrađene. Dom je autonomni koncept koji ne ovisi o klasifikaciji u domaćem pravu. Predstavljaju li neke konkretne prostorije dom koji privlači zaštitu čl. 8. st. 1. Konvencije ovisit će o činjeničnim okolnostima, posebice o postojanju dovoljnih i trajnih veza s konkretnim mjestom ... Tako je pitanje treba li

s obzirom na autonomnost pojmova i evolutivnu narav njihova tumačenja a neovisno o nacionalnom shvaćanju te kako je došlo do diskriminacije na temelju seksualne orijentacije podnositeljice imajući u vidu da se prema Zakonu o strancima (NN br. 79/07 i 36/09, dalje u tekstu: ZS) osobe u izvanbračnoj zajednici smatraju članovima uže obitelji dok su osobe u istospolnoj zajednici iz njega potpuno isključene.

16 Autorice su opširno pisale o zaštiti prava na poštovanje doma i objavile rezultate svog istraživanja u: Mihelčić, Marochini, 2014: 163–192. i Mihelčić, Marochini, 2014: 200–213.

17 *Oluić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 61260/08, od 20. 5. 2010., § 44.

18 *Gillow protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 9063/80, od 24. 11. 1986., § 46.

19 Npr. *Niemietz protiv Njemačke*, zahtjev br. 13710/88, od 16. 12. 1992., u kojoj se kaže: „... što se tiče riječi dom koja se pojavljuje u engleskom tekstu čl. 8. Konvencije Sud primjećuje da određene države ... prihvaćaju da taj izraz obuhvaća i poslovne prostorije. Takvo je tumačenje, štoviše, u potpunoj suglasnosti s francuskim tekstom jer riječ ‘domicile’ ima širu konotaciju nego riječ dom i može se proširiti, primjerice i na ured [30].“

20 Vidi u radovima navedenim u bilješci 18. detaljan pregled prakse Suda.

21 Zahtjev br. 48833/07, od 21. 6. 2011., § 54.

neku nekretninu klasificirati kao dom činjenično pitanje i ne ovisi o zakonitosti posjeda na temelju domaćeg prava.“

Određujući pojam doma u navedenom smislu, zaštita koja mu je pružena razlikuje se od tradicionalne zaštite prava vlasništva (na nekretnini za stanovanje) od oduzimanja ili uznemiravanja ili, pak, zbog smetanja posjeda. Sud zahtjeva od država ugovornica da zaštite svakoga u njegovu domu, čak i kada je u njemu bez pravne osnove i neovisno je li vlasnik (ipak, uz ispunjenje određenih pretpostavki). Gleda se postojanje neposredne i trajne veze s prostorom, ali se, ipak, svaki prostor u kojem se boravi ne smatra domom.²² Ovakav pristup posebnu kompleksnost pokazao je kada se radilo o vindikacijskoj zaštiti koju u našem pravu uređuju čl. 161. do 168. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.²³ Naime, zabilježeni su slučajevi kada je vlasniku uskraćena zaštita, pa time i onemogućeno iseljenje koje bi se provelo u ovršnom postupku radi ispražnjenja i predaje nekretnine (primjenom čl. 255. do 259. Ovršnog zakona)²⁴ onoga tko je bez pravne osnove uživao vlasnikovu nekretninu. Ilustracije radi, jedan od zaključaka predsjednika građanskih odjela najvišeg suda (Vrhovnog suda Republike Hrvatske, dalje u tekstu: VS ili Vrhovni sud) i drugostupanjskih sudova jest da se dom u vindikacijskim parnicama definira prema faktično-funkcionalnom kriteriju (Zaključak 1. 1.2.).²⁵

3.2.2. Pojam imovine/vlasništva

Jednako je zanimljivo tumačenje koje je dano u vezi s vlasništvom/imovinom. I taj je pojam autonomno koncipiran i ima svoje konvencijsko značenje.²⁶ I o nje-

22 Sud je rekao: „... Pojam doma Sud tumači dinamički, međutim vodeći brigu o namjerama stvaratelja Konvencije, kao i o zdravom razumu (*common sense*)... postojanje trajne i neposredne veze s entitetom o kojem je riječ ... moguće je da je veza s tim entitetom u toj mjeri smanjena da se prestaje postavljati kakvo posebno pitanje u smislu 8. Konvencije... Nadalje, iako nije nužno da je podnositelj vlasnik doma kako bi (dom) ušao u doseg čl. 8. Konvencije, činjenica da je podnositelj ranije bio vlasnik može biti relevantna... odnosno imati određena razumna očekivanja...u kojem podnositelj zahtjeva nikada nije imao nikakav posjed nekretnine koja je bila u vlasništvu tvrtke). Pojam dom ne može se interpretirati ni kao sinonim pojma obiteljskih korijena (*family roots*), koji je neodređen i afektivan koncept...“ *Demopoulos i drugi protiv Turske*, zahtjevi br. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04, odluka od 1. 3. 2010., § 136.

23 NN br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, 81/15 - pročišćeni tekst i 94/17, dalje u tekstu: ZV.

24 NN br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16 i 73/17, dalje u tekstu: OZ.

25 VS, Su-IV-264/15 od 17. rujna 2015. http://www.vsrh.hr/custompages/static/HRV/files/Zakljucci/VSRH_GO_Su_246-2015_2015-09-17.pdf posjećeno 24. ožujka 2018.

26 Autorice su se bavile i ovim pitanjem te objavile rezultate svog istraživanja u: Mihelčić, Marochini Zrinski, 2017: 955–982.

mu je Sud govorio u puno predmeta, a jedan od ilustrativnijih jest *Gaćeša protiv Hrvatske*.²⁷ U njemu se kaže kako „... vlasništvo može biti ‘postojeće vlasništvo’ ili ‘imovina’ uključujući potraživanja za koja podnositelj može tvrditi da ima barem ‘legitimno očekivanje’ (koje mora biti konkretnije naravi od same „nade“) tj. da će se ostvariti „djelotvorno“ uživanje prava vlasništva.“ Očito se radi o autonomnom konvencijskom pojmu koji je teško poistovjetiti s našim pojmom prava vlasništva (vidi čl. 30. *et seq.* ZV), čak i s pojmom imovine. On obuhvaća jedan sasvim poseban vid – zaštitu postojeće imovine (pokretne i nepokretne), prema Omejec, „... ekonomske interese vezane uz poslovanje tvrtke, dionice i udjele u tvrtkama, intelektualno vlasništvo, potraživanja i dugove, ugovorna prava, buduće prihode, legitimna očekivanja te pravo na mirovinu i druga socijalna prava *ad personam*.“ (Omejec, 2013: 957)

Jednako kao što je to slučaj i s pojmom doma, tako je i autonomna koncepcija ovog pojma ostavila trag na neke klasične institute građanskog prava. Između ostalog, zanimljivo je vidjeti kako je reflektirala na ugovor o najmu stana za koji je u hrvatskom pravu važno kazati da ga obilježava jedna posebna kategorija – zaštićenih najmoprimaca i sve vezano uz tu domenu. U predmetima koji su se pojavili pred Sudom²⁸ u vezi ugovora o najmu stana sa zaštićenim najmoprimcima došlo je do konfrontiranja prava na poštovanje doma iz čl. 8. st. 1. Konvencije na koje su se pozivali najmoprimci i onog iz čl. 1. Protokola 1. uz Konvenciju, na koje su se pozivali najmodavci (vlasnici). Dakle, radilo se o dvije skupine predmeta. Među „vlasničkim“ ključan je bio *Sergej Statileo protiv Hrvatske*²⁹ nakon kojeg su uslijedila još tri slična predmeta.³⁰ U drugoj su skupini oni u kojima su zaštićeni najmoprimci tvrdili da im je na različite načine, pored povreda prava na poštovanje doma iz čl. 8. Konvencije, povrijeđeno i pravo s naslova čl. 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju. U prvoj se skupini predmeta odlučivalo i o tome je li država prekoračila svoje polje slobodne procjene.

3.2.3. Pravo na život u zdravoj životnoj sredini

Primjer još jednog autonomnog koncipiranja konvencijskih pojmova jest i tumačenje prava na poštovanje privatnog života tako da ono danas obuhvaća i pravo

27 Zahtjev br. 43389/02, odluka od 1. 4. 2008., str. 7.

28 Vidi u radu navedenom u bilješci 28. detaljan pregled prakse Suda.

29 Zahtjev br. 12027/10, od 10. 7. 2014.

30 *Bego i dr. protiv Hrvatske*, zahtjevi br. 35444/12, 35576/12, 41555/12, 41558/12 i 48914/12, od 15. 11. 2016.,

Mirošević-Anzulović protiv Hrvatske, zahtjev br. 25815/14, od 4. 10. 2016., *Gošović protiv Hrvatske*, zahtjev br. 37006/13, od 4. 4. 2017.

na život u zdravoj životnoj sredini.³¹ Riječ je o pravu koje je i samo svojevrsni fenomen. Naime, primjenom autonomnog tumačenja pojma privatnog života (iako Sud nije sklon njegovu definiranju upravo kako bi si pridržao mogućnost da ga evolutivno tumači) i doma te njihovim evolutivnim tumačenjem, omogućena je zaštita prava na život u zdravoj životnoj sredini kroz zaštitu prava iz čl. 8. Konvencije o čemu će biti više govora u nastavku.

4. Evolutivno tumačenje pojmova/načelo živućeg instrumenta

4.1. Općenito

Načelo živućeg instrumenata (evolutivnog tumačenja pojmova) jedno je od najvažnijih načela tumačenja. Riječ je o tumačenju Konvencije „u svjetlu današnjih uvjeta“ i zahtjevu da se ona „razvija tumačenjima Suda“ (Wildhaber, 2004: 84). Potreba da se Konvencija evolutivno tumači tj. kao „živi instrument kojeg je potrebno prilagoditi trenutnim zahtjevima društva“ (Tyrer, § 31), proizlazi iz njezine uloge „ugovora“ kojim se štite temeljna ljudska prava, s jedne strane. S druge, primjena tog načela omogućuje fleksibilizaciju zaštite prava zajamčenih Konvencijom (Dzehtsirou, 2011: 1731). Konciznije, načelo evolutivnog tumačenja omogućuje Sudu da slijedi dinamiku društvenih promjena. (Varju, 2009: 172). Takav pristup najprije je bio problematiziran, čak i od samih sudaca kao nedopušteni sudački aktivizam.³² Danas nije tako i načelo evolutivnog tumačenja opće je prihvaćeno načelo, ali to ne znači da i nadalje nije predmetom rasprava.³³

U konvencijskom smislu, brojni autori smatraju primjenu načela opravdanom, a razloge zbog kojih Sud navodi da se služi tim načelom – legitimnima (Dzehtsirou, 2011: 1730–1746; Letsas, 2013: 106–141; Theil, 2017: 587–614). Afirmativni pristup naglašava da je jedino njime (evolutivnim načelom) moguće zadržati učinkovitost prakse Europskog suda imajući u vidu vrijeme od donošenja Konvencije i brojne promjene. U suprotnom bi Konvencija „stagnirala“ (Dzehtsirou, 2011: 1732). Za razliku od zagovornika, kritičari³⁴ primjene načela živućeg in-

31 Autorice su se bavile ovim pitanjem i objavile rezultate svog istraživanja u: Mihelčić, Marochini, 2018 (u objavi).

32 Sudac Fitzmaurice u presudi Tyrer. Zanimljiv komentar „o tumačenju kao igri u kojoj pojedini suci pobjeđuju a pojedini gube,“ s posebnim osvrtom na stajališta suca Fitzmauricea i presudu Tyrer, može se naći u Bianchi, 2016: 39.

33 Vidi stavove, ponajprije britanskih pravnikâ: Lord Sumption, ‘The Limits of Law’ (27th Sultan Azlan Shah Lecture, 20. 11. 2013), posjećeno 6. ožujka 2017 ili primjerice Hoffmann, 2009. Već je *supra* spomenut sudac Fitzmaurice koji je bio najveći kritičar korištenja doktrine živućeg instrumenta među sucima Europskog suda.

34 Najveće kritike primjeni evolutivnog tumačenja od strane sudaca mogu se pronaći u izdvojenim mišljenjima suca Fitzmauricea, dok se od recentnijih kritičara može izdvojiti

strumenta temeljnu dvojbu vide u legitimitetu Europskog suda da ga primjenjuje. Pitanje legitimiteta polazi od dvije premise. Prema prvoj, praksa koja nastaje primjenom evolutivnog tumačenja pokazuje da se uloga Suda mijenja, da Sud dobiva zakonodavnu funkciju koja mu nije dana, „zaobilaženjem suverenog pristanka država ugovornica“ (Dzehtsirou, 2011: 1735). S druge strane, smatra se da je primjena načela protivna konzistentnosti prakse, pravnoj sigurnosti i predvidljivosti, a posebice, što je često slučaj, kada Sud njegovu primjenu ne opravda postojanjem europskog konsenzusa.

Stoga je pitanje o europskom konsenzusu u kontekstu načela živućeg instrumenta osobito važno. O njemu se puno raspravljalo i ponuđena su različita objašnjenja potrebe njegova postojanja. Koncept europskog konsenzusa referira se na razinu ujednačenosti zakonodavnog okvira država članica Vijeća Europe o određenoj temi.³⁵ Predstavlja uporište legitimnog rada Suda i (prema afirmativnim stajalištima) proizlazi iz same Konvencije i to njezina čl. 46. koji kaže: „Visoke se ugovorne stranke obvezuju da će se podvrgnuti konačnoj presudi Suda u svakom sporu u kojem su stranke.“ Međutim, a to jest i jedan od prigovora, ovim nije odgovoreno na pitanje granica u kojima se Sud trebao kretati kod evolutivnog tumačenja.

Ipak, pitanje svih pitanja jest: „Jesu li stranke Sudu dale *carte blanche* za tumačenje Konvencije?“ Svakako, da nisu. Međutim, smatra Letsas, povjerile su mu mandat (engl. *legal mandate*) za institucionalnu zaštitu povrijeđenih temeljnih ljudskih prava i to „ne onih za koja se misli da ih čovjek ima, već koja zapravo ima.“ Na Sudu je da donese odluku o takvom (trenutnom) stanju (ljudskih) prava, a ona treba biti obrazložena u dobroj vjeri i oslonjena na načela koja opravdavaju (od Suda usvojenu) razinu zaštite ljudskih prava te, kao i svaka druga sudska odluka, sukladna načelima koja čine razumljivu i koherentnu viziju pravde.³⁶ To je okosnica opravdanosti primjene evolutivnog tumačenja: dužnost Suda da stvori koherentan skup načela permanentnim usklađivanjem, mijenjanjem i oblikovanjem opsega i značenja konvencijskih prava. Ključan je pojam koherentnosti, a svako široko tumačenje prava iz Konvencije legitimno je predstavlja li, u dobroj vjeri, primijenjena načela koja se konzistentno koriste.

lord Hoffman koji, zapravo, potpuno odbacuje evolutivno tumačenje kao legitimno. Sudac Fitzmaurice najpoznatiji je po svojim kritikama evolutivnog tumačenja Konvencije, i to u dvije presude ključne za ovo tumačenje: *Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 4451/70, od 21. 2. 1975. i *Tyrrer*. Vidi također: Hoffmann, 2011: 7,8.

35 Council of Europe, Human Rights Education for Legal Professionals, Interpretative mechanisms of ECHR case-law: the concept of European consensus, <https://www.coe.int/en/web/help/article-echr-case-law>, posjećeno 6. ožujka 2018.

36 Ovo Dworkin zove integritetom, cjelovitošću (Dworkin, 1986), prema Letsas, 2013: 140.

Od navedenog Letsasovog stajališta, životniju ulogu ima stajalište Dzehtsiroua koje se zadržava na postojanju europskog konsenzusa. No, kako će se vidjeti, Sud zahtjev za europskim konsenzusom koristi diskrecijski, pa je, zapravo, bio tražen samo na početku primjene načela živućeg instrumenta.³⁷ Nakon 2000. polako se napušta, a više se ne inzistira niti na međunarodnom konsenzusu. Sada se govori o tzv. međunarodnom trendu. Kako god, ovo pitanje označeno je najvećom dvojmom povezanom s legitimitetom i pravnom nesigurnošću koju projicira.

Potrebno je naglasiti da Sud, premda nije vezan svojom praksom, zbog razloga pravne sigurnosti, predvidljivosti i konzistentnosti ne bi trebao od nje odstupati ne ponudi li valjane razloge.³⁸ Takvi su, prema stajalištima njega samoga: razvoj prava, društvene promjene i tehnološki napredak. Dzehtsirou naglašava dužnost Suda da pronade ravnotežu između promjena i konzistentnosti kako bi sačuvao svoj legitimitet. Odnosno, da udovolji zahtjevu da Konvencija i praksa evoluiraju na predvidljiv i konzistentan način (Dzehtsirou, 2011: 1714) za što je najbolji put konsenzus europskih država i njime uvjetovana primjena načela evolutivnog tumačenja.³⁹ Na taj bi način Sud osigurao svoj legitimitet za primjenu ovog načela, a što u nekim predmetima priznaje i sam Sud.⁴⁰

4.2. Utjecaj evolutivnog tumačenja na pravo na život u zdravoj životnoj sredini i veza s negatorijskom zaštitom od imisija

Kako je kazano osobitu ulogu evolutivno tumačenje imalo je u vezi s pravom na život u zdravoj životnoj sredini. Prvi od predmeta⁴¹ u kojem je njegova primjena promatrana zbog povrede prava na život u zdravoj životnoj sredini bio je *Powell i Rayner protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.⁴² U njemu se radilo o situaciji koja bi najviše nalikovala zaštiti prava vlasništva od uznemiravanja imisijama

37 Kada je započeo primjenjivati načelo živućeg instrumenta premda ni tada nije dao razloge zbog kojih to čini, Sud se, kao što je rečeno, pozivao na europski konsenzus kao, npr. u predmetima *Tyrer, Marckx i Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (zahtjev br. 7525/76, od 22. 10. 1981.).

38 *Mamatkulov and Askarov, Vilho Eskinen i drugi protiv Finske*, zahtjev br. 63235/00, od 19. 4. 2007.; *Cossey protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 10843/84, od 27. 9. 1990.

39 Iako, postoji i tzv. „nedemokratski“ pristup, prema kojemu zaštita ljudskih prava ne bi trebala ovisiti o suglasnosti ili čak zakonodavnoj suglasnosti većine zemalja ugovornica s obzirom da Sud treba postavljati opće standarde i ispuniti svoju ulogu „vanjskog čuvara“, što ne može ako traži europski konsenzus za primjenu evolutivnog tumačenja. Vidi Letsas, 2004: 304 i Benvenisti, 1999: 852.

40 *A, B i C. protiv Irske*, zahtjev br. 25579/05, od 16. 12. 2010.

41 Vidi u radu navedenom u bilješci 33. detaljniji pregled prakse Suda.

42 Zahtjev br. 9310/81, od 21. 2. 1990.

(negatorijskoj imisijskoj zaštiti, vidi čl. 167. u vezi čl. 110. ZV). Podnositelji su se žalili zbog buke i njezina štetna utjecaja te, pored ostalih povreda, isticali i povredu prava na mirno uživanje vlasništva/immovine iz čl. 1. Protokola 1. uz Konvenciju (§ 28). Povredom tog prava Sud se nije osobito bavio, budući da je štetne utjecaje prekomjerne buke promatrao u okviru povreda čl. 8. Konvencije (netipično za naše pravo). S tim što je smatrao da do povrede nije došlo ističući pri tomu široko polje procjene ostavljeno konkretnoj državi. Na ovom se odmah vidi razlika između zaštite koja se od štetnih utjecaja na okoliš i životnu sredinu pruža pravu na život u zdravoj životnoj sredini i naše vlasničkopravne zaštite od imisija. Nastavlja se kroz određenje samog pojma štetnih utjecaja s obzirom na imisije i posebne uzročne konvencijske veze. Zaštita pravu na život u zdravoj životnoj sredini ne pruža se u okvirima susjedskih odnosa (vidi čl. 100. do 113. ZV), niti s obzirom na nekretninu, a segment koji se tiče naknade štete traži da je država povrjeđujući svoje obveze (pozitivne ili negativne) povrijedila zaštićeno pravo (najčešće, kao i ovdje, iz čl. 8. Konvencije).

5. Načelo učinkovitosti (pozitivnih obveza država)

5.1. *Općenito*

Načelo učinkovitosti počiva na zahtjevu da se pravima iz Konvencije osigura „djelotvorna i učinkovita,“ a ne „teoretska i iluzorna“ zaštita. Kako bi se ostvarila, državama ugovornicama nameću se brojne pozitivne obveze. Omejec stoga smatra da je iz načela učinkovitosti moguće izvesti tri nova „... načelo impliciranih prava i impliciranih ograničenja, načelo zabrane zlouporabe prava i zabrane zlouporabe ograničenja te načelo pozitivnih obveza“ (Omejec, 2013: 1205–1216). Ne ulazeći detaljnije, za bit načela učinkovitosti može se kazati da uključuje zahtjev prema kojem se usklađenost nekog nacionalnog uređenja s Konvencijom ne može ostvariti samo zabranom određenih ponašanja, već je zbog zaštite prava pojedinca potrebno da država ugovornica poduzme kakve pozitivne radnje. Dakle, temeljna ideja je da se državama nametnu pozitivne obveze. Pitanje nametanja obveza u uskoj je vezi s primjenom načela autonomnog tumačenja pojmova i evolutivnog tumačenja, budući da ista za sobom povlače brojne pozitivne obveze država.

Načelo učinkovitosti prvi je put primijenjeno u predmetu *Golder* i već onda je pobudilo kontroverze, budući da je pravo na pošteno suđenje iz čl. 6. Konvencije tumačeno tako da uključuje i pravo na pristup sudu (zanemarujući namjeru autora Konvencije). Naglašeno je da „... je pravo pristupa sudu element koji je svojstven pravu iz čl. 6. st. 1. toč. 1. Konvencije ... (što) nije široko tumačenje koje nameće nove obveze državama ugovornicama: ono se temelji na samim

odredbama prve rečenice čl. 6. st. 1. ...uzimajući u obzir ciljeve i svrhu Konvencije, zakonodavni ugovor i opća načela prava (§ 36).” Pri tomu su odbijeni prigovori države ugovornice koja se pozivala na ono što je prethodilo Konvenciji (nacrtu Konvencije, franc. *travaux préparatoires*) te na Bečku konvenciju.

5.2. Utjecaj načela učinkovitosti na pravo na poštovanje doma

Načelo učinkovitosti zajedno s načelima slobodne procjene i autonomnih koncepata ključno je za tumačenje pojma doma i zaštitu prava na poštovanje doma. Predmeti u kojima su se pojavile povrede prava na poštovanje doma mogu se podijeliti u tri skupine (Mihelčić, Marochini, 2014: 163–192), a s aspekta pozitivnih obveza države ključna je druga (u prvoj su predmeti u kojima je država povrijedila Konvenciju miješanjem u pravo na poštovanje doma, a u trećoj specifični predmeti koji, iako ulaze u opseg pozitivnih obveza država, nisu smatrani dopuštenima jer se od država tražilo da pruže dom podnositeljima). U tu skupinu (nama zanimljivu) ulaze predmeti u kojima je država propustila zaštititi pravo na poštovanje doma podnositelja ugroženo od drugih pravnih subjekata.⁴³ Osim pozitivnih obveza država u ovim predmetima do izražaja su došle i tzv. horizontalne obveze država. Primjerice, povreda se sastojala u tomu što je država propustila učinkovito provesti ovrhu na temelju sudske odluke zbog zaštite posjeda.

Osim ovih, toj skupini pripadaju i predmeti u kojima su državna tijela provodeći nacionalne propise „ostavila“ podnositelje bez doma, a sami su propisi zbog njihova utjecaja na pravo na poštovanje doma predmet ispitivanja pred Europskim sudom. Sudu nije presudno je li riječ o domu (nekretnini za stanovanje) u pravnom smislu i dovoljno je da se radi o domu u faktičnom značenju. Zbog njegove zaštite ispitivala se razmjernost nacionalnih mjera (propisa, odredbi), čak i kada su podnositelji stanovali u domu bez pravne osnove (i nađene su povrede).⁴⁴

Međutim, unatoč tomu što zbog zaštite prava na poštovanje doma Sud državama nameće brojne pozitivne obveze, ne čini ovo neograničeno. Vidljivo je to u onim predmetima u kojima je usprkos dužnosti države da zaštititi dom podnositelja i pruži mu odgovarajući zakonodavni okvir kazano da država, ipak, nema obvezu i pružiti dom podnositeljima. Ovo je najnovija skupina predmeta u kojoj se na podlozi prava na poštovanje doma pojavljuje jedna nova socijalno-ekonomska dimenzija zaštite ljudskih prava.⁴⁵ Međutim, Sud ih (zahtjeve za pružanje doma) još uvijek proglašava nedopuštenima.

43 *Pibernik protiv Hrvatske*, zahtjev br. 75139/01, od 4. 3. 2004., *Cvijetić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 71549/01, od 26. 2. 2004., *Kunić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 22344/02, od 11. 1. 2007.

44 Ovi predmeti prikazani su *infra* kada se govori o polju slobodne procjene države.

45 *Burton protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 31600/96, odluka od 10. 9. 1996., *Marzari protiv Italije*, zahtjev br. 36448/97, odluka od 4. 5. 1999., *O'Rourke protiv Ujedinjenog*

5.3. Utjecaj načela učinkovitosti na pravo na život u zdravoj životnoj sredini

Jedan aspekt pozitivnih obveza predstavlja dužnost države ugovornice uspostaviti takav zakonodavni okvir koji omogućava učinkovitu zaštitu prava iz čl. 8. Konvencije, a u to ulazi i dužnost odgovarajućeg reguliranja svakog miješanja. Može biti uključena i dužnost poduzimanja određenih mjera u svrhu zaštite konvencijskih prava (Omejec, 2013: 944). U kontekstu čl. 8. Konvencije i prava na život u zdravoj životnoj sredini, naime, Sud je jasno naglasio da su njime državama nametnute brojne pozitivne obveze. One mogu biti vertikalne traži li se od država ugovornica da poduzmu pozitivne mjere kako bi pojedincu omogućile uživanje prava, ili horizontalne, kada je država dužna da zaštititi pojedince od djelovanja drugih pojedinaca koji im se miješaju u zaštićeno pravo. Mogu biti i negativne i, nerijetko, Sud kaže da je teško odrediti o kojoj se vrsti obveze radi. No, ključan je zahtjev da se, neovisno o vrsti obveze, postigne pravična ravnoteža između javnog interesa i prava pojedinca (o ovom se govori u vezi s poljem slobodne procjene).⁴⁶

Glede pozitivnih obveza koje se tiču prava na život u zdravoj životnoj sredini može se izdvojiti ona da se poduzmu mjere protiv štetnih utjecaja na okoliš i životnu sredinu koji utječu na uživanje privatnog života i doma podnositelja. Pa, radi li se uistinu o takvom (štetnom) utjecaju koji se procjenjuje u svakom pojedinom predmetu provjerava se kriterijem minimalnog stupnja ozbiljnosti koji ovisi o okolnostima predmeta, npr. intenzitetu ili trajanju utjecaja, posljedicama koje ima za pojedinca te općem kontekstu (engl. *general environmental context*) (Manual on Human Rights and the Environment, 2006: 14).

Primjer kada država ugovornica nije ispunila svoju pozitivnu obvezu je predmet *Cuenca Zarzoso protiv Španjolske*⁴⁷ u kojem je utvrđeno da „... usprkos propisima o maksimalno dopuštenoj razini buke država nije podnositeljima osigurala uživanje prava na poštovanje privatnog života i doma.“ „Zgodan“ detalj je da je u ovom predmetu jasno istaknuta razlika između pozitivne i negativne obveze države (za razliku, npr. od predmeta *Lopez Ostra* u kojem Sud nije bio tako decidan). Sud je naglasio i to da je osnovna svrha Konvencije jamčiti prava „... koja su praktična i učinkovita, a ne teoretska ili iluzorna (§ 51).“

Nužnost ovakve zaštite naglašena je i u nekim hrvatskim predmetima koji su se ticali prava na život u zdravoj životnoj sredini,⁴⁸ dok je, npr. pozitivna obveza dr-

Kraljevstva, zahtjev br. 39022/97, odluka od 26. 6. 2001.

46 *Lopez Ostra protiv Španjolske*, zahtjev br. 16798/90, od 9. 12. 1994., § 51.

47 Zahtjev br. 23383/12, od 16. 1. 2018., § 54.

48 *Olučić*, § 47.

žave da zaštiti podnositelje od buke neovisno o polju slobodne procjene istaknuta u predmetu *Dees protiv Mađarske*⁴⁹ (kada nije postignuta pravična ravnoteža interesa podnosioca i korisnika ceste s koje dolazi buka i ostale smetnje).⁵⁰

Za razmjere ove analize, posebno treba istaknuti veliku diskreciju koju Sud u procjeni širine slobodnog pola procjene ima provjeravajući okolnosti svakog pojedinog slučaja, a što se kosi sa zahtjevom pravne sigurnosti. Naime, iako primjenom analiziranih načela Sud tumači Konvenciju tako da štiti pravo na život u zdravoj životnoj sredini, ostavljajući državama polje slobodne procjene, ne daje jasne kriterije kada ga bezrezervno štiti.

5.4. Polje slobodne procjene

Iako bi se polje slobodne procjene država trebalo ticati primjene Konvencije, njime je u praksi omogućena određena diskrecija prilikom odlučivanja o opsegu pojedinih konvencijskih prava čime se ušlo u domenu tumačenja Konvencije. U praksi Suda se polje slobodne procjene razvilo u namjeri da se državama ugovornicama omogući određena autonomija, ali u granicama koje jamče ispunjenje obveza iz Konvencije (Greer, 2005: 5) te, da bi se razvila metoda tumačenja za „... razgraničenje lokalnog od onog temeljnog u mjeri da podrazumijeva jednake zahtjeve prema svim državama bez obzira na njihove međusobne razlike“ (Mahoney, 1998:1).

Jedan od ciljeva primjene polja slobodne procjene jest i naglašavanje supsidijarne uloge Suda u zaštiti temeljnih prava, a obično se koristi kao načelo sudačke samoregulacije dopuštajući državama da u određenoj mjeri ograniče konvencijska prava. Njegova širina, međutim, varira, pa u nekim slučajevima može biti suženo, a u drugima ne. Ono što je problematično jest da se unaprijed ne može zaključiti hoće li polje slobodne procjene biti suženo ili ne. Unatoč tomu, Sud se poljem slobodne procjene poslužio odlučujući o brojnim pitanjima. Npr. u predmetima koji su se odnosili na različita prava i odredbe Konvencije kao: čl. 15., čl. 8.- 11., čl. 2. Protokola 1. uz EKLJP, čl. 14., čl. 1. Protokola 1. uz EKLJP te čl. 6. (Marochini, 2014: 70). Polje slobodne procjene najčešće se primjenjuje, zapravo, kada Sud ispituje je li postignuta pravična ravnoteža između pojedinačnog i javnog interesa.

49 Zahtjev br. 2345/06, od 9. 11. 2010.

50 Pitanje povrede čl. 8. Konvencije zbog buke i vibracija koje trpe podnosioci pojavilo se i u predmetima *Grimkovskaya protiv Ukrajine*, zahtjev br. 38182/03, od 21. 7. 2011. u kojem je također Sud utvrdio povredu čl. 8 Konvencije te *Bor protiv Mađarske*, zahtjev br. 50474/08, od 18. 6. 2013. Izvor buke bila je željeznička stanica.

5.4.1. Utjecaj polja slobodne procjene na pravo na poštovanje doma

Najavljena pitanja koja su se ticala polja slobodne procjene u vezi povreda prava na poštovanje doma vide se iz predmeta *Cvijetić* u kojem se radilo o neizvršenju sudskih odluka o iseljenju trećih osoba iz doma podnositeljice. Ispitujući povrede zaštićenog prava Sud je rekao da "... granice između pozitivnih i negativnih obveza države prema čl. 8. Konvencije nije lako precizno definirati. No, primjenjiva su načela, ipak, slična. Pri utvrđivanju postoji li ili ne postoji takva obveza potrebno je uzeti u obzir pravičnu ravnotežu koju valja uspostaviti između općih interesa i interesa pojedinca, a u oba konteksta država uživa određenu slobodu procjene ... Sud ponavlja da njegova zadaća nije zamijeniti nadležne hrvatske vlasti u određivanju najprimjerenijih načina za ovrhu domaćih presuda, već mu je zadaća preispitati, na temelju Konvencije, odluke koje su vlasti donijele u vršenju svoje ovlasti. Sud će stoga ispitati je li Hrvatska postupajući u predmetu podnositeljice zahtjeva prekršila svoju pozitivnu obvezu iz čl. 8. Konvencije (§§ 48–49)."

U predmetu *Bjedov protiv Hrvatske*⁵¹, u kojem su podnositelji tražili zaštitu prava na poštovanje doma (u kojem su bili bez pravne osnove), Sud je uvažavajući činjenicu da su u navedenom stanju stvorili dom ponovio da je mjerodavna načela za procjenu nužnosti miješanja u pravo na poštovanje doma već postavio u predmetu *Connors protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.⁵² U tom je predmetu dao temeljne smjernice o određivanju polja slobodne procjene države polazeći od kriterija radi li se o nekom od temeljnih konvencijskih prava (koja nije moguće ograničavati), ili ne. Ovo, ipak, treba uzeti s potrebnim oprezom jer, zapravo, do kraja definirani kriteriji nisu dani. U spomenutom predmetu *Connors* Sud naglašava kako "...sloboda procjene nužno mora biti prepuštena nacionalnim tijelima koja su zbog svog izravnog i neprekidnog kontakta, u boljem položaju procijeniti lokalne potrebe. Ova će se sloboda razlikovati u skladu s prirodom predmetnog prava, njegovoj važnosti za pojedinca te prirodi djelovanja koje se ograničava kao i cilju koji se želi postići tim ograničenjem. Sloboda procjene bit će manja kada je pravo odlučno da bi pojedinac učinkovito uživao temeljna prava ... S druge strane, kod primjene društvenih ili gospodarskih politika postoji široko polje slobodne procjene kao npr. radi li se o urbanističkim pitanjima." Sud je također naveo da će "... u područjima poput stanovanja koja igraju ključnu ulogu u socijalnoj sigurnosti i gospodarskoj politici suvremenih društava poštovati prosudbu nacionalnog zakonodavca o tomu što je u općem interesu, osim ako je očigledno bez razumnog temelja." Valja napomenuti, međutim, da je Sud naglasio kako se ovo odnosi na pitanja vezana uz povredu čl. 1. Protokola br. 1. uz Konvenciju, a ne čl. 8. EKLJP koji se tiče "... prava od ključnog značaja za identitet pojedinca,

51 Zahtjev br. 42150/09, od 29. 5. 2012.

52 Zahtjev br. 66746/01, od 27. 5. 2004., § 82.

njegovo samoodređenje, fizički i moralni integritet, održavanje odnosa s zajednicom te sređen i siguran položaj u zajednici ... U slučajevima u kojima su se opći društveni i gospodarski i politički čimbenici pojavili u kontekstu samog čl. 8. Konvencije, opseg slobode procjene ovisi o okolnostima konkretnog predmeta s posebnim naglaskom na stupanj miješanja u osobnu sferu podnositelja zahtjeva.”

5.4.2. Utjecaj polja slobodne procjene na pravo na mirno uživanje vlasništva/imovine

Sve što je rečeno kod utjecaja polja slobodne procjene na pravo na poštovanje doma moglo bi se ponoviti i ovdje kod analize utjecaja na pravo na mirno uživanje vlasništva/imovine. No, ključno je sadržano u citiranom odjeljku predmeta koji je netom naveden, a isto je vidljivo, primjerice u predmetu *Statileo* u kojem se provjeravala povreda odnosno zaštita prava na mirno uživanje vlasništva/imovine iz čl. 1. Protokola 1. uz Konvenciju u kontekstu tvrdnji podnositelja o povredama njegova prava kao najmodavca zbog iznosa zaštićenih najamnina. U ovom je predmetu rečeno: “... Iako je Sud, mnogo puta naveo da u područjima kao što je stanovanje države nužno imaju široku slobodu procjene ova sloboda procjene bez obzira kako značajna bila nije neograničena i njezina provedba, čak, i u kontekstu najsloženije reforme države ne može dovesti do posljedica koje su protivne standardima Konvencije ... Sud ne pronalazi zahtjeve općeg interesa koji bi mogli opravdati tako sveobuhvatna ograničenja podnositeljevih vlasničkih prava i nalazi da u konkretnom predmetu nije postojala pravedna raspodjela socijalnog i finansijskog tereta koji je nastao kao posljedica reforme u stambenom sektoru. Umjesto toga, na podnositelja zahtjeva kao najmodavca stavljen je nerazmjerni i pretjerani pojedinačni teret, budući da je morao snositi većinu socijalnih i finansijskih troškova stambenog zbrinjavanja zaštićenog najmoprimca (§ 143).”

5.4.3. Utjecaj polja slobodne procjene na pravo na život u zdravoj životnoj sredini

Ipak, najveći problemi s određenjem polja slobodne procjene države, odnosno kriterijima njegova sužavanja pojavljuju se u predmetima u kojima je bila riječ o zaštiti prava na život u zdravoj životnoj sredini. Važnu ulogu u tomu ima činjenica što samo pravo nije zajamčeno Konvencijom već se razvilo praksom Suda primjenom svih onih načela tumačenja o kojima se govorilo. Budući da se relevantne pretpostavke za njegovu zaštitu procjenjuju u svakom pojedinom slučaju, a bez jasnih kriterija o širini polja slobodne procjene država, jasno je da to podriva pravnu sigurnost. Naime, iako je evolutivnim tumačenjem započeta zaštita prava na život u zdravoj životnoj sredini i očekivati bi bilo da je u međuvremenu stabilizirana, nije uvijek tako. Najčešće je to zbog diskrecionog

postuliranja polja slobodne procjene država. Možda najbolji primjer za to kako odsustvo jasnih kriterija može ugroziti pravnu sigurnost jest predmet *Hatton protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁵³, u kojem se radilo o štetnom utjecaju buke iz zračne luke Heathrow na poštovanje privatnog života i doma podnositelja. Jedna od podnositeljica (Ruth Hatton) čak se preselila u drugi dio grada.

Odluke Vijeća i Velikog vijeća znatno su se razlikovale. Vijeće je, naime, smatralo da je povrijeđen čl. 8. Konvencije, jer nije postignuta pravična ravnoteža između javnog interesa – ekonomske dobrobiti i prava oštećenih pojedinaca na poštovanje privatnog života i doma. Presuda je donesena uz tri izdvojena mišljenja (od kojih je jedno bilo suglasno presuđenju). Sutkinja Greve smatrala je da je Sud nedopustivo suzio polje slobodne procjene države po pitanjima okoliša i zdrave životne sredine, a koje bi u takvim slučajevima trebalo biti široko jer zahvaća veći broj ljudi (a ne pojedinca) te, jer se radi o ekološkim pravima nove generacije, a ne predmetu odlučivanja po Konvenciji. Veliko vijeće, pak, nije smatralo da se radi o povredi. Između ostalog, zaključilo je kako odluka kojom je uveden novi sustav noćnih letova zadovoljavajuće optimizira prava pojedinaca i javni interes (ekonomsku dobrobit). Stoga, po njegovoj ocjeni, država nije prekoračila svoje polje slobodne procjene, ostvarena je pravična ravnoteža prava pojedinaca na poštovanje privatnog života i doma i interesa zajednice u cjelini te nije bilo temeljnih postupovnih propusta. U zajedničkom izdvojenom mišljenju, za razliku od većine sudaca Velikog vijeća, suci Costa, Ress, Türmen, Zupančič i Steiner smatrali su da čl. 8. Konvencije nije pravilno tumačen tj. nije tumačen evolutivno kao dotada te da presuda odstupa od postojeće prakse.

6. Zaključak

Načela i metode tumačenja kojima se Sud služi prilikom tumačenja Konvencije imaju važan utjecaj i na pojedine građanskopravne institute. Značajna uloga među njima pripada načelu autonomnog tumačenja. Autonomni koncepti konvencijskih pojmova, naime, vode tomu da Sud pojmovima iz Konvencije daje autonomno tumačenje neovisno o njihovu značenju na nacionalnoj razini. To čini kako bi osigurao jedinstvenu primjenu konvencijskih pojmova i sačuvao njihovo izvorno konvencijsko značenje. Jedno od intrigantnijih autonomnih tumačenja jest ono koje je Sud ponudio u vezi s pojmom doma u kontekstu zaštite prava na poštovanje doma kojem je, koristeći ovo načelo, dao značenje u faktičnom, a ne pravnom značenju. Povodom takvog koncipiranja pojma doma i njegove zaštite u hrvatskoj sudskoj praksi preispitane su pretpostavke vindikacijske zaštite. U okviru ovog načela zanimljiva su i tumačenja koja je Sud ponudio u vezi s pojmom vlasništva/imovine i njegovom zaštitom. Ni ono nema obilježja

53 Zahtjev br. 36022/97, od 2. 10. 2001., te [VV] od 7. 3. 2003.

koja ga karakteriziraju u domaćem uređenju. Primjer autonomnog koncipiranja konvencijskih pojmova je i pravo na život u zdravoj životnoj sredini. Ono je i na samoj konvencijskoj razini specifično, budući da je nastalo autonomnim tumačenjem pojma privatnog života i doma te njihovim evolutivnim tumačenjem čime je kreirana njegova zaštita u okviru čl. 8. Konvencije.

Slijedeće promatrano načelo bilo je ono evolutivnog tumačenja pojmova (načelo živućeg instrumenta). Njegova je zadaća omogućiti potrebnu mjeru fleksibilizacije prilikom zaštite konvencijskih prava. Njegova najveća kvaliteta – mogućnost prilagodbe duhu vremena, istodobno je i najveći nedostatak, budući da vodi nepredvidljivosti sudskih odluka. Primjenjujući ga, Sud, naime, nedovoljno obrazlaže razloge koji ga vode i time ugrožava pravnu sigurnost. Najprimjetnije je u predmetima koji su se ticali prava na život u zdravoj životnoj sredini, a čija se zaštita može uspoređivati sa našom negatorijskom zaštitom od imisija.

Posljednje načelo koje je promatrano jest načelo učinkovitosti (pozitivnih obveza država) i s tim u vezi polja slobodne procjene država. Ono proizlazi iz potrebe da prava koja su predviđena i štite se Konvencijom uživaju djelotvornu i učinkovitu zaštitu. S tim se ciljem državama ugovornicama nameću brojne pozitivne obveze. Pitanje nametanja pozitivnih obveza usko je povezano s načelima o kojima je prije bilo riječi – autonomnog tumačenja pojmova i evolutivnog tumačenja, i sva za sobom povlače brojne pozitivne obveze država. Kada je u pitanju pravo na poštovanje doma, primjena načela učinkovitosti, slobodne procjene i autonomnog koncepta ključna je za tumačenje samog pojma doma i zaštitu prava na njegovo poštovanje. Iz kuta pozitivnih obveza država ključni su se pokazali oni predmeti u kojima je država propustila zaštititi pravo na poštovanje doma ugroženo zbog djelovanja trećih ili uslijed nedjelovanja državnih tijela. Jedan aspekt pozitivnih obveza jest i dužnost uspostavljanja odgovarajućeg zakonodavnog okvira što uključuje odgovarajuće uređenje svakog eventualnog miješanja. Što se tiče polja slobodne procjene država, u praksi Europskog suda razvijeno je s ciljem da se državama omogući određena autonomija, a njegova širina varira i to je najproblematičnije, budući da u nekim slučajevima može biti suženo, a u drugima ne. Kada će se to dogoditi nije jasno uređeno i upravo se u odsustvu tih kriterija krije najveći problem. U vezi s pravom na poštovanje doma vidi se u predmetima iz kojih je kao opći zaključak moguće navesti onaj o tomu radi li se o nekom od temeljnih konvencijskih prava ili ne. Ovo, međutim, treba prihvatiti s određenom mjerom opreza, jer se sloboda procjene „daje“ u skladu s prirodom predmetnog prava, njegovom važnosti za pojedinca i ciljem koji se želi postići ograničenjem, a manja je kada je riječ o prvo navedenom slučaju. Što, zapravo, vrijedi i kada se radi o utjecaju polja slobodne procjene na pravo na mirno uživanje vlasništva/imovine. Najveći problem, pak, krije se i ovdje kod prava na zdravu životnu sredinu, a posebno odmaže sve ono što je za to pravo naprijed rečeno.

Literatura/References

- Bates, E. (2010), *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, OUP, Oxford
- Benvenisti, E. (1999), Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards, 31 *Journal of International Law and Politics* 843.
- Bianchi, A. *et al* (Eds.) (2015), *Interpretation in International Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Bjorge, E. (2015) The Vienna Rules, Evolutionary Interpretation and the Intentions of the Parties in Bianchi, A. *et al* (Eds.), *Interpretation in International Law*, Oxford, Oxford University Press, str. 189–204.
- Brownlie, I. (2003), *Principles of Public International Law*, OUP, 6. izd., Oxford.
- Dzehtsiarou, K., (2015) *European consensus and the legitimacy of the European court of human rights*. CUP, Cambridge.
- Greer, S. (2005), *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Human Rights files No. 17, CoE Publishing, Strasbourg.
- Hoffmann, L. Lord (2009), 'The Universality of Human Rights' 125 *Law Quarterly Review* 416.
- Letsas, G. (2010), Strasbourg's interpretative ethic: lessons for the international lawyer, *The European Journal of International Law* Vol. 21 no. 3, 509–541
- Letsas, G. (2004), The truth in autonomous concepts: how to interpret the ECHR, 15 *European Journal of International Law* 279
- Letsas, G. (2013), The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy u? A. Føllesdal, A., B. Peters, & G. Ulfstein (Eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context* (Studies on Human Rights Conventions, Cambridge: Cambridge University Press, str. 106–141.
- Linderfalk, U. (2010) , *On the Interpretation of Treaties, The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer Netherlands, 2010
- Letsas, G. (2007), *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, OUP, Oxford
- Mahoney, P. (1990), Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin, 11 *Hum.Rts.L.J.* 57

Mahoney, P. (1998), *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism*, 19 (1) *Human Rights Law Journal*, Kehl am Rhein. 1

Mahoney, P. (1998), *The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice*, 19(1) *Hum.Rts.L.J.* 1

Manual on Human Rights and the Environment (2006), Principles Emerging from the case-law of the European Convention on Human Rights, CoE Publishing.

Marochini, M. (2014), *The interpretation of the European Convention Human Rights*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 51, br. 1, str. 63–84.

Merrills, J.G.(1990), *The development of international law by the European Court of Human Rights*, MUP, Manchester

Mihelčić, G., Marochini, M. (2014), *Koneksitet ostvarenja vindikacijskog zahtjeva na nekretnini i tzv. prava na poštovanje doma*, *Zbornik PFR*, (1991) v. 35, br.1. str. 163–192.

Mihelčić, G., Marochini, M. (2014), *Reforma ovrhe na nekretnini u hrvatskom pravu u svjetlu konvencijskog prava*, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 12, Mostar, 2014., str. 200–213.

Mihelčić, G., Marochini Zrinski, M. (2017), *Utjecaj zaštite konvencijskih prava na ugovor o najmu stana, XIII. Majsko savjetovanje: Uslužno pravo*, *Pravni fakultet Kragujevac, Srbija*, str. 955–983.

Mihelčić, G., Marochini Zrinski, M. (2018), *Suživot negatorijske zaštite od imisija i prava na život u zdravoj životnoj sredini*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci (u postupku objave)*

Mowbray, A. (2005), *The Creativity of the European Court of Human Rights*, 5 *Hum. Rts. L. Rev.* 57

Omejec, J. (2013), *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasburški acquis*, *Novi informator*, Zagreb

Popović, D. (2011), *The Emergence of the European Human Rights Law, An Essay on Judicial Creativity*, Eleven International Publishing, Utrecht

Schabas, W. A. (2017), *The European Convention on Human Rights, A Commentary*, OUP, Oxford.

Theil, S. (2017). *Is the 'Living Instrument' Approach of the European Court of Human Rights Compatible with the ECHR and International Law?. European Public Law*, 23 (3), 587–614.

Varju, M. (2009), Transition as a concePt of European human rights law, (2009) European Human Rights Law Review 170.

Visković, N. (2006), *Teorija prava i države*, Birotehnika, Zagreb

Dzehtsiarou, K. (2011). European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights. German Law Journal, 12, 1730–1745.

Waibel, M. (2011), Demystifying the Art of Interpretation, 22 (2) EJIL, str. 571–588.

Wildhaber, L. (2004), The European Court of Human Rights in Action, 21 Ritsumeikan Law Review 83.

Gabrijela Mihelčić, LL.D.

Associate Professor, Faculty of Law, University of Rijeka

Maša Marochini Zrinski, LL.D.

*Assistant Professor, Faculty of Law, University of Rijeka
Republic of Croatia*

THE IMPACT OF THE ECTHR INTERPRETATIVE METHODS AND PRINCIPLES ON SELECTED CIVIL LAW INSTITUTES

Summary

In this article, the authors examine the impact of interpretative methods and principles, as developed by the European Court of Human Rights, when interpreting the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, by interconnecting them to selected civil law institutes. Those methods and principles are: the autonomous concept, the living instrument doctrine (the evolutive interpretation), the doctrine of effectiveness and, in this regard, the margin of appreciation and positive obligations of states. The article shows how the interpretation of the Convention, in accordance with these methods and principles, influenced actio negatoria and vindication complaint.

Key words: *the autonomous concept, the living instrument doctrine, the doctrine of effectiveness, margin of appreciation, positive obligations, actio negatoria, vindication complaint.*